

## Henrique Simon: Controle de atos do Executivo pelo Judiciário

A disputa entre os poderes da República está em evidência. Divergências a respeito dos controles que o Poder Judiciário tem exercido sobre as ações do Legislativo e do Executivo acirram os ânimos entre seus membros, colocando em risco o próprio regime democrático. Com a polarização política e a tensão social no país, discutir sobre o acerto e o desacerto das decisões judiciais, principalmente as do Supremo Tribunal Federal, virou questão de gosto ou de mera opinião, com cada lado ou agente estatal criando justificativas para seu ponto de vista estar sempre certo. Importa mais a defesa de preferências particulares do que a tentativa de compreender as competências dos poderes e de seus membros, para se

la um.



As controvérsias têm se travado a respeito do certo, do bom e

do justo, com pouca margem para o reconhecimento de espaços de decisão propriamente políticos. Preocupa-se muito com o conteúdo valorativo da decisão e pouco com as decisões que podem ser tomadas e por quem devem ser tomadas. E a disputa se acentua com usos desvirtuados da teoria do direito, em que se clama por uma teoria dos valores que dá a impressão de que a decisão é uma questão de acerto sobre o seu conteúdo (como meras inferências de valores já definidos pela razão), não o processo de controle da produção racional de sua justificação. Acrescente-se a confusão entre a teoria da argumentação e da decisão judicial, o que leva ao engano de que a decisão jurídica consegue e deve ser reflexo da própria racionalidade, desvinculada de outros limites (estritamente jurídicos) que impedem a avaliação do mérito de certas decisões.

O desvio de percepção da lógica política (escolha de posições) para a moral (certeza sobre o bom ou o justo) beneficia o poder de decisão do Judiciário, pois, num estado democrático, tem a última palavra sobre os conteúdos determinados pelos outros poderes. Como detentor da última palavra sobre o conteúdo moral do direito, o Judiciário consegue fazer parecer que suas preferências são certas, desinteressadas e racionais, enquanto as dos outros poderes são interessadas, oportunistas e feitas em troca de vantagens mezinhas. Tal visão geral tende a exaltar os ânimos do público contra os demais poderes, enquanto imuniza o Judiciário contra as mesmas críticas. No entanto, a hiperexposição do STF, as divergências entre seus membros e a polarização política têm tido o efeito de deixar o público com o sentimento de que suas decisões também estão sujeitas aos desvios apontados.



Exemplo disso é a atual crise entre o Presidente da República e o Supremo Tribunal Federal em torno da concessão de indulto pessoal (graça) ao deputado federal Daniel Silveira, [condenado a oito anos e nove meses de prisão por ofensas e ameaças aos Ministros do STF e crimes contra as instituições democráticas](#). Enquanto os críticos do governo têm certeza de que a decisão foi correta, os defensores do presidente estão convictos de que o STF agiu politicamente. Já no âmbito institucional, a corte defende sua posição, o presidente afirma que está garantindo a liberdade de expressão, enquanto o Legislativo entende que apenas ele pode cassar o mandato de seus próprios membros. [Agora tenta-se negociar uma saída para a crise](#), o que não deixa de ser curioso, pois a negociação sobre posições é característica da política, não de decisões baseadas em correção moral.

A questão gira em torno de [saber se a concessão do benefício ao Deputado condenado é violadora dos valores constitucionais \(e se cabe ao STF essa análise\)](#) ou [se está dentro da discricionariedade política reservada ao Presidente da República](#). Esse conflito tem surgido constantemente, como no [caso em que a Corte Constitucional declarou inconstitucionais os decretos que alteravam a participação da sociedade civil nos conselhos referentes às políticas ambientais](#) e [a suspensão do uso dos recursos orçamentários derivados de emendas do relator ao projeto de lei orçamentária anual](#) (houve, além desses casos, a [discussão a respeito da nomeação do diretor geral da Polícia Federal pelo presidente](#) e a [tentativa de regulação, por meio de medida provisória, do enfretamento à pandemia de Covid-19](#)).

Os exemplos dos decretos sobre política ambiental, da destinação de recurso orçamentário por meio de emendas do relator e do indulto individual do deputado federal Daniel Silveira não foram escolhidos ao acaso. Eles são referentes às funções constitucionais exercidas pelo presidente da República. Assim, a identificação dessas funções é indicada como parâmetro constitucional básico e primário para o controle dos seus atos. O tipo de função a que se refere o ato é que determina a viabilidade e os limites do controle, não a concordância com seu conteúdo (ainda que sob o argumento de defesa de princípios). Nessa linha, deve-se recordar que o presidente da República é chefe de Estado, chefe de governo e chefe da Administração Pública Federal. Em cada uma dessas funções os parâmetros de controle devem ser distintos, condizentes com suas especificidades.

Assim, na posição de chefe de Estado deve ser garantido ao presidente maior liberdade política, atentando-se apenas às restrições formais expressas na Constituição para o controle dos seus atos. Esse seria o caso do decreto de indulto pessoal, o que está conforme o [entendimento do Supremo sobre o indulto coletivo](#) (apesar de embutir uma cláusula geral de controle de moralidade: fala "*em hipóteses moralmente admissíveis*"), a [intervenção federal](#), a política internacional ([como na extradição](#)) e o [controle do poder de veto aos projetos de lei](#). A discricionariedade é pura. (essas colocações não elidem o debate sobre o controle dos limites legais, pelos procedimentos e condições legisladas, da concessão do indulto pessoal, o que fica para outro momento.)



Quando na atuação como chefe de governo, o controle deve evitar interferir na governabilidade e na capacidade de formação de alianças. Esse é o entendimento da própria corte no que se refere à medida provisória, [deixando a análise da relevância e da urgência para o âmbito da relação com o Legislativo \(com a perigosa cláusula que ressalva os "casos excepcionalíssimos"\)](#). É também a [situação do impeachment, em que a relação entre Executivo e Legislativo é avaliada apenas quanto à legalidade do procedimento, não quanto ao mérito](#). Essa é a hipótese do uso das emendas ao orçamento, em que se deve verificar a constitucionalidade das leis e normas internas do Congresso que as regulam, não seu uso, dentro das limitações legais, pelo presidente da República.

Já na condição de chefe da Administração o presidente está sujeito ao controle estrito de legalidade (ou constitucionalidade, quando a competência decorre diretamente da Constituição), bem como aos demais princípios da Administração Pública. Portanto, além da legalidade, seus atos não podem servir a desvios de poder ou de finalidade, situações que viabilizam a entrada no mérito do ato administrativo. Aqui a discricionariedade é condicionada. [Essa a lógica utilizada pelo próprio STF na distinção entre cargos administrativos e políticos de livre nomeação dos chefes de executivo para definir os limites de controle do nepotismo](#) (Súmula Vinculante nº 13).

Os critérios referentes às funções constitucionais do presidente da República são aqueles que devem ser utilizados no controle jurisdicional dos seus atos, privilegiando o controle formal de competência e legalidade. Isso evita a necessidade (ou diminui o risco) do uso de critérios materiais, que tendem a posturas moralizantes, levando à intervenção do Judiciário no Poder Executivo, com o risco de violar a separação dos poderes e de se apresentar ao público como agente político ou moral do país.

**Date Created**

12/05/2022