

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

VINÍCIUS CANEI VEDANA

**A QUESTÃO DOS ATOS DE GOVERNO NO DIREITO
BRASILEIRO**

Florianópolis

2020

VINÍCIUS CANEI VEDANA

**A QUESTÃO DOS ATOS DE GOVERNO NO DIREITO
BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à
Universidade Federal de Santa Catarina como requisito
para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart
Cademartori

Florianópolis

2020

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Vedana, Vinícius Canei

A questão dos atos de governo no Direito brasileiro /
Vinícius Canei Vedana ; orientador, Luiz Henrique Urquhart
Cademartori, 2020.

195 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências
Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2020.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Atos de governo, atos políticos e
questões políticas. 3. Controle jurisdicional da
Administração. 4. Poder Judiciário. 5. Estado. I.
Cademartori, Luiz Henrique Urquhart. II. Universidade
Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**A questão dos atos de governo no Direito brasileiro**”, elaborado pelo acadêmico **Vinícius Canei Vedana**, defendido em **24/07/2020** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota _____ (_____), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 24 de julho de 2020

Luiz Henrique Urquart Cademartori
Presidente da Banca Examinadora

Daniel Rocha Chaves
Membro da Banca Examinadora

William Hamilton Leiria
Membro da Banca Examinadora



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno: Vinícius Canei Vedana

RG: 5561588

CPF: 09436743955

Matrícula: 14101540

Título do TCC: A questão dos atos de governo no Direito brasileiro

Orientador: Luiz Henrique Urquhart Cademartori

Eu, Vinícius Canei Vedana, acima qualificado, venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, SC, 24 de julho de 2020

Vinícius Canei Vedana

RESUMO

O propósito do presente estudo é estabelecer, no Direito brasileiro, uma teoria segundo a qual certos atos, politicamente importantes, do Poder Executivo escapam do *controle* do Poder Judiciário. Para o cumprimento dessa tarefa, primeiro, determina-se, em contornos gerais, em que consiste o *controle* do Poder Judiciário sobre o Poder Executivo. Para tanto, expõe-se o *controle* da *Administração* pelo Poder Judiciário e a *jurisdição constitucional*. Em seguida, expõe-se, organiza-se e conceitua-se algumas teorias que podem alcançar o objetivo da presente pesquisa, bem como se expõe as discussões que elas suscitam. Com isso, apresenta-se a discussão acerca da *teoria dos atos de governo*, que é o guia do presente estudo, além de que se apresenta seus critérios e fundamentos, afora as outras teses que lhe são correlatas, quais sejam os *atos de Estado* e as *questões políticas*. Em seguida, traça-se os contornos do problema no Direito brasileiro, com a exposição do tratamento que lhe confere a *doutrina* brasileira e também a *jurisprudência* do Supremo Tribunal Federal, além de que se menciona o tratamento que Constituição Federal lhe dedica, especialmente tendo em vista o *princípio da inafastabilidade do controle judiciário*. Depois, tendo em vista as considerações que se colhem ao longo do estudo, observa-se que a teoria que se busca esbarra frontalmente com algumas questões, quais sejam, os *direitos fundamentais*, o *princípio da inafastabilidade do controle judiciário*, toda uma questão envolvendo as *funções do Estado*, a *função de governo* e o *princípio da separação dos poderes* e a *jurisdição constitucional*. Por fim, conclui-se que é possível extrair do Direito brasileiro a teoria pretendida. Trata-se de uma teoria dos *atos de governo*, de acordo com a qual, certos atos, politicamente importantes, do Poder Executivo, praticados pelo chefe do Poder Executivo, são excluídos do *controle* do Poder Judiciário, uma vez que têm seu fundamento jurídico na Constituição. Ademais, esses *atos de governo* são identificados segundo o critério da *execução direta de um dispositivo formal da Constituição*.

Palavras-chave: Estado. Controle jurisdicional da Administração. Poder Judiciário. Atos de governo. Atos políticos. Questões políticas.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ACP – Ação Civil Pública

AgR – Agravo Regimental

CF – Constituição Federal

CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito

C. E. – Conselho de Estado (*Conseil d'État*)

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público

CGU – Controladoria-Geral da União

HC – *Habeas Corpus*

MI – Mandado de Injunção

MP – Medida Provisória

MS – Mandado de Segurança

MSC – Mandado de Segurança Coletivo

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

TCU – Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 O ESTADO.....	14
1.1 PERÍODOS DE EVOLUÇÃO DO ESTADO.....	14
1.2 UM CONCEITO JURÍDICO DE ESTADO.....	17
1.2.1 A PERSONALIDADE DO ESTADO.....	18
1.2.2 O PODER DO ESTADO.....	20
2 O CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO.....	25
2.1 O CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO SEGUNDO UMA CONCEPÇÃO MATERIAL.....	29
2.2 SISTEMAS DE CONTROLE JURISDICIONAL, SUA EVOLUÇÃO E SUA EXPLICAÇÃO.....	36
2.3 O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO SEGUNDO A DOUTRINA BRASILEIRA, A QUESTÃO DE OS ATOS POLITICAMENTE IMPORTANTES DO EXECUTIVO ESCAPAREM DO CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	42
3 O ATO DE GOVERNO.....	55
3.1 CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE GOVERNO.....	56
3.2 ORIGEM E EVOLUÇÃO DO ATO DE GOVERNO.....	62
3.2.1 A TEORIA DO MÓVEL POLÍTICO E SEU ABANDONO.....	63
3.2.2 A TEORIA DA NATUREZA DO ATO.....	66

3.2.3	A TEORIA NEGATIVA DOS ATOS DE GOVERNO.....	75
3.2.4	UMA TEORIA DE DUGUIT SOBRE OS ATOS POLÍTICOS.....	78
3.2.5	A TEORIA EMPÍRICA DOS ATOS DE GOVERNO.....	80
3.2.6	A LISTA JURISPRUDENCIAL FRANCESA.....	81
3.2.6.1	A EVOLUÇÃO E CONTÍNUA RETRAÇÃO DOS ATOS DE GOVERNO NA JURISPRUDÊNCIA, AFORA OUTRAS SUAS MANIFESTAÇÕES.....	89
3.2.7	ATO DE GOVERNO: FRUTO DA POLÍTICA JURISPRUDENCIAL.....	93
3.3	OUTRAS MANIFESTAÇÕES DO ATO DE GOVERNO E OUTRAS TEORIAS QUE LHE SÃO PRÓXIMAS.....	95
3.3.1	OUTRAS MANIFESTAÇÕES DO ATO DE GOVERNO..	95
3.3.2	TEORIAS DO DIREITO ANGLO-SAXÃO PRÓXIMAS AO ATO DE GOVERNO.....	98
3.3.2.1	ACTS OF STATE.....	99
3.3.2.2	POLITICAL QUESTIONS.....	101
4	A ELIMINAÇÃO DO ATO DE GOVERNO E SUA SUBSTITUIÇÃO PELA RESERVA DO PODER DISCRICIONÁRIO.....	104
5	ATO DE GOVERNO, ATO POLÍTICO, OU QUESTÕES POLÍTICAS NO BRASIL.....	108
5.1	A QUESTÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.....	111
5.2	AS CONCEPÇÕES QUE A DOCTRINA ATUAL APRESENTA.....	117

5.3	A JURISPRUDÊNCIA DO STF.....	130
6	OBSTÁCULOS ATUAIS À SUBTRAÇÃO DE CERTOS ATOS DO EXECUTIVO AO PODER JUDICIÁRIO.....	142
6.1	OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	142
6.1.1	AS QUESTÕES POLÍTICAS EM FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM GERAL.....	142
6.1.2	AS QUESTÕES POLÍTICAS PERANTE, ESPECIFICAMENTE, OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	145
6.2	O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JUDICIÁRIO.....	147
6.3	A TEORIA DAS FUNÇÕES DO ESTADO, O GOVERNO EM SENTIDO MATERIAL E A SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	149
6.3.1	A TEORIA DAS FUNÇÕES DO ESTADO.....	149
6.3.2	AS VÁRIAS TENTATIVAS DE DISTINGUIR MATERIALMENTE O GOVERNO DA ADMINISTRAÇÃO.....	160
6.3.3	A TEORIA DAS FUNÇÕES DO ESTADO, A SEPARAÇÃO DOS PODERES E AS EXCEÇÕES A ESTA.....	164
6.4	A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	169
6.4.1	A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL CONDUZ AO CONTROLE JURISDICIONAL DE QUALQUER ATO DO ESTADO.....	169

6.4.2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL CONDUZ À ATRIBUIÇÃO DE PAPEL POLÍTICO AO PODER JUDICIÁRIO.....	171
CONCLUSÃO.....	176
REFERÊNCIAS.....	188

INTRODUÇÃO

O presente estudo parte de que a evolução do Direito, no Brasil, conduziu a que o Poder Judiciário tenha se tornado competente para intervir em qualquer questão. Disso, evidentemente, não se excluiu o Poder Executivo, de sorte que os atos praticados por este, configurando uma questão jurídica, podem ser, no todo, submetidos ao chamado *controle jurisdicional*.

Essa ideia traz um desconforto. Todos os atos do Poder Executivo podendo ser passíveis da ação dos tribunais, toda e qualquer medida por aquele adotada podendo ser contestada judicialmente, levanta a questão de se essa evolução do Direito não foi longe demais e se ela não mereceria fazer o caminho contrário. É, em parte, nesse sentido que hoje se levanta críticas sob as expressões *judicialização da política*, *ativismo judicial* e *violação ao princípio da separação dos poderes*.

Mas não é, precisamente, a solução dessa questão o que se busca aqui discutir. É que, uma vez que ela seja superada, quer dizer, uma vez compreendido que o chamado *controle jurisdicional* merece ser restringido em prol da maior liberdade do Poder Executivo no cometimento de certos atos, logo é necessário distinguir e individualizar quais seriam esses atos que fugiriam da alçada do Poder Judiciário e determinar exatamente o que significa isso. Enfim, é necessário que haja uma teoria que justifique e sustente a subtração de certos atos do Poder Executivo à apreciação do Poder Judiciário. Essa é, precisamente, a questão, o problema, para cuja solução se busca aqui contribuir. Trata-se da questão de saber sob que fundamento, sob que teoria, pode-se compreender que, no Direito brasileiro, certos atos do Poder Executivo, do Presidente da República, atos de alta importância política, escapam do *controle* do Poder Judiciário.

Mas a alusão a essa possibilidade enseja, muito imediatamente, o repúdio de muitos, os quais, tão logo, identificam nisso uma ameaça aos *direitos fundamentais*, uma brecha perigosa para que a *ilegalidade* ou a *inconstitucionalidade* vazem e não encontrem barreira, e, enfim, que seria algo impossível de se conceber no Estado. Essas e outras questões têm, então, que ser compreendidas na teoria que se busca com o presente estudo.

Ademais, para colocar-se bem essa questão principal, é necessário, primeiro, traçar, em termos gerais, em que consiste o *controle* que exerce o Poder Judiciário sobre o Poder Executivo. Isso remete à noção de Estado e à busca da definição de como um *Poder do Estado*

interfere no outro, especialmente de como o Poder Judiciário interfere no Poder Executivo. Disso resulta que a primeira tarefa que cumpre realizar é, justamente, a de definir o Estado e, em seguida, encontrar e delimitar a atuação do Poder Judiciário sobre o Poder Executivo. A isso dedicam-se os dois capítulos iniciais do trabalho, intitulados, o primeiro, *O Estado* e, o segundo, *O controle jurisdicional da Administração*.

Feito isso, pode-se colocar com clareza a questão que aqui se busca solucionar, que é a busca de uma teoria que justifique e explique a exclusão da intervenção do Poder Judiciário sobre certos atos do Poder Executivo

Bem, é certo que o Direito, em geral, fornece algumas teses a esse respeito. Elas são ditas *atos de governo, mérito do ato administrativo, questões políticas, atos políticos e atos de Estado*, enfim. No entanto, elas não são levantadas hoje, senão com muita advertência e precaução. Quaisquer referências que se lhes faz são sempre secundárias e não resistem aos institutos que afirmam o *controle* pelo Poder Judiciário, dado o avanço que este logrou. Ademais, nem sempre essas teses são bem organizadas, bem definidas ou, sequer admitidas no Direito brasileiro. Ainda, enfim, nem todas elas se prestam, exatamente, para subtrair do *controle jurisdicional*, a cargo do Judiciário, certos atos praticados pelo Executivo, pois: ou só implicam um grau maior de deferência que o juiz deve ter, ou somente consistem numa restrição à apreciação de certos elementos do ato, ou não se dirigem precisamente aos atos do Poder Executivo, ou, enfim, não são precisas o suficiente.

Tendo isso em vista, cumpre, então, apresentar, conceituar e organizar essas teses de exclusão do *controle jurisdicional*, bem como apresentar e organizar as discussões e controvérsias que a respeito delas foram suscitadas. Para realizar isso, parte-se dos *atos de governo*, dada a ampla discussão doutrinária produzida a seu respeito. Oportunamente, são apresentadas as demais teorias e, inclusive, uma particular proposta de supressão dos *atos de governo*. Além disso, toda discussão que se produziu acerca, particularmente, dos *atos de governo* conduz a que se tome a eles como referência para o presente estudo, cujo título, aliás, põe-nos em evidência. Mas não se quer com isso excluir, de antemão, a possibilidade das demais teorias. Quando se coloca no título do trabalho os *atos de governo*, só se opta por uma das expressões de que o Direito brasileiro costuma se aproveitar para cogitar a discussão aqui proposta e que é a expressão que melhor indica, como já se adianta, a teoria buscada. Assim, o *ato de governo* logo aparece, não só como guia, mas, genericamente, como a primeira possibilidade de solução para a questão colocada, qual seja esta: que teoria pode ser extraída do Direito brasileiro para a exclusão da intervenção do Poder Judiciário sobre certos atos,

politicamente importantes, do Poder Executivo. Enfim, à discussão acerca desses atos e das demais teses que lhe são correlatas dedicam-se o terceiro e quarto capítulos do presente estudo, ficando aquele intitulado *Os atos de governo* e este, *A eliminação do ato de governo e sua substituição pela reserva do poder discricionário*.

Em seguida, parte-se para uma investigação de como, exatamente, esse tema da subtração ao *controle jurisdicional*, a cargo do Judiciário, de certos atos politicamente importantes para o Executivo do é discutido no Brasil. A essa tarefa dedica-se o quinto capítulo, intitulado *Ato de governo, ato político ou questões políticas no Brasil*.

Por fim, dedica-se um sexto capítulo para detalhar como o alcance e a extensão de algumas teorias, a serem colhidas ao longo deste trabalho, à maneira que são compreendidas, seja no Direito brasileiro ou no Direito em geral, opõem-se à pretensão maior do presente estudo, que é, repita-se, a de encontrar uma teoria que justifique e explique a exclusão do *controle* do Poder Judiciário sobre certos atos do Poder Executivo. Esse capítulo, então, vai contribuir muito para as conclusões finais deste trabalho, dado que o Direito brasileiro pode não admitir a teoria que se busca com o presente estudo. É o que se verá. Esse sexto capítulo recebe o título de *Obstáculos atuais à subtração de certos atos do Executivo ao Poder Judiciário*.

Enfim, pode-se dizer que uma que uma motivação do presente estudo é contribuir com o resgate de uma discussão que hoje não se costuma colocar nos termos em que aqui se pretende. Trata-se, nesse sentido, de um resgate das teses segundo as quais os atos politicamente importantes praticados pelo Executivo devem ser excluídos do *controle jurisdicional*.

1 O ESTADO

Todo estudo que diga respeito às relações humanas, em que o Estado entre diretamente em jogo, ou que compreenda as regras e instituições estabelecidas pela Constituição do Estado, pressupõe uma noção de Estado.¹

Questiona-se aqui, então, o que é esse Estado. Uma pesquisa inicial conduz à exposição de uma noção histórico-evolutiva de Estado. Veja-se, pois.

1.1 PERÍODOS DE EVOLUÇÃO DO ESTADO

O Estado moderno (europeu), para além das características gerais de qualquer Estado,² apresenta características próprias, quais sejam: a sua correspondência a uma nação, ou comunidade histórica de cultura; a secularização ou laicização, pois o temporal e o espiritual passam a se afirmar em esferas distintas, de sorte que o *poder político* já não persegue fins religiosos; e a *soberania*, significando poder supremo e ilimitado para vencer as resistências no plano interno e poder independente no plano externo, ou seja, em relação a outros Estados.³ Essa é a noção moderna de Estado, que o define, modo geral, como sendo uma associação humana, fixada sobre um território determinado e dotada de um poder de dominação, dito *soberania*.⁴ É a considerada noção sociológica de Estado.⁵

¹ CARRÉ DE MALBERG, Raymond. **Contribution à la théorie générale de l'État**: spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français. Paris: Sirey, 1920. t. 1. p. 1.

² Como indica Jorge Miranda, as características gerais ou comuns em qualquer Estado são: a complexidade de organização e atuação, a institucionalização, a coercibilidade, a autonomização do *poder político* e a sedentariedade. A complexidade de organização e atuação consiste em “centralização do poder, multiplicação e articulação de funções, diferenciação de órgãos e serviços, enquadramento dos indivíduos e dos grupos, diversidade de faculdades, prestações e imposições.” A institucionalização do poder significa que o *poder* não está associado à autoridade que o exerce, que o poder é investido pelo Direito, que o *poder* tem caráter de ofício (e não de domínio) e que o *poder* é subordinado a uma finalidade que é o bem comum. A coercibilidade significa que o Estado detém o monopólio da força física. Já, pela autonomização do *poder político*, quer-se dizer que o Estado tem fins específicos que dão origem ao “fenômeno burocrático”; do que resulta que as instituições especializadas em alcançar esses objetivos próprios, detendo parcela do *poder político*, adquirem autonomia. Por fim, a sedentariedade significa que o Estado tem uma continuidade no território. (MIRANDA, 2019. p. 6-8).

³ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 23.

⁴ FERREIRA, Luís Pinto. **Teoria geral do Estado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1975. v. 1. p. 98.

⁵ SANTOS NETO, João Antunes dos. Legalidade e decisões políticas. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, v. 234, p. 147-175, out./dez. 2003. Disponível em:

Bem, esse Estado moderno move-se do século XVI aos dias atuais, passando por períodos de evolução. Seu primeiro período é considerado Estado estamental, que é aquele em que, o Estado, já assim situado, ainda não atingiu todas as suas potencialidades, pois o *poder* do rei está limitado pelas ordens ou estamentos, que são corpos organizados provenientes da Idade Média. Mas esse período tem fim quando o rei reúne força o suficiente para levar a unificação do *poder*⁶ às últimas consequências. Chega-se, então, ao Estado absoluto, que é aquele em que há concentração máxima do *poder* no rei.⁷

O Estado absoluto tem dois subperíodos. No primeiro, que se estende até o início do século XVIII, o rei é autoridade revestida de fundamento e sentido religiosos. Na segunda, o *poder* é revestido de uma fundamentação racionalista, no contexto do iluminismo, o que ficou conhecido como Despotismo Esclarecido e, em alguns países, Estado de Polícia⁸. É esse Estado absoluto que, embora não estando totalmente situado à margem do Direito, tem como critério de sua ação política a *Razão de Estado*, ao invés da legalidade ou da justiça.⁹

Daí a *Razão de Estado*. Ela é denominação genérica sob a qual se reúnem as condutas de eficácia prática e imediata para a condução política do Estado.¹⁰ É a doutrina que “professa a ideia de que tudo aquilo que é necessário para assegurar a sobrevivência do Estado deve ser levado a cabo por indivíduos responsáveis.”¹¹ Essa noção consiste na tradição que afirma que “[...] a segurança do Estado é uma exigência de tal importância que os governantes, para a garantir, são obrigados a violar normas jurídicas, morais, políticas e econômicas, que

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45154/44799>. Acesso em: 17 abr. 2019. p. 148.

⁶ *Poder*, nesse sentido, é um fenômeno sociocultural, atrelado ao grupo. Pode-se defini-lo como sendo “uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando a realização de determinados fins”. Quando se fala do Estado, grupo social máximo, o *poder* em questão é o *poder estatal* ou *poder político*. Esse *poder político* é superior a todos os outros poderes sociais e caracteriza a *soberania* do Estado. Três características fundamentais do *poder político* são a unidade, a indivisibilidade e a indelegabilidade. (SILVA, 2018, p. 108-109).

Conforme Carré de Malberg, o *Poder do Estado* é o poder de mando absoluto com uma força de coerção irresistível. É o que se verá a diante. (1920, t. 1, p. 157-158).

⁷ MIRANDA, 2019, p. 33-37.

⁸ O Estado de polícia, para Canotilho, é aquele que tinha as seguintes características: a) a ideia de soberania concentrada no monarca; b) o reconhecimento ao soberano do direito de decidir sobre a religião dos súditos e de exercer a autoridade eclesiástica; c) o dirigismo econômico, por meio da adoção do mercantilismo; e d) a promoção da felicidade e do bem-estar dos súditos. Essas noções estruturam um “Estado-providência” ou “Estado administrativo”, que se caracteriza por dispor de uma administração extensa, intensa e pouco vinculada ao Direito, que, em razão disso mesmo, vai dar ensejo, mais à frente, ao surgimento da *responsabilidade do Estado* pelos danos causados aos particulares. (CANOTILHO, 2003, p. 91-92).

Roger Bonnard aponta que é característica do Estado de polícia a inexistência de *direitos públicos subjetivos* em prol dos administrados. (2006, p. 65).

⁹ MIRANDA, op. cit., p. 37-40.

¹⁰ ACCIOLI, Wilson. **Teoria geral do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 201.

¹¹ FRIEDRICH, 1957 apud QUEIRÓZ, Cristina M. M. **Os actos políticos no estado de direito**: o problema do controle jurídico do poder. Coimbra: Almedina, 1990. p. 36.

consideram imperativas, quando essa necessidade não corre perigo.”¹² É, enfim, noção associada, às vezes, a Maquiavel, ligada à racionalidade de que vai se instrumentalizar o Estado moderno, no seu surgimento, e que assume feições diferentes conforme esse Estado moderno evolui, até ser suprimida com o advento do *Estado constitucional*.¹³

O Estado *constitucional, representativo* ou *de Direito* é o próximo período marcante da evolução do Estado moderno.¹⁴ Diz Canotilho que esse *Estado constitucional* é o único Estado que se pode conceber hoje e que se trata de um *Estado com qualidades*, sendo que duas delas são mesmo a de ser *de Direito* e a de ser *democrático*.¹⁵ Além disso, se esse *Estado constitucional, representativo* ou *de Direito* carrega a mesma máquina administrativa e política do Estado de Polícia, de sorte que suas características parecem um mero desenvolvimento de características vindas de trás; por outro lado, no plano das ideias e das regras jurídicas positivas, há notável diferença:

Em vez da tradição, o contrato social; em vez da soberania do príncipe, a soberania nacional e a lei como expressão da vontade geral; em vez do exercício do poder por um só ou seus delegados, o exercício por muitos, eleitos pela coletividade; em vez da razão do Estado, o Estado como executor de normas jurídicas; em vez de súditos, cidadãos, e atribuição a todos os homens, apenas por serem homens, de direitos consagrados nas leis. [...] [Os] instrumentos técnico-jurídicos principais tornam-se, doravante, a Constituição, o princípio da legalidade, as declarações de direitos, a separação de poderes e a representação política.¹⁶

Mais propriamente, *Estado constitucional* é o Estado fundado numa Constituição que o organiza e limita o seu *poder*.¹⁷ *Governo representativo* (depois *democracia representativa*) é o Estado em que o povo é o titular do *poder político* enquanto que quem a este exerce são os representantes do povo.¹⁸ Por fim, *Estado de Direito* é aquele Estado em que o *poder político* está repartido e os governantes estão submetidos ao *princípio da legalidade*;¹⁹ ou aquele que, na sua concepção liberal, tem como características: a) a *submissão ao império da lei*; b) a *divisão dos poderes*; e c) a *enunciação e garantia dos direitos individuais*.²⁰

¹² BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Giofranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmem C. Varriale et al. 11. ed. BRASÍLIA: Editora Universidade de Brasília, 1998. 2 v. p. 1066.

¹³ QUEIRÓZ, 1990, p. 36-45.

¹⁴ MIRANDA, 2019, p. 40.

¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 93.

¹⁶ MIRANDA, op. cit., p. 41.

¹⁷ Ibid., p. 43.

¹⁸ Id., loc. cit.

¹⁹ Id., loc. cit.

²⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 41. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 114-115.

Não se nega o caráter liberal burguês que esse *Estado constitucional* assume no século XIX. Ademais, no século XX, o *Estado constitucional, representativo* ou *de Direito* assume outra faceta, que é a do Estado Social de Direito,²¹ à qual a Constituição brasileira de 1988 se alinha e que consiste num Estado de Direito material, em que prevalecem os *direitos fundamentais*, o *controle de constitucionalidade de todos atos do poder público*, a *aplicação imediata* dos princípios da Constituição e o *princípio da legalidade*. Por fim, pode-se dizer que no início do século XXI, o *Estado constitucional* tende a sofrer novas transformações.²²

No Brasil, enfim, o Estado qualifica-se como *Estado Democrático de Direito*.²³ Isso significa que o Estado brasileiro tem princípios próprios, quais sejam, a) o *princípio da constitucionalidade*, b) o *princípio democrático*, c) um *sistema de direitos fundamentais*, d) o *princípio da justiça social*, e) o *princípio da igualdade*, f) a *separação dos poderes* e a *independência do juiz*, g) o *princípio da legalidade* e h) o *princípio da segurança jurídica*, e, ainda, que ele tem como tarefa fundamental a superação das desigualdades sociais e regionais, bem como a instauração de um regime democrático que realize a justiça social.²⁴

1.2 UM CONCEITO JURÍDICO DE ESTADO

Bem, costuma-se – como se viu – designar o Estado como uma formação política constituída, essencialmente, por três elementos, quais sejam: a *nação*, que é uma coletividade pública, sobre um território determinado, fundada no interesse comum dos indivíduos que dela fazem parte; o *território* próprio, onde a comunidade nacional pode exercer seu poder estatal; e o *poder* (público, estatal), resultado da organização coletiva, que cria uma vontade nacional unificada que se exerce com a finalidade de cuidar dos negócios do Estado e de produzir seus atos e executá-los à força. Nesse sentido, o Estado é “[...] uma comunidade humana, fixada

²¹ O Estado social de Direito é uma segunda fase do *Estado constitucional, representativo* ou *de Direito*, pois nele se mantêm a liberdade individual, como valor básico, a limitação do *poder político*, como objetivo permanente, e o povo como sendo o titular do *poder político*. Nesse Estado, o que há é: uma articulação de direitos, liberdades e garantias com os Direitos sociais (cuja função imediata é o oferecimento de condições materiais e culturais às pessoas); a articulação da igualdade jurídica com a igualdade social; e uma implicação recíproca entre o liberalismo e o governo representativo (ou democracia representativa). Suas raízes são a Constituição Mexicana, de 1917, a Constituição de Weimar, de 1919, e, dentre aquelas do pós-Segunda Guerra, a Constituição brasileira de 1988. (MIRANDA, 2019, p. 53).

²² MIRANDA, 2019, p. 52-63.

²³ Art. 1º A República Federativa do Brasil [...] constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]. (Brasil, 1988).

²⁴ SILVA, 2018, p. 124.

sobre um território próprio, e que dispõe de uma organização da qual resulta, para o grupo, considerado nas suas relações com seus membros, um poder superior de atuação, mando e coerção.” Mas esses elementos não dizem senão a respeito de fatos que concorrem para formar o Estado. Bem ao contrário dessa definição, não cabe à ciência jurídica constatar os fatos dos quais decorre o Direito, mas sim definir as relações jurídicas que decorrem deles. É nesse sentido que o Estado, juridicamente, é uma *pessoa jurídica* que detém um *Poder* próprio.²⁵

É o que explica Carré de Malberg, no que segue.

1.2.1 A PERSONALIDADE DO ESTADO

O Estado é uma *pessoa jurídica*, quer dizer, ele só aparece, como pessoa, a partir do momento em que se leva em consideração seu aspecto *jurídico*. A noção de *personalidade do Estado* tem fundamento e alcance puramente *jurídicos*.²⁶

Quer dizer, os membros da coletividade, reunidos numa organização superior, implicando sua submissão a uma autoridade superior encarregada de dirigir o funcionamento do grupo, eles, considerados cada qual individualmente ou todos na coletividade organizada, coordenados numa corporação unificada, criam, só em Direito, um ser diferente deles mesmos. Isso quer dizer que a *personalidade do Estado* não tem uma formação natural, que preexistiria a toda organização constitucional, nem que ela resulta de certas propriedades da organização coletiva. Ela é uma consequência da *ordem jurídica*; é uma noção puramente *jurídica*, na medida em que tem seu fundamento no Direito. Além disso, tem também um alcance puramente *jurídico*, na medida em que as atribuições, que são relacionadas à pessoa do Estado, somente podem ser reconhecidas no terreno do Direito. É assim que, juridicamente, o Estado é um ser capaz de dispor de vontade: sob certas condições estabelecidas pelo Direito, certos indivíduos, tendo competência constitucional a este respeito, podem exprimi-la, de modo que o Estado, sendo capaz disso, aparece como sujeito da vontade coletiva.²⁷

O essencial da natureza jurídica do Estado, o fundamento de sua personalidade jurídica, é sua *unidade*. Essa unidade se expressa em que: a) embora o Estado seja uma pessoa

²⁵ CARRÉ DE MALBERG, 1920, t. 1, p. 2-10, trad. nossa de: “[...] une communauté d’hommes, fixée sur un territoire propre et possédant une organisation d’où résulte pour le groupe envisagé dans ses rapports avec ses membres une puissance supérieure d’action, de commandement et de coercition.”

²⁶ Ibid., p. 27.

²⁷ Ibid., p. 27-28.

coletiva, na medida em que é a personificação da coletividade dos indivíduos, essa coletividade só se torna uma pessoa porque é levada à unidade, ou seja, porque os indivíduos que a compõem são reunidos num corpo total e indivisível, o qual constitui, juridicamente, uma pessoa nova e individualizada; e b) o Estado, na medida em que os indivíduos, tanto os que o compõem o Estado, quanto os que, na qualidade de governantes, exprimem a vontade do Estado, estão sempre se alterando, ele, ao contrário, é, em si, imutável, contínuo, perpétuo, razão pela qual resiste a toda alteração da *ordem jurídica*, da forma de governo, etc.²⁸

Mas qual é o fundamento jurídico dessa *unidade* do Estado? Esse é um problema que se confunde com o fundamento do Estado mesmo. Uma teoria *jurídica* do Estado deve partir de que ele é uma instituição humana. Mas, em detrimento das teses contrárias (contrato social, direito natural, etc.), a nenhum *ato jurídico* se pode, do ponto de vista *jurídico*, atribuir a origem do Estado; pois só pode haver Direito a partir do *Poder do Estado*. É que o nascimento do Estado não tem qualificação *jurídica* alguma e não passa de um simples fato material, consistente em que um grupo nacional, constituído numa unidade coletiva, passa, num dado momento, a ser provido de órgãos que dispõem de vontade e que agem por conta e em nome dessa coletividade. No momento em que essa coletividade está assim organizada, de modo estável e regular, e que sua autoridade é aceita, reconhecida ou suportada pela massa dos membros da nação, então a organização que dela resulta é um Estado. Mas a *ordem jurídica*, objeto único da ciência do Direito, não remonta senão a esse fato primordial, que é a organização inicial do Estado, de sorte que os atos que conduziram e fundaram essa organização escapam do âmbito do Direito e não adianta querer buscar neles o fundamento *jurídico* do Estado. O Estado, uma vez constituído, extrai as causas *jurídicas* de sua personalidade e de seus poderes somente do seu estatuto orgânico, que o torna capaz de ter vontade e ação próprias. Esse estatuto é a sua Constituição, à qual ele deve sua existência, vez que: foi, precisamente, a primeira Constituição que, pela primeira vez, conferiu à coletividade os órgãos que asseguraram a unidade de sua vontade e que fizeram dela a pessoa estatal; e é a Constituição a expressão *jurídica* de um estado orgânico de coisas que realiza a união de todos os membros da coletividade sob o poder da vontade superior desta. O estabelecimento dessa primeira Constituição coincide com o fato primordial da organização coletiva e, do mesmo modo que este, é um puro fato, que não tem importância nenhuma para o Direito. Enfim, a formação do Estado, de sua primeira Constituição, de seus primeiros órgãos, é um simples fato juridicamente irrelevante, porque situado fora do Direito. Assim, tal fato e a Constituição inicial, que com ele

²⁸ CARRÉ DE MALBERG, 1920, t. 1, p. 30-31, 47-48, 48-50.

se confunde, são, juridicamente, fatos irrelevantes, vez que não há origem *jurídica* para o Estado e para sua Constituição. O Direito todo pressupõe um fato inicial como ponto de partida da *ordem jurídica*. Esse fato é a aparição do *Poder* criador do Direito, que é o Estado mesmo. Assim, o Direito só existe a partir do Estado e de seu *Poder*.²⁹

1.2.2 O PODER DO ESTADO

Para além de sua *personalidade jurídica*, o Estado também tem como caráter distintivo um *Poder* próprio, um *Poder* que reside na sua pessoa mesmo. Quer dizer, o Estado, além de ser titular da personalidade da nação, também é titular do *Poder* da nação, ao qual os nacionais são sujeitados. Trata-se da *puissance d'État*, um *Poder* que só se concebe ao Estado e que também é seu traço distintivo.³⁰

Primeiramente, há que não confundir a noção de *Poder do Estado* com a de *soberania*. Esta indica a característica de um poder pela qual ele está em seu grau mais elevado, indica seu caráter supremo. A *soberania* não é um poder especial; ao contrário, ela indica somente uma diferente extensão do *Poder do Estado*. Ela não é um *Poder*, é uma qualidade do *Poder do Estado*, qualidade em razão da qual o exercício deste, por um Estado soberano, não depende de nada senão de sua vontade. Em suma, a *soberania* não serve para caracterizar o Estado e não se confunde com o *Poder do Estado*.³¹

O verdadeiro caráter distintivo do *Poder do Estado* está em que ele se trata de: a) um poder de se auto-organizar, por meio de um estatuto superior e por força de um poder livre e inicial; e b) um poder próprio de dominação, pelo qual o Estado pode assegurar a execução de seus comandos mediante seus próprios meios coercitivos.³² Assim, o poder de comandar com uma força irresistível é o que caracteriza o *Poder do Estado*.³³

Há que se buscar de onde surge para o Estado esse poder, quer dizer, qual é seu fundamento. O poder de dominação do Estado é um fato, um fato natural, que se impõe. O que tem que ser buscado é qual é o fundamento *jurídico* desse poder de dominação do Estado, isto é, perguntar por que vias esse poder foi constituído e realizado e, nesse sentido, qual é seu

²⁹ CARRÉ DE MALBERG, 1920, t. 1, p. 51-68.

³⁰ Ibid., p. 69-70.

³¹ Ibid., p. 176 e 191-194

³² Ibid., p. 189-190.

³³ Ibid., p. 194.

fundamento. Mas, do ponto de vista *jurídico*, o poder de dominação do Estado aparece como tendo fundamento somente na Constituição do Estado, pois que foi a Constituição que fundou, primeiramente, a organização da coletividade nacional. É desta organização que resultam, ao mesmo tempo, a unificação da coletividade em uma *pessoa jurídica* e a redução da vontade do grupo numa vontade unificada, que será expressada pelos órgãos constitucionais do grupo e que, assim, torna-se, juridicamente, a vontade estatal, que é uma vontade superior a todas as outras vontades que podem aparecer de fato e a seu lado, no meio do grupo.³⁴

Mas o poder de dominação do Estado pressupõe, para além da Constituição, outros fatores para assegurar a superioridade efetiva da vontade estatal. Para que a organização estatutária do Estado se mantenha estável e regular, é necessário que ela esteja apoiada num conjunto de circunstâncias de fato favoráveis ao seu funcionamento. É verdade que o Estado é uma força de fato, que é superior a todas as outras e que assim as domina. Mas o Estado não é só força, ele é também uma instituição *jurídica*. O Estado não se sustenta simplesmente na sua força superior de dominação. Ao contrário, ele pressupõe que haja um equilíbrio entre as forças sociais e que sua força de dominação, resultando desse equilíbrio coordenado de forças, faça-se aceitar no meio social como um fato natural e necessário, de modo que os órgãos estatais, pela submissão que lhes prestam os indivíduos, apareçam com uma força irresistível, que sobranceia as demais. Assim, o poder de dominação do Estado é resultado do equilíbrio de forças que produziu o Estado. É sobre a base desse equilíbrio de fato e conforme ele que a Constituição estabeleceu a organização estável e permanente do Estado, da qual resulta uma força estatal, superior às demais, que, por estar assim mesmo assentada numa *ordem jurídica* estável e regular, é, na essência, um poder de Direito, e não um simples poder de fato. Por conseguinte, sendo esse poder um poder de Direito, então basta os comandos do Estado estarem em conformidade com o estatuto orgânico para que possam expressar seu caráter dominador, ou seja, para que possam se realizar, isto é, serem executados.³⁵

Nesse sentido, a *regra de direito*, regra positiva, tira sua força imperativa da organização estatal em vigor.³⁶ A *regra de Direito* está fundada no *Poder do Estado*, sendo assim um elemento do Direito, e tem por característica, que a distingue de toda outra regra (moral, ideal, social, de justiça, enfim), ser sancionada por uma coação, que assegura sua execução.³⁷ Daí que, conforme Carré de Malberg, o Direito é “[...] o conjunto de regras

³⁴ CARRÉ DE MALBERG, 1920, t. 1, p. 194-196.

³⁵ Ibid., p. 197-200 e 204.

³⁶ Ibid., p. 210.

³⁷ Ibid., p. 211.

impostas aos homens, sobre um território determinado, por uma autoridade superior, capaz de comandar com um poder efetivo de mando e de coação irresistível.”³⁸

Justamente por ser o poder de dominação do Estado um poder de Direito, ele é, por isso, um poder submetido ao Direito, sendo assim limitado. Quer dizer, o Estado pressupõe que sua força está organizada, ou seja, que ela é regida por princípios jurídicos, de modo que se exerce por meio de certas formas e certos órgãos. É bem nesse sentido que o Estado só se realiza dentro da *ordem jurídica* e, assim, sua persistência e seu funcionamento são subordinados sempre a uma *regra jurídica*, uma *regra de Direito*. Ele é um Poder cujo nascimento e subsistência exigem sempre o estabelecimento e a aplicação de uma *regra jurídica*. Em suma, o Estado é um poder limitado pelo Direito. Nesse sentido, o *Poder do Estado* é um poder de dominação (uma força ou um fato material) e também é uma instituição *jurídica*, de modo que é submetido ao Direito, sendo assim um poder limitado.³⁹

Essa noção de limitação do *Poder do Estado* tem um caráter positivo e negativo, o que é dizer que: quando a Constituição determina formas do exercício do poder, ela, ao mesmo tempo, está excluindo todo poder que não se encaixa numa tal fórmula; ou que, quando ela confere ao Estado certos poderes que ela enumera, ela está, ao mesmo tempo, negando ao Estado todo poder que não esteja previsto numa tal enumeração. Mas, nada obstante sejam essas limitações estabelecidas pela Constituição, que organiza o *Poder do Estado* e que rege seu funcionamento, ou o sejam pelos demais atos legais, que compõem a *ordem jurídica*, todos eles são obra da própria vontade do Estado e tiram fundamento do poder de determinar-se a si mesmo de que o Estado dispõe. É na qualidade de seus órgãos que o Estado forma sua vontade. Uma vez que sua organização estatutária, a *ordem jurídica*, está fundada em sua própria vontade, também assim estão as limitações que ele impõe ao seu poder, ao *Poder do Estado*. Quer dizer, as limitações que o Estado impõe a si mesmo resultam de sua organização estatutária, ou da *ordem jurídica*, de modo que são obras de sua própria vontade. Além disso, a *regra de Direito* – como se viu – é caracterizada pela natureza material da sua sanção e pela força especial que ela tira dessa sanção no que concerne a sua execução. Então, como é somente o Estado que detém o poder de conferir às regras de conduta humana essa força executória especial, é o Estado o criador, a fonte, do Direito, de modo que somente as regras que ele edita

³⁸ CARRÉ DE MALBERG, Raymond. **Contribution à la théorie générale de l'État**: spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français. Paris: Sirey, 1922. t. 2. p. 490. Trad. nossa de: “[...] l'ensemble des règles imposées aux hommes sur un territoire déterminé par une autorité supérieure, capable de commander avec une puissance effective de domination et de contrainte irrésistible.”

³⁹ Id., 1920, t.1, p. 229-230.

é que podem ser ditas *regras jurídicas*. Daí que, no que toca à limitação do *Poder do Estado*, o Estado é o criador do Direito que limita o seu próprio poder, para além de o organizar e o desenvolver; é o Estado que, pelo poder de sua vontade, cria o Direito, ao mesmo passo que limita a si mesmo.⁴⁰

Ainda, para exprimir com exatidão a noção de *Poder do Estado*, há que se determinar qual é o sujeito passivo desse poder.⁴¹

É que o Estado, com seu poder de dominação, é a personificação da nação, da coletividade, mas, para fazer-se aparecer a noção de *Poder do Estado*, é necessário considerar as relações do Estado não para com a coletividade, e sim para com cada indivíduo, ou grupo de indivíduos. Assim, a noção de *Poder do Estado* exige a distinção da pessoa do indivíduo em duas. É que, quando o Estado age com um poder de comando sobre os sujeitos, estes são considerados como membros da coletividade, coparticipes, partes inseparáveis do todo indivisível que é o Estado, os quais participam da formulação da vontade estatal; mas, quando o indivíduo, tomado separadamente, opõe-se e resiste à vontade do Estado, então ele é considerado, em relação ao Estado, como um terceiro, um membro individual que se relaciona com o a pessoa do Estado, numa relação agora subjetiva, em que ele é o sujeito passivo do *Poder do Estado*.⁴²

A existência de sujeitos passivos do *Poder do Estado* implica bem a existência de um sujeito ativo desse poder. Assim, o *Poder do Estado* é bem um Direito da pessoa do Estado e, num tal sentido, um elemento da *personalidade do Estado*. É essa noção de *personalidade do Estado* e a de que o Estado se relaciona com os indivíduos numa relação subjetiva que permitem que o *Poder do Estado*, que é também um poder de fato, um poder de dominação, seja um poder de Direito e que, no mesmo sentido, o Estado seja um sujeito de Direito que age para com seus membros tomando-os também como sujeitos de Direito. Nesse sentido, o Estado só pode usar de seu poder contra os indivíduos conforme o Direito, de modo limitado, conforme a *ordem jurídica* em vigor. Uma tal noção, de carácter subjetivo do Estado e de seu poder, é a condição do *Estado de Direito* e bem encontra neste respaldo, dado o fato que, sob o *Estado de Direito*, o Estado, um, põe limites a si mesmo, para que só exerça seu poder de dominação dentro de certas condições, conforme certas regras e reconhecendo aos indivíduos, que lhe são submetidos, a qualidade e os direitos de pessoas distintas de si mesmo, e, dois, põe,

⁴⁰ CARRÉ DE MALBERG, 1920, t.1, p. 232-233, 233-234, 239-240 e 242.

⁴¹ Ibid., p. 243.

⁴² Ibid., p. 250-251 e 254.

ao seu poder de comando, certas limitações, que constituem, para si, obrigações para com os indivíduos; tudo, enfim, resumindo-se em que seu poder consiste numa relação jurídica entre sujeitos jurídicos, que se limitam reciprocamente.⁴³

Por fim, cabe pontuar que a noção de órgão do Estado se encaixa bem na noção de *personalidade do Estado*. É que os poderes e direitos do Estado são exercidos pelos agentes e indivíduos, que, assim, exercem, como órgãos, as funções organizadas do Estado. Esses poderes têm um sujeito que não são tais indivíduos, mas que é sim a pessoa do Estado. Desse modo, o *Poder do Estado* é exercido pelos órgãos do Estado e tem como titular jurídico o Estado mesmo.⁴⁴

⁴³ CARRÉ DE MALBERG, 1920, t. 1, p. 250 e 255-256.

⁴⁴ Ibid., p. 256-257.

2 O CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO

O Estado tem, em face do indivíduo, Direitos e este, em face daquele, também os tem. Daí que, no desenvolvimento das relações entre ambos, podem surgir *situações contenciosas* nas quais eles ocupam posições opostas. Dividida a *atividade* do Estado em *funções*, afirma-se, então, que é pela *função administrativa* que ele se põe nessas relações com os indivíduos, do que resulta que é a propósito do exercício dessa *função* que surgem tais conflitos.⁴⁵

Modo geral, dada a questão da *separação dos poderes* e a das *funções do Estado* (cf. *infra*, p. 148), a *doutrina* define a *Administração* por um *sentido orgânico-formal* e por outro *material*, aos quais correspondem, respectivamente, a noção *formal* e a noção *material* de *ato administrativo*.⁴⁶ O *sentido material* também é dito ou *funcional* ou *objetivo* e o *orgânico* ou *formal* também é dito *subjetivo*.⁴⁷ De resto, à questão da distinção entre *Governo* e *Administração* reserva-se tópico ao final do trabalho (cf. *infra*, p. 159).

Pela noção *orgânico-formal*, a *Administração* corresponde aos órgãos que compõem o Poder Executivo.⁴⁸ Nota-se que parte da *doutrina* nacional, ao tratar do *controle* a que está sujeita a *Administração*, apega-se, grosso modo, a essa noção *orgânico-formal* de *Administração* e, ao desenvolver o assunto, discorre sobre os variados tipos de *controles* que são, ou não, exercidos sobre os atos que não correspondem a uma noção de *Administração* assim apresentada.⁴⁹ É nesse sentido que Seabra Fagundes afirma que “diante dos conflitos, em que são partes, de um lado a *Administração Pública*, como *órgão* ativo do Estado, e, de outro, o indivíduo [...]” surge a questão do “*controle* jurídico-político” da sujeição das “*atividades*” da *Administração* à *ordem jurídica*.⁵⁰ Pietro, por outro lado, considera, para esse propósito, a *Administração* num sentido “amplo”, em que abrange tanto a *Administração* como o *Governo*, ambos tanto no sentido *material* como no *orgânico*.⁵¹ Mas, bem ao contrário, Carvalho Filho

⁴⁵ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 2 e 79-80.

⁴⁶ Ibid., p. 2-3, 6, 21, 24.

⁴⁷ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 75-85.

⁴⁸ FAGUNDES, op. cit., p. 15 e 24.

⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 965-1081; FAGUNDES, op. cit., p. 79-144; MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 43. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 67, 87 e 829-922.

⁵⁰ FAGUNDES, op. cit., p. 80, grifo nosso.

⁵¹ PIETRO, op. cit., p. 80 e 915.

diz que o *controle* é exercido sobre “toda a *atividade administrativa*”; ou seja, para esse propósito de determinar o *controle* a que se sujeita a *Administração*, apega-se à noção de *Administração* em sentido de *função administrativa*, que é o sentido *material*.⁵²

A expressão *controle*, em si, de origem francesa, foi introduzida no Direito brasileiro por Seabra Fagundes, na primeira edição, de 1941, de sua obra *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*.⁵³ Como afirma José Cretella Junior, embora tal expressão já esteja consagrada, ela pode, com muita facilidade, ser substituída por outras, tais como: “[...] exame, reexame, fiscalização, contrasteamento, supervisão, revisão, polícia, policiamento, vistoria, inspeção, perscrutação, análise, perquirição, sindicabilidade.”⁵⁴ Enfim, essa noção, ou melhor ainda, a noção de *controle da Administração*, a *doutrina* bem a define como sendo: “[...] o poder de *fiscalização* e *correção* que sobre [a *Administração Pública*] exercem os órgãos do Poder Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos [pela *ordem jurídica*];⁵⁵ [...] a faculdade de *vigilância*, *orientação* e *correção* que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro;⁵⁶ ou, ainda, “o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de *fiscalização* e de *revisão* da *atividade administrativa* em qualquer das esferas do Poder.”⁵⁷

Enfim, esse *controle* é exercitável em todos e por todos os Poderes do Estado, razão pela qual se diversifica em vários tipos, formas ou espécies, sendo que, quanto ao Poder, órgão ou autoridade que o exerce, ele divide-se em três: *controle administrativo* ou *Executivo*, *controle legislativo* ou *parlamentar* e, por fim, o *controle judiciário* ou *judicial*.⁵⁸ Este último, que também é dito *controle jurisdicional*, quando se toma por base de sua denominação a *função jurisdicional*, é o que interessa ao presente trabalho e por isso será tratado com mais atenção. A respeito dos outros dois afirma-se, brevemente, o que segue.

“O *controle administrativo* é um *autocontrole* dentro da *Administração Pública*”.⁵⁹ É “[...] aquele que o Executivo e os órgãos de administração dos demais Poderes

⁵² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997. p. 6 e 529. Grifo nosso.

⁵³ MEIRELLES; BURLE FILHO, 2018, p. 830

⁵⁴ CRETELLA JUNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 2. p. 300.

⁵⁵ PIETRO, 2018, p. 916, grifo nosso.

⁵⁶ MEIRELLES; BURLE FILHO, op. cit., p. 830.

⁵⁷ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 529, grifo nosso.

⁵⁸ MEIRELLES; BURLE FILHO, op. cit., p. 831.

⁵⁹ FAGUNDES, 1984, p. 87, grifo nosso.

exercem sobre suas próprias atividades [...].”⁶⁰ Ele “[...] deriva do poder-dever de autotutela que a *Administração* tem sobre seus próprios atos e agentes.”⁶¹ Trata-se de *controle interno*.⁶² É, sobretudo, um *controle de legalidade e de mérito*, por meio do qual a *Administração* pode *invalidar* (anular)⁶³, *revogar* ou *alterar* seus próprios atos ou, ainda, *punir* seus agentes com penalidades estatutárias; sendo que a *Administração* só *invalida* o *ato ilegal* e só *revoga* ou *altera* o *ato* que é *legal*, mas *ineficiente*, *inoportuno* ou *inconveniente*, respeitados os direitos adquiridos.⁶⁴ 1) – Ele exerce-se, *ex officio*, por meio do *poder disciplinar* ou por meio de ordens, instruções, etc., sempre que a autoridade superior tenha a oportunidade, ou de divergir de uma providência já tomada por funcionário de grau inferior, ou de regular, por precaução, uma situação futura.⁶⁵ Trata-se da *fiscalização hierárquica*, que é inerente ao poder hierárquico e que se exerce “pelos órgãos superiores sobre os inferiores de uma *Administração*, visando a *ordenar, coordenar, orientar e corrigir* as suas atividades e seus agentes.”⁶⁶ No mesmo sentido é a *supervisão ministerial* – que é um *controle administrativo* atenuado que recai sobre as entidades administrativas descentralizadas – e o *controle* exercido pela CGU.⁶⁷ 2) – O *controle administrativo* pode ainda ocorrer sob provocação do particular, caso em que é exercido sempre *a posteriori*, como instrumento de amparo ao interesse daquele que o provoca e por meio de um sistema de *recursos administrativos*, denominados, pela praxe administrativa e pelas leis, *reclamação, representação, pedido de reconsideração e recurso hierárquico*, dentre outros, todos os quais, modo geral, interpostos dos graus inferiores da *Administração* para os superiores.⁶⁸ Pode haver quaisquer outros *controles administrativos* que a *ordem jurídica* conceba, tais como os exercidos pelo CNJ e pelo CNMP...⁶⁹

O *controle legislativo* ou *controle parlamentar* é o que é exercido pelo Poder Legislativo.⁷⁰ Dizem Hely Lopes Meirelles e Seabra Fagundes que se trata de um *controle* essencialmente *político*; indiferente aos *direitos individuais* dos administrados, ou que somente se presta a ampará-los de modo muito indireto, mais como consequência da boa aplicação da

⁶⁰ MEIRELLES, BURLE FILHO, 2018, p. 836.

⁶¹ Ibid., p. 836, grifo nosso.

⁶² BANDEIRA DE MELLO, C., 2016, p. 967; MEIRELLES, BURLE FILHO, op. cit., p. 837.

⁶³ “*Invalidação* é a supressão de um *ato administrativo* ou da relação jurídica dele nascida, por haverem sido produzidos em desconformidade com a *ordem jurídica*.” (BANDEIRA DE MELLO, C., 2016, p. 478, grifo nosso).

⁶⁴ MEIRELLES; BURLE FILHO, op. cit., p. 836-837.

⁶⁵ FAGUNDES, 1984, p. 87-88.

⁶⁶ MEIRELLES; BURLE FILHO, op. cit., p. 837-838, grifo nosso.

⁶⁷ Ibid., p. 838-840.

⁶⁸ FAGUNDES, op. cit., p. 88.

⁶⁹ MEIRELLES; BURLE FILHO, op. cit., p. 871-872.

⁷⁰ FAGUNDES, op. cit., p. 88

lei ou da tutela dos interesses superiores do Estado e da comunidade.⁷¹ Em grosseira síntese do que afirmam alguns autores, trata-se de um *controle político e financeiro*, de *legalidade* e de *mérito*, bastante limitado ao que prevê a Constituição Federal e, modo geral, condizente com o *presidencialismo*, com a *separação de poderes*, com a *harmonia e independência dos poderes* e com o *regime democrático*, sendo que é natural neste a atribuição de poderes de fiscalização do governo aos mandatários do povo nas Câmaras.⁷² Esse *controle* manifesta-se, na Constituição Federal, no âmbito federal, pelas atribuições de: a) o Congresso Nacional, por si ou por qualquer de suas Casas, exercer uma função geral de fiscalização dos atos da *Administração* direta e indireta, (art. 49, X); b) o Congresso Nacional suspender os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa (art. 49, V); c) o Congresso Nacional *autorizar* ou *aprovar* certos *atos concretos*⁷³ do Poder Executivo (art. 49, I, XII, XIII, XVI, XVII), bem como *aprovar* o estado de defesa e a intervenção federal, *autorizar* o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas (art. 49, IV), além de exercer os *controles* previstos no art. 49, incisos I e II; d) o Congresso Nacional julgar as contas do Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo (art. 49, IX e art. 51, II); e) o Senado Federal exercer privativamente o previsto nos incisos III a IX do art. 52; a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, ou suas Comissões, convocarem os Ministros de Estado ou certos subordinados do Presidente da República (art. 50), as Mesas requererem informações dessas pessoas (art. 50, § 2º), bem como as Comissões receberem petições, representações, reclamações e queixas contra atos e omissões de entidades públicas (art. 58, § 2º, IV) e solicitar o comparecimento de autoridade para depor (art. 58, V); f) a Câmara dos Deputados e o Senado Federal constituírem CPI (art. 58, § 3º) e a Câmara acolher a acusação e o Senado processar, pelo que suspende funções, e julgar, nos crime de responsabilidade, o Presidente e o Vice-Presidente da República, bem como os Ministros de Estado e demais autoridades nos crimes dessa natureza conexos com

⁷¹ FAGUNDES, 1984, p. 88; MEIRELLES; BURLE FILHO, 2018, p. 872.

⁷² PIETRO, 2018, p. 928-932; FAGUNDES, op. cit., p. 88; MEIRELLES; BURLE FILHO, op. cit., p. 873-875.

⁷³ Na classificação dos *atos administrativos*, alguns autores mencionam esses *atos concretos*. Assim o faz Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem os *atos administrativos* podem ser, quanto a sua estrutura: a) *atos concretos* – os que dispõem para um único e específico caso, esgotando-se apenas nesta aplicação – e b) *atos abstratos* – os que preveem reiteradas e ilimitadas aplicações sempre que a hipótese neles prevista ocorrer, alcançando um número indeterminado e indeterminável de destinatários (2016, p. 435-436). Diógenes Gasparini também faz essa distinção, afirmando que, quanto à natureza do conteúdo, os *atos administrativos* são ou *concretos* ou *abstratos*, sendo que, em relação aos *concretos*, o autor repete a fórmula de Celso Antônio Bandeira de Mello e, em relação aos *abstratos*, dispõe que são os também chamados *normativos*, que são atos que dispõem para casos que possam repetir-se, de sorte que não se esgotam após reiteradas e infinitas aplicações (1995, p. 76).

aqueles (arts. 51, I e 52, I e II); e, por fim, g) o Congresso Nacional, auxiliado pelo TCU, exercer a fiscalização financeira e orçamentária (arts. 70 a 75), pela Constituição chamada *controle externo*, a qual tem o caráter de ser mais *política* nas hipóteses em que o Congresso mesmo a exerce e, mais de *legalidade* nas hipóteses em que a exerce o Tribunal de Contas mesmo.⁷⁴

2.1 O CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO SEGUNDO UMA CONCEPÇÃO MATERIAL

Roger Bonnard, na obra *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, busca, num primeiro ponto, explicar que o *controle jurisdicional da administração* se dá pela intervenção da *função jurisdicional*, sendo esta *materialmente* diferente das demais *funções do Estado*. Ele busca caracterizar o *controle jurisdicional da administração* de um ponto de vista *material*, isto é, saber quais são seus elementos próprios, excluía a discussão desse *controle* sob um ponto de vista *orgânico* e *formal*.

Nesse sentido, uma teoria *material* do *controle jurisdicional da administração* tem por objeto determinar os elementos que caracterizam, *materialmente*, esse *controle* e que permitem identificá-lo. Bonnard defende uma concepção *material* de *funções do Estado*, de modo que o *controle jurisdicional da administração* aparece quando a *função jurisdicional*, em sentido *material*, intervém na *função administrativa*, em sentido *material*, ou seja, quando aquela se exerce em relacionamento com esta.⁷⁵

Bonnard parte de que o Direito, ou a *ordem jurídica*, compreende *regras jurídicas*, *situações jurídicas*, *direitos subjetivos*, *atos jurídicos*, *atos materiais* e as *situações contenciosas*; os três primeiros ligados à estática, à estrutura, do Direito e os três últimos ligados à dinâmica do Direito. 1) – As *regras jurídicas*, ou *regras de Direito*, consistem em ordens de conduta humana; que ditam à conduta humana o que ela deve ser⁷⁶. Essas *regras jurídicas* têm o particular de serem hierarquizadas em degraus os quais se subordinam uns aos outros, de sorte que, nos degraus mais altos, elas são mais *gerais* e *abstratas* e, nos degraus mais baixos, elas

⁷⁴ BANDEIRA DE MELLO, C., 2016, p. 971-978; PIETRO, 2018, p. 928-932; FAGUNDES, 1984, p. 89. MEIRELLES; BURLE FILHO, 2018, p. 874-880; SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 407-413.

⁷⁵ BONNARD, Roger. **Le contrôle juridictionnel de l'administration**: étude de droit administratif comparé. Paris: Delagrave, 1934. Ed. fac-sim. Paris: Dalloz, 2006. p. 8-11.

⁷⁶ Para a conceituar a *regra de Direito*, Bonnard prescinde da noção de coerção material, que é indispensável na supracitada e descrita noção de Direito, ou de *regra de Direito*, de Carré de Malberg (cf. *supra*, p. 21).

vão se tornando mais *individuais* e *concretas*, até atingirem o nível máximo de concretização. Embora seja comum que se considere somente *regras jurídicas* as primeiras, há que se considerá-lo todas, pois o caráter de ordem de conduta persiste mesmo nas últimas. 2) – As *situações jurídicas* são os poderes e deveres que as *regras jurídicas* estabelecem para os indivíduos e podem consistir em *situações jurídicas gerais* e em *situações jurídicas individuais*.⁷⁷ 3) – O *direito subjetivo* é o poder, de exigir algo de um terceiro, de que dispõe um indivíduo que está investido numa *situação jurídica*, quando entra, em razão dos poderes e deveres dessa sua situação jurídica, numa *relação jurídica* com esse terceiro. 4) – Os *atos jurídicos* realizam a formação do Direito. Eles consistem em atos humanos cujo objeto é a produção de um *efeito jurídico*,⁷⁸ aportando uma modificação na *ordem jurídica*, ou seja, conduzindo a uma modificação nas *regras de Direito* e nas *situações jurídicas*. 5) – Os *atos materiais* são fatos que, com fundamento nas *regras jurídicas*, executam-nas. São as atividades materiais, fatos materiais, que, pela prestação de coisas e serviços previstos pelas *regras jurídicas*, realizam o direito, produzindo efeitos materiais. Desse modo, são o termo final do processo de formação e realização do Direito, de sorte que consistem no grau máximo de concretização a que uma *regra jurídica* pode chegar. 6) – A *situação contenciosa*, ou o *contencioso*, resulta de um incidente que pode ocorrer no processo de formação e realização do Direito e reclama a sua própria supressão. Ela será melhor explicada adiante.⁷⁹

Com base nisso, a *função legislativa* consiste na formulação de *regras jurídicas gerais*; ao passo que a *função administrativa* consiste no cometimento de *atos jurídicos individuais*, por meio do que participa da formação do Direito, e no cometimento de *atos materiais*, por meio do que concorre para a realização do Direito. Nisto já se esgotam todos os fenômenos de formação e realização do Direito, de sorte que, se se considerasse somente tais fenômenos jurídicos, não haveria como conceber, no Estado, uma *função jurisdicional* autônoma e dotada de características próprias. Mas, ao contrário, a *função jurisdicional* tem como caráter próprio outro fenômeno jurídico, para além da formação e realização do Direito, que é o *contencioso*, a *situação contenciosa*. É a *situação contenciosa* que a distingue *materialmente* das demais *funções do Estado*. Essa *situação contenciosa* é um incidente

⁷⁷ BONNARD, 2006, p. 12-13.

⁷⁸ É, modo geral, nesse sentido que outros autores definem os *atos jurídicos*. Assim, como afirma Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, “os *atos jurídicos* [...] são manifestações da vontade humana com o objetivo de produzir efeitos de Direito (2007, p. 34, grifo nosso). Ou, também, conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, *ato jurídico* é “[...] declaração que produz efeitos jurídicos” (2016, p. 389). Ou, ainda, conforme André de Laubadère, “*ato jurídico* é uma manifestação de vontade que tem por finalidade e efeito modificar a *ordem jurídica*” (1980, p. 20, trad. nossa, grifo nosso).

⁷⁹ BONNARD, op. cit., p. 12-13 e 15-17.

anormal que ocorre no curso da formação e realização do Direito, um incidente que deve ser dirimido. Esse incidente consiste numa *contestação* jurídica, que é levada, por meio de uma *demand*a, ao Estado, o qual intervém, pelo exercício da *função jurisdicional*, e a dirime, a soluciona, com a produção de um ato, dito *ato jurisdicional*. Assim, os elementos da concepção material da *função jurisdicional* são: a) o *contencioso*, b) a *demand*a e c) o *ato jurisdicional*.⁸⁰

É o que Bonnard procura precisar, como se expõe aqui, em síntese, no que segue.

A) A situação contenciosa (o contencioso)

A intervenção da *função jurisdicional* tem um motivo, uma condição, uma causa ou uma razão, que é uma *situação contenciosa*, um *contencioso*. O *contencioso* é constituído por uma *contestação* sobre uma questão de Direito. Disso surgem duas questões que têm que ser esclarecidas, que são: saber em que consiste exatamente essa *contestação*⁸¹ e saber em que consiste exatamente essa *contestação* ter como objeto uma questão de Direito.⁸²

Em primeiro lugar, a *contestação* é uma resistência, ou uma oposição, a uma pretensão emitida. Daí que, intervindo a *função jurisdicional* em razão de um *contencioso*, que consiste numa *contestação*; o mesmo ocorre em relação ao *controle jurisdicional da administração*, com o particular de que a *função jurisdicional* intervém, nesse caso, em razão de uma situação administrativa contenciosa, quer dizer, de um *contencioso administrativo*. Esse *contencioso administrativo* pode ser caracterizado por duas⁸³ teorias: uma, segundo a qual ele é aquele *contencioso* em que a “*Administração*”, agindo pela *função administrativa*, aparece como parte da *contestação* suscitada, e outra, segundo a qual ele é constituído por uma *contestação* em que o que se discute é uma questão consistente numa matéria de Direito Administrativo.⁸⁴

Depois, a *contestação* tem como objeto uma questão de Direito. Isso quer dizer que a *contestação* é um incidente, que não deveria ocorrer, mas que ocorre no curso da formação e realização do Direito. Quer dizer, a pretensão que se afirma e à qual se opõe resistência diz

⁸⁰ BONNARD, 2006, p. 17-21.

⁸¹ Essa noção de *contestação* de Bonnard aproxima-se, um pouco, do que é chamado, no processo civil brasileiro, *conflito* ou *lide*. A esse propósito, veja-se que Carnelutti, citado por Cândido Rangel Dinamarco (2017a, p. 442) entende por *lide*: “o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida”.

⁸² BONNARD, op. cit., p. 22.

⁸³ Seabra Fagundes menciona a segunda posição (1984, p. 97) fazendo referência a Maurice Hauriou. Este explica que o *contencioso administrativo*: consiste no conjunto de regras relativas aos litígios que podem ser suscitados a respeito das atividades da *Administração Pública*; em outros termos, consiste no conjunto de processos judiciais que decorrem das atividades da *Administração Pública*, sem que se coloque ainda a questão da *jurisdição*. (HAURIOU, 1921, p. 869).

⁸⁴ BONNARD, op. cit., p. 22-28.

respeito ao Direito. É uma questão de Direito que se levanta. O objeto da *contestação* é um algo contrário ao Direito. As *contestações* podem incidir tanto em questões de *execução material* como em questões de *regularidade jurídica* de atos jurídicos, sendo que em ambos os casos está em questão uma violação do Direito. Como as *regras jurídicas* determinam *situações jurídicas* capazes de provocar *relações jurídicas*, estas podem suscitar *direitos subjetivos*. Se a violação de um Direito consistir na violação de um *direito subjetivo*, então a *contestação* pode ser a respeito desse *direito subjetivo*, o que dá origem ao *contencioso subjetivo*, o qual pode ser tanto de *execução material* como de *regularidade jurídica*. Enfim, a noção de *direito subjetivo* é importante para a intervenção da *função jurisdicional* e deve ser analisada.⁸⁵

O *direito subjetivo*⁸⁶ é o poder de exigir algo de um terceiro. A tal *direito subjetivo* corresponde um *dever subjetivo*, que consiste na obrigação, a cargo desse terceiro, de satisfazer a exigência feita. Ambos, sujeito ativo e passivo, formam uma relação jurídica, onde se situa o *direito subjetivo*. Quando a essa relação jurídica são aplicáveis regras de direito público, geralmente quando o Estado, ou outra pessoa pública, participa dessa relação como sujeito ativo ou passivo, aí aparece a figura do *direito público subjetivo*.⁸⁷

Mas, para haver *direito subjetivo*, duas condições têm que se realizar. 1) – Uma delas é a obrigação jurídica do sujeito passivo, segundo a qual: o sujeito passivo da relação jurídica deve estar juridicamente obrigado à exigência que o sujeito ativo pode fazer, de sorte que, se o sujeito ativo fizer essa exigência, o sujeito passivo é juridicamente obrigado a ceder a ela. 2) – A outra é o interesse do sujeito ativo, segundo o qual: é necessário que a obrigação tenha sido criada pelo Direito para satisfazer um interesse – resultante de um desejo ou necessidade de obter uma vantagem – do sujeito ativo e que esse sujeito ativo seja, pelo Direito, titular desse interesse, de tal modo que o *direito subjetivo* é o poder de exigir algo visando a satisfazer um interesse e que tal poder de exigir só existe sob a condição de que esse interesse seja juridicamente protegido.⁸⁸

Como a violação de um *direito subjetivo* é a questão de Direito que é geralmente posta na *contestação* e como esta é a razão da intervenção da *função jurisdicional*, então geralmente o *direito subjetivo* vai ser a condição da intervenção da *função jurisdicional*. Em se

⁸⁵ BONNARD, 2006, p. 31-35.

⁸⁶ Todo *poder jurídico*, como diz Bonnard – ou todo direito, numa linguagem comum, como a liberdade ou a propriedade, por exemplo – acompanha o poder, de que seu titular dispõe, de exigi-lo de um terceiro, ou seja, acompanha o *direito subjetivo*. (2006, p. 45-48).

⁸⁷ BONNARD, op. cit., p. 43-45.

⁸⁸ Ibid., p. 48-50.

tratando de *controle jurisdicional da administração*, a intervenção da *função jurisdicional* se dá, então, em razão de uma *contestação* sobre a violação de um *direito público subjetivo*. Trata-se de um *contencioso administrativo*. Assim, os *direitos* que estão em jogo quando se trata de *controle jurisdicional da administração* são os *direitos públicos subjetivos*.⁸⁹

Mas os *direitos públicos subjetivos* podem apresentar quaisquer particularidades em relação aos *direitos subjetivos* em geral. 1) – Primeiramente, os *direitos subjetivos* da *Administração*, quer dizer, do Estado, ou melhor, da pessoa do Estado, têm que ser concebidos, de modo que o Estado, na relação jurídica que forma com o indivíduo, não simplesmente impõe sua vontade superior, a vontade do Estado, pela *coação material* (poder de dominação), mas sim que ele detém um poder de exigir que tem fundamento no Direito. Só assim é possível conceber o *direito público subjetivo*, tanto no caso de o Estado ser o sujeito ativo como no caso de o Estado ser o sujeito passivo da relação jurídica, pois se o Estado simplesmente pudesse impor sua vontade ou constranger materialmente, a noção de *direito subjetivo* não apareceria. 2) – Depois, é necessário considerar que, num dado Estado, o *sistema de direitos públicos subjetivos*, consistente no conjunto dos *direitos públicos subjetivos*, pode apresentar quaisquer particularidades dado que seu conteúdo pode variar em razão da não realização das condições do *direito público subjetivo*. É o que acontece quando a obrigação jurídica imposta à *Administração* não é estabelecida com vistas a satisfazer interesses individuais, ou, mesmo quando tenha sido estabelecida com vistas a atender interesses individuais, um dado particular específico não tenha o direito de exigí-la. Nestes casos, o indivíduo em questão não é titular de um *direito público subjetivo*. Outro caso – mais importante para o presente trabalho – é o que diz respeito ao *poder discricionário*, que o Direito pode estabelecer em prol da *Administração*. É que, quando a *Administração* e o indivíduo fazem parte de uma relação jurídica em que o Direito prevê para aquela uma competência que não está juridicamente vinculada, diz-se que aí há um *poder discricionário*. Em tal caso, não existe um *direito subjetivo* para o administrado. Ele não pode exigir nada da *Administração*, vez que para esta não existe uma vinculação jurídica e, por conseguinte, não existe uma obrigação jurídica. Isso quer dizer que a extensão do *poder discricionário* da *Administração* determina a extensão dos *direitos públicos subjetivos* que o Direito reconhece aos administrados. A questão do *poder discricionário* é, assim, determinante da extensão, do conteúdo, de um *sistema de direitos públicos subjetivos* e é de primeira importância para o *controle jurisdicional da administração*. Para a compreensão da noção de *poder discricionário*, primeiro há que ter-se clareza de que atos que determinam

⁸⁹ BONNARD, 2006, p. 51.

situações jurídicas individuais (*atos individuais*) sempre criam obrigações jurídicas e, por conseguinte, a questão do *poder discricionário* e a da consequente exclusão do *direito subjetivo* não podem ser colocadas em relação aos efeitos jurídicos resultantes de um ato desta natureza. Ao contrário, tal questão pode aparecer a propósito das situações jurídicas criadas por uma *lei* ou por um *regulamento*; quer dizer, a respeito das relações jurídicas advindas de atos *gerais e abstratos*. O *poder discricionário* consiste num livre poder de decidir de que a *Administração* dispõe, na ocasião de uma relação jurídica sua com um particular, que a *lei* ou o *regulamento* lhe deixou ao lhe conferir uma certa competência. Assim, dispondo a *Administração* de um *poder discricionário*, ela não está submetida a obrigação jurídica alguma, de sorte que não pode cometer uma *ilegalidade*, e, conseqüentemente, não resta, para o administrado, um *direito subjetivo*, pois, como visto, a existência de uma obrigação é condição do *direito subjetivo*. Ao *poder discricionário* opõe-se a *competência vinculada*, dita quando a *lei* ou o *regulamento* estabelecem para a *Administração* uma obrigação; do que decorre um *direito público subjetivo* em proveito do indivíduo, vez que a obrigação é condição do *direito subjetivo*. Modo geral, o *poder discricionário* pode aparecer para qualquer um dos elementos do *ato administrativo* e o critério que permite identificar se a *lei* ou o *regulamento* deixaram, ou não, *poder discricionário* para a *Administração* está no *motivo*, que a *lei* ou o *regulamento* fixaram para a prática de um dado *ato administrativo*, sendo que o *motivo* é o elemento do ato que compreende os atos, as situações de fato e as situações de direito que precedem, provocam e acarretam uma atividade, no caso, um *ato administrativo*. Assim, se a *lei* ou o *regulamento* fixaram, de modo preciso, para a prática de certo *ato administrativo*, um certo *motivo*, então se está diante de uma *competência vinculada*, existe para a *Administração* uma obrigação jurídica e, conseqüentemente, não há *poder discricionário* em prol da *Administração* mas há *direito subjetivo* do administrado.⁹⁰

Por fim, é de remarcar a ideia de que o *contencioso administrativo* salvo exceções, é um *contencioso subjetivo*, uma vez que o objeto da *contestação* que ele compreende é a violação de um *direito subjetivo*. É assim, pois o administrado, uma vez que estabelecidas pelo Direito todas as condições do *direito subjetivo*, pode bem ser titular tanto do *direito subjetivo à legalidade* dos *atos jurídicos* emitidos pela *Administração* como do *direito subjetivo à execução material* deles.⁹¹

⁹⁰ BONNARD, 2006, p. 52-53 e 56-62.

⁹¹ Ibid., p. 66-68.

B) A demanda (a ação judicial)

A *situação contenciosa*, como visto, é essencial para a intervenção da *função jurisdicional*. Mas o órgão que exerce a *função jurisdicional* não pode intervir espontaneamente, por iniciativa própria. Daí que os interessados devem promover uma *ação judicial*, ou *demanda*, e o órgão jurisdicional, assim solicitado, é obrigado a exercer seu poder jurisdicional. Então, é este ato, dito *ação judicial*, que, pela iniciativa dos interessados, coloca em movimento a *função jurisdicional*.⁹²

A *demanda* é endereçada ao órgão competente para exercer a *função jurisdicional* com vistas a dirimir a *contestação* levantada. A esse órgão é sempre deixada uma *contestação* acompanhada da solicitação de que a respeito dela ele cometa um *ato jurisdicional* que a solucione e lhe ponha um fim. Esse conteúdo da *demanda* pode variar conforme pode variar o objeto da *contestação*.⁹³

Tratando-se de *contencioso subjetivo*, o autor da *demanda* é o titular do *direito subjetivo*.⁹⁴

De resto, no *contencioso administrativo*, a *Administração* acaba assumindo mais a posição de defesa, dado que ela se beneficia do privilégio de agir pela via executiva, o que faz com que ela não precise fazer intervir a *função jurisdicional* sempre que o particular se oponha aos seus *direitos subjetivos* e forme, com isso, uma *contestação*.⁹⁵

C) O ato jurisdicional

O exercício da *função jurisdicional*, condicionado, motivado, pela existência de uma *situação contenciosa* e colocado em movimento pela *demanda* do interessado, realiza-se, enfim, por meio de um *ato jurídico* que é o *ato jurisdicional*. Esse é um ato que, tomado em sentido *material* – como se faz aqui – tem características próprias, que o distinguem de quaisquer outros *atos jurídicos* e, desse modo, sua noção contribui para a noção *material* de *função jurisdicional*. Modo geral, trata-se de um ato complexo, pois é constituído de dois elementos ligados entre si, que são a *constatação* e a *decisão*, e tem seu conteúdo beneficiado de uma qualidade dita *autoridade da coisa julgada*.⁹⁶

⁹² BONNARD, 2006, p. 75-76.

⁹³ Ibid., p. 76.

⁹⁴ Ibid., p. 77.

⁹⁵ Ibid., p. 77-78.

⁹⁶ Ibid., p. 78-79.

A *constatação* consiste na solução da *contestação* por meio da pronúncia de qual das pretensões, opostas na *contestação*, é conforme o Direito. A *constatação* produz o efeito de dirimir a *contestação*, a *situação contenciosa*. O *ato jurisdicional* implica, precisamente, esse efeito produzido na *constatação*, de sorte que esta é o elemento indispensável, essencial, necessário e suficiente para o *ato jurisdicional*, do que segue que é a declaração do Direito, e não a formação do Direito, o que caracteriza a *função jurisdicional* e que o efeito produzido por tal intervenção é um efeito do Direito estático, e não do Direito dinâmico.⁹⁷

A *decisão* é o elemento que pode aparecer como consequência lógica e necessária da *constatação*. O conteúdo da *decisão* é subordinado ao conteúdo da *constatação*, pois, como há diferentes tipos de *constatação*, dado que há vários tipos de *contencioso* em razão das diferentes espécies de *contestação* que podem ser levantadas; para cada categoria de *constatação* deve haver um tipo de *decisão*. Além disso, a *decisão* pode ter natureza jurídica variada.⁹⁸ De resto, a *decisão* não é elemento necessário e indispensável do *ato jurisdicional*, senão é só um elemento acessório que pode ou não decorrer da *constatação*.⁹⁹

Por fim, o *ato jurisdicional* tem, como característica, beneficiar-se da *autoridade da coisa julgada*. Esta consiste em que, após o esgotamento das vias recursais, o objeto da *constatação* e da *decisão* torna-se definitivo e imutável, de sorte que a *função jurisdicional* não pode intervir novamente sobre uma *situação contenciosa* que se forme a respeito desse mesmo objeto, dessa questão jurídica. Isso é assim dado que à *função jurisdicional* cabe fazer cessar a anormalidade que se produziu no curso da formação e realização do Direito, isto é, pôr fim às *situações contenciosas* com a finalidade de fazer a pacificação social. A *autoridade da coisa julgada*, nesses termos, faz parte da natureza da *função jurisdicional*.¹⁰⁰

2.2 SISTEMAS DE CONTROLE JURISDICIONAL, SUA EVOLUÇÃO E SUA EXPLICAÇÃO

⁹⁷ BONNARD, 2006, p. 79-80.

⁹⁸ Como exemplifica Bonnard, se a intervenção da *função jurisdicional* se der a propósito de um *contencioso de legalidade*, a *decisão* de *anulação* do *ato jurídico* contrário ao Direito terá a mesma natureza deste ato anulado. Quer dizer, conforme o ato a ser anulado seja um *ato-regra*, um *ato-condição* ou um *ato subjetivo*, a *decisão* (jurisdicional) constituirá um *ato-regra*, um *ato-condição* ou um *ato subjetivo*. (2006, p. 82).

⁹⁹ BONNARD, op. cit., p. 80-84.

¹⁰⁰ Ibid., p. 84-86.

Modo geral, dois sistemas de *controle jurisdicional da Administração* são adotados nos diversos Estados, o *controle pela jurisdição comum* e o *controle por uma jurisdição especial*; nada obstante seja mais preciso afirmar que o que costuma ocorrer é a adoção de um sistema misto, em que há prevalência de um ou outro desses sistemas.¹⁰¹

O *sistema de controle pela jurisdição comum*, ou *sistema de jurisdição única*, é aquele em que toda ou quase toda a matéria do *contencioso administrativo*, juntamente com as demais matérias do direito público e privado, são apreciadas pelo Poder Judiciário.¹⁰²

Já o *sistema de jurisdição dúplice* implica um *controle jurisdicional* exercido por órgãos jurisdicionais especialmente instituídos para as *situações contenciosas* em que seja parte a *Administração*. A *jurisdição administrativa* coexiste separadamente da *jurisdição comum* e os *atos administrativos* somente em número muito reduzido se submetem a esta.¹⁰³

A formação histórica desses *sistemas de controle jurisdicional* ocorre pelo processo de separação do Poder que estava concentrado no soberano, a exemplo do que ocorreu na França e na Inglaterra. Num primeiro momento, a vontade do soberano se confunde com o Direito e, para a reforma das determinações lesivas que o soberano lança sobre os indivíduos, só se pode apelar à sua autoridade mesma. Em seguida, o processo de separação de órgãos e *funções do Estado* vai impondo o declínio ao absolutismo e dando origem ao *controle jurisdicional da administração*.¹⁰⁴

A evolução do papel do juiz e de seus poderes sobre a *Administração* é diferente em cada país. Modo geral, é fruto de uma longa e laboriosa evolução, em que um sistema de *justiça retida* precede e prepara um sistema de *justiça delegada*. É comum ainda que primeiro sejam tais poderes restringidos a certas matérias enumeradas limitativamente, as quais com o tempo vão se ampliando até formarem uma competência generalizada, prevista numa cláusula geral.¹⁰⁵

O *controle jurisdicional da administração pela jurisdição comum* é dito originário no direito público inglês. Lá, o seu ciclo evolutivo é marcado pela criação de cortes ao longo da história. Mas, só em 1701, com o *Act of settlement*, foi vedada a livre demissão dos funcionários da Justiça, pela Coroa, e estabilizada a competência funcional deles, o que lhes

¹⁰¹ FAGUNDES, 1984, p. 96.

¹⁰² Ibid., p. 96-97.

¹⁰³ Ibid., p. 97.

¹⁰⁴ Ibid., p. 97-98.

¹⁰⁵ DUEZ, Paul. **Les actes de gouvernement**. Paris: Sirey, 1935. Ed. fac-sim, Paris: Dalloz, 2006. p. 8.

garantiu independência. Com isso, passou a existir um órgão autônomo, na organização política do Estado, capaz de exercer o *controle jurisdicional* sobre a *Administração* e que mais tarde ficou individualizado na estrutura dos demais Estados como Poder Judiciário. Esse modelo inglês influenciou os demais países, tendo sido especialmente adotado pela Constituição dos Estados Unidos da América.¹⁰⁶

Já o *sistema de jurisdição dúplice* surgiu na França e lá teve sua expressão clássica.¹⁰⁷

Nesse sistema, ao lado dos tribunais judiciários, estão os tribunais administrativos, que formam a *jurisdição administrativa*, a qual é “[...] assim denominada tanto em razão de sua competência como em razão de sua situação em face das autoridades administrativas”.¹⁰⁸ Esse sistema foi resultado de uma interpretação da *separação dos poderes*, dita *concepção francesa de separação dos poderes*.¹⁰⁹

Nesse sentido, na França, o estabelecimento de tais tribunais administrativos foi resultado de circunstâncias históricas que conduziram a que se desse um alcance todo especial ao *princípio da separação dos poderes*. Extraiu-se dele, especificamente, duas regras, quais sejam: a *separação das autoridades administrativas e judiciárias* e, por consequência, a *separação da administração ativa da administração contenciosa*.¹¹⁰

Como indica Duez, a Revolução de 1789 teve como um de seus grandes inspiradores Montesquieu¹¹¹, segundo o qual o papel do juiz de julgar, dito “poder executivo das coisas que dependem do direito civil”, consiste naquele pelo qual “o príncipe ou o magistrado [...] pune os crimes e julga os litígios dos particulares”¹¹². Nesse esquema de Montesquieu, os juízes são nada mais que “a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem nem moderar a força nem o rigor dessas palavras”.¹¹³ Montesquieu não tinha ainda em vista um *contencioso administrativo*.¹¹⁴

¹⁰⁶ FAGUNDES, 1984, p. 98-104.

¹⁰⁷ Ibid., p. 105.

¹⁰⁸ BONNARD, Roger. **Précis de droit public**. 6.ed. Paris: Sirey, 1944. p. 135. Trad. nossa de: “[...] ainsi appelée tant à raison de sa compétence que de sa situation vis-à-vis des autorités administratives”.

¹⁰⁹ Id., 2006, p. 151.

¹¹⁰ Id., 1944, p. 136.

¹¹¹ DUEZ, 2006, p. 7.

¹¹² MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2014. p. 230.

¹¹³ Ibid., p. 238.

¹¹⁴ BONNARD, 2006, p. 94.

Daí que, no sistema estabelecido sob a Revolução Francesa, que estava embasado na *separação de poderes* de Montesquieu, o juiz ganhou independência do Legislativo e do Executivo, pois passou a compor um Poder distinto; mas, ao mesmo tempo, não podia se imiscuir nem no Executivo nem no Legislativo. Disso resultava a impossibilidade de o juiz exercer o controle de constitucionalidade das leis e de conhecer dos litígios administrativos. O cidadão, para defender seus direitos públicos individuais, dependia de “meios políticos e administrativos: o direito de petição às Câmaras, o controle parlamentar sobre a ação governamental, o pedido de reconsideração, o recurso hierárquico e a tutela administrativa”.¹¹⁵

A *separação dos poderes* era interpretada de modo que deveria haver uma completa abstenção de um Poder sobre o outro, razão pela qual era inconcebível os juízes julgarem o *contencioso administrativo*. Houve, na verdade, uma deturpação do pensamento de Montesquieu; o qual previa e recomendava¹¹⁶, para além da *separação orgânica de funções* e da *especialização de cada Poder em sua função*, alguma interferência de um Poder sobre outro, o que aliás foi recebido pelos norte-americanos como *freios e contrapesos*. Nesse sentido, a Revolução francesa, por razões políticas, deformou o pensamento de Montesquieu, com a ideia de que a independência dos Poderes implicava a absoluta abstenção de um sobre o outro.¹¹⁷

Com isso, a citada *regra da separação das autoridades administrativas e judiciárias* foi posta pela legislação revolucionária, desde o início da Revolução francesa, com a *Loi des 16-24 août 1790*, em seu art. 13, como segue:¹¹⁸

As funções judiciárias são e permanecem sempre separadas das funções administrativas. Os juízes não poderão, sob pena de prevaricação, perturbar, de qualquer maneira que seja, as operações dos corpos administrativos, nem citar, diante de si, os administradores, em razão de suas funções.¹¹⁹

Essa regra não só impedia os tribunais judiciários de qualquer participação no exercício da *função administrativa* mas tinha, especialmente, o alcance de subtraí-los do *contencioso administrativo*, salvo em relação a algumas exceções previstas na *Loi des 6-11*

¹¹⁵ DUEZ, 2006, p. 7, trad. nossa de: “[...] moyens politiques et administratifs: droit de pétition aux Chambres, contrôle parlementaire sur l’action gouvernementale, recours gracieux, recours hiérarchique, jeu de la tutelle administrative”.

¹¹⁶ É o que se extrai do seguinte trecho de Montesquieu: “Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder.” (2014, p. 229).

¹¹⁷ BONNARD, 2006, p. 98-99.

¹¹⁸ Id., 1944, p. 136.

¹¹⁹ Id., loc. cit., trad. nossa de: “Les fonctions judiciaires sont et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions”.

septembre 1790.¹²⁰ Em suma, a interpretação que se deu à *separação dos Poderes*, no que toca aos tribunais judiciais, implicava não só a sua *especialização na função jurisdicional*, mas ainda a interdição da sua possibilidade de interferir nos outros Poderes, mesmo mediante essa sua *função jurisdicional* assim especializada.¹²¹

Essa concepção de *separação dos poderes*, que levou, nesse momento, à exclusão dos tribunais do *controle jurisdicional da administração*, tem sua razão em que uma profunda desconfiança a respeito dos tribunais tinha sido estabelecida. É que, nos últimos anos do Antigo Regime, os tribunais judiciais então existentes, especialmente os *Parlements*, fizeram, para defender seus privilégios de classe, uma oposição sistemática e violenta às reformas administrativas e financeiras promovidas pelo governo real, utilizando-se de todos os seus poderes e prerrogativas. Estabeleceu-se, desse modo, um temor, dentre os revolucionários, de que esses tribunais mantivessem tal postura frente o novo sistema administrativo e as demais reformas necessárias que se pretendia fazer com a Revolução. Daí que foi essa extrema desconfiança em relação aos tribunais judiciais a razão pela qual se tirou deles o *contencioso administrativo*.¹²²

A competência para julgar os processos suscitados a propósito da *Administração*, então subtraída dos tribunais judiciais, foi atribuída, nesse momento, às próprias autoridades administrativas: a *Loi des 7-14 octobre 1790* entregou-a ao Chefe de Estado e aos Ministros de Estado e a *Loi des 7-11 septembre 1790* entregou-a, também, aos administradores departamentais.¹²³ Assim, a *Administração Pública* era o próprio juiz de seus atos.¹²⁴ ImproPRIAMENTE, é o dito *sistema do administrador-juiz*¹²⁵, sendo mais acertado falar em *administrador fazendo a função de juiz*.¹²⁶ Não era, exatamente, que o *contencioso administrativo* seria julgado pela via do recurso hierárquico, ou pela intervenção de qualquer

¹²⁰ BONNARD, 1944, p. 136.

¹²¹ Id., 2006, p. 152.

¹²² Id., 1944, p. 136-137.

¹²³ Ibid., p. 137.

¹²⁴ FAGUNDES, 1984, p. 105.

¹²⁵ Duas razões fizeram admitir um tal sistema. Uma é que a criação de tribunais administrativos foi descartada, haja vista a impopularidade que quaisquer tribunais administrativos especiais existentes sob o Antigo Regime tinham. A outra é que, sob o Antigo Regime, era bem acolhido o papel jurisdicional exercido pelos *intendants*, haja vista a simplicidade e rapidez de seus procedimentos. Eles eram membros da *Administração* a quem, num primeiro momento, o rei podia, por meio de um poder de evocação, deferir certos litígios administrativos tirados dos *Parlements* e que, num segundo momento, receberam a delegação, por via de cláusula geral, para julgar uma série de litígios administrativos. (BONNARD, 2006, p. 156).

¹²⁶ BONNARD, 2006, p. 95.

superior hierárquico; mas sim que somente esses supracitados membros da *administração ativa* foram considerados juízes para o julgamento do *contencioso administrativo*.¹²⁷

Isso não durou muito. Tais poderes jurisdicionais, ficando a cargo das autoridades administrativas, iam de encontro com o espírito que reivindicava a *separação dos poderes*, que exigia a *especialização da Administração na função administrativa*; além de que o sistema era falho, pois que os então administradores-juízes eram juízes e partes em causa própria, juízes e partes do mesmo conflito. Daí que, em seguida – como já adiantado –, o *princípio da separação de poderes* conduziu também a uma segunda regra, a *regra da separação da administração ativa da administração contenciosa*. Isso se deu por meio da supressão do julgamento do *contencioso administrativo* pela *Administração* e por meio do estabelecimento de um sistema de tribunais administrativos, no ano VIII (1799-1800), sob o governo do Consulado. Com efeito, tal regra veio a completar a primeira e a dar o nascimento à *jurisdição administrativa*. Por ela, o *contencioso administrativo* não poderia mais ser julgado pelas autoridades da *Administração* e, como, em razão da primeira regra, também não o poderia ser pelos tribunais judiciários, uma nova categoria de tribunais, distinta da ordem judiciária e organicamente separada da *Administração*, foi instituída.¹²⁸

Assim, a legislação do ano VIII estabeleceu a *jurisdição administrativa*, composta por tribunais administrativos, dentre os quais o Conselho de Estado (*Conseil d'État*) – corte suprema em relação à *jurisdição administrativa*¹²⁹ –, ao qual se vieram somar outros. Contudo, a separação da *administração ativa* da *administração contenciosa* não foi completamente realizada, especialmente no que se refere ao Conselho de Estado. Conforme Bonnard, uma *separação completa* existe se o tribunal logra: a) *especialização na função jurisdicional*; b) a *justiça delegada*, ao invés da *justiça retida*; c) a não participação da *administração* ativa em seus trabalhos; e d) que seus membros tenham garantias quanto ao recrutamento e, especialmente, à inamovibilidade. O Conselho de Estado, quando da sua criação, tinha o seu papel jurisdicional limitado à propositura de uma decisão jurisdicional, um projeto de decisão, que era submetida ao crivo de uma autoridade administrativa, no caso, do chefe de Estado: isso é o que caracterizava a *justiça retida*. Mais à frente, com a *Loi du 24 mai 1872*, a *justiça retida* foi, definitivamente, substituída pela *justiça delegada*, o que significou um grande progresso no sentido da separação. Mesmo assim, Bonnard não diz que a separação

¹²⁷ BONNARD, 2006, p. 156.

¹²⁸ Id., 1944, p. 137.

¹²⁹ LAUBADÈRE, André de. *Traité de droit administratif*. 8. ed. Paris: LGDJ, 1980. p. 418.

em relação à *administração ativa* fora completada, de sorte que se tratou de uma *separação mitigada*, pois que o Conselho de Estado manteve atribuições consultivas (administrativas, portanto), seus membros ainda sofriam alguma influência governamental (da *administração ativa*), além de que não eram inamovíveis. Por outro lado, a separação, na prática, era maior do que era em Direito e as evoluções jurisprudenciais e legais que se sucederam garantiram ao Conselho de Estado uma suficiente independência em relação à *administração ativa*.¹³⁰

O que justifica, mais atualmente, a existência e a subsistência do *sistema de controle jurisdicional da administração pela jurisdição especial* é a maior aptidão que a *jurisdição administrativa* tem para julgar o *contencioso administrativo*.¹³¹ Já o *sistema de controle jurisdicional da administração pela jurisdição comum* justifica-se, hoje, além de numa noção de *separação de poderes* oposta à francesa, na ideia de que os *direitos individuais* só ficam bem protegidos dos *atos administrativos* se o *contencioso administrativo* é entregue a um órgão autônomo e dotado das garantias de independência e imparcialidade, inseparáveis do Poder Judiciário.¹³²

2.3 O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO SEGUNDO A DOCTRINA BRASILEIRA, A QUESTÃO DE OS ATOS POLITICAMENTE IMPORTANTES DO EXECUTIVO ESCAPAREM DO CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Conforme Seabra Fagundes, tem lugar o dito *controle jurisdicional da Administração* quando o Poder Judiciário, incumbido da *função jurisdicional*, é chamado para dirimir as *situações contenciosas* entre o indivíduo e a *Administração*. Tais conflitos tomam a forma de pleitos judiciais, em que se estabelece o debate em torno da questão jurídica. O órgão jurisdicional, no caso o Poder Judiciário, intervém no “processo de realização do direito”, para resolver o conflito, a contenda jurídica. Ele primeiro constata e decide essa contenda jurídica e depois, ainda, pratica uma atividade tipicamente administrativa que é a *execução da sentença pela força*. Esse *controle* pode ser exercido perante a *jurisdição civil* ou perante a *jurisdição*

¹³⁰ BONNARD, 1944, p. 138 e 140-143.

¹³¹ Ibid., p. 138 e 140.

¹³² FAGUNDES, 1984, p. 107-111.

penal, por meio de remédios processuais *comuns*, *sumários*, ou ainda, *especiais*, sendo estes os especialmente estabelecidos para as relações jurídicas em que a *Administração* é parte. Por fim, a finalidade e característica do *controle jurisdicional da Administração* é conter a *Administração* dentro da *ordem jurídica* e proteger os *direitos individuais*.¹³³

Quanto ao *sistema de controle jurisdicional* adotado, é assente que “no Brasil tem o *sistema de controle pela jurisdição ordinária* uma das mais perfeitas expressões”.¹³⁴ É tradição, no Brasil,¹³⁵ a *função jurisdicional* ser monopólio do Poder Judiciário, salvo quaisquer exceções,¹³⁶ e a Constituição federal de 1988,¹³⁷ ao consagrar que não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV), não permite que assim não continue sendo: daí que, modo geral, todas as *situações contenciosas* em que se ache envolvida a *Administração* incidem no conhecimento do Poder Judiciário.¹³⁸ Ademais, o órgão máximo incumbido do *controle jurisdicional da Administração*, no Brasil, é o STF.¹³⁹

Modo geral, é o duplo aspecto proteção dos *direitos individuais*¹⁴⁰ e manutenção da *Administração* dentro da *ordem jurídica* o que os autores ressaltam como justificativa e finalidade do *controle jurisdicional da Administração*. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles afirma que o *controle jurisdicional* “[...] é sobretudo um meio de preservação de *direitos individuais*, porque visa a impor a observância da lei em cada caso concreto, quando reclamada

¹³³ FAGUNDES, 1984, p. 86-87, 90-95, 197-198

¹³⁴ Ibid., p. 112, grifo nosso.

¹³⁵ No Brasil, a generalização do *controle jurisdicional da Administração pelo Poder Judiciário* se deu com deu com a Constituição republicana. (NUNES, 1943, p. 15-16; LESSA, 1915, p. 143-144).

¹³⁶ Conforme a noção *função jurisdicional*, pode-se considerar quaisquer exceções a esse monopólio. Nesse sentido, afirma Seabra Fagundes que há duas exceções constitucionais ao monopólio do Poder Judiciário de julgar o *contencioso administrativo*: o julgamento dos crimes de responsabilidade pelo Congresso e o julgamento da regularidade das contas pelo Tribunal de Contas. Mas o autor arremata que essas exceções não têm muita significação prática no *sistema de controle jurisdicional* brasileiro. (1984, p. 118-122).

¹³⁷ Na Constituição Federal de 1988, a competência do Poder Judiciário em matéria de *contencioso administrativo*, grosso modo, pode ser tirada dos arts. 101 a 126. Conforme Seabra Fagundes, ela pode aparecer, inclusive, na Justiça Eleitoral e na Justiça Militar (1984, p. 114). Há, contudo, toda uma competência do Poder Judiciário, compreendida nos referidos artigos, que enseja discussão a respeito da *jurisdição constitucional*.

¹³⁸ FAGUNDES, op. cit., p. 114-118; MEIRELES; BURLE FILHO, 2018, p. 881.

¹³⁹ Ibid., p. 113.

¹⁴⁰ Há exceção a essa ideia de que o *controle jurisdicional* protege os *direitos subjetivos*. Exemplos disso são a *ação popular* e a *ação civil pública*, em que o autor da ação defende o patrimônio da comunidade que foi lesado pela *Administração*. Tanto por meio dessas ações, *ação popular* e *ação civil pública*, em que se defende *direitos coletivos* e *difusos*, como na *ação direta de inconstitucionalidade* e na *ação declaratória de constitucionalidade*, o autor não defende *direitos individuais*. (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2018, p. 880, 889-890).

Bonnard explica que, nesses casos, a *contestação* tem como objeto a violação do *direito objetivo*, do que só pode resultar um *contencioso objetivo*. Bonnard afirma que isso acontece no *contencioso* levantado na *ação popular* e ainda também no *contencioso penal*, em que, igualmente, a questão jurídica que é posta é a violação do *direito objetivo*. (2006, p. 66-72).

por seus beneficiários.”¹⁴¹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho fala em *princípio da justicialidade*, pelo que entende a necessidade de haver um Poder capaz de impor a *legalidade* com a finalidade de fazer justiça, sem o qual não haveria como sujeitar o Estado ao Direito, ou fazer com que o *princípio da legalidade* fosse garantido.¹⁴² No mesmo sentido, Pietro levanta que o “*controle judicial*” é um dos fundamentos do *Estado de Direito* e que nada adiantaria sujeitar-se a *Administração* à lei se seus atos dela não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade que permitam a *invalidação* dos atos ilícitos que ela venha a praticar.¹⁴³ Cirne Lima afirma que a noção de *Estado de Direito* conduz à submissão de todas as atividades da *Administração* à lei e se vincula com outras noções jurídicas que o identificam, quais sejam: a) os *direitos fundamentais*, como ponto de partida da *ordem jurídica*; b) a *separação dos Poderes*, do que resulta a submissão do Executivo à lei; c) a submissão da *Administração* ao *princípio da legalidade*; e d) a necessidade do *controle jurisdicional*, titularizado por um poder neutro, uma instância mediadora, que serve de garantia da eficácia do *Estado de Direito*.¹⁴⁴ Enfim, conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, um *direito subjetivo*, que é um “direito à proteção judicial”, surge, para o administrado, sempre que a *Administração*: a) lhe cause um agravo pessoal, ao qual não se sujeitaria se a *ordem jurídica* não tivesse sido violada; ou b) lhe subtraia vantagem em que acederia ou em que, segundo a lei, poderia aceder e de que pessoalmente desfrutaria, não tivesse havido uma ruptura na *ordem jurídica*, ou à *legalidade*.¹⁴⁵ Conforme o mesmo autor, ainda, a *proteção judicial* é o princípio constitucional (CF, art. 5º, XXXV) por meio do qual se garante a *legalidade*.¹⁴⁶

Essa integral submissão da *Administração* à *ordem jurídica* é justamente o que caracteriza o *princípio da legalidade*, o qual implica que toda *atividade* da *Administração* precisa estar amparada em preceito legal e que também não pode exceder deste, senão será tida por contrária ao Direito.¹⁴⁷ A *legalidade*, como princípio da *Administração*, significa que toda atividade do administrador público está sujeita à lei e ao bem comum, sob pena de este praticar *ato inválido* e de sujeitar-se à *responsabilidade administrativa, civil e criminal*.¹⁴⁸ Não só agir

¹⁴¹ MEIRELLES; BURLE FILHO, 2018, p. 880, grifo nosso.

¹⁴² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 227.

¹⁴³ PIETRO, 2018, p. 932.

¹⁴⁴ CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de Direito Administrativo**. 7. ed. Revisão e reelaboração de Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 223-224.

¹⁴⁵ BANDEIRA DE MELLO, C., 2016, p. 978-985.

¹⁴⁶ Ibid., p. 990-991.

¹⁴⁷ FAGUNDES, 1984, p. 80-81.

¹⁴⁸ MEIRELLES; BURLE FILHO, op. cit., p. 91.

sob a autorização da lei, a *Administração* deve também, conforme o art. 37, *caput*, da CF, atender à *moralidade*, isto é, a boa administração, a ética administrativa, e à *finalidade*, que é o fim legal, a consecução do *interesse público*; de sorte que estes dois princípios também estão compreendidos na noção de *legalidade*...¹⁴⁹

Mas nem sempre a atividade administrativa está cingida de limites tão rígidos, pois há casos em que a lei reconhece ao Poder Executivo uma certa liberdade; casos diante dos quais se diz que a atividade do Poder Executivo é *discricionária* em relação à conveniência, à oportunidade e ao modo com que age.¹⁵⁰ Esse *poder discricionário* encontra justificativa em que embora fosse ideal que a lei regulasse minuciosamente toda a atividade administrativa, isso é impossível, dada a multiplicidade e diversidade das apreciações que a *Administração* tem que fazer, as quais só ela mesmo está em condições de bem fazer.¹⁵¹ Para além de o legislador deixar propositadamente à *Administração* esse campo de liberdade de aferir, diante do caso concreto, a melhor opção, por pensar que ela está mais apta a fazer tal escolha; também justifica a existência da *discricionariade* a inexorável contingência de o legislador não conseguir, quando do estabelecimento das competências administrativas, deixar de utilizar *conceitos vagos*, fluidos ou imprecisos.¹⁵² Enfim, conceitua-se a *discricionariade* como uma margem de liberdade que remanesce à *Administração* para eleger, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis perante um caso concreto, a solução mais adequada à satisfação da *finalidade legal*.¹⁵³ Não há, então, nesses casos, uma quebra da submissão à *ordem jurídica*, ou ao *princípio da legalidade*, pois a *discricionariade* é regulada e admitida pelo próprio Direito, além de que, nada obstante a *discricionariade* seja ora mais, ora menos extensa, o *ato administrativo* continua sujeito às limitações de seus requisitos (elementos) que estejam relacionados à *competência vinculada*.¹⁵⁴ Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que a *discricionariade* é sempre relativa: a) pois só existe nos elementos do ato a que a lei a atribua; b) pois, independentemente da extensão com que for conferida, ela permanece vinculada à *finalidade*; c) pois os elementos *discricionários* sempre coexistirão com os elementos *vinculados*; d) pois mesmo os *conceitos vagos* sempre terão alguma determinação que os ligue à *competência vinculada*; e) pois que a *discricionariade* prevista numa norma

¹⁴⁹ MEIRELLES; BURLE FILHO, 2018, p. 91-97.

¹⁵⁰ FAGUNDES, 1984, p. 82-83.

¹⁵¹ MEIRELLES; BURLE FILHO, op. cit., p. 145.

¹⁵² BANDEIRA DE MELLO, C., 2016, p. 999-1000.

¹⁵³ Ibid., p. 1004-1005.

¹⁵⁴ FAGUNDES, op. cit., p. 84.

pode acabar esvaindo ante o comportamento exigido num dado caso concreto.¹⁵⁵ Afirma ainda que os *motivos*, a *causa* e a *finalidade* do ato são sempre limitações à *discricionariade*.¹⁵⁶ Seabra Fagundes diz que os elementos da *competência*, *forma* e *finalidade* são sempre vinculados.¹⁵⁷ Meirelles e Burle Filho defendem que o *ato administrativo* é sempre é *vinculado* quanto à *competência*, à *forma*, à *finalidade* e aos “princípios do regime jurídico administrativo” e ainda dizem que mesmo os *elementos discricionários* são sempre vinculados à *moralidade*.¹⁵⁸ Enfim, a *discricionariade* não conduz – evidentemente – a que o “*ato discricionário*” seja subtraído do *controle jurisdicional*.¹⁵⁹

Mas é bem em razão de que o Poder Judiciário não pode sobrepor a *Administração Pública*, anulando-a em sua atividade peculiar, que são postas algumas restrições ao *controle jurisdicional dos atos administrativos*, no que diz respeito à sua: a) *extensão* e b) às suas *consequências*.¹⁶⁰

Quanto à *extensão*, a limitação que se faz é que o *controle jurisdicional* se restringe à apreciação da *legalidade* (ou legitimidade), de sorte que é vedado ao Poder Judiciário se imiscuir no chamado *mérito* do *ato administrativo*.¹⁶¹ Assim, o *controle judicial* ou *judiciário* – como se pode dizer em relação ao Brasil – é limitado por ser somente um *controle de legalidade*, de modo que ao Poder Judiciário é permitido perquirir todos os aspectos de *legalidade* do ato, para que, descobrindo neste um vício, pronuncie-o, então, *inválido*.¹⁶²

O dito *mérito* compreende aspectos de não tão fácil percepção, modo geral, atinentes – como diz Seabra Fagundes, na edição de 1984 de sua obra – ao acerto, à justiça, à utilidade, à equidade, à razoabilidade, à moralidade, etc., os quais são bem sintetizados no binômio: *oportunidade e conveniência*. Uma vez que pressupõe a possibilidade de opção por parte do administrador, o *mérito* só pode aparecer nos *atos administrativos* expedidos com base em *competência discricionária*. É atribuição exclusiva do Poder Executivo e, se o Poder Judiciário nele se imiscuisse, faria obra de administrador e violaria a *separação dos poderes*. Seus elementos são dependentes de critério político e meios técnicos peculiares da *Administração*, que se desviam do âmbito estritamente *jurídico*. A análise da *legalidade*, ao

¹⁵⁵ BANDEIRA DE MELLO, C., 2016, p. 1015-1021.

¹⁵⁶ Ibid., p. 1009-1015 e 1022.

¹⁵⁷ FAGUNDES, 1984, p. 84.

¹⁵⁸ MEIRELLES; BURLE FILHO, 2018, p. 145-146 e 200.

¹⁵⁹ Ibid., p. 146.

¹⁶⁰ FAGUNDES, op. cit., p. 126.

¹⁶¹ Id., loc. cit.

¹⁶² MEIRELLES; BURLE FILHO, op. cit., p. 880-883.

contrário, tendo escopo puramente *jurídico*, cinge-se à verificação de se os *atos administrativos* seguem as prescrições legais quanto aos seus elementos¹⁶³. Em suma, a noção de *mérito* contrapõe-se à de *legalidade*.¹⁶⁴ Há, contudo, na atualidade, quaisquer decisões jurisprudenciais e movimentos doutrinários que infirmam essa limitação do *controle jurisdicional* em relação ao *mérito do ato administrativo*¹⁶⁵.

Já quanto às *consequências*, a limitação consiste em que o Poder Judiciário, ao ser chamado para sanar a anormalidade surgida no processo de realização do Direito, circunscreve sua atuação, modo geral, ao caso a propósito do qual tenha sido provocado.¹⁶⁶ É bem assim que: a) em se tratando da constatação da *ilegalidade* de um *ato administrativo especial*,¹⁶⁷ o Poder Judiciário pronuncia-o *inválido*, do que se beneficia somente aquele que foi parte na ação, salvo, excepcionalmente, quando beneficia terceiros, que, destinatários desse ato, estão, notadamente, na mesma situação jurídica individual que aquele que requereu a

¹⁶³ Para Seabra Fagundes são elementos do *ato administrativo* a *manifestação de vontade do agente*, o *motivo*, o *objeto*, a *finalidade* e a *forma* (1984, p. 129). Já para Celso Antônio Bandeira de Mello, os elementos consistem no *conteúdo* e na *forma*, os pressupostos de existência consistem no *objeto* e na *pertinência à função administrativa* e, ainda, os pressupostos de validade consistem no *sujeito*, no *motivo*, nos *requisitos procedimentais*, na *finalidade*, na *causa* e na *formalização* (2016, p. 402-425).

¹⁶⁴ FAGUNDES, 1984, p. 127-131.

¹⁶⁵ Como diz Pietro, a *doutrina* e a *jurisprudência*, após a Constituição de 1988, têm se insurgido contra essa ideia de insindicabilidade do *mérito do ato administrativo* pelo Poder Judiciário. Afora as teses doutrinárias, isso se deu em razão da constitucionalização dos princípios da Administração, especialmente daqueles previstos no art. 37, *caput*, como a *moralidade*; aos quais se adicionam outros ditos *implícitos*, tais como a razoabilidade, a motivação, a segurança jurídica... Isso conduziu a uma ampliação da noção de *legalidade*. Daí que se diz que o *mérito* também é passível *controle jurisdicional*, mas no sentido de que agora o juiz exerce tal *controle* para verificar se realmente se trata de questão *mérito*. (PIETRO, 2018, p. 248-253). Nesse sentido, conforme *jurisprudência* do STJ, o “[...] *poder discricionário* da Administração [...] não está [...] isento de apreciação pelo Poder Judiciário, se comprovada *ilegalidade* ou *inconstitucionalidade* nos juízos de *oportunidade e conveniência* [...]”. (BRASIL, 2013, p. 4, grifo nosso).

¹⁶⁶ No início da adoção do *controle jurisdicional pela jurisdição ordinária*, no Brasil, com a Constituição de 1891, entendia-se que, haja vista a interpretação que se dava ao *princípio da separação dos poderes*, o Poder Judiciário, ao constatar a ilegalidade ou a inconstitucionalidade de um *ato administrativo*, não o declarava *inválido* (nulo), senão o declarava “*inaplicável*” a um dado caso. A *jurisprudência*, a este respeito, desenvolveu-se no sentido da possibilidade da *invalidação dos atos administrativos*, o que, aliás, em seguida, foi acolhido pela Lei nº 221, de 1894, com a instituição da *ação sumária especial de nulidade dos atos administrativos*, restando assim superada aquela concepção de que a sentença simplesmente os tornava “inaplicáveis”. (FAGUNDES, 1984, p. 136, grifo nosso).

¹⁶⁷ O *ato administrativo especial* é o que tem objeto precisamente determinado e pelo qual se definem, com incidência imediata sobre o indivíduo, as situações particulares e concretas (1984, p. 31-32). Celso Antônio Bandeira de Mello fala em *ato individual* e o conceitua como sendo o que tem por destinatário sujeito ou sujeitos especificamente determinados (2016, p. 436). Meirelles e Burle Filho falam em atos *individuais*, *especiais* ou *específicos* e afirmam que “são todos aqueles que se dirigem a destinatários certos, criando-lhes situação jurídica particular” e não raro geram *direitos subjetivos* (2016, p. 193). Pietro fala também em *atos administrativos propriamente ditos* (2018, p. 226).

invalidação;¹⁶⁸ e b) em se tratando da *ilegalidade* em um *ato administrativo geral e abstrato*,¹⁶⁹ o Judiciário, nesse caso, restringe-se a torná-lo *inaplicável* em relação àquele que foi a juízo, de sorte que o ato subsiste e seus efeitos persistem em relação a todos os demais que a juízo não foram.¹⁷⁰

Mas o Direito, em geral, conheceu outras limitações ao *controle jurisdicional da administração*. No que interessa ao presente trabalho, é a questão, que aqui se situa com maior clareza, a respeito de alguns atos de que se cogita se devem escapar do *controle jurisdicional*, tendo em vista mesmo esse *sistema de controle jurisdicional*, tal como apresentado, e a *separação dos poderes*. É questionar a respeito dos atos de alta relevância política, de competência dos mais altos agentes do Executivo, que não podem ser submetidos ao *controle jurisdicional*, sem que isso signifique uma ameaça à *separação dos poderes*, um avanço muito grosseiro do Poder Judiciário sobre o Poder Executivo, o qual tem no cume de sua organização um órgão com caráter político, assentado na lógica de que o *poder* é exercido pelos representantes, eleitos, do Povo, como a CF dispõe¹⁷¹. Essa questão costuma ser levantada sob as expressões *atos de governo*, *atos políticos*, ou *questões políticas*. É a propósito desses atos e no contexto desses questionamentos que segue esse estudo.

No entanto, para bem situar essa questão, há que se marcar outro aspecto do *controle* que o juiz exerce.

É a ideia que, na Europa, no início do século XX, apareceu, primeiramente, com a introdução, na Áustria e no Império Alemão, de um tribunal especial, distinto tanto dos tribunais judiciários como dos tribunais administrativos, sugerindo a ideia de que do *contencioso administrativo* seria destacado e distinguido, materialmente, outro tipo de contencioso, um contencioso especial e com natureza própria, que é entregue a uma jurisdição

¹⁶⁸ É de remarcar que *leis e decretos de efeitos concretos* podem ser *invalidados* em *procedimentos comuns*, *mandado de segurança*, *ação popular* e *ação civil pública*, etc., uma vez que não são *atos gerais*, pelo que já trazem em si os resultados administrativos objetivados. (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2018, p. 886). Tais atos nada têm de *normativos*: eles não contêm mandamentos *gerais* nem apresentam regra *abstrata* de conduta. Eles equivalem aos *atos administrativos* quanto a seus resultados imediatos. Eles trazem em si mesmos o resultado específico pretendido, de sorte que seus efeitos incidem direta e imediatamente sobre os destinatários. Assim é com as leis que criam Municípios, com as que concedem isenções fiscais, com os atos proibitivos, etc. (MEIRELLES; MENDES; WALD, 2016, p. 41-42).

¹⁶⁹ Pronunciou-se já quanto aos *atos abstratos* (cf. *supra*, p. 28, nas notas de rodapé). O *ato geral* é o que tem por destinatários uma categoria de sujeitos inespecíficos, uma vez que estes serão colhidos em função de se incluírem numa situação determinada ou de se enquadrarem numa classe de pessoas (BANDEIRA DE MELLO, C., 2016, p. 436).

¹⁷⁰ FAGUNDES, 1984, p. 136-137.

¹⁷¹ Art. 1º [...]. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988)

dita *jurisdição do Estado*, a qual, por sua vez, distingue-se da *jurisdição administrativa*. Roger Bonnard levanta que pelo menos duas correntes buscaram caracterizar *materialmente* essa *jurisdição do Estado*: uma, conforme a natureza do direito colocado em causa, e outra, segundo a qualidade das partes envolvidas no litígio. A caracterização da *jurisdição do Estado* pela natureza do direito colocado em causa é defendida por Triepel e Kelsen, os quais também a chamam de *jurisdição constitucional*. Sob essa concepção, o direito em causa é o Direito Constitucional; do que resulta que todos os litígios que estejam fundados em regras constitucionais ou que reclamem a aplicação destas formam a matéria da *jurisdição do Estado*, ao passo que a *jurisdição administrativa* é composta pelos litígios administrativos, que estão fundados na legislação ordinária. Esses autores só divergem em que: Triepel entende por regras constitucionais as regras contidas na Constituição, considerada numa asserção material, do que resulta que os litígios constitucionais assumem um caráter *político-jurídico* e a *jurisdição constitucional*, por consequência, assume também esse caráter *político*; enquanto que Kelsen considera a Constituição e as regras constitucionais em sentido orgânico e formal, o que é dizer que as regras constitucionais só diferem da legislação ordinária por esse caráter (orgânico-formal), do que resulta que os litígios assim qualificados assumem mais um caráter puramente *jurídico* e, conseqüentemente, a *jurisdição constitucional* tem um caráter puramente *jurídico*. A outra concepção que Bonnard expõe é a segundo a qual a *jurisdição do Estado* se caracteriza antes pela qualidade das partes que compõe o litígio, de sorte que a *jurisdição do Estado* estaria caracterizada por compor-se dos litígios em que são partes os órgãos que são definidos, na estrutura do Estado, como aqueles capazes de formular a vontade do Estado...¹⁷²

Enfim, é dessa discussão que surgiu o *modelo europeu de controle de constitucionalidade das leis*, segundo o que: o *controle* é exercido por um *órgão especial* (Corte Constitucional), alheio ao Judiciário, e é *concentrado*, pois só esse órgão o exerce; o *controle* é *abstrato*, segundo o que só se discute a *lei* em tese, desvinculada de casos concretos, e por *via de ação*, por meio da instauração de um processo autônomo¹⁷³; e, ainda, a decisão de inconstitucionalidade tem efeito *erga omnes*, nada obstante ele possa ser diferido ou restringido, e também efeito constitutivo, ou seja, *ex nunc*^{174, 175}.

¹⁷² BONNARD, 2006, p. 38-31.

¹⁷³ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.p. 105-106.

¹⁷⁴ Ibid., p. 117.

¹⁷⁵ FERREIRA FILHO, 2015, p. 150-151.

A esse sistema mencionado opõe-se outro, segundo o qual se entrega a todos os órgãos judiciários o poder de exercer o *controle de constitucionalidade das leis* e que é, por isso, dito *sistema difuso*, podendo ainda ser dito *sistema americano*.¹⁷⁶ A teoria que está em sua base popularizou-se com a sentença de Marshall no caso *Marbury v. Madison*, embora já tivesse sido analisada e defendida por Alexander Hamilton,¹⁷⁷ em *O Federalista*, ou mesmo ainda antes...¹⁷⁸ A partir dessa referida sentença, a *doutrina americana*, construiu, então, esse *sistema americano de controle de constitucionalidade*, em que: o *controle* é atribuição do Poder Judiciário; o *controle* é, como já dito, *difuso*; o *controle* é exercido *incidentalmente*, diante de um caso concreto, pela *via de exceção*¹⁷⁹; o pedido de reconhecimento de inconstitucionalidade tem menos restrições quanto à legitimidade, podendo, ser requerido por qualquer pessoa ou autoridade; os efeitos da decisão judicial são *inter partes*; e a decisão tem caráter declaratório, quer dizer, efeito *ex tunc*.¹⁸⁰

Menciona-se, ainda, o *sistema francês de controle de constitucionalidade das leis*, em que: o *controle* é exercido pelo Conselho Constitucional, órgão de estrita composição política; salvo exceção (haja vista reforma constitucional de 2008, que veio a permitir o controle de constitucionalidade das leis em vigor que possam ferir os direitos e garantias constitucionais)

¹⁷⁶ CAPPELLETTI, 1984, p. 66-67.

¹⁷⁷ Três grandes fundamentos foram enunciados por Marshall, para a justificação do *controle judicial de constitucionalidade*, naquela sentença de 1803: a *supremacia da Constituição*, a *nulidade da lei contrária à Constituição* e a asserção de que *o Poder Judiciário é o interprete final da Constituição*. Tais fundamentos correspondem, respectivamente, aos seguintes trechos – colhidos da referida sentença e editados por Barroso -: a) “todos aqueles que elaboram as constituições escritas encaram-na como a lei fundamental e suprema da nação”; b) “um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo”; e c) “é enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o Direito, o sentido das leis; se a lei estiver em oposição à constituição a corte terá de determinar qual dessas normas conflitantes regerá a hipótese; e se a constituição é superior a qualquer ato ordinário, deve reger o caso ao qual ambos se aplicam”. (U. S., 1803 apud Barroso, 2018, p. 30).

Já Alexander Hamilton, no n. 78 de *O Federalista*, defende, em 1788, a tese do *controle judicial de constitucionalidade*, o que pode ser evidenciado no seguinte trecho da referida obra: “[...] nenhum acto legislativo contrário à Constituição pode ser válido. [...] É muito mais razoável supor que os tribunais foram concebidos para serem um corpo intermediário entre o povo e a legislatura, com o intuito de, entre outras coisas, manter esta última dentro dos limites traçados para a sua autoridade. A interpretação das leis é o terreno próprio e particular dos tribunais. A Constituição é, de facto, e assim deve ser olhada pelos juízes, uma lei fundamental. Portanto, pertence-lhes averiguar o seu significado, bem como o significado de qualquer lei particular procedente do corpo legislativo. [...] Esta conclusão supõe de modo algum uma superioridade do poder judicial sobre o legislativo. Supõe apenas que o poder do povo é superior a ambos, e nos casos em que a vontade da legislatura, declarada em seus decretos, está em oposição à do povo, declarada na Constituição, os juízes devem ser governados pela última mais do que pela primeira. Devem regular suas decisões pelas leis fundamentais de preferência a fazê-lo por aquelas que não são fundamentais.” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2011, p. 684-686).

¹⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina brasileira e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva, Educação, 2018. p. 37-38.

¹⁷⁹ CAPPELLETTI, op. cit., p. 102 e 105.

¹⁸⁰ FERREIRA FILHO, 2015, p. 149.

o *controle* tem caráter preventivo, segundo o que só implica o exame de projetos de lei e que a inconstitucionalidade só gera a impossibilidade da promulgação da lei; a legitimidade para suscitá-lo é reservada, modo geral, ao âmbito *político*; e a decisão de inconstitucionalidade decorrente se impõe a todos os Poderes e agentes e é irrecorrível.¹⁸¹ Por tais características, somadas também a que, para a aprovação de certas leis, o *controle* é obrigatório, diz Cappelletti que o *controle de constitucionalidade* que se exerce nesse sistema não é *judicial* ou *jurisdicional*, mas que é sim um *controle puramente político de constitucionalidade das leis*.¹⁸²

Enfim, não só o aspecto do *controle jurisdicional de constitucionalidade*, mas a *jurisdição constitucional*, ou *justiça constitucional*, como um todo, é que influencia na questão dos *atos de governo*, como se colocou. Nesse sentido, como afirma Duez, o *controle de constitucionalidade das leis*, beneficiário de largo avanço no século XX, embora seja, realmente, a peça mestra da *jurisdição constitucional*, com ela não se identifica, já que a *jurisdição constitucional* aparece também: quando o juiz decide sobre validade das eleições para as assembleias políticas; quando, num Estado Federal, ele dirime um conflito de competência entre o poder central e os Estados-membros, ou destes últimos entre si; quando ele examina a constitucionalidade da ação de um Poder Público sobre um outro; quando ele delibera sobre a acusação do chefe de Estado ou dos Ministros de Estado, dentre outros.¹⁸³ No mesmo sentido, conforme Cappelletti, o *controle jurisdicional de constitucionalidade das leis* é o aspecto mais importante da *jurisdição constitucional*, ou *justiça constitucional*, mas ela manifesta-se, também: no *judicio de amparo*, mexicano, ou no *writ of habeas corpus*, anglo-saxão, etc.; no controle sobre a legitimidade dos partidos políticos; no julgamento de conflitos de atribuição entre poderes do Estado e Regiões, ou entre Regiões; no julgamento de acusações contra o Presidente da República e Ministros de Estado, etc.¹⁸⁴ Ainda, no mesmo sentido, veja-se que Canotilho individualiza do seguinte modo as várias atribuições que uma dada ordem jurídico-constitucional pode conferir à “*justiça constitucional*”: a) o julgamento de litígios constitucionais, que compreendem os litígios entre órgãos supremos constitucionais ou entre entes que titularizem direitos e deveres constitucionais; b) o julgamento de litígios decorrentes da separação territorial (federativa) dos órgãos constitucionais; c) o *controle de constitucionalidade das leis e atos normativos*; d) a proteção autônoma de *direitos fundamentais*; e) o controle de regularidade da formação de órgãos estatais (contencioso

¹⁸¹ FERREIRA FILHO, 2015, p. 151-152.

¹⁸² CAPPELLETTI, 1984, p. 26-19 e 99.

¹⁸³ DUEZ, 2006, p. 8-9.

¹⁸⁴ CAPPELLETTI, op. cit., p. 23-25.

eleitoral) e de outras formas importantes de expressão política; e f) a intervenção em processos de *responsabilidade constitucional* (política, administrativa, criminal, etc.).¹⁸⁵

No mesmo sentido, no Brasil, diz Afonso da Silva que: embora a *jurisdição* ou *justiça constitucional* tenha “[...] seu fulcro essencial no *sistema de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público*, considerado como *sistema de verificação da conformidade de um ato [...] à Constituição*,” ela compreende também toda atuação dos tribunais no intento de assegurar a observância das normas constitucionais, de sorte que também compreende o julgamento de conflitos a) entre Estado e indivíduos ou grupos, desde que reclamada a violação de *direitos fundamentais*, b) entre órgãos do governo e c) entre entidades intraestatais autônomas. Assim, define-se a *jurisdição constitucional* como sendo a entrega ao Poder Judiciário da atribuição de solucionar conflitos de interesses qualificados por normas constitucionais.¹⁸⁶

O Brasil evoluiu para um sistema misto de *jurisdição constitucional*, que combina os critérios de *controle difuso* e *incidental* com os critérios de *controle concentrado* e *abstrato*. Assim, por um lado, qualquer tribunal pode exercer a *jurisdição constitucional*, ou seja, qualquer tribunal pode, pela *via da exceção*, *conhecer* da prejudicial de inconstitucionalidade, e, por outro, só o STF pode *conhecer* das *ações diretas de constitucionalidade*¹⁸⁷. Menciona-se, ademais, que o STF, ao examinar a questão

¹⁸⁵ CANOTILHO, 2003, p. 895.

¹⁸⁶ SILVA, José Afonso da. **O constitucionalismo brasileiro**: evolução institucional. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 122-123.

¹⁸⁷ Isto implica na questão levantada acima, quando ainda se falava do *controle de legalidade dos atos administrativos* (cf. *supra*, p. 47-48). É que o *ato normativo da Administração* não pode ser *invalidado* mediante procedimento na via judicial ordinária, de modo que, para sua *invalidação*, é necessário o questionamento de sua *constitucionalidade*, conforme o art. 102, I, a, da CF (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2018, p. 192-193). O dispositivo é o que afirma o seguinte: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a *guarda da Constituição*, cabendo-lhe [...] processar e julgar, originariamente, [...] a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou *ato normativo* federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (BRASIL, 1988, grifo nosso). Meirelles, Wald e Mendes, a este respeito, apontam, no que concerne aos atos federais e especialmente em relação aos praticados pelo Executivo, que a expressão *leis e atos normativos* compreende, como objeto da ADI: a) leis em geral, tanto em sentido formal quanto material, pelo que se compreende inclusive as MP; b) o decreto do Chefe do Executivo que promulga tratados e convenções; c) atos normativos expedidos de pessoas jurídicas de direito público, criadas pela União; e d) outros atos do Poder executivo com força normativa, tais como os pareceres da Consultoria-Geral da República aprovados pelo Presidente da República e o decreto que assumo perfil autônomo e o que exorbite do poder regulamentar, desde que não tenham natureza de ato normativo secundário (2016, p. 437-442). Ademais, sob o fundamento de que as *leis de efeito concreto* não são *atos normativos*, a *jurisprudência* do STF exclui-as do *controle abstrato de constitucionalidade*; o que a *doutrina* questiona, com o argumento de que o citado dispositivo constitucional só fala em *lei e atos normativos* (MEIRELLES; MENDES; WALD, 2016, p. 445-449; SILVA, 2014, p. 554-556).

Necessário é, também, conforme José Afonso da Silva, precisar em que consistem os ditos *atos normativos*. Essa questão o autor resolve, em detrimento da noção de *atos gerais e abstratos*, com a fórmula “atos [...] que disponham para uma universalidade de destinatários ou para uma universalidade de ações”, afirmando

constitucional, somente o faz sob o aspecto técnico-jurídico. Dito isso, cabe sintetizar o papel da *jurisdição constitucional* no Brasil. Conforme José Afonso da Silva, ela é equacionada em três modalidades. 1) – A primeira é a *jurisdição constitucional com controle de constitucionalidade*, que está fundada na ideia da *supremacia da Constituição*, pelo que a Constituição é lei suprema que fundamenta a validade das normas infraconstitucionais e exige que a si se conformem todas as situações jurídicas, e na ideia de *rigidez constitucional*, segundo o que a Constituição não pode ser alterada por meios comuns. Essa modalidade pode ser por *via de ação direta – ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, representação interventiva*, na hipótese de violação de princípios constitucionais, *ação declaratória de constitucionalidade* e o pedido de *medida cautelar*, na ação declaratória e na de inconstitucionalidade – e também por *via incidental*, no *controle difuso*, em que a questão constitucional pode chegar ao STF pelo *recurso extraordinário*. 2) – Depois, tem-se a *jurisdição constitucional sem controle de constitucionalidade*, que é o exercício de atribuições judicantes, para compor litígio de natureza constitucional, mas que não se identifica com o *controle de constitucionalidade das leis*. Aí estão as competências do STF de julgar e processar: *crimes comuns e de responsabilidade* de membros de outros Poderes; *litígios internacionais*; as *causas e conflitos interestatais*, de natureza federativa; a *extradição*; a *revisão criminal* e a *ação rescisória* de seus julgados; a *reclamação*; a execução de sentença, nas causas de sua competência originária; a ação de membros da magistratura; o conflito de competência entre tribunais; e ações contra o CNJ e o CNMP. 3) – Por fim, a *jurisdição constitucional da liberdade*, que compreende o exercício da jurisdição provocada por remédios destinados à defesa dos *direitos fundamentais*. É que ocorre, em certas hipóteses, com a competência do STF de julgar o *habeas corpus*, o *mandado de segurança*, o *mandado de injunção*, o *habeas data* e o *recurso ordinário*. 4) – Cabe, ademais, lembrar da *arguição de descumprimento de preceito fundamental*, que não se encaixa nas outras categorias.¹⁸⁸

Há que se mencionar, ainda, quanto aos efeitos da sentença de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade proferida no *controle concentrado* no Brasil. A decisão é declaratória, pelo que seus efeitos são *ex tunc*; ela tem eficácia subjetiva *erga omnes* e *efeito vinculante* aos órgãos do Poder Judiciário e da *Administração Pública*; e, ainda, como

que pela expressão “que disponham para” se deve entender que se trata de um indicativo para o futuro (2014, p. 556-558).

¹⁸⁸ SILVA, 2014, p. 549-558; Id., 2018, p. 564.

se sabe, seus efeitos podem ser restringidos, o que é dizer, *modulados*, pela maioria de dois terços dos membros do STF, o que ocorre também em sede de *controle difuso*.¹⁸⁹

Enfim, é diante desse quadro, então, que se pode pôr, no Brasil, a questão de certos atos, politicamente importantes, do Executivo escaparem do *controle* do Poder Judiciário.

¹⁸⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição** constitucional. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 64-72.

3 O ATO DE GOVERNO

A primeira teoria a que se debruça e que vai servir de guia na investigação proposta é a *teoria dos atos de governo*. É a respeito especialmente dela que segue este capítulo.

Bem, o *ato de governo* é, sobretudo, de concepção francesa.¹⁹⁰ A noção e o nome *ato de governo* são originários do direito francês.¹⁹¹ A França é a terra clássica da discussão sobre esses atos.¹⁹²

Seguindo isso, veja-se, então, a discussão que a respeito deles se produziu no Direito francês.

Primeiramente, cabe dizer que uma definição inicial desses atos não é fácil. Como menciona Duguit, a expressão *atos de governo* foi empregada em sentidos diversos, acarretando certa obscuridade e confusão.¹⁹³ Conforme afirma Michoud, os *atos de governo* são, modo geral, produzidos pelas mesmas autoridades que emanam os *atos administrativos propriamente ditos* e se apresentam também sob as mesmas *formas* destes, de sorte que a distinção entre eles é muito oscilante e cada autor os entendeu à sua maneira.¹⁹⁴

De todo modo, os autores apresentam algumas definições iniciais.

Laubadère, por exemplo, conceitua os *atos de governo* como sendo certos atos que são cometidos por *autoridades administrativas* e que não são suscetíveis a nenhum *controle jurisdicional*, nem na *jurisdição administrativa* nem na *jurisdição comum*.¹⁹⁵

Roger Bonnard, por sua vez, menciona os *atos de governo* ao enunciar as *condições de admissibilidade do recours pour excès de pouvoir*, sendo este a medida judicial mediante a qual se promovia o julgamento do *contencioso da legalidade dos atos administrativos*. A respeito desses atos, diz o autor que consistem nos atos comumente considerados pela *jurisprudência* francesa como atos, praticados por certas *autoridades administrativas*, que se questionados na via do *recours pour excès de pouvoir*, tornavam essa medida jurisdicional completamente *inadmissível*; de modo que, assim, consistem os *atos de*

¹⁹⁰ DUEZ, 2006, p. 15.

¹⁹¹ LAUN, 1931 apud DUEZ, loc. cit.

¹⁹² SMEND, 1931 apud DUEZ, loc. cit.

¹⁹³ DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**. 3. ed. Paris: Fontemoing, 1928. t. 2. p. 306.

¹⁹⁴ MICHOD, Léon. Des actes de gouvernement. **Annales de l'Enseignement supérieur de Grenoble**. Grenoble, t. 1, n. 2, 1889. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k54553176?rk=21459;2>. Acesso em: 15 mai. 2019. p. 3.

¹⁹⁵ LAUBADÈRE, 1980, p. 290.

governo em atos cuja *legalidade* não pode ser questionada pela *via jurisdicional* e cuja marca é a *inadmissibilidade da ação judicial* que os questiona. Contudo, nada obstante essa certeza quanto a esse caráter da *inadmissibilidade da ação* que eles implicam, o seu alcance variou, pois que se sucederam, ao menos, três teorias a seu respeito: a do *móvel político*, a da *função de governo* e a *teoria empírica*.¹⁹⁶

Assim, quaisquer elementos até aí elencados não são exatamente unânimes. Por exemplo – como se verá à frente –, falava-se em *decretos governamentais* e em *autoridade governamental*, enfim. Pela evolução doutrinária e jurisprudencial que esses atos sofreram na França, pode-se notar as demais particularidades que eles carregam. Antes, pode-se explorar algumas características de tais atos, apontadas, especialmente, por Paul Duez. É o que segue.

3.1 CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE GOVERNO

Paul Duez, na obra “*Les actes de gouvernement*”, publicada, primeiro, em 1935, discute seis traços característicos desses atos, como segue.

A) *O ato de governo implica a impossibilidade de o juiz controlar a legalidade do ato e, às vezes, de interpretá-lo*

Primeiro, seria um erro pensar que o juiz não tem qualquer atuação sobre os *atos de governo* e que ele os deveria ignorar totalmente. É que, embora o *ato de governo* seja um instrumento de defesa do Executivo em relação ao juiz, essa defesa só se impõe em caso de ameaça, o que não ocorre quando o juiz é chamado para resolver um litígio e simplesmente aplica o *ato de governo* dando todo efeito à vontade manifestada no ato.¹⁹⁷

Mas esse, evidentemente, é um caso ideal, em que a vontade manifestada no ato é certa e indiscutível. Numa situação oposta, em que não esteja presente essa clareza, o juiz, antes de aplicar o ato, teria que submetê-lo à sua interpretação. Interpretação esta que, supondo uma precisão, um complemento ou uma revisão parcial daquela vontade do autor do ato, acentua o papel do juiz na definição do *conteúdo* do ato e eleva esse juiz, em alguma medida, a uma posição de colaborador do autor do ato. É aí que a noção de *ato de governo* vai intervir: para paralisar uma atividade do juiz estimada demasiada ou muito empreendedora. O *ato de*

¹⁹⁶ BONNARD, 1944, p. 174-177.

¹⁹⁷ DUEZ, 2006, p. 7.

governo manifesta-se, assim, como uma *questão prejudicial*: tendo o juiz que, no curso de um processo, aplicar um *ato de governo* cujo sentido não é claro, não pode ele mesmo exercer a *interpretação*; resta-lhe remeter as partes ao autor do ato, para que deste solicitem a *interpretação*.¹⁹⁸

É assim que o *ato de governo* vai se manifestar de um primeiro modo: impedindo a *interpretação jurisdicional*.¹⁹⁹ Tal manifestação do *ato de governo* apareceu, na França, no contencioso de interpretação dos tratados internacionais, pois, em alguns casos – modo geral quando estava em causa uma questão pertinente à ordem pública internacional -, tendo sido submetida ao juiz uma demanda em que existe a necessidade de se fornecer uma *interpretação* ao tratado, o juiz se declarava incompetente para fazê-lo, pois somente ao *Governo* cabia essa tarefa.²⁰⁰

Mas Duez afirma que a característica fundamental do *ato de governo* é a *subtração absoluta da possibilidade de o juiz controlar a legalidade do ato* - para além da vedação comum que incide sobre o *controle jurisdicional do ato administrativo* que é a vedação da apreciação jurisdicional do *mérito* do ato, da dita *conveniência e oportunidade*. Assim, acima de tudo, o *ato de governo* impede a apreciação jurisdicional da regularidade jurídica do ato. Nesse sentido, o *ato de governo* pode revelar-se de três maneiras distintas no *contencioso jurisdicional de legalidade*: pode ser pela *via direta da ação de invalidação*, pela *via indireta, ou de exceção, de invalidação* e pela *via da ação de responsabilização do Estado*.²⁰¹

Pela *via de ação*, o requerente aciona o juiz para que este constate uma *ilegalidade* em um ato e, em seguida, pronuncie-o *inválido*. Esse é o modo mais agressivo de *controle de legalidade*, pois tem por consequência a extinção do ato ilegal ou inconstitucional. De todo modo, disso resulta que, se o ato em questão for um *ato de governo*, isso se manifestará com o *juízo de inadmissibilidade da ação*, vez que questão de tal ordem não pode ser submetida ao *controle jurisdicional*.²⁰²

De um segundo modo, o *ato de governo* pode manifestar-se no *controle de legalidade* que ocorre pela *via indireta da exceção*. Assim é, quando, num processo judicial, um dos postulantes, para defender-se da pretensão de seu adversário, invoca a ilegalidade de algum ato que fundamenta a pretensão do outro. Para solucionar o litígio, o juiz precisa analisar

¹⁹⁸ DUEZ, 2006, p. 17-18.

¹⁹⁹ Ibid., p. 18.

²⁰⁰ LAUBADÈRE, 1980, p. 296.

²⁰¹ DUEZ, op. cit., p. 18.

²⁰² Id., loc. cit..

esse ato atacado. Esse modo de controle é menos agressivo, haja vista a autoridade formal (relativa) da coisa julgada nesses casos. Mas, de qualquer modo, sendo esse ato atacado pelo réu um *ato de governo*, o juiz não pode apreciá-lo e, por consequência, encontra aí um obstáculo para o julgamento da questão principal do processo (o *mérito*), de sorte que lhe resta tomar uma das seguintes atitudes: ou ele nega a exceção (defesa), supondo uma absoluta presunção de legalidade do *ato de governo*, ou ele suspende o julgamento da questão principal e remete o juízo de legalidade do *ato de governo* à autoridade que o emanou. Nesta segunda hipótese o *ato de governo* também aparece, no processo, como uma questão prejudicial.²⁰³

De um terceiro modo, ainda, o *ato de governo* pode aparecer no controle de legalidade que ocorre pela *via da ação de indenização* ou de *responsabilidade do Estado*. É que, sendo a *ilegalidade* do ato um elemento capaz de levar à responsabilização do Estado, o *ato de governo* poderia aparecer aí, barrando-a. No entanto, em se tratando de responsabilidade do Estado fundada na teoria do risco, não há necessidade, por parte do juiz, de apreciar a legalidade do ato para solucionar o litígio, pois basta que ele verifique a causalidade entre o ato do poder público e o dano sofrido pelo requerente. Desse modo, somente uma teoria de responsabilização fundada na ilegalidade do ato pode trazer à tona o problema da apreciação de legalidade do *ato de governo* na *via de responsabilização do Estado*.²⁰⁴

B) A incompetência jurisdicional absoluta ocasionada pelo ato de governo é uma incompetência à parte

A incompetência do juiz causada pelo *ato de governo* tem uma razão própria. Afirma-se isto especialmente considerando que na França operavam, normalmente, princípios gerais de incompetência jurisdicional para determinar a competência da *jurisdição administrativa* e da *jurisdição judiciária*. É que esses princípios não se confundem com a incompetência pretendida pela *teoria do ato de governo*, pois esta é uma incompetência especial que deriva do *ato de governo* e só tem fundamento nesse ato mesmo. É uma teoria à parte. O *ato de governo* supõe que o juiz está diante de matérias para cuja apreciação se declararia competente, não fosse essa teoria especial.²⁰⁵

C) O ato de governo não se confunde com o poder discricionário

²⁰³ DUEZ, 2006, p. 18-19.

²⁰⁴ Ibid., p. 19-20.

²⁰⁵ Ibid., p. 21.

Duez aponta que *o ato de governo* não se confunde com o *ato discricionário*, ou melhor, com as manifestações do *poder discricionário* no *ato administrativo*. É que, no caso da *discricionariedade*, o juiz, ao escrutinar o conteúdo do ato, percebe que não está diante de um problema de *legalidade*, mas sim que o ato fora praticado com a liberdade jurídica de que seu autor dispunha, de sorte que o juiz percebe estar diante de uma questão de *conveniência e oportunidade* que ele reconhece não ter competência para resolver. Daí que, em se tratando de *ato de governo*, o juiz abdica de solucionar o problema da *legalidade* (a *questão de fundo* ou o *mérito* do processo) *a priori*, ou seja, com a *inadmissão da ação*, mesmo que *no mérito* da causa, a *ilegalidade* pudesse aparecer; ao passo que, em se tratando de *ato discricionário*, o juiz *admite a ação* e, *no fundo*, ou *no mérito* da causa, conclui que está diante de uma questão que não lhe compete resolver, por tratar-se de questão da competência discricionária da autoridade que emanou o ato. Em outros termos, o *ato de governo* forma, com todos seus elementos, um bloco que escapa, no todo, do exame do juiz; enquanto que, em se tratando de *poder discricionário*, o juiz se debruça sobre o *ato administrativo*, segundo o que o analisa, e dissocia nele os elementos *discricionários* que reconhece deverem escapar do *controle jurisdicional*.²⁰⁶

D) Os atos de governo são uma categoria da ordem política, e não da ordem jurídica

Afirmam alguns autores que outra *característica* capital dos *atos de governo* é que esses atos não possuem *natureza jurídica* diferente da daqueles atos submetidos ao *controle jurisdicional*. Assim, a matéria dos *atos de governo* não diz respeito ao *plano jurídico*, mas sim à *ordem política*. Duez afirma que, particularmente na França, tais atos são fruto de uma *política jurisprudencial* do Conselho de Estado e que os autores que tentaram elaborá-los teoricamente não puderam senão invocar considerações políticas, como: a exigência de uma razão do Estado, a inaptidão do juiz para controlar certas atividades, a necessidade de se garantir mais autonomia ao Poder Executivo, etc. Em suma, aqueles que tentaram elaborar teoricamente tal ato não conseguiram fazer uma dedução lógica tirada de uma análise *jurídica*. Duez assinala que “se para certos defensores do *ato de governo* este deriva da natureza das coisas, essa natureza das coisas é ditada por considerações de arte *política* e não pela análise *jurídica*”. Afirma ele que esse fundamento *político* do *ato de governo* tem por consequência transmitir a essa matéria um

²⁰⁶ DUEZ, 2006, p. 22.

caráter impreciso e flexível, já que não se pode, por meio da exegese *jurídica*, determinar precisamente seu domínio.²⁰⁷

Duguit tem a mesma impressão sobre tais atos. Para ele, a expressão *atos de governo*, ou *atos políticos*, não implica que os atos assim designados tenham uma *natureza jurídica* própria.²⁰⁸ Tanto Duez quanto Duguit entendem que a *natureza jurídica* *atos de governo*, na verdade, é sempre ou de *atos administrativos* (*atos subjetivos* ou *atos condição*) ou de *atos legislativos* (*atos-regra*) e que a subtração do *controle jurisdicional*, no que toca a eles, dava-se, na verdade, por outras razões.²⁰⁹

No entanto, esse aspecto do *ato de governo*, de não ter ele uma *natureza jurídica* própria, não era, exatamente, o entendimento absoluto da *doutrina* francesa. Outros juristas tratam dos *atos de governo* sem mencionar esse caráter *não jurídico* que lhe acometeria. Outros, ainda, notadamente seus defensores, chegam a mencionar que são atos que têm uma *natureza jurídica* própria. Ducrocq²¹⁰, por exemplo, menciona que eles possuem uma “*natureza legal*” diferente da dos *atos administrativos*.

E) Os atos de governo não são uma exceção à legalidade

Outra característica é que o *ato de governo* não pressupõe um regime de exceção à legalidade: o Poder Executivo continua circunscrito pela *ordem jurídica* do Estado, embora o *ato de governo* implica que o ato assim designado não seja submetido ao *controle jurisdicional*.²¹¹ Carré de Malberg, nesse sentido, assenta que o *ato de governo* poderia ser entendido como fora do regime de legalidade se por *legalidade* se entendesse o conjunto de leis ordinárias emanadas do Legislativo; no entanto, jamais se poderia entender que tal ato está fora da *ordem jurídica*, pois seu fundamento é precisamente a Constituição, fonte precípua da *ordem jurídica*.²¹² No mesmo sentido, Jean Rivero afirma que a *teoria do ato de governo* não é uma exceção ao *princípio da legalidade*, mas é uma exceção à competência do juiz.²¹³

²⁰⁷ DUEZ, 2006, p. 23-24. Trad. nossa de: “Si pour certains défenseurs de l’acte de gouvernement, celui-ci derive de la nature des choses, cette nature des choses est dictée par des considérations d’art politique et non par l’analyse juridique”.

²⁰⁸ DUGUIT, 1928, t. 2, p. 308.

²⁰⁹ DUEZ, op. cit., p. 32; DUGUIT, op. cit., p. 308.

²¹⁰ DUCROCQ, Théophile. **Cours de droit administratif et de législation française des finances**. 7. ed. Paris: A. Fontemoing, 1897. t. 1, p. 71.

²¹¹ DUEZ, op. cit., p. 24-25.

²¹² CARRÉ DE MALBERG, 1920, t. 1, p. 531.

²¹³ RIVERO, Jean. **Droit administratif**. 9. ed. Paris: Dalloz, 1980. p. 87.

Duez menciona esse aspecto precisamente para afirmar que o *ato de governo* não se confunde com uma outra teoria discutida na França, a teoria da necessidade, pela qual, sob a pressão das necessidades, a *legalidade* poderia ser suspensa pelo Executivo, que passava, então, a poder agir inclusive contra a Constituição; ainda que esta teoria não implicasse a impossibilidade do *controle jurisdicional*...²¹⁴

F) O ato de governo pressupõe um controle jurisdicional largamente desenvolvido

Diz Duez que a consagração da *teoria do ato de governo* é indício de que há um *controle jurisdicional* largo sobre os atos do Poder Executivo. Isto é dizer que o *ato de governo* só pode ter lugar onde o *controle jurisdicional* sobre os atos do Executivo e de seus funcionários é, de modo geral, *bem desenvolvido*. É que, caso contrário, essa teoria restaria inútil: em países onde o *controle jurisdicional* só é realizado sobre agentes subalternos, de menor importância política, ou onde ele é delimitado por meio de enumeração taxativa, o *ato de governo* sequer teria razão para existir. Então, os *atos de governo* pressupõem um Estado onde há amplo *controle jurisdicional* sobre os atos do Executivo e tanto o é que se justifica a subtração, ao apreço do juiz, de certas matérias específicas que nutrem uma tal categoria especial de atos.²¹⁵

G) O ato de governo é submetido a outros controles

Toma-se liberdade aqui para apontar ainda outra característica própria dos *atos de governo*, mencionada por alguns autores.

É que, como afirma Michoud, se por um lado os *atos de governo* não podem ser controlados pelo juiz, eles podem ser freados pelas Câmaras do Poder Legislativo, por meio dos instrumentos que elas dispõem, e pela opinião pública.²¹⁶ No mesmo sentido, Ducrocq dispõe que são atos cuja apreciação compete às Câmaras, podendo ensejar conflitos *políticos*, dentre os quais aqueles que culminam na *responsabilidade política* dos Ministros de Estado.²¹⁷ Ainda, conforme Carré de Malberg: na ausência de qualquer medida que o particular possa dispor para frear esses atos, há ao menos certos meios constitucionais que podem neles influir,

²¹⁴ DUEZ, op. cit., p. 193.

²¹⁵ Ibid., p. 25-26.

²¹⁶ MICHOU, 1889, p. 1, 14 e 15.

²¹⁷ DUCROCQ, Théophile. *Cours de droit administratif et de législation française des finances*. 7. ed. Paris: A. Fontemoing, 1897. t. 2. p. 19.

tais quais a *responsabilidade política*, a que estão sujeitos os Ministros de Estado, e o *controle*, nos termos da Constituição, exercido pelo Parlamento sobre o Executivo e seus atos.²¹⁸

3.2 ORIGEM E EVOLUÇÃO DO ATO DE GOVERNO

Segundo Carré de Malberg, a *teoria dos atos de governo* remonta às origens do direito público moderno na França. Para ele, essa noção advém da Constituição francesa de 1791. É que ela negava a todo funcionário público, inclusive ao rei, quando tratando dele como *chefe da Administração*, o caráter *representativo*, pois sob essa relação (*administrativa*), não se poderia conceber qualquer atribuição outra a esses funcionários senão a de *executar a lei*. Mas, quando tratando do rei como *chefe de Governo*, essa Constituição conferia-lhe o papel de *representante* nacional, qualidade pela qual ele dispunha de um poder de *ter vontade*, de modo livre e inicial, em nome de toda a nação.²¹⁹

Duez, de outro modo, aponta que a *teoria dos atos de governo* era desconhecida sob a Revolução Francesa, pois tudo o que dizia respeito ao *contencioso administrativo* ficava, até então, a cargo da *administração ativa* mesmo, o que já excepcionava os tribunais judiciários do *controle* sobre o *Governo*, de sorte que o *ato de governo* seria totalmente inútil.²²⁰

Diz Duez que, mesmo mais à frente, sob o Primeiro Império, ainda não havia traço dessa teoria.²²¹ O *contencioso administrativo*, no ano VIII, foi atribuído a órgãos de atribuição consultiva da *Administração*, dentre os quais o Conselho de Estado.²²² Mas tais tribunais, no seu conjunto, não formavam mais que uma *jurisdição administrativa* aos moldes da *justiça retida*, em prol do chefe de Estado.²²³ O *Governo* não precisava defender-se do Conselho de Estado, pois a decisão jurisdicional que este preparava demandava da assinatura do chefe de Estado mesmo, o que permitia, ao menos teoricamente, que este não precisava se submeter à opinião daquele.²²⁴ Além disso, o Conselho de Estado era beneficiário de larga confiança e animosidade do então chefe de Estado, o imperador Napoleão.²²⁵

²¹⁸ CARRÉ DE MALBERG, 1920, t.1, p. 547.

²¹⁹ Ibid., p. 524-525.

²²⁰ DUEZ, 2006, p. 30

²²¹ Id., loc. cit.

²²² BONNARD, 2006, p. 157.

²²³ Id., loc. cit.

²²⁴ DUEZ, loc. cit.

²²⁵ BONNARD, op. cit., p. 158; DUEZ, loc. cit.

A concepção de *ato de governo*, então, conforme Duez, só vai aparecer, progressivamente, na *jurisprudência* do Conselho de Estado, durante o período da Restauração Bourbon e da Monarquia de Julho (1814-1848), quando uma série de decisões a manifestaram, sendo a mais célebre a que consta do *affaire Laffitte*, de 1º de maio de 1822.²²⁶

Nesse referido caso, o banqueiro Laffitte demandava do Conselho de Estado o recebimento dos pagamentos em atraso de uma renda que a princesa Borghèse, membra da família Bonaparte, detivera e a ele a havia cedido. A solução dada pelo Conselho de Estado foi rejeitar demanda do banqueiro, sob o pretexto de que se tratava de uma *questão política*.²²⁷

A explicação desse surgimento do *ato de governo* é que, quando da Restauração Bourbon, o Conselho de Estado, criação napoleônica, diante da nova configuração política que lhe era hostil – haja vista que os liberais e os ultrarrealistas o criticavam e colocavam suas atribuições contenciosas em discussão -, vai autoconter-se, “inspirado na única preocupação política de ser modesto para manter-se e durar”. O Conselho de Estado fez isso de duas maneiras: reduzindo a sua competência em benefício da *jurisdição comum*, com base no *princípio da separação das autoridades administrativas e judiciárias*, e, enfim, reconhecendo os *atos de governo*.²²⁸

3.2.1 A TEORIA DO MÓVEL POLÍTICO E SEU ABANDONO

É, contudo, somente mais à frente, no Segundo Império, que uma teoria de conjunto a respeito dos *atos de governo* vai aparecer. Nesse momento, o Conselho de Estado vai buscar estender o seu papel no *contencioso administrativo de legalidade*. Para isso, então, esse tribunal aumenta, jurisprudencialmente, o alcance do *recours pour excès de pouvoir* – como já dito, medida jurídica utilizada para questionar a legalidade dos atos do Estado – ampliando-lhe os casos de admissibilidade; mas, para preservar sua reputação diante do *Governo*, concede, ao mesmo tempo, a este, também jurisprudencialmente, um domínio no qual não pode penetrar. Esse domínio é elaborado segundo a *teoria do móvel político*, pela qual qualquer ato do Poder Executivo, ou de seus agentes, em razão da intenção (*móvel*) que o

²²⁶ DUEZ, 2006, p. 30.

²²⁷ LAFERRIÈRE, Édouard. **Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux**. 2. ed. Paris: Berger-Levrault et Cie, 1896. t. 2. p. 38.

²²⁸ DUEZ, op. cit., p. 30-31. Tradução nossa de: “inspirée par l’unique souci politique de se faire modeste pour se maintenir e durer”.

inspira, pode transformar-se em *ato de governo*. Desse modo, “há *atos administrativos* que são suscetíveis de se transformarem, em certas circunstâncias e em razão de seu *móvel político*, em *atos de governo*”.²²⁹

Essa teoria implicava que um ato em si arbitrário e não autorizado por qualquer lei poderia tornar-se inatacável se emanado a título de *ato de governo* e com uma *finalidade* de segurança política ou de salvaguarda dos interesses superiores do Estado.²³⁰

Conforme Duez, o grande construtor doutrinal de tal teoria, naquela época, foi Dufour, para quem, no contexto da *justiça delegada* (provisoriamente instituída):

A delegação feita pelo depositário do Poder Executivo às autoridades encarregadas do exercício da *jurisdição contenciosa*, nos seus diversos degraus, não incide nem jamais incidiu sobre matérias que não as administrativas. O chefe de Estado reteve todas as dependências do Poder Executivo cuja natureza jamais autorizou deixar a cargo da *Administração*. Ele restou mestre absoluto de tudo o que concerne ao *Governo*. [...]. Não é, analisando de perto, tão fácil reconhecer os *atos de governo* ou precisar o que se tem que entender por medida de alta polícia. A política é que primeiro atinge tudo no exercício do poder governamental. Mas a política não penetra somente no *ato de governo* [...]. [...]. *O que constitui o ato de governo é a finalidade nele impressa por seu autor*. O ato que tem por finalidade defender a sociedade, considerada em si mesma ou personificada no *Governo*, contra seus inimigos interiores ou exteriores, confessos ou ocultos, presentes ou futuros; eis aí o *ato de governo*, ou a medida de alta polícia. O chefe de Estado, na esfera dessas medidas supremas, não tem nem *controle* a que se submeter, nem assistência que demandar. Sua força está na autoridade em que está investido como soberano: ele basta-se a si mesmo e seu freio não pode estar senão na responsabilidade governamental [...].²³¹

É o direito de o *Governo* pôr-se acima das leis toda vez que quiser combater os inimigos da sociedade ou seus próprios inimigos. Trata-se uma tese na qual não se precisa pensar muito para perceber nela o perigo, assinala Michoud.²³²

²²⁹ DUEZ, 2006, p. 31, grifo nosso, trad. nossa de: “Il y a des actes administratifs qui sont susceptibles de se muer, dans certaines circonstances, à raison même de leur mobile politique, en actes de gouvernement”.

²³⁰ CARRÉ DE MALBERG, 1920, t. 1, p. 530.

²³¹ DUFOUR, Gabriel Michel. **Traité général de droit administratif appliqué**. 3. ed. Paris: Delamotte, 1868. t. 5. p. 127-128. Grifo nosso. Trad. nossa de: “La délégation faite par le dépositaire du pouvoir exécutif aux autorités préposées à l’exercice de la juridiction contentieuse, dans ces divers degrés, n’a jamais porte que sur les matières administratives. Le chef d’État a retenu toutes les dépendances du pouvoir exécutif que leur nature ne commandait pas d’abandonner à leur administration. Il est resté maître absolu de tout ce qui est chose de gouvernement. [...]. Il n’est pas, à beaucoup près, aussi facile de reconnaître les actes de gouvernement ou de caractériser avec précision ce qu’il faut entendre par mesure de haute police. La politique est qui frappe tout d’abord dans l’exercice du pouvoir gouvernemental. Mais la politique ne pénètre pas seulement dans les actes de gouvernement [...]. [...]. Ce qui fait l’acte de gouvernement, c’est le but que se propose son auteur. L’acte qui a pour but de défendre la société prise en elle-même, ou personnifiée dans le gouvernement, contre ses ennemis intérieurs ou extérieurs, avoués ou cachés, présents ou à venir, voilà l’acte de gouvernement ou la mesure de haute police. Le chef de l’État, dans la sphère de ces mesures suprêmes, n’a ni contrôle à subir, ni assistance à demander. Sa force est dans l’autorité dont il est investi comme souverain: il se suffit à lui même; et son frein ne peut être que dans la responsabilité gouvernementale [...]”.

²³² MICHOD, 1889, p. 2-3.

Segundo Duez, essa teoria acaba se revelando um perigo para a *legalidade* na medida em que abarca uma possibilidade de extensão indefinida dos *atos de governo* sob o pretexto da *razão de Estado* (cf. *supra*, p. 15). Trata-se de uma teoria *política*, pois se baseia num *critério* extrajurídico e contingente que é a *razão de Estado*, invocada pelo chefe do Executivo, e numa prudência do Conselho de Estado em não confrontar um *Governo* imponente.²³³ A *jurisprudência* a revelou, com frequência, em decisões relativas a membros de dinastias derrubadas.²³⁴ As decisões mais célebres do Conselho de Estado, com fundamento nessa teoria, constam do *arrêt Prince d'Orléans*, de 18 de junho de 1852 e do *arrêt Duc d'Aumale*, de 9 de maio de 1867.²³⁵

Mas, a partir dessa época, final do século XIX, a *teoria do móvel político* foi constantemente sustentada no Conselho de Estado e no Tribunal dos Conflitos, os quais passaram sempre a rejeitá-la.²³⁶ A partir disso, a finalidade política, ou o *móvel político*, passou a ser mais um fundamento para a *invalidação* do ato por desvio de poder ou erro de direito, de sorte que, modo geral, a *Administração* passou a dever evitar agir com base em considerações dessa natureza.²³⁷ E não foi só a *jurisprudência* que passou a rejeitar o *móvel político*, mas também a *doutrina* francesa passou, a partir de então, a opor-se a ela radicalmente.²³⁸

Na *doutrina* o movimento de rejeição ao *móvel político* foi motivado por um encontro de causas, tais quais:

[...] o desenvolvimento do espírito de *legalidade*; a diminuição da força governamental, com a queda do regime imperial e o advento da Terceira República; e a aparição da *justiça delegada*, que dava ao *ato de governo* fundado no *móvel político* uma feição mais grosseira que a que ele lograva no sistema da *justiça retida*.²³⁹

A respeito desta última causa, cabe lembrar que, com a *Loi du 24 mai 1872*, o sistema da *justiça retida* – pelo qual o chefe de Estado tinha em suas mãos a *jurisdição administrativa* – foi, definitivamente, substituído pelo sistema da *justiça delegada*, o que permitiu a essa corte reforçar sua atividade jurisdicional, sem temer que o Poder Executivo se

²³³ DUEZ, 2006, p. 31

²³⁴ MICHOU, 1889, p. 6.

²³⁵ DUEZ, op. cit., p. 31-32.

²³⁶ MICHOU, op. cit., p. 7.

²³⁷ LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DEVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 22^e ed. Paris: Dalloz, 2019. p. 19.

²³⁸ DUEZ, op. cit., p. 32.

²³⁹ Id., loc. cit. Tradução nossa de: “[...] le développement de l’esprit de légalité, la diminution de la force gouvernementale avec la chute du régime impérial et l’avènement de la III^e République, l’apparition de la justice déléguée qui donnait à l’acte de gouvernement fondé sur le mobile politique un caractère plus choquant que dans le système de la justice retenue”.

recusasse a inclinar-se perante a coisa julgada.²⁴⁰ A *justiça retida* era de natureza a permitir que o *Governo* exercesse uma certa pressão sobre o Conselho de Estado.²⁴¹

Já na *jurisprudência*, o abandono da *teoria do móvel político* foi marcado por duas célebres decisões do Conselho de Estado, constando uma do *arrêt prince Napoléon*, de 19 de fevereiro de 1875, e outra do *arrêt duc d'Aumale et prince Joachim Murat*, de 20 de maio de 1887.²⁴²

Na primeira, o príncipe Jérôme Napoléon intentava um *recours pour excès de pouvoir* contra uma decisão do Ministro da guerra, que o havia excluído da lista de generais de divisão. O Ministro argumentava que o recurso não deveria ser recebido, pois a decisão atacada era um *ato de governo*. Ele dizia que a decisão atacada fora tomada pelo conselho de ministros e que ela visava a um objetivo político (o *móvel político*). O Conselho de Estado, contudo, foi além e rejeitou a demanda por motivos tirados de seu *mérito*, examinando-a *ao fundo*.²⁴³

Na segunda, em um *recours pour excès de pouvoir*, movido contra o Ministro da guerra, em razão de ele ter excluído o duque de Aumale e o príncipe Murat do controle do exército, o Ministro invocava o *ato de governo*, sob fundamento da *teoria do móvel político*, com o intento de que o recurso não fosse admitido. No entanto, o Conselho de Estado ignorou o *móvel político*, *recebeu* o recurso e decidiu a controvérsia apreciando a questão *ao fundo*.²⁴⁴

3.2.2 A TEORIA DA NATUREZA DO ATO

Conforme Duez, o movimento doutrinário que se formou ao fim do século XIX, cujos expoentes foram os autores Aucoc, Batbie, Ducrocq, Laferrière e Teisser, buscava substituir a *teoria do móvel político* por uma teoria segundo a qual houvesse uma divisão clara e fixa entre o que é o *ato de governo* (insuscetível de ser controlado pelo juiz) e o que o é *ato administrativo* (suscetível de ser controlado pelo juiz). Queria-se uma teoria segundo a qual o *ato de governo* ficasse circunscrito num domínio próprio, de modo que um determinado ato fosse sempre *ato de governo* ou sempre um *ato administrativo*; jamais se transformando num

²⁴⁰ CHAPUS, René. **Droit du contentieux administratif**. 8. ed. Paris: Montchrestien, 1999. p. 67-68.

²⁴¹ BONNARD, 1944, p. 143.

²⁴² DUEZ, 2006, p. 34.

²⁴³ Id., loc. cit.

²⁴⁴ Id., loc. cit.

ou noutro em razão do *móvel* que o inspirou. As duas categorias de atos teriam que ser bem delimitadas.²⁴⁵

De modo geral, o *ato de governo* seria a consequência jurídica da distinção entre *Governo e Administração*.²⁴⁶ Mas era necessário fixar, de uma maneira precisa, a fronteira entre os *atos de governo* e os *atos administrativos*, razão pela qual os juristas foram se apegar a algum *critério* que presidisse a identificação dos primeiros atos em relação aos segundos.²⁴⁷

A) O critério da função de governo

Muitos vão defender a *teoria da natureza do ato* fundada na distinção entre a *função de governo* e a *função administrativa*, de maneira que o Poder Executivo, quando imbuído daquela, pratica os *atos de governo* e, quando desta, emana *atos administrativos*.²⁴⁸

O pensamento de Laferrière é nesse sentido.

Para Laferrière, nem todos os atos do Poder Executivo são *atos administrativos*. Alguns dos atos dele são *atos de governo* e a esse título escapam de todo *controle jurisdicional*. Entende Laferrière que a *jurisdição administrativa* foi criada somente para julgar as decisões da *autoridade administrativa*, e não para julgar as da *autoridade governamental*. Estas só competem a ela mesmo, às Câmaras e ao país.²⁴⁹

Essa incompetência da *jurisdição administrativa* em relação aos *atos de governo* era proclamada – de modo infraconstitucional – pelo art. 26 da *Loi du 24 mai 1872*, cuja redação dispunha que “os Ministros de Estado têm o direito de reivindicar perante o Tribunal de Conflitos os assuntos levados à seção do contencioso que não caberiam aos tribunais administrativos”. Esse artigo era a reprodução do art. 47 da *Loi du 3 mars 1849*, a respeito do qual Vivien, deputado relator desta lei, explicava o seguinte:

[...]. Em um *governo representativo*, submetido ao princípio da responsabilidade, há circunstâncias em que, visando a uma grande necessidade pública, os Ministros de Estado tomam medidas que ferem direitos privados. Eles respondem por isso perante o Poder Político. Torná-las sindicáveis pelo tribunal administrativo seria tolher uma ação que se exerce com vistas ao interesse comum e criar no Estado um Poder novo que ameaçaria todos os demais. As medidas de segurança geral e a aplicação de atos

²⁴⁵ DUEZ, 2006, p. 34.

²⁴⁶ MICHOU, 1889, p. 1.

²⁴⁷ DUEZ, op. cit., p. 32.

²⁴⁸ Id., loc. cit.

²⁴⁹ LAFERRIÈRE, 1896, t. 2, p. 32

diplomáticos não adentram sequer no contencioso administrativo, ainda que direitos privados possam ser atingidos por elas.²⁵⁰

Mas para além dessa consagração legal, a distinção entre os *atos administrativos* e os *atos de governo* é também noção que se impõe em razão dos princípios gerais do direito público e da natureza mesma das coisas, diz Laferrière.²⁵¹

Essas duas espécies de atos correspondem às atribuições do Poder Executivo de *governar* e *administrar*, sendo uma diferente da outra, ao modo que Laferrière as concebe (cf. *infra*, p. 162).²⁵²

O que predomina nos *atos de governo* é o seu caráter *político*. Assim, eles não estão submetidos a jurisdição outra que não à “jurisdição política”, qual seja esta, aquela exercida pelas Câmaras, ora fazendo um *controle* sobre o ato, ora, em casos excepcionais, acusando e julgando os Ministros de Estado.²⁵³ Mas não significa que o ato do Poder Executivo, inspirado por considerações de *ordem política* (e governamental), seja, só por isso, um *ato de governo*, contra o qual o cidadão não dispõe de qualquer medida de *ordem jurídica*. O que identifica o *ato de governo*, e assim impede o *controle jurisdicional*, é a *natureza do ato*, e não o *móvel* que o inspira.²⁵⁴

Daí em diante, Laferrière indica os atos que ele considera *atos de governo* conforme sua definição. São quatro conjuntos de atos. Os relativos: a) *às relações do Governo para com as Câmaras*; b) *a certas medidas de segurança interior do Estado*; c) *à segurança exterior do Estado e, de modo geral, às relações diplomáticas*; e d) *aos fatos de guerra*.²⁵⁵

No primeiro conjunto, há os atos do Presidente da República de: *convocar* ou *adiar as Câmaras*, *dissolver a Câmara dos Deputados*, *promulgar a lei*, bem como a sua *iniciativa legislativa*. Esses atos eram previstos em leis constitucionais e, alguns deles, por elas submetidos a certas regras. Porém, ainda que fosse possível, com isso, no que diz respeito à *constitucionalidade*, uma *invalidade*, ou *ilegalidade*, ela não poderia ser levada aos tribunais.²⁵⁶

²⁵⁰ LAFERRIÈRE, 1896, t. 2, p. 32-33, trad. nossa de: “[...]. Dans un gouvernement représentatif, il est des circonstances où, en vue d’une grande nécessité publique, les ministres prennent des mesures qui blessent les droits privés. Ils en répondent devant le pouvoir politique. Les rendre justiciables du tribunal administratif, ce serait paralyser une action qui s’exerce en vue de l’intérêt commun et créer dans l’État un pouvoir nouveau qui menacerait tous les autres. Les mesures de sûreté générale, l’application des actes diplomatiques, ne rentrent pas non plus dans le contentieux administratif, bien que des droits privés puissent en être atteints”.

²⁵¹ Ibid., p. 33.

²⁵² Id., loc. cit.

²⁵³ Id., loc. cit.

²⁵⁴ Ibid., p. 33-34.

²⁵⁵ Ibid., p. 34.

²⁵⁶ Ibid., p. 35.

No segundo conjunto, há medidas – que eram previstas em leis infraconstitucionais – tais como a *declaração de estado de sítio* (pelo chefe de Estado) e uma série de *medidas de segurança pública* (de modo geral, de polícia sanitária), ambas as quais Laferrière indica com base na *jurisprudência*.²⁵⁷

No terceiro conjunto, Laferrière indica uma série de atos que, independentemente da forma por que se manifestem, são atribuições governamentais. É a *ação diplomática*. Sob esse signo, ele engloba, de modo geral, os atos de *aplicação* de certos tratados e convenções, a *interpretação* de tratados e convenções e a *expulsão diplomática* – esta, prevista em lei infraconstitucional.²⁵⁸

No último conjunto é onde os *direitos individuais* se curvam mais rigorosamente ante o interesse público e a saúde do Estado, ficando também os meios de *controle jurisdicional* suprimidos. São os *atos de guerra*. São eles, em suma, os fatos, provenientes do inimigo ou das necessidades nacionais no curso de uma guerra, que se imponham como resultado de força maior ou de necessidade imediata de luta. As perdas e danos decorrentes deles não dão lugar a qualquer *controle jurisdicional*. Só os representantes do povo (Parlamento) podem decidir indenizar aqueles que eles considerarem mais lesados.²⁵⁹

Mas cabe mencionar que Laferrière, quando procede a essa identificação²⁶⁰ desses atos que, a título de *ato de governo*, escapam de todo *controle jurisdicional*, ele constantemente se apoia na *jurisprudência* do Conselho de Estado e do Tribunal dos Conflitos, o que os demais autores vão criticar, ora por caracterizar a *teoria empírica* (cf. *infra*, p. 80), ora por revelar uma falta de *critério*. Além disso, boa parte desses atos tinham previsão em leis infraconstitucionais, ao que vão se opor os autores que encontram só na Constituição um fundamento para os *atos de governo*.

Para Duez, a derivação do Executivo em uma *função de governo* e em uma *função administrativa*, embora exista, não conduz racionalmente à aparição do *ato de governo*. Esses dois ramos do Executivo só se distinguem pela importância *política* que cada um tem. Do ponto de vista *jurídico*, ambas as *funções* se manifestam por atos com o mesmo conteúdo: *atos legislativos, atos condição e atos criadores de situações jurídicas particulares*. Por isso,

²⁵⁷ LAFERRIÈRE, 1896, t. 2, p. 35-37 e 41-44.

²⁵⁸ Ibid., p. 46-53.

²⁵⁹ Ibid., p. 53-65.

²⁶⁰ Ibid., p. 34-66.

esse *critério da função de governo* continua sendo extraído da *ordem política*. É um *critério político* e contingente.²⁶¹

B) O critério da execução da constituição

Ducrocq busca traçar um *critério* preciso para o *ato de governo*. É o *critério da execução da Constituição*.²⁶²

Para ele, os atos que o Presidente da República realiza por si, *em virtude de disposições constitucionais*, são *atos de governo*, e não *atos administrativos*. Tais atos são o “exercício direto das atribuições governamentais nas quais o presidente é investido pela Constituição”.²⁶³ É que, nada obstante o papel governamental dos Ministros de Estado, o Poder Executivo, no primeiro degrau da hierarquia administrativa, está reunido nas mãos de uma só *autoridade administrativa*, a qual, em razão disso, detém as atribuições de *governar* e de *administrar*, as quais exerce por meio de *decretos*.²⁶⁴

Tais *decretos* quando veiculam *atos de governo* Ducrocq nomeia “*decretos governamentais*”, enquanto que quando veiculam *atos administrativos*, nomeia-os “*decretos administrativos*”. Para o autor, uns e outros diferem entre si não só no que tange à *natureza jurídica* de cada um, mas também no que toca ao *regime jurídico* a que estão submetidos. Os primeiros, na medida em que são emanados em *execução direta de disposições constitucionais*, estão submetidos ao Direito Constitucional e os últimos, na medida em que são execução direta de leis outras que não as constitucionais, submetem-se ao Direito Administrativo. É uma consequência inevitável da distinção entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo.²⁶⁵

Com arrimo na supracitada Lei de 24 de maio de 1872, Ducrocq defende que o Conselho de Estado não foi dotado de competência para exercer o *controle jurisdicional* dos *decretos governamentais*. Há um *contencioso administrativo*, mas não um *contencioso governamental*.²⁶⁶ Então:

Os atos do presidente da República que constituem o *exercício direito de atribuições constitucionais* que lhe são conferidas pelas leis constitucionais não são *atos administrativos*, mas *atos de governo*. É por essa razão que eles não são da

²⁶¹ DUEZ, 2006, p. 32 e 186-188.

²⁶² Ibid., p. 33.

²⁶³ DUCROCQ, 1897, t. 1, p. 71. Trad. nossa de: “Ils sont l'exercice direct des attributions gouvernementales dont le président est investi par la Constitution”.

²⁶⁴ DUCROCQ, op. cit., p. 29; Id., 1897, t. 2, p. 20.

²⁶⁵ Id., 1897, t. 1, p. 70 e 71.

²⁶⁶ Ibid., p. 87.

competência do Conselho de Estado, nem são submetidos a *controle* outro que não o do Parlamento.²⁶⁷

Assim, os *decretos governamentais* não têm nada de arbitrários, é noção que se impõe em razão da *função de governo* (cf. *infra*, p. 162), pela qual são exercidos. Eles são pertinentes ao Direito Constitucional e dizem respeito ao *Governo* e não à *Administração*.²⁶⁸ Pouco importa, também, que a Constituição estipule, para o exercício de um determinado *ato de governo*, a *autorização* ou a *aprovação* dele pelas Câmaras legislativas, pois a sua *natureza* de ato de *execução da Constituição* continua preservada.²⁶⁹

Tendo em vista o direito positivo à época, Ducrocq menciona que adentram na categoria, por exemplo, os atos, praticados pelo Presidente da República, de: *dissolver a Câmara dos deputados, com o assentimento do Senado; convocar extraordinariamente as Câmaras e adiar e fechar suas sessões; constituir o Senado em corte de justiça; diretamente, as tropas comandar e delas dispor; nomear os empregos civis e militares; presidir as solenidades nacionais; acreditar, perante si, os enviados e embaixadores de potências estrangeiras; nomear e destituir os Conselheiros de Estado; negociar e ratificar tratados, estando alguns sujeitos à aprovação pelo Parlamento; declarar guerra, com a autorização do Parlamento; conceder graça; promulgar as leis; afora outros*.²⁷⁰

Mas, conforme Ducrocq, a distinção entre os *decretos governamentais*, insuscetíveis de *controle jurisdicional*, e os *decretos administrativos* pode ser difícil. Além disso, muitas críticas e desconfiança ela sofreu, em virtude de, em certa época, a *jurisprudência* francesa ter conferido àqueles uma extensão muito larga, nada obstante seja uma divisão reclamada pela ciência e pelos princípios do Direito Público. Tendo isso em vista, então, ele assevera que, para identificar os *decretos governamentais*, a fórmula certa e que impede qualquer extensão perigosa, consiste na adoção do *critério* apontado, qual seja: somente se deve reconhecer como tais atos “[...] aqueles que são a *execução direta de uma disposição formal da Constituição*”.²⁷¹

²⁶⁷ DUCROCQ, 1897, t. 1, p. 87, trad. nossa de: “Les actes du président de la République qui constituent l'exercice direct des attributions gouvernementales que les lois constitutionnelles lui confèrent ne sont pas des actes d'administration, mais des actes de gouvernement. C'est par ce motif qu'ils ne relèvent pas du conseil d'État, et ne sont soumis qu'au contrôle du Parlement”.

²⁶⁸ Id., loc. cit.

²⁶⁹ Id., 1897, t. 2, p. 21.

²⁷⁰ Id., 1897, t. 1, p. 70-71 e 87.

²⁷¹ Ibid., p. 87, trad. nossa de: “[...] ceux qui sont l'exécution directe d'une disposition formelle de la Constitution”.

Citando as conclusões de Aucoc, Ducrocq consigna ainda que a *jurisdição judiciária* não é mais competente que a *jurisdição administrativa* – que, como dito, não tinha, nem deveria ter, competência alguma nesses casos – para *anular*, ou atacar, de qualquer forma, esses atos. Mas como a *jurisdição judiciária* é incumbida da missão precípua de ser guardiã da propriedade, da liberdade individual e do estado civil dos cidadãos, admite-se que lhe compete, em uma lide:

[...] sem *invalidar* ou criticar o *ato de governo*, reconhecer o direito contestado, quando esse *ato de governo*, seja emanado do chefe de Estado, seja emanado de um Ministro de Estado, constitui, contra a propriedade, a liberdade ou o estado civil de um cidadão, uma agressão que exorbita do exercício dos poderes constitucionais ou legais do *Governo*.²⁷²

Conforme o *critério* assim delimitado, Ducrocq assevera que para *caracterizar* o *ato de governo* não basta que o ato apresente um caráter *político*. Isso, que era indispensável de acordo com a *teoria móvel político*, foi o fundamento pelo qual, em outros tempos, a *jurisprudência* alargou, de forma desmesurada, o conjunto de atos que escapavam do *controle jurisdicional* e soa como invocar a arcaica e maculada noção de *razão de Estado*, que pode desembocar em *arbitrariedade*. Ao contrário, o *critério* assim proposto assenta-se em base científica e legal, defende Ducrocq.²⁷³

Carré de Malberg, na obra *Contribution à la théorie générale de l'État*, também concebe os *atos de governo*. Seu pensamento é próximo ao de Ducrocq na medida em que também entende estarem esses atos fundados na Constituição.

Ademais, para Raymond Carré de Malberg há uma absoluta identidade entre a sua noção de *Governo* (cf. *infra*, p. 154) e a sua noção de *atos de governo*, correspondendo uma a outra.

Esse autor entende que, tanto no plano externo, das relações internacionais, como no plano interno, o Presidente da República é investido de certos poderes *governamentais*, que escapam da fórmula segundo a qual ele *executa as leis*. Dentre os atos compreendidos nessas atribuições, ante o direito positivo francês à época, Carré de Malberg levanta os mesmos apontados (*supra*) por Ducrocq, mais a *iniciativa legislativa* pelo Presidente. Só adverte Carré de Malberg que atos habitualmente inseridos pela *doutrina* nesta categoria, tais como a *decretação do estado de sítio* e outros tomados em matéria de polícia sanitária não

²⁷² DUCROCQ, 1897, t. 2, p. 19 e 20. Trad. nossa de: “[...] sans annuler ou critiquer l'acte gouvernemental, de reconnaître le droit contesté, lorsque cet acte gouvernemental, émané soit du chef de l'Etat, soit d'un ministre, constitue contre la propriété, la liberté ou l'état civil d'un citoyen, une voie de fait ne rentrant pas dans l'exercice des pouvoirs constitutionnels ou légaux du gouvernement”.

²⁷³ Ibid., p. 20 e 21.

deveriam assim o ser, porque tais atos só estavam previstos em leis comuns, ordinárias, e não na Constituição, e, portanto, estes atos, ainda que fossem amplamente discricionários, só se fundamentavam nas leis ordinárias, e não nas leis constitucionais, não fugindo da noção geral de que à *Administração executa as leis*. Por conseguinte, estes atos deveriam pertencer à categoria de *atos administrativos*.²⁷⁴

Para Carré de Malberg há, basicamente, duas diferenças entre os *atos de governo* e os *atos administrativos*.²⁷⁵

A primeira delas é que os *atos de governo*, ao contrário dos *atos administrativos*, são franqueados de qualquer necessidade de autorização legislativa e cometidos por uma autoridade que detém um poder de *livre iniciativa* que lhe é *próprio* e que provém de uma fonte superior à *lei*, pois que, provém diretamente da Constituição. Por isso, porque o *fundamento* dos *atos de governo* é superior ao dos atos emanados para o cumprimento da lei (*atos administrativos*), tendo o chefe do Executivo, ao lado de sua *função administrativa* de *executar a lei*, recebido *direta e formalmente* da Constituição o poder autônomo de praticar esses atos, é que eles podem ser considerados atos independentes da *lei*. O chefe do Executivo produ-los sem ter que atender a disposições legislativas e, inclusive, *lei infraconstitucional* alguma pode regular essas atribuições governamentais, de modo a restringi-las.²⁷⁶

A segunda diferença que Carré de Malberg levanta é que os *atos de governo*, ao contrário dos *atos administrativos*, escapam de todo *controle jurisdicional*. Mas, a pretexto *governar*, não pode a *autoridade governamental* dar início a todo tipo de operações nem decretar toda espécie de medida. Pois, em que pesem essas atribuições governamentais não dependerem de *lei*, estão elas circunscritas pela Constituição – dependem de uma habilitação pela Constituição – ao contrário do que ocorria sob a *teoria do móvel político*. Poder-se-ia objetar que os *atos legislativos*, em geral, deveriam adentrar numa noção genérica de *execução da Constituição*, segundo o que se aproximariam dos *atos de governo* uma vez que tal como estes também executariam a Constituição, nada obstante ambos estarem igualmente habilitados por dispositivos constitucionais. Aí é que entra uma explicação tirada exclusivamente da Constituição francesa de 1875. É que essa Constituição não definia a competência legislativa a partir de um critério *ratione materiae* e, por conseguinte, a lei poderia bem ter objeto e conteúdo, modo geral, ilimitados. Ao contrário, o *ato de governo*, embora habilitado por

²⁷⁴ CARRÉ DE MALBERG, 1920, t. 1, p. 525-526.

²⁷⁵ Ibid., p. 529.

²⁷⁶ Ibid., p. 526-528.

dispositivo constitucional e nada obstante seu caráter discricionário, “[...] é exercido em virtude de uma autorização constitucional especial visando a um objeto determinado ou a uma categoria particular de atribuições”. Isso significa, mais especificamente, que cada uma dessas autorizações especiais comporta o poder de exercer-se uma categoria de atos determinados ou, quando são mais genéricas, como a autorização para fazer tratados, os atos compreendidos nela acabam que, modo geral, estão sujeitos a *controles* mais rígidos pelas Câmaras legislativas. Portanto, ainda que não se possa dizer que a autoridade que pratica os *atos de governo* age em *execução da lei*, ela age em verdadeira *execução da Constituição*.²⁷⁷

A partir dessas considerações de Carré de Malberg, e tomando em conta o que esse autor escreve em outras partes de sua obra,²⁷⁸ é possível fazer as seguintes inferências. Primeiro, é que a noção de *execução da Constituição* implica que a colocação em prática, a *aplicação*, a *execução*, da disposição constitucional que habilita a produção do *ato de governo*, não interfere, por si, no estatuto jurídico dos cidadãos, ou seja, não amplia ou restringe *direito individual*; uma vez que essa interferência no *direito individual* já está compreendida nesse dispositivo positivo, formal, e constitucional, cuja *execução* consiste no *ato de governo*. Depois, é que os *atos de governo* consistem em poderes especiais que o Presidente da República (ou o chefe do Executivo) *recebe diretamente da Constituição*, de sorte que este os exerce com fundamento em sua *própria* competência constitucional e com um *poder próprio de livre iniciativa*. Ademais, os *atos de governo* constituem *matéria própria*, pelo que se opõem, em mesmo nível de hierarquia, à lei ordinária.

Por fim, Carré de Malberg assinala que se por um lado o particular não dispunha das vias jurisdicionais para poder atacar a *legalidade* dos *atos de governo*, ao menos a autoridade executiva estava, segundo a Constituição de 1875, subordinada, mesmo no exercício de suas prerrogativas *governamentais*, ao controle superior do parlamento (*controle parlamentar*) e à *responsabilidade política dos Ministros de Estado*. Isso significa que, nada obstante a ausência do *controle jurisdicional*, restavam sempre, ao menos, meios constitucionais com os quais se poderia influenciar a *autoridade governamental* a respeitar a *legalidade*, mesmo quando ela punha em prática os referidos *atos de governo*.²⁷⁹

²⁷⁷ CARRÉ DE MALBERG, 1920, t. 1, p. 529-534 e 545-546, trad. nossa de: “[...] il est fait en vertu d’une autorisation constitutionnelle spéciale visant un objet déterminé ou une catégorie particulière d’attributions”.

²⁷⁸ Ibid., p. 474-522.

²⁷⁹ Ibid., p. 546-547.

Duez, em oposição a tudo isso, assevera que esse *critério da execução da Constituição* é impossível do ponto de vista prático e levaria a conclusões absurdas. Diz o autor que as Constituições, produto do liberalismo moderno, frequentemente conduzem ao *controle jurisdicional da constitucionalidade das leis* e que o legislador constituinte não previu esse encurtamento do *controle jurisdicional* sob o fundamento do *ato de governo*. Assim, gozar esse ato de um fundamento constitucional, e não legal, não significa que não cabe ao juiz apreciá-lo, não ao menos no que diz respeito ao *controle de constitucionalidade*.²⁸⁰

3.2.3 A TEORIA NEGATIVA DOS ATOS DE GOVERNO

Conforme Duez, a partir do final do século XIX, os *atos de governo* foram bastante maltratados pela *doutrina francesa*. Alguns autores, insuficientemente satisfeitos com a *retração* que a matéria sofrera, resolveram ir além e buscaram demonstrar que não havia espaço no direito público francês para esses atos. Tudo se resumiria com uma fórmula simples:²⁸¹ não existem *atos de governo*. Foi nesse intento que surgiu um movimento doutrinário conduzido por Michoud, Brémond e Berthélemy na defesa da *teoria negativa dos atos de governo*. Duez aglutinou em três ordens os argumentos utilizados para a sustentação dessa teoria por esses autores: um *racional*, um *textual* e um *de fato*.²⁸²

Pelo *argumento racional*, defendia-se que não havia necessidade científica e racional para a distinção entre *ato de governo* e *ato administrativo*, que jamais se pôde fornecer um *critério* preciso para tal distinção e que, conseqüentemente, os autores acabavam realizando uma *enumeração empírica* dos *atos de governo*, e não uma dedução lógica.²⁸³

Michoud, nesse sentido, afirma que, quando os defensores da *teoria da natureza do ato* procediam as enumerações indicando os *atos de governo*, eles se descolavam da distinção geral entre *Governo e Administração* que tinham acabado de propor, e, de modo arbitrário, excluíaam dessa enumeração aqueles atos que tinham o potencial de ferir *direitos individuais*; sendo que exemplo disso era a não inclusão nessa enumeração, por parte de alguns, da disposição constitucional que tratava das *nomeações a todos empregos civis e militares pelo Presidente*, a qual tinha o caráter *governamental*, mas se tratava de matéria regulada por lei,

²⁸⁰ DUEZ, 2006, p. 33 e 190.

²⁸¹ CRETILLA JUNIOR, 2002, p. 120.

²⁸² DUEZ, op. cit., p. 35.

²⁸³ Ibid., p. 36.

seja no que diz respeito ao avanço, progressão, nas carreiras do funcionalismo, seja nas garantias de estabilidade que beneficiava os funcionários.²⁸⁴ É de se notar que Laferrière não as incluía na sua enumeração, (cf. *supra*, p. 68). Mas, analisando essa questão, Carré de Malberg, que as incluía dentre os *atos de governo*, afirma que o dispositivo referido por Michoud só abrangia o poder de livre escolha e nomeação pelo Presidente, o que não impedia a lei de regular outros aspectos da matéria, os quais, ante uma violação por parte do *Governo*, poderiam ensejar o *controle jurisdicional*, sem ofensa à *teoria do ato de governo* neste ponto.²⁸⁵

Em seguida, Michoud defende que, do ponto de vista *jurídico*, não há diferença a se fazer entre *Governo* e *Administração* e que, portanto, não há qualquer distinção *jurídica* entre *ato de governo* e *ato administrativo*. Todos os atos do Poder Executivo devem ser, a princípio, submetidos, indiscriminadamente, ao *controle jurisdicional*, sob pena de tolerar-se violação a *direitos privados*. Ele afirma que pode haver algumas exceções a isso – em que compreende exatamente os mesmos atos correntemente intitulados de *atos de governo* – mas que jamais elas deveriam se justificar pela *teoria dos atos de governo*. Na prática, continuam restando atos insuscetíveis de *controle jurisdicional*, mas eles não seriam explicados por uma teoria só, relacionada à *função de governo* e aos *atos de governo*.²⁸⁶

O *argumento textual* baseava-se na assertiva de que o *ato de governo* não tinha suporte legal.²⁸⁷

Michoud, nesse sentido, afirma que nenhum texto legal, nem mesmo as Constituições, jamais fizeram menção expressa ao termo *Governo*, ou *função de governo*, como se fosse coisa oposta à *Administração*, salvo o *Decret de décentralisation du 25 mars 1852* (cf. *infra*, p. 160), ao qual não se poderia atribuir a pretensão de ensejar uma consequência constitucional da magnitude do *ato de governo*. Conforme Michoud, se algumas Constituições usaram a expressão “*gouvernement*”, foi para se referir ao conjunto dos poderes públicos.²⁸⁸

Conforme Duez, mencionava-se um dispositivo quando se queria achar uma consagração legal do *ato de governo*, o supramencionado *art. 26 da Loi du 24 mai 1872*, ou o *art. 47 da Loi du 3 mars 1849* (cf. *supra*, p. 67); mas os defensores da *teoria negativa* interpretavam esses artigos como se eles visassem aos atos cujo julgamento competia, em razão das regras gerais de separação da *jurisdição judicial e administrativa*, aos tribunais judiciários,

²⁸⁴ MICHOU, 1889, p. 12-13.

²⁸⁵ CARRÉ DE MALBERG, 1920, t. 1, p. 528.

²⁸⁶ MICHOU, op. cit., p. 20-21.

²⁸⁷ DUEZ, 2006, p. 36.

²⁸⁸ MICHOU, op. cit., p. 30-34.

e que, equivocadamente, e em violação a essas regras, teriam sido colocados ao apreço da *jurisdição administrativa*; e, por conseguinte, acreditava-se, nesse sentido, que esses artigos dispunham acerca de um instrumento de defesa da competência da *jurisdição comum* em relação à *jurisdição administrativa*. Contudo, os defensores da *teoria negativa*, neste ponto, estavam equivocados e o escólio do deputado Vivien, relator da primeira lei, é claro (cf. *supra*, p. 67-68).²⁸⁹ Na verdade, esses dispositivos, arts. 26 e 47, dispunham, exatamente, a respeito dos *atos de governo*, que deveriam escapar tanto do *controle* da *jurisdição administrativa* quanto da *jurisdição judicial*.²⁹⁰ É que, no momento da legiferação deles, o Conselho de Estado já consagrava, em sua *jurisprudência*, mesmo que não expressamente, os *atos de governo*, de sorte que, se os legisladores não houvessem querido tratar deles, teriam deixado claro; ainda que, de qualquer modo, não houvesse indicação alguma de que esses artigos tivessem sido sequer utilizados uma vez pelos órgãos jurisdicionais.²⁹¹ Na verdade, os tribunais, quando queriam deixar de exercer o *controle jurisdicional* sobre os *atos de governo* usavam fraseologias tais como *atos do Executivo que não podem ser objeto de debate pela via contenciosa* ou *atos que não podem ser discutidos pela via contenciosa*; as quais doutrina unanimemente associava aos *atos de governo*.²⁹²

Já pelo *argumento de fato*, os defensores da *teoria negativa* questionavam a consagração *jurisprudencial* dos *atos de governo*, como se esses atos jamais tivessem verdadeiramente existido.²⁹³ Michoud afirma, nesse ponto, que, na *jurisprudência*, o *ato de governo* só apareceu ao tempo do *móvel político* e que depois dessa época não se empregou mais tal expressão.²⁹⁴

No mesmo sentido, para apagar a manifestação *jurisprudencial* dos *atos de governo*, esses autores tentavam demonstrar que os atos contemplados pela *teoria dos atos de governo* se explicavam por outras regras gerais do contencioso.²⁹⁵ Michoud propunha que esses atos escapavam do *controle jurisdicional* em razão: ou de que alguns atos de autoridades do Executivo seriam *atos legislativos* ou *atos jurisdicionais*; ou do caráter *abstrato* do ato, incapaz de ferir *direitos individuais*; ou da *força maior*, nos *atos de guerra*, por exemplo; ou da incompetência do juiz interno sobre as potências estrangeiras e sobre as relações internacionais;

²⁸⁹ DUEZ, 2006, p. 36-37

²⁹⁰ CARRÉ DE MALBERG, 1920, t. 1, p. 547; DUEZ, loc. cit.

²⁹¹ DUEZ, loc. cit.

²⁹² LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 2^e ed. Paris: Sirey, 1958. p. 18.

²⁹³ DUEZ, op. cit., p. 37.

²⁹⁴ MICHOU, 1889, p. 47-48.

²⁹⁵ DUEZ, loc. cit.

ou da *falta de interesse* do particular...²⁹⁶ Pode-se encontrar reverberações desse pensamento em Georges Vedel, para quem os *atos de governo* não existiam e a subtração do *controle jurisdicional* de alguns atos se dava por causa de regras normais do contencioso, sendo que: em relação a toda uma sorte de atos, a subtração se dava somente pela razão de que se tratavam de atos concernentes às relações dos poderes públicos; quanto à indenização pelos *atos de guerra*, a subtração se dava em razão de que era matéria do Poder Legislativo; e quanto a outros, ela se explicava pelo adágio *de minimis non curat praetor*...²⁹⁷ Ainda, no mesmo sentido, no *affaire Gombert (C. E., 1947)*, o comissário do Governo²⁹⁸ Célier defendeu a ideia de que a impossibilidade de o juiz conhecer dos atos que o Executivo toma em comunhão com o Parlamento ou com um governo estrangeiro se explica só pelo fato de que se tratam de *atos mistos*.²⁹⁹

Duez contrapõe Michoud, dizendo que o *argumento de fato* é falho, pois que tanto a *jurisprudência* do Tribunal dos Conflitos como a do Conselho de Estado manifestavam os *atos de governo* em suas decisões, ainda que não expressamente, mas por meio de suas características – como se afirmou acima. Além disso, os *atos de governo* eram expressos com habitualidade nas conclusões dos comissários do Governo. Em suma, a *teoria negativa* não resistia ante o fato de a *jurisprudência*, realmente, consagrar esses atos.³⁰⁰

3.2.4 UMA TEORIA DE DUGUIT SOBRE OS ATOS POLÍTICOS

Pode-se colocar à parte uma teoria de Duguit.

Notadamente em passagem em que se refere ao *ato de governo fundado no móvel político*, Duguit repudia-o:

A dita *teoria dos atos de governo*, conforme a qual, em certos casos, um *ato individual* feito em violação de uma lei pelo *Governo* ou sob sua ordem deve, em razão do *móvel*

²⁹⁶ MICHOD, 1889, p. 21-71.

²⁹⁷ VEDEL, Georges. **Droit administratif**. 5. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1973. p. 308-309.

²⁹⁸ Os comissários do Governo desempenhavam um papel que não se confundia nem com o do representante da Administração, nem com o do ministério público e nem com o do juiz. Sem representar ninguém, eles, de modo individual e com independência, apresentavam, perante a *jurisdição administrativa*, conclusões, que eram, para toda e qualquer causa, elemento essencial do procedimento (VEDEL, 1973. p. 257-258).

²⁹⁹ LAUBADÈRE, 1980, p. 297; FRIER, Pierre-Laurent; PETIT, Jacques. **Droit administratif**. 9. ed. Issy-les-Molineaux: LGDJ, 2014. p. 325.

³⁰⁰ DUEZ, 2006, p. 37 e 165.

que o determinou, escapar de todo *controle jurisdicional*, tem que ser energicamente eliminada.³⁰¹

Na bem verdade, esse autor tem uma visão bastante particular a respeito dos atos absolutamente incontroláveis.

Ele reconhece a existência de certos atos que escapam de todo *controle jurisdicional*. São os “*atos políticos*”. Trata-se de categoria em que se inserem, inclusive, os *atos diplomáticos*, e que corresponde, em boa parte, ao que os demais autores nomeiam *atos de governo*. Esses *atos políticos* são os que o Parlamento ou o *Governo* praticam *quando agem na qualidade de órgão político*, sendo que o *Governo*, personificado no chefe de Estado, age ora como *órgão administrativo* e ora como *órgão político*. Mas, para Duguit, o conceito de *atos políticos* não conduz a que o ato assim classificado tenha, por isso, uma *natureza jurídica* própria, uma vez que essa é uma classificação meramente formal, que não implica nenhuma consequência jurídica e que reveste atos que são, do ponto de vista material, ou *legislativos* ou *administrativos*.³⁰²

Para Duguit, a subtração do *controle jurisdicional* não pode ser colhida da *natureza do ato*. O que faz com que esses atos não possam ser suscetíveis do *controle jurisdicional* é somente o fato de que a *ordem jurídica* de um país não admite a apreciação jurisdicional dos atos emanados de *órgãos políticos*, tal como a francesa o fazia, independentemente do caráter material do ato. Nem o *móvel político*, o que repudia energicamente, e nem a *natureza do ato* justificam a subtração do *controle jurisdicional* de certos atos, mas somente o tratamento que a *ordem jurídica* de um país confere a certos *órgãos* quando eles agem, em certos casos, na qualidade de *órgão político*. Em seguida, esse autor elenca alguns atos que realizam esse seu conceito de *ato político*, excluindo qualquer *ato individual*, pois, entende que o *princípio da legalidade* significa exatamente a impossibilidade de os governantes agirem arbitrariamente a propósito de uma situação determinada.³⁰³

Em oposição a isso, Gaston Jèze afirma que essa teoria de Duguit não confere um *critério* preciso a esses *atos políticos*. Afirma que a noção de *órgão político*, assim proposta, não apresenta um *critério* científico de acordo com o qual se possa deduzir quais seriam os *atos de governo*. Afirma ainda que ela foi elaborada de modo *empírico*, pois Duguit define o caráter

³⁰¹ DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**. 3. ed. Paris: Fontemoing, 1930. t.3. p. 734. Trad. nossa de: “La théorie dite des actes de gouvernement, d’après laquelle, dans certains cas, un acte individuel fait en violation de la loi par le gouvernement ou sur son ordre doit échapper à tout recours, à raison des motifs qui l’ont déterminé, une pareille théorie, dis-je, doit être absolument et énergiquement écartée”.

³⁰² Id., 1928, t. 2, p. 306-307.

³⁰³ Ibid., p. 308-313; Id., 1930, t. 3, p. 733-748.

de *órgão político* a partir dos atos que a *jurisprudência* mesmo revelava serem insuscetíveis de *controle jurisdicional*, de modo que este autor acabou realizando uma enumeração empírica – o que virá a caracterizar a tese defendida por Hauriou, que segue.³⁰⁴

3.2.5 A TEORIA EMPÍRICA DOS ATOS DE GOVERNO

A *teoria do móvel político* estava extinta. No lugar dela subsistiu a *teoria da natureza do ato*, que, por outro lado, esbarrava na dificuldade de fornecer-se um *critério* preciso para o *ato de governo*: os autores eram obrigados a proceder uma simples enumeração de atos que escapavam do *controle jurisdicional*. Duez afirma, nesse sentido, que a *teoria da natureza do ato* se degenerava numa *lista empírica dos atos de governo*. Foi a partir disso que Hauriou propôs outra teoria, definitiva, que explicasse o *critério* identificador dos *atos de governo*.³⁰⁵

Para Hauriou, a busca por um *critério* preciso para o *ato de governo* apresentava dificuldades. Por um lado, a identificação dos *atos de governo* pelo *critério* da distinção entre a *função de governo* e a *função administrativa* esbarrava em que a Constituição francesa atribuía tais funções aos mesmos *órgãos* e que não havia propriamente um *órgão de Governo*. Por outro, encontrar o *critério* a partir das matérias que dissessem respeito à *função de governo* era igualmente inócuo, pois aí se esbarrava em que as diversas definições a respeito dessa *função* apresentavam o inconveniente de serem imprecisas.³⁰⁶

A solução, para Hauriou, então, reside numa *enumeração* de atos que seriam os *atos de governo*. Assim, afirma ele que deve haver certos atos, constantes numa *lista*, exaustiva, que serão, pela *natureza* deles, *atos de governo* e que o serão sob qualquer circunstância.³⁰⁷

Embora a contribuição, até então, na elaboração de tal *lista* tenha sido compartilhada pela *doutrina* e pela *jurisprudência*, quem deveria, em razão da *Loi du 24 mai 1872*, ser o encarregado de desenhá-la seria o Tribunal dos Conflitos, vez que essa lei dispunha que a esse tribunal poderia o *Governo* reivindicar os *atos de governo* suscitados perante a

³⁰⁴ JÈZE, Gaston. **Cours de droit public**. Paris: Marcel Giard, 1924. p. 245, 246 e 250.

³⁰⁵ DUEZ, 2006, p. 33.

³⁰⁶ HAURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif et de droit public**. 10. ed. Paris: Sirey, 1921. p. 432-433.

³⁰⁷ Ibid., p. 433.

jurisdição (cf. *supra*, p. 67).³⁰⁸ Nesse aspecto, exercia o Tribunal dos Conflitos um papel *regulador* da matéria dos *atos de governo*.³⁰⁹

Enfim, é daí que Hauriou afirma que “o ato de governo é aquele que figura em uma certa enumeração de atos políticos desenhada pela jurisprudência administrativa, sob a autoridade do Tribunal dos Conflitos”.³¹⁰

Autores, até posteriores, como Laubadère (1980), afirmam ser essa a teoria que, na prática, vingou.³¹¹

Em suma, apesar de todo o esforço doutrinário, a dificuldade de fornecer-se um *critério* preciso para distinguir o *ato de governo* do *ato administrativo* resultou na degeneração da *teoria da natureza do ato* em uma *lista empírica dos atos de governo*, colhida, para o fracasso da *doutrina*, da análise da *jurisprudência* do Tribunal de Conflitos.³¹² Além disso, como a *lista* não era dominada por um *critério* preciso, os *atos de governo* vão, seja por força da *doutrina*, seja por força da *jurisprudência* mesmo, padecer de uma suscetibilidade constante de *retração* no seu domínio e a *lista jurisprudencial* vai tender a se encurtar com o passar do tempo, especialmente desde o fim da *teoria do móvel político*.³¹³

3.2.6 A LISTA JURISPRUDENCIAL FRANCESA

Independentemente da concepção de *ato de governo* adotada por cada autor, a *doutrina* indica as soluções jurisprudenciais a respeito de tais atos. A partir delas, pode-se identificar os atos específicos que foram excluídos, a título de *ato de governo*, do *controle jurisdicional* e a evolução que a *lista jurisprudencial* sofreu ao longo do tempo. Adverte-se, contudo, que os autores jamais tiveram pleno acordo a respeito da composição dela.

Partir-se-á da *lista* elaborada por Paul Duez, em 1935. A essa época, Duez já adiantava que a matéria abarcada pela *lista*, sendo flexível, matizada e variável, encontrava

³⁰⁸ HAURIOU, 1921, p. 433.

³⁰⁹ DUEZ, 2006, p. 28.

³¹⁰ HAURIOU, loc. cit., trad. nossa de: “l’acte de gouvernement est celui qui figure dans une certaine énumération d’actes politiques dressée par la jurisprudence administrative, sous l’autorité du Tribunal des conflits”.

³¹¹ LAUBADÈRE, 1980, p. 292.

³¹² DUEZ, op. cit., p. 28 e 33.

³¹³ Ibid., p. 35 e 86.

dificuldade em formar um bloco homogêneo, de sorte que tenderia a ser reduzida com o passar do tempo.³¹⁴ Duez a compõe e classifica os atos na *lista* inclusos da seguinte maneira:

a) *os atos relativos às relações do Governo para com as Câmaras legislativas*; b) *o exercício do direito de graça*; c) *certas medidas de segurança pública interior em caso de crise, sejam elas tomadas contra os nacionais ou contra os estrangeiros*; d) *o funcionamento do serviço diplomático*; e) *as medidas de polícia tomadas, especialmente, contra estrangeiros no curso de uma guerra nacional*; e f) *as questões que implicam o exame de problemas relativos à soberania internacional do Estado*.³¹⁵

A) Os atos relativos às relações do Governo para com as Câmaras legislativas

Na primeira categoria, a dos *atos relativos às relações do Governo para com as Câmaras*, inserem-se duas séries de atos: os *atos pelos quais o Governo exerce uma ação constitucional sobre as Câmaras* e os *atos pelos quais o Governo colabora com as Câmaras no exercício do Poder Legislativo*.³¹⁶

Na categoria dos *atos pelos quais o governo exerce uma ação constitucional sobre as Câmaras* estão os *decretos: de convocação do Parlamento em sessão extraordinária; de encerramento das sessões; de adiamento da sessão ordinária; de dissolução da Câmara dos deputados; e de convocação dos colégios eleitorais para a eleição dos deputados e senadores*. Embora esses atos fossem atribuição do *Governo*, que os poderia exercer com grande discricionariedade, em certos casos a lei e em outros a Constituição lhes estipulavam formas, prazos e obrigavam, outras vezes, o seu exercício. Assim, não seria estranho o surgimento de *ilegalidades* que pudessem ser sanadas pela *jurisdição*. Não é o que ocorria: a *doutrina*, quase unanimemente, classificava os atos desta categoria como *atos de governo* e o Conselho de Estado, na rara vez em que foi chamado para sanar ilegalidade de tal ordem, declarou-se incompetente para tanto, com base no *article 9 de la loi du 24 mai 1872 (C. E., Maître, 1912)*.³¹⁷

No que toca aos atos do Executivo relativos às eleições parlamentares, cabe pontuar que por um tempo vigorou o *sistema de verificação dos poderes*, pelo qual cabia ao Parlamento mesmo ser o juiz eleitoral, de sorte que os atos nele compreendidos eram abarcados pela *teoria dos atos de governo*. Mas a jurisdição eleitoral foi sendo, pela *jurisprudência*

³¹⁴ DUEZ, 2006, p. 86.

³¹⁵ Ibid., p. 38. Tradução nossa de: “1° Les actes relatifs aux rapports du Gouvernement avec les Chambres; 2° L’exercice du droit de grâce; 3° Certaines mesures de sûreté publique intérieure en cas de crise, qu’elles soient prises contre les nationaux ou les étrangers; 4° Le fonctionnement du service diplomatique; 5° Certains faits de guerre; 6° Les mesures de police prises spécialement contre des étrangers au cours d’une guerre nationale; 7° Les questions impliquant examen de problèmes relatifs à souveraineté internationale de l’État”.

³¹⁶ Id., loc. cit.

³¹⁷ Ibid., p. 38-39.

mesmo, criada, de modo que se passou a admitir o *controle jurisdicional* de certos atos preparatórios das eleições parlamentares (C. E., *arrêt dame Durand*, 1912).³¹⁸

Na categoria dos *atos pelos quais o Governo colabora com as Câmaras no exercício do Poder Legislativo* Duez inclui: o *ato de iniciativa legislativa pelo Governo* (C. E., *Prevost*, 1888) e inclusive a *recusa em apresentar projeto de lei* (C. E., *Rouché*, 1930); e a *promulgação da lei* (C. E. *prince de Wagram*, 1853; *Desreuniaux*, 1933).³¹⁹

Cabe pontuar que *promulgação da lei* aqui compreende vários sentidos, quais sejam: o de ser a constatação oficial, pelo chefe de Estado, do acordo de vontade das Câmaras; o de constatar o nascimento da lei; o de implicar o não exercício do veto; e o de ordenar a execução ou aplicação da lei. A esse respeito, Duez afirma que os juízes, ainda que não se reconhecessem o direito de exercer o *controle de constitucionalidade das leis*, nem pela *via de exceção*; ao contrário, podiam negar-se a aplicar uma lei *inexistente*. Duez cita *jurisprudência* nesse sentido. Então, considerando a *promulgação* um elemento essencial à *existência* da lei, afirma, com base na *jurisprudência*, que o *vício na promulgação* era suscetível a *controle jurisdicional*.³²⁰

Menciona-se, ademais, que as atividades de *publicar* e de *regulamentar* a lei não eram abarcadas pela *teoria do ato de governo*.³²¹

B) O exercício do direito de graça

Noutra categoria de atos, está o *exercício do direito de graça*, que ensejava grande discussão doutrinária. Conforme Duez, de modo geral, é ato *individual* e de alta administração, sem natureza jurisdicional, de que o Presidente da República, por razões de oportunidade política e social, pode fazer uso, para, em proveito de um condenado, moderar os efeitos normais da lei penal.³²²

Tal ato tinha previsão no *article 3 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875* e, de acordo com a *jurisprudência*, não podia ser questionado por meio do *controle jurisdicional*: nem o *decreto de graça* (C. E., *Gugel*, 1893), nem a recusa, por um funcionário do Estado, da

³¹⁸ DUEZ, 2006, p. 39-41.

³¹⁹ Ibid., p. 42-43

³²⁰ Id., loc. cit.

³²¹ Ibid., p. 43.

³²² Ibid., p. 46.

transmissão do requerimento de graça, de um condenado ao Presidente (*C. E., Condunguy, 1890*).³²³

C) Certas medidas de segurança pública interior em caso de crise, sejam elas tomadas contra os nacionais ou contra os estrangeiros

A categoria seguinte é a que Duez nomeia como: *certas medidas de segurança pública interior em caso de crise*.

É que algumas ocorrências podem colocar a segurança interior do Estado em risco. Nesses casos, o *Governo* necessita de poderes de polícia reforçados que, por consequência, restringem as *liberdades individuais*. Ele tem duas opções: ou implementa um regime previsto legalmente para o tempo de crise, o *estado de sítio*, ou se dirige ao Parlamento para obter uma legislação circunstancial, que estenda seus poderes na medida necessária para sanar a crise. Essas medidas que o *Governo* toma com base nesses regimes abreviados de legalidade caracterizaram o *ato de governo*. Mas Duez afirma que essa categoria de atos é a que mais sofreu *retração* desde o abandono da *teoria do móvel político*, que se lhes aplicava perfeitamente. Tal *retração* ocorreu, de um lado, pela abreviação da *lista* nessa matéria e, de outro, pela divisão dos atos nela contemplados em *atos de governo* e em *atos de execução dos atos de governo*.³²⁴

Duez cita os *atos de polícia sanitária em caso de epidemia e epizootia*, que logravam a posição de *ato de governo* – de forma já bastante restrita, pois só se fossem previstos legalmente e só no que tangesse aos *atos gerais* emanados por Prefeito, e não às medidas individuais de execução deles – até 1908, quando o Conselho de Estado passou a controlar aqueles *atos gerais* também (*arrêt Poirson*).³²⁵

O *decreto de declaração de estado de sítio*, que subsistia *ato de governo*, tinha seu alcance bastante reduzido, as leis lhe exigiam uma série de pressupostos, podia ser convertido em lei pelo Parlamento, e, a princípio, o *estado de sítio* era matéria de competência do Parlamento, só passível de ser emanado pelo *Governo* caso aquele se demorasse a discuti-lo. Mas ele restava *ato de governo*, não podendo ser levado à *jurisdição* sob razão alguma, ainda que estivesse, dadas aquelas limitações, bastante *retraído*. Mas ainda, de outro modo, a sua *retração* se deu pela distinção, realizada pela *jurisprudência*, entre o *decreto declarativo*, não

³²³ DUEZ, 2006, p. 44-46.

³²⁴ Ibid., p. 47-48.

³²⁵ Ibid., p. 48.

sujeito a *controle* algum pelo juiz, e as medidas de polícia que o executavam, sendo estas *atos e fatos administrativos* plenamente controláveis – conforme o Tribunal de Conflitos (*Pelletier, 1873*) e o Conselho de Estado (*Chéron, 1874*).³²⁶

Dito isto, nesta categoria restou intocável pelo *controle jurisdicional*, na lista de Duez, somente o *ato declarativo do estado de sítio*, a despeito das medidas que o executavam.³²⁷

D) A ação diplomática

Outro conjunto de atos é o que Duez engloba sob o título da *ação diplomática*, ou *funcionamento do serviço diplomático*, que é onde o *ato de governo* sempre esteve enraizado com mais força. Atenta-se que para com a expressão *ação diplomática* não se quer abranger questões pertinentes ao direito internacional, mas apenas aquelas que, envolvendo relações internacionais, digam respeito ao direito interno; quer dizer, quando sejam colocados diante dos órgãos jurisdicionais do país em questão, e não discutidas em cortes internacionais.³²⁸

Bem, a *negociação*, a *ratificação* e a *denúncia* dos tratados eram de competência do *Governo*, embora em alguns casos a *ratificação* tivesse que ser autorizada pelo Parlamento (*article 8 de la loi constitutionnel du 16 juillet 1875*). De qualquer modo, tais atos não consistiam em *atos legislativos*, mas em atos do Executivo. Ao juiz só cabia constatar a *existência* do tratado e, com isso, aplicá-lo; jamais lhe analisar a legalidade (*C. E., arrêt Goffart, 1921; arrêt Caraco, 1926*). Do mesmo modo, o Conselho de Estado também não conhecia de demandas que pretendessem a *responsabilização do Estado* por danos causados em virtude da prática ou abstenção desses atos (*C. E., Corso, 1861; Gramat, 1926; etc.*). Em suma, os atos pertinentes à *negociação*, *ratificação* e *denúncia* dos tratados eram *atos de governo*, uma vez que o Conselho de Estado, ao declarar a *inadmissibilidade da ação* que os questionava, invocava a *natureza do ato* para afastar a possibilidade de apreciá-los.³²⁹

O *ato de governo* afirmou-se também a propósito da *interpretação dos tratados*. Para colocar essa questão, é necessário imaginar que, perante um juiz nacional, os particulares submetam um litígio e um deles invoque, em apoio a suas pretensões, um tratado que necessite de uma *interpretação*. Bem, como era certo que o *tratado* promulgado tinha *força de lei*, os juízes deveriam poder interpretá-lo, tal como em relação à *lei* mesmo. Contudo, em razão do

³²⁶ DUEZ, 2006, p. 48-51.

³²⁷ Ibid., p. 47-51.

³²⁸ Ibid., p. 52-53.

³²⁹ Ibid., p. 53-55.

ato de governo, essa assertiva não valia no todo: a *interpretação do tratado* escapava do *controle jurisdicional*. O *ato de governo*, contudo, só aparecia aqui quando: a) houvesse verdadeira falta de clareza no sentido do tratado, pois, caso contrário, o juiz o aplicaria, atribuindo-lhe seu sentido óbvio; e b) fosse o tratado verdadeira convenção internacional. A diferente postura da *jurisprudência* nessa matéria exige uma divisão: é necessário observar a atitude do juiz caso o *Governo* já tivesse conferido uma *interpretação* ao tratado e caso ele ainda não o tivesse feito.³³⁰

No caso de já haver uma *interpretação*, fosse ela bilateral – quando o *Governo* francês se confabulava com os representantes qualificados de outro, ou outros, Estados para formalizar uma interpretação a respeito de um tratado anterior -, fosse ela unilateral – quando o *Governo* conferia ele mesmo a interpretação de alguma cláusula de um tratado -, ela impedia que o juiz, tanto na *jurisdição comum* (*Corte de Cassação, Dalloz hebdomadaire, 1929; etc.*), como na *jurisdição administrativa* (*C. E., Baléchat, 1925; etc.*), realizasse outra interpretação e não aplicasse aquela. Aquela *interpretação* é um *ato de governo*.³³¹

No outro caso, quando o juiz, para resolver o litígio, necessitasse da *interpretação* de um tratado até então não realizada, a *jurisprudência* mostrava duas soluções. Se a questão aparecesse na *jurisdição administrativa*, o Conselho de Estado não ousava fornecê-la e remetia tal tarefa ao *Governo* (*C. E., Rodrigo, 1920; etc.*). Mas, se tal problema surgisse na *jurisdição comum*, o juiz ou daria uma interpretação desde que o litígio só versasse sobre interesses privados, ou, em se tratando de litígio que versasse sobre interesse público, não o faria e remeteria tal tarefa ao *Governo*. Duez ainda afirma que o critério de interesse público ou privado era, de modo geral, flutuante.³³²

Eram também, sob o signo da *ação diplomática*, consideradas *atos de governo* as *medidas de execução de um tratado*. Tal aparição ocorria quando o requerente não estivesse atacando a *confecção* ou a *denúncia* de um tratado, tampouco a *interpretação* que lhe fora dada; mas sim os atos de aplicação dele. Essas medidas eram consideradas *atos de governo* e, portanto, sempre escapavam de qualquer *controle jurisdicional*, independentemente de qual fosse o seu “conteúdo jurídico” – *lei* (uma convenção internacional, um tratado), *ato administrativo*, *regulamento* ou *fato material* – e qual fosse a autoridade que as tomasse, sem que importasse a ligação que ela tivesse com o Ministério das relações exteriores. Quando

³³⁰ DUEZ, 2006, p. 55-56.

³³¹ Ibid., p. 57-59

³³² Ibid., p. 59-62.

direcionadas à ordem internacional, ou seja, praticadas no exterior, quer fosse em prejuízo de um cidadão ou um protegido francês, ou de qualquer outra pessoa, o Conselho de Estado não admitia qualquer demanda de *indenização* ou de *invalidação* que as pusesse em questão. De outro modo, quando essas medidas eram *direcionadas à ordem interna*, ou seja, fossem praticadas dentro do território francês e em relação aos nacionais, a *jurisprudência*, mesmo assim, considerava-as, ao menos até o início do século XX, como um prolongamento da *ação diplomática* e abarcadas, portanto, pelo *ato de governo*. Mas, nesse período, houve o início de uma *retração* do *ato de governo* em relação a essas *medidas de execução de tratados direcionadas à ordem interna*, vez que o Conselho de Estado já sinalizava o abarcamento de tais atos na categoria de *atos administrativos*, não mais relacionados à *ação diplomática*, e submetidos, por consequência, ao *controle jurisdicional*, como demonstram: o *arrêt Goldschmidt*, de 1924, em que se admitiu a apreciação de medidas do *Governo*, que beneficiavam os nacionais franceses, editadas em execução do Tratado de Versalhes; e o *arrêt Caraco*, de 1926, em que foi distinguida a adoção pelo *Governo* de certas medidas legislativas internas, previstas em tratado, as quais, então, poderiam ser apreciadas pelo juiz, do decreto de *ratificação* e do tratado (convenção) em si, estes, contudo, não passíveis de serem submetidos à apreciação jurisdicional. Essas duas decisões consagraram a concepção de *ato destacável* de uma convenção internacional: esses atos destacáveis deveriam, em razão de serem assim qualificados, ficar sujeitos ao *controle jurisdicional*.³³³

O *ato de governo* aparece ainda, conforme Duez, na *proteção e polícia dos nacionais franceses no exterior*. É que cabia ao serviço diplomático francês a proteção dos nacionais franceses que estivessem no exterior. Esse serviço deveria assegurar àqueles, perante o Estado estrangeiro, a legalidade e a reparação de danos quando fossem prejudicados. Todo e qualquer ato exercido sob estas atribuições escapavam do *controle jurisdicional*: o serviço diplomático mal prestado e a indenização recebida pelo *Governo* francês para ser distribuída aos lesados e que não era levada a cabo pela autoridade francesa não podiam ser discutidos nos tribunais em razão de serem pertinentes ao *Governo* e às relações internacionais (*C. E., Dupuy, 1876; Thubé-Lourmand, 1893; etc.*). O *ato de governo*, ainda, nesse mesmo ponto, manifestou-se em relação aos atos de polícia que os cônsules franceses podiam adotar contra os nacionais franceses no exterior, como, por exemplo, a *expulsão consular* – que consistia na detenção e reenvio de um francês à França em razão de mal comportamento – (*C. E., Laffon, 1882; etc.*); no entanto, a *jurisprudência* mudou o posicionamento de até então, a esse respeito, e assinalou

³³³ DUEZ, 2006, p. 62-66.

a possibilidade do *controle de legalidade* sobre tais atos no *arrêt Colrat (C. E., 1925)*. Duez ainda afirma que os *atos de governo* manifestados nesses atos tomados no exterior pelos agentes diplomáticos e consulares sofreram, também, uma *retração*, no início do século XX (*Trib. dos Conflitos, Rouzier, 1911*; etc.), principalmente em razão da distinção que passou a se fazer entre os atos que tinham caráter diplomático e os atos de outra ordem praticados por esses agentes diplomáticos, como atos notariais, civis, etc., os quais passaram a dever, naturalmente, ser passíveis de *controle jurisdicional*.³³⁴

E) Certos fatos de guerra

Conforme Duez, os *fatos de guerra*, que consistiam nos danos causados pelas operações de guerra francesas, revelaram o *ato de governo* somente nas demandas de *responsabilização do Estado*; pois que, como se tratavam de *fatos materiais*, não ensejavam o *controle de legalidade*. Basicamente, foram considerados *atos de governo* somente aqueles *fatos de guerra* ocorridos fora do território nacional francês, seja em terra ou em mar, que prejudicassem o nacional francês ou qualquer outra pessoa. Nesses casos, o Conselho de Estado negava-se a receber qualquer demanda de *indenização*, sob o pretexto do *ato de governo*.³³⁵

F) As medidas de polícia tomadas, especialmente, contra estrangeiros no curso de uma guerra nacional

Outra aparição do *ato de governo* ocorreu, conforme Duez, em relação às *medidas de polícia tomadas especialmente contra estrangeiros no curso de uma guerra nacional*. Tal aparição ocorreu tanto no *contencioso de legalidade* quanto no de *responsabilidade do Estado*, mas somente se estes dois elementos estivessem presentes: o curso de uma guerra e a medida de polícia especialmente adotada contra um estrangeiro. Pode-se citar, assim, decisão do Conselho de Estado: que *inadmitiu ação* que visava à *invalidação* de decisão ministerial (*Governo*) que ordenava a internação de um estrangeiro em um campo de concentração (*du Graty, 1918*), ou que *inadmitiu ação* que visava à *invalidação* da medida de expulsão de estrangeiro para fora do território francês pela autoridade militar (*Keil, 1923*); bem como, a que *inadmitiu ação* de *indenização* que decorresse dessas referidas medidas, como a

³³⁴ DUEZ, 2006, p. 66-68.

³³⁵ Ibid., p. 70-74.

pela qual se pleiteava reparação pela perda de uma concessão pública, em razão de seu titular ter sido expulso do território francês (Keil, 1924).³³⁶

G) As questões que implicam o exame de problemas relativos à soberania internacional

O último conjunto de atos em que aparece o *ato de governo* na *jurisprudência*, segundo Duez, é o das *questões que implicam o exame de problemas relativos à soberania internacional*. São questões para cuja resolução o juiz se considera incompetente em razão de que encontrar-se diante de problemas de direito internacional relativos à soberania internacional do Estado. São questões que ou não poderiam ser solucionadas com a *interpretação dos tratados* – conforme indicado acima – pois não existia tratado que versasse sobre elas, ou, ainda, mesmo que existisse tratado, o juiz, mesmo assim, por extrema discricção, não se atrevia a *admitir a ação*. Caso dessa natureza apareceu quando o Conselho de Estado se recusou a apreciar demanda que buscava a cobrança das dívidas que o Estado francês teria como sucessor de outro Estado que tivera anexado (*Mante et Borelli, 1905*); e, também, quando se recusou a apreciar a *legalidade* de atos de soberania praticados pela França sobre seus protetorados, sem mesmo invocar a ideia de que cabia ao *Governo interpretar* o tratado de protetorado (*Humblot, 1907; Saïd Ali Bem Saïd Omar, 1911*).³³⁷

3.2.6.1 A EVOLUÇÃO E CONTÍNUA RETRAÇÃO DOS ATOS DE GOVERNO NA JURISPRUDÊNCIA, AFORA OUTRAS SUAS MANIFESTAÇÕES

Em 1958, Long, Weil e Braibant já afirmavam que houvera uma *retração* dos limites do *ato de governo* e a *lista* já não compreendia mais que duas séries de atos, quais sejam: a) *os atos concernentes às relações do governo para com as câmaras legislativas* e b) *a ação diplomática* – considerados neste conjunto os atos pertinentes às relações da França com as potências estrangeiras ou com outras organizações internacionais.³³⁸

Esses autores apontam que a *jurisprudência*, em 1947, deixou de tratar o *exercício do direito de graça* como ato insuscetível de ser controlado pela jurisdição (*arrêt Gombert*). Nessa decisão, entendeu-se que o *decreto de graça* não deveria ser apreciado pelo

³³⁶ DUEZ, 2006, p. 74-76.

³³⁷ Ibid., p. 77-78.

³³⁸ LONG; WEIL; BRAIBANT, 1958, p. 17-18.

Conselho de Estado, mas não mais pela *teoria do ato de governo*, e sim em razão de que o *decreto de graça* tem natureza de *decisão judiciária*, com o que deveria passar, então, a poder ser apreciado pela *jurisdição judiciária*.³³⁹

Esses autores também mencionam que os *decretos de extradição* – não mencionados por Duez – eram considerados *atos de governo*, mas somente até 1937, quando passaram a ser enquadrados como *atos administrativos* e, por conseguinte, passaram a ser suscetíveis de *controle jurisdicional* (*C. E., Decerf*).³⁴⁰

Long, Weil e Braibant também adicionam que, se por um lado os *tratados* não ensejavam apreciação jurisdicional, por outro, o particular podia invocar a violação deles.³⁴¹

Laubadère, em 1980, também realiza a enumeração *jurisprudencial* dos *atos de governo*. Ele assenta que a *lista* foi progressivamente reduzida. Afora as *retrações* já supramencionadas pelos outros autores, esse autor ainda afirma que, em 1953, os *decretos declarativos de estado de sítio*, deixaram também de ser considerados *atos de governo*.³⁴²

Esse autor, de modo geral, também afirma que haviam restado só dois grandes domínios de aplicação do *ato de governo*: as *relações do Executivo com o Parlamento* e os *atos relativos às relações internacionais*.³⁴³ Descabe apresentar todas as suas indicações, salvo as que mostrem um alargamento ou *retração* na *lista*, tendo em vista o já exposto.

Então, primeiro, segundo Laubadère, o *ato de governo* perdeu importância no que toca aos atos relativos eleições, compreendidos no conjunto das *relações do Executivo para com o Parlamento*, uma vez que, com o advento da Constituição de 1958, foi estabelecida a jurisdição eleitoral na França, compreendida pelo *Conseil Constitutionnel* (Conselho Constitucional).³⁴⁴ Depois, afirma Laubadère que é de se questionar se não houve até um alargamento na *lista jurisprudencial* com o advento dessa Constituição, pois a aplicação de seu art. 16, o qual estabeleceu *poderes excepcionais* ao Presidente da República, foi considerada, expressamente, *ato de governo*, pelo que consta do *arrêt Rubin de Servens* (*C. E., 1962*).³⁴⁵

Já no que diz respeito às *relações internacionais*, Laubadère afirma que esse é o domínio mais importante do *ato de governo*. Afora outras indicações – que renovam as já

³³⁹ LONG; WEIL; BRAIBANT, 1958, p. 17.

³⁴⁰ Ibid., p. 18.

³⁴¹ Id., loc. cit.

³⁴² LAUBADÈRE, 1980, p. 292.

³⁴³ Id., loc. cit.

³⁴⁴ Ibid., p. 565.

³⁴⁵ Ibid., p. 293

apontadas por Duez -, ele menciona a recusa do *Governo* em submeter um litígio à Corte de Haia (*C. E., Gény, 1952*) e ainda aponta que, em alguns casos, como o em que se necessitava uma *interpretação* do Tratado de Roma, o Conselho de Estado a solicitou não do *Governo*, mas de um tribunal da Comunidade europeia (*Synacomex, 1970*), fulminando, então, o *ato de governo*.³⁴⁶

Frier e Petit, em obra de 2014, também apresentam quaisquer considerações acerca dos *atos de governo*. Esses autores também mencionam só dois conjuntos de atos. Um, relativo às *relações entre os poderes públicos constitucionais*, do que se pode destacar: a decisão de nomear um membro do Conselho Constitucional (*C. E., Mme Ba, 1999*) e o decreto dispendo a respeito da composição do *Governo* (*C. E., Lemaire, 1999*).³⁴⁷

O outro conjunto que esses autores citam é o relativo às *relações com organizações internacionais e Estados estrangeiros*. Esses autores afirmam que, nesse conjunto, o *ato de governo* tende, cada vez mais, a *retrair* na medida em que o direito internacional avança sobre o direito interno. De modo geral, eles afirmam que o *ato de governo* remanesce em questões sobre política diplomática, a exemplo da decisão do *Governo* de colocar tropas militares em outro Estado (*C. E., Mégret, 2000*), bem como da retomada de ensaios nucleares, restringindo a navegação em alto mar (*C. E., Ass. Green Peace France, 1996*). Além disso, também são *atos de governo* a condução das negociações prévias à adoção de atos internacionais e a suspensão da execução de um tratado ou um acordo internacional pelo *Governo* (*C. E., Mhamedi, 1992*).³⁴⁸

Mas eles afirmam que a *ratificação* do tratado, em certos casos, não mais é considerada *ato de governo* (*C. E., Sarl du Parc d'activités de Blotzheim, 1998*). Além disso, afirmam, no que concerne às *medidas de execução de um tratado dirigidas à ordem interna*, que os “*atos destacáveis*” aparecem cada vez mais: de modo geral, sempre que a autoridade nacional disponha de alguma liberdade na escolha dos meios para executar, internamente, as obrigações internacionais.³⁴⁹

Por fim, para concluir a presente descrição, em linhas gerais, da enumeração e evolução dos *atos de governo* manifestados na *jurisprudência* francesa, seguem quaisquer considerações extraídas da vigésima segunda edição da obra *Les grands arrêts de la*

³⁴⁶ LAUBADÈRE, 1980, p. 293-295 e 296.

³⁴⁷ FRIER; PETIT, 2014. p. 323.

³⁴⁸ Ibid., p. 324.

³⁴⁹ Ibid., p. 63 e 324.

jurisprudence administrative, publicada em 2019, pelos autores Long, Weil, Prosper, Devolvé e Genevois.

Em primeiro lugar, esses autores mantêm a afirmação de que a *lista de atos de governo* não compreende mais que duas categorias de atos, a dos *atos relativos às relações do Executivo para com o Legislativo* e a dos *atos relativos às relações da França com potências ou organismos estrangeiros*. Quanto aos primeiros, o *ato de governo*, embora cada vez mais de modo mais restringido, ainda aparece em três subcategorias de atos, quais sejam: a) as decisões tomadas pelo Executivo a título de sua participação na atividade legislativa, dentre o que a recusa do Primeiro Ministro a dar iniciativa a uma revisão constitucional (C.E., Allain, 1992) e a recusa do Primeiro Ministro a invocar urgência quando da submissão ao Conselho Constitucional de uma lei orgânica (C.E., Meyet et Bouget, 2002); b) as decisões do Presidente da República que afetam as relações entre os poderes constitucionais e o exercício da atividade legislativa; e c) outros atos governamentais sobre os quais incide o *controle posterior* do Parlamento. A segunda categoria de atos também persiste, expressando-se, por exemplo, na reserva feita a um tratado, por meio da qual se define o alcance das obrigações de um dos Estado contratantes (C. E., SARL Super Coiffeur, 2018). Mas o *ato de governo*, nesse conjunto da *ação diplomática* vem sofrendo, ao menos desde 1946, *retrações* em dois sentidos: a) um, que, cada vez mais, os tratados constituem fundamento para a legalidade nacional, razão pela qual se decide, por exemplo, que cabe – como já dito – o *controle jurisdicional* do respeito pelo Poder Executivo a cláusulas constitucionais que o obrigam a obter a autorização do Parlamento para a *ratificação* de tratados que alteram a legislação interna ou comprometem as finanças (C. E., SARL du parc d'activités de Botzheim, 1998) e que o juiz administrativo pode *interpretar* um tratado, sem ficar adstrito ao reenvio prejudicial ao Ministro de relações exteriores (C. E., GISTI, 1990); e b) outro, que – também como já dito –, cada vez mais, o juiz administrativo considera poder julgar as questões com base na noção de *atos destacáveis* (das relações diplomáticas ou convenções internacionais), conforme o que, por exemplo, foi considerada passível de *controle jurisdicional* a recusa do Primeiro Ministro de notificar, em face de tratado que assim o exigia, a Comissão europeia de uma disposição legislativa que visava a instaurar um mecanismo que poderia consistir em ajuda de Estado (C. E., Comité national des interprofessions des vins à appellation d'origine, 2008).³⁵⁰

Afirmam ainda esses autores que os *atos de governo* são uma noção que contrasta com o desenvolvimento do *Estado de Direito*. Isso se nota em que, por vezes, ao

³⁵⁰ LONG; WEIL; BRAIBANT; DEVOLVÉ; GENEVOIS, 2019, p. 19-27.

reconhecimento do *ato de governo* pelo do Conselho de Estado sucede, em relação a um mesmo ato, a afirmação da competência Conselho Constitucional. É o que aconteceu com o julgamento da legalidade do decreto de convocação do corpo eleitoral para a eleição de deputados, o qual, após ser considerado insuscetível de *controle jurisdicional*, a título de *ato de governo*, pelo Conselho de Estado (*Delmas, 1981*), passou a ser passível de apreciação pelo Conselho Constitucional (*Delmas, 1981*).³⁵¹

3.2.7 ATO DE GOVERNO: FRUTO DA POLÍTICA JURISPRUDENCIAL

Da análise da *jurisprudência* francesa, alguns autores vão dizer que as soluções empíricas se explicam, todas, por razões tiradas da *ordem política*. Nesse sentido, os *atos de governo*, não sendo fruto de uma necessidade *jurídica*, pois não têm *natureza jurídica* diferente daqueles atos submetidos ao *controle jurisdicional*, são, sobretudo, fruto de considerações de *política jurisprudencial*, da política dos tribunais. Essa seria a verdadeira explicação de eles existirem. Assim, Duez afirma que todas as aparições *jurisprudenciais* dos *atos de governo* se explicam por razões outras, que não jurídicas, as quais são identificadas em alguma das seguintes explicações: a) ou o juiz não quer entrar em conflito com as forças políticas do Poder Legislativo, haja vista que a este compete o exercício do *controle político*; b) ou o juiz não quer nem provocar conflitos internacionais nem se responsabilizar pelas relações internacionais do Estado; ou, ainda, c) o juiz prostrina-se diante de uma questão muito discricionária que é tradicionalmente de incumbência do *Governo*.³⁵²

Nesse mesmo sentido, Long, Weil, Braibant, Devolvé e Genevois concluem que a *teoria do ato de governo* se explica, fundamentalmente, pela preocupação que o juiz administrativo tem de não interferir nem nas relações entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo nem na *ação diplomática*, considerada como prerrogativa exclusiva e tradicional do Executivo. Assim, são ponderações de caráter *político*, por parte dos juízes, que explicam, historicamente, os *atos de governo*.³⁵³

Paul Duez esmiúça essa questão. É o que segue.

³⁵¹ LONG; WEIL; BRAIBANT; DEVOLVÉ; GENEVOIS, 2019, p. 27.

³⁵² DUEZ, 2006, p. 79.

³⁵³ LONG; WEIL; BRAIBANT; DEVOLVÉ; GENEVOIS, op. cit., p. 28.

No que concerne às soluções que se explicam *pelo temor do conflito com o Parlamento*, adentram aqui os *atos relativos às relações do Governo para com as Câmaras* e o *decreto declarativo de estado de sítio*. Tratam-se de casos em que o juiz se recusa a apreciar o *ato de governo* porque ele, ao proferir uma decisão jurisdicional, arrisca-se a entrar em contradição com as Câmaras legislativas. Em suma, são casos que, em razão de sua relevância política, culminariam, naturalmente e de algum jeito, em um embate entre o *Governo* e o *Parlamento*: ou pela via da *responsabilidade política* dos Ministros – em razão de o *Governo* ter usado armas constitucionais agressivas tais quais os *atos pelos quais o Governo exerce uma ação constitucional sobre as Câmaras* – ou porque ao Legislativo competia dar uma decisão final (*controle político e posterior*) sobre um ato – como ocorria no *contencioso das eleições*, na *declaração do estado de sítio* e nos *atos pelos quais o Governo colabora na confecção da lei*. Em todos esses casos, o juiz, que de modo geral se pauta pela *legalidade*, teme entrar em contradição com a força *política* do *Parlamento* e é isso que explica o *ato de governo*.³⁵⁴

Outras soluções se explicam *pelo temor de suscitar ao Governo dificuldades internacionais*. Aí está todo outro conjunto de atos tais quais: a *negociação, ratificação, denúncia e interpretação dos tratados*; as *medidas de execução de um tratado voltadas para a ordem internacional*; as *medidas de polícia tomadas especialmente contra estrangeiros no curso de uma guerra nacional*; as *questões cuja solução implica a apreciação de problemas relativos à soberania internacional*; e os *atos de guerra, quando o requerente é um estrangeiro*. Em todos esses casos, o juiz deixa a decisão inteiramente ao *Governo*, pois sua atitude poderia gerar complicações de ordem internacional com outros Estados, pelas quais ele não quer ser considerado responsável. São, então, preocupações de prudência diplomática do juiz que afirmaram tão fortemente o *ato de governo* nesses casos.³⁵⁵

Por fim, outro conjunto de atos somente se explicam pela ideia de que, *na condução de certos assuntos, o Governo guarda, tradicionalmente, uma grande liberdade*. Explicam-se de tal modo o *decreto de graça, a proteção e polícia de nacionais franceses no exterior* e os *atos de guerra, quando o requerente que demanda indenização é um nacional*. Em todos esses casos, não há por parte do juiz nem o temor de entrar em conflito com as Câmaras, nem questões que poderiam ensejar complicações internacionais ao *Governo* e, especialmente nos dois últimos casos, há, também, a marca de uma época em que o *Parlamento* não dava tanta atenção para a política estrangeira quanto dava para a política interna. Nada

³⁵⁴ DUEZ, 2006, p. 79-81.

³⁵⁵ Ibid., p. 81-83.

obstante quaisquer particularidades, em todos eles, o que há, em relação ao *Governo*, é uma *deferência* que está assentada na *tradição*, assevera Duez.³⁵⁶

Em suma e nesse sentido, o *ato de governo* tem um fundamento que é puramente *político*, ele é fruto da *política jurisprudencial*.³⁵⁷ Ele é explicado melhor por razões *políticas* do que por razões *jurídicas*.³⁵⁸

3.3 OUTRAS MANIFESTAÇÕES DO ATO DE GOVERNO E OUTRAS TEORIAS QUE LHE SÃO PRÓXIMAS

Conforme Duez, a questão da proteção, contra o juiz, aos atos políticos importantes para o *Governo* apareceu de modos diferentes em vários Estados, mas sempre se situando como uma questão pertinente à *ordem política*.³⁵⁹

Alguns, como o jurista alemão Otto Mayer, tentaram justificar o *ato de governo* na existência de um quarto Poder do Estado.³⁶⁰

Outros tentaram explicar que o *ato de governo* seria uma manifestação pontual da soberania do Estado. A isso criticavam, afirmando que seria opor o Estado a seus tribunais; ao que respondiam formulando, então, que os *atos de governo* seriam resultado da soberania do *Governo*... Para Duez essas fórmulas não passam de verbalismo e não indicam precisamente quais atos não podem ser submetidos ao *controle jurisdicional*.³⁶¹

3.3.1 OUTRAS MANIFESTAÇÕES DO ATO DE GOVERNO

De qualquer modo, essa proteção a atos políticos importantes para o *Governo* vai aparecer, em alguns países, inspirada no modelo francês, com o *ato de governo*, categoria

³⁵⁶ DUEZ, 2006, p. 83-86.

³⁵⁷ Ibid., p. 86.

³⁵⁸ LAUBADÈRE, 1980, p. 298.

³⁵⁹ DUEZ, op. cit., p. 87.

³⁶⁰ MEDAUAR, Odete. Ato de Governo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 191, p. 67-85, jan./mar. 1993. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45641/47414>. Acesso em: 21 fev. 2019. p. 76; QUEIRÓZ, 1990, p. 124.

³⁶¹ DUEZ, op. cit., p. 87-88.

autônoma de atos e que gera uma incompetência absoluta do juiz.³⁶² Nesse sentido, na expressão de Cretella Junior, a “*teoria do ato político*” irradiou da França para outros países, que a receberam e a estruturaram conforme as necessidades jurídico-sociais e as peculiaridades de cada sistema.³⁶³ Veja-se, nesse sentido, a exemplo, o caso da Itália e da Espanha, como segue.

Na Itália, o *ato de governo* apareceu somente no *controle jurisdicional* exercido a propósito do *contencioso de legalidade*, pois a subtração de certos atos à *responsabilização do Estado* se dava pela distinção entre os *atos de império* e os *atos de gestão*, de modo que sequer havia um *controle jurisdicional desenvolvido* neste ponto. Nada obstante, lei de 1889, dispôs, sob inspiração francesa, que nenhum recurso seria admitido contra atos tomados pelo *Governo* no exercício do *poder político*. Coube à *jurisprudência*, guiada pela *doutrina*, apresentar as soluções, as quais geravam uma *lista* ligeiramente mais extensa que a francesa.³⁶⁴

Modo geral, vingou a *teoria da natureza do ato* e o jurista italiano Ranelletti, em 1934, forneceu um *critério* para esses *atos de governo* – destoante, em parte, dos apontados pelos autores franceses. Para esse autor, o *critério* do *ato de governo* deve ser alheio a toda análise *jurídica* e não deve ser buscado nem na noção de *ato discricionário* e tampouco na *função de governo*. Afirmar ele: que “o caráter *discricionário* é uma propriedade inerente à *natureza política* dos *atos de governo*, mas ele não é nem seu caráter essencial nem o fundamento de sua natureza particular” e que “não se pode confundir e identificar a atividade do *Governo* à atividade *discricionária*”. O *critério* deve ser tirado de um elemento da *política* e se sobrepôr ao *jurídico*. Para o autor, então, esse elemento configurador do *critério* identificador dos *atos de governo* deve ser o *interesse geral do Estado em sua unidade*.³⁶⁵ Assim, seriam *atos de governo* os atos:

[...] sejam os concernentes à determinação das próprias finalidades do Estado e à direção e ao modo de sua ação para alcançá-las, sejam os atinentes ao funcionamento orgânico dos poderes públicos e à observância da constituição do Estado; seja a defesa de sua existência, de sua segurança, de sua integridade, de sua tranquilidade, de seu prestígio, de sua liberdade de ação ou do povo, contra as forças internas que os ofendem ou os colocam em perigo, ou nas relações internacionais.³⁶⁶

³⁶² DUEZ, 2006, p. 87.

³⁶³ CRETILLA JUNIOR, José. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 163.

³⁶⁴ RANELLETTI, 1934 apud DUEZ, op. cit., p. 89-92.

³⁶⁵ RANELLETTI, 1934 apud DUEZ, op. cit., p. 91-94, grifo nosso, trad. nossa de: “Le caractère discrétionnaire est une propriété des actes de gouvernement inhérente à la nature politique; mais il n’est ni le caractère essentiel, ni le fondement de leur nature particulière”. E de: “On ne peut pas confondre et identifier l’activité du Gouvernement et l’activité discrétionnaire”.

³⁶⁶ RANELLETTI, 1934 apud DUEZ, op. cit., p. 94, trad. nossa de: “[...] soit qu’ils concernent la détermination des finalités mêmes de l’État et la direction et le mode de son action pour les atteindre, soit qu’ils concernent le fonctionnement organique des pouvoirs publics et l’observance de la constitution de l’État; soit la défense de son existence, de sa sécurité, de son intégrité, de sa tranquillité, de son prestige, de sa liberté

Enfim, conforme Medauar, o *ato de governo* na Itália passou a *retrair* com a Constituição de 1947, que impediu a limitação e a exclusão da tutela *jurisdicional* para qualquer categoria específica de atos.³⁶⁷

O direito espanhol consagrou, também sob inspiração francesa, o *ato de governo*; ainda que, até certo tempo, não houvera clara distinção entre esse ato e as manifestações do *poder discricionário*.³⁶⁸ É que o art. 4º da Lei de 13 de setembro de 1888, protegia do *controle jurisdicional* tudo o que fosse pertinente ao *poder discricionário*, em que se incluíam os *atos de governo*, até em razão do *regulamento* sobre o contencioso, de 22 de julho de 1894, que, a respeito do artigo mencionado, versava corresponder ao *poder discricionário*, dentre outras questões, as que: “pela natureza dos atos de que elas decorrem ou pela matéria a que elas se referem, sejam da competência do *poder político* ou *governamental* [...]”, sem prejuízo das *indenizações* que essas medidas gerassem. Em suma, o *ato de governo* aparecia englobado pelos *atos discricionários*, ainda que de forma confusa porque a noção de *poder discricionário* não era bem desenvolvida, nem constituía uma matéria de princípio no direito espanhol.³⁶⁹

Mais à frente, com a Constituição de 1931, foi estabelecida a *jurisdição constitucional*, o que resultou numa *retração* do *ato de governo*, pois prescreveu o art. 101 que a lei estabeleceria recurso contra esses *atos discricionários* e o art. 121 estabeleceu recurso para a proteção de *garantias individuais* sempre que estas tivessem sido negadas pelas autoridades administrativas.³⁷⁰ Nada obstante, o *ato de governo* subsistiu na *jurisprudência* espanhola ainda depois dessa época.³⁷¹ Mais à frente, a Lei reguladora da jurisdição contencioso-administrativa de 1956 dispôs, em seu art. 2.b, que:

‘Não serão de competência da Jurisdição contencioso-administrativa [...] as questões que forem suscitadas em relação aos atos políticos do *Governo*, como são aqueles afetos à defesa do território nacional, relações internacionais, segurança interna do Estado e comando e organização militar, sem prejuízo das indenizações cabíveis, cuja fixação será da competência da Jurisdição contencioso-administrativa’.³⁷²

E em sua Exposição de Motivos que:

[...] ‘os atos políticos não são uma espécie do gênero atos administrativos discricionários, caracterizada por um grau máximo da discricionariedade, mas atos

d’action ou de ceux du peuple contre les forces internes qui les offensent et les mettent en danger, ou dans les rapports internationaux”.

³⁶⁷ MEDAUAR, 1993, p. 82.

³⁶⁸ DUEZ, 2006, p. 116.

³⁶⁹ Ibid., p. 117.

³⁷⁰ Ibid., p. 117-118.

³⁷¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. Tradução de José Alberto Froes Cal. Revisão técnica de Carlos Ari Sunfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1. p. 577.

³⁷² Ibid., p. 576.

essencialmente diferentes, por ser uma a função administrativa e outra a função política, confiada somente a órgãos estatais supremos'.³⁷³

Num primeiro momento, a esses referidos textos legais o Tribunal Supremo conferiu uma interpretação bastante extensiva, de sorte que extraiu deles os *atos de governo*, inclusive, em matéria de *regulamentos*. Mas, depois dos anos 70, duas interpretações dessa corte fizeram o *ato de governo retrair*: uma, que os *atos de governo* só deveriam aparecer se decorressem de decisões do Conselho de Ministros, órgão superior; e outra, que só se manifestariam se se tratassem de *atos gerais*, e não *individuais* (pois que estes deveriam ser sempre atos administrativos).³⁷⁴

Em seguida, os *atos de governo* sofreram larga *retração*. Primeiro, a Constituição de 1978 passou a prescrever, em vários artigos (24.1, 103.1 e 106.1), a *universalidade da jurisdição*. Além disso, ante essa Constituição, o Tribunal Supremo derogou aquela lei de 1956 e em decisões posteriores demonstrou caminhar na direção de eliminar a noção dos *atos de governo*. Ainda, a Lei reguladora da jurisdição contencioso-administrativa de 1998 repudiou-os, também expressamente, passando a englobá-los nos *atos discricionários*, em nome, segundo García de Enterría e Fernández, do *Estado de Direito* e do *direito universal ao juiz*. Quanto aos atos internacionais e aos atos pelos quais os Poderes se relacionam, esses autores afirmam que a noção do *ato de governo* é desnecessária. Por fim, no mesmo sentido, sobreveio a Lei do Governo de 1997, cujo art. 26.3 e cuja Exposição de Motivos dispuseram, respectivamente, que:

[...] 'os *atos de governo* e dos órgãos e autoridades regulados pela presente Lei são impugnáveis perante a jurisdição contencioso-administrativa, nos termos do disposto na Lei reguladora'.

'São reguladas diversas formas de controle dos *atos de governo*, nos termos do disposto por nossa Constituição e por nossa jurisprudência Constitucional e comum, com o fito de garantir o controle judicial de toda atividade do *Governo* no exercício de suas funções'.³⁷⁵

3.3.2 TEORIAS DO DIREITO ANGLO-SAXÃO PRÓXIMAS AO ATO DE GOVERNO

³⁷³ GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2014, p. 576.

³⁷⁴ Ibid., p. 577-578.

³⁷⁵ Ibid., p. 579-580, grifo nosso.

Ainda, pode-se encontrar, nos países anglo-saxões, algumas experiências de subtração do *controle jurisdicional* sobre os atos politicamente importantes para o *Governo*, mas que não se confundem com o *ato de governo*.

Nos Estados Unidos e na Inglaterra - ao menos até certo tempo, como alerta Medauar,³⁷⁶ - não vingou um *direito público especial*, o Direito Administrativo, tampouco houve uma *jurisdição especial*: todos os agentes públicos eram colocados sob o *regime de direito comum* e controlados pelos *tribunais de direito comum*, de sorte que não havia ambiente para a existência dos *atos de governo*, mais afeito a regimes que conhecessem um direito especial, de prerrogativas. Mas o que ocorria, conforme Duez, é que, nesses países, as próprias regras normais dos processos judiciais, por si, asseguravam certa imunidade, em relação aos juízes, aos atos politicamente importantes para o *Governo*, de modo que uma *teoria dos atos de governo* restaria desnecessária, pois sequer se poderia falar em *controle jurisdicional largamente desenvolvido* que fosse nocivo para o *Governo* a ponto de exigir aquela teoria especial.³⁷⁷

3.3.2.1 ACTS OF STATE

Por exemplo, se o *ato de governo* nunca existiu no direito inglês, é porque a Coroa, para proteger-se do *controle jurisdicional*, dispunha de todo um arsenal que tornava aquela noção praticamente inútil.³⁷⁸ Com base no adágio *The King can do no wrong*, a Coroa, pelos seus fatos e pelos fatos de seus agentes, era considerada irresponsável em matéria de danos³⁷⁹, ao menos até 1947, quando foi editado o *The Crown proceeding Act*, que aboliu a imunidade da *Coroa* em matéria de danos, salvo exceções, e instituiu o princípio da responsabilidade pública regido pelo *common law*³⁸⁰. Mencione-se também que a Coroa não podia ser citada nos tribunais sem que nisso consentisse: para que ela fosse demandada em um tribunal, era necessário que o requerente, pelo procedimento especial da *Petition of Right*, recebesse uma autorização que era conferida pelo rei mesmo.³⁸¹ Esse procedimento manteve-

³⁷⁶ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017. p. 51 e 57.

³⁷⁷ DUEZ, 2006, p. 88 e 145.

³⁷⁸ Ibid., p. 147.

³⁷⁹ Id., loc. cit.

³⁸⁰ MEDAUAR, op. cit., p. 44.

³⁸¹ DUEZ, op. cit., 147-148.

se até 1948.³⁸² Pode-se citar ainda toda uma série de prerrogativas procedimentais que existiram em benefício da Coroa, como a de não poder sofrer uma execução judicial e a de não ter contra si dirigido um *mandamus*.³⁸³

Mas, mesmo assim, o direito inglês conheceu uma teoria especial, a dos *acts of State*, mencionada pelos estudiosos do *ato de governo*³⁸⁴, até dentro do tema dos *critérios do ato de governo*³⁸⁵.

Embora esse *ato de Estado* implique o mesmo resultado prático do *ato de governo*, qual seja, a eliminação absoluta do *controle jurisdicional*, ambos não se confundem, afirma Duez, pois há uma diferença consistente no fundamento adotado pelo juiz para afastar o *controle jurisdicional*: no caso do *ato de Estado*, ocorre uma simples aplicação das regras e princípios normais de repartição de competências jurisdicionais - o juiz declara-se incompetente por estar diante de um litígio regulado por normas estranhas ao seu campo de atuação -, ao passo que, no caso do *ato de governo*, o juiz, nada obstante estejam presentes todos os pressupostos para que possa conhecer da causa, busca, para declarar-se incompetente, um fundamento excepcional, tirado da *ordem política*.³⁸⁶

O *ato de Estado*, define Duez, é “um ato efetuado sob autoridade da Coroa, fora do território do Império britânico e contra um estrangeiro não socorrido pelas leis inglesas”.³⁸⁷

Wade trata desse assunto como uma limitação à responsabilidade estatal. Fala, na verdade, em *atos políticos*, tratando deles como sendo a atividade do Estado que se encontra fora da lei e que não enseja qualquer ação contra a Coroa e seus funcionários. As manifestações desses atos aparecem somente se praticados no estrangeiro e contra estrangeiros, salvo se forem relativos à política internacional, caso este em que podem atingir nacionais ingleses no exterior. São suas manifestações os atos de guerra, os atos praticados pela Coroa no período de anexação de um território estrangeiro, alguns atos da Coroa sobre os seus protetorados.³⁸⁸

Clarke ainda adiciona o reconhecimento de Estados ou governos estrangeiros, a celebração de tratados e a representação diplomática³⁸⁹.

³⁸² WADE, H. W. R. **Derecho administrativo**. Tradução de Mariano Baena Del Alcazar e Elena Bardon Fernandez. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971. p. 411.

³⁸³ Ibid., p. 243-246 e 434.

³⁸⁴ DUEZ, 2006, p. 153; QUEIRÓZ, 1990, p. 128-129.

³⁸⁵ MEDAUAR, 1993, p. 77.

³⁸⁶ DUEZ, op. cit., p. 154.

³⁸⁷ Id., loc. cit., tradução nossa de: “un acte effectué sous l’autorité de la Couronne, hors du territoire de l’Empire britannique, à l’encontre d’un étranger qui n’a pas reçu la protection des lois anglaises”.

³⁸⁸ WADE, op. cit., p. 438-444.

³⁸⁹ CLARKE, 1971 apud MEDAUAR, op. cit., p. 77.

Hilaire Barnett, a respeito dos *atos de Estado*, expõe que, no caso *Yukos Capital Sarl v. OJSC Rosneft Oil Co (No 2)*, de 2014, foi explicado que a essência dessa doutrina é que não cabe às cortes julgar a ação dos atores internacionais quando agem em território estrangeiro, enquanto não violem o direito internacional, a política pública inglesa e os direitos humanos; já em 2017, a Suprema Corte inglesa alertou que não se pode aplicar essa doutrina a atos de tortura ou de maus-tratos contra prisioneiros. No que diz respeito ao *controle jurisdicional*, os *atos de Estado*, no direito inglês, estão inseridos no conjunto das prerrogativas da Coroa, que são poderes exercidos, em grande parte, pelo Poder Executivo em nome da Coroa, o que, por si, gera, afora outras discussões, a acerca da possibilidade de eles poderem ser controlados judicialmente. A questão foi tratada em 1985, no caso *Council of Civil Service Unions v. Minister of State for Civil Service*. Nesse caso, a *House of Lords* estabeleceu que as prerrogativas da Coroa são, modo geral, passíveis do *judicial review*, salvo algumas questões de alta política, como a escolha de Ministros de Estado, a dissolução do Parlamento, a concessão de honrarias e as relativas aos tratados e à segurança nacional.³⁹⁰

3.3.2.2 POLITICAL QUESTIONS

Por fim, cabe mencionar que os Estados Unidos conheceram também uma teoria especial contra o *controle jurisdicional*. São as *political questions*.

Bem, nos Estados Unidos, a *doutrina das questões políticas* tem sua origem no, já citado, caso *Marbury v. Madison* (1803). Nesse julgamento, o Chief Justice Marshal, ao mesmo tempo em que reconhece a autoridade das cortes para declarar inconstitucionais as leis, ressalva um âmbito de questões legais que, por terem natureza *política* ou por serem submetidas pela Constituição ao Executivo ou ao Legislativo, não devem ensejar a apreciação judicial.³⁹¹

A *doutrina das questões políticas* aplica-se aos nacionais, e não somente a certos estrangeiros, e cobre atos para além daqueles emanados do presidente dos Estados Unidos.³⁹² Assim, as *questões políticas* não aparecem dizendo respeito a um recorte dos atos emanados do

³⁹⁰ BARNETT, Hilaire. **Constitutional and administrative law**. 13th ed. Abingdon: Routledge, 2019. E-book. ISBN 978-0-429-32268-6. Não paginado. [Locais do Kindle 7438-7518, 7818-7840 e 7933-8105].

³⁹¹ BARKOW, Rachel E. More Supreme than Court? The fall of the political question doctrine and the rise of judicial supremacy. **Columbia Law Review**, v. 102, n. 2, p. 237-336, mar. 2002. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1123824?read-now=1&seq=1#metadata_info_tab_contents. Acesso em: 29 mar. 2019. p. 248.

³⁹² DUEZ, 2006, p. 160.

Poder Executivo, como no caso dos *atos de governo*, nem como produto da submissão a uma prerrogativa régia, como no caso dos *atos de Estado*.³⁹³ Elas aparecem como uma limitação ao poder das cortes de invalidar os atos governamentais³⁹⁴ que sejam contrários à Constituição, tanto os praticados pelo Legislativo quanto os praticados pelo Executivo: são um limite ao *judicial review*.³⁹⁵

Conforme o desenho constitucional elaborado por Marshall, não caberia ao Judiciário prover o significado de todo preceito constitucional. É que subjacente à ideia das *questões políticas* estava uma concepção coordenada de divisão dos Poderes, em que o Judiciário é investido do poder de decidir sobre *direitos individuais*, enquanto que o Executivo e o Legislativo decidem sobre outras questões, as que digam respeito à nação e aquelas que a Constituição lhes confia. As *questões constitucionais*, então, podem ensejar graus diferentes de deferência pelo Poder Judiciário: no caso de configurarem *questões políticas* essa deferência seria absoluta e no caso de configurarem uma *questão judicial* a deferência não existiria. De qualquer modo, caberia ao juiz fazer essa apreciação: ele, no caso de estar diante de uma *questão política*, conclui o seu papel constitucional assim que a identifica e a submete à apreciação do Executivo ou do Legislativo.³⁹⁶

No caso *Baker v. Carr* (1962), a Suprema Corte, no intuito de fornecer um critério para a identificação das *questões políticas*, ofereceu seis considerações, classificadas em *clássica*, *funcional* e *prudenciais* ou *políticas*, as quais deveriam ser aplicadas caso a caso: pela primeira, se a questão foi confiada pela Constituição à discricção do Poder Executivo ou do Legislativo, as cortes a tratarão como uma *questão política* – era a fórmula adotada por Marshall –; já pela *consideração funcional*, é *questão política* aquela ante a qual o Poder Judiciário não disponha de recursos nem de capacidade para encontrar uma solução; e, por fim, pelas *considerações prudenciais* ou *políticas*, a *questão política* aparece naqueles casos em que seja impossível um julgamento sem que haja antes um juízo político sobre uma matéria não sujeita à discricionariedade judicial, impossível uma tomada de decisão que não implique desrespeito ao Legislativo ou ao Executivo, necessária uma incomum adesão a uma decisão política já feita, ou, ainda, em que haja a potencialidade de criação de embaraços em razão da existência de vários pronunciamentos de órgãos do Estado sobre uma mesma questão.³⁹⁷ Estas, as

³⁹³ QUEIRÓZ, 1990, p. 128.

³⁹⁴ A expressão “governo” aqui indica mais o conjunto dos Poderes e seus três ramos, ditos *branches*.

³⁹⁵ BARRON, Jerome A.; DIENES, Thomas C. **Constitutional law**. 9th ed. St. Paul-Minn.: West Academic Publishing, 2013. p. 90.

³⁹⁶ BARKOW, 2002, p. 239-248.

³⁹⁷ BARRON; DIENES, op. cit., p. 129.

prudenciais ou políticas, não estão ancoradas no texto constitucional, mas são uma construção das cortes no intento de estas evitarem eventuais conflitos com os ramos políticos do Estado.³⁹⁸

Foram consideradas *questões políticas*, conforme Barkow: o poder de o Congresso interpretar a expressão “necessário”, prevista no texto constitucional e que condicionava a ação governamental (*M’Culloch v. Maryland*, 1819); o poder de o Congresso reconhecer o governo de um Estado-federado e decidir se sua natureza é “republicana” (*Luther v. Borthor*, 1849); e o controle e a supervisão, pelo Congresso e pelo Executivo, das forças militares (*Gilligan v. Morgan*, 1973).³⁹⁹ Outrossim, Barron e Dienes apontam: a apreciação, pelo Congresso, de conflitos envolvendo a duração e retirada, por um Estado-federado, da ratificação, prevista no *Article V* da Constituição, no processo de emenda à constituição (*Coleman v. Miller*, 1939); o poder de o presidente denunciar um tratado (*Goldwater v. Carter*, 1979); os procedimentos que o Senado estabelece para instrumentalizar os Senadores no julgamento no processo de Impeachment (*Nixon v. United States*, 1993).⁴⁰⁰

De qualquer modo, sempre houve, modo geral, uma avaliação inicial pelo Judiciário sobre se o caso configurava ou não uma *questão política*. Ainda assim, ao tempo de *Marbury*, a Suprema Corte, mesmo nos casos sobre os quais entendia ter jurisdição, julgava com grande deferência para com os ramos políticos do Estado, conferindo ao Executivo e ao Legislativo grande poder de interpretar a Constituição. No entanto, houve uma significativa diminuição dessa deferência, principalmente ao tempo da *Rehnquist Court* (1986-2005). Em suma, a *doutrina das questões políticas* foi sendo abandonada e substituída por uma *teoria da supremacia judicial*, pela qual cabe ao Judiciário dar o sentido de todo e qualquer preceito constitucional.⁴⁰¹

³⁹⁸ BARKOW, 2002, p. 253.

³⁹⁹ Ibid., p. 252, 253, 255, 256 e 270.

⁴⁰⁰ BARRON; DIENES, 2013, p. 129-131.

⁴⁰¹ BARKOW, op. cit., p. 244, 301, 302, 317, 318 e 319.

4 A ELIMINAÇÃO DO ATO DE GOVERNO E SUA SUBSTITUIÇÃO PELA RESERVA DO PODER DISCRICIONÁRIO

De todo modo, Duez propõe-se a demonstrar que a *teoria do ato de governo* é abusiva e inútil e que deveria ser banida do Direito Público nos Estados que, de alguma forma, ainda a consagrassem.⁴⁰²

As manifestações mais abusivas do *ato de governo* poderiam ser suprimidas: pelo aparecimento da *jurisdição constitucional*; pela extensão, a outros casos, da distinção entre a decisão (*ato de governo*) e os atos que a executam (*ato administrativo*); e pelo progresso do direito internacional, que faria com que o *Governo* tivesse mais confiança no *controle* exercido pelos juízes internos do que o realizado por um juiz de uma corte internacional.⁴⁰³

Poderiam ainda ser suprimidos os *atos de governo* manifestados em matéria de *responsabilidade do Estado*, nos casos em que esta esteja fundada na *teoria do risco*. É que, em assim sendo, a *responsabilização do Estado* não exige do juiz a análise da *legalidade* do ato por meio da qual ele se imiscuiria em questão de *Governo*, mas tão só que ele fixe uma indenização em razão do dano que o particular sofreu em virtude de um ato governamental. Tendo o indivíduo se sacrificado em nome da ação do *Governo*, não restaria razão para que ele não fosse indenizado. Além disso, nos casos de *invalidação* de ato, a mera possibilidade do *controle jurisdicional* da *existência* da lei poderia ser uma brecha para que o juiz exercesse o *controle*, também, da *existência* dos atos considerados *atos de governo*.⁴⁰⁴

Nada obstante isso, Duez, em sua obra, busca responder se não seria o caso de banir, absolutamente, do Direito Público o *ato de governo*, haja vista a ameaça que essa noção apresenta para o *princípio da legalidade* e porque é um vestígio da *razão de Estado* e da *arbitrariedade*. Duez assume que essa é uma tarefa de arte *política* e não da análise *jurídica*.⁴⁰⁵

Duez aponta que num *Estado de Direito*, onde há um *controle jurisdicional desenvolvido sobre a legalidade* e onde domina o *princípio da legalidade*, o *ato de governo* não é uma concepção racionalmente necessária – dadas as fragilidades das teorias que o tentaram

⁴⁰² DUEZ, 2006, p. 166.

⁴⁰³ Ibid., p. 168-175.

⁴⁰⁴ Ibid., p. 176-184.

⁴⁰⁵ Ibid., p. 185.

justificar e haja vista ele ter sido melhor explicado pela asserção de que é fruto da *política jurisprudencial* – e que, por conseguinte, ele pode ser absorvido pela *reserva do poder discricionário*, sem que isso signifique o fim de uma legítima proteção, em face do *controle jurisdicional*, aos atos politicamente importantes para *Governo*. Duez adverte que não é questão de lançar o juiz nas lutas políticas, nem de torná-lo um superior hierárquico da *Administração*, e nem de alterar o equilíbrio constitucional estabelecendo um *governo de juízes*, porque, fosse isso, a justiça mais teria a perder do que a ganhar; mas sim que se trata de demonstrar que a noção de *ato de governo* pode ser suprimida.⁴⁰⁶

Conclui, então, que os atos tidos por *atos de governo* devem ser vistos como atos que comportam uma *larga margem de discricionabilidade*, mas que não são *absolutamente discricionários*. A resposta final para o problema é que, do ponto de vista da *legalidade*, não há distinção clara entre o *ato de governo* e o *ato administrativo*, mas há somente uma questão de grau: o domínio da *legalidade* opera, de modo geral, menos forte para aquele que para este. A consequência lógica disso é que, no que concerne ao *controle jurisdicional sobre a legalidade*, não se pode opor, de maneira absoluta, os *atos de governo* aos *atos administrativos*, a fim de excluir os primeiros do *controle jurisdicional*. Assim, a legítima liberdade que deve restar ao *Governo* não exige a *teoria do ato de governo* e pode ser assegurada pelo *controle jurisdicional do ato administrativo*. Por consequência, o *ato de governo* tem que deixar de gerar a *inadmissibilidade da ação* e esta tem que estar condicionada somente pela violação do *direito subjetivo*, independentemente da *natureza do ato* que o violou.⁴⁰⁷

Assim, a extensão da *teoria do poder discricionário* à matéria dos *atos de governo* implica a possibilidade de um *controle jurisdicional de legalidade ao fundo (no mérito do processo)*, substituindo-se à simples *inadmissibilidade da ação*.⁴⁰⁸

Mas mesmo a noção de *poder discricionário* pode gerar alguma dificuldade. É que, de modo geral, o *poder discricionário* consiste no campo de liberdade que a autoridade dispõe para agir, no qual o juiz não intervém, pois este se limita a definir somente até onde vai a *legalidade*. No entanto, há mesmo aqueles que entendem que o *poder discricionário* não implica uma liberdade de ação para a *Administração*, uma vez que esta sempre estaria ligada a uma norma jurídica superior que os tribunais apreciam, o *intérêt général (interesse público)*. Por outro lado, houve, por algum tempo, aqueles que acreditavam que o *poder discricionário*

⁴⁰⁶ DUEZ, 2006, p. 185-193,

⁴⁰⁷ Ibid., p. 185-194.

⁴⁰⁸ Ibid., p. 194.

tinha por consequência o surgimento de uma categoria própria de atos, os *atos discricionários* (atos de “alta”, “pura” ou “simples” administração), que escapavam do *controle jurisdicional* tal como os *atos de governo*: absolutamente, implicando a *inadmissibilidade da ação*.⁴⁰⁹

Duez defende que a posição que tem que ser adotada é a de que o *poder discricionário* implica a presença de *elementos discricionários* em um ato. Mas não há ato totalmente discricionário. Mesmo os atos repletos de *elementos discricionários* apresentam sempre alguns *elementos* relacionados à competência *vinculada* e, por conseguinte, uma questão de *legalidade* pode sempre ser levantada para atacá-los. A acepção inversa também é verdadeira: mesmo nos atos bastante limitados pela lei, há sempre alguns *elementos discricionários*. Sob essa posição, o juiz deve poder exercer o *controle jurisdicional* sobre todo e qualquer ato, de modo a poder analisar se o litígio está relacionado com aqueles *elementos vinculados*, ou não, e, caso configure um problema de *legalidade*, resolvê-lo.⁴¹⁰

A diferença, como já se assentou, entre o *ato de governo* e o *ato administrativo* consiste em que em relação ao primeiro o juiz recusa-se *a priori* a resolver o problema de *legalidade* aventado, ainda que *ao fundo* tal problema possa aparecer: o *controle jurisdicional* do ato sempre é barrado por meio da *inadmissibilidade da ação*. Já, em relação ao *ato administrativo*, o juiz, diante de um requerimento que põe em questão a *legalidade* do ato, analisa a demanda *ao fundo* (*no mérito* do processo) e, com isso, identifica os elementos pertinentes ao *poder discricionário* e à *legalidade*. Com a absorção da *teoria do ato de governo* pela *teoria do poder discricionário*, há a substituição de uma *inadmissibilidade da ação*, que se dava em razão da *natureza do ato* (do *ato de governo*), por um exame *ao fundo*. O efeito prático disso, ainda que não seja o de eliminar os casos de *inadmissibilidade da ação*, é o de multiplicar os casos de rejeição *no mérito*.⁴¹¹

Absorvido o *ato de governo* pelo *poder discricionário*, ele passa a estar sujeito às mesmas *invalidades* que normalmente se aponta para o *ato administrativo*. Mas isso não implica um sacrifício à legítima independência do *Governo*, pois a *reserva do poder discricionário* já constitui uma garantia de independência da ação do Executivo. Em suma, no que concerne ao *controle jurisdicional* dos *atos de governo*, esses atos só deixam de ser *absolutamente incontroláveis*, para ser *muito pouco controláveis*, pois lhes resta, ainda, o caráter de serem dotados de *largo poder discricionário* – razão pela qual não perdem toda

⁴⁰⁹ DUEZ, 2006, p. 194-196.

⁴¹⁰ Ibid., p. 196-197.

⁴¹¹ Ibid., p. 198-199.

individualidade. Além disso, o legislador confere essa margem de liberdade ao *Governo* por necessidade, pois não pode ele resolver toda questão politicamente sensível por meio de normas *gerais e abstratas*. Assim, o legislador regula os *atos de governo*, salvo exceções, com certa vagueza e imprecisão, de modo a deixar ao *Governo* um largo poder de apreciação. Além do mais, atos que não impliquem a tomada de medidas *individuais*, contra um ou alguns particulares, como aqueles *relativos às relações do Governo para com as Câmaras*, por exemplo, não podem, naturalmente, ensejar *desvio de poder*, implicando, por conseguinte, um *controle jurisdicional* menor.⁴¹²

Portanto, a eliminação do *ato de governo* assegura uma convivência mais harmoniosa do antagonismo entre a *liberdade* dos governados e a *autoridade* do *Governo*. Além de que, absorver o *ato de governo* pela *reserva do poder discricionário* já basta para assegurar a legítima independência ao *Governo*, sem que isso culmine no “*governo dos juízes*”.⁴¹³

Assim conclui Duez.

⁴¹² DUEZ, 2006, p. 202-209.

⁴¹³ *Ibid.*, p. 210.

5 ATO DE GOVERNO, ATO POLÍTICO, OU QUESTÕES POLÍTICAS NO BRASIL

Parte-se, então, para o tratamento da questão no Brasil.

Primeiramente, cabe alertar que, no Direito brasileiro, a questão de os atos do Poder Executivo poderem escapar do *controle jurisdicional* é, posta, basicamente, sob três expressões: *questões políticas*, *atos de governo* e *atos políticos*. Os autores podem não se referir a alguma ou a algumas dessas expressões e podem considerar como sinônimas todas ou somente duas delas. É por essa razão que, na exposição das ideias que segue, serão mantidos e reproduzidos o conceito e a expressão empregados por cada fonte consultada, seja *doutrina*, *jurisprudência* ou *legislação*.

Bem, no Brasil, a tese que se formou e se tornou comumente aceita, desde a Primeira República, sustenta-se, especialmente, nas lições de Rui Barbosa. É por meio delas que se defende que deve haver uma barreira à “*judicialização*” das *questões políticas*.⁴¹⁴

Contudo, as *questões políticas* encontram barreira nos *direitos individuais*, segundo o que, se elas, de algum modo, afetarem-nos, elas deixam, então, de ser insuscetíveis do *controle* pelo Poder Judiciário. Nisso consiste a doutrina que, tão cedo, tornou-se orientação pacífica do STF.⁴¹⁵

Trata-se da tese das *questões exclusivamente políticas*, que Rui Barbosa defendeu exaustivamente na obra⁴¹⁶ intitulada *O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional*, muito influenciada pelos autores e pelas sentenças norte-americanos e que foi produzida com propósito profissional. Nela o autor especialmente enumera uma lista em que identifica exemplos de questões que considera *questões exclusivamente políticas*.⁴¹⁷

É o que segue, numa síntese.

⁴¹⁴ FERREIRA FILHO, 2015, p. 248, grifo nosso.

⁴¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4. ed. rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 232.

⁴¹⁶ Rui Barbosa também trata sobre as *questões políticas* em outras obras, como no volume IV, de 1933, de seu *Comentários à Constituição Federal Brasileira* e no trabalho, de 1893, intitulado *A Constituição e os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça federal (acções civis dos reformados e demitidos pelos Decretos de 7 e 12 de abril de 1882)*, este produzido como razões forenses em 1893. (SILVA, 2011, p. 133-134).

⁴¹⁷ LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915. p. 54-55 e 61.

Primeiro, Rui Barbosa afirma que a Corte Suprema exerce um papel *político*, mas que ela não intervém no exercício do poder *político* do Executivo e do Legislativo, de modo que perante a Corte não podem ser objeto de litígio as questões que por natureza são *políticas*. Daí a necessidade de conciliar as coisas e encontrar o discriminante dessa natureza *política* das questões.⁴¹⁸ Afirma, então, que para que cesse a competência judicial:

Não basta que a questão extreme com a politica, ou com ella prenda; que tenha relações politicas, offereça aspectos politicos, ou seja susceptível de efeitos políticos; que á politica interesse, ou sobre ella possa actuar por algumas das suas faces, algumas das suas ligações, alguns dos seus resultados. E' mister que seja *simplesmente, puramente, meramente politica*, isto é que pertença ao domínio politico totalmente, unicamente, privativamente, exclusivamente, absolutamente.⁴¹⁹

Então pergunta: mas como reconhecer tais questões? Ao que responde: essas questões têm que ser relativas ao exercício dos poderes *mera, única e exclusivamente políticos*. Mas que poderes são esses? A isso responde: “Evidentemente os que não são limitados por direitos correlativos, nas pessoas, individuais ou collectivas, sobre que taes poderes se exercem.” São poderes, governativos ou legislativos, aos quais não corresponde um direito constitucional de alguém, sobre quem o exercício de tais poderes poderia incidir. É um *poder discricionário* que, por assim ser, não pode estar limitado por outro *poder de Direito*. “[...] A noção abstracta de poder *meramente politico* se define praticamente pela noção concreta dos poderes *discricionários*.” Enfim, Rui Barbosa identifica o que chama de “*poderes meramente ou absolutamente políticos*” ao que chama de “*poderes discricionários*”,⁴²⁰ de modo que aqueles se explicam e se caracterizam por estes.⁴²¹ Então, fornece uma enumeração, que considera constituir-se dos “[...] elementos capitães da autoridade politica, isto é, da acção discricionária, no chefe da nação e no Congresso:”

a) a declaração de guerra e a celebração da paz; b) a mantença e direcção das relações diplomáticas; c) a verificação dos poderes dos representantes dos governos estrangeiros; d) a celebração e rescisão de tratados; e) o reconhecimento da independência, soberania e governo de outros paizes; f) a fixação das extremas do país com os seus vi-sinhos; g) o regimen do commercio internacional; h) O commando e disposição das forças militares; i) a convocação e mobilização da milícia; j) o reconhecimento do governo legitimo nos Estados, quando contestado entre duas parcialidades; k) a apreciação, nos governos estaduaes, da forma republicana, exigida pela Constituição; l) a fixação das relações entre a União ou os Estados e as tribus

⁴¹⁸ BARBOSA, Ruy. **O direito do Amazonas ao Acre septentrional**. Rio de Janeiro: Jornal do Comércio, 1910. v. 1. 129-152.

⁴¹⁹ Ibid., p. 156, grifo nosso.

⁴²⁰ Castro Nunes diz que a fórmula norte-americana “*merely, purely and exclusively political questions*” não passa de fraseologia sem sentido. O autor também, mais ou menos, identifica as questões políticas ao que chama de “*atos discriciários*”, embora afirmando que aquelas são pertinentes à alta política e estes ao contato mais próximo com o cidadão. De qualquer modo, reconhece a importância da obra de Ruy Barbosa, especialmente no que diz respeito às disposições constitucionais brasileiras que previram a exclusão do controle jurisdicional das *questões exclusivamente políticas*. (NUNES, 1943, p. 606-609, 611 e 619-620).

⁴²¹ BARBOSA, op. cit., p. 156-159.

indígenas; m) o regimen tributário; n) a adopção de medidas proteccionistas; o) a distribuição orçamentária da despeza; p) a admissão de um Estado á União; q) a declaração da existência do estado de insurreição [hoje: *estado de defesa e estado de sítio*]; r) o restabelecimento da paz nos Estados insur-gentes e a reconstrução nelles da ordem federal; s) o provimento dos cargos federaes; t) o exercíco da sancção e do veto sobre as resoluções do Congresso; u) a convocação extraordinária da representação nacional [mesmo que Congresso Nacional].⁴²²

A respeito dessa enumeração, Rui Barbosa infere o seguinte:

Entre essas attribuições todas [...] sobresaie um traço commum, que delinea a physionomia cio género. Todas ellas têm por objecto a apreciação de *conveniências*, transitórias ou permanentes, mas sempre de natureza *geral*. São considerações de *interesse commum*, de *utilidade publica*, de *necessidade*, ou *vantagem nacional*, requerendo uma autoridade mais ou menos arbitraria, subordinada a competência dos que a exercem aos freios da opinião popular e da moral social, mas autónoma numa vasta órbita de acção, dentro na qual a discríção do legislador e do administrador se move livremente.⁴²³

E assim arremata:

Eis o terreno *meramente politico*, defeso como tal á ingerência dos tribunaes. Contraposto a este se estende, com divisas claras e sensíveis, o terreno da justiça, assignalado exactamente pela característica opposta de que as questões da sua alçada, em vez de obedecerem á apreciação de *conveniências*, mais ou menos *geraes*, entendem com a applicação do di-reito legal aos *casos particulares*, de *ordem individual* ou *collectiva*. Onde quer que surja um problema *jurídico* desta natureza, embora não seja estreme de elementos políticos, desde que exclusivamente politico não [seja], tem de receber a solução legal do poder constituído para dar effeito ás garantias constitúcionaes, e com ellas valer a toda individualidade, natural ou moral, lesada no seu direito.⁴²⁴

E continua:

Acabemos, pois, de uma vez com o equivoco, definindo a verdadeira doutrina americana, que é a nossa. Uma questão pôde ser distinctamente politica, altamente politica, segundo alguns, até puramente politica fora dos domínios da justiça, e, comtudo, em revestindo a forma de um pleito, estar na competência dos tribunaes, desde que o acto, executivo, ou legislativo, contra o qual se demande, fira a Constituição, [lesando] ou negando um direito nella consagrado.⁴²⁵

Ao final do capítulo em que escreve,⁴²⁶ sintetiza a ideia com remissão a seu outro trabalho forense, intitulado *A Constituição e os actos inconstitúcionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*, cujo excerto, lá citado, segue:

Actos politicos do Congresso, ou do executivo, na accepção em que esse qualificativo traduz excepção á competencia da justiça, consideram-se aquelles, a respeito dos quaes a lei confiou a materia á discreção prudencial do poder, e o exercicio della não lesa *direitos constitúcionaes do individuo*. Em prejuizo destes o direito constitucional não permite arbitrio a nenhum dos poderes. Si o acto não é daquelles, que a Constituição deixou á discreção da auctoridade, ou si, ainda que o seja, contravém ás *garantias individuaes*, o caracter *politico* da funcção não esbulha do recurso reparador as pessoas aggravadas. Necessario é, em terceiro logar, que o facto, contra que se

⁴²² BARBOSA, 1910, v.1, p. 163-164, grifo nosso.

⁴²³ Ibid., p. 164, grifo nosso.

⁴²⁴ Ibid., p. 165, grifo nosso.

⁴²⁵ Ibid., p. 178.

⁴²⁶ Ibid., p. 182-183.

reclama, caiba realmente na função, sob cuja auctoridade se acoberta; porque esta pode ser apenas um sophisma, para dissimular o uso de poderes differentes e prohibidos. Numa palavra: a violação de *garantias individuaes*, perpetrada á sombra de *funcções politicas*, não é immune á acção dos tribunaes [e] a estes compete sempre verificar si a attribuição *politica*, invocada pelo excepcionante, abrange em seus limites a faculdade exercida.⁴²⁷

Os ensinamentos de Rui Barbosa foram bastante importantes tanto para a formação da *jurisprudência* do STF acerca das *questões políticas* como para a formulação do art. 141, § 4º da Constituição de 1946 – que é o precedente remoto do art. 5º, XXXV da Constituição de 1988 – por meio do qual o constituinte de então quis romper com a vedação ao *controle jurisdicional* expressa na Constituição de 1937.⁴²⁸

5.1 A QUESTÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Embora a Constituição de 1891 silenciasse a respeito de *atos de governo*, *atos políticos* ou *questões políticas*, a *doutrina* e a *jurisprudência* sempre reconheceram alguma restrição ao *controle jurisdicional* que poderia incidir sobre os atos por essas expressões compreendidos.⁴²⁹

Foi a Emenda Constitucional de 1926, como mostra Hubert, que, num momento em que “[...] não havia qualquer impedimento legal para que o Poder Judiciário conhecesse de certas matérias que poderiam ter um fundo político”, alterou a Constituição de 1891, para, dentre outras coisas, restringir apreciação jurisdicional de certas matérias.⁴³⁰ Tal era a redação:

Substituem-se os arts. 59 e 60 da Constituição pelo seguinte: [...].

Á Justiça Federal compete: [...].

§ 5º Nenhum recurso judicial é permitido, para a justiça federal ou local, contra a intervenção nos Estados, a declaração do estado de sitio e a verificação de poderes, o reconhecimento, a posse, a legitimidade e a perda de mandato dos membros do Poder Legislativo ou Executivo, federal ou estadual; assim como, na vigencia do estado de sitio, não poderão os tribunaes conhecer dos actos praticados em virtude delle pelo Poder Legislativo ou Executivo.⁴³¹

⁴²⁷ BARBOSA, Ruy. **A Constituição e os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça federal**: acções civis dos reformados e demitidos pelos Decretos de 7 e 12 de abril de 1892. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlantida Editora, [1893]. p. 148-149. Grifo nosso.

⁴²⁸ MENDES, 2012, p. 232-233.

⁴²⁹ FAGUNDES, 1984, p. 137.

⁴³⁰ HUBERT, Alexandre Pereira. **Atos de governo e intervenção judicial**: um resgate histórico e suas implicações no direito brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013. p. 66-67 e 72.

⁴³¹ BRASIL. **Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926**. Emendas à Constituição Federal de 1891. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em:

A Constituição de 1934, no art. 68, e a de 1937, no art. 94, estabeleceram que “*questões exclusivamente políticas*” não poderiam ser apreciadas pelo Poder Judiciário.⁴³² Fizeram-no sob a mesma fórmula, que dizia: “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de *questões exclusivamente políticas*”.⁴³³

Castro Nunes comenta também a respeito do art. 18 das Disposições Transitórias da Constituição de 1934, que visava especialmente a excluir da apreciação jurisdicional quaisquer demandas dos particulares a respeito dos “atos do Governo Provisório”, especialmente no que diz respeito às demandas de indenização.⁴³⁴ A redação era a seguinte:

Art 18 - Ficam aprovados os atos do Governo Provisório, dos interventores federais nos Estados e mais delegados do mesmo Governo, e excluída qualquer apreciação judiciária dos mesmos atos e dos seus efeitos.⁴³⁵

A tendência já vinha de antes, pois o art. 5º do Decreto n. 19.398/1930 já dizia:⁴³⁶

Art. 5º Ficam suspensas as garantias constitucionais e excluída a apreciação judicial dos atos do atos [sic] do Governo Provisório ou dos interventores federais, praticados na conformidade da presente lei ou de suas modificações ulteriores.⁴³⁷

Já a Constituição de 1937, em seu art. 170, foi além e dispôs que estavam excluídos da apreciação jurisdicional os atos praticados em virtude dos estados de emergência ou de guerra.⁴³⁸ Tal era a redação: “Art 170 - Durante o estado de emergência ou o estado de guerra, dos atos praticados em virtude deles não poderão conhecer os Juízes e Tribunais.”⁴³⁹

Explica Pietro que, sob a Constituição de 1937, a impossibilidade de *controle judicial* dos “*atos políticos*” se dava em razão da relação que se fazia entre: os *atos políticos*, o – supracitado – art. 94 e o *direito de ação*. É que se concebia que esses atos diziam respeito a

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc%20de%203.9.26.htm
. Acesso em: 1 nov. 2019.

⁴³² PIETRO, 2018, p. 78.

⁴³³ BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 24 set. 2019; BRASIL. [Constituição (1937)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 24 set. 2019. Grifo nosso.

⁴³⁴ NUNES, José Castro. **Teoria e Prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro, Forense: 1943. p. 627-631.

⁴³⁵ BRASIL, 1934.

⁴³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 138.

⁴³⁷ BRASIL. **Decreto nº 19.398 de 11 de novembro de 1930**. Institue o Governo provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19398.htm. Acesso em: 1 maio 2020.

⁴³⁸ GRINOVER, op. cit., p. 136 e 139.

⁴³⁹ BRASIL, 1937.

interesses superiores da nação, de modo que, por definição, não poderiam afetar *direito individual*, e, como o exercício do *direito de ação* estava condicionado à existência de um *direito individual* lesado, dizia-se, então, que faltava *interesse de agir* para questioná-los judicialmente.⁴⁴⁰ Conforme Pietro, embora as Constituições subsequentes à de 1934 e à de 1937 não tivessem mais expressado aquela fórmula, o impedimento à apreciação jurisdicional persistiu, desde que as “*questões exclusivamente políticas*” não afetassem *direitos subjetivos*, *direitos individuais* e *interesses difusos*.⁴⁴¹ Mas a concepção de *ato político* foi, aos poucos, sendo superada, pois passou-se a assumir que, em determinados casos, o *ato político* podia afetar *direitos individuais*, como nos casos de *promoção de juízes*⁴⁴² e na *intervenção federal*, o que resultava na distinção entre *atos exclusivamente políticos* – incapazes de afetar *direitos individuais* e, portanto, insuscetíveis de *controle jurisdicional* – e *atos quase políticos*, ou *não exclusivamente políticos*, – que, embora dissessem respeito a interesses superiores do Estado e da sociedade, podiam afetar *direitos individuais* e, por conseguinte, eram passíveis de submissão ao Poder Judiciário.⁴⁴³

Como dito, as Constituições subsequentes à de 1934 e à de 1937 voltaram a silenciar a respeito das *questões exclusivamente políticas*.⁴⁴⁴ Além disso, o *princípio da inafastabilidade do controle da apreciação judiciária* foi incluído na Constituição de 1946, mantendo-se, nas Constituições de 1967 e 1969, com a mesma e seguinte redação:⁴⁴⁵ “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de *direito individual*.”⁴⁴⁶ Nada obstante isso, a *jurisprudência* sempre admitiu limite à competência do Poder Judiciário em relação aos *atos exclusivamente políticos*.⁴⁴⁷

Ainda, tendo em vista especialmente o caráter impeditivo do *controle jurisdicional* que se indaga das teorias investigadas no presente estudo, alguma menção pode-

⁴⁴⁰ PIETRO, 2018, p. 933.

⁴⁴¹ Ibid., p. 78.

⁴⁴² Nesse sentido, é *ato político*, mas não *exclusivamente político*, a nomeação de um juiz por merecimento, porque aí está em jogo o *direito subjetivo* do juiz à promoção. (FAGUNDES, 1984, p. 140).

⁴⁴³ PIETRO, op. cit., p. 933-934.

⁴⁴⁴ FAGUNDES, 1984, p. 137.

⁴⁴⁵ GRINOVER, 1973, p. 137.

⁴⁴⁶ BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de Setembro de 1946)**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 2 nov. 2019. Grifo nosso.

⁴⁴⁷ GRINOVER, 1973, p. 145.

se fazer, primeiro, aos ditos *atos institucionais* e, em seguida, ao art. 173 da Constituição de 1967 e ao art. 181 da Constituição de 1969⁴⁴⁸.

Seguem alguns exemplos de dispositivos previstos nos *atos institucionais*:

ATO INSTITUCIONAL Nº 1, DE 9 DE ABRIL DE 1964. [...]. Art. 7º - Ficam suspensas, por seis (6) meses, as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade. [...] § 4º - O *controle jurisdicional desses atos limitar-se-á ao exame de formalidades extrínsecas, vedada a apreciação dos fatos que o motivaram, bem como da sua conveniência ou oportunidade*.⁴⁴⁹

ATO INSTITUCIONAL Nº 2, DE 27 DE OUTUBRO DE 1965. [...]. Art. 19 - *Ficam excluídos da apreciação judicial*: I - os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução e pelo Governo federal, com fundamento no Ato Institucional de 9 de abril de 1964, no presente Ato Institucional e nos atos complementares deste; II - as resoluções das Assembléias Legislativas e Câmara de Vereadores que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de Governadores, Deputados, Prefeitos ou Vereadores, a partir de 31 de março de 1964, até a promulgação deste Ato.⁴⁵⁰

ATO INSTITUCIONAL Nº 5, DE 13 DE DEZEMBRO DE 1968. [...]. Art. 11 - *Excluem-se de qualquer apreciação judicial* todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.⁴⁵¹

Mas tais *atos institucionais* não passavam de aberração jurídica.⁴⁵² Como diz Regis Fernandes de Oliveira, eles não se confundem nem se identificam com os “*atos de governo*”, pois estes, modo geral sempre se acharam, no Brasil, submetidos ao *controle jurisdicional* e se situam em nível *infraconstitucional*, enquanto que aqueles, os *atos institucionais*, escapavam, por disposição expressa, de qualquer *controle jurisdicional* e se encontravam ao mesmo nível da Constituição.⁴⁵³ Os *atos institucionais* decorriam do Poder Constituinte originário de que se achou investida a “Revolução de 1964”, poder superior à

⁴⁴⁸ Embora outorgada sob o mecanismo da Emenda Constitucional, tratava-se, teórica e tecnicamente, de nova Constituição. (SILVA, 2011, p. 80).

⁴⁴⁹ BRASIL. **Ato institucional nº 1, de 9 de abril de 1964**. Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm. Acesso em: 2 maio 2020. Grifo nosso.

⁴⁵⁰ BRASIL. **Ato institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965**. Mantem a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm. Acesso em: 2 maio 2020. Grifo nosso.

⁴⁵¹ BRASIL. **Ato institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968**. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Brasília: DF, Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm. Acesso em: 2 maio 2020. Grifo nosso.

⁴⁵² OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 156

⁴⁵³ Ibid., p. 156-157.

própria Constituição e aos Poderes constituídos de então.⁴⁵⁴ Como assinala Afonso da Silva, o regime dos *atos institucionais* era um estado de exceção permanente, pura Ditadura, e tudo se podia fazer por meio deles: “fechar Casas legislativas, cassar mandatos eletivos, demitir funcionários, suspender direitos políticos, aposentar e punir magistrados e militares, e outros”.⁴⁵⁵

Ainda, como dito, a própria Constituição de 1967, em seu art. 173, e a de 1969, em seu art. 181, previam a exclusão da apreciação desses atos pelo Poder Judiciário, como segue, na ordem:

Art 173 - Ficam *aprovados e excluídos de apreciação judicial* os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964, assim como: I - pelo Governo federal, com base nos Atos Institucionais nº 1, de 9 de abril de 1964; nº 2, de 27 de outubro de 1965; nº 3, de 5 de fevereiro de 1966; e nº 4, de 6 de dezembro de 1966, e nos Atos Complementares dos mesmos Atos Institucionais; II - as resoluções das Assembléias Legislativas e Câmaras de Vereadores que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de Governadores, Deputados, Prefeitos e Vereadores, fundados nos referidos Atos institucionais; III - os atos de natureza legislativa expedidos com base nos Atos Institucionais e Complementares referidos no item I; [e] IV - as correções que, até 27 de outubro de 1965, hajam incidido, em decorrência da desvalorização da moeda e elevação do custo de vida, sobre vencimentos, ajuda de custo e subsídios de componentes de qualquer dos Poderes da República.⁴⁵⁶

Art. 181. Ficam *aprovados e excluídos de apreciação judicial* os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964, assim como: I - os atos do Govêrno Federal, com base nos Atos Institucionais e nos Atos Complementares e seus efeitos, bem como todos os atos dos Ministros Militares e seus efeitos, quando no exercício temporário da Presidência da República, com base no Ato Institucional nº 12, de 31 de agosto de 1969; II - as resoluções, fundadas em Atos Institucionais, das Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de governadores, deputados, prefeitos e vereadores quando no exercício dos referidos cargos; [e] III - os atos de natureza legislativa expedidos com base nos Atos Institucionais e Complementares indicados no item I.⁴⁵⁷

A *doutrina* tratou de temperar o rigor da exclusão da apreciação jurisdicional desses “atos oriundos do Governo Revolucionário”, entendendo que ao Poder Judiciário competia dizer, nos casos concretos, sobre a extensão e aplicabilidade deles, o que foi acompanhado pela *jurisprudência* do STF.⁴⁵⁸ A *jurisprudência*, especialmente a do STF, é farta

⁴⁵⁴ GRINOVER, 1973, p. 140.

⁴⁵⁵ SILVA, 2011, p. 80-81.

⁴⁵⁶ BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 2 nov. 2019. Grifo nosso.

⁴⁵⁷ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 2 nov. 2019. Grifo nosso.

⁴⁵⁸ GRINOVER, op. cit., p. 141-142.

de casos em que se admitiu o exame judicial das “formalidades extrínsecas” de ato praticado com base em *ato institucional*.⁴⁵⁹

Por fim, a Constituição de 1988 não fez mais qualquer alusão a atos excluídos do *controle jurisdicional* e, além disso, deu ao *princípio da inafastabilidade do controle judiciário* a seguinte redação: “Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”⁴⁶⁰ Ademais, junte-se aqui, na oportunidade, o art. 84 da Constituição Federal de 1988, que estabelece as “atribuições do Presidente da República”:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

I - nomear e exonerar os Ministros de Estado;

II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;

III - iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

V - vetar projetos de lei, total ou parcialmente; [...]

VI - dispor, mediante decreto, sobre: [...] a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; [...] b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; [...]

VII - manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos;

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

IX - decretar o estado de defesa e o estado de sítio;

X - decretar e executar a intervenção federal;

XI - remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias;

XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei; [...]

XIII - exercer o comando supremo das Forças Armadas, nomear os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos; [...]

XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei;

XV - nomear, observado o disposto no art. 73, os Ministros do Tribunal de Contas da União;

⁴⁵⁹ OLIVEIRA, R., 2001, p. 2001, p. 156.

⁴⁶⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 set. 2019.

XVI - nomear os magistrados, nos casos previstos nesta Constituição, e o Advogado-Geral da União;

XVII - nomear membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII;

XVIII - convocar e presidir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional;

XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional;

XX - celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Congresso Nacional;

XXI - conferir condecorações e distinções honoríficas;

XXII - permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente;

XXIII - enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição;

XXIV - prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior;

XXV - prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei;

XXVI - editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62;

XXVII - exercer outras atribuições previstas nesta Constituição.

Parágrafo único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.⁴⁶¹

5.2 AS CONCEPÇÕES QUE A DOUTRINA ATUAL APRESENTA

A *doutrina* brasileira mais recente apresenta alguma diversidade no tratamento sobre os atos do Executivo que escapam do *controle* do Poder Judiciário. No que segue, são expostas algumas posições, que estão organizadas conforme a consideração sobre a pertinência ou existência jurídica dos atos em comento e também conforme o autor que sobre eles versa.

A) *Concepções que afirmam os atos de governo (atos políticos ou questões políticas)*

Começa-se pelas concepções que, de algum modo, sob algum fundamento, resultando em tal ou qual consequência jurídica, afirmam os *atos de governo*, *atos políticos*, ou *questões políticas*. Veja-se, pois.

A.1) *Miguel Seabra Fagundes*

⁴⁶¹ BRASIL, 1988.

Seabra Fagundes, em obra de 1984, afirma que, embora a Constituição de então não tenha repetido a fórmula das Constituições de 1934 e 1937, a vedação de o Judiciário conhecer de *questões exclusivamente políticas* persiste. É que, como explica Seabra Fagundes explica, aos Poderes Legislativo e Executivo a Constituição confere atribuições de cunho estritamente político, cuja natureza as torna incompatíveis com a interferência do Poder Judiciário. A questão *exclusivamente política* é a que resulta do *ato administrativo exclusivamente político*, sendo este o ato que escapa do *controle jurisdicional*.⁴⁶²

O conceito de tal ato é encontrado conforme a seguinte gradação: há o *ato administrativo* como gênero, o *ato político* como espécie e o *ato exclusivamente político* como subespécie. O que distingue o *ato administrativo* do *ato político* é a sua “*finalidade*” – que deve ser política, em que pese a corrente indeterminação do significado desta finalidade política – e o *ato exclusivamente político*, além de ter essa *finalidade* política, tem também como elemento distintivo o seu “*conteúdo*” (o seu alcance, o limite de sua repercussão jurídica). Assim, o *ato exclusivamente político*, que escapa de todo *controle jurisdicional*, é o ato que, além de ter uma *finalidade* política, tem um alcance, uma repercussão jurídica, um “*conteúdo*”, diferente, pois ele “há de circunscrever-se no âmbito interno do mecanismo estatal”, e, se exceder esse âmbito interno,⁴⁶³ mesmo assim, não deve alcançar *direitos individuais*. Daí que está subentendido no conceito de tal ato que ele não atinge *direitos individuais*. Faz-se essa ressalva, além do mais, porque há atos que, na “origem” – como diz o autor – seriam *exclusivamente políticos*, mas que deles decorrem medidas⁴⁶⁴ que afetam *direitos* amparados pela *ordem jurídica*, de modo que a impossibilidade do *controle jurisdicional* deve ser, então, superada.⁴⁶⁵

De qualquer modo, o Poder Judiciário, nada obstante seja conduzido a apreciar o *ato político*, nunca o aprecia de modo integral de modo a ferir “o campo da *discrição política*” que cabe ao Poder Executivo. O autor faz referência, ademais, às considerações de Rui Barbosa...⁴⁶⁶

⁴⁶² FAGUNDES, 1984, p. 137-138.

⁴⁶³ Para Seabra Fagundes, os *atos administrativos* distinguem-se, quanto à seriação: em *atos internos* – que são atos pelos quais se exerce uma fase inicial de realização do direito e que se cingem ao ordenamento interno do mecanismo estatal -; em *atos externos* – que são atos pelos quais se exerce uma fase secundária de realização do direito e cujo fim é o de determinar situações jurídicas individuais, ou concorrer para a formação delas, de modo que aí o Estado se coloca em relação imediata com o indivíduo -; e, por fim, em *atos materiais*. (FAGUNDES, 1984, p. 35-36)

⁴⁶⁴ É o que ocorre – como exemplifica o autor – na *intervenção federal*, em que, salvo exceções, o *decreto de intervenção* reveste o caráter de ser *exclusivamente político*, mas as medidas que o executam, não. O mesmo acontece em relação ao *estado de sítio*. (FAGUNDES, 1984, p. 142).

⁴⁶⁵ FAGUNDES, op. cit., p. 138-142.

⁴⁶⁶ Ibid., p. 143, grifo nosso.

Com base na Constituição de 1969, sob a qual foi publicada a obra em comento, o autor dá alguns exemplos de “*atos políticos*”, que julga serem facilmente identificáveis na Constituição. Mas adverte que outros podem existir, cuja revelação só se pode dar em casos concretos. Assim, a princípio, são *atos políticos*: a) a *convocação extraordinária do Congresso*; b) a *nomeação de comissões de inquérito pela Câmara ou pelo Senado*; as *nomeações de Ministro de Estado*; c) os *atos do Presidente da República na manutenção de relações com os Estados estrangeiros*; d) a *declaração de guerra e a celebração da paz*; e) a *permissão para que forças estrangeiras transitem ou permaneçam temporariamente no território do país*; f) o *decreto de mobilização total ou parcial das forças armadas*; g) o *decreto de declaração de estado de sítio* e f) o *decreto de intervenção nos Estados*.⁴⁶⁷

A.2) José Cretella Junior

Ante a problemática que exsurge dos atos em questão, Cretella Junior afirma, primeiro, que o “*ato de governo ou ato político é toda manifestação de vontade do Poder Público que, por sua condição toda especial, escapa à revisão do Poder Judiciário, [...] constituindo-se numa exceção à competência do juiz. Para o autor, essa categoria de atos é de existência indispensável em todos os sistemas jurídicos, “porque tais atos são dotados de sensibilidade, capaz de descer a aspectos que só o poder governamental tem meios de apurar”*. Mas reconhece que o conceito é de difícil definição.⁴⁶⁸

Assevera que, no Direito brasileiro, o *ato político* é espécie do gênero *ato administrativo*, de tal maneira que o *ato político* é “a manifestação de cunho administrativo a que não é estranho o traço jurídico-político”. Na substância, o *ato de governo* não se distingue do *ato administrativo*, pois, tal como este, visa à concretização do Direito e à aplicação da lei ao caso concreto; mas forma uma classe própria dentre as manifestações da vontade do Estado.⁴⁶⁹

Identifica que o *ato político* se aproxima do “*ato discricionário*”, pois que, tal como este, afasta-se do “*ato vinculado*”. Mas a liberdade que aquele compreende é ainda mais ampla e flexível e, por conseguinte, pode-se dizer que ela consiste numa *discricionariedade governamental*, ou *discricionariedade política*. Pode-se dizer que o *ato político*, ao contrário

⁴⁶⁷ FAGUNDES, 1984, p. 139-140.

⁴⁶⁸ CRETELLA JUNIOR, 2002, p. 117, 119, e 121.

⁴⁶⁹ Ibid., p. 122.

do *ato discricionário*, não está balizado pelo *fim*⁴⁷⁰ que persegue. Mas, mesmo assim, é difícil demarcá-lo, pois a dita *discricionariade política* supõe exatamente a ausência de fórmulas prévias, as quais, se existentes,

[...] destituiriam a ação governamental da benéfica plasticidade que lhe é inerente e que possibilita ao chefe do Executivo, sensível à conjuntura do momento, a intervenção contínua, oportuna, conveniente e rápida, adequada à imprevisibilidade do caso emergente.⁴⁷¹

Enfim, o autor indica alguns atos como exemplos típicos dos *atos de governo* – em boa parte os mesmos que se viu em Seabra Fagundes, mas Cretella Junior menciona outros -, a saber: a *concessão de indulto* e a *comutação de penas* pelo Presidente da República e o *ato de expulsão de estrangeiro*, de competência exclusiva do Presidente da República.⁴⁷²

Mas afirma que esse *ato político* ou *ato de governo* perde o matiz de *exclusivamente político*, passando a submeter-se ao *controle jurisdicional*, se a ação governamental *ameaçar* ou *lesar direitos individuais*. É que a afirmação de que os *atos exclusivamente políticos* escapam do *controle jurisdicional* tem que ser entendida em seu sentido exato: os *atos exclusivamente políticos* só são insuscetíveis de apreciação jurisdicional no que encerram de *político*, uma vez que integram a *ordem jurídica* e se submetem ao *princípio da legalidade*. Assim, não interessa a essência *política* do ato, pois, havendo lesão a *direito individual*, estando ameaçadas as “liberdades públicas”, atingindo-se *direitos subjetivos*, o Poder Judiciário deve movimentar-se, com cautela para que não interfira na questão *política*, mas com a amplitude necessária ao amparo do *direito individual*. O *direito público subjetivo* do indivíduo, dogma do *Estado de Direito*, aparece como uma barreira legal oponível ao *ato político*.⁴⁷³

Outro ponto ainda que o autor menciona é que o “elemento político” é estranho à atividade de *administrar*. Afirma que a atividade *política* cabe aos *agentes políticos*, ao Presidente da República, aos Ministros de Estado, ao legislador e ao *agente diplomático*, sendo este último, aliás, o único “funcionário” que pode ser tomado como “funcionário político”, uma vez que não age por si, mas em nome do Presidente da República..⁴⁷⁴

⁴⁷⁰ A *finalidade* é a vinculação necessária da discricionariade administrativa. É o elemento responsável pela eliminação do conceito autoritário de Governo. Esse elemento *fim* do *ato administrativo*, pressupondo que todo ato consciente supõe uma vontade que considera uma finalidade, consiste na *satisfação do interesse público*. É a condicionante máxima da *Administração Pública*. (CRETILLA JUNIOR, 2002, p. 170).

⁴⁷¹ CRETILLA JUNIOR, 2002, p. 123.

⁴⁷² Ibid., p. 125.

⁴⁷³ Ibid., p. 123-126.

⁴⁷⁴ Ibid., p. 126.

A.3) Celso Antônio Bandeira de Mello

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que há certos atos que não se encaixam bem em nenhuma das três clássicas *funções do Estado*. Atos jurídicos como o *indulto*, a *iniciativa de lei pelo Chefe do Executivo*, a *sanção* e o *veto* – com o pretexto de que sejam contrários ao *interesse público* –, a *declaração de estado de sítio*, a *declaração de estado de defesa*, a *decretação de calamidade pública*, a *declaração de guerra*, a *destituição de altas autoridades por crime de responsabilidade* e, nos regimes parlamentaristas, a *dissolução dos parlamentos* e a *convocação de eleições gerais*, todos esses atos, têm uma disciplina peculiar.⁴⁷⁵

São eles os “*atos políticos* ou *de governo*”. Esses atos: são praticados com “*margem de discricção*”, o que é dizer, em outros termos, que são “praticados de modo amplamente discricionário”; são praticados “*diretamente em obediência à Constituição*”, ou seja, são *infraconstitucionais*, e não *infralegais*; são, ainda, modo geral, *atos concretos*; e, enfim, são praticados no exercício da *função política* ou *função de governo*, e não no exercício da *função administrativa*. A respeito desta última característica, como explica Bandeira de Mello, tais atos não se afeiçoam nem à *função administrativa*, quando considerada *em sentido material* – modo geral, indicada como voltada à gestão concreta, prática, direta, imediata e rotineira dos assuntos da sociedade, pelo que se acomoda bem dentro de um quadro legal preexistente –, nem se encaixam na *função administrativa em sentido formal*, tal como definida pelo autor mesmo⁴⁷⁶. Enfim, é por isso que não interessa qualificar tais atos como *atos administrativos*.⁴⁷⁷ Eles obedecem a uma disciplina peculiar.⁴⁷⁸

Nada obstante, Celso Bandeira de Mello assume que o *ato político*, ou *de governo*, embora exista, não tem, no Brasil, a mesma relevância que a que a *doutrina europeia* lhe confere. Tais atos, aqui, são suscetíveis de *controle jurisdicional* pelo Poder Judiciário,

⁴⁷⁵ BANDEIRA DE MELLO, C., 2016, p. 36 e 396.

⁴⁷⁶ Segundo Celso Bandeira de Mello, o melhor critério para definir a *função administrativa* é o “*critério formal*”, que na sua visão, consiste no critério: “que se prende a características impregnadas pelo Direito à função tal ou qual”. Daí que a *função administrativa*, sob esse critério, é: “a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos *infralegais* ou, excepcionalmente, *infraconstitucionais*, submissos todos a *controle de legalidade* pelo Poder Judiciário”. (BANDEIRA DE MELLO, C., 2016, p. 35-36, grifo nosso)

⁴⁷⁷ Para o autor, o *ato administrativo* consiste na “*declaração do Estado*, ou de quem lhe faça as vezes [...], no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.” (BANDEIRA DE MELLO, C., 2016, p. 397)

⁴⁷⁸ BANDEIRA DE MELLO, C., op. cit., p. 36-37 e 396, grifo nosso.

porquanto entendimento contrário não se coaduna com a Constituição brasileira, especialmente com o art. 5º, XXXV.⁴⁷⁹

Além do mais, com referência a classificação de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,⁴⁸⁰ indica que os *atos de governo*, ou *atos políticos*, não se inserem na categoria dos *atos administrativos* e ficam situados como *atos da Administração*.⁴⁸¹

A.4) Maria Sylvia Zanella Di Pietro

Pietro também explora essa noção de *atos da Administração*, na qual – do mesmo modo que o autor supracitado – insere os *atos políticos*, assim por ela nomeados.

Menciona a autora que todo ato praticado no exercício da *função administrativa*, considerada num sentido amplo, é *ato da Administração*, expressão esta que tem sentido mais amplo que a expressão *ato administrativo* e que a engloba. Assim, são *atos da Administração*: os atos de direito privado, os atos materiais, os atos de conhecimento, opinião, juízo ou valor⁴⁸², os contratos, os atos normativos, os atos administrativos propriamente ditos e, finalmente, os *atos políticos*, que diferem dos demais por estarem “sujeitos a regime-jurídico constitucional”.⁴⁸³

Em suma, para a autora, ante a presente Constituição, esses *atos políticos* são suscetíveis de apreciação pelo Poder Judiciário. Afirma ela que a CF/88 proibiu a exclusão da apreciação do Judiciário qualquer *lesão* ou *ameaça a direito* (art. 5º, XXXV) – sem mencionar se *direito individual* ou *coletivo* – além de que previu outras medidas judiciais cabíveis para a defesa dos *direitos e interesses coletivos*, como o *Mandado de Segurança Coletivo* e a *Ação Civil Pública*. Entende a autora, por essas razões, que é possível o *controle jurisdicional* mesmo dos ditos *atos exclusivamente políticos*.⁴⁸⁴

A.5) Regis Fernandes de Oliveira

⁴⁷⁹ BANDEIRA DE MELLO, C., 2016, p. 396.

⁴⁸⁰ Essa noção de *atos da Administração* enfeixa qualquer ato que a *Administração* pratica, tanto os chamados *atos materiais*, como os *atos jurídicos*, que ela pratica ou enquanto Poder Público ou nas mesmas condições que qualquer particular. (BANDEIRA DE MELLO, O., 2007, p. 475).

⁴⁸¹ BANDEIRA DE MELLO, C., op. cit., p. 395.

⁴⁸² Que, por não manifestarem uma vontade, não podem produzir efeitos jurídicos. (PIETRO, 2018, p. 225).

⁴⁸³ PIETRO, 2018, p. 225-226.

⁴⁸⁴ Ibid., p. 934.

Regis Fernandes de Oliveira afirma que a caracterização dos *atos de governo*, ou *atos de políticos*, como sendo aqueles atos dotados de *ampla discricionariade* é insuficiente, pois que esse caráter pode estar presente no *ato administrativo* também.⁴⁸⁵

O autor parte de que somente podem ser considerados assim os atos praticados pelo chefe do Poder Executivo, embora possam ser delegados, e que tenham *fonte de emanção direta da Constituição*, independentemente de habilitação legislativa intermediária.⁴⁸⁶

Outra questão que o autor levanta, haja vista ter concluído que o *ato de governo* tem a mesma força que os *atos legislativos* – que a atividade governamental tem a mesma força que a atividade legislativa –, é a de como distingui-lo das *medidas provisórias* (art. 62 da CF). Daí afirma que as *medidas provisórias*, materialmente, dizem respeito à *função legislativa* e, principalmente, não se identificam com a noção de *execução da Constituição*, atribuída ao *ato de governo*. Assim, não se incluem as *medidas provisórias* na categoria dos *atos de governo*.⁴⁸⁷

No que toca ao *controle jurisdicional*, o autor afirma que, especialmente ante o art. 5º, XXXV, da CF não há manifestação do Poder Público que possa ser, no Direito brasileiro, insindicável, salvo o *mérito* dos atos, o que vale, do mesmo modo, tanto para os *atos administrativos* quanto para os *atos de governo*.⁴⁸⁸

Enfim, conclui que os *atos de governo* não têm um regime jurídico próprio. São, no fundo, espécie do *ato administrativo*. Só diferem porque estão fundados na Constituição, independentemente de intermediação legislativa. Estão diretamente subordinados à Constituição, na qual se encontram arrolados no art. 84, e não perdem o caráter de *ato de governo* se emanados pelos Ministros de Estado, nos casos, evidentemente, em que é permitida a delegação.⁴⁸⁹

Ao cabo de seu estudo, Regis Fernandes de Oliveira elabora uma definição precisa para os “*atos de governo*”, ou “*atos políticos*”. Afirma serem: “os atos expedidos pelo Presidente da República, por competência expressa fixada em texto constitucional e em execução deste, independentemente de deliberação legislativa.”⁴⁹⁰

A.6) Odete Medauar

⁴⁸⁵ OLIVEIRA, 2001, p. 138 e 142.

⁴⁸⁶ Ibid., p. 144.

⁴⁸⁷ Ibid., p. 146-148.

⁴⁸⁸ Ibid., p. 149-150.

⁴⁸⁹ Ibid., p. 158-160.

⁴⁹⁰ Ibid., p. 160, grifo nosso.

De se notar, inicialmente, que a autora critica aquele *critério da execução da Constituição*, adotado por alguns para caracterizar o *ato de governo*. Menciona, nesse sentido, que “não é estranho o *ato administrativo* executar diretamente preceito constitucional”.⁴⁹¹

Afirma que o que predomina nos *atos de governo*, ou *questões políticas*, por influência norte-americana, é que eles provêm da autoridade ou do órgão mais elevado do Poder Executivo, o que vale para a União, Estados, Municípios e regiões autônomas.⁴⁹² Afirma que quanto à autonomia, o *ato de governo* é desdobramento do gênero *ato administrativo*.⁴⁹³ E que característica essencial deles é que produzem consequências jurídicas externas, pois, via de regra, têm como *destinatários* outros Poderes do Estado, outros Estados, ou organismos internacionais.⁴⁹⁴

Ante o Direito pátrio, a autora enquadra no conceito os seguintes exemplos:

a) apresentação ou retirada de projeto de lei (art. 84, item III, da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988); b) recusa em apresentar projeto de lei (seria omissão de ato de governo); c) sanção, promulgação e publicação de leis (art. 84, item IV da Constituição Federal de 1988); d) convocação de sessão extraordinária do Congresso Nacional (art. 57, § 6º da Constituição de 1988); e) veto a projetos de lei (art. 84, item V); f) edição de medidas provisórias com força de lei (art. 84, item XXVI); g) decretação e execução de intervenção federal (art. 84, item X); h) decretação de estado de defesa e estado de sítio (art. 84, IX); i) celebração de tratados, convenções e atos internacionais (art. 84, item VIII); j) declaração de guerra no caso de agressão estrangeira (art. 84, XIX); k) decretação, total ou parcial, de mobilização nacional (art. 84, XIX); l) celebração da paz (art. 84, XX).⁴⁹⁵

Já, quanto ao *controle jurisdicional* dos *atos de governo*, a autora admite-o, muito em razão da posição da *doutrina nacional* e do *princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional* (art. 5º, XXXV, da CF/1988). A autora afirma que Rui Barbosa já ofereceu, no início do século XX, a orientação que deve prevalecer (cf. *supra*, p. 108).⁴⁹⁶

A esse respeito, ainda, afirma que a CF/88 previu instrumento, inclusive, para a “omissão de governo”, o *Mandado de Injunção*. Como Medauar explica, “inverso” da *iniciativa de lei pelo chefe do Executivo*, considerada como *ato de governo*, é a omissão em propor a lei e esta omissão pode ser sanada pelo remédio do *mandado de injunção*, previsto na Constituição.⁴⁹⁷

⁴⁹¹ MEDAUAR, 1993, p. 76.

⁴⁹² *Ibid.*, p. 81; MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 227.

⁴⁹³ *Id.*, 1993, p. 79-80; *Id.*, 2014, p. 227.

⁴⁹⁴ *Id.*, 1993, p. 81 e 85; *Id.*, 2014, p. 227.

⁴⁹⁵ *Id.*, 1993, p. 81.

⁴⁹⁶ *Id.*, 2014, p. 227-228.

⁴⁹⁷ *Id.*, 1993, p. 85.

A.7) Luiz Henrique Urquhart Cademartori

Cademartori propõe um entendimento calcado numa perspectiva *garantista*⁴⁹⁸.

Pressupondo que a *discricionariedade* deriva da “esfera do Político”, ainda que equacionada juridicamente, afirma que tanto os *atos de governo* quanto os *atos administrativos* devem poder ser amplamente apreciados pelo Poder Judiciário, não assistindo razão a qualquer subtração do *controle jurisdicional* assentada no caráter governamental ou político do ato. Defende o autor que o *controle* não será só de *legalidade*, na acepção clássica, mas terá também base nos princípios e garantias fundamentais do Estado Constitucional de Direito, sendo este aquele em que os poderes políticos se encontram delimitados por um Direito baseado em princípios constitucionais. Os parâmetros de tal *controle* se dão com base no *controle jurisdicional garantista dos atos estatais*.⁴⁹⁹

Sob tal perspectiva, há um redimensionamento de alguns conceitos clássicos, vez que sob os tradicionais *pressupostos do ato administrativo* não há abertura para um *controle jurisdicional* que leve em conta os *direitos fundamentais*, de caráter principiológico. Na sua acepção *garantista*, o autor entende que a *validade* do ato passa a estar atrelada à conformidade do ato com os *direitos fundamentais*, estes de caráter valorativo, axiológico. Desse modo, alegada a lesão a *direito fundamental*, a medida implementada pelo Poder Público, independentemente de tratar-se de *ato de governo*, terá que ser analisada pelo Poder Judiciário em todos seus aspectos, discricionários ou não.⁵⁰⁰

A.8) João Antunes dos Santos Neto

Santos Neto fala em “*atos ou decisões políticas ou de governo*”.⁵⁰¹

Diz o autor que esses atos podem ser praticados tanto pelo Poder Executivo, quanto pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo, pois não há razão para que quaisquer destes, considerados como órgãos da pessoa do Estado, não desempenhem a “*ação governamental*”, com base na qual tomam “*decisões políticas*”, sendo que esta consiste numa

⁴⁹⁸ *Garantismo*, como aponta o autor, é uma teoria que tem por objeto as *garantias*. A *garantia* é definida como sendo técnica de limitação da atuação do Estado sobre os direitos fundamentais de liberdade e técnica de implementação dos direitos sociais. (CADEMARTORI, 2007, p. 26).

⁴⁹⁹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 54-55 e 67.

⁵⁰⁰ Ibid., 147-169 e 182-183.

⁵⁰¹ SANTOS NETO, 2003, p. 147.

das *atividades* desenvolvidas pela pessoa do Estado. Assim, o Judiciário participa do *Governo*.⁵⁰²

Mas, segundo Santos Neto, as “decisões políticas ou de Governo” submetem-se à *legalidade*, considerada esta na acepção que o *Estado Democrático de Direito* lhe deu, qual seja, a de que nela está ínsita a “garantia da constitucionalidade”. Daí que é em razão desta noção de *legalidade*, bem como da necessidade de sua efetivação, que o autor entende que aqueles atos não podem ser insindicáveis. Ao contrário, eles devem submeter-se ao *controle parlamentar*, bem como ao “controle popular”, que se exerce, inclusive e especialmente, em sede de *controle jurisdicional*. Então, conclui que, ante o *Estado Democrático de Direito*, é razoável que a pessoa jurídica do Estado, a quem se imputa ações humanas, os atos do Estado, emanados de centros de competência, denominados órgãos, conformem-se à *ordem jurídica*, sob pena de *invalidação* em sede de “*revisão judicial*”, mesmo no que toca a esses atos *políticos* ou *de governo*.⁵⁰³

B) Concepções que negam os atos de governo (atos políticos ou questões políticas)

Por outro lado, há algumas posições que negam os *atos de governo*, *atos políticos*, ou *questões políticas*, senão os reduzem a um significado inexpressivo. É o que segue.

B.1) Fernando Andrade de Oliveira

Fernando Andrade de Oliveira é um desses autores que entendem que não deve existir, dentre as categorias de “atos do Estado”, os *atos políticos*.⁵⁰⁴

Afirma que “na medida em que se tenha como inadmissível a sobrevivência de atividades do poder público à margem do Direito, perdem autoridade as *doutrinas* que, na atualidade, excluem os atos governamentais de qualquer apreciação jurisdicional,” de sorte que, assim, perdem razão aqueles que defendem os *atos políticos*. No mesmo sentido, afirma que a noção de “*poder público*, de que é expressão o *poder constitucional* e em que se fundamentam os *atos políticos*”, já supõe um poder criado pelo Direito e que é exercido de acordo com o Direito, o que se opõe a qualquer arbítrio. Daí conclui que é imperativo que haja, mediante procedimentos jurisdicionais previstos na Constituição, a revisão de tais atos, ainda que isso

⁵⁰² SANTOS NETO, 2003, p. 169-171.

⁵⁰³ Ibid., p. 160-163 e 172-173.

⁵⁰⁴ OLIVEIRA, Fernando Andrade de. Conceituação do direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 120, p. 14-48, abr./jun. 1975. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41152/39905>. Acesso em: 30 ago. 2019. p. 40.

implique num exame de natureza *política*; pois é necessário que sobre eles haja um juízo contencioso de reparação (*indenização*) ou anulação (*invalidação*), a fim de que se preservem os *direitos e as garantias individuais*.⁵⁰⁵

Continuando, afirma que o estado de desenvolvimento em que o Direito Público se encontra permite a afirmação de que mesmo o “exercício da *função legislativa*” está sujeito a uma disciplina jurídico-constitucional que o limita em vários aspectos, formando um “extenso campo propício à verificação jurisdicional da *validade da lei*.” Daí que, se a *lei*, “que é um *ato político* por excelência,” está sujeita à *revisão judicial*, podendo ser considerada *inconstitucional*, em consequência do que pode ser *invalidada* e, inclusive, caso executada, ocasionar a *responsabilização do Estado*, mais razão ainda há para que nada justifique a isenção do *controle jurisdicional* de certos atos do Poder Executivo, ainda que eles consistam em *questões políticas* e emanem do exercício de poderes *conferidos diretamente pela Constituição*.⁵⁰⁶

Então, afirma que não há diferença aceitável entre os *atos de governo* e os *atos administrativos*, quando o fundamento a que se recorre a propósito dessa distinção é que, nos primeiros, há uma *execução da Constituição*, enquanto que, nos outros, há uma *execução da lei*. O que há, ao contrário, é uma aproximação da *função administrativa* à *atividade governamental*, de modo que a autoridade administrativa e a autoridade governamental, ambas, sejam, do mesmo modo, dotadas de uma esfera de competência que pode conter doses de *poder discricionário*, mas uma como a outra não atuam arbitrariamente, pois as *normas jurídicas* lhes fixam *aspectos vinculados* além de que a Constituição e as *leis* lhes adstringem à persecução do *interesse público*. Perante o Direito, os *atos de governo* e os *atos administrativos* são iguais, embora possam ser regidos por ramos diferentes do Direito... Enfim, uns como os outros, padecendo de *vícios* em quaisquer de seus *elementos*,⁵⁰⁷ devem ser retirados do mundo jurídico porque *inválidos* e o Estado, executando ato ilícito ou ato válido que importe sacrifício excepcional ao particular, deverá a este *indenizar*.⁵⁰⁸

Por fim, afirma o autor que a cláusula constitucional que prevê que *a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual*⁵⁰⁹

⁵⁰⁵ OLIVEIRA, F., 1975, p. 41, grifo nosso.

⁵⁰⁶ Ibid., p. 43-44, grifo nosso.

⁵⁰⁷ Como indica o autor: incompetência do agente, ilicitude da forma, do objeto e do motivo e incompatibilidade com o interesse público. (OLIVEIRA, F., 1975, p. 46)

⁵⁰⁸ OLIVEIRA, F., op. cit., p. 44-46.

⁵⁰⁹ Redação da Constituição de 1969.

carrega o sentido de que a *função jurisdicional* não pode ser entregue a outro órgão senão ao Poder Judiciário e de que é assegurada a “revisibilidade judicial de todos os atos do poder público,” a qual só pode ser excepcionada por expressa disposição constitucional. Isso, evidentemente não apaga a *discricionariedade* dos atos do Estado, que corresponde ao seu *mérito*; mas, enfim, não há, na Constituição, disposição que excepcione o *ato de governo* da *revisão judicial*, que a pessoa do particular pode manejar a fim de garantir seus *direitos individuais*.⁵¹⁰

B.2) Oswaldo Aranha Bandeira de Mello

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello afirma que nada justifica, após a substituição do Estado de Polícia pelo *Estado de Direito*, a oposição da figura dos *atos de governo* aos *atos administrativos*. Afirma que, se no Estado de Polícia os monarcas e seus auxiliares realizavam, a seu critério e sem limites formais, a atividade estatal, impondo à sociedade o que entendiam como sendo o bem-estar, no *Estado de Direito* toda a atividade dos governantes está subordinada à *ordem jurídica*. Daí que os *atos de governo*, classificados em apartado, como matéria fora do Direito, não passam de “resquícios do Absolutismo Monárquico, que a Revolução Francesa e a evolução, em outros países, daquele regime para a Monarquia constitucional ainda conservou.” Enfim, afirma que “os pretendidos *atos de governo*” devem ser enquadrados no Direito Constitucional, quando relativos, por exemplo, à relação entre os Poderes, e que os demais devem ser enquadrados no Direito Administrativo, pois se prestam à criação ou à afirmação de utilidade pública.⁵¹¹

Em outra passagem, afirma que nada justifica, no *Estado de Direito*, a figura dos *atos de governo* em oposição aos *atos administrativos*. O ato que diga respeito:

[...] à manifestação da vontade individual, concreta, pessoal, do Estado, enquanto Poder Público, na consecução de seu fim, de criação e realização de utilidade pública, de modo direto e imediato, para produzir efeitos de direito, constituem *atos administrativos*.⁵¹²

Enfim, afirma que, no *Estado de Direito*, é inadmissível a existência de atos que, quando violem *direitos* de terceiros ou a estes causem danos, sejam insuscetíveis de *controle judicial*. Daí conclui: o Estado pratica *atos jurídicos* “que imprimem a direção superior de sua vida política, que formam e manifestam originariamente sua vontade” e que procedem dos

⁵¹⁰ OLIVEIRA, F., 1975, p. 47-48.

⁵¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 63.

⁵¹² Ibid., p. 480.

órgãos aos quais tais atribuições cabem; mas, ao lado de tais atos, há outros, mais subalternos, que os desenvolvem e os completam, os quais, nada obstante, tal como os primeiros, são *atos administrativos*, sem distinção a se fazer.⁵¹³

B.3) Hely Lopes Meirelles

Com certa confusão, a *doutrina* de Hely Lopes Meirelles parece também negar esses atos. É o que segue.

Hely Lopes Meirelles, primeiro, inclui os *atos políticos*, ao lado dos *atos legislativos* e dos *atos interna corporis*, dentro de uma categoria que nomeia “atos sujeitos a controle especial” pelo Poder Judiciário. Assim o faz, explicando que o Judiciário os aprecia, mas com algumas restrições. Daí afirma que, em relação, especificamente, aos *atos políticos*, tal restrição está referida aos *motivos*⁵¹⁴ do ato.⁵¹⁵

Mas, logo em seguida, afirma que “[...] não há uma categoria de *atos políticos*, como entidade ontológica autônoma na escala dos atos estatais, nem há um órgão ou Poder que os pratique com privatividade.” O que ocorre – arremata – é que todos os Poderes do Estado são autorizados, constitucionalmente, a praticar, em determinadas circunstâncias, determinados atos sob fundamento *político*. Nesse sentido pode-se citar, dentre outros: o *veto*, pelo Executivo; a *rejeição de veto*, a *aprovação de contas* e a *cassação de mandato*, pelo Legislativo; e a *propositura de criação de tribunais inferiores e a escolha de advogado e de membro do Ministério Público para compor o quinto constitucional*, pelo Judiciário. Então, conclui que, são as conveniências do Estado que conduzem à prática de tais atos e que são elas que lhes conferem o caráter *político*, que os torna insuscetíveis de *controle judicial* somente quanto aos *motivos*.⁵¹⁶

Em seguida, reforça que, ante à Constituição, e especialmente seu art. 5º, XXXV, todo ato do Poder Público será submetido à Justiça quando arguida a sua *inconstitucionalidade* ou a lesividade do *direito subjetivo* de alguém. Afirma que a simples alegação de que se trata de *ato político* não basta para tolher o *controle judicial*, uma vez que é necessário que a Justiça analise o ato para identificar-lhe a natureza e as consequências dele sobre o *direito individual* do postulante... Enfim, deduz algumas considerações de Rui Barbosa (cf. *supra*, p. 108) e

⁵¹³ BANDEIRA DE MELLO, O., 2007, p. 480-481.

⁵¹⁴ Conforme o autor, *motivo* “é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo.” (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2018, p. 182)

⁵¹⁵ MEIRELLES; BURLE FILHO, 2018, p. 884.

⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 884-885, grifo nosso.

reforça que só a invocação da natureza *política* do ato não basta para subtraí-lo da apreciação judiciária. Para que seja possível essa subtração, é necessário que o ato, que tenha fundamento *político*, não exceda dos limites discricionários demarcados ao órgão ou autoridade que o praticou.⁵¹⁷

5.3 A JURISPRUDÊNCIA DO STF

Apresentadas algumas posições *doutrinárias*, veja-se agora o que a *jurisprudência* do STF dispõe sobre os *atos de governo*, *atos políticos*, ou *questões políticas*.

Bem, primeiro, cabe mencionar, que, no STF, a matéria chegou pela primeira vez em 1892, no julgamento do HC 300, impetrado por Rui Barbosa. Na petição inicial, Rui Barbosa defendeu, amparado na doutrina norte-americana das *political questions*, que:⁵¹⁸

Os casos, que, se por um lado tocam a interesses *políticos*, por outro envolvem *direitos individuais*, não podem ser defesos à intervenção dos tribunais, amparo da *liberdade pessoal* contra as invasões do executivo. [...]. Onde quer que haja um *direito individual* violado, há de haver um *recurso judicial* para a debelação da injustiça.⁵¹⁹

Naquela oportunidade, o STF indeferiu o HC, entendendo que não caberia ao tribunal envolver-se em *questões políticas* do Poder Executivo ou do Legislativo. Mas em decisões posteriores, HC 1.063 e 1.073, ambos de 1898, o tribunal já passou a firmar que a doutrina das *questões políticas* não poderia preterir as *liberdades individuais*.⁵²⁰

Como diz Gilmar Mendes, o STF, “alterando-se em momentos de maior ou menor *ativismo judicial*,” tem, modo geral, exercido o *controle jurisdicional* sobre as *questões políticas*. Durante a Primeira República (1889-1930), o tribunal interveio em casos como *decretação de estado de sítio*, *intervenção federal*, *verificação de poderes*, *impeachment*, etc. e, mais recentemente, com postura mais ativa, interveio em casos relativos a *rejeição de veto a projeto de lei*, a *convocação extraordinária do Congresso Nacional* e a *deliberações da Câmara dos Deputados*.⁵²¹

Seabra Fagundes levanta que, mesmo em decisões pretéritas, de 1890 e 1914, o STF pronunciou-se admitindo o conhecimento *questões políticas* do Executivo ou do

⁵¹⁷ MEIRELLES; BURLE FILHO, 2018, p. 885-886.

⁵¹⁸ MENDES, 2012, p. 232.

⁵¹⁹ BARBOSA, 1982 apud MENDES, op. cit., p. 232-233, grifo nosso.

⁵²⁰ MENDES, op. cit., p. 233.

⁵²¹ Ibid., p. 234, grifo nosso.

Legislativo, sob a fórmula de que elas podiam ser apreciadas desde que violassem a Constituição, caso em que não eram *exclusivamente políticas*, ou sempre que era necessário para garantir a *liberdade individual* e o os *direitos individuais*. Em contrapartida, em 1902, o STF reconheceu ser insuscetível de apreciação pelo Judiciário o *reconhecimento da legitimidade dos mandatos políticos* e o *poder de regular e fazer polícia dos edifícios legislativos*.⁵²²

Conforme Gilmar Mendes, é nos últimos tempos que o STF tem atuado ativamente no *controle* das “*questões políticas*” quando percebe violação à Constituição. Sob o fundamento de evitar violação aos *direitos fundamentais*, exerce o *controle jurisdicional* sobre atos das *Comissões Parlamentares de Inquérito* (MS 23.452/RJ, 2000) e sobre atos da *Comissão de Ética e Decoro Parlamentar*, em processo disciplinar e de cassação parlamentar (MS 25.647/DF, 2005). Já, sob o fundamento de que há “excesso de poder por parte do Executivo”, aprecia os *pressupostos de relevância e urgência para a edição de Medidas Provisórias*. Ainda, mas com mais discricção, faz o *controle jurisdicional* sobre os desvios que podem ocorrer quando da *concessão de anistia*, do art. 48, VIII, da CF, que é concedida mediante *lei* (ADI 1.231/DF, 2006).⁵²³

Vinga, atualmente, no STF, conforme José Elaeres Marques Teixeira o seguinte: a regra agora é o *controle judicial* das *questões políticas* e a exceção é o exercício da *autocontenção* pelo tribunal. Razão pela qual se fala, de um lado, em “*juridização da política*” e, de outro, em maior eficácia do *princípio da supremacia da Constituição*. O referido autor conclui que há, atualmente, uma tendência do afastamento da tese das *questões políticas*, em benefício de uma evolução do *controle jurisdicional* praticado pela Corte, o que se nota especialmente em apreciações relativas a *processo de impeachment do Presidente da República* e a *processo punitivo-parlamentar*, sobretudo em nome da defesa dos *direitos individuais*.⁵²⁴

Esses quaisquer casos mencionados pela *doutrina* não consistem numa autonomização dos atos do Executivo, ou do Presidente da República, haja vista a doutrina das *questões políticas* englobar, modo geral, tanto os atos do Executivo como os do Legislativo. Veja-se, no que segue, a síntese de algumas decisões do STF em que a contestação, a controvérsia, incide sobre um ato do Poder Executivo, do chefe de Estado, ou do Presidente da

⁵²² FAGUNDES, 1984, p. 143.

⁵²³ MENDES, 2012, p. 235-236, grifo nosso.

⁵²⁴ TEIXEIRA, José Elaeres Marques. **A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal STF**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004. p. 149-208 e 209-219.

República, enfim, de modo que a questão da exclusão do *controle jurisdicional* se aproxime mais daquela suscitada a propósito dos *atos de governo* do Direito francês.

A) Omissão do Presidente da República em decretar intervenção federal no Estado do Acre – Mandado de Segurança 21.041/Rondônia, 1991

O Mandado de Segurança em questão foi impetrado pelo Governo do Estado de Rondônia em face do Governador do Estado do Acre, do Ministro da Justiça e do Presidente da República, tendo por objeto, dentre outros, compelir o Presidente da República a decretar, com base no art. 34, II, da CF, a *intervenção federal* no Estado do Acre, em razão de este estar ocupando parte do território do Estado de Rondônia na área denominada Ponta do Abunã.⁵²⁵

A solução da contenda, no que aqui interessa, deu-se, com o acolhimento do voto do Min. Relator Celso de Mello, tendo o Ministro *conhecido* do MS, no que toca aos comportamentos atribuídos ao Presidente da República, e denegado a segurança, a propósito do que, manifestou:

Entendo não assistir, neste ponto, qualquer razão jurídica ao impetrante, que busca, na realidade [...] constranger o Presidente da República a exercer uma prerrogativa que, no caso, situa-se, plenamente, nos domínios de sua *vontade política e discricionária*. [...] [...] Nas hipóteses, como a presente, de atuação *discricionária* do Presidente da República, não pode ele ser constrangido, nem mesmo por esta Corte, a decretar a *intervenção federal*, pois é ele – e não o Poder Judiciário – o juiz das circunstâncias, da *oportunidade e da conveniência* da efetivação dessa radical *medida político-administrativa*.⁵²⁶

Os demais Ministros que proferiram votos seguiram o entendimento do Relator. O Min. Marco Aurélio, afirmou: “em relação ao ato omissivo do Presidente da República, que seria a ausência de decretação da intervenção, tenho-o, também, como *ato discricionário*.” O Min. Paulo Brossard pontuou que “não se obriga o Presidente da República a decretar a *intervenção federal* [...]. O Juiz, no caso, é o Presidente da República. É desses casos em que a participação dos outros poderes inexistente, a sua decisão é incondicionada.”⁵²⁷

Por fim, o dispositivo do Acórdão, constante da ementa, sacou do voto do Min. Celso de Mello o seguinte trecho:

A invasão territorial de um Estado por outro constitui um dos pressupostos de admissibilidade da *intervenção federal*. O Presidente da República, nesse particular

⁵²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 21.041/RO**. Impetrante: Governado do Estado de Rondônia. Autoridades coatoras: Governador do Estado do Acre, Ministro da Justiça e Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello, 12 de junho de 1991. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85407>. Acesso em: 22 out. 2019. p. 1-3 [do relatório e voto do Min. Celso de Mello].

⁵²⁶ Ibid., p. 7 e 15 [do relatório e voto do Min. Celso de Mello], grifo nosso.

⁵²⁷ Ibid., p. 1 [do voto do Ministro Marco Aurélio] e p. 2 [do voto do Ministro Paulo Brossard], grifo nosso.

contexto, ao lançar mão da extraordinária prerrogativa que lhe defere a ordem constitucional, age mediante estrita avaliação *discricionária* da situação que se lhe apresenta, que se submete ao *seu exclusivo juízo político*, e que se revela, por isso mesmo, *insuscetível de subordinação à vontade do Poder Judiciário*, ou de qualquer outra instituição estatal. [...]. Inexistindo, desse modo, direito do Estado impetrante à decretação, pelo Chefe do Poder Executivo da União, de *intervenção federal*, não se pode inferir, da abstenção presidencial quanto à concretização dessa medida, qualquer situação de lesão jurídica passível de correção pela via do mandado de segurança.⁵²⁸

B) Extradução (de Cesare Battisti) – Extradução 1.085/República Italiana, 2009

Este caso trata de pedido de extradição do nacional italiano Cesare Battisti. O pedido foi feito pelo Governo da Itália, sob fundamento de tratado firmado com o Brasil e das condenações criminais definitivas do extraditando.⁵²⁹

O pedido de extradição foi deferido. Mas, o que aqui interessa é a questão acerca da obrigatoriedade ou não de o Presidente da República efetivar a *extradição* após o pedido de extradição ser deferido pelo STF. O STF decidiu isso pela asserção de que a decisão dada pela Corte ao pedido de extradição não vincula o Presidente da República. É o que consta do dispositivo do Acórdão, como segue: “[...] a decisão de deferimento da extradição não vincula o Presidente da República, nos termos dos votos dos proferidos pelos Senhores Ministros Carmen Lúcia, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Marco Aurélio e Eros Grau.”⁵³⁰

A respeito deste capítulo do Acórdão, os votos vencidos dispuseram, modo geral, que, uma vez deferido o pedido de extradição, o Presidente da República seria obrigado a efetivar a entrega do extraditando, de sorte que não lhe restaria *discricionariiedade*. Nesse sentido, por exemplo, o Min. Cezar Peluso invocou a existência de tratado de extradição entre o Brasil e a Itália e o então Estatuto do Estrangeiro, enquanto que o Min. Lewandowski invocou o tratado firmado com a Itália, a Convenção de Viena, e a suprallegalidade dos tratados que versam sobre *direitos fundamentais*...⁵³¹

Dentre votos e considerações dos Ministros que venceram na questão, pode-se colher algumas considerações. Por exemplo, o Min. Joaquim Barbosa manifestou que:

[...] O sistema brasileiro de extradição é extremamente protetor. Protege porque não permite a extradição sem o aval do Poder Judiciário.

⁵²⁸ BRASIL, 1991, p. 1 [da Ementa] e p. 17 [do relatório e voto do Min. Celso de Mello], grifo nosso.

⁵²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradução 1085/República Italiana**. Requerente: Governo da Itália. Extraditando: Cesare Battisti. Relator: Min. Cezar Peluso, 16 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610034>. Acesso em: 16 abr. 2019. p. 8.

⁵³⁰ Ibid., p. 4.

⁵³¹ Ibid., p. 163-172, 260-262.

[...].

A intervenção do Judiciário se dá para fins de *controle da legalidade* de todo o procedimento. Ou seja, a Constituição e a lei de regência da extradição conferem ao Supremo Tribunal Federal a missão de promover um escrutínio jurídico do pedido formulado pelo Estado estrangeiro à luz das normas de *direitos fundamentais* vigentes entre nós.

[...].

Há que se ter em mente, por outro lado, o fato de que, embora a Constituição disponha no seu art. 102, inciso I, letra g que cabe ao Supremo Tribunal Federal “julgar” a extradição, esta Corte não detém a palavra final na matéria. A extradição, como todos sabemos, inscreve-se no rol de atos e procedimentos que formam as relações internacionais de um dado país. *Matéria, portanto, indiscutivelmente da alçada do Poder Executivo*. Não é o Supremo Tribunal Federal quem concede a extradição, mas sim o Presidente da República, *a quem cabe a palavra final em matéria de relações internacionais*. Como já dito, limita-se esta Corte a examinar alguns aspectos atinentes à legalidade do pedido formulado pelo Estado estrangeiro. Já a *decisão política* de entregar ou não o estrangeiro situa-se [no] âmbito decisório *exclusivo e discricionário* do Chefe de Estado.

[...].

[...] O Presidente da República não pode proceder à extradição de uma pessoa sem chancela jurídica desta Corte. Mas o Chefe de Estado pode, não obstante a decisão favorável deste Tribunal, simplesmente decidir não extraditar o estrangeiro procurado por outro país.⁵³²

No mesmo sentido, o Min. Eros Grau afirmou que:

O que obriga o Presidente da República é o Tratado de Extradição celebrado entre o Brasil e a Itália [...]. [...] Mesmo que o tribunal consinta na extradição – por ser regular o pedido – a obrigação, do Executivo, de efetivá-la, só existe nos limites do direito convencional.

E, neste caso, a mim parece que o Presidente da República pode perfeitamente, sem desafiar a decisão do Supremo Tribunal, decidir no sentido do que dispõe o art. 3º do Tratado, recusando a extradição. Depende única e exclusivamente do Presidente da República.⁵³³

Por sua vez, o Min. Carlos Brito fez considerações acerca do modelo Belga de extradição, modelo adotado pelo Brasil, e acerca do tratado, cuja existência afetava no caso.

Sobre esses pontos disse o Ministro que:

O processo extradicional começa e termina no Poder Executivo. O Judiciário comparece como rito de passagem necessário, mas um rito de passagem. O Judiciário faz um exame delibatório, um exame de *legalidade extrínseca*, não meritório, não entra no *mérito* da questão, na justiça ou na injustiça da decisão ou da abertura do processo no país de origem, conforme a situação. E, porque o exame é meramente delibatório, *não pode obrigar* o Presidente da República a extraditar ou não. A lógica do sistema estaria nisso. Ora, se o exame é meramente delibatório, não meritório, se é de *legalidade meramente extrínseca*, como obrigar o Presidente da República a extraditar o requerido para o País de origem, se o próprio Poder Judiciário se limitou a um exame apenas prefacial? Se não há um julgamento de *mérito*, como obrigar o Presidente da República a extraditar o cidadão requerido?

⁵³² BRASIL, 2009, p. 221-225, grifo nosso.

⁵³³ Ibid., p. 539.

[...] O Judiciário, assim, como não desrespeita a soberania do País estrangeiro, não pode desrespeitar a *soberania do Presidente da República*, que é Chefe de Estado e representante privativo, protagonista privativo das relações internacionais do Brasil.

[...].

Só se justifica a presença do Poder Judiciário para assegurar *direitos humanos* mínimos ao extraditando [...].

[...].

[...] o próprio Tratado se rende ao *caráter político da extradição*. A extradição tem um caráter jurídico: a proteção dos *direitos humanos*. E tem um caráter político: afirmação da soberania dos Estados. [...] o Tratado se rende ao caráter político, eminentemente político do Direito Internacional quanto à extradição, ao dizer: a extradição não será concedida [...] se a parte requerida, a parte requerida não é o Supremo, é o Estado, tiver razões ponderáveis. Olha que subjetividade, isso está no campo político [...]. [...] Então, o próprio Tratado está reconhecendo o caráter eminentemente político da extradição, que se inscreve num quadro de soberania dos Estados.

[...].

[...] A última palavra é do Presidente da República.

[...].

Mas vou além: Se o Presidente da República quiser, por exemplo, denunciar o tratado, se o Presidente da República quiser descumprir o tratado, não nos cabe policiar ou condenar o Presidente da República ou receber reclamações de que nossa decisão foi descumprida. Não! O Presidente da República vai responder pelo descumprimento do tratado perante a comunidade internacional e, no limite, perante o próprio Poder Legislativo. Isso é uma matéria *política* aberta à atuação dos *órgãos políticos* do país: O Legislativo e o Executivo. Não há espaço de atuação para o Poder Judiciário uma vez autorizada – como fizemos aqui – a extradição. Não estamos determinando a extradição; estamos *autorizando* o Presidente da República.⁵³⁴

Ainda, cabe mencionar que a discussão sobre o caráter *político* e insindicável do Poder Executivo, no processo de extradição, também apareceu a respeito do ato – praticado pelo Ministro da Justiça – de concessão de condição de refugiado ao extraditando; mas a tese não prosperou. Pode-se, de todo modo, citar a posição defendida pelo Min. Marco Aurélio, que menciona a expressão *ato político*. Veja-se:

O *ato de refúgio* se coloca dentro do grande âmbito que pode ser rotulado como política institucional internacional, e esta incumbe, como previsto na Carta Federal, ao Presidente da República, ao Chefe do Poder Executivo, ao dignitário da Nação, ao Chefe de Governo. A atividade do Ministro de Estado se faz considerada a qualificação de auxiliar do Presidente da República.

É um *ato político* – político, Presidente, não no sentido da politicagem, mas político no bom sentido – que não é passível de ser perquirido na extensão dos demais atos, presente o conceito de *direito subjetivo*. É um ato que pode sim ser objeto [...] de análise, *mas no campo da exceção*.

[...].

Presidente, reafirmo: Não cabe questionar na profundidade maior, na plenitude maior, o *ato político* – não vou falar em ato discricionário – do Ministro de Estado da Justiça. O que nos cumpre – presente a Constituição, presente a impossibilidade de dizer-se que certos atos estão ao abrigo de não se ter submissão à jurisdição – é saber

⁵³⁴ BRASIL, 2009, p. 548-549, 552-553, 559, 561 e 609-610, grifo nosso.

se esse ato, tal como lançado, consubstancia, ou não, *desvio de finalidade*. A resposta, para mim, com pureza d'alma, Presidente, é negativa.⁵³⁵

C) Nomeações de Ministro de Estado

Dado, especialmente, que o Brasil conviveu, nos últimos anos, com noticiados episódios de impedimento de nomeações de Ministro de Estado, explora-se aqui o assunto. Como já se viu, o *ato de nomeação de Ministro de Estado* constitui, para muitos, *ato de governo*, ou *ato político*, ou *questão política*, enfim. Veja-se no que segue.

C.1) Nomeação de Ministro de Estado (Lula) – Medida Cautelar no Mandado de Segurança 34.070/DF, 2016

Neste caso, foram impetrados Mandados de Segurança contra ato, datado em 16 de março de 2016, da então Presidente da República, de nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de chefe da Casa Civil, cargo com *status* de Ministro de Estado. Argumentou-se que o ato fora praticado com *desvio de finalidade*, com a finalidade não pública de conferir ao nomeado ao referido cargo a prerrogativa de foro no Supremo Tribunal Federal, o que o impediria o curso de investigações, e que a nomeação atentara contra o livre exercício do Poder Judiciário, a probidade da administração e o cumprimento das decisões judiciais do juízo da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba. Requereu-se medida liminar para sustar os efeitos da nomeação e pediu-se provimento para que se desconstituísse o ato de nomeação e se mantivesse a competência da vara de Curitiba.⁵³⁶

O Min. Relator Gilmar Mendes, a propósito de *conhecer* do Mandado de Segurança, fundamentou em que:

Esse tipo de ação é um mecanismo de defesa institucional, uma salvaguarda das prerrogativas das minorias parlamentares contra abusos cometidos pela maioria.

Aqui pode ser construída solução paralela. É bem verdade que não se está cuidando de processo legislativo, mas de *ato administrativo de efeitos concretos do Poder Executivo*.

Mas, pela inexistência de lesão imediata a *direitos individuais*, a oposição não dispõe de ação que possa atacar imediatamente o ato alegadamente contrário ao direito.

Existe a possibilidade de tutela via ação popular, mas essa via não é aberta aos partidos políticos. Além disso, o mandado de segurança é uma ação que, ao menos em regra, tutela interesses também passíveis de salvaguarda em vias ordinárias.

⁵³⁵ BRASIL, 2009, p. 308-309 e 315-316, grifo nosso.

⁵³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar no Mandado de Segurança 34.070/DF**. Impetrante: Partido Popular Socialista. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Gilmar Mendes, 28 de março de 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308995627&ext=.pdf>. Acesso em: 21 out. 2019. p. 1-3.

A oposição tem claro interesse em levar ao judiciário atos administrativos de efeitos concretos lesivos a direitos difusos.

E nosso sistema consagra a tutela de violações a direitos difusos como um valor a ser buscado, na perspectiva do acesso à jurisdição.

No presente caso, estão em apreciação vários mandados de segurança em caráter coletivo impetrados por partidos políticos com representação no Congresso Nacional, não integrantes da base aliada, contra ato da Presidente da República.

Logo, trata-se de uma via de defesa da ordem institucional que pode ser validamente desenvolvida e aceita.

Feitas essas considerações, tenho por cabíveis as ações de mandado de segurança.⁵³⁷

Em seguida, ao analisar a concessão da liminar, o Min. Gilmar Mendes dispôs que:

[...] A Presidente da República praticou conduta que, *a priori*, estaria em conformidade com a atribuição que lhe confere o art. 84, inciso I, da Constituição – nomear Ministros de Estado. Mas, ao fazê-lo, produziu resultado concreto de todo incompatível com a ordem constitucional em vigor: conferir ao investigado foro no Supremo Tribunal Federal.

[...] O argumento do desvio de finalidade é perfeitamente aplicável para demonstrar a nulidade da nomeação de pessoa criminalmente implicada, quando prepondera a finalidade de conferir-lhe foro privilegiado.

No caso concreto, a alegação é de que o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva teria sido empossado justamente para deslocar o foro para o STF e salvaguardar contra eventual ação penal sem a autorização parlamentar prevista no art. 51, I, da CF.

Havia investigações em andamento, que ficariam paralisadas pela mudança de foro, uma delas que ensejou medidas de busca e apreensão contra Luiz Inácio Lula da Silva – Operação Aletheia, desdobramento da Lava Jato. Havia uma denúncia pendente de apreciação, acompanhada de um pedido de decretação de prisão preventiva – caso Bancoop.

É muito claro o tumulto causado ao progresso das investigações, pela mudança de foro. E “autoevidente” que o deslocamento da competência é forma de obstrução ao progresso das medidas judiciais.

Logo, só por esses dados objetivos, seria possível concluir que a posse em cargo público, nas narradas circunstâncias, poderia configurar fraude à Constituição.⁵³⁸

Assim, deferiu-se a liminar para suspender a eficácia da nomeação de Lula para o Cargo de Ministro Chefe da Casa Civil e determinou-se a manutenção da competência da justiça em primeira instância para, em desfavor dele, dar-se continuidade aos procedimentos criminais.⁵³⁹

C.2) Nomeação de Ministro de Estado (Moreira Franco) - MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA 34.609/DF, 2017

⁵³⁷ BRASIL, 2016, p. 13-14, grifo nosso.

⁵³⁸ Ibid., p. 19-20, grifo nosso.

⁵³⁹ Ibid., p. 34.

Neste caso, foi impetrado Mandado de Segurança, com pedido liminar, no início do ano de 2017, contra o *decreto presidencial de nomeação* de Wellington Moreira Franco para o cargo de *Ministro de Estado Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República*. Sustentou-se que o referido ato era *inválido*, porque fora praticado com *desvio de finalidade*, uma vez que tivera o escopo de conferir a Moreira Franco prerrogativa de foro no STF, com o que se evitaria o regular andamento das investigações em seu desfavor em sede da operação Lava Jato e também sua eventual prisão. O Presidente da República prestou informações, pelo que se manifestou pelo *não conhecimento* do MS e pela denegação da segurança, sob o fundamento da *validade* do ato.⁵⁴⁰

O Min. Relator Celso de Mello sintetizou a controvérsia assim:

A controvérsia suscitada na presente causa mandamental cinge-se a uma questão específica que pode ser resumida na seguinte indagação: a nomeação de alguém para o cargo de Ministro de Estado, mesmo preenchidos os requisitos previstos no art. 87 da Constituição da República, configuraria hipótese de *desvio de finalidade* pelo fato de importar – segundo sustenta o impetrante – em obstrução aos atos de investigação criminal supostamente provocada em razão de o Ministro de Estado dispor de prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal?⁵⁴¹

Embora questionando a possibilidade de se tutelar *direitos difusos* em sede de MSC, o Ministro passou ao exame do pedido de medida liminar. Desta feita, embora admitindo que o *desvio de finalidade* possa conduzir à *invalidade* do ato em questão – que, ademais, considera, claramente, um *ato administrativo* – indeferiu, então, o pedido de medida liminar, entendendo que a *nomeação de alguém a cargo de Ministro de Estado* não configura, por si só, *desvio de finalidade*, pois o Ministro de Estado ainda pode sofrer medidas de persecução penal, ser investigado, ser processado e não recebe, em razão do cargo e a pretexto de ser investigado, benefícios ou vantagens que outro cidadão não receberia.⁵⁴²

C.3) Nomeação de Ministro de Estado (Cristiane Brasil) – Suspensão de Liminar de Sentença 2.340/RJ, 2018 (STJ) e Reclamação 29.508/RJ, 2018 (STF)

Caso semelhante é este, que se desdobrou de uma liminar concedida por uma Vara da Justiça Federal do Rio de Janeiro, numa Ação Popular em que se pediu a *invalidação*

⁵⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.609/DF**. Impetrante: Rede Sustentabilidade – Diretório Nacional. Impetrado: Presidente da República, Ministro de Estado Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República. Litisconsorte passivo: Wellington Moreira Franco. Relator: Min. Celso de Mello, 14 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311226749&ext=.pdf>. Acesso em: 21 out. 2019. p. 1-3. Grifo nosso.

⁵⁴¹ Ibid., p. 4, grifo nosso.

⁵⁴² Ibid., p. 9-25.

do ato do Presidente da República de nomeação da então Deputada Cristiane Brasil Francisco para o cargo de Ministra do Estado do Trabalho e também a suspensão da posse dela no cargo. A liminar, após ser, por várias vias, atacada no Tribunal Regional Federal, foi, por este, confirmada. Em seguida a União ajuizou pedido de suspensão dessa liminar perante o STJ.⁵⁴³

No que interessa aqui, O Min. Relator Humberto Martins, ao analisar o pedido de suspensão, sintetizou a controvérsia, a propósito do *fumus boni iuris*, pelo seguinte: “[...] no caso dos autos o que se discute é se a nomeação de alguém que já sofreu uma condenação em ação trabalhista para o Ministério do Trabalho configura lesão à moralidade administrativa.” A isso respondeu: “ocorre que em nosso ordenamento inexistente norma que vede a nomeação de qualquer cidadão para exercer o cargo de Ministro do Trabalho em razão de ter sofrido condenação trabalhista.” Em seguida, a propósito de verificar o *periculum in mora*, o Min. afirmou: “[...] a questão relativa à nomeação de alguém que já foi condenado a efetuar pagamento de débitos trabalhistas, é matéria afeta à análise de oportunidade e conveniência, cujo juízo de valor cabe exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo [...]”. Com isso, deferiu liminarmente o pedido para suspender os efeitos da liminar que fora concedida pela Vara da Justiça Federal, e confirmada na segunda instância, de sorte que, então, determinou o retorno da eficácia do decreto que nomeou Cristiane Brasil para o cargo de Ministro do Trabalho.⁵⁴⁴

Contudo, o ato de posse de Cristiane Brasil no cargo de Ministra de Estado do Trabalho veio novamente a ser suspenso. É que, em suma e no que aqui interessa, foi ajuizada, no STF, contra a supracitada decisão do Min. Humberto Martins, uma Reclamação, cuja liminar foi deferida, e que, na sequência, essa Reclamação mesma foi julgada procedente, pelo Min. Presidente do STF, sob o fundamento de que a decisão do STJ, na referida medida de contracautela que lhe fora apresentada (SLS 2.340), configurou usurpação da competência do STF, pois que tal medida – em razão de incidir sobre decisão judicial que interfere, sob fundamento da moralidade administrativa, na competência do Presidente da República de nomear Ministro de Estado – diz respeito a matéria constitucional, que escapa do STJ. Assim, o STF cassou aquela decisão do STJ e, por consequência, a posse voltou a ficar suspensa.⁵⁴⁵

⁵⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Suspensão de liminar e de sentença 2.340/RJ**. Requerente: União. Requerido: Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Interessado: João Gilberto Araújo Pontes e outros. Relator: Min. Humberto Martins, 20 de janeiro de 2018a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=79830451&tipo_documento=documento&num_registro=201800107716&data=20180202&formato=PDF. Acesso em: 7 de maio de 2020. p. 1-2.

⁵⁴⁴ Ibid., p. 8-12.

⁵⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 29.508/DF**. Reclamante: João Gilberto Araújo Pontes e outros. Reclamado: Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Interessados: Michel Miguel Elias Temer

C.4) Nomeação de Ministro de Estado (Paulo Guedes e Onyx Lorenzoni) – Petição 8.104/SP, 2019 e Agravo Regimental na Petição 8.104/SP, 2019

Por fim, veja-se este caso em que, novamente, a nomeação para cargo de Ministro de Estado foi questionada.

Aqui, o autor da ação requereu a *invalidação* da nomeação de Paulo Roberto Nunes Guedes e Onyx Dornelles Lorenzoni para o Gabinete de Transição da Presidência da República, sob fundamento de que os nomeados estavam sendo investigados criminalmente e que o ato fora praticado com *desvio de finalidade*, pois teria o escopo de conferir-lhes foro privilegiado. *Conhecida* a ação, o Min. Relator decidiu o mérito assinalando: a) que a pretensão autoral representa violação ao princípio da presunção da inocência; b) que “a natureza do ato que nomeia e exonera agente público para cargo em comissão é essencialmente *discricionária*, [...]” conforme a *jurisprudência* da Corte [...]; c) que “[...] a magnitude política do cargo de Ministro de Estado atrai um regime de liberdade ainda mais amplo que o aplicável aos cargos em comissão de hierarquia inferior;” e d) que foi bem em razão disso que o STF, ao decidir pela proibição do nepotismo, excluiu do âmbito de tal vedação os cargos públicos de natureza *política*, dentre os quais o de Ministro de Estado, conforme pacífica *jurisprudência* da Corte. Assim, julgou improcedente os pedidos formulados na ação. O dispositivo ementado, no que aqui interessa ficou assim:

2. O princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CRFB) assegura o direito à posse em cargo público ainda que o empossado seja alvo de investigação criminal.
3. O art. 37, II, da Constituição estabelece ampla *discricionabilidade administrativa* quanto ao provimento e a exoneração de cargos em comissão.
4. A *jurisprudência* pacífica desta Corte entende que os cargos de Ministro de Estado e congêneres possuem amplíssima liberdade de nomeação, mercê de configurarem verdadeiros cargos *políticos*. Precedentes.⁵⁴⁶

Interposto agravo interno contra a decisão, o agravante, em suas razões, defendeu que a *jurisprudência* da Corte acerca da *discricionabilidade* da nomeação de Ministro de Estado teria sido superada com a decisão de Gilmar Mendes no MS 34.070 (cf. *supra*, p. 136). O Tribunal negou provimento ao agravo interno e o dispositivo ementado, no que aqui

Lulia, Cristiane Brasil Francisco e União. Relator: Min. Cármen Lúcia, 8 de fevereiro de 2018b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313673394&ext=.pdf>. Acesso em: 7 maio 2020. p. 2, 13, 15-19.

⁵⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 8.104/SP**. Requerente: Rafael Perales de Aguiar. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Luiz Fux, 9 de maio de 2019a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340115209&ext=.pdf>. Acesso em: 7 maio 2020. p. 1-8. Grifo nosso.

interessa, dispôs: “[...] a *jurisprudência* pacífica desta Corte compreende que os cargos de Ministro de Estado e congêneres possuem ampla liberdade de nomeação, mercê de configurarem verdadeiros *cargos políticos*.”⁵⁴⁷

⁵⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgR. na Petição 8.104/SP**. Agravante: Rafael Perales de Aguiar. Agravado: Presidente da República. Relator: Min. Luiz Fux, 5 de dezembro de 2019b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751677349>. Acesso em: 7 maio 2020. p. 1, 3 e 9. Grifo nosso.

6 OBSTÁCULOS ATUAIS À SUBTRAÇÃO DE CERTOS ATOS DO EXECUTIVO AO PODER JUDICIÁRIO

Conforme o que se viu até aqui, pode-se perceber que uma tentativa de emplacar, no Brasil, a *teoria dos atos de governo*, ou qualquer outra teoria que implique a subtração de certos atos, politicamente importantes, do Executivo ao *controle* do Poder Judiciário, opõe-se especificamente, de acordo, especialmente, com a *doutrina* e a *jurisprudência* brasileiras, a algumas teorias. Aqui reunidas, são elas: os *direitos fundamentais*; o *princípio da inafastabilidade do controle judicial*; toda uma questão envolvendo as *funções do Estado*, a *função de governo* e o *princípio da separação dos poderes*; e a *jurisdição constitucional*.

É a respeito, então, de como essas teorias consistem em obstáculos à pretensão do presente estudo que segue este capítulo.

6.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Uma primeira questão com que esbarra a tentativa de excluir do Poder Judiciário certos atos do Executivo consiste nos ditos *direitos individuais*, ou *direitos privados*, ou, outras vezes, *direitos fundamentais*. Veja-se, no que segue, a respeito dessas noções.

6.1.1 AS QUESTÕES POLÍTICAS EM FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM GERAL

Seabra Fagundes fala que são *direitos subjetivos públicos* os direitos do administrado de exigir do Estado prestações ativas ou negativas. Trata-se do poder de ação de exigir a satisfação de certo interesse, correspondente a uma obrigação da *Administração*. Às vezes, por influência norte-americana são simplesmente ditos “*direitos individuais*”. Mas, conforme o Direito brasileiro, os *direitos subjetivos públicos* desdobram-se em *direitos políticos* e em *direitos individuais*: aqueles abrangem o direito de nacionalidade e o direito de cidadania e estes compreendem aqueles que dizem respeito à pessoa, quer dizer, à liberdade, à

segurança, à vida, à propriedade e à segurança. Uma vez que da violação dos *direitos públicos subjetivos* pela *Administração Pública* é nascida uma *situação contenciosa*, cabe ao administrado lesado promover, por meio de ação, a apreciação jurisdicional. A ação proposta terá ou a finalidade da prática, em espécie, da prestação devida pelo Estado (dar, fazer ou não fazer), ou a reparação posterior do dano causado pela violação do Direito (por meio da *responsabilidade civil do Estado*); do que segue, em ambas as hipóteses, a execução forçada. Por outro lado, conforme Seabra Fagundes, pode também o Estado titularizar *direito público subjetivo*, que corresponde às *obrigações públicas* do administrado. Nesse caso, havendo oposição do administrado à exigência da *Administração*, esta, por vezes, pode promover a *execução forçada em via administrativa*, ao que pode suceder a intervenção do Poder Judiciário a requerimento do particular, e, outras vezes, deve, ela, necessariamente, promover a *execução forçada em via judicial*.⁵⁴⁸

Cirne Lima, por sua vez, afirma que há os *direitos fundamentais* dos administrados que transcendem, pela origem, o Direito Administrativo e que são ditos *direitos individuais*, dos quais se ocupa, antes, o Direito Constitucional. Tais *direitos fundamentais*, ou *direitos e garantias individuais*, vinculam o Poder Público em todas as suas manifestações e, caso violados: “constituem-se em fundamento de *direitos subjetivos públicos*, cuja característica essencial é a de criarem obrigações para as pessoas administrativas, segundo o direito público, para com o particular [...]”. Afirma o autor, por outro lado, que há que se reconhecer também os *direitos públicos subjetivos* que o Estado tem contra o indivíduo, que correspondem bem aos Direitos que o Estado tem em relação à pessoa, a uma atividade pessoal determinada, ao patrimônio ou a um bem patrimonial determinado desse indivíduo.⁵⁴⁹

Já Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet Branco colocam em questão a possibilidade de o Estado titularizar *direitos fundamentais*, uma vez que estes nasceram justamente da intenção de garantir-se a liberdade em face dos “Poderes Públicos”; nada obstante, afirmam que há que se reconhecer às pessoas de direito público ao menos *direitos fundamentais* do tipo “procedimental”.⁵⁵⁰ De todo modo, Gilmar Mendes afirma que os *direitos fundamentais* são concebidos, originariamente, como *direitos subjetivo públicos*, ou seja, como Direitos do cidadão em face do Estado e, uma vez que eles têm *aplicação imediata*, vinculam

⁵⁴⁸ FAGUNDES, 1984, p. 145-191.

⁵⁴⁹ CIRNE LIMA, 2007, p. 293-298 e 339-340, grifo nosso.

⁵⁵⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 172.

todos os Poderes do Estado, sendo que cabe ao Poder Judiciário não se abster de cumprir seu dever constitucional que é justamente defender esses *direitos fundamentais*.⁵⁵¹

Conforme Sarlet, foi a CF/88 que atribuiu a terminologia *direitos e garantias fundamentais* aos antes referidos *direitos e garantias individuais*; além de que, previu a *aplicabilidade imediata* de tais Direitos, o que superou a concepção anterior segundo a qual os *direitos fundamentais* só teriam alcance meramente *programático*. Ademais, embora julgue controversa a questão, o autor chega a admitir que as pessoas jurídicas de direito público possam titularizar alguns deles. Enfim, conforme Sarlet, a vinculação do Poder Público aos *direitos fundamentais* implica que quaisquer “atos do Poder Público” devem respeitar esses Direitos e que os “Poderes Públicos” se encontram na obrigação de tudo fazer para realizá-los. Em relação, especificamente, ao Poder Executivo, o autor afirma que os *direitos fundamentais* devem ser observados sob pena da *invalidação do ato administrativo*. O autor chega a mencionar que quanto menor for a sujeição da *Administração à lei*, especialmente no caso dos *atos discricionários* ou dos *atos de governo*, é aí que maior ainda deve ser a observância aos *direitos fundamentais*. Em suma, os *direitos fundamentais*, devem prevalecer sempre ante qualquer ato do Poder Público, segundo o autor.⁵⁵²

Por fim, esclarece José Afonso da Silva que das várias denominações, a mais adequada é “*direitos fundamentais do homem*”. Afirma que os *direitos públicos subjetivos* traduzem conceito técnico-jurídico do Estado liberal, cuja marca é a abstenção do Estado. Com base no conteúdo, que é como a Constituição de 1988 os agrupa, são: *direitos individuais* (art. 5º); *direitos à nacionalidade* (art. 12); *direitos políticos* (arts. 14 a 17); *direitos sociais* (arts. 6º e 193 e ss.); *direitos coletivos* (art. 5º); e *direitos solidários* (arts. 3º e 225). Afonso da Silva, ao dispor sobre as “questões excluídas do *controle de constitucionalidade*”, afirma que há dificuldade na exposição de uma enumeração precisa das “*questões políticas*”. Afirma que se pode, no máximo, dar exemplos, o que faz remetendo àquela enumeração de Ruy Barbosa (cf. *supra*, p. 109-110), acrescentando-lhe alguns atos. Em seguida, afirma que a questão deixa de ser *meramente política* se uma questão relativa aos *direitos fundamentais do homem* surgir. Daí cita Manoel Ribeiro, conforme quem: “o critério diferencial, para se fixar o limite do poder jurisdicional dos tribunais não reside na *natureza política* do ato, mas na possibilidade de ser

⁵⁵¹ MENDES, 2012, p. 116-120 e 234.

⁵⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais a perspectiva constitucional. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 67-68, 231-232 e 384-390.

enquadrado, conclusivamente, na Constituição, o *direito individual* que se diz violado”⁵⁵³. Enfim, afirma que a imunidade ao *controle jurisdicional* se estreita na medida em que se afirmam os *direitos fundamentais do homem*.⁵⁵⁴

6.1.2 AS QUESTÕES POLÍTICAS PERANTE, ESPECIFICAMENTE, OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Oswaldo Canela Junior afirma que qualquer expressão do poder estatal que não priorizar a efetivação dos *direitos fundamentais* é inconstitucional, seja *ato administrativo*, *ato legislativo* ou *ato judicial*. Mas o autor nota, também, que, a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, os países passaram a implementar, sob a égide do então *Estado social*, programas de atuação para a consecução dos *direitos fundamentais sociais*, também ditos, estes, *direitos sociais*. Tais programas constituem as chamadas *políticas públicas*. Disso resulta que a existência, nas Constituições, de *normas constitucionais programáticas*, quer dizer, aquelas em que se lastreiam, originariamente, as *políticas públicas*, implica que o Poder Judiciário deve exercer cognição plena e imediata, seja por meio da *invalidação dos atos administrativos*, seja por meio do *controle de constitucionalidade das leis*, sobre essas atividades de realização de *direitos sociais*, outrora consideradas políticas (de incumbência do Executivo e do Legislativo).⁵⁵⁵

As normas que afirmam, na Constituição vigente, os *direitos sociais*, tendem a ser de *aplicabilidade imediata*; embora algumas, as que demandem de lei integradora, sejam de *eficácia limitada*, que são as referidas *normas programáticas*.⁵⁵⁶ *Normas constitucionais programáticas*, conforme José Afonso da Silva, são aquelas por meio das quais:

[...] o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado. [...] Tais normas traduzem os elementos socioideológicos da Constituição, onde se acham os *direitos sociais* [...]; [...] indicam os fins e objetivos do Estado, o que importa definir o sentido geral da *ordem jurídica*.⁵⁵⁷

⁵⁵³ RIBEIRO apud SILVA, 2011, p. 134, grifo nosso.

⁵⁵⁴ SILVA, 2011, p. 132-134, grifo nosso; Id., 2018, p. 177-180, 184 e 186, grifo nosso.

⁵⁵⁵ CANELA JUNIOR, Oswaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 44, 78-121 e 169-174.

⁵⁵⁶ Id., 2018, p. 182.

⁵⁵⁷ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 135 e 136. Grifo nosso.

O autor segue afirmando que, embora sejam normas de *eficácia jurídica limitada*, têm *eficácia jurídica imediata* para certos casos, como naqueles em que tais normas informam os *fins* (sociais) *do Estado*, em que condicionam a *discricionariedade* da *Administração* e do Judiciário e em que criam “*situações jurídicas subjetivas*” as quais, em certos casos, constituem verdadeiros *direitos subjetivos*. O autor afirma, ainda, que o art. 5º, § 1º, da CF, significa, no que concerne a essas *normas programáticas*, primeiro, que elas devem ser *aplicáveis* até onde possam e, segundo, que o Poder Judiciário, se invocado a propósito de uma situação concreta por elas garantida, deve aplicá-las, conferindo, na medida do possível, ao particular o Direito reclamado. Em suma – no que aqui interessa – as *normas programáticas* criam *direitos subjetivos* em prol dos particulares, o que justifica a possibilidade da *invalidação*, sob tal fundamento, de atos do legislador e da *Administração* pelo Poder Judiciário.⁵⁵⁸

No mesmo sentido, também, afirma Sergio Victor Tamer que a omissão do Executivo na implementação das *políticas públicas* deve ser suprida pelo Poder Judiciário, mediante os instrumentos processuais de garantia disponíveis. Esses instrumentos, salvo outros, são a ACP, a ADO, o MI e a ADPF, que podem realizar até aqueles *direitos* que não são de *aplicabilidade imediata*. Enfim, o autor reconhece que o Judiciário, para desincumbir-se dessa missão que lhe cabe, ao dispor da capacidade de judicializar as políticas governamentais, exerce um papel eminentemente *político*.⁵⁵⁹

Por fim, não é outro o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello. O autor entende que as *políticas públicas* consistem num conjunto de atos unidos pelo fio condutor de empreenderem um projeto governamental para o país. Em seguida afirma, então, ser inequívoco o *controle jurisdicional*⁵⁶⁰ sobre as *políticas públicas*, pois o empreendimento de um conjunto de atos pode conduzir a uma transgressão jurídica, uma *invalidade*, muito mais grave que aquela advinda de um qualquer ato isolado.⁵⁶¹

⁵⁵⁸ SILVA, 2015, p. 160, 161 e 171-175.

⁵⁵⁹ TAMER, Sérgio Victor. **Atos políticos e direitos sociais nas democracias**: um estudo sobre o controle dos atos políticos e a garantia judicial dos direitos sociais. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. p. 206-207, 233-254 e 256-257.

⁵⁶⁰ Alguns autores cogitam, remetendo ao *ativismo judicial*, a possibilidade de as *políticas públicas* escaparem do *controle jurisdicional*. Mas essa tese não prospera, de sorte que essa discussão só conduz a algumas advertências à extrapolação do *controle jurisdicional* sobre as *políticas públicas*, bem como a alusão a algumas suas restrições, como, por exemplo, a que se fundamenta na *reserva do possível*... (MEDAUAR, 2014, p. 231-238; PIETRO, 2018, 934-91).

⁵⁶¹ BANDEIRA DE MELO, C., 2016, p. 843.

6.2 O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JUDICIÁRIO

O dito *princípio da inafastabilidade do controle judiciário*, ou *princípio da proteção judiciária*, do art. 5º, XXXV, da CF, também aparece como barreira à teoria que se busca com o presente estudo.

Esse princípio constitui a principal garantia dos *direitos subjetivos*.⁵⁶² Ele fundamenta-se no *princípio da separação dos poderes*.⁵⁶³ A primeira consequência que se tira dele é que o Legislativo não pode suprimir ou restringir a apreciação judiciária.⁵⁶⁴ Mais que isso, ele implica que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição,⁵⁶⁵ segundo o que são inadmissíveis quaisquer tentativas de impedir ou obstaculizar a formulação da pretensão jurídica perante o Poder Judiciário⁵⁶⁶. Ademais, o princípio refere-se à lesão e à ameaça a *direito*, sendo que este não precisa se restringir a *direito individual* e pode envolver Direito de qualquer natureza.⁵⁶⁷ Ele consagra, ainda, o *direito de ação* e o *direito de defesa*, que combinados com outros preceitos do texto constitucional, conduzem bem ao *direito ao processo*, com todos os seus corolários, quais sejam, o *devido processo legal*, o *contraditório e a plenitude de defesa*; o que, enfim, implica que o princípio significa o direito a um pronunciamento judicial sobre o *mérito* do processo, de sorte que consiste em verdadeira tutela dos *direitos*.⁵⁶⁸

Enfim, como afirma Lewandowski, se ante a Constituição de 1891 os “casos políticos” eram vedados de apreciação pelo Poder Judiciário desde que não violassem *direitos individuais*; agora, frente a Constituição de 1988, o *princípio da universalidade da jurisdição* se ampliou e abrange, modo geral, todo o plexo de *direitos e garantias* asseguradas às pessoas pelo texto constitucional vigente.⁵⁶⁹

Além disso, é de se notar que, nada obstante – como se viu – terem sido considerados, no passado, pela *jurisprudência*, excluídos da apreciação do Poder Judiciário os

⁵⁶² SILVA, 2018, p. 433.

⁵⁶³ GRINOVER, 1973, p. 155; SILVA, op. cit., p. 433.

⁵⁶⁴ Ibid., p. 154.

⁵⁶⁵ SILVA, op. cit., p. 434.

⁵⁶⁶ GRINOVER, op. cit., p. 155.

⁵⁶⁷ SILVA, op. cit., p. 434.

⁵⁶⁸ GRINOVER, op. cit., p. 156-158; SILVA, op. cit., p. 434-435.

⁵⁶⁹ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 148.

litígios a respeito de *questões políticas*, sob o fundamento da falta de *interesse de agir* (cf. *supra*, p. 113); a *doutrina* processual civil brasileira só admite como *condições da ação* o *interesse de agir* e a *legitimidade*. Isso conduz, modo geral, a que haja sempre um pronunciamento sobre o *mérito* do processo desde que presentes esses requisitos.

Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco afirma que o *princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional* não é somente garantia da *ação*, como garantia do ingresso ao juízo, mas é também mandamento de que as pretensões deduzidas em juízo sejam aceitas, processadas e julgadas, e de que, mediante o ato jurisdicional, a tutela seja concedida àquele que a ela tiver Direito; o que, contudo, pode ser restringido por certas barreiras, dentre as quais certos *pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito*.⁵⁷⁰ Dentre esses *pressupostos de admissibilidade do provimento jurisdicional*, assim compreendidos em termos amplos, estão (ao lado dos pressupostos processuais e pressupostos de regularidade) as *condições da ação*, que consistem no *interesse de agir* (necessidade da realização do processo e adequação do provimento jurisdicional postulado) e na *legitimidade ad causam* (adequação entre o sujeito e a causa), sem as quais não há, propriamente, *direito de ação*, e, por conseguinte, não há, uma vez que proposta *ação judicial*, o *direito ao provimento de mérito*, o que resulta, enfim, que o processo deve ser extinto com a ultimação da fase de conhecimento, sem o julgamento de mérito.⁵⁷¹

Nesse sentido, a *doutrina* não exclui os *atos políticos* do *controle jurisdicional* exercido, por exemplo, pela via do *mandado de segurança*. Meirelles, Mendes e Wald assim entendem com fundamento em que os “[...] *atos políticos* [...] não passam de atos das altas autoridades praticados com imediato fundamento constitucional,” que “[...] se desbordarem da Constituição e lesarem *direito individual* ou *coletivo*, líquido e certo, sujeitam-se ao *controle de legalidade*, inclusive pelo *mandamus*,” nada obstante esses autores admitem que os *atos interna corporis*, estes sim, escapam do *controle jurisdicional*.⁵⁷² Já Lúcia Valle Figueiredo afirma que tanto os *atos interna corporis* quanto os “*atos políticos*” estão sujeitos ao *controle jurisdicional* via *mandado de segurança*...⁵⁷³

⁵⁷⁰ DINAMARCO, Cândido R. **Instituições de direito processual civil**: volume I. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017a. p. 328.

⁵⁷¹ DINAMARCO, Cândido R. **Instituições de direito processual civil**: volume II. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017b. p. 350-357, 724-726 e 736-738.

⁵⁷² MEIRELLES, Hely Lopes; MENDES, Gilmar Ferreira; WALD, Arnaldo. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 37. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros: 2016. p. 40-41.

⁵⁷³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Mandado de segurança**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 105-122.

6.3 A TEORIA DA FUNÇÕES DO ESTADO, O GOVERNO EM SENTIDO MATERIAL E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Trata-se aqui das ditas *funções do Estado*. É delas que alguns autores extraem a noção de *função de governo*, ou, simplesmente, *Governo*, que é – como visto –, para alguns, o fundamento dos *atos de governo*. É essa *função de governo* que pode muito bem servir de fundamento científico e de *critério* para uma teoria que pretenda excluir do *controle jurisdicional* certos atos do Executivo. No entanto, como o estudo, até aqui, já indica, há certa dubiedade acerca dela. É sobre isso que segue.

Inicialmente, cabe assinalar que a expressão *Governo* nem sempre tem essa conotação. É que essa expressão recebe um tratamento flutuante, seja nos textos jurídicos, seja na linguagem corrente.⁵⁷⁴ Numa acepção, *Governo* é tido como o conjunto das instituições políticas, identificando-se com o Estado.⁵⁷⁵ Em outra, *Governo* designa o conjunto dos Poderes públicos, dos Poderes do Estado, com o que se fala em *Governo* parlamentar e presidencial, monárquico e republicano, etc.⁵⁷⁶ É sob esta concepção que alguns preferem reservar a expressão *formas de Governo* para opor a *república* à *monarquia* e a expressão *sistemas de Governo* para indicar a oposição entre o *presidencialismo* e o *parlamentarismo*.⁵⁷⁷ Ainda, por fim, numa linguagem corrente e habitual, *Governo* designa o Poder Executivo,⁵⁷⁸ especialmente em oposição ao Poder Legislativo.⁵⁷⁹

6.3.1 A TEORIA DAS FUNÇÕES DO ESTADO

Nada obstante essas acepções, o sentido da expressão *Governo* que se refere à *função de governo* e que conduz alguns ao *ato de governo* é outro. É o que a compreende dentre as *funções do Estado*. Veja-se, no que segue, algumas concepções a respeito.

A) *Carré de Malberg*

⁵⁷⁴ MICHOU, 1889, p. 25.

⁵⁷⁵ FERREIRA, 1975, p. 521.

⁵⁷⁶ MICHOU, op. cit., p. 25.

⁵⁷⁷ LEWANDOWSKI, 2018, p. 13.

⁵⁷⁸ FERREIRA, loc. cit.

⁵⁷⁹ MICHOU, loc. cit.; SILVA, 2018, p. 110.

“É necessário [...] empregar com discernimento os três termos *Poder, funções e órgãos*, para designar, sem ambiguidade e respectivamente, o *Poder do Estado*, as diversas *atividades* que ele compreende e as diversas autoridades que exercem essas *atividades*.” É o que adverte Carré de Malberg. Nesse sentido, as *funções do Estado* são as diversas *atividades* do Estado, na medida em que são os variados modos de o *Poder do Estado* ser exercido. Tal teoria não deve ser confundida, ademais, com outra, que não é jurídica, e que separa as *tarefas* do Estado. A *teoria jurídica das funções do Estado* responde à questão de saber por meio de quais atos o Estado comete as atribuições a que ele se arroga. Ela analisa juridicamente tais atos e os separa em grupos, cada qual formando um ramo de atividades, que são partes do *Poder do Estado*. Tradicionalmente são três: administração, legislação e justiça. Mas é necessário responder qual é o fundamento dessa tripartição. É isso que Carré de Malberg discute.⁵⁸⁰

Sob a escola de Jellinek, explica, as *funções do Estado* distinguem-se pelos *fins* diferentes que cada uma delas persegue. Carré de Malberg rejeita tal noção, pois, como Laband afirma, o Direito não é uma ciência dos fins; é uma ciência preocupada em definir as instituições e os *atos jurídicos* pelo seu conteúdo, pela sua estrutura e pelos seus efeitos jurídicos.⁵⁸¹

Conforme outra noção, a de Laband, os atos do Estado separam-se pela noção de operações intelectuais (legislação e justiça) e operações de ação (administração). Desenvolvendo-a, seu autor percebe que há delimitações a se fazer, por exemplo, no que toca à legislação e à administração: quando uma *lei* passa a dispor de aspectos não *abstratos* e com vistas a um resultado *determinado*, trata-se, na verdade, de um *ato administrativo*. Daí falar que se tratam de leis administrativas (*Verwaltungsgesetze*), em oposição às leis que concernem ao direito, que estabelecem regras de ordem puramente jurídica (*Rechtsgesetze*).⁵⁸²

Carré de Malberg repudia também essa noção de Laband, por uma série de razões. Uma, que, em muitos casos, o papel do administrador de aplicar a lei se aproxima muito daquele papel exercido pelo juiz quando dum julgamento judiciário: o *ato administrativo* também pressupõe uma operação de julgamento. Outra, que até mesmo aquelas leis relativas ao Direito (*Rechtsgesetze*) não são, no fundo, desprovidas de qualquer operatividade de ação, pois que toda *lei* criativa do Direito carrega consigo um comando voltado para sua realização,

⁵⁸⁰ CARRÉ DE MALBERG, 1920, t. 1, p. 259-263, grifo nosso, trad. nossa de: “Il faut [...] employer séparément les trois termes pouvoir, fonctions, organes, pour désigner sans ambiguïté et respectivement la puissance de l’État, les diverses activités qu’elle comporte, les diverses autorités exerçant ces activités.”

⁵⁸¹ Ibid., p. 263-264.

⁵⁸² Ibid., p. 265-266.

uma ordem de observar a regra que ela mesmo consagra; além disso, na criação da *lei*, não ocorre somente um ato intelectual de julgamento, mas também um ato de vontade, vontade determinada a produzir efeitos. Então, as leis administrativas e as leis relativas ao Direito merecem distinção? A teoria de Laband, por classificar as *funções do Estado* a partir de uma análise psicológica, trata-se de uma teoria psicológica, que não responde à ciência do Direito.⁵⁸³

A teoria a que Carré de Malberg se filia é a que ele reivindica ser *jurídica*. É a que define e identifica os atos do Estado pelos ditames positivos concernentes a seu conteúdo externo e a seus efeitos jurídicos, tais como fixados na Constituição. No entanto, as Constituições, modo geral, fazem a qualificação e os efeitos jurídicos dos diversos atos do Estado depender de uma questão de *forma* e de *órgão*, de sorte que resta que a obra do *órgão* do Poder Legislativo, por exemplo, será *lei*, independentemente de qual for o *conteúdo* e natureza interna do ato que ele produz. Daí que os atos do Estado, segundo o Direito positivo e Constitucional, são, do ponto de vista jurídico, atos de legislação, atos de administração ou atos de justiça, conforme tenham como autor cada um dos *órgãos* correspondentes.⁵⁸⁴

As Constituições francesas, modo geral, atêm-se a esses critérios formais, que definem a *função* em razão do *órgão*. Isso pode ser notado sobretudo pela definição de *lei* que elas consagram. É verdade que as Constituições francesas pós-revolucionárias adotavam, expressamente, um conceito de *lei* que a definia pelo seu alcance e pela natureza intrínseca de seu *conteúdo*. Essa concepção era norteadada pela concepção roussoniana de *lei*⁵⁸⁵, que é a noção

⁵⁸³ CARRÉ DE MALBERG, 1920, t. 1, p. 266-268.

⁵⁸⁴ Ibid., p. 268.

⁵⁸⁵ A definição *material* (*substancial, de conteúdo ou de fundo*) de *lei*, que é a noção pela qual se define a *lei* pela sua *generalidade* e *abstração*, é o conceito de *lei* que muitos, notadamente seus defensores, atribuíram à autoridade de Jean-Jacques Rousseau, cuja influência foi determinante, à época, para que tal noção fosse, expressamente, consagrada nas primeiras Constituições francesas. É que Rousseau foi o primeiro a distinguir a *lei* num *sentido material* e a *lei* num *sentido formal*. Mas, como explica Carré de Malberg, a concepção de *lei* segundo Rousseau não prescinde, ao contrário do que alguns diziam, de qualquer elemento de ordem *formal* e *orgânica*, porque conforme a doutrina do *Contrato Social*, a *lei* é também fruto de uma autoridade superior do Estado, cuja vontade domina as demais. Ou seja, mesmo para Rousseau, a *lei* deve ter uma origem especial, deve advir de um *órgão* superior do Estado, de sorte que a doutrina que define a *lei* somente pelo elemento *material* não é exatamente a doutrina de Rousseau. A doutrina do *Contrato Social* combina elementos *formais* e *materiais* para a definição da *lei*. De todo modo, pode-se mencionar, exemplificativamente, o art. 6º da *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*, que dizia “*la loi doit être la même pour tous*” (a lei deve ser a mesma para todos), o que mostra que a *lei* era expressamente definida também pelo seu *conteúdo*. Carré de Malberg demonstra, com clareza, como traços dessa *noção material de lei* estiveram positivados em várias Constituições (*Const. de 1791*, *Const. de 1793* e *Const. de l’an III*) da época revolucionária, na França, e mostra como, concomitantemente e posteriormente, foi sendo positivada a concepção de *lei* que a define somente pela *forma* (como é produzida) e pelo *órgão* (que a produz) – isto é, pela *noção formal* e *orgânica* de *lei* -; e, mais ainda, Carré de Malberg, explica como esta noção tão logo substituiu, suplantou e eliminou a *noção material de lei*, o que se manteve dali para a frente. (CARRÉ DE MALBERG, 1920, t. 1, p. 269, 278 e 329-330).

A noção de Rousseau de *lei* pode ser notada no seguinte trecho de *Do Contrato Social*: “[§ 1º] [...] não existe absolutamente vontade geral sobre um objeto particular. Com efeito, esse objeto particular encontra-

conforme a qual a *lei* se caracteriza por sua *generalidade* e por sua *abstração*. Mas essa concepção não foi seguida pelas Constituições posteriores, as quais passaram a se limitar a conceituar a *lei* segundo os elementos *formais* dela, de sorte que qualquer ato produzido sob a forma de *lei* e emanado do *órgão* legislativo é *lei* em sentido constitucional, e, em razão disso, goza da *força de lei*. Daí que a *lei*, de acordo com a visão de muitos, é a *lei em sentido formal*. Uma distinção no seio dessa compreensão dá-se em razão de que alguns assim entendem sob o fundamento do direito positivo e constitucional em vigor, enquanto que há outros que afirmam ser impossível conceber, mesmo abstraindo de qualquer sistema de Direito constitucional positivo, uma noção *material* de *lei*, pois, para estes, o único elemento possível para conceituar a *lei* é o elemento *formal*, que, nesse sentido, seria o único elemento capaz de conferir à *lei* a *força de lei*.⁵⁸⁶

Daí que Carré de Malberg defende que, ao lado dessas questões de *forma*, previstas nas Constituições, alguma importância tem-se que dar, para a conceituação de *lei*, às questões de fundo, de *conteúdo*, de modo que sem estas não se pode chamar o ato de *lei*. Quer dizer, há noções *de fundo* que a ciência do Direito não pode ignorar. Uma noção *material* com a qual os autores concordam é que *lei é regra*, eis seu caráter regulador, mas para assim o ser, dois elementos *materiais* devem concorrer, a *obrigatoriedade* e a *abstração* (seus efeitos não podem se esvaír numa aplicação atual e o ato têm que fazer parte da *ordem jurídica*, resistindo ao tempo). Mas, em razão de que a repartição de competências entre órgãos, previstas nas

se no Estado ou fora do Estado. Se está fora do Estado, uma vontade que lhe é estrangeira não é, de modo algum, geral em relação a ele; e, se esse objeto está no Estado, constitui parte dele. Então, forma-se entre o todo e sua parte uma relação que o torna dois seres separados, dos quais um é a parte e o outro é o todo menos essa parte. Mas o todo menos uma parte não é, de modo algum, o todo, e, à medida que essa relação subsiste, não há mais o todo, mas duas partes desiguais; daí segue que a vontade de uma não é, de modo algum, mais geral em relação à outra. [§ 2º] Mas quando todo povo estatui para todo o povo, não considera senão a si mesmo, e, se ele forma uma relação, é do objeto inteiro de outro ponto de vista, sem nenhuma divisão do todo. Então a matéria que estatui é geral como a vontade que decreta. É a este ato que chamo de lei. [§ 3º] Quando afirmo que o objeto das leis é sempre geral, entendo que a lei considera os sujeitos coletivamente e as ações de modo abstrato, e jamais um homem como indivíduo nem uma ação como particular. Assim, a lei pode muito bem estatuir que existirão privilégios, mas não pode conferi-los a ninguém; a lei pode criar diversas classes de cidadãos, atribuir, inclusive, as qualidades que darão direito a essas classes, mas não pode nomear tais e tais pessoas que serão admitidas nelas; pode estabelecer um governo real e uma sucessão hereditária, mas não pode eleger um rei nem nomear uma família real; em uma palavra, nenhuma função que se refira a um objeto individual pertence ao poder legislativo. [§ 4º] A partir desse ponto de vista, vemos imediatamente que não se deve mais perguntar a quem cabe fazer as leis, pois elas são atos da vontade geral; nem se o príncipe está acima da lei, pois é membro do Estado; nem se a lei pode ser injusta, pois nada pode ser injusto em relação a si mesmo nem como somos livres e estamos sujeitos às leis, pois elas são apenas registros de nossa vontade. [§ 5º] Vemos também que a lei que reúne a universalidade da vontade e a do objeto, o que um homem qualquer que seja, prescreve em sua própria autoridade[,] não é, de modo algum, uma lei; qualquer coisa que o próprio soberano prescreva a respeito de um objeto particular não é uma lei, mas um decreto; nem é um ato de soberania, mas de magistratura.” (ROUSSEAU, 2013, p. 45-46).

586

CARRÉ DE MALBERG, 1920, t. 1, p. 269-271.

Constituições, não se atém ao *critério objetivo, material*, existem atos que são praticados por exemplo, sob a *forma de lei*, e que não são *leis em sentido material*: chega-se, então, à distinção entre *leis formais* e *leis materiais*. Tal dualidade vale também para as demais *funções do Estado* e atos do Estado: daí falar em *administração material e formal*, o que corresponde aos *atos administrativos materiais e formais*, e em *jurisdição material e formal*, o que corresponde aos *atos jurisdicionais materiais e formais*. Há assim as concepções *materiais* de *funções do Estado*, que distinguem as *atividades* do Estado pela *substância e conteúdo* dos atos pelas quais elas se exercem, e as concepções *formais*, ou *orgânicas*, que distinguem as *atividades* do Estado de acordo com o *órgão* que as praticam.⁵⁸⁷

A conclusão que Carré de Malberg extrai dessa discussão é que há que se conceber que todo ato tendo o caráter de *lei material* é, a princípio, de competência do *órgão legislativo* e que todo ato não tendo tal caráter é, a princípio, de competência do *órgão administrativo*. Ademais, a *lei em sentido material* não é outra coisa que a *lei ratione materiae*, que é a *lei* caracterizada por sua *matéria*. Então, afirmar que uma prescrição tem natureza de *lei material* é afirmar que ela compreende, em virtude de sua natureza mesmo, a *matéria* de uma *lei*, e que, por conseguinte, ela deve ser editada, normalmente, pela via especial prevista para a edição da *lei*. Por outro lado, quando a Constituição dispõe que o poder de produzir *lei* é competência de determinado órgão legislativo, isso significa que toda disposição que contenha a *matéria* de *lei* deve, em regra, ser editada pelo *órgão e forma* legislativos. Em suma, isto é dizer que a *lei material* constitui o domínio especial e natural da *lei formal*. Se porventura o Direito dispuser que pela via de edição da *lei* deva ser emitido um ato que não carregue o *sentido material* de *lei*, então, tratar-se-á de *lei em sentido formal*. É dizer, enfim, que, de modo geral, a *teoria das funções materiais do Estado* faz aparecer para cada uma das categorias de *órgãos* do Estado qual é, a princípio, o domínio reservado a sua *competência especial*. De certo modo é, também, com base nisso que a *doutrina* costuma adotar a *concepção dualista de funções do Estado*, definindo as *funções do Estado* por um caráter *formal* e por um caráter *material* – como exposto e definido nesta síntese. Mas, tendo-as conceituado, é necessário que se observe o Direito positivo estabelecido por uma Constituição e se encontre nele a reverberação de tais noções *materiais* e *formais*, a fim de que se possa concluir se dado sistema constitucional de Direito positivo admite ou não as noções *formais* e *materiais*.⁵⁸⁸

⁵⁸⁷ CARRÉ DE MALBERG, 1920, t. 1, p. 273-276.

⁵⁸⁸ Ibid., p. 282-284.

A respeito, propriamente, da *função de governo*, o autor tece algumas considerações, tendo em vista, especialmente, a Constituição francesa de 1875. Diz ele que a *função administrativa* se caracteriza e se define por estar submetida à *lei*. Há, no entanto, toda uma parte importante dessa *função* que está fora dessa definição, muito em razão de que nem toda atividade do Estado pode ser, sem reserva alguma, dependente integralmente da *lei*. Dentre tais atividades, estariam aquelas que não poderiam pertencer à competência dos *órgãos legislativos*, tais como a condução das relações exteriores do Estado, cuja competência é do chefe do Executivo. O Estado exige que haja, na função em que está investida a autoridade administrativa, um domínio livre de atuação, ligado ao papel de *representação* nacional. Nesse sentido, há disposições constitucionais fora da fórmula geral segundo a qual o Presidente da República assegura a *execução das leis*. É nesse mesmo sentido que a *doutrina*, a *jurisprudência* e a legislação ordinária costumavam dividir a *função geral de administração* em duas *atividades* diferentes: o *Governo* e a *administração stricto sensu*. Enquanto a segunda só pode exercer-se com base nas permissões legislativas, o primeiro não pode reduzir-se a uma ideia de *execução das leis*. Assim, a esfera de atribuições independentes de qualquer autorização legislativa, que não pode ser subtraída nem regulada por lei ordinária, é justamente o que constitui a esfera do *Governo*, na qual se ocupa uma posição análoga à do legislador, na medida em que todos os poderes aí dispostos são *atribuições diretas da Constituição*. Aí estão todos os poderes que a Constituição confia diretamente ao Presidente, ao lado de sua *função administrativa de execução das leis*. Portanto, em síntese, o Poder Executivo compreende a *administração lato sensu* que está repartida em *Governo* e *administração stricto sensu*.⁵⁸⁹

Por fim, Carré de Malberg, concluindo seus estudos acerca das *funções do Estado*, especialmente tendo em vista o Direito positivo à época, afirma que, em suma, é necessário distinguir a *atividade* do Estado em três, legislação, administração e jurisdição, e que também é necessário extrair do *Poder do Estado*, ainda que ele seja uno, três qualidades de *Poder*, correspondentes à natureza ou força especial do *Poder* de que são investidos, respectivamente, os órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais; de sorte, enfim, que a distinção das três *funções do Estado* relaciona-se com a distinção dessas três qualidades do *Poder do Estado*. Trata-se de uma distinção puramente *orgânico-formal*. Tal era o espírito do Direito positivo francês (à época), que, sobretudo, procurava assegurar a proeminência das Câmaras legislativas, razão pela qual fazia a diferenciação das *funções do Estado* somente a partir de critérios *formais*. A Constituição de então não definia, grosso modo, as *funções do*

⁵⁸⁹ CARRÉ DE MALBERG, 1920, t. 1, p. 523-525, 527, 528, 529 e 531.

Estado pela competência *ratione materiae* dos *órgãos*, mas somente pela natureza ou degrau de Poder que competia a cada um deles. Ela sequer usava a expressão *função*, falava somente em Poder. Enfim, a distinção das *funções do Estado*, segundo Carré de Malberg, diante do Direito positivo à época, é puramente *formal*.⁵⁹⁰

B) Roger Bonnard

Interessante notar em Roger Bonnard uma concepção de *funções do Estado* que, grosso modo, contrapõe essa de Carré de Malberg. Bonnard afirma, por exemplo, que a concepção que nega a existência de uma concepção *material* de *função jurisdicional* deve ser rejeitada, pois a noção *material* é necessária.⁵⁹¹

Bonnard defende que, quando o direito positivo, nos Estados modernos, estabelece a separação *orgânica* (procedente da qualidade dos órgãos que exercem a *função*) e *formal* (procedente da natureza dos procedimentos que são seguidos pela *função*) das *funções do Estado*, isso é exatamente a razão pela qual deve haver uma separação *material* das *funções do Estado*, que provoca, explica e justifica as distinções *formais* e *orgânicas*. É dizer que as separações *orgânicas* e *formais* exigem e supõem a separação *material*; que a *especialização orgânica e formal*, pretendida pela *separação dos poderes* (em razão de suas *funções*), não teria sentido se não houvesse a *especialização material das funções*.⁵⁹²

Desse modo, Bonnard identifica a *separação dos Poderes* à *separação orgânica das funções*. Assim, sobre a base da distinção *material de funções*, há, por obra da arte política, especialmente com vistas à proteção dos particulares contra os abusos do Estado, três *órgãos*, ou grupos de *órgãos*, que constituem Poderes diferentes, cada qual deles investido em cada uma das três *funções*.⁵⁹³

C) Jorge Miranda

Veja-se agora Jorge Miranda.

Jorge Miranda também alerta para a distinção entre as duas noções de *funções do Estado*. Uma significa “tarefa” e a outra define os atos e as *atividades* do Estado pelas suas estruturas e formas. Ambas, conforme o autor, apresentam um elemento finalístico. Mas a que

⁵⁹⁰ CARRÉ DE MALBERG, 1920, t. 1, p. 814-816.

⁵⁹¹ BONNARD, 2006, p. 10.

⁵⁹² Ibid., p. 8-11.

⁵⁹³ Ibid., p. 93-94.

interessa é a segunda, segundo a qual *função do Estado* é o modo específico como o Estado atinge seus fins. Define-se “como um complexo ordenado de atos [...] destinados à prossecução de um fim ou de vários fins conexos, por forma própria,” sendo assim “*atividade*”.⁵⁹⁴

Afirma que a elaboração teórica das *funções do Estado* vem, de muito, conexa com o problema dos fins, das características e do *Poder do Estado*.⁵⁹⁵

Jorge Miranda explica que, sob a perspectiva de Jellinek – como já dito –, os critérios são os *fins* do Estado (jurídico e cultural) e os meios (*abstratos* e *concretos*). Daí que a *função legislativa* é a realização de qualquer dos fins por meio de regras *abstratas*; a *função jurisdicional* é a realização do fim jurídico por meio de atos *concretos*; e a *função administrativa* é a realização do fim cultural por meio de atos *concretos*; os *atos legislativos* e *jurisdicionais* são *atos de império*; e em cada dessas *funções* há uma atividade livre e uma atividade vinculada; e há, ainda, *funções extraordinárias*.⁵⁹⁶

O autor discorre ainda sobre a concepção de outros autores – que estão aqui mencionadas após a concepção dele mesmo, que é a seguinte.

Bem, Jorge Miranda adota uma divisão tricotômica das *funções do Estado*. Para ele, há a *função política*, a *função administrativa* e a *função jurisdicional*, sendo que a primeira se divide em *função legislativa* e em *função política stricto sensu* ou “*função governativa*”. O autor separa as três *funções do Estado* a partir de critérios *materiais* (em razão dos fins ou do objeto), *formais* (em razão das formas ou modos de manifestação) e *orgânicos* (em razão dos órgãos pelos quais se praticam os atos). Nada obstante a tripartição proposta, o autor afirma que ela não esgota as *atividades* do Estado, pois há *atividades* que não se encaixam em nenhuma dessas três *funções*.⁵⁹⁷

De acordo com o autor, – abstraindo das demais *funções*, que aqui interessam menos –, a *função política* (*legislativa* e *governativa*) caracteriza-se: a) *materialmente*, por definir, primária e globalmente, o interesse público, por interpretar os fins do Estado, por escolher os meios para os atingir e por dirigir o Estado; b) *formalmente*, pela liberdade ou discricionariedade máxima com que age e por deter larga liberdade de escolha, se não quanto ao conteúdo, quanto ao tempo e às circunstâncias; e c) *organicamente*, por ser exercida por órgãos políticos e governamentais, diretamente relacionados ao sistema e à forma de governo,

⁵⁹⁴ MIRANDA, 2019, p. 470-473, grifo nosso.

⁵⁹⁵ Ibid., p. 474-479.

⁵⁹⁶ Ibid., p. 474.

⁵⁹⁷ Ibid., p. 478-479.

e pela inexistência de organização hierárquica entre eles, vez que só há relações de responsabilidade política. A grande diferença entre a *função legislativa* e a *função política stricto sensu*, ou *governativa*, é que àquela cabe expedir atos normativos (leis constitucionais e ordinárias) e a esta cabe expedir *atos concretos*, seja os atos do povo ativo (eleições, referendos), ou os ditos *atos de governo*. Assim, a *função governativa*, pela qual se pratica, ao lado de outros atos, os *atos de governo*, é distinguida da *função legislativa*.⁵⁹⁸

D) Duguit

Jorge Miranda explica que para o jurista Duguit, o critério das *funções do Estado* é o dos atos.⁵⁹⁹

As *funções jurídicas do Estado*, de acordo com Léon Duguit, classificam-se conforme as três categorias de atos possíveis, os *atos-regra* (atos, gerais e abstratos, produzidos com a intenção de que se modifique o direito objetivo), os *atos-condição* (ato que torna aplicável a um indivíduo uma norma do direito positivo, criando um estatuto jurídico individual) e os *atos subjetivos* (atos que fazem nascer, concretamente, para o indivíduo, uma situação jurídica subjetiva, não compreendida em normas do direito objetivo). Diz ainda que, dada a importância da noção de *serviço público*, as *funções jurídicas do Estado* podem, num sentido, ser definidas como aquelas que os governantes, por si ou por meio de seus agentes, exercem para organizar e garantir o ininterrupto funcionamento do *serviço público*. Para determinar o sentido *jurídico* preciso das *funções do Estado*, basta considerar o Estado como um *serviço público* e determinar o caráter interno dos atos que produz: toda vez que o Estado age com vistas a um *serviço público*, exerce uma *função jurídica*. E cada categoria dessas *funções do Estado* é definida de acordo com a modificação na *ordem jurídica* que um ato, com vistas ao *serviço público*, produz. Tal distinção é do ponto de vista *material*, e não *formal*. Ela considera os atos de acordo com sua natureza interna, abstraindo de questões orgânicas (de órgão). Então, o Estado exerce a *função legislativa* toda vez que pratica um *ato-regra*; exerce a *função administrativa* toda vez que pratica um *ato-condição*, um *ato subjetivo* ou atos materiais; e exerce a *função jurisdicional* toda vez que resolve uma questão de Direito que lhe é posta.⁶⁰⁰

⁵⁹⁸ MIRANDA, 2019, p. 478-486.

⁵⁹⁹ Ibid., p. 477.

⁶⁰⁰ DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**. 3. ed. Paris: Fontemoing, 1927. t. 1. p. 327-330; Id., 1928, t. 2, p. 151-158.

E) Kelsen

Já para Kelsen, o Estado é a ordem de conduta humana que se chama de *ordem jurídica*, ordem à qual se ajustam as condutas humanas. O conceito *jurídico* de Estado é o de ser *ordem jurídica*. O *Poder do Estado*, por sua vez, é a validade e a eficácia dessa *ordem jurídica*. Mas Kelsen afirma que quando se fala em três poderes do Estado, o poder que se compreende aí é o poder como uma *função do Estado*, sendo que elas são três. A esse respeito, afirma que “uma dicotomia é base para uma tricotomia”: a *função legislativa* opõe-se à *função judiciária* e à *função executiva*, vez que a estas duas cabe *executar* as normais jurídicas *gerais* postas por aquela. Daí que, no fundo, a tricotomia é uma dicotomia: *criação e execução da lei; criação e aplicação do Direito*.⁶⁰¹

Conforme Kelsen, o Poder Executivo diferencia-se em duas *funções* separadas: a *função política* e a *função administrativa*. Na terminológica francesa e alemã, a primeira é dita *Governo*, à qual se atribui atos que são politicamente importantes; são atos praticados pelos órgãos administrativos mais altos, como o chefe de Estado e os chefes dos vários departamentos administrativos. São também atos de *execução*. São atos carregados de certo arbítrio, o que não lhes tira o caráter de ato executor do Direito. Mas “a diferenciação do Poder Executivo em uma *função governamental (política)* e uma *administrativa* tem antes um caráter *político* do que *jurídico*.” Do ponto de vista *jurídico*, todo domínio do Poder Executivo designa-se *Administração*.⁶⁰²

Kelsen defende essa ideia de que há somente duas *funções do Estado*: a de *criação* e a de *aplicação* do Direito. Mas afirma que tal dualismo tem caráter relativo, vez que muitos atos do Estado *criam e aplicam (executam)* o Direito ao mesmo tempo, além de que é impossível atribuir exclusivamente cada *função* a um órgão de modo que um mesmo órgão não venha a cumprir, ao mesmo tempo, ambas as *funções*. Especialmente, conforme Kelsen, não há a menor diferença entre a *função administrativa* e a *função judiciária*. A esse propósito o autor exemplifica que, nos Estados Unidos, o uso excessivo de tribunais (judiciários) para resolver controvérsias resultou num programa de remoção de categorias inteiras de casos dos tribunais e na transferência delas para a execução por autoridades administrativas. Tal transferência, defende Kelsen, só foi possível porque as *funções judiciárias e administrativas* são idênticas.

⁶⁰¹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 272 e 364-366.

⁶⁰² *Ibid.*, p. 365-366, grifo nosso.

O autor aponta que as diferenças entre as atribuições de cada órgão têm mais uma explicação histórica que uma explicação nas *funções do Estado*.⁶⁰³

F) Oswaldo Aranha Bandeira de Mello

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello entende de um modo bastante particular a questão das *funções do Estado*.

Diz o autor que há uma “ação normativa do Estado-poder”, ou “ação legislativa”, que consiste na edição de normas de conduta, gerais, abstratas, impessoais, de utilidade pública, que inovam originariamente na *ordem jurídica* e que são coercitivas. Há também a “ação executiva do Estado-poder”, que realiza, em concreto, a “ação legislativa”, e que consiste na produção de *atos jurídicos* e de *atos materiais*, dentro das balizas estabelecidas pela “ação legislativa”. Há, ainda, a “ação judicial do Estado-poder”, pela qual se aplica aos casos concretos a norma jurídica disposta pela “ação legislativa”.⁶⁰⁴

Mas o autor afirma que tanto a “ação legislativa” como a “ação executiva” são expressões de uma mesma faculdade do “Estado-poder”, qual seja, a realização e integração da ordem social. Ambas constituem dois momentos de uma mesma *função do “Estado-poder”*, que é a *função administrativa*. Diferente dessa, é a “ação judicial”, que tem um objeto diferente, consistente na manutenção da ordem jurídica em vigor, com assecuração do Direito, se ameaçado ou desrespeitado; daí, que envolve outra função, que é a *função jurisdicional*. Enfim, para o autor são duas as *funções do Estado*: a *administrativa* e a *jurisdicional*. Naquela, o “Estado-poder” atua como parte, em obra própria, de modo espontâneo e por meio da função pública que lhe compete; nesta, atua como terceiro, substituindo, por meio de função pública, a vontade das partes que não conseguiram, por si, harmonizar os respectivos interesses. O “Poder Público”, uno, vale-se dessas duas faculdades distintas, ou, mesmo, “poderes fundamentais”: “o político, de integração da *ordem jurídica*, mediante seu estabelecimento e sua integração; e o jurídico, de reintegração dessa *ordem jurídica*, mediante seu asseguramento e a fixação de um sentido normativo dela.” Supera-se assim a tripartição de Poderes, substituindo-a pela dualidade dos Poderes. As operações do “poder político” correspondem à *função administrativa* e as operações do “poder jurídico” correspondem à *função jurisdicional*. Aquela consiste em estabelecer a norma jurídica e executá-la; esta consiste em “dizer o Direito

⁶⁰³ KELSEN, 2016, p. 386 e 390-404.

⁶⁰⁴ BANDEIRA DE MELLO, O., 2007, p. 30-39.

constante de norma e de relações consequentes, vinculando partes em controvérsia, de maneira a resolver o conflito entre elas existente e afirmar o significado do Direito vigente”.⁶⁰⁵

Enfim, eis aí, abreviadamente, a concepção dual do autor acerca das *funções do Estado*. Trata-se de uma concepção muito particular vez que reconhece somente uma *função administrativa* e outra *função jurisdicional*, correspondente aquela ao “poder político e esta ao “poder jurídico”.

6.3.2 AS VÁRIAS TENTATIVAS DE DISTINGUIR MATERIALMENTE O GOVERNO DA ADMINISTRAÇÃO

Dessa discussão acerca das *funções do Estado* pode-se reunir, precisamente, as tentativas de distinguir a *função de governo* da *função administrativa*. É o que segue, especialmente à luz de artigo escrito por Pierre Serrand sob o título *Administrer et gouverner - histoire d'une distinction*.

Como se viu (cf. *supra*, p. 76), Michoud afirmava que a primeira vez que um texto legal opôs, claramente, o *Governo* à *Administração* foi o *Décret de décentralisation du 25 mars 1852*. Esse decreto dispunha, em sua motivação, o seguinte:

Considerando que se pode *governar* de longe, mas que não se *administra* bem senão de perto; que, por conseguinte, tanto importante é centralizar a *ação governamental* quanto é necessário descentralizar a *ação puramente administrativa*.⁶⁰⁶

Serrand, por outro lado, afirma – a despeito das considerações Michoud – que mesmo antes, com a Constituição francesa de 1799, quando esta confiava o *gouvernement* aos três cônsules, e com a Constituição francesa de 1852, quando esta também confiava, no art. 2º, o *gouvernement*, dessa vez, ao presidente da República, e, posteriormente, ao Imperador, e, quando, no art. 3º, ela afirmava que ele *gouverne*, já havia, com tudo isso, uma necessidade em fazer uma distinção entre *Governo* e *Administração* (*função administrativa* e *função de governo*). Nada obstante, Serrand afirma que essa distinção entre *Governo* e *Administração*, em

⁶⁰⁵ BANDEIRA DE MELLO, O., 2007, p. 49-58.

⁶⁰⁶ FRANCE, 1852 apud DUCROCQ, 1897, t. 1, p. 29, grifo do autor, trad. nossa de: “ Considérant qu’on peut *gouverner* de loin, mais qu’on n’*administre* bien que de près; qu’en conséquence autant il importe de centraliser l’*action gouvernementale* de l’État, autant il est nécessaire de décentraliser l’*action purement administrative*.”

um texto legal, é relacionada, sobretudo, ao célebre texto do *Décret de Décentralisation du 25 mars 1852* – supracitado e mencionado por Michoud (cf. *supra*, p. 76).⁶⁰⁷

Mas, nada obstante a presença da distinção entre o *Governo* e a *Administração* nesses textos legais, foi especialmente a *doutrina*, e sobretudo a *doutrina* francesa,⁶⁰⁸ que elaborou essa distinção. Assim o fez, especialmente, por duas razões: uma, que havia uma necessidade de distinguir, dentro da noção de “Poder Executivo”, que ganhava espaço, duas ordens de atribuições que eram diferentes, sendo que, em relação à correspondente ao *Governo*, queria-se, sobretudo, desvinculá-la da ideia de “*execução*”; outra, é que havia uma necessidade *doutrinária* e *jurisprudencial* de explicar a incompetência do juiz para o *conhecimento* de certos atos, o que se fazia, então, com identificação dos *atos de governo*, distinguindo-os dos *atos administrativos*, com base na distinção entre *função de governo* e *função administrativa*.⁶⁰⁹

Bem, como afirma Pierre Serrand, a *função de governo* é relacionada com as outras *funções do Estado* de toda maneira na *doutrina*. Há uma série de autores que acreditam que só existe Poder Legislativo e Poder Executivo, de modo que neste estariam compreendidas a *função de governo*, a *função administrativa* e a *função jurisdicional*. Outros autonomizam o Poder Judiciário, como terceiro Poder do Estado, e mantêm dentro do Poder Executivo a distinção entre a *função de governo* e a *função administrativa*, sob uma concepção tripartite de Poderes do Estado. Outros, ainda, reconhecem quatro Poderes no Estado, atribuindo a cada qual uma das quatro *funções do Estado*, sem, portanto, assimilar a *função de governo* e a *função administrativa* dentro do Executivo. Enfim, são várias as concepções por meio das quais se separam as *funções do Estado* e se compreendem, nelas, a *função de governo*. De qualquer modo, a *doutrina*, nesse intento, modo geral, opõe a *função de governo* e a *função administrativa*, sob essa perspectiva mesmo, *funcional – material, substancial, de conteúdo, de fundo* –, e não *orgânica*, até porque, modo geral, compreende-se que a *função de governo* e a *função administrativa* se exercem pelas mesmas autoridades, pelos mesmos *órgãos*. Daí que é possível notar os critérios *materiais* pelos quais se tenta distinguir o *Governo* da *Administração*. É o que seque.⁶¹⁰

⁶⁰⁷ SERRAND, Pierre. Administrer et gouverner: histoire d’une distinction. **Jus politicum**. n. 4, p. 1-19, juil. 2010. Disponível em: <http://juspoliticum.com//article/Administrer-et-gouverner-Histoire-d-une-distinction-219.html>. Acesso em: 22 nov. 2019. p. 1-2.

⁶⁰⁸ MEDAUAR, 2017, p. 162.

⁶⁰⁹ SERRAND, op. cit., p. 2-4, grifo nosso.

⁶¹⁰ Ibid., p. 5-8.

Um primeiro critério *material* com o qual se tenta separar a *função de governo* da *função da administrativa* é o critério da hierarquia, da autoridade segundo o qual: o *Governo* dá a iniciativa, a impulsão, a direção, situando-se num degrau superior; ao passo que a *Administração* está num nível inferior, é subordinada e limita-se à execução.⁶¹¹ Sob esse critério, o *Governo* é o motor, mola propulsora, e a *Administração* é o agente de transmissão e de execução.⁶¹² Como explica Serrand, esse critério pode ser percebido na compreensão de autores, como Sieyès, Batbie, Ducrocq, Vivien, Laferrière, Jean Rivero, ou seja, em autores do período revolucionário e também em outros mais recentes.⁶¹³ Veja-se, por exemplo, que, para Laferrière:

Administrar é assegurar a aplicação cotidiana das leis e velar pelas relações dos cidadãos com a administração central ou local e pelas relações das diversas administrações entre si. *Governar* é velar pelo respeito à Constituição e pelo funcionamento dos grandes poderes públicos; é assegurar as relações do *Governo* para com as Câmaras legislativas e é assegurar aquelas relações do Estado para com as potências estrangeiras.⁶¹⁴

Nesse mesmo sentido, Ducrocq afirma que: “[...] o *Governo* é a parcela do Poder Executivo que tem a missão dirigir o país nas vias de seu desenvolvimento interior e nas vias de suas relações exteriores, ao passo que a *Administração* é seu complemento e sua ação vital”.⁶¹⁵ No mesmo sentido, Vivien, que considera a expressão “Poder Político” sinônimo da expressão *Governo*, defende que: “[...] o *Poder Político* é a cabeça, a *Administração* é o braço. [...] o *Poder Político* traça o caminho, a *Administração* o segue.”⁶¹⁶ Pode-se notar esse mesmo critério em Duez, que, embora remarque que não está tratando de uma distinção *jurídica*, mas sim *política*, e que também os atos por meio dos quais cada uma das *funções* se manifestam têm a mesma natureza, o autor, mesmo assim, consigna que: “a *função de governo* e a *função administrativa* diferenciam-se somente por sua importância *política*; a primeira domina a segunda, uma vez que ela determina a orientação geral conforma a qual esta última se

⁶¹¹ SERRAND, 2010, p. 8.

⁶¹² HAURIOU, 1921, p. 432

⁶¹³ SERRAND, op. cit., p. 8-11.

⁶¹⁴ LAFERRIÈRE, 1896, t. 2, p. 33, grifo nosso, trad. nossa de: “Administrer, c'est assurer l'application journalière des lois, veiller aux rapports des citoyens avec l'administration centrale ou locale et des diverses administrations entre elles. Gouverner, c'est veiller à l'observation de la Constitution, au fonctionnement des grands pouvoirs publics, assurer les rapports du Gouvernement avec les Chambres, ceux de l'État avec les puissances étrangères.”

⁶¹⁵ DUCROCQ, 1897, t. 1, p. 28, grifo nosso, trad. nossa de: “[...] le gouvernement est la portion du pouvoir exécutif quia mission de diriger le pays dans les voies de son développement intérieur et de ses relations extérieures, tandis que l'administration en est le complément et l'action vitale.”

⁶¹⁶ VIVIEN, [1852-1859] apud SERRAND, op. cit., p. 8-9, grifo nosso, trad. nossa de: “Le pouvoir politique est la tête, l'administration est le bras. [...]. Le pouvoir politique trace la voie et l'administration l'y suit.”

realizará.”⁶¹⁷ Ainda, no mesmo sentido, nada obstante também assinalando que esta distinção não é *jurídica*, que tanto a *Administração* como o *Governo* manifestam-se por *atos jurídicos* de mesma *natureza* e cuja incumbência, modo geral, recai sobre os mesmo *órgãos*, Jean Rivero afirma que, de um ponto de vista *material*, *governar* é tomar decisões essenciais que envolvem o futuro nacional, como declarar guerra ou estabelecer uma política econômica, enquanto que *administrar* é uma tarefa cotidiana, que pode manifestar-se nos atos mais simples.⁶¹⁸

Um segundo critério *material*, que Serrand nota, é o do caráter político da *função*.⁶¹⁹ Os autores que assim entendem afirmam que a *função de governo* é imbuída dele, enquanto que a *função administrativa* não; o que pode se notar, por exemplo, na concepção de autores tais como Vivien e Batbie, os quais tinham como sinônimo da expressão *gouvernement* a expressão *pouvoir politique*, a qual opunham à *Administração*.⁶²⁰ É possível perceber esse critério também na *doutrina* do professor Cademartori, que considera *Governo* o “[...] aspecto político da atividade exercida no âmbito do Poder Executivo [...]”.⁶²¹

Já um terceiro critério *material* é a oposição do excepcional ao normal, segundo o que o *Governo* se ocupa das questões extraordinárias, ao passo que a *Administração* se ocupa do que é previsível e habitual.⁶²² É o que se nota na concepção do jurista Maurice Hauriou, segundo quem a fórmula, embora seja muito inexata e imprestável tanto para a identificação da *função de governo* como dos *atos de governo*, segue assim: “a *função administrativa* consiste, essencialmente, em realizar as questões correntes do público; a *função de governo* consiste em solucionar as questões excepcionais que interessam à unidade política e em velar pelos grandes interesses nacionais”.⁶²³

Um quarto critério *material* é aquele que se observa de vários autores, dentre os quais alguns já citados, como Ducrocq e Laferrière, mas que tem a mais célebre expressão no pensamento de Carré de Malberg (cf. *supra*, p. 154), o qual não faz senão um prolongamento do pensamento de Jellinek.⁶²⁴ Em suma, consiste esse critério em distinguir as duas *funções*

⁶¹⁷ DUEZ, 2006, p. 32, grifo nosso, trad. nossa de: “La fonction gouvernementale et la fonction administrative se différencient seulement par leur importance politique, la première dominant la seconde puisqu’elle détermine l’orientation générale suivant laquelle s’accomplira cette dernière.”

⁶¹⁸ RIVERO, 1980, p. 12-13.

⁶¹⁹ SERRAND, 2010, p. 11-12.

⁶²⁰ Id., loc. cit.

⁶²¹ CADEMARTORI, 2007, p. 26-27.

⁶²² SERRAND, op. cit., p. 13-14.

⁶²³ HAURIOU, 1921, p. 19 e 432-433, grifo nosso, trad. nossa de: “La fonction administrative consiste essentiellement à faire les affaires courantes du public. La fonction gouvernementale consiste à solutionner les affaires exceptionnelles qui intéressent l’unité politique et à veiller aux grands intérêts nationaux.”

⁶²⁴ SERRAND, op. cit., p. 14-15.

com base na origem da norma que as fundamenta; assim, enquanto a *função administrativa* consiste na execução das leis, o que é dizer que ela se exerce em virtude de permissões legislativas, a *função de governo* independe das leis e consiste na execução de normas constitucionais.⁶²⁵ Em sentido parecido, Canotilho fala em *reserva de governo*, que consistiria na existência de um núcleo essencial de *matérias*, a cargo exclusivamente do *Governo*, imunes à intervenção da *lei*; contudo, o autor nega a existência de um tal conceito.⁶²⁶

Ao cabo de seu estudo, Serrand afirma que nenhum dos critérios *materiais* para apartar o *Governo* da *Administração* conquistou a unanimidade na *doutrina*. É verdade também que há uma miríade de autores que não reconhecem qualquer distinção *material* entre *Governo* e *Administração*. Além disso, para boa parte dos autores, a distinção *material* entre *Governo* e *Administração* é uma distinção que não é *jurídica*, ou seja, que não tem *efeito jurídico* algum. Daí que boa parte dos autores preferem, para distinguir o *Governo* da *Administração*, critérios *orgânicos*,⁶²⁷ especialmente em razão de sua simplicidade; contudo, sob a distinção *orgânica* de *Governo* e *Administração*, resta o problema de que, modo geral, são os mesmos *órgãos* que exercem a *função administrativa* e a *função de governo* e que, por conseguinte, os mesmos *órgãos* praticam os *atos administrativos* e os *atos de governo*...⁶²⁸

6.3.3 A TEORIA DAS FUNÇÕES DO ESTADO, A SEPARAÇÃO DOS PODERES E AS EXCEÇÕES A ESTA

Essa discussão acerca das *funções do Estado* é bem compreendida na discussão acerca do *princípio da separação dos poderes*, da maneira mesmo que ele aparece, como forma de limitar o Poder, no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, e segundo o que ele consiste numa “divisão funcional do Poder”, “na medida em que leva em

⁶²⁵ SERRAND, 2010, p. 14-15.

⁶²⁶ CANOTILHO, 2003, p. 742.

⁶²⁷ Por exemplo, Jean Rivero, após afirmar que a distinção *material* entre *Governo* e *Administração* não é uma distinção *jurídica*, assinala que o que costuma haver é uma distinção *orgânica*. Nesse sentido, diz o autor que um traço comum em vários regimes políticos é que há uma distinção entre os *órgãos de preparação e execução*, normalmente compostos por especialistas, que dedicam a esses *órgãos* suas vidas inteiramente, e os *órgãos de direção suprema e de controle*, cujas atribuições, modo geral, estão fixadas na Constituição. Assim, no topo da *Administração*, estão geralmente as autoridades que carregam um *status* constitucional e uma origem *política*, sendo encarregadas, sobretudo, da *direção da administração*; enquanto que a *execução* cabe àqueles primeiros *órgãos*, em que se inserem os *serviços públicos* e outros *órgãos* que que, em sentido corrente, denominam-se, simplesmente, *Administração*. (RIVERO, 1980, p. 13).

⁶²⁸ SERRAND, op. cit., p. 16-18.

conta *funções* que cabem ao Poder estatal, como critério para separá-las quanto ao exercício, atribuindo-as a órgãos superiores, os Poderes”.⁶²⁹

O *princípio da separação dos poderes* é fruto de longa evolução histórico-política que tem expoentes desde a antiguidade e que ganhou prestígio e ressonância com a obra de Montesquieu, a qual preconiza a separação tripartida dos Poderes em prol da liberdade individual e contra o absolutismo.⁶³⁰ Como é sabido, a *separação dos poderes* tem antecedentes na antiguidade, com Aristóteles, a quem não fazem referência os modernos propugnadores da “divisão funcional do Poder”, tais como Locke e Montesquieu; nada obstante, de qualquer modo, a este último é atribuído o esquema de *separação de poderes* que o constitucionalismo melhor absorveu.⁶³¹ Ademais, a divisão dos Poderes que Montesquieu tomou por modelo – repita-se – é uma “divisão funcional do Poder”.⁶³²

Montesquieu empenha-se, sobretudo, em separar o exercício de certas *funções*, atribuindo-as a titulares diferentes, com vistas a evitar a opressão de um *poder* sem limites sobre os cidadãos. O traço essencial do *princípio da separação dos poderes*, segundo Montesquieu, é, malgrado o equívoco de contrariar a unidade do *Poder do Estado*, a decomposição e secção, mesmo, do *Poder do Estado* em três poderes principais, suscetíveis de ser atribuídos, separadamente, a três tipos de titulares, os quais constituem, eles mesmos, no Estado, três autoridades primordiais e independentes. Então – como se vê – Montesquieu crê encontrar, no Estado, três “poderes”, distintos pelo seu *conteúdo*, e cuja unidade constitui, mesmo, o *Poder do Estado* em sua totalidade, em relação ao qual aqueles são iguais, autônomos e independentes; além de que, essa divisão tripartite do *Poder do Estado*, sob tal perspectiva, corresponde, respectivamente, a três tipos de autoridades que constituem, como *órgãos*, três grandes poderes, justapostos e iguais entre si, sendo que, no ápice de cada um deles, reside um titular com caráter de órgão supremo. Ademais – insista-se – trata-se de separação *material* de *funções do Estado*: embora Montesquieu não tenha definido suficientemente cada um dos poderes, é claro que ele pretendeu separar as *funções* por sua natureza intrínseca e distribuí-las a *órgãos* distintos. Enfim – remarque-se – o *princípio da separação de poderes*, segundo Montesquieu, exige também a independência e igualdade entre os *órgãos* de cada poder.⁶³³

⁶²⁹ FERREIRA FILHO, 2015, p. 261; SANTOS NETO, 2003, p. 148.

⁶³⁰ TAMER, 2005, p. 15-17.

⁶³¹ FERREIRA FILHO, op. cit., p. 264 e 268.

⁶³² Ibid., p. 261 e 263.

⁶³³ CARRÉ DE MALBERG, 1922, t. 2, p. 3, 5, 8-9, 20, 28-29, 34 e 48.

No mesmo sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho aponta que se extrai de Montesquieu especialmente duas lições. Uma é exatamente a doutrina das *funções* e dos Poderes: cada Estado exerce três *funções*, atribuídas, cada uma, a cada um dos três Poderes. A outra é que a *separação dos poderes* é fonte da *liberdade* dos cidadãos.⁶³⁴

Mas a formulação de Montesquieu não é a formulação clássica da *separação dos Poderes* adotada pelo Constitucionalismo. Esta concebe ainda a *supremacia do Legislativo* e o *Estado de Direito*, cujos princípios são a *legalidade*, a *reserva da lei* e a *supremacia da lei* (e conseqüente *invalidade* de todos os *atos administrativos*).⁶³⁵

De todo modo, o pretenso caráter científico da *separação dos poderes* nunca excluiu, na prática constitucional, que um Poder não pudesse ser investido de *função* outra que não a sua preponderante e, nesse sentido, jamais tratou-se de separação “pura” “[...] salvo no cadinho abstrato dos juristas [...]”; bem ao contrário, “[...] sempre implicou, na sua expressão constitucional concreta, exceções, às quais a prática política acrescentou muitas outras”.⁶³⁶ No mesmo sentido, Dalmo Dallari afirma: que o sistema de *separação de poderes* jamais foi praticado; que sempre há uma intensa interpenetração de um Poder em outro; que o *órgão* de um Poder, comumente, pratica atos que, a rigor, seriam de outro; e que fatores extralegais influem, fazendo com que algum dos Poderes predomine sobre os demais.⁶³⁷ Sergio Victor Tamer afirma que “Exigências novas da sociedade contemporânea impuseram a necessidade de uma legislação mais numerosa e mais técnica, incompatível com o modelo da separação dos poderes”.⁶³⁸ Ferreira Filho aponta que, especialmente depois da Segunda Guerra Mundial, as Constituições “dessacralizaram” a separação do Poderes; pois, embora tivessem mantido a previsão da tripartição, não distribuíram as diversas atribuições entre os Poderes senão em função de critérios de conveniência.⁶³⁹ Enfim, como afirma Palu, ao mesmo tempo que há a passagem do Estado Liberal ao *Estado Social*, marcada pela intervenção do Estado no domínio social e econômico, há uma passagem do *Estado de Direito* ao *Estado Democrático de Direito*, cuja marca é o controle jurisdicional do Poder, que é um *controle* que é jurisdicional e vinculado à Constituição, e não à lei.⁶⁴⁰

⁶³⁴ FERREIRA FILHO, 2015, p. 268-269.

⁶³⁵ Ibid., p. 270-271.

⁶³⁶ Ibid., p. 271-272.

⁶³⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 217.

⁶³⁸ TAMER, 2005, p. 19.

⁶³⁹ FERREIRA FILHO, op. cit., p. 281.

⁶⁴⁰ PALU, Olwaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 84-85.

No fundo, o Poder Executivo, após a segunda guerra mundial, com a consagração do *Estado Social*, passa a desempenhar grande papel no plano econômico e social, desempenhando grande papel de liderança política e de impulsionador do Estado, e, especialmente ante às insuficiências dos parlamentos no atendimento do *Estado social*, passou, também, a desempenhar grande papel legislativo.⁶⁴¹ Enfim, Jorge Miranda afirma que, no que concerne especificamente aos *atos de governo* (considerados como atos insuscetíveis de apreciação por *órgãos jurisdicionais*), aconteceu, no século XX, sucedendo um processo de separação da *função administrativa* da “*função governativa*”, um movimento de progressiva aproximação dos *atos de governo* aos *atos legislativos*, de modo que houve uma diluição da “*função governativa*” numa *função política em sentido amplo*, que engloba a *função legislativa* e a “*função governativa*”.⁶⁴²

Jorge Miranda ainda indica que algumas atividades do Estado não se inserem em nenhuma das três *funções do Estado*, pois há zonas fronteiriças, funções complementares, acessórias e atípicas.⁶⁴³ Michel Temer fala que cada *órgão* do Poder exerce, com preponderância, uma *função*, que seria a típica, e, secundariamente, exerce as outras duas, donde se extrai a atipicidade.⁶⁴⁴

Nesse sentido, por exemplo, Seabra Fagundes afirma que o “Estado realiza seus fins por meio de três *funções* em que se reparte a sua *atividade* [...]” e que “[...] o exercício dessas *funções* é distribuído pelos *órgãos* denominados Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário;” mas, como “[...] cada um desses *órgãos* não exerce, de modo exclusivo, a *função* que nominalmente lhe corresponde, e sim tem nela a sua competência principal ou predominante,” o autor limita-se a adotar, em sua obra, ambas as noções, quer dizer, a noção *material* e a noção *orgânica*, de sorte que afirma, também, que “[...] os atos *funcionais* dos *órgãos* do Estado comportam dois conceitos, um *material* e outro *formal*.”⁶⁴⁵

No mesmo sentido, veja-se que José Afonso da Silva, ao tratar do *princípio da separação dos poderes*, adota simultaneamente a concepção *material* e a *orgânica*, ao que, em seguida, admite exceções. Diz, primeiro, que os *órgãos* do Estado são “supremos” (constitucionais), aos quais incumbe o exercício do “poder político” e cujo conjunto denomina-se “governo”, e que são “dependentes”, os que estão em grau inferior e cujo conjunto forma a

⁶⁴¹ TAMER, 2005, p. 23-24.

⁶⁴² MIRANDA, 2019, p. 485, grifo nosso.

⁶⁴³ Ibid., p. 479 e 491-497.

⁶⁴⁴ TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 122-123.

⁶⁴⁵ FAGUNDES, 1984, p. 2-4 e 15, grifo nosso.

Administração Pública. Mas o “governo”, para o autor, é o “conjunto de *órgãos* mediante os quais a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada, ou o conjunto de *órgãos* supremos a quem incumbe o exercício das *funções* do *poder político*.” Depois, afirma que a *separação dos poderes* consiste na atribuição de cada uma das *funções governamentais* (legislativa, executiva e jurisdicional) a *órgãos* diferentes, que levam os nomes das respectivas *funções*, e que ela se fundamenta na *especialização funcional*, pelo que cada *órgão* é especializado no exercício de uma *função*, e na *independência orgânica*, pelo que os *órgãos* não se subordinam uns aos outros, são independentes. Daí, então, afirma que a rigidez do princípio já não é a mesma de outrora, que a *harmonia entre os poderes* e o *sistema de freios e contrapesos* implicam ainda outras interpenetrações e, enfim, que há exceções ao princípio.⁶⁴⁶

Assim, por fim, há um conjunto de atos e atribuições que consistem em exceções, incoerências, atipicidades, entrelaçamentos, impurezas e interpenetrações ao *princípio da separação dos poderes*. Somando o que alguns autores mencionam, pode-se relacionar os seguintes: o processamento e julgamento dos crimes de responsabilidade, por meio do *impeachment*, pelo Legislativo⁶⁴⁷; o julgamento das contas do Executivo pelo Legislativo⁶⁴⁸; os atos administrativos praticados pelo Poder Legislativo⁶⁴⁹, dentre os quais os exercidos em razão da fiscalização a cargo do Tribunal de Contas⁶⁵⁰; as leis de efeito concreto do Legislativo⁶⁵¹; a verificação dos poderes dos membros do Congresso pelas próprias Câmaras⁶⁵²; o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Legislativo⁶⁵³; a permissão de que Deputados e Senadores ocupem cargos no Executivo⁶⁵⁴; a convocação de Ministro de Estado perante o plenário das Casas do Congresso ou de suas Comissões, bem como seu comparecimento espontâneo, para expor assunto relevante de seu Ministério⁶⁵⁵; os regulamentos do Poder Executivo⁶⁵⁶; a delegação legislativa concedida ao Presidente da República⁶⁵⁷; as medidas provisórias com força de lei, praticadas pelo Executivo⁶⁵⁸; os julgamentos da “justiça

⁶⁴⁶ SILVA, 2018, p. 108-114, grifo nosso.

⁶⁴⁷ FERREIRA FILHO, 2015, p. 272; TAMER, 2005, p. 21.

⁶⁴⁸ TAMER, loc. cit.

⁶⁴⁹ FERREIRA FILHO, loc. cit.; TAMER, loc. cit.

⁶⁵⁰ MIRANDA, 2019, p. 492; TAMER, loc. cit.

⁶⁵¹ FERREIRA FILHO, loc. cit.

⁶⁵² MIRANDA, loc. cit.

⁶⁵³ Id., loc. cit.

⁶⁵⁴ SILVA, op. cit., p. 113.

⁶⁵⁵ Ibid., p. 113-114

⁶⁵⁶ FERREIRA FILHO, loc. cit.

⁶⁵⁷ FERREIRA FILHO, op. cit., p. 284; SILVA, op. cit., p. 114.

⁶⁵⁸ FERREIRA FILHO, loc. cit.; SILVA, op. cit., p. 114.

administrativa”⁶⁵⁹, ou “tribunais administrativos”, pelo Executivo⁶⁶⁰; os atos administrativos praticados pelo Poder Judiciário⁶⁶¹, dentre os quais os praticados sob o abrigo das competências administrativas dos presidentes dos tribunais⁶⁶²; a jurisdição voluntária⁶⁶³; a atividade administrativa da Justiça Eleitoral, a exemplo da admissão de candidaturas⁶⁶⁴; os atos pelos quais o Judiciário executa suas próprias decisões⁶⁶⁵; a elaboração pelos tribunais de seus regimentos internos⁶⁶⁶; a súmula vinculante do STF⁶⁶⁷; as sentenças normativas do Poder Judiciário⁶⁶⁸; a atividade do Ministério Público⁶⁶⁹; enfim.

6.4 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Por fim, a *jurisdição constitucional* parece também ser um grande obstáculo ao objetivo do presente estudo. Veja-se, pois, a esse respeito, no que segue.

6.4.1 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL CONDUZ AO CONTROLE JURISDICIONAL DE QUALQUER ATO DO ESTADO

Foi no início do século XIX, durante a expansão da Revolução Industrial, que se iniciou o movimento de absorção de *questões políticas* pelo Poder Judiciário.⁶⁷⁰ O *controle de constitucionalidade* foi posto em prática pela primeira vez sob o *sistema norte-americano de judicial review*, na causa *Marbury v. Madison*, em 1803.⁶⁷¹ Sob esse sistema, altera-se o papel do Poder Judiciário, tal como concebido inicialmente por Montesquieu, pois nele o juiz passa a dar a decisão final a respeito de todos os atos pelos quais se manifesta o poder estatal, o que

⁶⁵⁹ MIRANDA, 2019, p. 491.

⁶⁶⁰ TAMER, 2005, p. 21.

⁶⁶¹ FERREIRA FILHO, 2015, p. 272.

⁶⁶² MIRANDA, op. cit., p. 492.

⁶⁶³ Ibid., p. 491.

⁶⁶⁴ Ibid., p. 492.

⁶⁶⁵ Id., loc. cit.

⁶⁶⁶ Id., loc. cit.; TAMER, loc. cit.

⁶⁶⁷ MIRANDA, op. cit., 494-497.

⁶⁶⁸ FERREIRA FILHO, loc. cit.

⁶⁶⁹ MIRANDA, op. cit., p. 493.

⁶⁷⁰ CANELA JUNIOR, 2011, p. 73.

⁶⁷¹ CAPPELLETTI, 1984, p. 46-47.

é o prelúdio da possibilidade do controle de qualquer “ato de governo”.⁶⁷² No mesmo sentido, como afirma Oswaldo Luiz Palu, o advento do *Estado Democrático de Direito* conduziu a um alargamento da *função jurisdicional*, que passa a estar assentada não tanto no *princípio da legalidade*, mas mais no *princípio da constitucionalidade*.⁶⁷³

Duez já alertava, em 1935, que a consagração de uma *jurisdição constitucional* poderia, ao menos no que toca aos atos pelos quais o Poder Legislativo e o Poder Executivo se relacionam, colocar em cheque o *ato de governo*, na medida mesmo da competência que os juízes passariam a deter.⁶⁷⁴

É bem nesse sentido que Kelsen, no texto em que defende a *jurisdição constitucional*, afirma que uma Constituição pode prever *decretos*, consistentes em “*atos gerais*”⁶⁷⁵, a cargo do *Governo*, que estão no mesmo grau que as *leis*, têm a mesma força que as *leis* e, tal como elas, são *imediatamente subordinados à Constituição*, de sorte que podem, portanto, assim mesmo como as *leis*, ser imediatamente inconstitucionais e, por conseguinte, contra eles, dado o vício de *inconstitucionalidade*, devem ser dirigidas as garantias da Constituição, ou seja, a *jurisdição constitucional*. Mais ainda, afirma também que seria possível incumbir a *jurisdição constitucional* da atribuição do *controle* de certos *atos individuais* específicos praticados pelo chefe de Estado ou pelo chefe do Executivo.⁶⁷⁶

Enfim, o que se quer marcar é que a *jurisdição constitucional*, seus pressupostos e corolários, conduzem bem a essa ideia geral de que qualquer ato deve ser conforme a Constituição, que é garantida pelo exercício mesmo da *jurisdição constitucional*. Nesse sentido, Ferreira Filho afirma que, como a *supremacia da Constituição* implica que todo Poder deve ser exercido em conformidade com a Constituição, do que resulta que o vício que surgir a esse respeito consiste numa *inconstitucionalidade*, esta, para ser superada, reclama um *controle de constitucionalidade*, o que, por sua vez, no *Estado constitucional*, traduz-se na instituição de uma *justiça constitucional*.⁶⁷⁷ Barroso afirma que o *controle de constitucionalidade das leis*, que é “uma das formas do exercício da *jurisdição constitucional*,” tem como um de seus

⁶⁷² CANELA JUNIOR, 2011, p. 74.

⁶⁷³ PALU, 2004, p. 115.

⁶⁷⁴ DUEZ, 2006, p. 170.

⁶⁷⁵ Cabe mencionar, contudo, que o autor deixa de incluir, genericamente, no papel da *jurisdição constitucional* o *controle dos atos individuais* da *Administração* porque afirma que o julgamento de tais atos seria reconhecidamente da competência dos tribunais administrativos, aos quais caberia o *controle de legalidade*. (Kelsen, 2007, p. 158).

⁶⁷⁶ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 123-124, 126, 133, 156-158 e 162.

⁶⁷⁷ FERREIRA FILHO, 2015, p. 128-129.

pressupostos a *supremacia da Constituição*, por cuja força “nenhuma lei ou ato normativo – na verdade, nenhum *ato jurídico* – poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição”.⁶⁷⁸ No mesmo sentido, José Afonso da Silva fala em *princípio da constitucionalidade*, cujo significado é o de que, no *Estado Democrático de Direito*, a Constituição, emanada da vontade popular, é *rígida*, do que decorre, imediatamente, que todos os Poderes e os atos que deles provenham devem estar *vinculados* a ela, o que só se garante e efetiva por meio da *jurisdição constitucional*.⁶⁷⁹

6.4.2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL CONDUZ À ATRIBUIÇÃO DE PAPEL POLÍTICO AO PODER JUDICIÁRIO

Conforme Canotilho, a *jurisdição constitucional* tem, modo geral, seus limites delineados pelo princípio, de matriz jurisprudencial norte-americana, da *autolimitação judicial* (ou *autocontenção*, ou *self-restraint*). Esse princípio conduz, basicamente, a que os juízes se limitem a solucionar *questões constitucionais* e se esquivem das *questões políticas*. Mas – como já se disse no presente estudo –, isso não implica a “declinação da competência”, ou seja, a *inadmissão da ação* pelo juiz. O tribunal encarregado da *jurisdição constitucional* só examina a *constitucionalidade* do *político*, tomando como parâmetros de sua atuação as *regras* e os *princípios constitucionais*, de sorte que não se torna uma “*jurisdição política*”. A *autolimitação* implica que a *função jurisdicional*, ao apreciar o vício em um ato, deve evitar de adentrar no *mérito*, que, segundo Canotilho, consiste na “oportunidade política dos actos e uso de poder discricionário pelo Parlamento e Governo”. Mas, apesar disso, Canotilho não deixa de assumir que as *regras* e *princípios constitucionais* carregam forte dimensão *política*, razão pela qual o tribunal encarregado da *jurisdição constitucional* assume logo o papel de um “regulador político”, participe do processo *político*.⁶⁸⁰

No mesmo sentido, conforme Oswaldo Luiz Palu, o Poder Judiciário, sob a *separação de poderes* preconizada por Montesquieu, que é uma divisão *material*, é mero executor da decisão *política* do Executivo e do Legislativo; ao passo que, com o *controle de*

⁶⁷⁸ BARROSO, 2019, 23 e 25, grifo nosso.

⁶⁷⁹ SILVA, 2011, p. 99-100; Id., 2018, p. 124.

⁶⁸⁰ CANOTILHO, 2003, p. 1305 e 1308-1309.

constitucionalidade e com o “controle de conformidade”, idealizados por Marshall e pelos norte-americanos, o *controle jurisdicional* assume também uma função de *controle político*.⁶⁸¹

A questão, no Brasil, já vinha de muito. Rui Barbosa, citando uma série de juristas norte-americanos que comentaram as atribuições da Corte Suprema de lá, destaca e revela o papel *político* exercido por um tribunal de tal envergadura.⁶⁸² Pedro Lessa, ao tratar das *questões políticas*, afirma, também com base nos juristas norte-americanos, que a atribuição, a título de ser meramente judicial, da Corte Suprema de *invalidar* os atos dos outros Poderes em razão da *inconstitucionalidade* que os acomete, infunde, bem ao contrário, ao Poder Judiciário um inegável caráter *político* e que as *questões políticas* são instrumento de que dispõe o Poder Judiciário mais para tirar de sua jurisdição as questões que não haja por bem julgar.⁶⁸³ Ainda, no mesmo sentido, Castro Nunes afirma que o poder de declarar a *inconstitucionalidade* das leis é uma função *política* por excelência.⁶⁸⁴

A ideia aparece na *doutrina* mais recente também. Osvaldo Canela Junior afirma que “[...] os magistrados desenvolvem uma missão *política*, consistente em fazer respeitar os princípios democráticos e a liberdade que a soberania popular quis exprimir na Constituição” e que, “a partir do momento em que o Poder Judiciário passou a exercer o *controle de constitucionalidade*, tornou-se um órgão eminentemente *político*, detentor do poder soberano”.⁶⁸⁵ Do mesmo modo, Sérgio Vitor Tamer assume que, quando o STF é chamado a se manifestar a respeito da *validade* das leis e dos atos do Executivo em face da Constituição Federal, exerce função *política*.⁶⁸⁶ Ainda, segundo José Afonso da Silva, a Constituição de 1988 deu novos rumos à *justiça constitucional* no Brasil, mormente com a afirmação de que o STF é *guardião da Constituição*, o que ressalta a missão *política* do tribunal.⁶⁸⁷ Ferreira Filho afirma que o Judiciário, hoje, desempenha um poder negativo, uma espécie de veto absoluto, uma faculdade de impedir, que é “intrinsecamente *política*.”⁶⁸⁸ Por fim e no mesmo sentido, Santos Neto afirma que o Poder Judiciário toma “decisões políticas”, com o que age no *plano político*, por exemplo, quando: pratica ato (cujo “aspecto extrínseco” é de *ato administrativo*) de criação de varas especializadas, em dada comarca; pratica ato (cujo “aspecto extrínseco” é de *ato*

⁶⁸¹ PALU, 2004, p. 118-121.

⁶⁸² BARBOSA, 1910, v. 1, p. 129-152.

⁶⁸³ LESSA, 1910, p. 54-57.

⁶⁸⁴ NUNES, 1943, p. 605.

⁶⁸⁵ CANELA JUNIOR, 2011, p. 76 e 77, grifo nosso.

⁶⁸⁶ TAMER, 2005, p. 167.

⁶⁸⁷ SILVA, 2011, p. 166.

⁶⁸⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 228. Grifo nosso.

jurisdicional) de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei; e pratica ato (cujo “aspecto extrínseco” é de *ato de governo*) de *requisição de intervenção federal*⁶⁸⁹ e outros, como aqueles relativos à sua participação em esforços no que concerne à cooperação jurídica internacional.⁶⁹⁰

Essa ideia pode ser bem percebida na *doutrina* de Luís Roberto Barroso. O autor afirma que:

O próprio papel do Judiciário tem sido redimensionado. No Brasil dos últimos anos, deixou de ser um departamento técnico especializado e passou a desempenhar um papel *político*, dividindo espaço com o Executivo e o Legislativo. [...]. É certo que os métodos de atuação e de argumentação empregados por juízes e tribunais são *jurídicos*, mas a natureza de sua função é inegavelmente *política*. Embora os órgãos judiciais não sejam integrados por agentes públicos eleitos, o poder de que são titulares, como todo poder de um Estado democrático, é *representativo*. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. Essa constatação ganha maior realce quando se trata do Tribunal Constitucional ou do órgão que lhe faça as vezes, pela repercussão e abrangência de suas decisões e pela peculiar proximidade entre a Constituição e o fenômeno político.⁶⁹¹

Afirma Barroso que a assunção de um papel *político*, por parte do Poder Judiciário, é compreendida no movimento do *neoconstitucionalismo*, que é marcado, também, pelo pós-positivismo, pela formação do *Estado constitucional*, no período pós 2ª Guerra Mundial, e pela expansão da *jurisdição constitucional*, somada a uma série de novas percepções teóricas acerca da interpretação constitucional, etc. Barroso, ainda, ressalta o que chama de atuação “*representativa*” do STF, a pretexto do que afirma: que foram transferidas parcelas de *poder político* de “criação judicial do Direito” para órgãos como o STF; que, em certos contextos, o Judiciário é melhor que o Legislativo na interpretação do sentimento majoritário e, por conseguinte, representa melhor, em certos casos, a vontade da sociedade; e que, para além mesmo desse papel *representativo*, uma Suprema Corte desempenha, ocasionalmente, “[...] o papel iluminista de empurrar a história quando ela emperra.” Nada obstante isso, Barroso arremata com a assertiva de que o modelo vigente não é o da *supremacia judicial*.⁶⁹²

⁶⁸⁹ Ao contrário, Ricardo Lewandowski, com amparo na *jurisprudência* do STF, faz uma distinção a propósito de evidenciar o papel “*político*” que a Suprema Corte exerce na *intervenção federal*, em oposição ao papel estritamente *jurídico* de que ela se desincumbe em outros casos. Diz o jurista que, quando o Supremo Tribunal Federal *requisita*, nos casos em que assim deve ser, ao Presidente da República a decretação da *intervenção federal*, essa decisão do STF veicula um pronunciamento *jurídico-político*. É uma medida *político-administrativa* e tem um caráter *político*, pelo que se distancia dos lindes *jurisdicionais*. A Corte exerce, nesse caso, uma atuação diferente da que ela exerce quando sob o fundamento do art. 102 da CF. O autor explica, também, que é no mesmo sentido que, quando a parte interessada provoca o tribunal para que este *requisite a intervenção federal*, ela está exercendo não o *direito de ação*, mas sim o *direito de petição*, previsto no art. 5º, XXXIV, da CF. (LEWANDOWSKI, 2018, p. 151-152).

⁶⁹⁰ SANTOS NETO, 2003, p. 170 e 172.

⁶⁹¹ BARROSO, 2019, p. 82-83, grifo nosso.

⁶⁹² Ibid., p. 423-425 e 444-458, grifo nosso.

Enfim, como disse, recentemente, o Min. do STF Dias Toffoli, ao responder questionamento acerca da acentuada intervenção do STF nos atos do Executivo: o objetivo do constituinte foi uma judicialização intensa.⁶⁹³

Na mesma linha, Ferreira Filho trata da *assunção pelo Judiciário de um papel político* como um aspecto da *judicialização da política*, fenômeno mundial e que está presente no Brasil, especialmente após a Constituição de 1988. Essa assunção de papel *político* pelo Judiciário consiste basicamente na transferência de decisões para o Judiciário, em detrimento do Executivo e do Legislativo. No Brasil, são vários os instrumentos que conduzem a que o Judiciário exerça esse papel *político*, dentre os quais: ainda antes da CF/88, a instituição e a projeção que foi dada à *ação popular* e à *ação civil pública*; já depois da CF/88, o alargamento da esfera de atuação do Judiciário no que toca ao *controle de constitucionalidade*; a constitucionalização da *ação civil pública*; o alargamento do escopo da *ação popular*; a instituição de novas ações, tais quais o *mandado de segurança coletivo*, o *habeas data* e o *mandado de injunção*, que se somaram aos já consagrados *habeas corpus* e *mandado de segurança*; a enunciação de numerosos princípios a serem concretizados pelo magistrado – sejam os expressos, a *moralidade*, a *impressoalidade*, a *publicidade*, a *legalidade*, a *eficiência*, a *legitimidade* e a *economicidade*, sejam aqueles que a *doutrina* identifica, a *razoabilidade* e a *proporcionalidade* -; a atribuição do STF de ser *guarda da Constituição*, pelo que atua como “legislador negativo”; a possibilidade de o STF diferir e restringir (*modular*) os efeitos da decisão em sede de *controle de constitucionalidade*, sob o fundamento de excepcional interesse social ou segurança jurídica, e de aprovar *súmula*, “verdadeiras normas constitucionais, que interpretam a Constituição”; e certas atribuições do TSE, que o permitem explicitar a Constituição, de sorte que exerce verdadeira edição de normas constitucionais – como, por exemplo, o controle sobre questões de número de vereadores e sobre fidelidade partidária... Todos esses pontos, sem mencionar outros, o autor afirma que infundem forte conotação *política* ao Judiciário.⁶⁹⁴

Enfim, em face dessas considerações, perde força a oposição entre o que é *político* e o que *jurídico*. Nesse sentido, afirma Osvaldo Canela Junior que, ante a *jurisdição constitucional*, perde sentido a distinção entre uma esfera *política* e uma esfera *jurídica*.⁶⁹⁵ No

⁶⁹³ Roda Viva | Dias Toffoli | 11/05/2020. [S. l.: s. n.], 2020. 1 vídeo (1 h e 26 min). Publicado pelo canal Roda Viva. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=aHFEig4cpaw>. Acesso em: 18 maio 2020.

⁶⁹⁴ FERREIRA FILHO, 2011, p. 275-287; Id., 2015, p. 160-161 e 246-257.

⁶⁹⁵ CANELA JUNIOR, 2011, p. 78.

mesmo sentido, diz Barroso que, perante as Constituições contemporâneas, ficou “[...] menos definida a fronteira entre a legislação e a jurisdição, entre a *política* e o Direito.”⁶⁹⁶

⁶⁹⁶ BARROSO, 2019, p. 428-430.

CONCLUSÃO

Como se colocou, o objetivo principal do presente trabalho consiste na busca de uma teoria segundo a qual certos atos de alta importância política a cargo do Poder Executivo devem ser excluídos da apreciação do Poder Judiciário.

Isso conduziu, primeiramente, à busca de uma noção de Estado. Uma primeira noção que se encontrou a esse respeito é uma noção histórico-evolutiva. Essa noção compreende que o Estado passa por períodos de evolução nos quais ele assume certas qualidades, que, de certo modo, definem-no. Ao cabo disto e tomando em conta o Estado brasileiro, chega-se à noção de que o Brasil se constitui em *Estado democrático de Direito*, razão pela qual ele se qualifica de certos princípios.

Mas essa noção não contribui, nem para definir o Estado em si, nem para determinar os contornos do *controle* do Poder Judiciário sobre o Poder Executivo. Para alcançar isso, é necessário tomar o Estado a partir de um ponto de vista *jurídico*. Fazendo isso, foge-se de uma noção de Estado que não é propriamente *jurídica* e que o compreende como sendo a junção de um *território*, uma *nação* e um *poder*, num sentido mais sociológico. Chega-se, então, a uma noção de que o Estado, na sua essência e num sentido *jurídico*, é uma *pessoa jurídica* dotada de um *Poder* próprio.

A partir disso, pode-se concluir logo que a noção *jurídica* de Estado não implica, por si, qualquer delimitação ao *controle jurisdicional*, o que significa que a possibilidade da subtração de certos atos do Poder Executivo do *controle* a cargo do Poder Judiciário não encontra, neste ponto, qualquer embargo. Ademais, é a partir dessa noção de Estado que se pode, justamente, extrair o *controle* do Poder Executivo pelo Poder Judiciário, vez que ela permite outras noções tais quais a de *órgão*, a de *função do Estado*, a de *Poder do Estado* e a de *personalidade do Estado*. É nesse sentido, então, que, grosso modo: reparte-se o *Poder do Estado* em Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, fazendo-os, cada qual, corresponder, respectivamente, a seus *órgãos*; entrega-se a *função jurisdicional* ao Poder Judiciário; faz-se corresponder o *órgão*, ou os *órgãos*, do Poder Executivo à *Administração*, ou *Administração Pública*; e, enfim, afirma-se, sob o fundamento de que o *Poder do Estado* é um *Poder de Direito* e de que o exercício da *função jurisdicional* é motivado pelas *situações contenciosas* que podem surgir entre a pessoa do Estado e a pessoa do particular, o *controle da Administração, ou dos atos administrativos, pelo Poder Judiciário*.

No entanto, aí aparecem as primeiras dificuldades, porque o Direito brasileiro costuma definir a *Administração* a partir de concepções *materiais* e *orgânico-formais*, além de que o *controle* da *Administração* pelo Poder Judiciário tem, tão logo, que ser distinguido de outros *controles* a que a *Administração* é sujeitada. De qualquer modo, essas distinções contribuem para a delimitação do *controle jurisdicional da administração*, ao menos como o Direito o compreende.

Bem, o *controle jurisdicional da administração* pode ser formulado a partir de uma concepção puramente *material*, como faz Roger Bonnard. No entanto, não é sob o rigor dessa noção *material* que o Direito brasileiro o compreende. O que é certo é que, no Brasil, vigora o *sistema de controle pela jurisdição ordinária*, o que implica que, salvo quaisquer exceções de menor importância, é o Poder Judiciário que exerce o *controle jurisdicional da administração* e, por conseguinte, pode-se identificar o *controle jurisdicional* com o *controle judicial*, ou *judiciário*. Além disso, no Direito brasileiro, costuma-se afirmar que o fundamento, a razão, e até a finalidade, do *controle* da *Administração* Pelo Poder Judiciário é, modo geral: a proteção dos *direitos fundamentais e individuais*, ameaçados ou lesados pela *Administração*, nas relações jurídicas em que ela se põe com o indivíduo, ou com um grupo de indivíduos, ou com a coletividade em si; a violação da *ordem jurídica*, ou do *direito objetivo*, pela *Administração*; um dito *princípio da justicialidade*, que, por decorrência do *Estado de Direito*, implica a imposição judicial do Direito; ou ainda, simplesmente, o *princípio da inafastabilidade do controle judiciário*. Esse *controle* pelo Poder Judiciário obedece, tradicionalmente, certas limitações, relacionadas: à sua *extensão*, segundo o que ele não alcança o *mérito* do *ato administrativo*, o qual aparece onde há *poder discricionário*; às suas *consequências*, pelo que ele se restringe a beneficiar aquele que provocou a atividade jurisdicional; e, ainda, à própria natureza das *vias processuais* por meio das quais ele é promovido. Mas essas limitações são mitigadas frente o alargamento do conceito de *legalidade*. Por fim, há toda uma competência do Poder Judiciário, compreendida pela *jurisdição constitucional*, ou *justiça constitucional*, não tão bem equacionada pela *doutrina* como um *controle jurisdicional* que incide sobre a *Administração*, mas que, seja mediante sua previsão em cláusulas gerais ou em cláusulas específicas para certos atos, constitui, de qualquer modo, um largo domínio de atuação do Poder Judiciário sobre os atos do Poder Executivo. Então, há que afirmar-se que há toda uma competência compreendida pela *jurisdição constitucional*, cujas modalidades não se resumem somente no *controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e dos atos normativos*, que

por si, assinala ser grande obstáculo a qualquer tentativa de excluir do *controle judicial* quaisquer atos do Poder Executivo.

Os *atos de governo*, do direito francês e europeu, nada obstante as discussões jurídicas a seu respeito, fornecem, em contornos gerais, um conceito que interessa ao propósito do trabalho. Eles, é certo, são bem definidos pelo seu caráter de excluir o *controle jurisdicional*. Eles geram a *inadmissibilidade da ação* que os questiona, ou, enfim, constituem uma *questão prejudicial*, em relação à qual o juiz não pode se imiscuir. Eles, em suma, impedem o *controle de legalidade* que o juiz exerce. Ademais, nada obstante as controvérsias a este respeito, modo geral, eles dizem respeito aos atos praticados pelo Poder Executivo, ou melhor, pela *Administração*, e, grosso modo, pelos agentes de cúpula ou de alta importância política.

Há, contudo, que escolher-se a sua melhor versão. É evidente que o *ato de governo* fundado no *móvel político* é uma noção absolutamente rejeitável, pois seu *critério* é *arbitrário* e seu fundamento conduz, também, ao *arbítrio*. Mas o *ato de governo* embasado na *teoria da natureza do ato*, seja pelo *critério da função de governo* ou o da *execução da Constituição*, é noção que apresenta certa precisão e fundamento, de modo que pode ser aproveitada. A asserção de que o *ato de governo*, que se distingue do *ato administrativo*, não é passível de *controle jurisdicional*, para ser somente uma questão relativa ao *Governo*, ao país e ao Poder Legislativo, revela bem o caráter *representativo, democrático e político* que a sua noção carrega. Isso também é encontrado nas enumerações de atos apontadas pela *doutrina* ou mesmo nos atos que a *jurisprudência* francesa revela. Tudo isso vai ao encontro do que se busca com o presente estudo. É certo que o *critério da função de governo*, que serve de ótimo fundamento para a exclusão do *controle jurisdicional*, não é tão preciso, especialmente tendo em vista as tentativas de extrair das *funções do Estado* a *função de governo*. Por outro lado, o *critério da execução direta de uma disposição formal da Constituição* é bastante preciso, mas pode ensejar quaisquer questionamentos, especialmente o de que o Constituinte não previu que seu efeito seja o de excluir do *controle jurisdicional* atos do Executivo.

É de se observar, de todo modo, que, seja em razão da forte oposição que o *ato de governo* sofreu por parte dos defensores da *teoria negativa*, seja em razão de que, como muitos defenderam, ele se degenerava numa *lista empírica* – o que ressalta muito mais o caráter de deferência jurisdicional das Cortes ao invés de revelar uma força política inalcançável pelo *controle jurisdicional* e que, por si, a este repulsaria-, seja em razão de seu caráter residual e de sua tendente e confirmada *retração* tanto na França como nos outros países europeus em que apareceu, seja em razão de o terem explicado com a asserção de que não passa de obra da

política jurisprudencial, sejam as demais críticas que foram dirigidas à sua construção jurídica; enfim, tudo isso, revela as dificuldades de sua concepção e de sua existência jurídica. Além disso, o *ato de governo* é uma noção que entra em contradição tanto com um certo avanço *jurisdicional*, ou do Poder Judiciário, impulsionado no século XX, mormente representado pela *jurisdição constitucional*, bem como com outros princípios e noções que o Estado passou a compreender e cujos conceitos passou a alargar, tais como o *Estado de Direito*, *inafastabilidade do controle jurisdicional* e os *direitos individuais*, ou *fundamentais*. Nada obstante, cabe pontuar que esse avanço do *controle jurisdicional* não se dá somente em relação aos *atos de governo*, seja na França ou nos outros países em que a noção aparece, e o mesmo ocorre em relação ao *mérito do ato administrativo*, às *questões políticas* e aos *atos de Estado*. Todas essas teorias sofreram, no que toca à possibilidade de intervenção do *controle jurisdicional*, certo enfraquecimento, certa *retração*, enquanto que houve sobre elas um avanço do *controle jurisdicional*, a cargo dos tribunais.

Essas outras teorias, que oportunamente foram mencionadas e sob cujo fundamento se pode pretender a exclusão da intervenção do Poder Judiciário sobre os atos politicamente importantes do Poder Executivo, são insuficientes para solucionar o problema proposto no presente estudo. Os *atos de Estado*, do direito inglês, remetem mais a uma atuação do Estado especificamente em âmbito internacional, atuação até com certo sentido bélico, e têm seu fundamento nas prerrogativas da Coroa; de modo que sua noção não condiz com o que se busca aqui, que é uma teoria capaz de excluir do Poder Judiciário alguns atos do Poder Executivo que sejam politicamente importantes, que digam respeito ao país, enfim, nada obstante, não se nega que aparição de atos do Executivo, ou do *Governo*, em âmbito internacional, escapando do *controle jurisdicional*, indica haver, nesse âmbito, um conjunto de atos que está compreendido na teoria que se busca com o presente estudo. As *questões políticas*, do direito norte-americano, também não bastam. Essas *questões políticas* não autonomizam os atos do Poder Executivo e, quanto ao *controle jurisdicional*, acabam por confundir-se com os efeitos do *poder discricionário*, pois que não geram a *inadmissibilidade*, ou *carência*, da *ação*. As *questões políticas*, do direito norte-americano, são uma teoria que põe em evidência muito mais o Poder Judiciário do que o Poder Executivo e, nesse sentido, acabam consistindo muito mais numa teoria que ressalta a deferência judiciária, ou, como se diz, a *autocontenção*, do que uma teoria que, por aversão ao *controle judicial* e por reconhecimento da impotência deste perante os atos do Poder Executivo, faça estes rejeitarem a intromissão daquele; sem falar no problema de que seu *critério*, colhido das sentenças históricas daquela Suprema Corte, é

bastante impreciso e muito arbitrário. Enfim, o *poder discricionário*, bem compreendido na expressão *mérito do ato administrativo* e adotado pelo Direito brasileiro, também, como se conclui, não serve para o propósito do presente estudo. O *mérito do ato administrativo* não gera a *inadmissibilidade da ação*. A concepção de *poder discricionário* compreende que o juiz conhece da *ação*, por meio da qual se ataca o *ato administrativo*, e analisa a este, minuciosamente, separando os elementos relativos à *competência vinculada* e os relativos ao *poder discricionário*, com o que determina, ele mesmo, o que é discricionário e o que não é. Ademais, especialmente no Brasil, a *competência vinculada*, relativa à regularidade jurídica, à *legalidade*, à conformação à *ordem jurídica*, é muito alargada, especialmente após a Constituição de 1988; além de que, a *doutrina* e a *jurisprudência* tendem, cada vez mais, a mitigar o caráter do *poder discricionário* de ser avesso ao *controle judicial*. Ademais, pode haver qualquer menção a uma tentativa de excluir do *controle judicial* as *políticas públicas*, o que – embora, de qualquer jeito, não seja afirmado na *doutrina* – não interessa ao presente estudo vez que, nada obstante o título, as *políticas públicas* não dizem respeito a atos politicamente importantes e não se referem, propriamente, a atos do Poder Executivo, além de que, de resto, não há qualquer razão jurídica para excluí-las do *controle judicial*.

Da análise que se faz do tratamento dessa questão no Brasil, logo se percebe que a tese que, desde a República, foi, aqui, recebida é a tese das *questões políticas*, sustentada por Rui Barbosa, sob influência do Direito norte-americano. Melhor dizendo, é a tese das *questões exclusivamente políticas*, segundo a qual uma questão, para não poder ser apreciada pelos tribunais, tem que ser *exclusivamente política*, o que é dizer que além de a questão contestada, ou controvertida, ter que ser uma *questão política*, ela também não deve tocar em *direito individual*. No fundo, quanto ao *controle judicial*, ela se assemelha ao que se concebe como *poder discricionário*, mas deste se distancia na medida em que compreende também atos praticados pelo Poder Legislativo, assim mesmo como ocorre com a teoria das *questões políticas* dos norte-americanos, da qual ela deriva. No mais, esse pensamento de Rui Barbosa teve grande influência sobre a *jurisprudência*, sobre a *doutrina* e sobre a formulação constitucional do *princípio da inafastabilidade do controle judiciário* e sua autoridade é constantemente invocada, quando se levanta, no Direito brasileiro, a possibilidade de atos do Executivo escaparem da apreciação do Poder Judiciário. De todo modo, nada obstante a teoria das *questões exclusivamente políticas* não bastar para resolver o problema suscitado no presente estudo, o pensamento de Rui Barbosa traz alguns elementos que aqui interessam. Tratam-se das assertivas de Rui Barbosa de que traço comum das *questões exclusivamente políticas* é que: a)

elas consistem em *atos gerais*, com caráter de utilidade pública, e com certa repercussão pública e nacional, de modo a poderem ser escrutinadas pela sociedade civil e pela moral social; e que b) a autoridade que as exerce também tem que ser uma autoridade que esteja subordinada à vontade popular, ou melhor, que deve tratar-se de uma autoridade que esteja submetida a um *controle* de caráter popular, *representativo* e *político*.

A *doutrina* brasileira mais recente, nada obstante alguns autores absolutamente negarem e repelirem a existência desses atos, enquanto outros a afirmem, é unânime em rejeitar que esses atos, independentemente se a título de *atos de governo*, *atos políticos* ou *questões políticas*, sejam insuscetíveis da apreciação pelo Poder Judiciário. Nota-se, além do mais, que a *doutrina* nacional não lhes dá muita atenção, pois, modo geral, menciona-os ligeiramente e – repita-se – exclui, antes de tudo, o conhecido efeito da noção francesa de *ato governo*, qual seja, o de implicar a impossibilidade do *controle jurisdicional*. Pode-se, ademais, mencionar que as concepções que a *doutrina* brasileira defende são bastante divergentes, de sorte que não há uma compreensão mais ou menos uniforme sobre esse assunto, salvo em relação a um ponto: a absoluta negação – repita-se, mais uma vez – de que tais atos possam excluir o *controle judicial*.

Mesmo assim, para os fins do presente estudo, algumas noções apresentadas pela *doutrina* brasileira podem ser aproveitadas. Pode-se colher dela as seguintes afirmações a respeito dos atos compreendidos numa teoria que conduza à subtração do Poder Executivo ao *controle* do Poder Judiciário: a) que eles se distinguem dos *atos administrativos*, ou ao menos são uma espécie própria de *atos administrativos*; b) que, ao contrário do *ato administrativo discricionário*, eles não estão adstritos à *finalidade*, quer dizer, à persecução do *interesse público*; c) que eles carregam larga *discricionariedade*, ou, ao menos, uma *discricionariedade* que é maior que a possível nos *atos administrativos*; d) que eles são praticados pelo Presidente da república e pelos Ministros de Estado, ou provêm do órgão ou da autoridade mais elevada do Poder Executivo; e) que eles correspondem ao exercício da *função de governo*; f) que eles consistem em *atos concretos*; g) que eles consistem em *execução direta da Constituição*, ou seja, que eles têm fundamento na Constituição e, nesse sentido, são *infraconstitucionais*, e não *infralegais*; h) que eles são independentes de *lei*; e, ainda, i) que, na Constituição Federal de 1988, eles estão, modo geral, reunidos no art. 84.

Quanto à análise de como esses atos se manifestam na *jurisprudência* do STF, uma dificuldade que surge para o presente trabalho é a de que, como o Brasil carece de teoria que autonomize os atos insuscetíveis de apreciação do Poder Judiciário praticados exclusivamente pelo Poder Executivo, o resultado da busca por eles é a menção de vários atos

praticados pelo Poder Legislativo, os quais, aliás, por terem, até de modo mais ressaltado, o caráter *político*, são colocados em primeiro plano, ao menos no que se refere às decisões jurisprudenciais mencionadas na *doutrina*. Bem, as decisões do STF bem como o debate jurídico a pretexto delas, promovido pelos Ministros do STF, mencionam, por exemplo: que há atos praticados pelo chefe do Executivo que têm um caráter político, que há atos do chefe do Executivo que são insuscetíveis de subordinação à vontade do Poder Judiciário, que ao Presidente da República, chefe de Estado, é a quem cabe a decisão exclusiva e discricionária em matéria de relações internacionais, que há um domínio de vontade política e discricionária do Presidente da República, que há *medidas político-administrativas*, que há *atos políticos*, etc.; contudo, tudo isso não exclui a exauriente cognição realizada pela Corte Suprema sobre quaisquer desses atos, desse modo, referidos pelos Ministros. Modo geral há um amplo *controle judicial* mesmo sobre esses atos. Ademais, sempre há a *admissão da ação*, uma larga discussão jurídica, e uma decisão sobre o *mérito*, uma decisão de *fundo*, de *provimento* ou *não provimento*; enfim, o que contraria a lógica do *ato de governo* francês. Pode-se, inclusive, notar que, na ausência de *ameaça ou lesão a direito individual*, a *lesão a direito difuso* acaba servindo de fundamento para que seja possível a *admissão da ação*.

Enfim, pode-se concluir, tranquilamente, que não existe, no Direito brasileiro, atos politicamente importantes do Executivo insuscetíveis de *controle judicial*; nada obstante ocorra certa discussão doutrinária e jurisprudencial acerca deles, sob os títulos de *atos de governo*, *atos políticos*, *questões políticas*, *questões exclusivamente políticas*, *poder discricionário*, enfim. A lesão ou ameaça a *direito individual* ou *fundamental* e o *princípio da inafastabilidade do controle judicial* são barreiras insuperáveis para esses atos na *doutrina* e na *jurisprudência* brasileiras. Ademais é de se perceber que a questão, no Brasil, também padece da mesma *retração*, ou tendência constante de restrição, vista alhures e, com isso, pode-se confirmar aquela afirmação, por meio da qual se introduziu a presente pesquisa, qual seja, a de que o Poder Judiciário promovera verdadeiro avanço na sua atividade judicante, avanço que, cada vez mais, restringe a possibilidade de certos do Poder Executivo lhe escaparem.

Da análise do tratamento da questão no Direito brasileiro e no Direito em geral, observa-se que, basicamente, quatro questões se opõem firmemente à possibilidade dos *atos de governo* no Brasil: os *direitos fundamentais*, o *princípio da inafastabilidade do controle judicial*, uma questão relativa às *funções do Estado*, à *função de governo* e ao *princípio da separação dos poderes* e, ainda, a *jurisdição constitucional*. Dito isso, é evidente que o *ato de governo* só pode ser possível se superar todas essas questões.

Bem, em relação aos *direitos fundamentais*, pode-se dizer que, modo geral, a noção de *direitos públicos subjetivos*, da qual se beneficiava, outrora, o Estado mesmo, passou a ser substituída por uma noção de *direitos fundamentais*, que abrange várias categorias de direitos, de teor constitucional e de *aplicação imediata*, e que reclama a sua imposição judicial. Enfim, o Direito brasileiro evoluiu para que seja irretocável a asserção de que, sempre que os *direitos fundamentais* estejam sob ataque, a intervenção do Poder Judiciário se imponha; de sorte que uma tal compreensão acerca dos *direitos fundamentais* é incompatível com a noção de *ato de governo*.

O *princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*, por sua vez, implica, ao cabo, que o *controle jurisdicional*, a cargo do Poder Judiciário, se impõe, desde que qualquer direito esteja sob ameaça ou seja violado e, além disso, implica que o processo judicial deve, por imposição mesmo deste princípio, conduzir sempre a um *ato jurisdicional* que resolva, ou solucione, o conflito (a contestação, ou a controvérsia) com o julgamento do *mérito* do processo, ou seja, com a apreciação *ao fundo*, e sempre, portanto, com vistas a evitar a *inadmissibilidade da ação*. Segundo a *doutrina* processual brasileira, para que a *inadmissibilidade da ação* ocorra, é necessário que alguma das *condições da ação* falte. Mas essas *condições da ação* dizem respeito a questões mais processuais mesmo e não há a afirmação de que o *ato de governo*, por si, implique a *carência de ação*; não ocorre a afirmação de que a *natureza* de certos atos do Executivo possa ser tomada como *condição da ação*. Em suma, o *princípio da inafastabilidade do controle judicial*, bem como seus corolários e suas consequências para o direito processual, implicam que a *inadmissibilidade da ação* deve ser evitada, em oposição, então, aos *atos de governo*, que, ao contrário, reclamam-na.

A *teoria das funções do Estado* opõe-se ao *ato de governo* na medida em que não há uma definição precisa e definitiva a seu respeito. A pluralidade de suas concepções implica que o *ato de governo* não consegue se fundamentar numa noção de *função de governo*. Isso se revela ainda com mais força na medida em que para a *função de governo* é reconhecida também uma pluralidade de concepções, todas as quais sem muita aceitação na *doutrina*. Isso significa que o *ato de governo* não consegue encontrar nisso uma base firme para se afirmar, em detrimento do que ocorreria caso houvesse uma *função de governo* bem definida. Esse *fundamento* e *critério* que se busca para os *atos de governo* também não é alcançado pelo próprio *princípio da separação dos poderes*, que, modo geral, só compreende a especialização dos órgãos de cada Poder em uma *função* e numa independência orgânica, além de que é assente, no Direito, que o princípio pode ser excepcionado, especialmente por disposições

constitucionais. Enfim, o *ato de governo* é uma noção que exige um *fundamento* sólido e um *critério* preciso, pois, caso contrário, pode se tornar uma noção perigosa e, dado o caráter flutuante dessas noções de *funções do Estado*, do conceito *material* de *Governo* e do *princípio da separação de poderes*, o *ato de governo* encontra, então, dificuldade, neste ponto, pois que tais noções, à maneira que, especialmente, a *doutrina* as concebe, conduzem a que nelas não haja *fundamento* e *critério* precisos para uma *teoria dos atos de governo* no Direito brasileiro.

Ademais, a *jurisdição constitucional*, em si, também é um obstáculo aos *atos de governo*. Primeiro, a *jurisdição constitucional* conduz a que o *controle judicial* incida sobre absolutamente todas as manifestações do Estado, de modo que não sobra razão para que certos atos específicos praticados pelo Poder Executivo lhe escapem. Em segundo lugar, a *jurisdição constitucional* implica que o Poder Judiciário seja carregado de um certo caráter *político*, que o Poder Judiciário seja imbuído de certo papel *representativo*, que a distinção entre o que é *jurídico* e o que é *político* tenha perdido força e que o Poder Judiciário tenha recebido parcelas de *poder político* do Executivo e do Legislativo; tudo isso, então, opondo-se, precisamente, à afirmação de que o *ato de governo* escapa do *controle judicial* em razão de que não cabe ao órgão incumbido da *função jurisdicional* atuar sobre questões de *ordem política*.

Cabe pontuar também que, a partir das considerações e discussões sobre o Estado, suas *funções* e sobre as teses de exclusão do *controle jurisdicional* tiradas ao longo do presente estudo, conclui-se que a noção de *Estado de Direito* e a de *legalidade* não implicam, por si, a impossibilidade da exclusão de certos atos do Executivo do *controle judicial*. Essas noções somente apelam, a este respeito, para que não escapem do *controle judicial* os atos politicamente importantes do Governo, ou do chefe do Executivo, que consistam em *atos individuais*. Enfim, no que toca ao *Estado de Direito* e à *legalidade*, pode-se afirmar que a exclusão do *controle jurisdicional* ou *judicial* sobre certas questões é bem compreendida como uma possibilidade que o Direito, em geral, pode compreender e que um dado sistema de Direito positivo pode aceitar ou não.

Enfim, tendo chegado ao termo do presente estudo, pode-se responder o principal questionamento proposto, qual seja, saber se o Direito brasileiro aceita, e se dele se pode extrair, uma teoria de exclusão da intervenção do Poder Judiciário sobre certos atos politicamente importantes do Poder Executivo.

Uma conclusão que já se assentou é que somente o *ato de governo*, originário do Direito francês, presta-se para uma teoria que exclua do Poder Judiciário certos atos politicamente importantes do Poder Executivo. Só os *atos de governo* autonomizam os atos

praticados pelo Poder Executivo e acarretam a *inadmissibilidade da ação judicial*. A *autonomização* dos atos do Poder Executivo é necessária porque a teoria que se busca exige que os atos a serem excluídos do *controle* do Poder Judiciário devam formar um conjunto, unido e possivelmente identificado numa *função de governo* e também devam ser distinguidos dos demais atos do Estado e, especialmente, distinguidos dos demais *atos administrativos*, os quais, naturalmente, submetem-se ao *controle* do Poder Judiciário. O efeito de gerar a *inadmissibilidade da ação* também é necessário, pois, caso contrário, sequer se poderia falar em *exclusão do controle jurisdicional*. Então, para que a intervenção do Poder Judiciário não ocorra, é necessário que este não produza o *ato jurisdicional* com o qual confere a solução à controvérsia (conflito, ou contestação), por meio da pronúncia de qual das pretensões é conforme o Direito. Isso somente é possível se se compreender que esses atos do Executivo geram a *inadmissibilidade da ação* (judicial) que os conteste, do modo como a *teoria dos atos de governo* compreende.

Mas o *ato de governo* tem que ser bem delimitado *juridicamente* e tem que ser compreendido – repita-se – de maneira que supere os *obstáculos* que o Direito, em geral e no Brasil, opõem a ele. Só assim, enfim, pode-se concluir, então, que o Direito brasileiro admite o *ato de governo* como teoria capaz de excluir da intervenção do Poder Judiciário certos atos politicamente importantes do Poder Executivo.

Primeiro, há que negar-se que o *ato de governo* precisa, necessariamente, estar fundado na *função de governo* ou que ele seja uma imposição do *princípio da separação dos poderes*. Depois, há que negar-se o papel *político e representativo* que alguns atribuem ao Poder Judiciário, bem como há que negar-se que o Poder Judiciário tenha recebido atribuições *políticas*, que antes eram do Poder Executivo ou do Poder Legislativo; e, bem ao contrário, a este respeito, é necessário conceber que a Constituição não confere qualquer papel *político* ao Poder Judiciário, que o papel *representativo* só é reconhecido, pela Constituição, aos que são, em seus termos, eleitos (art. 1º, parágrafo único) e que as atribuições que o Poder Judiciário recebeu, com a evolução do Direito, não têm caráter *político*, vez que, caso contrário, o Poder Judiciário entraria em contradição com a natureza da *função jurisdicional*.

Ainda, há que se conceber que o *ato de governo* tem seu fundamento jurídico no Direito positivo. Assim o fundamento jurídico do *ato de governo* é a Constituição e, nesse sentido, o *ato de governo* é uma exigência do Direito Constitucional na medida em que a Constituição atribui diretamente ao Presidente da República, ou ao chefe do Poder Executivo certos poderes. Então, o *ato de governo* está fundado nos dispositivos constitucionais que

habilitam o Presidente da República, ou o chefe do Executivo, a exercer certos atos ou uma categoria particular de atos que, modo geral, no Brasil, estão bem compreendidos no art. 84 da Constituição Federal. Isso basta para o *ato de governo* vencer o *princípio da inafastabilidade do controle judiciário*, os *direitos fundamentais* e a *jurisdição constitucional*, pois que, todos estando previstos na Constituição, têm, naturalmente, a mesma força jurídica, de sorte que estes não podem simplesmente conduzir ao *controle judicial* dos *atos de governo*, que são atos do Executivo, diretamente atribuídos ao chefe do Executivo pela Constituição. Nesse sentido, as disposições constitucionais que confiam diretamente ao chefe do Poder Executivo a prática de certos atos constituem uma mitigação a outros dispositivos igualmente previstos na Constituição. Ao contrário, a intervenção do Poder Judiciário sobre esses atos demanda uma disposição do Direito constitucional positivo também específica, que é, por exemplo, o que ocorre com a *extradição*: grosso modo, cabe ao Presidente da República, por disposição direta da Constituição (art. 84, VII e VIII), atuar pelo Estado em matéria de relações internacionais, mas a Constituição prevê que, especificamente, a *extradição*, é objeto de apreciação do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, g; art. 5º, LI e LII), razão pela qual a *função jurisdicional* deve intervir; nada obstante remanesça, naturalmente, somente como sendo um *controle de legalidade* ou *de constitucionalidade*, de sorte que a *discricionariedade*, presente no *mérito* do ato, deve manter-se assegurada quando da apreciação jurisdicional *ao fundo*, no *mérito do processo*, previsto pelo referido dispositivo.

Ademais, o *critério* identificador dos *atos de governo* é a *execução direta de um dispositivo formal da Constituição*, exatamente como defendem Carré de Malberg e Ducrocq. Portanto, o que faz com que haja o *ato de governo* é uma atribuição, uma habilitação, uma autorização, da Constituição feita diretamente ao chefe do Executivo. Somente esse *critério* é seguro o suficiente para uma *teoria dos atos de governo*.

Quanto às asserções de que os *atos de governo* se caracterizam por consistirem em *atos gerais*, de repercussão pública e por deverem ser produzidos por uma autoridade submetida à vontade popular; isso tudo só encontra respaldo em que os *atos de governo* só podem ser produzidos pelo chefe do Executivo. É assim, porque o *critério* que os identifica é o *critério da execução direta de um dispositivo formal da Constituição*, que pode, conforme o que a Constituição dispor, corresponder a *atos gerais*, *atos concretos*, de repercussão pública, enfim, mas que somente assim o podem ser, de acordo mesmo com o que a Constituição estabelecer. O caráter *político* do *ato de governo*, nesse sentido, enfim, provém de que a única autoridade, o único agente, do Estado que o exerce é o chefe do Poder Executivo, cujo caráter

político provém de que a Constituição o considera *representante*, porque é eleito, nos termos dela (CF, art. 1º, parágrafo único).

Quanto à assertiva de que o *ato de governo* poderia pôr em risco os *direitos fundamentais* e a *ordem jurídica*, aí cabe a resposta de que restam os meios constitucionais, modo geral compreendidos no *controle parlamentar*, e a vontade popular como instrumentos que podem ser manuseados com vistas a manter o Poder Executivo dentro dos seus limites. Ademais, cada habilitação constitucional direta ao chefe do Executivo recebe um tratamento jurídico particular: cite-se, por exemplo, a previsão constitucional de que cabe ao Presidente da República expedir *regulamentos* para a fiel *execução das leis* (art. 84, IV); cujo conteúdo, por si, pressupõe uma subordinação à *lei*, afora que os *regulamentos* podem ser sustados pelo Congresso Nacional (art. 49, V) e que cabe ao Poder Judiciário, em virtude de disposição genérica e expressa da Constituição, exercer o *controle de constitucionalidade* dos *atos normativos* do Poder Executivo (art. 102, I, *a*), razão pela qual tais atos são suscetíveis ao *controle jurisdicional*. Ademais, outra questão é a *constitucionalidade* das habilitações constitucionais que são feitas ao chefe do Poder Executivo.

Assim, por fim, pode-se concluir que o Direito brasileiro admite uma teoria conforme a qual certos atos, politicamente importantes, do Poder Executivo escapam do *controle* do Poder Judiciário. Trata-se da *teoria dos atos de governo*, cujos elementos são: a) a existência de certos atos do Poder Executivo que não podem, salvo por disposição específica da Constituição, incidir no *controle* do Poder Judiciário; b) esses atos terem como fundamento jurídico uma competência prevista na Constituição; c) esses atos serem identificados pelo critério da *execução direta de um dispositivo formal da Constituição*; d) esses atos terem como agente que os pratica o chefe do Poder Executivo, cujo caráter *político* é extraído de sua qualidade de *representante*; e) esses atos constituírem *matéria* própria do Poder Executivo, de acordo com o que são independentes da *lei*, não podem por esta ser regulados e constituem uma *reserva de Governo*, um domínio próprio do Poder Executivo; f) eles tratarem-se de atos *infraconstitucionais*, de modo que estão em mesmo nível hierárquico que as *leis*; e, enfim, g) esses atos poderem ser compreendidos, presentes esses outros elementos, numa noção de *Governo*, ou de *função de governo*.

REFERÊNCIAS

ACCIOLI, Wilson. **Teoria geral do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARBOSA, Ruy. **A Constituição e os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça federal**: acções civis dos reformados e demitidos pelos Decretos de 7 e 12 de abril de 1892. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlantida Editora, [1893].

_____. **O direito do Amazonas ao Acre septentrional**. Rio de Janeiro: Jornal do Comércio, 1910. v. 1.

BARNETT, Hilaire. **Constitutional and administrative law**. 13th ed. Abingdon: Routledge, 2019. E-book. ISBN 978-0-429-32268-6.

BARKOW, Rachel E. More Supreme than Court? The fall of the political question doctrine and the rise of judicial supremacy. **Columbia Law Review**, v. 102, n. 2, p. 237-336, mar. 2002. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1123824?read-now=1&seq=1#metadata_info_tab_contents. Acesso em: 29 mar. 2019.

BARRON, Jerome A.; DIENES, Thomas C. **Constitutional law**. 9th ed. St. Paul-Minn.: West Academic Publishing, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina brasileira e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva, Educação, 2018.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Giofranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmem C. Varriale et al. 11. ed. BRASÍLIA: Editora Universidade de Brasília, 1998. 2 v.

BONNARD, Roger. **Le contrôle juridictionnel de l'administration**: étude de droit administratif comparé. Paris: Delagrave, 1934. Ed. fac-sim. Paris: Dalloz, 2006.

_____. **Précis de droit public**. 6.ed. Paris: Sirey, 1944.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Ato institucional nº 1, de 9 de abril de 1964**. Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa.

Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm. Acesso em: 1 maio 2020.

BRASIL. **Ato institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965**. Mantem a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm. Acesso em: 2 maio 2020.

BRASIL. **Ato institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968**. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Brasília: DF, Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm. Acesso em: 2 maio 2020.

BRASIL. **Decreto nº 19.398 de 11 de novembro de 1930**. Institue o Governo provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19398.htm. Acesso em: 1 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança 34.676/GO**. Agravante: Estado de Goiás. Agravado: Fernando Assis Silva. Relator: Min. Castro Meira, 9 de abril de 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1222457&num_registro=201101244628&data=20130415&formato=PDF. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Suspensão de liminar e de sentença 2.340/RJ**. Requerente: União. Requerido: Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Interessado: João Gilberto Araújo Pontes e outros. Relator: Min. Humberto Martins, 20 de janeiro de 2018a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=79830451&tipo_documento=documento&num_registro=201800107716&data=20180202&formato=PDF. Acesso em: 7 de maio de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgR. na Petição 8.104/SP**. Agravante: Rafael Perales de Aguiar. Agravado: Presidente da República. Relator: Min. Luiz Fux, 5 de dezembro de 2019b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751677349>. Acesso em: 7 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição 1085/República Italiana**. Requerente: Governo da Itália. Extraditando: Cesare Battisti. Relator: Min. Cezar Peluso, 16 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610034>. Acesso em: 16 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 21.041/RO**. Impetrante: Governado do Estado de Rondônia. Autoridades coatoras: Governador do Estado do Acre, Ministro da Justiça e Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello, 12 de junho de 1991. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85407>. Acesso em: 22 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar no Mandado de Segurança 34.070/DF**. Impetrante: Partido Popular Socialista. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Gilmar Mendes, 28 de março de 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308995627&ext=.pdf>. Acesso em: 21 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.609/DF**. Impetrante: Rede Sustentabilidade – Diretório Nacional. Impetrado: Presidente da República, Ministro de Estado Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República. Litisconsorte passivo: Wellington Moreira Franco. Relator: Min. Celso de Mello, 14 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311226749&ext=.pdf>. Acesso em: 21 out. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Petição 8.104/SP**. Requerente: Rafael Perales de Aguiar. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Luiz Fux, 9 de maio de 2019a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340115209&ext=.pdf>. Acesso em: 7 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 29.508/DF**. Reclamante: João Gilberto Araújo Pontes e outros. Reclamado: Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Interessados: Michel Miguel Elias Temer Lulia, Cristiano Brasil Francisco e União. Relator: Min. Cármen Lúcia, 8 de fevereiro de 2018b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313673394&ext=.pdf>. Acesso em 7 maio 2020.

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 24 set. 2019.

BRASIL. [Constituição (1937)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 24 set. 2019.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de Setembro de 1946)**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 2 nov. 2019.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 2 nov. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 set. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926**. Emendas à Constituição Federal de 1891. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc%20de%203.9.26.htm. Acesso em: 1 nov. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc01-69.htm. Acesso em: 2 nov. 2019.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond. **Contribution à la théorie générale de l'État: spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français**. Paris: Sirey, 1920-1922. 2 t.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

CHAPUS, René. **Droit du contentieux administratif**. 8. ed. Paris: Montchrestien, 1999.

CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de Direito Administrativo**. 7. ed. Revisão e reelaboração de Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007.

CRETELLA JUNIOR, José. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. **Tratado de direito administrativo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 2.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DINAMARCO, Cândido R. **Instituições de direito processual civil**: volume I. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017a.

_____. **Instituições de direito processual civil**: volume II. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017b.

DUEZ, Paul. **Les actes de gouvernement**. Paris: Sirey, 1935. Ed. fac-sim, Paris: Dalloz, 2006.

DUCROCQ, Théophile. **Cours de droit administratif et de législation française des finances**. 7. ed. Paris: A. Fontemoing, 1897. t. 1 e 2.

DUFOUR, Gabriel Michel. **Traité général de droit administratif appliqué**. 3. ed. Paris: Delamotte, 1868. t. 5.

DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**. 3. ed. Paris: Fontemoing, 1927-1930. t.1, 2 e 3.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERREIRA, Luís Pinto. **Teoria geral do Estado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1975. 2 v.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Princípios fundamentais do direito constitucional**: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Mandado de segurança**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

FRIER, Pierre-Laurent; PETIT, Jacques. **Droit administratif**. 9. ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2014.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. Tradução de José Alberto Froes Cal. Revisão técnica de Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. **O federalista**. Tradução de Viriato Soromenho-Marques e João C. S. Duarte. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HAURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif et de droit public**. 10. ed. Paris: Sirey, 1921.

HUBERT, Alexandre Pereira. **Atos de governo e intervenção judicial: um resgate histórico e suas implicações no direito brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

JÈZE, Gaston. **Cours de droit public**. Paris: Marcel Giard, 1924.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LAFERRIÈRE, Édouard. **Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux**. 2. ed. Paris: Berger-Levrault et Cie, 1896. t. 2.

LAUBADÈRE, André de. **Traité de droit administratif**. 8. ed. Paris: LGDJ, 1980.

LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 2^e ed. Paris: Sirey, 1958.

_____; _____. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 22^e ed. Paris: Dalloz, 2019.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MEDAUAR, Odete. Ato de Governo. **Controle da administração pública**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017.

_____. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 191, p. 67-85, jan./mar. 1993. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45641/47414>. Acesso em: 21 fev. 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 43. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

_____. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 37. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4. ed. rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MICHOUD, Léon. Des actes de gouvernement. **Annales de l'Enseignement supérieur de Grenoble**. Grenoble, t. 1, n. 2, 1889. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k54553176?rk=21459;2>. Acesso em: 15 mai. 2019.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2014.

NUNES, José Castro. **Teoria e Prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro, Forense: 1943.

OLIVEIRA, Fernando Andrade de. Conceituação do direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 120, p. 14-48, abr./jun. 1975. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41152/39905>. Acesso em: 30 ago. 2019.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PALU, Olwaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

QUEIRÓZ, Cristina M. M. **Os actos políticos no estado de direito: o problema do controle jurídico do poder**. Coimbra: Almedina, 1990.

RIVERO, Jean. **Droit administratif**. 9. ed. Paris: Dalloz, 1980.

Roda Viva | Dias Toffoli | 11/05/2020. [S. l.: s. n.], 2020. 1 vídeo (1 h e 26 min). Publicado pelo canal Roda Viva. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=aHFEig4cpaw>. Acesso em: 18 maio 2020.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Ana Resende. São Paulo: Martin Claret, 2013.

SANTOS NETO, João Antunes dos. Legalidade e decisões políticas. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, v. 234, p. 147-175, out./dez. 2003. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45154/44799>. Acesso em: 17 abr. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais a perspectiva constitucional**. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SERRAND, Pierre. Administrer et gouverner: histoire d'une distinction. **Jus politicum**. n. 4, p. 1-19, juil. 2010. Disponível em: <http://juspoliticum.com//article/Administrer-et-gouverner-Histoire-d-une-distinction-219.html>. Acesso em: 22 nov. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 41. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

_____. **Comentário contextual à constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional**. São Paulo: Malheiros, 2011.

TAMER, Sérgio Victor. **Atos políticos e direitos sociais nas democracias: um estudo sobre o controle dos atos políticos e a garantia judicial dos direitos sociais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

TEIXEIRA, José Elaeres Marques. **A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal STF**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004.

VEDEL, Georges. **Droit administratif**. 5. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1973.

WADE, H. W. R. **Derecho administrativo**. Tradução de Mariano Baena Del Alcazar e Elena Bardon Fernandez. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1971.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.