

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓSGRADUAÇÃO EM DIREITO

Joel Picinini

O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS POLÍTICOS

Porto Alegre
2012

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓSGRADUAÇÃO EM DIREITO

Joel Picinini

O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS POLÍTICOS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Cezar Saldanha Souza Junior

Porto Alegre
2012

TERMO DE APROVAÇÃO:**O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS POLÍTICOS**

Dissertação defendida por Joel Picinini, perante o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), na área de Fundamentos Dogmáticos da Experiência Jurídica, com ênfase em Direito Público, submetida à banca examinadora, a qual lhe atribuiu nota ____; portanto, considerado:

- () aprovado, com grau correspondente: ____
() reprovado, com grau correspondente: ____

Orientador: Prof. Dr. Cezar Saldanha Souza Junior

Examinador: Prof. _____

Examinador: Prof. _____

Examinador: Prof. _____

Porto Alegre

2012

*À minha esposa,
Caroline,
meu grande amor,
por tudo o que representa
na minha vida.*

*Ao meu filho,
João Victor,
que aguardou,
pacientemente, pela
conclusão deste trabalho,
para, só então, nascer.*

AGRADECIMENTOS

A pretensão de fazer um curso de mestrado já seria praticamente inevitável para quem nasceu e cresceu numa família de professores, mas o imenso desafio que representou o ingresso no curso e a necessidade de conciliar a atividade acadêmica com a advocacia – “essa esposa tirânica e ciumenta, que nos afaga e nos tortura e que, dispondo do fascínio da Medusa, se assemelha à Hidra de Lerna na multiplicação de responsabilidades e exigências”, como disse Lúcio Bittencourt em prefácio à sua obra clássica – transformou o desejo numa obsessão. O encerramento dessa etapa, que se avizinha com a entrega do presente trabalho, torna obrigatório alguns agradecimentos:

- Aos meus pais, **Ermelindo e Márja**, que me proporcionaram tudo ao longo da vida, em especial a minha formação escolar e acadêmica.
- Ao ministro **Paulo Brossard de Souza Pinto**, em quem me inspiro diariamente na tentativa de ser uma pessoa melhor; por sua genialidade, simplicidade e incansável empolgação no trato das coisas do Direito.
- Ao professor **Cezar Saldanha Souza Junior**, pela cordialidade com que me recebeu desde o nosso primeiro encontro e pela intensidade com que se dedica à formação de seus alunos e à melhoria das nossas instituições.
- Aos professores **Roger Stifelman Leal e Vivian Josete Pantaleão Caminha**, pela imensa colaboração oferecida no exame de qualificação deste trabalho.
- Às pessoas que fazem parte da **Universidade Federal do Rio Grande do Sul**.

Muito obrigado!

“Distribuiu nossa lei fundamental os poderes, e assignalou o processo que cada um devia observar, com as cautelas que julgou uteis aos grandes interesses nacionaes, mas os mandatarios do povo virão uns usurpar, outros ceder, e ambos alterar essas condicções fundamentaes?”

Pimenta Bueno, 1857.

“A alguém, nas coisas deste mundo, se há de admitir o direito de errar por último”.

Rui Barbosa, 1911.

“As instituições humanas, por mais aperfeiçoadas que sejam, apresentam fissuras pelas quais pode infiltrar-se o erro, o abuso, a injustiça, até a violência; por mais sábio que seja o legislador, sempre alguma coisa escapa por entre os seus dedos; e não se imagine que o Judiciário possa dominar, corrigir e salvar a realidade inteira.”

Paulo Brossard, 1992.

RESUMO

O presente trabalho examina a questão dos limites da intervenção judicial sobre os atos políticos. Para tanto, parte de um apanhado histórico que abrange o desenvolvimento da *political questions doctrine* junto à Suprema Corte dos Estados Unidos e da teoria dos *actes de gouvernement* junto ao Conselho de Estado francês, até chegar ao Brasil. Após, examina como o Supremo Tribunal Federal vem enfrentando o tema ao longo dos anos, fazendo uso de três questões pontuais, quais sejam, o controle dos atos administrativos discricionários, a participação do Poder Judiciário na definição e implementação das políticas públicas e o controle jurisdicional dos processos político-disciplinares. Ao final, esboça uma solução em que se define a amplitude da atividade política do Estado e traça os limites das esferas de atribuições dos poderes do Estado, fiel ao disposto pelas normas constitucionais.

Palavras chaves: Questões políticas. Atos de governo. Funções do Estado. Revisão judicial. Jurisdição. Jurisdição política. Regras de competência. Constituição.

ABSTRACT

The current paper examines the field of the limits of the judicial intervention in political decisions. To do it so, it starts with a historical overview that covers the development of the 'political questions doctrine' by the United States Supreme Court and the 'actes de gouvernement' theory by the French State Council, until it arrived in Brazil. After, examines how the Brazilian Supreme Court has been deciding the matter throughout the years, using three punctual questions, namely, the control of discretionary administrative acts, the participation of the Judiciary in the definition and implementation of public policies and the jurisdictional control in political-disciplinary cases. In the end, suggests a solution that defines the amplitude of the political activity by the State and indicates the limits of attributions of the State powers, faithful to the dispositions of the Constitution.

Keywords: Political issues. Government acts. State functions. Judicial revision. Jurisdiction. Political jurisdiction. Rules of jurisdiction. Constitution.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgR RE	Agravo Regimental em Recurso Extraordinário
HC	Habeas Corpus
MS	Mandado de Segurança
RE	Recurso Extraordinário
SL	Suspensão de Liminar
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
PARTE I - A DOCTRINA DAS QUESTÕES POLÍTICAS E SUA ORIGEM.....	16
1.1 Considerações iniciais	16
1.2 A <i>political questions doctrine</i> nos Estados Unidos	17
1.3 Os <i>actes de gouvernement</i> na França	27
1.4 A objeção da questão política no Brasil	36
PARTE II – ANÁLISE CASUÍSTICA DO TEMA	50
2.1 Considerações iniciais	50
2.2 Os poderes discricionários e os atos políticos	51
2.3 A participação do Poder Judiciário nas políticas públicas	65
2.4 Os processos disciplinares sujeitos à jurisdição política	83
PARTE III – OS LIMITES DA REVISÃO JUDICIAL DOS ATOS POLÍTICOS.....	104
3.1 Considerações iniciais	104
3.2 As teorias das funções do Estado e a sua função política.....	105
3.3 O exercício da função política pelo Estado	118
3.4 Para atos políticos, responsabilidade política	127
CONCLUSÕES	137
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	142

INTRODUÇÃO

Faz pelo menos dois séculos que a doutrina e a jurisprudência, pátria e estrangeira, reconhecem a existência de um círculo de imunidade dentro do qual os atos tidos por exclusivamente políticos mantêm-se imunes à apreciação do Poder Judiciário.¹ Disso não se duvida e sobre isso não mais se discute; permanecem vivas, no entanto, as dificuldades enfrentadas para a delimitação, clara e precisa, das fronteiras deste círculo.² Em outras palavras, que existem questões exclusivamente políticas e que tais questões restam defesas à ingerência do Poder Judiciário, não restam dúvidas; mas a identificação dos traços e características essenciais que fazem com que determinadas questões estejam inseridas nos lindes deste círculo é matéria que vem sendo submetida ao Supremo Tribunal Federal desde a sua fundação, sem que se tenha alcançado, até hoje, solução definitiva. O tema, em suma, “nem é nosso, nem é novo, nem se acha resolvido”, como sintetizou Caio Mário.³

A questão foi suscitada em incontáveis dos julgamentos que tiveram influência decisiva na conformação da estrutura política e judiciária do Brasil;⁴ não é por outra razão que foi alvo de investigação doutrinária por parte de diversos dos mais brilhantes juristas da história do país, a começar pelo maior deles, Rui Barbosa, que classificava a

¹ Neste sentido, Rui Barbosa: “Desde Marshall, no imemorable aresto em que se sagrou, a jurisdição dos tribunais contra o exercício inconstitucional das faculdades do Governo, ou do Congresso, ficou, ao mesmo tempo, reconhecido existir no domínio desses poderes uma região impenetrável à autoridade da justiça: a região política”. (BARBOSA, Rui. A Constituição e os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlântida Editora, s.d. p. 125).

² Assim, Paul Duez: “Le principe de la reserve du pouvoir discrétionnaire, en ce qui concerne le contrôle du juge, est incontesté dans la doctrine. On discute seulement sur ses frontières” (DUEZ, Paul. Les Actes de Gouvernement. Paris: Librairie Du Recueil Sirey, 1935. p. 13).

³ Tratando da apreciação judicial de questões políticas, Caio Mário da Silva Pereira assentou: “Pouco importa, entretanto, que a Carta política omita ou expresse a proibição. A doutrina já consagrou a tese: o Poder Judiciário não pode penetrar tais questões. Mas é de toda conveniência estabelecer os limites em que o aforisma tem plena aplicação a fim de que problemas de toda nitidez judiciária não sejam repelidos do pretório. Ele contém as suas sutilezas, e é as vezes de objetivação difícil”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Apreciação Judicial de Questão Política. In: Revista Forense. Vol. CXXXI. Ano XLVII. Fascículo nº 567. Rio de Janeiro. Setembro de 1950. p. 38/39).

⁴ “Na conturbada história republicana brasileira, muitos casos graves foram levados ao Supremo Tribunal Federal, suscitando pronunciamentos que repercutiram nos destinos do País. Em todos eles, via de regra, foi suscitada a exceção do caso político, proporcionando uma rica jurisprudência sobre questões políticas e poderes discricionários do Executivo e do Legislativo.” (TEIXEIRA, José Elaeres Marques. A Doutrina das Questões Políticas do Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Fabris, 2005. p. 19).

objeção das questões políticas como “o bordão clássico de todas as ditaduras e todos os atentados”;⁵ depois dele, Pedro Lessa, Pontes de Miranda, Castro Nunes, Francisco Campos, Carlos Maximiliano, Seabra Fagundes, entre inúmeros outros, se debruçaram sobre o assunto.

Inevitável, pois, que não conseguisse escapar das divergências jurisprudenciais, sendo possível visualizar, ao longo dos anos, constantes oscilações na orientação que lhe é dada pelo Supremo Tribunal Federal; oscilações estas que, invariavelmente, refletem o momento político e social vivido pelo país. Foi neste contexto que o Ministro Sepúlveda Pertence, em recente e rumoroso julgamento realizado pelo STF, registrou que “a resenha das vacilações do Tribunal a respeito – muitas vezes sutis – seria de valioso interesse acadêmico – desde a abertura do notável acórdão de Nelson Hungria, de 1954, até a linha ortodoxa da indevassável autoridade das Casas do Parlamento na matéria, defendida, com eloquência, em votos preciosos de Paulo Brossard”.⁶

Foi assim que, entre nós, o tema atravessou os últimos dois séculos, sempre na pauta dos principais tribunais do país e na pena dos mais respeitados autores do Direito brasileiro. Sobre ele já se disse que “muita palavra e muito esforço foram empregados para demonstrar o óbvio”, colocação do Ministro Francisco Campos em seu famoso discurso de 1941, em que defendia a natureza política e os poderes de governo do Supremo Tribunal Federal.⁷ Não há como se duvidar, no entanto, que esteja ele entre os mais espinhosos do Direito Constitucional, na medida em que, “no fundo, o que se discute não é o direito ou a obrigação de julgar, mas algo de mais profundo: a relação entre o juízo normativo e o juízo político, a relação entre o direito e a política”.⁸ Para enfrentá-lo, portanto, é preciso “utilizar instrumento de precisão, para não vestir um santo com a roupa do outro, substituindo o arbítrio administrativo pelo arbítrio judiciário”, como advertiu, oportunamente, o Ministro Victor Nunes Leal.⁹

⁵ BARBOSA, Rui. *O direito do Amazonas ao Acre Setentrional*. Vol. I. Rio de Janeiro: Eyp. do Jornal do Comércio de Rodrigues & Cia., 1910. p. 129.

⁶ STF, MS nº 25.579-MC, voto do Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 18 de junho de 2011.

⁷ CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Vol. II. São Paulo: Freitas Bastos S/A, 1956. p. 402.

⁸ QUEIROZ, Cristina M. *Os Actos Políticos no Estado de Direito – O problema do controle político do poder*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 210.

⁹ LEAL, Victor Nunes. Poder discricionário e ação arbitrária da administração. In: *Problemas de Direito Público e outros problemas/Victor Nunes Leal*. Volume I. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 278.

Deve ser dito, ainda, que, embora antiga e amplamente examinada pela doutrina e pela jurisprudência, a questão permanece latente nos dias de hoje, em que se pode visualizar uma firme tendência do nosso Supremo Tribunal Federal em defender de que seria “preciso evoluir, cada vez mais, no sentido da completa justiciabilidade da atividade estatal e fortalecer o postulado da inafastabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial, sob o argumento de que a progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder há de gerar, como expressivo efeito consequencial, a interdição de seu exercício abusivo”.¹⁰

Seria este, todavia, o caminho mais adequado? Submeter toda a atividade estatal à “completa justiciabilidade”, sugerida pelo Ministro Celso de Mello, resultaria, efetivamente, na interdição do exercício abusivo do poder?

O presente estudo, neste contexto, tem a pretensão de, primeiramente, contextualizar, no plano histórico, a chamada doutrina das questões políticas para, logo após, investigar as referidas vacilações do Supremo Tribunal Federal, precisamente identificadas pelo Ministro Pertence no voto antes referido. Ao final, serão traçados os limites deste círculo de imunidade que se mantém indevassável às investidas do Poder Judiciário, para demonstrar que a sua preservação é elemento central para a construção e o desenvolvimento de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

O trabalho, assim, é dividido em três partes.

Na primeira, serão examinadas as raízes do tema que, reconhecidamente, se encontram no direito norteamericano e francês. O estudo parte da célebre decisão do *Chief Justice* John Marshall, no caso *Marbury vs. Madison*, enfrentado pela Suprema Corte dos Estados Unidos na alvorada do século XIX. Será traçada, após, a evolução jurisprudencial ocorrida até a consolidação da chamada *political questions doctrine* na década de 1960. A seguir, será analisada a teoria dos *actes de gouvernement* desenvolvida na França, igualmente abordada a partir de famosos julgamentos do Conselho de Estado francês, permitindo que se identifique a posição que veio a se consolidar na atual doutrina francesa. Por fim, serão examinadas as origens do tema no

¹⁰ STF, MS nº 20.999, voto do Min. Celso de Mello. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 18 de junho de 2011.

Brasil, que é congênita à fundação do Supremo Tribunal Federal, de onde serão extraídas as suas primeiras decisões e o importante papel dos juristas brasileiros nessa construção.

Expostas as origens na parte inicial, o segundo capítulo tratará de examinar os casos concretos em que, nos dias de hoje, a discussão acerca do controle jurisdicional de questões tidas por puramente políticas se torna mais difícil. Para tanto, se fará uso de precedentes emblemáticos do Supremo Tribunal Federal, que foram julgados em diferentes momentos da vida política brasileira, para deles extrair a linha de pensamento do tribunal ao longo dos anos. Uma análise da jurisprudência da Suprema Corte mostrará que as matérias mais delicadas em que a questão surge são (a) a possibilidade de revisão jurisdicional dos atos administrativos discricionários; (b) a participação do Poder Judiciário na definição e implementação das políticas públicas, quando o Estado é omissivo e (c) os casos que envolvem processos políticos disciplinares, cuja competência constitucionalmente definida é das casas do Congresso Nacional.

À luz do apanhado doutrinário e jurisprudencial, que será desenvolvido nas duas primeiras partes do trabalho, o terceiro capítulo se prestará ao desenho de uma interpretação do tema mais condizente com o modelo constitucional dos dias de hoje. Primeiramente, se examinará as principais teorias sobre as funções do Estado, para, com isso, definir em que consiste, efetivamente, a sua “função política”, seu objeto e seus limites. Partindo dessa definição, será analisada a atual compreensão do princípio da separação dos poderes, na perspectiva do Estado Democrático de Direito, compreendido como o modelo de Estado em que convivem, harmonicamente, a Política e o Direito, em seus diferentes campos de atribuições. Assim, se poderá verificar a existência e as características dos atos que, por serem exclusivamente políticos, estarão imunes à revisão do Poder Judiciário. Ainda, tornar-se-á obrigatório examinar como a questão deve ser visualizada ante o princípio constitucional da inafastabilidade da apreciação judicial, inserto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988, verificando se é possível o convívio deste princípio constitucional com a pretensão de se impor limites à revisão jurisdicional dos atos políticos.¹¹

¹¹ Para que se estabeleça a necessária univocidade semântica, deve ser registrado que a presente dissertação adotará, como conceito de *atos políticos*, todos aqueles atos praticados dentro do escopo das “funções não jurídicas” do Estado, definidas precisamente por Marcelo Caetano como “aquelas atividades

A hipótese de estudo que se coloca, em suma, é: dentro do atual modelo de Estado Democrático de Direito, até onde pode e deve ir o Poder Judiciário, na revisão dos atos políticos, sem, com isso, ferir a Constituição?

É preciso, pois, lançar novas luzes sobre o velho tema.

que, muito embora possam estar sob a alçada de normas legais ou adotar em certos casos formas jurídicas, não contêm em si mesmas criação nem execução de Direito positivo” (CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. Volume I. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 212). Isto é, no presente estudo, a referência a “ato político” corresponderá “a uma manifestação de vontade de um órgão ou agente político do Estado respeitante à prossecução dos fins do Estado e ao exercício das suas funções (ou que como tal se pretenda apresentar) e que, por isso, lhe é imputável, manifestação de vontade essa que visa a produção de efeitos jurídicos.” (SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional*. Lisboa: Editora Gráfica Portuguesa Ltda., 1988. p. 106). Neste contexto, antecipa-se que serão adotadas as três gradações definidas por Seabra Fagundes, quais sejam: o “ato administrativo” como gênero; o “ato político” como espécie e o “ato exclusivamente político” como subespécie (FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 161/162). Não se examinará, portanto, a atividade de produção de leis e o seu exame frente ao tribunal constitucional, pois tal incursão exigiria uma abordagem extremamente profunda e detalhada acerca da temática do controle de constitucionalidade das leis, o que extrapolaria, por completo, os limites da presente dissertação.

PARTE I - A DOCTRINA DAS QUESTÕES POLÍTICAS E SUA ORIGEM

1.1 Considerações iniciais

Nesta primeira parte, o tema das questões políticas, como matéria defesa à revisão jurisdicional, será examinado na perspectiva do seu surgimento e evolução histórica. Para tanto, será traçado o itinerário que percorreu em seus dois momentos mais decisivos, antes de chegar ao Brasil: nos Estados Unidos com a *political question doctrine* e na França com a teoria dos *actes de gouvernement*. Após, será examinado como a doutrina e a jurisprudência incorporaram tais teorias ao direito pátrio. Pretende-se, assim, visualizar as principais contribuições que o amadurecimento da questão, fruto do transcurso de mais de dois séculos de debate, proporcionou a cada um destes países.

A opção pelo estudo do sistema americano em conjunto com o sistema francês, se justifica tanto pelas diferenças existentes, quanto pela consistente contribuição que ofereceram ao longo dos séculos.¹² Afinal, é assente que a doutrina das questões políticas surgiu, inicialmente, perante a Suprema Corte dos Estados Unidos, nos primeiros anos do século XIX, marcadamente a partir do julgamento de *Marbury vs. Madison*; entretanto, não menos importante foi sua evolução frente ao Conselho de Estado francês, que teve início com a prolação do famoso acórdão *Laffite*, datado de 1822, permanecendo na pauta do Conselho Constitucional, criado pela Constituição de 1958, até os dias de hoje.

Deve ficar claro, no entanto, que a *political questions doctrine* e a teoria dos *actes de gouvernement* se desenvolveram dentro de modelos jurisdicionais totalmente distintos. Enquanto a primeira nasce e se desenvolve no âmbito do controle de constitucionalidade norteamericano, onde sempre existiu uma unidade de jurisdição (os tribunais comuns decidem litígios privados e administrativos), a teoria francesa percorre seu caminho no plano da legalidade, na medida em que, assim como o antigo Conselho de Estado, o atual Conselho Constitucional caracteriza-se como um órgão judicante que

¹² Neste sentido: “Pelo menos dois momentos decisivos na história do constitucionalismo marcaram a teoria dos atos políticos e, com ela, a delimitação da esfera de competência do contencioso administrativo: a *political question doctrine*, na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos e os *actes de gouvernement*, na jurisprudência do Conselho de Estado francês” (TAMER, Sérgio Victor. Atos Políticos e Direitos Sociais nas Democracias. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 107).

não integra o Poder Judiciário, mas, sim, a própria Administração,¹³ ou seja, quando examina atos políticos e administrativos “é a própria administração contenciosa que os revê”.¹⁴

No entanto, as diferenças existentes – traçadas, em palavras definitivas, por Laboulaye¹⁵ em 1866 – ainda que possam impedir uma comparação simples e direta, retratam a evolução de um mesmo tema em âmbitos totalmente distintos, o que certamente mais enriquece do que prejudica a perspectiva do seu estudo. Ainda assim, é sempre preciso ter presente a conhecida advertência de Rui Barbosa, no sentido de que “não basta compulsar a jurisprudência peregrina: é mister aprofundá-la, joeirando os exotismos intransladáveis, para não enxertar no direito pátrio idéias incompatíveis com as nossas instituições positivas”.¹⁶

1.2 A *political questions doctrine* nos Estados Unidos

De um modo geral, a doutrina adota, como marco inicial para o trato do tema, a decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos no ano de 1803, relatada pelo

¹³ COMPARATO, Fábio Konder. A “questão política” nas medidas provisórias: um estudo de caso. Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro, 2002. p. 126.

¹⁴ LEAL, Victor Nunes. Ob. cit. p. 288.

¹⁵ Válida, neste sentido, uma breve referência à seguinte passagem do clássico ensaio de Laboulaye sobre o sistema francês, em comparação com o modelo norteamericano: “Onde, porém, começa a diferença, onde os Estados Unidos fizeram uma verdadeira revolução, foi quando eles instituíram que a justiça deveria fazer-se também um poder político. Claro, esta idéia não era nova. Já havia sido mais de uma vez formulada em teoria. Todos nós nos educamos sob a máxima de que coexistem, no Estado, três poderes – o Executivo, o Legislativo e o Judiciário; e várias de nossas Constituições declaram que, quando estes poderes se reúnem na mesma mão, a liberdade encontra-se comprometida, posto que a divisão dos poderes é a garantia suprema dessa mesma liberdade. Mas se todas as nossas Constituições não deixam de proclamar esta verdade, não é menos certo, por outro lado, que em nenhuma se encontra a preocupação de fazê-la tomar corpo na prática. Jamais, entre nós, a justiça foi um poder político; ela foi sempre um ramo da administração, uma dependência do Poder Executivo, uma função do governo, e uma função subalterna. Ela nunca foi outra coisa que a aplicação da lei, sem discussão sobre o mérito ou demérito dos textos, e praticada por magistrados nomeados pelo príncipe. Direi mais: nós nos habituamos de tal maneira a compreender assim as coisas, que talvez nesse momento a minha objeção vos espante, e a pergunta que vos ocorra seja esta – como podem os magistrados fazer alguma coisa mais que aplicar a lei sem discuti-la? Pois bem. Vejamos como os americanos foram levados à compreensão do poder político da justiça. Uma grande lição advirá, daí, para todos nós.” (LABOULAYE, Edouard. Do Poder Judiciário. In: O Poder Judiciário e a Constituição. Coleção AJURIS nº 4. Porto Alegre: Empresa Gráfica Metrópole S/A, 1977. p. 14/15).

¹⁶ BARBOSA, Rui. Comentários à Constituição Federal. Coligidos e ordenados por Homero Pires. Vol. III. São Paulo: Saraiva & Cia, 1933. p. 430.

Chief Justice John Marshall, no célebre caso *Marbury vs. Madison*.¹⁷ Tal consideração permite afirmar que o tema das questões políticas é congênito ao controle de constitucionalidade das leis.¹⁸ Ainda assim, numa perspectiva puramente histórica, merece registro que alguns autores de vulto registram que o tratamento das questões políticas, como matéria defesa ao exame do Poder Judiciário, teve sua origem na Inglaterra do século XV, quando o Duque de York foi a juízo postulando fosse declarado o legítimo herdeiro do trono inglês. Naquela decisão, proferida em 1460, os juízes ingleses declararam que “no se atrevían a entrar en ningún conocimiento respecto a ello, porque incumbía a los Lores Del Rey tener conocimiento de esas materias y mediar en ellas”. Desde então, os tribunais anglo saxões passaram a recusar o exercício de sua jurisdição em questões que entendiam ser de natureza eminentemente política.¹⁹

É, no entanto, em *Marbury vs. Madison* que o tema recebeu efetiva e consistente contribuição científica, ainda que a questão posta em julgamento não se resumisse à objeção das questões políticas. É necessário, pois, retomar o contexto daquele julgado e os fundamentos da sentença de Marshall que, para Rui Barbosa, “fez mais pelo direito político da União Americana que os próprios autores da sua Constituição”.²⁰

O célebre caso remete ao ano de 1801, quando o então presidente dos Estados Unidos, John Adams, nomeou William Marbury para o cargo de Juiz de Paz do Distrito de Columbia. Assinada a nomeação, foi comunicada ao Senado no dia 2 de março e aprovada já no dia seguinte. Pouco tempo depois, findava o mandato presidencial em curso e Thomas Jefferson assumia a presidência do país. Todavia, a nomeação de Marbury não atendia aos interesses políticos do novo presidente, razão pela qual este determinou lhe fosse negada a posse para o cargo ao qual já havia sido nomeado.

¹⁷ Neste sentido, novamente, a referência de Rui Barbosa: “Desde Marshall, no célebre aresto onde se sagrou a jurisdição dos tribunaes contra o exercício inconstitucional das faculdades do governo, ou do Congresso, ficou, ao mesmo tempo, reconhecido existir no domínio desses poderes uma região impenetrável à autoridade da justiça: a região política.” (BARBOSA, Rui. *A Constituição e os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlântida Editora, s.d. p. 125)

¹⁸ Embora *Marbury vs. Madison* seja apontado como o primeiro caso de grande repercussão em que o tema da imunidade dos atos políticos veio a ser tratado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, juntamente com a questão do controle de constitucionalidade das leis, Rui Barbosa aponta vários julgamentos realizados por tribunais estaduais, onde a matéria foi examinada entre os anos de 1780 e 1787 (BARBOSA, Rui. ob. cit. p. 50/51).

¹⁹ SCHWARTZ, Bernard. *A Cometary on the Constitution of the United States. The Powers of Government*. Vol I. New York: The Macmillan Company, 1963. p. 462.

²⁰ BARBOSA, Rui. *Obras Completas de Rui Barbosa*. O acórdão de 27 de abril. Vol. XIX. Tomo III. Rio de Janeiro: Ministério da Educação, 1956. p. 159.

Com isso, por entender violados os direitos que adquiriu pelo ato de nomeação, já cancelado pela aprovação do Senado, Marbury impetrou um *writ of mandamus* perante a Suprema Corte dos Estados Unidos, postulando fosse expedida notificação ao Secretário de Estado James Madison, ordenando a sua posse.²¹

Não obstante a imensa contribuição científica dada por Marshall em sua decisão é equivocada a noção de que a denegação do *mandamus* decorreria do entendimento de que o ato que cassara sua nomeação seria puramente político e, como tal, defeso à ingerência do Poder Judiciário. Efetivamente, a Suprema Corte dos Estados Unidos registrou que o ato praticado por Jefferson era ilegal e ofensivo aos direitos individuais do impetrante; no entanto, deixou de conceder a ordem apenas por entender que a competência para o exame do pleito não seria originária da Suprema Corte, mas deveria, antes, ser examinada pelo Tribunal estadual e, somente por meio de apelação, ser remetida ao seu conhecimento.²²

Ainda assim, no que tange aos seus fundamentos, a lição contida na sentença de Marshall é de fundamental relevância para a melhor compreensão do tema, não apenas pela primazia como pelos princípios constitucionais desenvolvidos, que a tornam um dos mais relevantes textos do Direito Constitucional em todos os tempos. É válida, portanto, a transcrição de uma clássica passagem do voto condutor, fazendo-se uso, para tanto, da tradução que lhe foi oferecida por Rui Barbosa:^{23 24}

A questão de saber se a legalidade de um ato do chefe de uma secretaria de Estado é, ou não, examinável em tribunais de justiça, depende sempre da natureza desse ato. Se certos atos são examináveis, e outros não, há-de haver uma regra jurídica, por onde o tribunal se oriente no exercício de sua jurisdição. Poderá, em certas circunstâncias, haver dificuldade no aplicar a regra a casos particulares; mas não deve havê-la em precisar a regra. A Constituição dos Estados Unidos investe o presidente em certos poderes políticos importantes, no exercício dos quais procederá segundo a sua discricção, não sendo responsável senão para com o seu país, politicamente, e

²¹ MARSHALL, John. Decisões Constitucionais de Marshall. Trad. Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 1/3.

²² MARSHALL, John. ob. cit. p. 22 e seguintes.

²³ BARBOSA, Rui. Obras Completas de Rui Barbosa. O acórdão de 27 de abril. Vol. XIX. Tomo III. Rio de Janeiro: Ministério da Educação, 1956. p. 172/173.

²⁴ Opta-se pela tradução realizada por Rui Barbosa, no artigo titulado “O acórdão de 27 de abril”, por considerá-la mais adequada e condizente ao sentido da decisão de Marshall, se comparada com a tradução de Américo Lobo, publicada inicialmente em 1909, no Rio de Janeiro, e republicada em 1997, em Brasília, pelo Ministério da Justiça do Brasil.

para com sua consciência. Para cooperação no desempenho de tais encargos, nomeia ele certos funcionários, que servem sob a sua autoridade e de acôrdo com as suas ordens.

Em casos tais, os atos dêles são atos dêle; e, seja qual for sua opinião, que se entretenha, acêrca do modo, como o executivo há-de usar dessa discricção, não há, fora dêle, poder capaz de contrasteá-la. Êsses assuntos são os de natureza política, isto é, os que dizem respeito à nação, e não interessam a direitos individuais (*They respect the nation, not individual rights*). Em tais assuntos, confiados ao executivo, suas deliberações são irrecorríveis... Mas, quando a lei impõe ao funcionário outros deveres; quando lhe é peremptoriamente cometida a prática de certos atos; quando a execução de tais atos envolve direitos individuais (*when the rights of individuals are dependent on the performance of those acts*); o funcionário então é ministro da lei, responsável à lei pelo seu proceder: e não pode a seu talante dispor dos direitos reconhecidos de outrem (*and cannot at his discretion sport away the vested rights of others*)... Onde há funções especificamente determinadas por lei e o exercício dessas funções pode tocar em direitos individuais, claro é que o indivíduo, que se considerar lesado, tem o direito de pedir remédio às leis do país.

O julgamento de *Marbury vs. Madison* traz à luz dois elementos essenciais à análise da natureza jurídica do ato político. Segundo o entendimento assentado, na ocasião, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, o ato somente seria considerado como puramente político e, assim, imune à sindicabilidade do Poder Judiciário quando: (1) a lei não fixar, especificamente, os limites da discricionariedade outorgada ao agente político e (2) o uso dessa discricionariedade não lesar direitos individuais.

A contribuição de Marshall é inquestionável, mas a decisão por ele proferida, por si só, não é suficiente para o enfrentamento definitivo da questão, na medida em que não traz, conceitualmente, uma distinção clara sobre “questões políticas” e “questões jurídicas”; omissão que perdurou nas decisões da Suprema Corte que lhe sucederam.²⁵ Houve oportunidade, inclusive, em que a Corte Hughes chegou a se pronunciar no sentido de que questões políticas seriam todas aquelas que, em um determinado momento, o Tribunal viesse a entender que seria “impolítico” ou “inconveniente” assumir jurisdição sobre as mesmas.²⁶ Ou seja, a omissão da sentença de Marshall abriu margens ao arbítrio das decisões judiciais.

²⁵ Neste sentido, o comentário de Schwartz: “But though the great Chief Justice clearly stated the rule that the decision of political questions was not within the competence of the judicial department, he did not indicate what made a question political in nature within the meaning of the rule. His failure in this respect has not been remedied in subsequent cases. One court has, indeed, been candid enough to concede that it is easier to state the doctrine that political questions are not within the province of the judiciary, than to define the phrase ‘political question’ or to determine what matters fall within its scope”. (SCHWARTZ, Bernard. ob. cit. p. 463).

²⁶ SCHWARTZ, Bernard. ob. cit. p. 463.

Novo marco importante na jurisprudência americana se deu com o julgamento do caso *Luther vs. Borden* em 1849, na medida em que foi primeira oportunidade em que a Suprema Corte adotou a doutrina das questões políticas como fundamento autônomo para o julgamento da causa.

Naquela ocasião, foi submetida ao Tribunal uma ação de indenização por danos decorrentes de invasão de domicílio, ocorrida em meio à revolução de Dorr. Os invasores, no entanto, sustentavam ser agentes do governo de Rhode Island e, assim, estariam no exercício do poder de polícia que lhes era confiado pelo Estado. Ocorre que, naquele momento, dois grupos adversos se declaravam legítimos ocupantes do poder em decorrência de ações revolucionárias, fato que exigia da Suprema Corte, para a solução da controvérsia estabelecida, o reconhecimento do governo de um ou de outro grupo. Foi assim que, seguindo a linha dos fundamentos de Marshall, o tribunal entendeu que não estaria sob a sua jurisdição a decisão sobre o reconhecimento de um governo de fato, julgando ser esta uma “questão puramente política”. Com isso, absteve-se de julgar o mérito do pedido.²⁷

Seguindo a linha da evolução jurisprudencial norteamericana, merecem registro os julgamentos realizados pela Suprema Corte, entre os anos de 1933 e 1937, quando o Presidente Franklin Roosevelt adotou uma série de medidas sociais e econômicas que receberam o nome de *New Deal*. O objetivo era recuperar a economia nacional, seriamente abalada pela Grande Depressão. Embora o período tenha maior relevância para o estudo do controle de constitucionalidade das leis, insere-se no presente trabalho por refletir uma profunda tensão estabelecida nas relações mantidas entre a administração do Estado e Poder Judiciário, com recíprocas invasões em seus diferentes campos de atribuições.

Inicialmente, várias medidas legislativas foram consideradas inconstitucionais pelo tribunal, em decisões que apreciaram, com muito maior ênfase, os aspectos sociais e econômicos envolvidos do que as questões jurídicas trazidas nas demandas judiciais. A partir de 1937, no entanto, por força de alterações na composição da Suprema Corte,

²⁷ 48 U.S. (7 How.) 1 (1849).

houve uma reviravolta na sua orientação, momento em que se passou a considerar constitucionais as medidas adotadas por Roosevelt, assumindo o Tribunal, claramente, uma posição de expressiva autocontenção. Ou seja, a posição inicial, que aceitava a intervenção jurisdicional nas políticas públicas adotadas por Roosevelt, foi, paulatinamente, dando lugar a uma posição mais conservadora de *self-restraint*, sendo que a Suprema Corte passou a julgar válidas disposições com conteúdo praticamente idêntico ao de normas que, pouco antes, havia declarado inconstitucionais.²⁸

Poucos anos depois, outro julgamento marcante se deu com o caso *Collegrove vs. Green* de 1946. A controvérsia versava sobre a delimitação dos distritos eleitorais no Estado de Illinois. A Suprema Corte, em decisão que para muitos representa um dos mais importantes *leading cases* sobre o tema nos Estados Unidos, decidiu que, “pela natureza do conflito, o Tribunal não dispunha dos meios de proteção necessários”, o que recomendava se abstivesse de julgar o mérito da demanda. A posição adotada pela Corte deu ensejo a duras críticas de publicistas americanos, no sentido de que “equivalia a uma autêntica e arbitrária denegação de justiça”.²⁹ Ainda assim, pode-se dizer que este julgamento desenvolveu importante *standard* para o tratamento das questões políticas que adiante seria retomado, qual seja, a ausência de meios e critérios jurídicos para o seu enfrentamento em sede jurisdicional.

O tema, então, atravessou os anos sob as luzes da sentença de Marshall, sempre sujeito às arbitrariedades e aos interesses políticos do momento. Foi somente em 1962, um século e meio após *Marbury vs. Madison*, que a Suprema Corte dos Estados Unidos apresentou uma efetiva sistematização no trato das questões políticas. Ao se

²⁸ Neste sentido, vale referir o excelente trabalho de Alípio Silveira: “De fato, a partir de 1937, a mentalidade favorável às leis de caráter econômico, industrial e social passou a prevalecer entre os membros da Suprema Corte. O New Deal, que introduziu profundas reformas na legislação, depois de uma derrota preliminar, predominou em seus pontos básicos; e constitucionalistas contemporâneos afirmam que ele operou a maior reforma constitucional que já conheceram os Estados Unidos, sem que tenha sido alterada a Constituição pelos meios especiais previstos. Bastou, para tanto, que deixasse de funcionar aquele amplíssimo controle de legalidade constitucional, que transformara a Suprema Corte numa super-legislatura, ou terceiro Congresso dos Estados Unidos”. Adiante, citando Schwartz, refere que: “Nos começos de 1937, sucedeu notável reviravolta na atividade da Suprema Corte para com o programa do *New Deal*. Antes dela, como foi acentuado, esse alto Tribunal proferiu doze decisões que declaravam inválidas medidas legislativas do New Deal; começando a mudar em março daquele ano, a Corte declarou válidas todas as leis do New Deal que foram submetidas à sua apreciação, incluindo-se algumas basicamente semelhantes àquelas que tinham sido declaradas anteriormente nulas.” (SILVEIRA, Alípio. *A Suprema Corte na Remodelagem da Democracia Americana*. In: *O Poder Judiciário e a Constituição*. Coleção AJURIS nº 4. Porto Alegre: Empresa Gráfica Metrópole S/A, 1977. p. 95/102).

²⁹ TEIXEIRA, José Elaeres Marques. *A Doutrina das Questões Políticas no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 29.

deparar com uma verdadeira crise, ocasionada em razão da ausência de critérios claros e preestabelecidos para a definição de quais seriam as questões que não estariam sujeitas ao exame do Poder Judiciário, por serem puramente políticas, o Tribunal buscou tornar a situação menos arbitrária, elencando critérios objetivos para solucionar os casos que lhe fossem submetidos.

Neste cenário, *Baker vs. Carr*, segundo Jorge Vanossi, trouxe “un esquema nuevo, preciso y adecuadamente restringido para la autolimitación de la Corte Suprema y los demás Tribunales Federales de la Unión”.³⁰ Na ocasião, a ação posta em julgamento versava sobre a constitucionalidade de lei do Estado de Tennessee que disciplinava o sistema de votos distritais. Os moradores da cidade, diante da invasão dos centros urbanos pelos negros, alegavam que estariam sendo privados da “igual proteção das leis” (14^a Emenda da Constituição), em razão da má distribuição dos distritos eleitorais. A Suprema Corte, então, decidiu pela possibilidade de conhecimento da matéria pelos Tribunais, sustentando que o direito dos recorrentes gozava de proteção em face da cláusula constitucional da igualdade. A decisão gerou grande repercussão nos meios políticos, na medida em que rompia, em parte, com a orientação que estava assentada desde 1803.³¹

Pela primeira vez, a Suprema Corte dos Estados Unidos definiu critérios, razoavelmente objetivos, que, uma vez identificados, caracterizariam determinada questão como puramente política e, com isso, imune à sindicabilidade judicial. Os critérios então definidos no voto do juiz Brennan foram os seguintes:³²

³⁰ VANOSSI, Jorge Reinaldo. *Teoría Constitucional*. Vol. 2. Buenos Aires: Depalma, 1976. p. 367.

³¹ Neste sentido, o seguinte registro: “O Secretário da Justiça, Robert Kennedy, saudou a decisão como ‘um marco no desenvolvimento do governo representativo’. No Senado, o senador Russell, da Geórgia, disse tratar-se de ‘um novo assalto ao sistema constitucional’, e propôs que a jurisdição da Corte fosse reduzida pelo Congresso”. (RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Warren (1953-1969): revolução constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S/A, 1991. p. 120).

³² O trecho que define os critérios, na versão original, tem o seguinte teor: “It is apparent that several formulations which vary according to the settings in which the questions arise may describe a political question, although each has one more elements which identify it as essentially a function of the separation of powers. Prominent on the surface of any case held to involve a political question is found a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; or the impossibility of a court’s undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question” (369 U.S. 186 (1962)).

a) A atribuição da questão a um dos poderes políticos, por expressa disposição constitucional.

b) A falta de pautas que possam ser descobertas e manuseadas judicialmente para a solução da questão.

c) A impossibilidade de decidir a questão sem uma determinação política inicial, que esteja claramente sujeita à discricionariedade política.

d) A impossibilidade de o Tribunal proferir uma decisão independente, sem manifestar falta de respeito aos demais poderes de governo.

e) A necessidade incomum de aderir, sem questionamentos, a uma decisão política já tomada.

f) A potencial dificuldade de que venham a coexistir pronunciamentos conflitantes de diferentes departamentos do governo.

Percebe-se, claramente, pela leitura dos critérios definidos em *Baker vs. Carr*, que a preocupação da Suprema Corte se dava em três perspectivas: a primeira hipótese trata de preservar a clássica teoria de Marshall, segundo a qual o Poder Judiciário não deve intervir em matérias que a Constituição, expressamente, atribua a outros poderes; as duas hipóteses seguintes tratam de questões de ordem prática, que se operam diante da ausência de pautas jurídicas para a solução do caso concreto; por fim, as três últimas hipóteses ainda asseguram ao Tribunal uma larga margem de discricionariedade, que lhe permite decidir, à luz do contexto político vigente, se deve ou não intervir em questões, direta ou indiretamente, relacionadas a decisões políticas.³³ Em suma, ainda que a Corte tenha tido o objetivo de oferecer maior cientificidade ao tema, tornando mais previsíveis e técnicas as suas decisões, não esqueceu de deixar janelas abertas para, se necessário, fugir do enfrentamento de questões com conteúdo político, sempre que o contexto social assim lhe recomendar. De qualquer forma, não há como deixar de reconhecer a grande contribuição da sentença proferida por Brennan.

³³ Neste sentido, ARAÚJO, António. Political Question Doctrine. Sub Judice: Justiça e Sociedade n° 12. Coimbra: Almedina, 1998. p. 191.

A decisão, todavia, não foi unânime. Os juízes Frankfurter e Harlan mantiveram sua linha de entendimento,³⁴ sustentando que a Constituição não autorizava o Poder Judiciário a corrigir todos os males de índole política e que a solução de alguns deles deveria se dar através da “indignada consciência popular”, a qual poderia “constranger a consciência dos representantes do povo”. Para esta corrente minoritária, a intervenção jurisdicional no sistema de votos distritais colocaria os tribunais em conflito com outros ramos da administração e interferiria em delicadas relações entre o governo federal e os governos estaduais.³⁵

Vozes autorizadas, como a de Loewenstein, ergueram-se em defesa da nova linha de orientação estabelecida pela Suprema Corte dos Estados Unidos, defendendo que o julgamento do caso *Baker vs. Carr* constituiria um dos mais importantes acontecimentos da moderna história constitucional americana, na medida em que “rompió con una jurisprudencia constante de la Corte Suprema, según la cual las disputas electorales federales o estatales se consideraban *political questions, actes de gouvernement* o actos de soberania exentos de jurisdicción, extraídos a la competencia de los Tribunales Federales, pues estaban sólo sometidas a la decisión libre de las instancias políticas”.³⁶

Certa ou errada, a Suprema Corte dos Estados Unidos inaugurou, com *Baker vs. Carr*, uma nova fase na sua jurisprudência sobre a doutrina das questões políticas, que veio a ser reproduzida em diversas decisões subsequentes.³⁷ Até hoje, de um modo geral, os critérios delineados pelo Juiz Brennan continuam a orientar as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, quando do enfrentamento de questões com conteúdo político. Assim, se pode dizer, na esteira do professor Antônio Umberto de

³⁴ O Juiz Frankfurter, no julgamento do caso *Collegrove vs. Green*, de 1946, que também versava sobre questões eleitorais, foi taxativo em sustentar que “la Constitución contiene muchos mandatos cuyo cumplimiento no es exigible ante los tribunales porque claramente quedan fuera de las condiciones y finalidades que circunscriben la acción judicial”. Prossegue, dizendo que “es hostil a un sistema democrático involucrar al poder judicial en la política del pueblo. Y nos es menos pernicioso que esa intervención judicial en una disputa esencialmente política se revista con las abstractas expresiones de la ley”. (SCHWARTZ, Bernard. ob. cit. p. 581/582).

³⁵ LINARES QUINTANA, Segundo V. Tratado de Interpretación Constitucional. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. p. 617.

³⁶ LOEWENSTEIN, Karl. La Función Política del Tribunal Supremo de los Estados Unidos: Comentario en torno al caso *Baker vs. Carr*. Revista de Estudios Políticos. Número n° 133, Madrid, 1964. p. 5.

³⁷ Ilustrativamente, os casos *Smiley vs. Holm* (285, U.S. 355), *Koenig vs. Flynn* (285, U.S. 375), *Carrol vs. Becker* (285, U.S. 380), entre outros.

Souza Júnior, que “a despeito de sua carga dramaticamente política, o julgamento de *Baker vs. Carr* conferiu grande prestígio à Corte e acabou gravando a última marca característica da *judicial review* norte-americana: o ‘último refúgio para a correção de toda injustiça ou desigualdade, sem importar sua natureza ou fonte’”.³⁸

Embora os critérios estabelecidos em *Baker vs. Carr* venham sendo mantidos, sem solução de continuidade, desde o início da década de 1960, merece registro a nova perspectiva que vem sendo dada ao tema pela doutrina norteamericana, no sentido de que a nomenclatura “*political questions*” não seria a mais adequada, uma vez que qualquer interpretação constitucional traz consigo conseqüências políticas; assim, uma vez aceita a expressão tradicional, toda a matéria de índole constitucional poderia ser tratada como questão política. Deste modo, a doutrina atual vem defendendo que o mais correto seria falar em “*nonjusticiability*”, para tratar daquelas questões em que seria indevida a revisão judicial.³⁹ Muito embora tal expressão seja antiga na jurisprudência da Suprema Corte, atualmente se tem dado maior ênfase para a perspectiva da ausência de jurisdição dos tribunais para tratar de determinadas matérias, que deveriam ser entendidas como “não justiciáveis”.

Há, ainda, respeitados autores contemporâneos, como Henkin,⁴⁰ defendendo que não existiriam mais “questões políticas”, mas somente questões que, por força do princípio da separação de poderes, apesar de estarem submetidas ao *judicial review*, deveriam ser interpretadas e solucionadas pelos demais ramos do governo, não cabendo ao Judiciário sobre elas se manifestar.⁴¹ O registro é válido, embora, em termos práticos, esta orientação seja de muito pouca utilidade para a definição daqueles casos em que seria, ou não, adequada a apreciação do Poder Judiciário; da mesma forma, adiante se demonstrará que a mais atual compreensão do princípio da separação dos

³⁸ SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto. O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas. São Paulo: Editora Síntese, 2004. p. 72.

³⁹ NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D., YOUNG, J. Nelson. Constitutional Law. St. Paul: West Publishing Co., 1978. p. 110.; NAVOT, Suzie. Political questions in the Court: Is “Justicial self-restraint” a better alternative than a “non justiciable” approach? Disponível em: <http://ssrn.com>. Acesso em 11 de maio de 2011.

⁴⁰ HENKIN, Louis. Is There a “Political Question” Doctrine? Yale Law Journal. Vol. 85. p. 608. Disponível em: <http://ssrn.com>. Acesso em 11 de maio de 2011.

⁴¹ Merece registro, também, recente trabalho de Mark Tushnet, acerca do desaparecimento da *political question doctrine* em razão do tema não ter sido tratado no julgamento do caso *Bush vs. Gore*, titulado Law and prudence in the law os justiciability: the transformation and disappearance of the political question doctrine. North Carolina Law Review. Vol 80. p. 1203/1235.

poderes indica justamente o sentido oposto, qual seja, não representa mais do que a separação das funções estatais entre os diferentes ramos do poder.

Como se vê, o estudo da evolução jurisprudencial do tema frente às principais decisões proferidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos demonstra que aquele Tribunal vem caminhando no sentido de reduzir, cada vez mais, os casos que permanecem imunes à sindicabilidade do Poder Judiciário. Esta percepção é destacada por Cristina Queiroz, que identifica uma “redução substancial da categoria de actos políticos como actos juridicamente insindicáveis”.⁴²

Deste modo, a evolução da doutrina das questões políticas nos Estados Unidos traz contribuições indispensáveis para que se possa alcançar uma visão crítica do tema, contribuições estas que podem ser sintetizadas da seguinte forma:

a) Segundo a célebre sentença de Marshall, as matérias políticas são aquelas que se referem a questões de interesse da nação e, portanto, não atingem direitos individuais. É justamente por isso que permanecem imunes ao controle jurisdicional. Por outro lado, não cabe ao Poder Judiciário examinar a correção dos atos praticados pelos demais poderes, se assim o foram dentro da esfera de discricionariedade que lhes é oferecida pela Constituição. Nas palavras do próprio Marshall, “questions in their nature political, or which are, by the Constitution and laws, submitted to the executive, can never be made in this court”.

b) Apesar de a sentença de Marshall ter definido, conceitualmente, o que são questões políticas, deixou em aberto a definição dos critérios necessários para que se faça tal classificação nos casos concretos. Foi somente com o voto do juiz Brennan, no julgamento de Baker vs. Carr, que a Suprema Corte ofereceu tal contribuição, definindo os seguintes critérios: a) a atribuição da questão a um dos poderes políticos, por expressa disposição constitucional; b) a falta de pautas que possam ser descobertas e manuseadas judicialmente para a solução da questão; c) a impossibilidade de decidir a questão sem uma determinação política inicial, que esteja claramente sujeita à discricionariedade política; d) a impossibilidade de o Tribunal proferir uma decisão

⁴² QUEIROZ, Cristina M. ob. cit. p. 216.

independente, sem manifestar falta de respeito aos demais poderes de governo; e) a necessidade incomum de aderir, sem questionamentos, a uma decisão política já tomada; f) a potencial dificuldade de que venham a coexistir pronunciamentos conflitantes de diferentes departamentos do governo.

c) A doutrina contemporânea vem defendendo o abandono da expressão “political questions”, por entender que afastamento da matéria ao judicial review não decorre da natureza política da questão, mas da sua não justiciabilidade (“nonjusticiability”). Não é a natureza da questão que a mantém imune ao controle jurisdicional, mas ausência de jurisdição dos tribunais para o seu exame. Ainda assim, em regra, a Suprema Corte dos Estados Unidos permanece se socorrendo dos critérios definidos pelo juiz Brennan, em 1962, para classificar determinada questão como política e, com isso, afastá-la da jurisdição daquele tribunal.

1.3 Os *actes de gouvernement* na França

O exame da jurisprudência do Conselho de Estado francês revela que a teoria dos *actes de gouvernement* – atos políticos (atos de governo) que não estariam sujeitos à revisão jurisdicional – atravessou três fases distintas: a primeira tem início em 1822, com o julgamento do caso “Laffite”, oportunidade em que restou decidido que assuntos ligados à “alta política” ou a “objetivos políticos” não seriam passíveis de reexame jurisdicional, adotando-se, para tanto, a teoria teleológica do “móvel político”; a segunda fase começa em 1875, com a prolação do acórdão “Príncipe Napoleão”, em que a jurisdição administrativa francesa deixou de considerar o objetivo do ato para reconhecer nele uma natureza jurídica própria, estabelecendo-se, então, uma lista de *actes de gouvernement* infensos ao exame jurisdicional; por fim, a terceira fase surge com a Constituição de 1958, marcando o momento em que o Conselho de Estado passou a admitir a revisão de atos que, tradicionalmente, estavam classificados entre aqueles imunes ao exame judicial.⁴³

⁴³ Esta classificação é aceita pela doutrina sem maiores divergências. Neste sentido, ilustrativamente: TAMER, Sérgio Victor. *Atos Políticos e Direitos Sociais nas Democracias*. Porto Alegre: Fabris Editora, 2005; COMPARATO, Fábio Konder. A “questão política” nas medidas provisórias: um estudo de caso. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro, 2002. p. 126, entre outros.

Passa-se, assim, ao exame destas três fases da jurisprudência francesa.

O surgimento do Conselho de Estado é historicamente vinculado à crise decorrente da derrocada do Império Napoleônico. O sistema criado pelas Constituições de 1791 e 1795, em que o exame da legitimidade da ação administrativa era realizado pela própria Administração, veio a ser substituído, em 1799, com a criação do *Conseil d'Etat*, muito embora tal órgão continuasse vinculado ao poder administrativo, não tendo função jurisdicional propriamente dita. O conselho tinha a função precípua de redigir projetos de leis e regulamentos administrativos, mas, pouco a pouco, foi estendendo o círculo de suas competências, até a criação da *Comission du Contentieux*, cuja competência abrangia o julgamento de matérias contenciosas de natureza administrativa. Ainda assim, sua atividade se desenvolvia dentro de um sistema de *justice retenue*,⁴⁴ em que a decisão final das controvérsias, após a prévia manifestação do Conselho, era submetida à revisão do chefe de Estado.⁴⁵

Com a queda do Império de Napoleão, o Conselho de Estado passou a ter suas decisões severamente criticadas, tanto pelos liberais, quanto pelos monárquicos. Foi neste contexto de grande hostilidade que os juízes administrativos passaram a proferir decisões restringindo suas próprias competências em favor dos juízes ordinários, invocando, para tanto, o princípio da separação de poderes.⁴⁶ Percebe-se, assim, que a origem dos atos políticos ou atos de governo, na França, decorre de uma clara tentativa

⁴⁴ Foi somente em 1849, com a “Lei do Conselho de Estado” que se concedeu ao Conselho, pela primeira vez, as faculdades da *justice déléguée*, ou seja, somente a partir desta data que passou a exercer as funções de verdadeiro juiz, decidindo, soberanamente, as controvérsias surgidas em matéria administrativa.

⁴⁵ FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis Carro y. La Doctrina del Acto Político (Especial referencia al Derecho italiano). Instituto de Estudios Políticos de Madrid, Madrid: maio/agosto de 1967. p. 74/75.

⁴⁶ Altamente ilustrativa, neste contexto, a doutrina de FERNÁNDEZ-VALMAYOR: “A la caída del Imperio napoleónico, el Consejo de Estado pasa por uno de los momentos más difíciles de sua existencia; es continuamente criticado por unos y otros: por los liberales, que le reprochaban su origen autoritario y su cualidad de juez administrativo, y por los monárquicos, que estaban en completo desacuerdo con la obra de consolidación de la situación de los adquirentes de bienes nacionales que el Consejo de Estado había realizado en aplicación de las leyes de confiscación de los bienes de los desterrados. A pesar de todo, el Consejo de Estado logró mantenerse y subsistir; sin embargo, rodeado de un clima de fuerte hostilidad, manifestará en sus decisiones timidez e incertidumbre. Y es así como los Jueces administrativos, temiendo la reacción del Gobierno, van limitar espontáneamente el ámbito de sus propias atribuciones en dos direcciones distintas: por una parte, disminuirán a favor de Jueces ordinarios el alcance del principio clásico de la separación de poderes (concretamente, la separación entre autoridades administrativas y judiciales); por otra, abandonarán las materias de gran relieve político a la libre disponibilidad de los órganos de la Administración activa: “*double restriction inspirée par l’unique que souci politique de se faire modeste pour se maintenir et durer*”. Aparece así en el terreno jurisprudencial la noción de acto político o de gobierno” (ob. cit. p. 76).

de fuga dos juízes administrativos, diante de um ambiente político hostil, em que se deixou, para segundo plano, a questão técnica da natureza jurídica do ato.

No plano jurisprudencial, é assente na doutrina que a primeira aplicação da teoria dos *actes de gouvernement* se deu quando da prolação do famoso *arrêt Laffitte*, em 1822. A controvérsia, em breve síntese, era seguinte: No exercício de sua autoridade de Chefe de Estado, Napoleão havia concedido à sua irmã uma renda de 670.000 francos, que, posteriormente, foi adquirida pelo banqueiro Laffite. Uma lei, do ano de 1826, privou a família Bonaparte de todos os bens que tivesse adquirido a título gratuito e, entre eles, estava a renda destinada à sua irmã. Laffitte, então, impugnou, frente ao Conselho de Estado, o ato do Ministério das Finanças que se recusara a pagar as cotas vencidas antes da edição da lei confiscatória. A solução dada ao caso pelo Conselho de Estado foi categórica ao sustentar que “la réclamation du sieur Laffitte tient à une question politique dont la décision appartient exclusivement au gouvernement”.⁴⁷

Portanto, foi no afã de dar contornos jurídicos a essa questionável posição externada pelo Conselho de Estado, que a doutrina francesa desenvolveu a denominada Teoria do Móvel Político, segundo a qual um ato praticado pela Administração deveria ser considerado como “político” ou “de governo”, sempre que dissesse respeito à “alta política”. Em outras palavras, quando a Administração invocasse, para a sua prática, um “objetivo político”, o ato deveria ser considerado como um *acte de gouvernement* e, com isso, não estaria sujeito ao controle jurisdicional.⁴⁸ Verifica-se, pois, que se trata de uma teoria eminentemente teleológica, em que bastaria a referência a conceitos abstratos – “alta política” e “objetivo político” – para que a matéria se tornasse imune ao crivo do órgão judicante, no caso, do Conselho de Estado.

Não é preciso esforço algum para se constatar, na esteira de Fernández-Valmayor, que esta teoria “presenta el peligro de graves abusos por parte del Ejecutivo sobre todo en regímenes autoritarios, ya que la misión del juez se reduce en este caso a comprobar el motivo político alegado por el Gobierno y en consecuencia a declararse incompetente”.⁴⁹ Sendo assim, somente se pode concluir que a Teoria do Móvel Político

⁴⁷ FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis Carro y. ob. cit. p. 76.

⁴⁸ COMPARATO, Fábio Konder. ob. cit. p. 126.

⁴⁹ FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis Carro y. ob. cit. p. 86.

não traz contribuição efetiva para uma definição de quais sejam os limites do ato político; ainda assim, tem valor para a compreensão da evolução histórica do tema.⁵⁰

Foi somente com Terceira República e o surgimento do Estado liberal, no período posterior a 1870, que o Conselho de Estado francês passou a exercer, de forma soberana, o papel de juiz das causas administrativas. Este novo período marca, essencialmente, o abandono da Teoria do Móvel Político para dar lugar a Teoria da Natureza do Ato, que “trata de hallar una clara línea de demarcación entre actos políticos y actos administrativos, diferenciados en su naturaleza por referirse a dos tipos de actividad (Gobierno y Administración) completamente distintos”.⁵¹

A decisão que marca o início desta nova etapa da jurisprudência do Conselho de Estado é datada de 1875, com a prolação do chamado *arrêt Prince Napoleón*. Naquela ocasião, Napoleão José Bonaparte havia recebido de seu primo, Napoleão III, ainda no ano de 1853, o título de General da Divisão do Exército Francês. Todavia, logo após a queda do império, em 1873, o Ministro da Guerra se recusou a incluir seu nome entre os Generais de Divisão no “Anuário Militar” daquele ano. Com isso, houve a interposição de recurso por excesso de poder dirigido ao Conselho de Estado.⁵²

O Conselho, então, rechaçou a objeção da questão política e examinou o recurso, ponderando que, para afastar determinada questão do controle jurisdicional, “não é suficiente que um ato, emanado do governo ou de um de seus representantes, tenha sido deliberado em Conselho de Ministros ou que ele tenha sido ditado por um

⁵⁰ Neste sentido, novamente FERNÁNDEZ-VALMAYOR: “En definitiva, esta doctrina en sí misma no tiene nada de jurídica: admitir una causa subjetiva un móvil, como elemento característico y definidor del acto político, significa, no solamente, dar entrada en esta materia a un dato extrajurídico, sino sobre todo justificar el arbitrio del poder ejecutivo. De todas formas, más exacto hubiese sido afirmar la peligrosidad de la existencia misma del concepto de acto político y no predicarla. La existencia del concepto – con abstracción de cualquier teoría – es temible y peligrosa en sí misma, ya que en cualquier momento – la sentencia de la Casación italiana que hemos citado hace unos momentos constituye magnífico ejemplo – puede ser explicado y justificado en base a consideraciones total y absolutamente extrajurídicas y constituir una válvula de escape a la legalidad y, por tanto, un atentado a los derechos de los ciudadanos. Pero es precisamente su efectiva y real existencia, reconocida por el Derecho positivo, lo que nos obliga a continuar nuestro análisis de las distintas posiciones doctrinales en un intento de hallar una satisfactoria explicación al mismo..., si ella es posible”(ob. cit. p. 87).

⁵¹ Idem. p. 78.

⁵² HORBACH, Carlos Bastide. Controle Judicial da Atividade Política – As questões políticas e os atos de governo. Revista de Informação Legislativa. Abril/Junho, nº 182, ano 46. Brasília: Senado Federal, 2009. p.10.

interesse público”,⁵³ caso nele se reconheça natureza objetivamente administrativa.⁵⁴ Restou assentado, assim, que, embora os atos de governo encerrem certa discricionariedade não sujeita ao exame jurisdicional, essa esfera de liberdade “não poderia ser entendida arbitrariamente pelos governos, mas estaria sim naturalmente delimitada pelas leis e pelo ordenamento constitucional”.⁵⁵

O mesmo entendimento veio a ser reproduzido em outro caso histórico, este datado de 1889, conhecido por “recurso Dufeille”, em que se examinava a natureza de um ato ordenado pelo Ministro do Interior, com o objetivo de seqüestrar impressos de finalidade política. Novamente, o Conselho de Estado reiterou sua orientação no sentido de que o ato “não muda a natureza pelo fato de ser decretado dentro de um objetivo político”; ademais, “as diversas circunstâncias não lhe teriam dado a característica de ato administrativo ou de ato de governo”.⁵⁶ Esta é a orientação da jurisprudência administrativa francesa que se manteve até a Primeira Guerra Mundial.⁵⁷

No plano doutrinário, merece registro a posição defendida por León Duguit, para muitos a maior expressão do direito francês de todos os tempos, em que nega a existência de qualquer poder discricionário à administração, rechaçando a noção de ato de governo ou ato político, se assim vistos com o objetivo de afastá-los do exame jurisdicional. Ao final, conclui que no direito francês não haveria lugar para ato discricionário ou de pura administração, imune ao Poder Judiciário.⁵⁸

Neste contexto, a evolução jurisprudencial ocorrida na França, no período que vai do início do século XIX até a metade do século XX, mostra uma expressiva mudança de perspectiva na definição do ato político. Enquanto a “Teoria do Móvel

⁵³ No original: “il ne suffit pas qu’un acte, émané du gouvernement ou de l’un de ses représentants, ait été délibéré en Conseil des Ministres ou qu’il ait été dicté par un intérêt politique”.

⁵⁴ FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis Carro y. ob. cit. p. 78.

⁵⁵ HORBACH, Carlos Bastide. ob. cit. p. 10.

⁵⁶ No original: “ne change pas de nature par le fait qu’il est ordonné dans un but politique et que la mesure a été approuvée par les Chambres, les diverses circonstances ne sauraient lui donner le caractère d’acte de gouvernement”.

⁵⁷ TAMER, Sérgio Victor. ob. cit. p. 114.

⁵⁸ Neste sentido: “Admettre des acte de gouvernement ainsi compris, c’est admettre que pour des raisons d’Etat on peut apporter des exceptions plus ou moins arbitraires ou principe fondamental, le principe de légalité matérielle, sans lequel il n’y a pas d’Etat de droit, sans lequel, pourrais-je dire, il n’y a pas vraiment de droit public.” (DUGUIT, León. *Traité de Droit Constitutionnel*. 3. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontmoing, 1927. p. 419/420) Esta mesma leitura da obra de Duguit também é encontrada na obra de Castro Nunes (NUNES, Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943. p. 612).

Político” tratava de investigar a finalidade do ato, a “Teoria da Natureza do Ato” se volta para a distinção entre ato político e ato administrativo, estabelecendo uma dicotomia entre as noções de governar e administrar, focada nos seus aspectos jurídicos. Percebe-se, claramente, que a evolução jurisprudencial teve por objetivo reduzir o campo das arbitrariedades decorrentes do exercício do poder, por meio de critérios mais rígidos e restritivos de controle dos *actes de gouvernement*.

Ainda assim, os adeptos dessa segunda teoria não lograram formular, com precisão, o conceito de ato político. O máximo que se alcançou foi a formulação de uma lista temática, com aquelas matérias que deveriam estar imunes ao exame judicial, como, por exemplo, atos relativos à segurança interior e exterior do Estado, as relações entre os órgãos de governo, os atos de guerra, etc. Não se conseguiu, portanto, sequer dar ao ato político a independência conceitual necessária.

Fernández-Valmayor, em seu clássico estudo sobre o tema, destaca que a doutrina francesa tentou definir os atos políticos como aqueles em que há execução direta e imediata de uma disposição formal da Constituição. Nestes casos, o Poder Executivo atuaria na condição de Governo, ao executar normas constitucionais e se dirige a “viser a l’ensemble de l’Etat á la sauvegarde des interets supremes et a l’harmonisation de l’exercice des pouvoirs constitués”.⁵⁹ Destaca, no entanto, que esta classificação doutrinária foi fortemente criticada sob o argumento de que muitas Constituições contêm normas relativas a matérias indubitavelmente administrativas e, ao mesmo tempo, nem sempre regulam outras que são universalmente reconhecidas como políticas.⁶⁰ Crítica similar é feita por Seabra Fagundes, sustentando que este seria um “critério inseguro”, na medida em que “a extensão da matéria varia de Estado para Estado e acontece algumas vezes que as Constituições conferem atribuições, cujo exercício se dá, evidentemente, por meio de ato sem feito político”.⁶¹

Assim, o terceiro período, que tem início a partir do fim da Primeira Guerra Mundial e que caminha sob as luzes da Constituição de 1958, representa mais um passo da jurisprudência administrativa francesa na tentativa de coibir a ação ilegal dos agentes

⁵⁹ FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis Carro y. ob. cit. p. 88.

⁶⁰ Idem. p. 89.

⁶¹ FAGUNDES, M. Seabra. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 162.

políticos. Se no período da Terceira República já se havia restringido o campo dos atos imunes ao controle jurisdicional, à luz da nova Constituição, o Conselho de Estado foi ainda mais longe, aceitando a revisão de atos que, tradicionalmente, estavam classificados entre aqueles imunes ao exame judicial.⁶²

É corriqueira, neste contexto, a afirmação de que, na França de hoje, os atos que estão imunes à revisão jurisdicional – onde se inclui tanto o Poder Judiciário, quanto o Conselho de Estado – são apenas de duas ordens: (1) os atos que dizem respeito às relações entre os órgãos estatais fora da Administração Pública, como o Governo e o Parlamento; e (2) os atos concernentes às relações entre os Poderes Públicos franceses e as autoridades estrangeiras, como os tratados internacionais.⁶³

No contexto desta terceira fase, a alteração mais substancial, ocorrida com a promulgação da Constituição de 1958, diz com a criação do Conselho Constitucional, um órgão que, nas palavras de André Hauriou, nasceu e se desenvolveu sob o signo da ambigüidade, na medida em que, a despeito de suas atribuições jurisdicionais, a designação de seus membros e sua composição têm caráter marcadamente político.⁶⁴ Assim, ainda que continue sendo vacilante a jurisprudência francesa sobre o tema, não há como negar que o Conselho Constitucional preencheu espaços deixados em questões que o Conselho de Estado declarava imunes à sua jurisdição, aumentando a sindicabilidade jurisdicional sobre as questões políticas.

Ainda assim, houve situações em que o Conselho Constitucional titubeou ao enfrentar a questão, como é o caso de um rumoroso conflito instaurado em 1960, em que o Chefe de Estado se recusava a assinar decreto convocando o Parlamento em sessão extraordinária, quando assim lhe impunha a Constituição. Mesmo diante de manifesta violação constitucional, o Conselho declarou que as normas que regulavam sua atuação não lhe permitiam julgar a controvérsia.⁶⁵ Há situações, ainda, em se podem extrair orientações diversas entre as decisões do Conselho de Estado e do Conselho

⁶² Esta classificação é aceita pela doutrina sem maiores divergências. Ver, ilustrativamente, TAMER, Sérgio Victor. *Atos Políticos e Direitos Sociais nas Democracias*. Porto Alegre: Fabris Editora, 2005; COMPARATO, Fábio Konder. ob. cit. p. 127.

⁶³ TAMER, Sérgio Victor. ob. cit. p. 114 e COMPARATO, Fábio Konder. ob. cit. p. 126.

⁶⁴ HAURIOU, André. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Trad. José Antonio Gonzáles Casanova. Barcelona: Editora Ariel, 1971. p. 637.

⁶⁵ Idem. p. 639.

Constitucional: enquanto o primeiro, por exemplo, se nega a apreciar decreto presidencial que submete um projeto de lei a referendo (*arrêt Brocas*, 1962), o segundo afirma sua competência para apreciar tal matéria (*arrêt Hauchemaille*, 2000).⁶⁶

Abordando este período mais atual da jurisprudência francesa, parece correta a análise de Seabra Fagundes, ao entender que “ali se adota, hoje em dia, um critério essencialmente empírico”⁶⁷, na medida em que os órgãos jurisdicionais se abstém de apreciar os atos políticos sempre que lhes pareça que, “em face dos seus objetivos, seria inconveniente sujeitá-los ao controle jurisdicional”.⁶⁸ Resta claro, portanto, que apesar da longa evolução jurisprudencial, até hoje o Direito francês não logrou dar solução definitiva ao tema. Por mais que tenha restringido o campo das atribuições puramente políticas, a ausência de uma clara conceituação faz com que a caracterização do ato político permaneça sujeita às arbitrariedades que emanam do poder e aos oscilantes interesses políticos de cada época.

De todo modo, pode-se dizer que o exame da riquíssima jurisprudência acerca dos *actes de gouvernement* permite a obtenção de valiosas conclusões para o presente estudo, que podem assim ser sintetizadas em seus traços essenciais:

a) A compreensão do contexto político destes três momentos distintos da história francesa demonstra que, quanto mais autoritário for o regime político vigente, mais vaga e abstrata será a definição de ato político. Isto ocorre com o claro propósito de permitir ao órgão judicante a manipulação do conceito de “ato de governo”, quando o momento político se demonstre menos favorável à intervenção jurisdicional nas atividades políticas.

b) Para a jurisprudência do Conselho de Estado francês, os atos políticos são distintos dos atos administrativos, sendo que aqueles estão vinculados à ação do Governo, enquanto estes dizem respeito à ação da Administração Pública. Todavia, a tentativa de classificação dos atos de governo como sendo aqueles que se destinam à execução direta e imediata de normas constitucionais se mostrou insuficiente, diante da

⁶⁶ HORBACH, Carlos Bastide. ob. cit. p. 11.

⁶⁷ FAGUNDES, M. Seabra. ob. cit. p. 163.

⁶⁸ Idem. p. 163.

consideração que muitas Constituições tratam de inúmeras matérias administrativas e, ao mesmo tempo, várias não versam sobre matérias reconhecidamente políticas. Ao fim, a jurisprudência francesa não conseguiu mais do que estabelecer um elenco de matérias (lista temática) que teriam natureza política, sem, no entanto, dar ao ato de governo a necessária independência conceitual.

c) Assim como ocorreu nos Estados Unidos, a evolução histórica do tema na França demonstra que, com o passar dos anos, houve um aumento do campo de atribuições do Poder Judiciário em relação aos atos políticos. Em outras palavras, tornou-se mais rígida a conceituação dos atos políticos, a fim de torná-los, cada vez mais, sujeitos ao reexame judicial.⁶⁹

1.4 A objeção da questão política no Brasil

No Brasil, a objeção das questões políticas é tão antiga quanto à República e o Supremo Tribunal Federal. Até hoje, ninguém contribuiu mais para a sua elucidação do que Rui Barbosa.⁷⁰ O “Estadista da República”, em uma série de trabalhos forenses, traduziu para o Supremo Tribunal Federal a linha de orientação que deveria ser extraída da jurisprudência norteamericana, definindo, na prática, os traços essenciais do modelo constitucional brasileiro de 1891.

⁶⁹ Neste sentido, vale referir a doutrina de Bielsa: “En efecto, señalase actualmente una evidente tendencia a someter a revisión jurisdiccional todos los actos del Poder ejecutivo. Esa tendencia se manifiesta más firme, constante y precisa donde la jurisdicción administrativa está positivamente organizada. En Francia por ejemplo, puede comprobarse esa evolución examinando la jurisprudencia del Consejo de Estado. Ella ha pasado por dos fases sucesivas. En la primera – que ha tenido su punto culminante en el segundo imperio – bastaba que el acto que se consideraba de *gobierno* hubiera sido realizado con un *fin político*, para que el Consejo de Estado se declarara incompetente, tanto para pronunciar la nulidad como para examinar la responsabilidad del Estado comprometida por ese acto. Pero luego, con el establecimiento del régimen republicano, prevaleció con una nueva tendencia. Manteniéndose la noción fundamental del acto de gobierno y de sus efectos jurídicos, se elaboró un nuevo concepto sobre este acto, más favorable al controlador jurisdiccional de los tribunales. Las resoluciones de la autoridad fundadas en la intención política, en la “razón de Estado”, que eran antes inatacables ante el Consejo de Estado, se ajustaron luego a un criterio más preciso de acuerdo con esta nueva concepción, pero domina todavía una tendencia empírica, una razón de orden práctico y de oportunidad en cada caso.” (BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo. 4. ed. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1957. p. 548).

⁷⁰ São palavras de Castro Nunes: “Coube a Rui Barbosa um grande papel na evolução do pensamento jurisprudencial da nossa Suprema Corte. Quando um dia se escrever a história do Supremo Tribunal, desde os seus primórdios indecisos e vacilantes em face da declaração de inconstitucionalidade de uma lei do Congresso, será preciso reservar à obra de doutrinação do insigne constitucionalista um lugar de honra.” (NUNES, Castro. Teoria e Prática do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 1943. p. 168).

O primeiro enfrentamento do tema se deu no julgamento do célebre *Habeas Corpus* n° 300, impetrado por Rui Barbosa, a 18 de abril de 1892. Na oportunidade, em razão da renúncia do Marechal Deodoro da Fonseca à presidência do país, o então vice-presidente, Marechal Floriano Peixoto, havia assumido o cargo. Previa o art. 42 da Constituição de 1891 que, em caso de renúncia, não tendo transcorrido dois anos do mandato, deveriam ser convocadas novas eleições presidenciais.⁷¹ Floriano Peixoto, no entanto, se recusava a deixar o cargo invocando em seu favor uma tortuosa interpretação das disposições constitucionais transitórias.

No dia 6 de abril, a imprensa deu grande divulgação ao chamado “Manifesto dos 13 Generais”, por meio do qual oficiais militares exigiam a realização de novas eleições. Temeroso da reação popular, Floriano Peixoto expediu o Decreto n° 791, datado de 10 de abril de 1892, decretando estado de sítio no Distrito Federal. Com as garantias constitucionais suspensas, ordenou o desterro de diversos presos políticos para o Estado de Amazonas, por meio de novo decreto, este do dia 12 de abril.

Rui Barbosa, então, impetrou em favor dos desterrados o *Habeas Corpus* n° 300, que veio a se tornar o “primeiro caso rumoroso a ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal”.⁷² Era de tal forma a sua representatividade, que Rui Barbosa registrou, em sustentação oral, seu receio de que “o julgamento daquela causa viesse a se tornar o julgamento do próprio Supremo Tribunal Federal”. A petição inicial e sua sustentação transformaram-se em obras clássicas do direito constitucional brasileiro. Nelas, o autor defende a tese de que “onde quer que haja um direito individual violado, há de haver um recurso judicial para a debelação da injustiça: este, o princípio fundamental de todas as Constituições livres”.⁷³

Ocorre que, às vésperas do julgamento, a conjuntura política do país era de tal forma hostil aos juízes do Supremo Tribunal Federal, que veio a público ameaça do presidente em exercício, Marechal Floriano Peixoto, de que: “se os juízes do Tribunal

⁷¹ Era esta a redação da norma constitucional: “Art. 42 - Se no caso de vaga, por qualquer causa, da Presidência ou Vice-Presidência, não houverem ainda decorrido dois anos do período presidencial, proceder-se-á a nova eleição”.

⁷² TRIGUEIRO, Oswaldo. O Supremo Tribunal Federal no Império e na República. In: Coleção Temas Brasileiros. Brasília: UNB, 1982. p. 18.

⁷³ BARBOSA, Rui. Obras Completas de Rui Barbosa. O estado de sítio, sua natureza, seus efeitos, seus limites. Vol. XIX. Tomo III. Rio de Janeiro: Ministério da Educação, 1956. p. 16.

concederem *habeas corpus* aos políticos, eu não sei quem amanhã lhes dará o *habeas corpus* de que, por sua vez, necessitarão”.⁷⁴

Foi neste contexto de hostilidades e ameaças que o Supremo Tribunal Federal denegou a ordem, “pelo fundamento único da incompetência do Poder Judiciário” para examinar questões que considerava ser de índole política. O julgamento teve um único voto vencido, proferido por Pisa e Almeida, que considerava o Tribunal competente para o exame da causa. Prevaleceu, todavia, a decisão do relator, Min. Joaquim da Costa Barradas, em que são tecidas as seguintes considerações:⁷⁵

(...) o exercício desta extraordinária faculdade (decretação do estado de sítio) a Constituição confiou ao critério e prudente discricção do Presidente da República, responsável por ela, pelas medidas de exceção que tomar, e pelos abusos que à sombra delas possa cometer.

(...) antes do juízo político do Congresso, não pode o Poder Judicial apreciar o uso que fez o Presidente da República daquela atribuição constitucional, e que, também, não é da índole do Supremo Tribunal Federal envolver-se nas funções políticas do Poder Executivo ou Legislativo.

(...) ainda quando na situação criada pelo estado de sítio, estejam ou possam estar envolvidos alguns direitos individuais, esta circunstância não habilita o Poder Judicial a intervir para nulificar as medidas de segurança decretadas pelo Presidente da República, visto ser impossível isolar estes direitos da questão política, que os envolve e compreende (...).

Rui Barbosa, então, passou a publicar na imprensa uma série de artigos em que pontuava e comprovava as impropriedades cometidas pelo Tribunal naquele rumoroso processo.⁷⁶ No trecho que recebeu o subtítulo “Onde se abaliza a fronteira entre a questão *política* e a questão *judicial*”, defendeu a existência de um tribunal político e outro judiciário, delimitando os campos da discricionariedade política e da legalidade:⁷⁷

Fácil é, pois, separar aqui a missão destinada ao Congresso da missão reservada a Supremo Tribunal.

Se o Governo se serviu, conveniente, ou inconvenientemente, de faculdades, que se supõem suas, pertence ao Congresso julgar. É a questão política. Se cabem, ou não cabem, ao Governo as atribuições de que ele se serviu, ou se, servindo-se delas, transpôs, ou não, os limites legais, pertence à justiça decidir. É a questão jurídica. O critério do Congresso é a necessidade

⁷⁴ RODRIGUES, Leda Boechat. História do Supremo Tribunal Federal. Vol. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. p. 19.

⁷⁵ Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 24 de maio de 2011.

⁷⁶ BARBOSA, Rui. Obras Completas de Rui Barbosa. O acórdão de 27 de abril. Vol. XIX. Tomo III. Rio de Janeiro: Ministério da Educação, 1956. p. 172/173.

⁷⁷ Idem. p. 224.

governativa. O do Supremo tribunal é o direito escrito. Legalidade e utilidade podem estar em divergência. Direito e necessidade podem contradizer-se. Porque a política, em crises extremas, pode considerar-se forçada a violar as barreiras da lei, para satisfazer as exigências da conservação social. Daí, da distinção entre essas duas normas e da fatalidade de ambas, daí a existência dos dois tribunais: o tribunal político e o tribunal judiciário. Dir-se-á, porém, que esta dualidade seria o antagonismo organizado no seio do *regímen* constitucional. Mas tal não há; porquanto o voto aprobatório das câmaras legislativas ao estado de sítio apenas absolve o Governo da sua responsabilidade, sem penetrar na apreciação dos direitos individuais, por êle ofendidos, ao passo que, por outro lado, as decisões da justiça restituindo à liberdade os cidadãos injulgados, apenas reintegram os direitos individuais, sem responsabilizar o Governo.

Seis anos se passaram quando, em 1898, já sob a presidência de Prudente de Moraes, novo estado de sítio veio a ser decretado e novamente foi promovido o desterro de presos políticos. Vencido o prazo legal de duração da medida, Rui Barbosa impetrou o *Habeas Corpus* n° 1063. Mais uma vez, denegada a ordem. A diferença marcante foi que, neste segundo julgamento, foram quatro os votos vencidos.

Vinte dias depois, nova impetração em favor dos mesmos pacientes. Era o *Habeas Corpus* n° 1073, cujo impetrante era Joaquim da Costa Barradas. O relator do *Habeas Corpus* n° 300, uma vez aposentado, retornava ao Supremo Tribunal Federal na condição de advogado, para defender a tese sustentada por Rui e por ele rechaçada seis anos antes. O julgamento marca a guinada da orientação do tribunal, passando a sustentar que, embora a natureza política da medida adotada, era competente para “amparar e restabelecer direitos individuais”. A decisão foi festejada por Rui Barbosa:⁷⁸

Proferido contra os interesses do poder, na mais completa plenitude do tribunal e após a ventilação mais ampla da matéria, o acórdão de 16 de abril, fruto de seis anos de campanha liberal, tem o brilho, a solidez e a força dos grandes arestos, que valem mais para a liberdade dos povos do que as constituições escritas.

Em diversos de seus trabalhos da época, Rui Barbosa sempre defendeu a linha de que, havendo violação a direito individual, a natureza da questão deixava de ser política e passava a estar sujeita ao exame do Poder Judiciário, conforme também se pode apreender, entre outros, no clássico “A Constituição e os Actos Inconstitucionaes”,

⁷⁸ BARBOSA, Rui. A lição dos Dois Acórdãos. In: Obras Completas de Rui Barbosa. Vol. XXV. Tomo IV. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948. p. 288.

de 1893.⁷⁹ Anos depois, ao redigir seu mais exaustivo trabalho sobre o tema, qual seja, as razões finais apresentadas ao caso que ficou conhecido como “O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional”, Rui Barbosa avançou no trato da questão, trazendo importantes acréscimos à doutrina tradicional, “assentando a noção na base discricionária da conveniência, utilidade ou oportunidade da medida”.⁸⁰ Válida a transcrição da seguinte passagem:⁸¹

Não basta que a questão extreme com a política, ou com ella prenda; que tenha relações políticas, offereça aspectos políticos, ou seja susceptível de effeitos políticos; que à política interesse, ou sobre ella possa actuar por algumas das suas faces, algumas das suas ligações, alguns de seus resultados. É mister que seja *simplesmente, puramente, meramente* política, isto é que pertença ao domínio político totalmente, unicamente, privativamente, exclusivamente, absolutamente.

Só então cessa a competência judicial.

Mas como reconhecer esse gênero especial de questões? Quaes as questões *meramente, unicamente, exclusivamente* políticas. Óbvio é que as relativas ao exercício de poderes *mera, única e exclusivamente* políticos.

Quaes são, porém, os poderes *exclusiva e meramente* políticos? Evidentemente os que não são limitados por direitos correlativos, nas pessoas, individuaes ou colectivas, sobre que taes poderes se exercem. Quando à função de um poder, governativo ou legislativo, não corresponde, fronteiramente, um direito constitucional da entidade, natural ou moral, que a acção desse poder interessa e poderá ferir, um tal poder está confiado, pela sua natureza, ao arbítrio da autoridade, em quem reside. É um poder *discricionário*, e, como poder discricionário, seria palpável contradição nos termos que soffresse restrição pela interferência cohibitiva de outro.

De sorte que a noção abstracta de poder *meramente político* se define praticamente pela noção concreta dos poderes discricionários.

A partir das lições de Rui Barbosa se podem extrair os dois elementos essenciais adotados para definir as fronteiras existentes entre as questões políticas e as questões jurídicas: (a) os direitos individuais e (b) os poderes discricionários. Segundo sua orientação, havendo lesão a direito individual, a questão terá natureza jurídica; por

⁷⁹ BARBOSA, Rui. A Constituição e os Atos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlântida Editora, s/d. p. 129/149.

⁸⁰ Observação similar pode ser encontrada na obra de Castro Nunes, nos seguintes termos: “Em um dos seus últimos trabalhos, naquele em que mais extensamente se devotou à objeção do caso político como exceção declinatória da jurisdição, já na insistiu no critério fundado na natureza da questão que, anos antes, em 1893, apontara como elemento de caracterização (veja-se *Atos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo*, p. 128), assentando a noção na base discricionária da conveniência, utilidade ou oportunidade da medida.” (NUNES, Castro. Teoria e Prática do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 1943. p. 608).

⁸¹ BARBOSA, Rui. O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional. Vol. I. Rio de Janeiro: Eyp. Do Jornal do Comércio de Rodrigues & C., 1910. p. 156/157

outro lado, será política se o ato praticado estiver inteiramente abrangido no espectro dos poderes discricionários conferidos, por lei, ao agente político. Posteriormente, Rui Barbosa ainda reforçou esta distinção, na linha clássica da doutrina de Willoughby,⁸² para demonstrar que uma determinada questão, ainda que inteiramente abrangida pela discricionariedade legal, poderá assumir caráter jurídico quando o agente “invoca uma atribuição inexistente” ou “exorbita uma atribuição existente”.⁸³

Portanto, a partir da virada do século, prevaleceu a orientação no sentido de que, havendo lesão a direitos individuais, legitimada estará a intervenção jurisdicional, compreensão que pode ser extraída, com pequenas variações, na leitura da sentença de Marshall, dos trabalhos de Rui Barbosa, da doutrina de Willoughby, entre outros. No entanto, uma análise da evolução jurisprudencial do período subsequente revela que permaneceram vivas as oscilações do Supremo Tribunal Federal. Ainda que a linha teórica essencial estivesse assentada, o Tribunal titubeava na sua aplicação aos casos concretos, demonstrando, claramente, que a visualização da lesão a direitos individuais variava de acordo com o momento político vivido pelo país; ou seja, o Judiciário ainda escolhia os casos que tinha interesse em julgar.

Foi assim que, no período compreendido entre o julgamento do *Habeas Corpus* n° 1073 e a Revolução de 1930, o país atravessou momentos turbulentos durante os governos de Hermes da Fonseca e Artur Bernardes, com novas decretações de sítio, cujos efeitos ensejaram diversas impetrações. O Tribunal foi instado, novamente, a se

⁸² Neste sentido, sua passagem mais expressiva: “As distinguished from the judicial, the legislative and executive departments are spoken of as the political departments of government because in very many cases their action is necessarily dictated by considerations of public or political policy. These considerations of public or political policy of course will not permit the legislature to violate constitutional provisions, or the executive exercise authority not granted him by the Constitution or by the statute, but, within these limits, they do permit the departments, separately or together, to recognize that a certain set of facts exists or that a given status exists, and these determinations, together with the consequences that flow therefrom, may not be traversed in the courts”. (WILLOUGHBY, Westel Woodbury. *The Constitutional Law of the United States*. 2. ed. New York: Baker, Voorhis and Company, 1929. p. 1326.)

⁸³ Neste sentido, novamente a lição de Rui Barbosa: “Ainda quando se trate de poderes *totalmente discricionários*, o de que não conhecem os tribunais, é *do modo* como tais poderes, uma vez existentes, são exercidos, nas raízes que lhes traçou a lei. Mas da alçada incontestável dos tribunais será entenderem na matéria, para examinar duas questões, se forem levantadas: a da existência desses poderes e sua extensão, comparada com o acto controverso. Se a autoridade *invoca uma atribuição inexistente*, ou *exorbita de uma atribuição existente*, embora discricionária dentro de seus limites, não pode a justiça recusar o socorro legal ao direito do indivíduo ou do Estado, que para ella apellar.” (BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal*. Coligidos e ordenados por Homero Pires. Vol. IV. São Paulo: Saraiva & Cia, 1933. p. 44).

manifestar sobre a objeção das questões políticas em diversas ocasiões, mantendo-se fiel à doutrina defendida por Rui Barbosa, no sentido de que, havendo lesão a direito individual, o Judiciário não poderia recusar o exame da causa. No entanto, com o claro objetivo de evitar confrontos políticos, passou a sustentar que não deveria intervir em questões reservadas pela Constituição à atribuição dos demais poderes, bem como que a ele não caberia decidir sobre o mérito do ato político, ou seja, sobre a oportunidade e a conveniência da prática de determinado ato.⁸⁴

Nesse período, ganhou relevo a figura de Pedro Lessa, expoente intelectual do Supremo Tribunal Federal. Na sua obra clássica, “Do Poder Judiciário”, publicada inicialmente em 1915, reproduz grande parte do trabalho de Rui Barbosa em “O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional”, para, ao final, acrescentar suas valiosas conclusões:⁸⁵

Em substância: exercendo atribuições políticas, e tomando resoluções políticas, move-se o poder legislativo num vasto domínio, que tem como limites um círculo de extenso diâmetro, que é a Constituição Federal. Enquanto não transpõe esta periferia, o Congresso elabora medidas e normas, que escapam à competência do poder judiciário. Desde que ultrapassa a circunferência, os seus atos estão sujeitos ao julgamento do poder judiciário, que, declarando-os inaplicáveis por ofensivos a direitos, lhes tira toda eficácia jurídica.

Exercitando as suas faculdades, o poder executivo tem um campo de ação menos amplo; porquanto, além de limitado, como o Congresso, pela Constituição Federal, ainda tem a sua esfera de ação restringida pelas leis secundárias, que são outros tantos círculos concêntricos, menos dilatados que a Constituição, e traçados dentro desta. Enquanto cuida do interesse público, das transformações conducentes ao bem da sociedade, sem atingir e galgar esses limites, pratica atos políticos, sobre os quais nenhum poder tem a judicatura. Ferindo tais limites, expõe as suas providências à crítica e às decisões do poder judiciário.

A noção de que o limite da discricionariedade política está na Constituição e nas leis, ou seja, que todo ato que fira normas constitucionais estará sujeito ao exame do Poder Judiciário, teve grande influência na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁸⁶ e, até os dias de hoje, é adotada em diversos seus julgamentos.⁸⁷

⁸⁴ Ver, neste sentido, os Habeas Corpus n° 3527, 3528 e 3529, julgados pelo STF em 1914. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 24 de maio de 2011.

⁸⁵ LESSA, Pedro. Do Poder Judiciário. Brasília: Senado Federal, 2003. p. 65/66.

⁸⁶ A título de ilustração, o voto proferido pelo Min. Guimarães Natal, no ano de 1922, quando do julgamento do Habeas Corpus n° 8584, em que assentou: “Nunca professei a doutrina que considera as questões políticas como absolutamente impenetráveis aos olhos investigadores da Justiça, que deverá ter sempre por impecáveis, na sua constitucionalidade e na sua conformidade à Lei, as soluções que lhe

Neste arcabouço, merece registro a transformação em texto constitucional, pela Carta de 1934, artigo 68, do entendimento consolidado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Dispôs o constituinte de 1934 que: “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”. A mesma redação veio a ser repetida pela Constituição de 1937, artigo 94. Até então, somente o artigo 13, §9º, alínea “a”, da Lei nº 221 de 1894, dispunha parcialmente sobre a questão, vedando que o Poder Judiciário viesse a apreciar a conveniência e oportunidade de atos administrativos.⁸⁸

Em seus comentários à Constituição de 1937, Pontes de Miranda se debruçou sobre a vedação do exame jurisdicional de questões exclusivamente políticas, enfrentando decisivamente a questão. Sua genialidade serviu para demonstrar o equívoco das tentativas anteriores de definir uma lista com as matérias que seriam políticas e, assim, estariam imunes ao exame jurisdicional,⁸⁹ elucidando que não poderia haver uma exclusão *ratione materiae*, porque a exclusão se dava *ratione muneris*:⁹⁰

houverem dado os poderes políticos. Nos regimes, como o nosso, de Constituição escrita, os poderes são limitados, e as limitações excluem a discricção e o arbítrio. Se, no exercício de suas funções, qualquer dos poderes políticos exorbita, lesando um direito, o direito lesado pela exorbitância poderá reclamar a sua reintegração ao judiciário, o poder especialmente preposto pela Constituição a tais reintegrações. E a ação do judiciário não se poderá deter diante de uma questão política, sob o pretexto de que ela é atribuída privativamente a um poder político, porque privativa do Congresso Nacional é a decretação das leis e o judiciário declara-as inaplicáveis, quando contrárias à Constituição; privativos do executivo são atos que o judiciário anula, quando, contrariando a Constituição e as leis, lesam um direito. (...). Dada uma violação da Constituição, parta de quem partir, verse sobre que matéria versar, desde que contra ela se insurja um direito individual lesado e invoque, em processo regular, o amparo e proteção do Judiciário, é este, sob pena de incorrer em denegação de justiça, obrigado a conhecer do caso e julgá-lo.”

⁸⁷ Neste sentido, o julgamento do Mandado de Segurança nº 24.831, relator Min. Celso de Mello, publicado no DJ de 4 de agosto de 2006, em cuja ementa consta: “O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República, ainda que essa atuação institucional se projete na esfera orgânica do Poder Legislativo. Não obstante o caráter político dos atos parlamentares, revela-se legítima a intervenção jurisdicional, sempre que os corpos legislativos ultrapassem os limites delineados pela Constituição ou exerçam as suas atribuições institucionais com ofensa a direitos públicos subjetivos impregnados de qualificação constitucional e titularizados, ou não, por membros do Congresso Nacional. Questões políticas. Doutrina. Precedentes.”

⁸⁸ Era este o texto da lei: “Consideram-se illegaes os actos ou decisões administrativas em razão da não applicação ou indevida applicação do direito vigente. A autoridade judiciaria fundar-se-ha em razões juridicas, absten-do-se de apreciar o merecimento de actos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniencia ou oportunidade”.

⁸⁹ O próprio Rui Barbosa, em “O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional”, adota esta técnica, tentando definir uma lista temática, nos seguintes termos: “No seu numeroso conjunto eles abrangem quase de todo a órbita dos poderes entregues à discricção da legislatura e do Presidente. Recapitulando-os, e coordenando-os, temos como elementos capitais da autoridade política, isto é, da ação discricionária, no Chefe da Nação e no Congresso: 1. A Declaração de guerra; 2. A mantença e direção das relações diplomáticas; 3. A verificação dos poderes dos representantes dos governos estrangeiros; 4. A celebração e rescisão de tratados; 5. O reconhecimento da independência, soberania e governo de outros países; 6. A

De antemão é de notar-se que o art. 94 não disse que ao Poder Judiciário se veda conhecer de questões políticas; disse-se, correctamente, que lhe é proibido conhecer de questões exclusivamente políticas. O erro maior que se cometeu, antes, a respeito, foi o de se arrolarem matérias sobre as quais se recusavam ou deviam recusar-se os juizes a decidir. Começava-se pela declaração de guerra. Ora, tanto não se trata de exclusão *ratione materiae*, porém, tão-só, *ratione muneris*, que o acto de se declarar a guerra pode cair sob a apreciação do Poder judiciário, v.g., se a pessoa chamada às armas para a guerra alegar, em pedido de *habeas corpus*, que o Presidente da República não teve a necessária autorização do Parlamento. Declarada com tôdas as formalidades, não pode o Poder Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas, como seriam as que versassem sobre a oportunidade, acerto ou conveniência do acto. É exclusivamente política a questão de saber se convinha ou se não convinha declarar-se a guerra. O Presidente da República recebe uma *autorização* já perfeita e acabada. Usar dela é que lhe compete. Se dela não usa, por omissão criminosa, ou se dela usa fora dos seus termos, ou se cria a aparência jurídica de ter usado de autorização, o caminho é o do processo de julgamento do Presidente da República.

Pontes de Miranda ainda examina, uma a uma, as matérias que haviam sido definidas por Rui Barbosa como “exclusivamente políticas”, para, ao final, concluir:

As espécies de que tratamos são as que costumam ser apontadas como excludentes do *judicial control*. Ora, não se podem enumerar casos, porque tais casos *ratione materiae* não existem; o que existe é a *regra de competência*. O que um Poder, legislativo, executivo, ou judiciário, faz – dentro de suas atribuições – vale nos casos concreto; o que qualquer dêles pratica fora das suas atribuições, ferindo direitos públicos ou privados, a que correspondam acções ou excepções, é susceptível de ser declarado inconstitucional. Quando Marshall dizia que as questões por sua natureza política nunca poderiam ser ventiladas na Corte Suprema, pronunciava frase vaga, que não se pode repetir sem perigo. Onde a “questão política” se liga a actos que violaram direitos, a ação leva-a à Justiça e a Justiça pode conhecer dela. Já não é exclusivamente política. Nunca se considera questão exclusivamente política qualquer questão que consiste em saber se existe, ou qual a extensão ou amplitude de uma atribuição das entidades políticas (...), de algum dos Poderes públicos (...) ou de algum dos seus órgãos, e se foi, ou não, violado, ou se não pode ser violado (v.g. *habeas corpus*) direito individual.

fixação das extremas do país com seus vizinhos; 7. O regime do comércio internacional; 8. O comando e disposição das forças militares; 9. A convocação e mobilização da milícia; 10. O reconhecimento do governo legítimo nos Estados, quando contestado entre duas parcialidades; 11. A apreciação, nos governos estaduais, da forma republicana, exigida pela Constituição; 12. A fixação das relações entre a União, os Estados e as tribos indígenas; 13. O regime tributário; 14. A adoção de medidas protecionistas; 15. A distribuição orçamentária da despesa; 16. A admissão de um Estado à União; 17. A declaração da existência do estado de insurreição; 18. O restabelecimento da paz nos Estados insurgentes e a reconstrução neles da ordem federal; 19. O provimento dos cargos federais; 20. O exercício da sanção e do veto sobre as resoluções do Congresso; 21. A convocação extraordinária da representação nacional.” (BARBOSA, Rui. O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional. Vol. I. Rio de Janeiro: Eyp. Do Jornal do Comércio de Rodrigues & C., 1910. p. 163/164).

⁹⁰ MIRANDA. Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários à Constituição Federal de 10 de novembro de 1937. Tomo III. São Paulo: Irmãos Pongetti Editores, 1938. p. 39.

Embora tenha desenvolvido esta precisa advertência, para comprovar a impossibilidade da elaboração de uma lista temática, que abranja todas as questões que estariam fora do exame judicial, na essência, Pontes de Miranda trilha os passos de Rui Barbosa, ao delinear que a atividade política é aquela que se desenvolve por meio do poder discricionário e que é neste campo de discricionariedade, definido pela Constituição e pelas leis, que se admite a existência de ações exclusivamente políticas.⁹¹ Por outro lado, sempre que a questão estiver posta sob a forma de uma ação e o autor invocar lesão a direito individual, “o elemento político foi excedido e caiu-se no terreno da questão *jurídica*”.⁹²

A grande contribuição de Pontes de Miranda foi demonstrar que não existem matérias que possam ser consideradas, *a priori*, como “exclusivamente políticas” e que, por isso, estejam imunes ao controle jurisdicional; o que existe são “regras de competência”, por meio das quais a Constituição define e delimita as atribuições de cada um dos poderes políticos. Neste ponto, Pontes de Miranda retoma a linha de Rui Barbosa,⁹³ para demonstrar que, se o poder político ultrapassa os limites constitucionais de suas atribuições, lesando direitos individuais, a questão se torna jurídica e os tribunais devem dela conhecer; por outro lado, quando o agente político atua nos lindes das atribuições constitucionais que lhe foram outorgadas, a matéria, “como dizia Marshall, é de discricção, é política, é deixada à consciência dos que se acham investidos dos poderes públicos (...) é à nação, e não a direitos individuais, que respeita”.⁹⁴

Se as Constituições de 1934 e 1937, ao tratar “Do Poder Judiciário” foram expressas em afastar as questões exclusivamente políticas da apreciação judicial, a

⁹¹ Neste sentido: “Onde quer que haja poder discricionário, há actividade política e nem por isso, saltando o órgão agente os lindes da sua competência, se veda ao Poder judiciário o conhecimento da questão eminentemente jurídica, como de toda questão de devolução das competências. Toda discricionariedade é *interior*, é “dentro”; nesse *branco*, que as raias das atribuições concedem, é que o aspecto, a dimensão, é só concernente à política.” (MIRANDA. Francisco Cavalcanti Pontes de. ob. cit. p. 42)

⁹² Idem. p. 43.

⁹³ Neste sentido, novamente a clássica lição de Rui Barbosa: “Ainda quando se trate de poderes *totalmente discricionários*, o de que não conhecem os tribunaes, é *do modo* como taes poderes, uma vez existentes, são exercidos, nas raias que lhes traçou a elles a lei. Mas da alçada incontestável dos tribunaes será entenderem na matéria, para examinar duas questões, se forem levantadas: a da existência desses poderes e sua extensão, comparada com o acto controverso. Se a autoridade *invoca uma atribuição inexistente*, ou *exorbita de uma atribuição existente*, embora discricionária dentro de seus limites, não pode a justiça recusar o socorro legal ao direito do indivíduo ou do Estado, que para ella apellar.” (BARBOSA, Rui. Comentários à Constituição Federal. Coligidos e ordenados por Homero Pires. Vol. IV. São Paulo: Saraiva & Cia, 1933. p. 44).

⁹⁴ MIRANDA. Francisco Cavalcanti Pontes de. ob. cit. p. 43.

Constituição de 1946 adotou nova perspectiva para o trato do tema, definindo, no rol “Dos Direitos e Das Garantias Individuais”, artigo 141, §4º, que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. Em termos práticos, as disposições de 1934, 1937 e 1946 conduziam a uma mesma interpretação, justamente aquela professada por Rui Barbosa ainda sob a égide da Carta de 1891, no sentido de que, havendo invocação de lesão a direito individual, a questão deixa de ser exclusivamente política e está autorizado o controle jurisdicional.⁹⁵ Contudo, Pontes de Miranda classificou a norma do artigo 141, §4º como “a mais típica e mais prestante criação de 1946”, vendo nela a consagração do “princípio da ubiqüidade da justiça”.⁹⁶ Para ele, “a Constituição de 1946 foi como a reaquisição do tempo perdido: pôs-se em regra jurídica explícita o que deveria ser obtido, através dos intérpretes, em regra jurídica não escrita”.⁹⁷

Assim, alinhado às lições de Rui Barbosa e Pontes de Miranda, em sua obra clássica, cuja única edição data de 1943, Castro Nunes examina o tema inserindo importante noção acerca do caráter empírico e casuístico da definição de uma questão como exclusivamente política. Diz o autor:⁹⁸

Tôda dificuldade nessa matéria esta em assentar um critério discriminativo das questões políticas defesas ao exame dos tribunais e das que, envolvendo um direito individual, possam ter ingresso no Judiciário. Não existem regras precisas. O critério jurisprudencial americano – “*merely, purely, exclusively political questions*” – tão repetido entre nós, é empírico, casuístico, não assenta em nenhum princípio racional.

⁹⁵ Neste sentido, pela sua veemência, vale referir o voto do Ministro Nelson Hungria, proferido à época da vigência da Constituição de 1946, no julgamento do Mandado de Segurança nº 1959, a 23 de janeiro de 1953: “Se se apresenta essa lesão direta, esse dano imediato a um direito individual, surge a possibilidade, a legitimidade constitucional da intervenção do Poder Judiciário. Evidentemente, não pode o Supremo Tribunal Federal arrogar-se a faculdade de praticar ou obstar a política legislativa, como não pode criticar ou inibir a política do Poder Executivo. Não pode o Poder Judiciário entender, por exemplo, que determinada medida não atende ao interesse nacional. Haveria, com isso, uma evidente usurpação de poder, uma indébita intromissão do Judiciário. Ainda que dessa medida possa decorrer, por via remota ou indireta, qualquer dano a interesse privado, será defeso ao Judiciário intervir. O indivíduo, atingido em ricochete, não poderia vir bater às portas do Supremo Tribunal Federal, porque as encontraria fechadas. Mas desde que se identifique lesão direta e imediata a direito individual, aí pode interferir o Judiciário, e isto está escrito com todas as letras na Constituição, cujo art. 141, §4º, dispõe que nenhuma lesão a direito individual escapará à apreciação do Poder Judiciário. Não há que renovar discussão em torno do tema; não é mais possível estar-se a revolver debates de um passado longínquo, do tempo em que Ruy Barbosa ensinava o Direito Constitucional no Brasil.”

⁹⁶ MIRANDA. Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários à Constituição de 1946. Vol. VI. São Paulo: Max Limonad, 1953. p. 140.

⁹⁷ Idem. p. 141.

⁹⁸ Idem. p. 606.

Após, Castro Nunes se aproxima da doutrina tradicional para sustentar que “o critério diferencial não reside na natureza política do ato”, mas, sim, “na possibilidade de ser enquadrado, concludentemente, na Constituição, o direito individual que se diz violado”.⁹⁹ Ainda assim, é expressiva a afirmação de que o “critério discriminativo das questões políticas não se assenta em nenhum princípio racional”, na medida em que conflita, até mesmo, com a sentença de Marshall, quando afirmava que “há de haver uma regra jurídica, por onde o tribunal se oriente no exercício de sua jurisdição”.¹⁰⁰

É fundamental ter claro que o Supremo Tribunal Federal sempre realizou uma apreciação empírica e casuística sobre se determinado ato seria, ou não, exclusivamente político. Ainda que tenham sido estabelecidos relevantes parâmetros jurídicos – a lesão a direito individual, os poderes discricionários, os limites das atribuições constitucionais – não há dúvida que a sua jurisprudência apresenta grandes oscilações, cujo fator determinante sempre foi a análise do caso concreto. Nem por isso, no entanto, se pode perder de vista a necessidade de que sejam alcançados conceitos e pautas objetivas para o tratamento da questão, evitando-se as arbitrariedades decorrentes de um mero exame casuístico, como sugerido por Castro Nunes.

A partir de 1946, com pequenas variações, as Constituições brasileiras trataram de repetir a regra da inafastabilidade da apreciação jurisdicional. Não mais se dispôs sobre a vedação do exame de questões exclusivamente políticas, tratando-se apenas de assegurar a manifestação do Poder Judiciário sempre que invocada a ocorrência de lesão a direito individual. Foi assim em 1967¹⁰¹ e na emenda de 1969.¹⁰² A Constituição de 1988 apenas incluiu à regra a hipótese da “ameaça de lesão a direito”, excluindo o termo

⁹⁹ Idem. p. 607.

¹⁰⁰ “Se certos atos são examináveis, e outros não, há de haver uma regra jurídica, por onde o tribunal se oriente no exercício de sua jurisdição. Poderá, em certas circunstâncias, haver dificuldade no aplicar a regra a casos particulares; mas não deve havê-la em precisar a regra.” (BARBOSA, Rui. Obras Completas de Rui Barbosa. O acórdão de 27 de abril. Vol. XIX. Tomo III. Rio de Janeiro: Ministério da Educação, 1956. p. 172).

¹⁰¹ Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

¹⁰² Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977)

“individual” para admitir a tutela de direitos coletivos.¹⁰³ Deste modo, se pode dizer que, no plano constitucional, o tema em exame não foi objeto de significativas modificações neste período, que começa com a Constituição de 1946 e prossegue até os dias de hoje. Nem por isso, todavia, deixaram de ocorrer oscilações na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quando invocada a objeção da questão política, conforme será demonstrado no próximo capítulo.

Desde logo, no entanto, a título de conclusão, pode-se dizer que a evolução demonstrada no enfrentamento do tema, tanto no plano jurisprudencial, quanto doutrinário, permite sejam alcançadas as seguintes conclusões:

a) Após um início vacilante, a jurisprudência brasileira veio a se consolidar no sentido de que, havendo invocação de lesão a direito individual, a questão suscitada deixa de ser exclusivamente política e passa a estar sujeita à revisão judicial.

b) O ato exclusivamente político é aquele que está inteiramente abrangido pelo poder discricionário concedido ao agente político pela lei ou pela própria Constituição, sendo vedado ao Poder Judiciário avaliar a conveniência e a oportunidade de atos cuja prática tenha sido atribuída aos demais poderes políticos.

c) Ainda que uma determinada questão esteja inteiramente abrangida pela discricionariedade, poderá assumir caráter jurídico quando o agente político “invoca uma atribuição inexistente” ou “exorbita uma atribuição existente”.¹⁰⁴ Se o poder político ultrapassa os limites constitucionais de suas atribuições, lesando direitos individuais, a questão se torna jurídica e os tribunais devem dela conhecer; por outro lado, quando atua nos lindes das atribuições constitucionais que lhe foram outorgadas, a matéria é política e diz respeito à nação e não a direitos individuais.¹⁰⁵

¹⁰³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

¹⁰⁴ BARBOSA, Rui. Comentários à Constituição Federal. Coligidos e ordenados por Homero Pires. Vol. IV. São Paulo: Saraiva & Cia, 1933. p. 44.

¹⁰⁵ MIRANDA. Francisco Cavalcanti Pontes de. ob. cit. p. 43.

d) Não existe a possibilidade de se definir uma lista temática com todas aquelas matérias que, por sua natureza, sejam exclusivamente políticas, pois o afastamento de determinadas questões da apreciação do Poder Judiciário não se dá ratione materiae, mas, sim, ratione muneris.¹⁰⁶ O que existe, portanto, são “regras de competências”, por meio das quais a Constituição delimita as esferas de atribuições de dos poderes do Estado.

¹⁰⁶ MIRANDA. Francisco Cavalcanti Pontes de. ob. cit. p. 39.

PARTE II – ANÁLISE CASUÍSTICA DO TEMA

2.1 Considerações iniciais

Examinadas as origens do tema, na perspectiva de três diferentes sistemas jurídicos, a segunda parte do estudo tem o propósito de analisar criticamente como a objeção das questões políticas vem sendo enfrentada, nos dias de hoje, pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil. Neste contexto, entende-se como adequada a divisão da tarefa em três grupos de matéria que, via de regra, são aquelas em que mais claramente aflora a questão ora examinada, quais sejam: (a) a amplitude dos atos administrativos discricionários e a possibilidade da sua revisão judicial; (b) a participação do Poder Judiciário na definição e implementação de políticas públicas em casos de omissões do Estado e (c) a intervenção judicial em procedimentos destinados à examinar violações disciplinares praticadas por agentes políticos.

O que se pretende, com isso, é fazer uso dos temas eleitos para, inicialmente, delinear as distinções existentes entre atos discricionários e atos vinculados, tornando claros os conceitos de ato administrativo e ato político, bem como a amplitude que o Supremo Tribunal Federal admite na revisão judicial dos mesmos. Enfrentadas tais questões, se examinará a latente questão da participação do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas, nas não raras oportunidades em que o Estado se mostra omissivo na efetivação de normas constitucionais programáticas. Por fim, se ingressa na seara das questões político-disciplinares, para analisar a possibilidade de que o Judiciário interfira no processamento e no julgamento destes procedimentos que, por disposição constitucional, estão sujeitos apenas à jurisdição política das casas do Congresso Nacional. São inúmeros os precedentes em que STF veio a se deparar com a questão dos limites da sua jurisdição para intervir em demandas dessa natureza, o que torna obrigatória a eleição dos casos mais emblemáticos e que mais contribuíram para enriquecer a jurisprudência brasileira sobre o tema.

Naturalmente, o exame das questões ora escolhidas não é exaustivo, mas terá grande valor para precisar conceitos e definir linhas essenciais para o presente estudo, que serão desenvolvidas no terceiro capítulo.

2.2 Os poderes discricionários e os atos políticos

Foram retratadas até aqui as imensas dificuldades enfrentadas – tanto no plano jurisprudencial, quanto no plano doutrinário – para se identificar e conceituar aqueles atos, que por serem puramente políticos, se encontrariam imunes à apreciação do Poder Judiciário. Viu-se que os critérios alcançados pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em *Baker vs. Carr*, a despeito da significativa contribuição que ofereceram, por si só, não solucionam definitivamente a questão. Foi possível constatar, ainda, que os “fins políticos”, as “razões de Estado” e os “atos de governo”, desenvolvidos pelos franceses, igualmente não são suficientes para dar ao tema tratamento científico adequado, na medida em que mantêm as portas abertas para o arbítrio judicial.

Neste sentido, ainda que não sejam plenamente satisfatórias, pode-se dizer que são oriundas do direito brasileiro as contribuições mais expressivas sobre o tema dos atos políticos. Na esteira de Victor Nunes Leal, deve ser dito que “apesar de todas as tentativas para definir as questões políticas pelos motivos ou pela finalidade do ato, chega-se afinal à conclusão de que é no conceito de poder discricionário ou de ato discricionário que está contido o conceito de questão exclusivamente política, segundo resulta da leitura dos exaustivos trabalhos de Rui Barbosa”.¹⁰⁷

Por mais que a nossa doutrina venha esmiuçando a questão há mais de um século, por meio dos mais diversos e respeitados autores, não logrou superar, até hoje, a definição de Rui Barbosa segundo a qual “a noção abstrata de poder *meramente político* se define praticamente pela noção concreta dos poderes discricionários”.¹⁰⁸ Torna-se evidente, portanto, que o avanço do estudo depende, necessariamente, de uma adequada compreensão do conceito e da amplitude dos poderes discricionários outorgados à Administração Pública, na medida em que, somente assim, será possível identificar quais são os atos puramente políticos que, como tal, permanecem imunes ao controle jurisdicional. Neste sentido, parte-se de um apanhado doutrinário e, após, examina-se a compreensão atual do nosso Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

¹⁰⁷ LEAL, Victor Nunes. Atos discricionários e funções quase-judiciais da Administração. In: Problemas de Direito Público e Outros Problemas. Vol. 1. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 252.

¹⁰⁸ BARBOSA, Rui. O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional. Vol. I. Rio de Janeiro: Eyp. Do Jornal do Comércio de Rodrigues & C., 1910. p. 157

É sabido que todos os atos emanados do poder público encontram-se limitados pela subordinação que devem à ordem jurídica. Qualquer ato administrativo que não disponha de suporte legal ou que exceda o âmbito de permissão da lei será injurídico.¹⁰⁹

Neste quadro, existem atos administrativos que a lei os vincula integralmente, definindo estritos limites para a sua execução. Em relação a eles, uma vez constatada a ocorrência de determinada situação jurídica (pressuposto de fato), impõe-se a aplicação irrestrita da lei. São os chamados *atos vinculados*.¹¹⁰ Por outro lado, existem atos que exigem certa margem de liberdade para a sua execução, isto porque “a variedade e multiplicidade das situações que lhe são presentes excluem, em muitos casos, disciplina uniforme e precisa. O seu exercício é condicionado por uma série de circunstâncias ocasionais e com respeito a elas não é possível tudo prever”.¹¹¹ Em relação a eles, “nem seria útil descer à rigorosa minuciosidade, o que resultaria em nocivo entrave à realização das finalidades visadas pela atividade administrativa”.¹¹² Em relação a eles, a lei oferece margens de discricionariedade para que o agente avalie, à luz do caso concreto, a conveniência, oportunidade e modo de agir, antes de executá-lo. São os chamados *atos discricionários*.

Não se quer dizer, com isso, que os atos discricionários possam ser praticados mediante avaliações arbitrárias ou puramente subjetivas do agente público, na medida em que a lei necessariamente fixará as margens dessa discricionariedade, estabelecendo limites dentro dos quais o ato deverá ser praticado, sob pena de ilegalidade. Naturalmente, entre tais limites existirá uma zona de indeterminação, onde caberá ao agente público a tarefa de avaliar a oportunidade e conveniência da prática do ato administrativo.

¹⁰⁹ FAGUNDES, Miguel Seabra. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 100/101.

¹¹⁰ Neste sentido, o registro de Enterría e Fernández: “El ejercicio de las potestades regladas reduce la Administración a la constatación (ascertamento, en expresivo concepto italiano) del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y a aplicar en presencia del mismo lo que la propia Ley ha determinado también agotadoramente. Hay aquí un proceso aplicativo de la Ley que no deja resquicio a juicio subjetivo ninguno, salvo la constatación o verificación del supuesto mismo para contrastarlo con el tipo legal”. (ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. 7. ed. Madrid: Civitas, 1996. p. 442).

¹¹¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. ob. cit. p. 103.

¹¹² FAGUNDES, Miguel Seabra. ob. cit. p. 103.

Quer-se demonstrar, portanto, que em diversas situações, por ser inviável uma definição prévia e específica do legislador, a lei apresentará conceitos jurídicos sem conteúdo específico, em relação aos quais existirá mais de uma solução possível para cada caso concreto, cabendo ao administrador eleger aquela que se lhe revele como a mais conveniente e oportuna.¹¹³ É fundamental ter presente, no entanto, que não há, no espectro dos atos discricionários, uma permissão para que o agente público subverta a ordem jurídica, agindo ilegal ou arbitrariamente. Trata-se apenas de uma indispensável fixação de limites para a execução de determinados atos administrativos, em relação aos quais não há como o legislador definir previamente uma solução específica e adequada.

Haverá casos em que as margens de discricionariedade definidas na lei serão mais ou menos extensas; em alguns, dirão respeito apenas à conveniência e oportunidade do ato, em outros estarão relacionadas ao modo de agir. Ainda assim, em qualquer uma das hipóteses, a atividade do agente administrativo estará sempre submetida à ordem jurídica, na medida em que, ultrapassadas as margens fixadas na lei, o ato, ainda que discricionário, será ilegal.¹¹⁴ Conforme leciona Victor Nunes Leal, “o fim de qualquer ato administrativo, discricionário ou não, é, sem dúvida, o interesse

¹¹³ É lapidar, neste sentido, a lição de Francisco Campos: “A administração goza de uma certa liberdade de apreciação em determinadas matérias, não por força da autoridade de que é investida, mas por que os juízos que ela terá de formular sobre determinadas matérias têm por fundamento conceitos cujos conteúdos são destituídos de qualquer caráter específico, individual ou concreto. São conceitos indeterminados, ou que se distinguem dos determinados porque só é possível delimitá-los por duas linhas de traçado impreciso, entre as quais se situa, de modo particular a zona de indeterminação em que se encontram os atributos cuja conveniência ao caso concreto terá de ser apreciada diante de cada espécie. É claro que quanto mais geral um conceito, quanto mais indeterminados os atributos de que se compõe o seu conteúdo, mais incerto se torna o julgamento sobre si os atributos em questão convêm a um caso determinado. Entre o conteúdo genérico do conceito e os casos concretos existe uma tão grande decalcação que todo ato de atribuição a um caso concreto das virtualidades contidas no conceito há de resultar de valor mais ou menos incerto ou aproximativo, sendo, assim, possível, de modo necessário, apresentarem-se para um mesmo caso duas ou mais soluções, todas elas suscetíveis de serem subsumidas sob o mesmo conceito, por compreendidas entre os limites superior e inferior. (...) A ação administrativa discricionária é limitada externa e internamente. Externamente, o seu limite consiste na ordem jurídica em cujo quadro se desenvolve a atividade administrativa e, particularmente, na existência de interesses juridicamente protegidos, ou de direitos subjetivos dos administrados. Além desses limites externos, a ação discricionária encontra limites interiores, que consistem, precisamente, no fato de que os conceitos indeterminados em que se funda o juízo discricionário dispõem, ainda que imprecisos, de um limite superior e de um limite inferior. Por maior que seja a liberdade de apreciação, própria do juízo discricionário, é sempre possível mostrar-se claramente que a conclusão excede um dos limites”. (CAMPOS, Francisco. *Direito Administrativo*. Vol. I. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1958. p. 33/35).

¹¹⁴ Neste sentido: “Se a ação administrativa exorbita, ainda que obliquamente, da esfera da atividade livre que lhe demarca a lei, cai sob a apreciação jurisdicional. É o que sucede quando o ato praticado com um dentre vários conteúdos permitidos à discricção do administrador, mas inspirado em finalidade pessoal, isto é, contrária àquela em nome da qual se outorgou o poder discricionário.” (FAGUNDES, Miguel Seabra. *ob. cit.* p. 107)

coletivo”; todavia, “no caso dos atos vinculados, esse interesse já foi definido pelo legislador, cujas prescrições impõem, necessariamente, determinada conduta do administrador; em caso de incidência do poder discricionário, é, entretanto, à própria administração que incumbe discernir onde está o interesse coletivo, com base nos princípios gerais informadores do ordenamento jurídico positivo”.¹¹⁵

É dentro deste arcabouço que devem ser compreendidos os atos políticos, na medida em que são atos materialmente administrativos, porque praticados por representantes do Estado, mas sobre eles recai a especificidade de versarem sobre questões de cunho político, ou seja, não são atos de mera execução do direito posto, mas atos que “tutelam as exigências supremas da vida do Estado”,¹¹⁶ definindo os rumos da sociedade. Justamente em razão desse alto grau de abstração e das largas margens de discricionariedade que dispõem, os atos políticos são pautados apenas pelos princípios gerais que regem a administração e pelos fins do Estado previstos na Constituição.¹¹⁷ Vale lembrar, neste sentido, a advertência de Bonnard, segundo a qual “em matéria de fins, não existe jamais para a Administração um poder discricionário”.¹¹⁸

Parece adequada, nesse contexto, a classificação adotada por Seabra Fagundes, ao considerar o ato administrativo como *gênero*; o ato político como *espécie* e o ato exclusivamente político como *subespécie*.¹¹⁹ Assim, o ato administrativo (*gênero*) é todo aquele ato que, emanado da administração pública, determina situações jurídicas individuais ou concorre para a sua formação;¹²⁰ o ato político (*espécie*) é aquele por meio do qual a sociedade (Estado) persegue seus fins, dispondo, para tanto, de amplas margens de discricionariedade; por fim, o ato exclusivamente político (*subespécie*) é aquele que contém “medida de fins unicamente políticos (finalidade) e, ao mesmo tempo, há de circunscrever-se ao âmbito interno do mecanismo estatal, e, se o exceder,

¹¹⁵ LEAL, Victor Nunes. Poder discricionário e ação arbitrária da Administração. In: Problemas de Direito Público e Outros Problemas. Vol. 1. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 284/285.

¹¹⁶ RANELLETTI, Oreste. Istituzioni di Diritto Pubblico. Milano: Dotti A. Giuffrè, 1954, n° 52, p. 74.

¹¹⁷ Bastante esclarecedor, neste sentido, o conceito de Marcelo Rebelo de Sousa, qual seja: “o acto do poder político do Estado é um acto jurídico voluntário. Mais concretamente corresponde a uma manifestação de vontade de um órgão ou agente do poder político do Estado respeitante à prossecução dos fins do Estado e ao exercício de suas funções (ou que como tal se pretenda apresentar) e que, por isso, lhe é imputável, manifestação de vontade essa que visa a produção de efeitos jurídicos”. (SOUSA, Marcelo Rebelo de. O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional. Lisboa: Editora Gráfica Portuguesa Ltda., 1988. p. 106).

¹¹⁸ BONNARD, Roger. Le Contrôle Jurisdictionnel de l'Administration, Paris: Dalloz, 1934. p. 56.

¹¹⁹ FAGUNDES, Miguel Seabra. ob. cit. p. 161/162.

¹²⁰ FAGUNDES, Miguel Seabra. ob. cit. p. 36.

não deve alcançar direitos individuais explicitamente reconhecidos, mas apenas interesses (conteúdo)".¹²¹

Como se vê, é noção fundamental que o ato exclusivamente político é aquele que não atinge direitos individuais, porque trata que questões de interesse do Estado e não de indivíduos isoladamente. Tal compreensão permeou os debates examinados no primeiro capítulo e, de certa forma, remonta às noções iniciais da sentença de Marshall em *Marbury vs. Madison*, quando demonstrava que os assuntos de natureza política são aqueles que “dizem respeito à nação e não interessam a direitos individuais”.¹²² É justamente por serem discricionários e não atingirem direitos individuais que tais atos mantêm-se imunes à apreciação do Poder Judiciário.

Esse é o ponto nevrálgico da questão.

Como examinado, desde o início do século passado, o conceito de ato político está diretamente associado à noção de poder discricionário. Este, por sua vez, move-se dentro de uma zona livre, que é privativa da administração, mas cujos limites são demarcados por lei. Assim, tudo o que for realizado dentro dos limites dessa zona será imune à apreciação do Poder Judiciário; caso contrário, não poderia ser chamada de *livre*.¹²³ No entanto, por estar necessariamente prevista em lei, a demarcação dos limites dessa zona de discricionariedade torna-se uma questão jurídica;¹²⁴ sendo assim, “tudo que signifique desvio ou exorbitância do âmbito traçado à atividade discricionária enseja o controle jurisdicional”.¹²⁵ De certa forma, se está a retomar a clássica lição de Rui Barbosa, segundo a qual, ainda que se trate de poderes totalmente discricionários, o

¹²¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. ob. cit. p. 164.

¹²² A questão foi examinada no item 1.2 da presente dissertação.

¹²³ Neste sentido: “O poder discricionário move-se, portanto, por definição, em uma zona livre, privativa da administração, o que exclui, sob pena de contradição nos próprios termos, a possibilidade de revisão por parte do poder judiciário. Desde que, nesta zona livre, o critério da administração se pudesse sobrepor outro critério (a saber, o do judiciário), então já não teríamos uma zona livre, nem se poderia mais falar de poder discricionário. Esta expressão seria, no caso, completamente vazia de sentido e estaria no museu das velharias jurídicas”. (LEAL, Victor Nunes. Poder discricionário e ação arbitrária da Administração. In: Problemas de Direito Público e Outros Problemas. Vol. 1. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 283/284).

¹²⁴ Novamente, a lição de Victor Nunes Leal: “Não resta dúvida, porém, que a demarcação dessa zona livre é, em si mesma, uma questão jurídica, suscetível de apreciação jurisdicional. Não é a administração mas ao judiciário que compete a tarefa de verificar os limites do poder discricionário, em virtude da faculdade que possui, em nosso ordenamento constitucional, de interpretar, final e conclusivamente, o direito positivo”. (FAGUNDES, Miguel Seabra. ob. cit. p. 103).

¹²⁵ FAGUNDES, Miguel Seabra. ob. cit. p. 103.

ato poderá ser submetido ao controle do Poder Judiciário, sempre que a autoridade invocar uma atribuição inexistente ou exorbitar uma atribuição existente.¹²⁶

Fica claro, portanto, que mesmo o ato discricionário poderá vir a ser examinado pelo Poder Judiciário, sempre que a controvérsia estabelecida versar sobre a amplitude legal das atribuições do agente, isto é, se aquele que praticou o ato tinha, efetivamente, atribuição para tanto e se o ato praticado não exorbitou os limites fixados em lei.

A questão ganha clareza nas palavras de Victor Nunes Leal:

Quando se afirma que os atos discricionários escapam à revisão do poder judiciário, o que se quer dizer é que o poder discricionário está imune da revisão jurisdicional. A imprecisão terminológica – em que já temos incidido – torna-se patente, quando se considera que não existe ato algum da administração que esteja totalmente isento do controle judiciário. Na pior das hipóteses, a competência da autoridade que o praticou é assunto da alçada do judiciário, cabível no exame de qualquer ato administrativo. O estado de sítio pode servir de exemplo: se foi decretado por um ministro de Estado, é intuitivo que não produz qualquer efeito, por incompetência do agente, e o judiciário tem autoridade para o declarar. Por conseguinte, se nenhum ato administrativo pode ser considerado discricionário, em sua integridade, não existe ato discricionário. O que acima se disse da competência, também se pode dizer da forma e da finalidade, que são limitações legais (expressas ou implícitas) dos atos administrativos. Se o ato é viciado no que entende com a competência, a forma ou a finalidade, abre-se ensejo ao pronunciamento jurisdicional. (...). Conquanto não haja atos integralmente discricionários, entretanto para a prática de certos atos administrativos a Constituição e as leis costumam reservar à administração pública uma opção de conveniência e oportunidade. A opção de conveniência e oportunidade é que constitui o conteúdo discricionário do ato, mas, salvo no tocante a esse ponto, o ato administrativo, em tudo o mais, se deve considerar vinculado.¹²⁷

Em suma, são três as conclusões que precisam ser extraídas, desde logo: (1) existem determinados atos administrativos que, por não ser possível a definição prévia e específica por parte do legislador, a lei oferece uma zona de discricionariedade ao agente, para que avalie a oportunidade e a conveniência da sua execução; (2) mesmo em se tratando de atos discricionários, não se admite que possam violar a ordem jurídica; (3) os atos discricionários poderão ser apreciados pelo Poder Judiciário sempre que exorbitem as margens de discricionariedade fixadas na lei ou quando o agente que o praticou não tiver atribuição para tanto. Há, no entanto, aspecto ainda mais espinhoso,

¹²⁶ BARBOSA, Rui. Comentários à Constituição Federal. Coligidos e ordenados por Homero Pires. Vol. IV. São Paulo: Saraiva & Cia, 1933. p. 44.

¹²⁷ LEAL, Victor Nunes. Poder discricionário e ação arbitrária da Administração. In: Problemas de Direito Público e Outros Problemas. Vol. 1. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 280/281.

que diz respeito à verificação dos requisitos substanciais do ato, em especial no que tange à constatação dos seus pressupostos de fato.

São diversas as situações em que o legislador define pressupostos fáticos que, uma vez verificados, ensejam a aplicação de uma determinada consequência normativa. A própria Constituição pode servir de ilustração nesse sentido: o artigo 137, inciso I, diz que o Presidente da República poderá decretar o estado de sítio se constatada a ocorrência de “comoção grave de repercussão nacional” ou “de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa”.¹²⁸ Como se vê, em que pese a norma constitucional disponha que o Presidente da República *podrá* decretar o estado de sítio (trata-se, portanto, de ato sujeito à discricionariedade do chefe do Poder Executivo) ela também define expressamente as duas situações fáticas que autorizarão a execução dessa medida. A questão que surge, portanto, é sobre a possibilidade de que o Poder Judiciário venha a examinar se, no caso concreto, efetivamente ocorreram as situações previstas na norma que autorizavam a decretação do estado de sítio.

É bastante expressiva, neste sentido, a lição de Victor Nunes Leal, segundo a qual “a *legalidade* do ato administrativo compreende, não só a competência para a prática do ato e as suas formalidades extrínsecas, como também os seus requisitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato (desde que tais elementos estejam definidos em lei como vinculadores do ato administrativo)”.¹²⁹ Ou seja, se a lei define expressamente os pressupostos de fato que, uma vez observados, exigem a prática de determinado ato, a verificação da sua ocorrência se torna uma questão jurídica e, por isso, deve ser resolvida no plano da legalidade, sujeitando-se, assim, ao controle do Poder Judiciário.

De acordo com essa orientação doutrinária, se o Presidente da República vier a decretar o estado de sítio, poderá ser questionado, em sede jurisdicional, se os pressupostos de fato, autorizadores da medida, efetivamente ocorreram, na medida em

¹²⁸ Constituição, art. 137 - O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de: I - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; II - declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

¹²⁹ LEAL, Victor Nunes. Os atos administrativos perante o Poder Judiciário. In: Problemas de Direito Público e Outros Problemas. Vol. 1. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 264.

que “a inconformidade do ato com os fatos que a lei declara pressupostos dele constitui ilegalidade, do mesmo modo que o constitui a forma inadequada que o ato porventura apresente”.¹³⁰ Ocorre que, por vezes, a indeterminação dos conceitos empregados pelo legislador é tão ampla que permitirá variadas avaliações subjetivas, todas igualmente aceitáveis do ponto de vista jurídico. Apenas para ficar com o exemplo antes citado, pode-se dizer que a ocorrência de uma comoção de repercussão nacional é um fato possível de ser constatado com razoável objetividade; todavia, o mesmo não se pode dizer da sua gravidade. Esta dependerá de critérios relativamente subjetivos.

Portanto, quando a Constituição determina que somente a “comoção grave” poderá autorizar a decretação do estado de sítio, está a oferecer largas margens para a apreciação subjetiva do agente. Nestas situações, não parece prudente que o Poder Judiciário possa considerar “grave” uma comoção avaliada como “não grave” pelo Presidente da República, pois estaria substituindo uma avaliação que a Constituição atribuiu a este e não àquele. Merece registro, ainda, que a Constituição diz que, verificado um ou outro pressuposto de fato, ainda assim o Presidente da República *poderá* adotar a medida; ou seja, mesmo quando verificadas as situações autorizadoras, caberá ao chefe da Nação avaliar se é oportuna e conveniente a decretação do sítio.

Mas por que razão a Constituição atribui ao Presidente da República a decisão de decretar, ou não, o estado de sítio? Por que razão a Constituição diz que, verificada esta ou aquela situação, *poderá* ser decretado o estado de sítio, em vez de dizer que, verificada esta ou aquela situação, *deverá* ser decretado o estado de sítio?

Parece claro que a Constituição outorgou ao chefe do Poder Executivo a decisão sobre adotar ou não essa medida de extrema gravidade, porque tal decisão está sujeita a critérios de natureza política e não a critérios propriamente jurídicos. Por mais grave que seja a comoção nacional, *poderá* haver motivos que levem o Presidente da República à conclusão de que não é politicamente adequada ou oportuna, em determinado momento, a decretação do estado de sítio. Esse aspecto da decisão não tem conteúdo e não está sujeito a critérios jurídicos. Não é por outra razão que a norma constitucional atribui tal decisão ao chefe do Poder Executivo.

¹³⁰ LEAL, Victor Nunes. ob. cit. p. 264.

Situação diversa irá ocorrer quando o Presidente da República decretar o estado de sítio, sem que tenha sido constatada a ocorrência de qualquer dos pressupostos de fato previstos pela Constituição; neste caso, a questão estará sujeita ao conhecimento do Poder Judiciário, na medida em que a norma define as situações em que *poderá* haver a decretação. Se tais hipóteses não forem constatadas e a medida, ainda assim, for decretada, a decisão do Poder Executivo será ilegal e, por isso, passível de desconstituição em sede jurisdicional.

O que não se pode é considerar ilegal a oportunidade e a conveniência de um ato que a lei subordina inteiramente a critérios políticos, cuja avaliação se situa fora do plano da legalidade, de modo que, nestas situações, estará afastada a possibilidade de revisão jurisdicional do ato. Por outro lado, sempre que a lei definir pressupostos, ainda que relacionados a situações fáticas, não se pode “negar ao juiz a verificação objetiva da matéria de fato, quando influente na formação do ato administrativo”, sob pena de “converter o Poder Judiciário em mero endossante da autoridade administrativa”.¹³¹

No plano jurisprudencial, a possibilidade do controle dos pressupostos de fato é questão que vem sendo examinada pelo Supremo Tribunal Federal ao longo de toda a sua existência. Costuma-se invocar, nesse sentido, o julgamento do Recurso Extraordinário nº 75.421, ocorrido a 17 de dezembro de 1974, como um dos mais importantes precedentes sobre o tema, na medida em que marca a consolidação da orientação do STF, no sentido de que é possível o exame jurisdicional dos pressupostos de fato, sempre que tais pressupostos estiverem expressamente previstos em lei.

Naquela ocasião, apreciando a legalidade de pena de demissão imposta a servidor público ao cabo de processo administrativo-disciplinar, o Ministro Oswaldo Trigueiro, relator do processo, concluiu que “ao Poder Judiciário somente cabe apreciar a legalidade do ato administrativo, sendo-lhe vedado corrigir a eventual injustiça da penalidade imposta com o apoio em prova produzida”.¹³² Ao final, o Ministro Rodrigues Alckmin ainda complementou o raciocínio nos seguintes termos:

¹³¹ TÁCITO, Caio. Direito Administrativo. São Paulo: Editora Saraiva, 1975. p. 60.

¹³² Recurso Extraordinário nº 75.421, Relator Ministro Oswaldo Trigueiro, Diário da Justiça de 17 de dezembro de 1974. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10 de janeiro de 2012.

Eu diria apenas que, no caso, verificar se houve, ou não, o fato que constitui pressuposto da punição não é verificar se esta foi justa ou injusta; é verificar se foi, ou não, legal, porque a lei exige a existência do fato para a apreciação da sanção.

Tenho, assim, como de absoluta legitimidade o exame, pelo Poder Judiciário, da prova dos fatos imputados ao funcionário, com a conclusão de que a punição disciplinar, em face dessa prova, é legal, ou não. O exame da legalidade não se confunde com a apreciação de meras formalidades do processo administrativo. E no ato demissório, não há “mérito” excluído da apreciação judicial.

A partir de então, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não apresentou maiores oscilações no aspecto teórico. Ficou assentada a posição de que é legítima a apreciação do Poder Judiciário sobre a ocorrência, ou não, dos pressupostos de fato que foram considerados pela autoridade administrativa para a prática do ato.

Sobre o tema, ainda, riquíssimos debates foram desenvolvidos no que diz com a edição de medidas provisórias pelo Poder Executivo, já que o artigo 62 da Constituição de 1988 define, como pressupostos de fato, dois conceitos de significativa elasticidade: *relevância* e *urgência*. Além disso, exatamente como ocorre em relação ao estado de sítio, a norma prevê que “em caso de relevância e urgência, o Presidente da República *poderá* adotar medidas provisórias, com força de lei”. Ou seja, novamente a norma constitucional atribui ao chefe do Poder Executivo a competência para aferir se, no caso concreto, estão presentes os pressupostos legais da relevância e urgência; se identificados, ainda assim, *poderá*, ou não, o Presidente da República editar uma medida provisória com força de lei.

Diversas foram as oportunidades em que o Supremo Tribunal Federal se debruçou sobre o tema do controle jurisdicional das medidas provisórias, merecendo destaque o julgamento da Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 162, relator o Ministro Moreira Alves, de onde vale extrair a seguinte passagem:¹³³

Os conceitos de relevância e de urgência a que se refere o artigo 62 da Constituição, como pressupostos para a edição de medidas provisórias, decorrem, em princípio, do juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República, mas admitem o controle judiciário quanto ao excesso do poder de legislar, o que, no caso, não se evidencia.

¹³³ Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 162, Relator Ministro Moreira Alves, Diário da Justiça de 19 de setembro de 1997. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10 de janeiro de 2012.

A posição externada, portanto, foi no sentido de que a edição de medida provisória é ato discricionário, sujeito ao juízo de “oportunidade e valor” do Presidente da República; ainda assim, admite como legítima a revisão judicial em casos onde reste configurado o “excesso do poder de legislar”. Posição similar foi externada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 525, de 12 de junho de 1991, cujo acórdão, que teve como relator o Ministro Sepúlveda Pertence, assim dispõe:¹³⁴

“A ocorrência dos pressupostos de relevância e urgência para a edição de medidas provisórias não estão de todo imunes ao controle jurisdicional, restrito, porém, aos casos de abuso manifesto, dado o caráter discricionário do juízo político que envolve, confiado ao Poder Executivo, sob censura do Congresso Nacional”.

Como se vê, novamente a Suprema Corte reconheceu o caráter discricionário do ato, mas, ao mesmo tempo, admitiu o controle jurisdicional em situações de “abuso manifesto”. Fica claro que o Supremo Tribunal Federal apenas substituiu dois conceitos elásticos (relevância e urgência) por outros dois igualmente amplos (excesso no poder de legislar e abuso manifesto), com a vantagem apenas de que o grau de indeterminação destes é relativamente menor, sem comparados com aqueles, já que exige a constatação de situações *manifestamente* abusivas para autorizar a intervenção jurisdicional.

Assim como ocorre com a decretação do estado de sítio, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, se pode concluir que, se o Presidente da República edita determinada medida provisória, sem que estejam presentes os pressupostos definidos na Constituição, tal ato estará sujeito à revisão do Poder Judiciário, na medida em que, embora discricionário, é limitado pela ordem jurídica que define as condições para a sua execução. Por outro lado, estando presentes os requisitos constitucionais da relevância e urgência, caberá ao chefe do Poder Executivo decidir, discricionariamente, se editará, ou não, a medida provisória. Tal decisão não estará sujeita ao exame do Poder Judiciário, porque, presentes os requisitos, a Constituição diz que o Presidente da República *poderá*, ou não, editar a medida provisória.

¹³⁴ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 525, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça de 24 de abril de 2004. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10 de janeiro de 2012.

Por fim, dada a representatividade, merecem registro algumas considerações desenvolvidas no voto condutor do recente e rumoroso julgamento do “Caso Cesare Battisti”, pelo órgão plenário do STF, quando do exame do Pedido de Extradicação nº 1.085, apresentado pela República Italiana. Naquela demanda, questionava-se, em sede preliminar, a decisão do Ministro da Justiça brasileiro que concedera refúgio ao extraditando, por entender que a legislação brasileira¹³⁵ somente autoriza a concessão de refúgio a perseguidos políticos e, no caso de Battisti, a perseguição se dava pela prática crimes comuns.¹³⁶ No voto condutor, o Ministro Cezar Peluso examinou a questão da possibilidade de o Poder Judiciário rever a decisão do Ministro de Estado brasileiro, no que diz respeito à classificação dos crimes como políticos; isso porque, sendo crimes comuns, a concessão do refúgio teria sido um ato ilegal, já que a legislação brasileira somente a autoriza a concessão do benefício para perseguidos políticos:

É truísmo jurídico que a atividade administrativa consiste no desempenho da função consolidada no dever de realizar finalidade pública já prevista e predefinida na lei. Sempre que o comportamento da autoridade ou do agente público como tal não se ajuste à providência suposta pela lei para tutela de interesse público específico, é o ato viciado e comprometido do ponto de vista jurídico, sem que tal contrariedade reflita, necessariamente, busca de objetivos ilícitos ou intuídos particulares de favoritismo ou perseguição. Aniquila-o a só desconformidade com a lei.

(...)

E aniquila-o sempre a mera desconformidade com a lei, que lhe impõe severa observância da situação de fato condicionante da prática do ato com sua eficácia típica, porque, se há algo, “que a lei não esquece mais de indicar”, são “as condições de facto em que a Administração deve agir”. Tal advertência é sobremaneira decisiva no plano do controle da legalidade dos atos administrativos vinculados, em relação aos quais, diversamente dos discricionários, a lei disciplina.

(...)

E a averiguação dessa integral correspondência, necessária como condição de validade do ato administrativo vinculado, entre a hipótese legal enunciada em termos de tipicidade e a realidade histórica, é, e sempre foi, passível de controle jurisdicional sobre ambos os termos, o da interpretação da norma e o da verificação da ocorrência do fato nela previsto, porque não incide sobre o chamado mérito do ato, senão apenas sobre sua legalidade, apurável diante dos motivos declarados pela autoridade ou agente administrativo.¹³⁷

¹³⁵ Lei Federal nº 9.474/97, artigo 1º: Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que: I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior; III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

¹³⁶ O refugiado italiano fora condenado, em seu país, pela prática de quatro homicídios, cometidos à época em que integrava o movimento político denominado Proletários Armados pelo Comunismo (PAC).

¹³⁷ Pedido de Extradicação nº 1.085, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Cezar Peluso, Diário da Justiça de 16 de abril de 2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10 de janeiro de 2012.

Este último precedente mostra a linearidade da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, na medida em que o acórdão reforça a leitura de que o ato administrativo – gênero do qual o ato político é espécie – estará sempre vinculado a fim previamente definido em lei e, sempre que dele discrepar, incorrerá no vício da ilegalidade. Ainda, reitera a possibilidade de controle jurisdicional acerca da ocorrência dos pressupostos de fato definidos em lei, por entender que tal verificação não diz respeito ao “mérito” do ato administrativo (oportunidade e conveniência), o qual restaria imune ao controle jurisdicional. No entanto, o voto condutor do “Caso Battisti” sustenta que somente em relação aos atos *vinculados* será permitido o controle dos pressupostos de fato, já que, na leitura do Ministro Cezar Peluso, em relação aos atos *discricionários*, não haveria vinculação de “condições de fato”.¹³⁸

À luz das considerações desenvolvidas neste tópico, pode-se dizer que a compreensão externada pelo Ministro Peluso, quanto ao ponto, não é a mais adequada. Independentemente de se tratar de ato administrativo vinculado ou discricionário, podem existir situações em que a lei irá definir os pressupostos de fato que deverão ser verificados para que, somente assim, o ato possa ser legalmente praticado. A diferença efetivamente existente entre os atos vinculados e discricionários não diz com a existência de pressupostos ou condições de fato, mas com a existência de margens de discricionariez concedidas pela lei ao agente público. No ato vinculado, a administração simplesmente verifica se estão presentes os pressupostos que a lei exige e, verificados, o ato deve ser praticado. Nas palavras de Enterría e Fernández, “hay aquí un proceso aplicativo de la Ley que no deja resquicio a juicio subjetivo ninguno, salvo la constatación o verificación del supuesto mismo para contrástalo con el tipo legal”.¹³⁹ Em contrapartida, no que se refere aos atos discricionários, igualmente existe uma definição de pressupostos ou condições de fato; todavia, nestes casos, conforme a lição de Francisco Campos, “a administração goza de uma certa liberdade de apreciação em determinadas matérias, não por força da autoridade de que é investida, mas por que os juízos que ela terá de formular sobre determinadas matérias têm por fundamento

¹³⁸ É o que se extrai da seguinte passagem: “(...) aniquila-o sempre a mera desconformidade com a lei, que lhe impõe severa observância da situação de fato condicionante da prática do ato com sua eficácia típica, porque, se há algo, “que a lei não esquece mais de indicar”, são “as condições de facto em que a Administração deve agir”. Tal advertência é sobremaneira decisiva no plano do controle da legalidade dos atos administrativos vinculados, em relação aos quais, diversamente dos discricionários, a lei disciplina”.

¹³⁹ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. 7. ed. Madrid: Civitas, 1996. p. 442.

conceitos cujos conteúdos são destituídos de qualquer caráter específico, individual ou concreto”, sendo que, no tocante a tais conceitos, “só é possível delimitá-los por duas linhas de traçado impreciso, entre as quais se situa, de modo particular, a zona de indeterminação em que se encontram os atributos cuja conveniência ao caso concreto terá de ser apreciada diante de cada espécie”.¹⁴⁰

Tecidas tais ressalvas, pode-se dizer que o julgamento do “Caso Batistti” somente reforçou a linha de entendimento que o Supremo Tribunal Federal vem sustentando ao longo das últimas décadas, no que tange ao exame dos pressupostos dos atos administrativos discricionários.

Nestes termos, o presente tópico pretendeu demonstrar que os atos praticados pelo Estado encontram seus limites na ordem jurídica; ou seja, não há como se admitir que um ato emanado do Estado viole a lei ou a Constituição, sem que seja permitida a intervenção do Poder Judiciário para restaurar a ordem violada. Nesse contexto, quanto maior for o grau de indeterminação dos conceitos jurídicos adotados para limitar os atos administrativos, maior será a zona de discricionariedade oferecida ao agente público, que permanecerá imune à interferência do Poder Judiciário. No próximo tópico, então, serão examinados os limites da intervenção judiciária sobre os atos administrativos com elevado grau de politicidade, fazendo-se uso, mais uma vez, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Neste momento, no entanto, o presente tópico permite que sejam alcançadas as seguintes conclusões parciais:

a) Os atos administrativos são o gênero, do qual os atos políticos são a espécie e os atos exclusivamente políticos a subespécie.

b) Todo e qualquer ato praticado pelo Estado deverá, sempre, obediência à ordem jurídica. Todavia, existem atos que são inteiramente vinculados pela lei; enquanto outros dispõem de margens de discricionariedade, dentro das quais caberá ao agente avaliar a oportunidade e conveniência na sua prática.

c) Os atos políticos são atos administrativos discricionários, que compreendem a definição dos rumos que serão adotados pela sociedade. Pelo seu alto grau de

¹⁴⁰ CAMPOS, Francisco. ob. cit. p. 33/35.

abstração e pela impossibilidade que tais definições sejam previamente realizadas pelo legislador, tais atos possuem largas margens de discricionariedade e devem obediência apenas aos princípios gerais que regem a Administração Pública e aos fins do Estado previstos na Constituição.

d) É legítima a revisão judicial de atos administrativos tão somente no que tange ao plano da legalidade; sendo assim, o Poder Judiciário somente poderá examinar se o ato praticado violou os limites legais e/ou os pressupostos de fato definidos na lei. Não lhe cabe avaliar a oportunidade e a conveniência do ato quando a lei atribui tal avaliação ao agente público.

2.3 A participação do Poder Judiciário nas políticas públicas

No tópico anterior foi examinada a questão dos atos discricionários praticados pela administração, onde se incluem os atos políticos e os atos exclusivamente políticos, como espécie e subespécie dos atos administrativos, respectivamente. Com isso, se demonstrou que, apesar de ser indispensável que a lei outorgue margens maiores ou menores de liberdade para a ação administrativa, nem por isso os atos tidos por discricionários deixam de permanecer sujeitos à ordem jurídica. Desse modo, no que tange aos aspectos que envolvem a sua legalidade (adequação à ordem jurídica), tais atos ficam sujeitos ao controle jurisdicional.

Em relação ao ato de conteúdo eminentemente político, isto é, aquele ato que “mais concretamente corresponde a uma manifestação de vontade de um órgão ou agente do poder político do Estado respeitante à prossecução dos fins do Estado e ao exercício de suas funções”,¹⁴¹ a ordem jurídica limita-os outorgando-lhes as mais largas margens de discricionariedade possíveis dentro de um Estado de Direito, quais sejam: os *fins do Estado* e os *princípios gerais* que regem a Administração Pública. São estas as balizas que restringem a amplitude discricionária dos atos políticos. Se quer demonstrar, com isso, que por se tratar dos limites jurídico-constitucionais com mais elevado grau de abstração, os atos de conteúdo eminentemente político são aqueles que

¹⁴¹ SOUSA, Marcelo Rebelo de. O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional. Lisboa: Editora Gráfica Portuguesa Ltda., 1988. p. 106.

disporão do maior grau de discricionariedade aceitável dentro de um modelo de Estado em que não se admite a existência de ato estatal ofensivo à ordem jurídica vigente.

É preciso ter presente, assim, que quanto mais acentuado for o conteúdo político do ato, necessariamente maior será o espectro de discricionariedade outorgado pela lei ao agente público; isso porque, conforme ensina Marcelo Caetano, a função política do Estado é aquela que se dá “mediante a *livre* escolha dos rumos ou das soluções consideradas preferíveis”.¹⁴² Ou seja, “o princípio fundamental da função política é o *interesse geral*. A característica do seu exercício é a liberdade de opção entre várias soluções possíveis. Quem governa, opta. Ao traçar certa orientação ou ao adotar certo plano, escolhe uns caminhos e rejeita outros”.¹⁴³ A ação política, portanto, depende, necessariamente, da liberdade de agir que lhe é outorgada pela ordem jurídica. Essa questão será examinada, de forma mais detida, no terceiro capítulo do trabalho, mas é necessário ter presente, desde logo, que a função política do Estado envolve o exercício de *escolhas* pelo agente público, escolhas estas que se inserem em meio a várias opções possíveis, todas elas juridicamente aceitáveis.

É sob este pano de fundo que deve ser analisada a latente questão que envolve a participação do Poder Judiciário na definição e na implementação das políticas públicas, compreendendo-se estas, na esteira de Canela Junior, como “o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas”.¹⁴⁴ Neste sentido, a indagação que surge diz respeito aos limites da intervenção judiciária nas escolhas e nas opções que serão realizadas pelos agentes políticos para atingir os fins do Estado, o que sempre traz à baila a invocação do princípio da separação dos poderes, na medida em que não parece plausível se possa tolerar a mera substituição da escolha realizada por um órgão político pela escolha de determinado(s) integrante(s) do Poder Judiciário.

¹⁴² CAETANO, Marcelo. Direito Constitucional. Vol. I. Direito Comparado. Teoria Geral do Estado e da Constituição. As Constituições do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 213.

¹⁴³ Idem. p. 213.

¹⁴⁴ O trabalho de doutorado apresentado à USP por Oswaldo Canela Júnior, sob o título “A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição”, ainda não foi publicado, razão pela qual a passagem ora transcrita é extraída de artigo publicado pela professora Ada Pellegrini Grinover em recente publicação: GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas. In: HORBACH, Carlos Bastide; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do; LEAL, Roger Stiefelmann (coord.). Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 29.

O enfrentamento do tema exige a compreensão prévia de que a noção clássica do dogma da separação dos poderes, sempre invocado na tentativa de limitar o campo de atuação do Poder Judiciário, surgiu em meio ao liberalismo do século XVIII, momento em que a sociedade voltava-se contra o Estado na busca pela proteção do indivíduo. Naturalmente, havia uma forte tendência em se desenvolver mecanismos para limitar a ação estatal, preservando os chamados direitos individuais de primeira geração.¹⁴⁵ Foi neste contexto que nasceu a conhecida expressão de que os juízes nada mais seriam do que “*la bouche de la loi*”, ou seja, do Poder Judiciário nada mais se admitiria do que a pura e simples aplicação das leis elaboradas pelo Parlamento.

Foi somente com a revolução industrial que houve uma expressiva mudança de paradigma na forma como se desenvolvia essa a relação entre indivíduo e Estado. Antes *liberal*, agora o Estado passava para o modelo *social*, tradicionalmente chamado *Welfare State* ou Estado Providência. Surgiram, assim, os chamados direitos individuais de segunda geração, que passaram a exigir do Estado não apenas uma abstenção, mas também um *facere* em relação ao indivíduo. Com isso, o Estado assumiu o dever de garantir as necessidades essenciais do indivíduo. Por óbvio, esta mudança de paradigma alargou substancialmente o campo das atribuições do Poder Judiciário, que deixou de ser apenas a “boca da lei” para se inserir no seio da atividade política. O momento mais marcante dessa nova fase, para muitos, se deu com o julgamento de *Marbury vs. Madison* pela Suprema Corte dos Estados Unidos, amplamente abordado no primeiro capítulo. Foi a partir da mais célebre sentença de Marshall que surgiram as primeiras balizas do controle de constitucionalidade das leis no modelo que, posteriormente, viria a ser absorvido pelo direito brasileiro.¹⁴⁶

Com isso, a partir do momento em que se passou a exigir do Estado não apenas uma *prestação negativa* (dever de abstenção), limitada a impedir a prática de atos que lesivos aos direitos individuais, mas também uma *prestação positiva*, com a finalidade garantir necessidades, realizar programas sociais, intervir na ordem econômica para

¹⁴⁵ Os direitos individuais de primeira geração são aqueles que exigem do Estado um dever de abstenção, isto é, são as liberdades públicas essenciais ao indivíduo, os direitos ligados à liberdade, vida, propriedade, etc., os quais não podem ser restringidos arbitrariamente pela ação do Estado.

¹⁴⁶ Ver itens 1.2 e 1.4 do presente trabalho.

garantir direitos, etc.,¹⁴⁷ surge uma conclusão inevitável: *no momento em que o Estado tem a obrigação jurídica de praticar determinados atos, a sua omissão passa a ser ilegal, isto é, o não fazer se torna ofensivo à ordem jurídica.* É justamente aí que se insere a discussão sobre a possibilidade de que o Judiciário intervenha na definição e na implementação das políticas públicas, sempre que o Estado for omissivo em cumprir suas prestações positivas. Essa nova realidade trouxe imensas exigências e colocou o Poder Judiciário no dilema identificado por Cappelletti, qual seja: “(a) permanecer fiel, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou (b) elevar-se ao nível dos outros poderes, torna-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador”.¹⁴⁸

Trazendo a questão para os dias de hoje, constata-se que a Constituição de 1988 definiu os fins do Estado brasileiro em seu preâmbulo¹⁴⁹, complementado, a seguir, pelo seu artigo 3º.¹⁵⁰ Dessas disposições se extrai que a República Federativa do Brasil tem, essencialmente, os seguintes fins a serem alcançados: (a) assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais; (b) a liberdade; (c) a segurança; (d) o bem estar; (e) o desenvolvimento; (f) a igualdade; (g) a justiça e (h) a solidariedade, entre outros que podem ser extraídos do conjunto da norma constitucional de 1988.

Tratam-se de conceitos vagos, verdadeiros *standars* que estão sujeitos às mais diversas formas de concretização. Sendo assim, sempre será possível que um grupo

¹⁴⁷ Neste sentido: “O Estado, desde então, passou a ter não somente as clássicas funções inerentes ao binômio proteção/repressão; ele assumiu o dever de intervir na ordem econômica, realizar programas sociais, combater as desigualdades, amparar os consumidores, etc. Nesse modelo estatal “alargado”, que se convencionou chamar de Welfare State, é evidente que o Direito sofreu impulsos na mesma direção, como instrumento imprescindível para o alcance das metas enfocadas. Em consequência, as normas jurídicas diversificaram-se, passaram a regular uma maior quantidade de temas e a incidir sobre um conjunto maior de relações sociais.” (COSTA, Flávio Dino de Castro. A função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil. Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Distrito Federal nº 28. Disponível em: www.cjf.jus.br/revista/numero_28/artigo04.pdf. Acesso em 15 de janeiro de 2011).

¹⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores. Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 46/47.

¹⁴⁹ Diz o preâmbulo da Carta de 1988: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

¹⁵⁰ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

político entenda que determinado projeto social irá realizar mais plenamente este ou aquele fim do Estado, e, ao mesmo tempo, outro entenda que um projeto totalmente diferente seria mais eficiente. É natural e inevitável que seja assim, pois é nesse embate que se desenvolve a atividade política. A Constituição oferece apenas os pontos de referência e os limites a serem observados, as definições são livres (discricionárias) e sujeitas às forças políticas;¹⁵¹ ainda assim, “com toda atividade política (políticas públicas) exercida pelo Legislativo e pelo Executivo deve compatibilizar-se com a Constituição (...) sob o prisma do atendimento dos fins do Estado”.¹⁵²

A atividade política, portanto, será livre dentro do espectro de discricionariedade que lhe é conferido pela Constituição, conforme demonstrado no item anterior (2.2). Todavia, se o agente político praticar ato ilegal ou que discrepe dos fins previstos pela norma constitucional, bem como se deixar de praticar ato que a Constituição lhe impunha praticar, sua ação/omissão será ofensiva à ordem jurídica e, assim, se tornará sujeita à revisão do Poder Judiciário, ainda que apenas sob o prisma da sua adequação aos fins eleitos pela Constituição.¹⁵³ Se quer demonstrar, com isso, que a intervenção judiciária se justifica apenas para garantir a integridade da ordem jurídica e não para substituir as escolhas que são próprias da atividade política. Citando Ferraresi, a professora Ada Pellegrini é enfática ao defender que, “evidentemente, o juiz não apenas pode, como deve, verificar se a escolha feita pelo Administrador Público respeitou os ditames legais. O que não pode ocorrer é a alteração da escolha feita pelo agente público quando ela não se afigure inapropriada”.¹⁵⁴

É preciso, pois, definir a linha essencial do raciocínio até aqui desenvolvida:

¹⁵¹ Nesse sentido, a lição de Konrad Hesse: “Direito Constitucional cria regras de atuação e decisão política; ele dá à política pontos de referência dirigentes, mas ele não pode substituí-los. Por isso, a Constituição deixa espaço para a atividade das forças políticas. Se ela não regula numerosas questões da vida estatal, ou somente em traços, então nisso estão não somente uma renúncia à normalização determinante ou uma remissão à atualização concretizadora, mas, muitas vezes, também uma garantia com força constitucional de discussão livre e decisão livre dessas questões. Para que essa liberdade não possa ser transmutada em unidade que exclui estabelecimentos de objetivos alternantes e não mais acessível à atividade de forças diferentes, procura a Constituição, por esse modo, assegurar suas fixações materiais, organizacionais e procedimentais”. (HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1998. p. 42).

¹⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini. *ob. cit.* p. 29

¹⁵³ Neste sentido, Ada Pellegrini: “O controle da constitucionalidade das políticas públicas pelo Poder Judiciário, assim, não se faz apenas sob o prisma da infringência frontal à Constituição pelos atos do Poder Público, mas também por intermédio do cotejo desses atos com os fins do Estado.” (*ob. cit.* p. 29)

¹⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *ob. cit.* p. 38.

a) O Estado surge com a institucionalização do poder. Constituir o Estado é lhe dar a sua primeira Constituição, onde são definidas suas normas essenciais e, entre elas, os fins que se propõe a atingir.¹⁵⁵

b) A atividade política é aquela que tem por propósito conduzir o Estado aos seus fins. Naturalmente, não existirá apenas uma única forma de atingir esse propósito, de modo que tal atividade se desenvolverá, sempre, por meio de escolhas. Quem governa, opta; escolhe alguns caminhos e rejeita outros, na lição de Caetano.¹⁵⁶

c) Em que pese a atividade política disponha de significativas margens de liberdade (discricionariedade) para exercer as opções que melhor conduzam o Estado aos seus fins, nem por isso pode ultrapassar os limites fixados pela ordem jurídica.¹⁵⁷

d) No momento em que se passou a *exigir* do Estado determinadas prestações *positivas*, tendentes à realização de seus próprios fins, o não fazer (omissão) se tornou ofensivo à ordem jurídica.

e) A intervenção do Poder Judiciário se justifica somente diante de violações à ordem jurídica. Assim, se o Estado está obrigado a fazer (prestação positiva) e não faz (omissão), sua conduta é ilegal e, portanto, fica sujeita à revisão do Poder Judiciário, ainda que tal revisão se limite apenas ao prisma da sua legalidade.

Essa é a síntese do raciocínio até aqui desenvolvido. No entanto, o mundo dos fatos nem sempre aceita soluções de precisão cartesiana. Raciocínios juridicamente coerentes não resolvem, sempre, os problemas da sociedade. Não basta que a Constituição defina os fins a serem perseguidos e imponha determinadas condutas aos agentes públicos, se o Estado não tem forças para suportar tamanhos encargos. Nestes casos, nem mesmo a intervenção jurisdicional será suficiente para resolver todos os problemas sociais. É neste ponto que residem as maiores dificuldades.

¹⁵⁵ MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.117.

¹⁵⁶ CAETANO, Marcelo. ob. cit. p. 213.

¹⁵⁷ LEAL, Victor Nunes. Poder discricionário e ação arbitrária da Administração. In: Problemas de Direito Público e Outros Problemas. Vol. 1. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 280/281.

Um singelo exame da jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal é suficiente para que se perceba o vertiginoso crescimento de demandas judiciais veiculando pleitos para cumprimento das chamadas normas programáticas contidas na Constituição.¹⁵⁸ Estas ações pretendem a concretização de programas, ou seja, diretrizes altamente abstratas da norma constitucional e nelas, em geral, se postula a intervenção do Poder Judiciário para que obrigue o Estado a implementar determinada política pública, sob pena de multa diária. São inúmeros os exemplos que poderiam ser citados neste sentido, mas, apenas para fins de ilustração, pode-se mencionar a sempre referida decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, que tinha por objetivo “garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde”;¹⁵⁹ na mesma linha, o Recurso Extraordinário nº 367.432, relatado pelo Ministro Eros Grau, o qual sustentava que “não é lícito ao Poder Executivo escudar-se sob o manto da suposta discricionariedade, para manter-se inerte no tocante ao seu dever constitucional de prestar a segurança pública”;¹⁶⁰ também, o Recurso Extraordinário nº 559.646, relatora a Ministra Ellen Gracie, onde se decidiu que “o direito à segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço”;¹⁶¹ ou, ainda, o Recurso Extraordinário nº 639.337, relator Ministro Celso de Mello, que obrigou o Município de São Paulo “a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais”,¹⁶² entre inúmeras outras.

A partir de uma análise desse conjunto de decisões é possível afirmar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem se consolidando no sentido de que é

¹⁵⁸ Parece adequada a definição de José Afonso da Silva acerca das normas programáticas como sendo aquelas “através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.”

¹⁵⁹ Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, Relator Ministro Celso de Mello, decisão monocrática, Diário da Justiça de 4 de maio de 2004. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10 de janeiro de 2012.

¹⁶⁰ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 367.432/PR, Relator Ministro Eros Grau, Diário da Justiça de 14 de maio de 2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10 de janeiro de 2012.

¹⁶¹ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 559.646/PR, Relatora Ministra Ellen Gracie, Diário da Justiça de 24 de junho de 2011. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10 de janeiro de 2012.

¹⁶² Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 639.337/SP, Relator Ministro Celso de Mello, Diário da Justiça de 15 de setembro de 2011. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10 de janeiro de 2012.

legítima a intervenção do Poder Judiciário para determinar a implementação de políticas públicas previstas na Constituição Federal. O Ministro Gilmar Mendes, nesse sentido, faz a ressalva de que “no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de intervenção do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas (...), pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes”.¹⁶³

É possível afirmar que, na composição atual do STF, não existem maiores divergências acerca da possibilidade de que o Poder Judiciário, tendo por fundamento normas constitucionais programáticas, ordene a implementação políticas públicas, sendo unânime o entendimento de que tal intervenção não agride o princípio da separação dos poderes, na medida em que a política a ser implementada já está previamente definida na Constituição.¹⁶⁴ Trata-se, portanto, de uma orientação consolidada pela nossa Suprema Corte que, como tal, deve orientar as demais decisões judiciais; sendo assim, torna-se preciso examinar a decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADPF nº 45, por ser o precedente mais invocado pelas decisões posteriores que consolidaram essa orientação.

Nessa decisão, o Ministro Celso de Mello parte da premissa de que o Poder Judiciário “não pode demitir-se o encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais” sempre que o Estado for omissivo. A compreensão externada, diferentemente da posição adotada nas decisões antes referidas, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes e Ellen Gracie (SL nº 47 e AgR RE nº 559.646), vai mais além, ao admitir que, em casos excepcionais, o Poder Judiciário possa *definir e implementar* políticas públicas, embora reconheça que tais funções sejam primordialmente atribuídas aos poderes executivo e legislativo. São estes os termos empregados pelo Ministro Celso de Mello, *verbis*:

¹⁶³ Suspensão de Liminar nº 47-AgR/PE, Relator Ministro Gilmar Mendes, Diário da Justiça de 30 de abril de 2011. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10 de janeiro de 2012.

¹⁶⁴ Neste sentido: “Ambas as Turmas deste Tribunal têm apreciado a questão dos autos concernente à suscitada ofensa ao art. 2º da CF frente às políticas públicas. Isso se demonstra (...) tanto em julgados mais antigos, quanto em decisões mais recentes sobre o tema, no sentido de que, na hipótese, não há falar em ingerência do Poder Judiciário em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo, porquanto se revela possível ao Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas” (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 559.646/PR, Relatora Ministra Ellen Gracie, Diário da Justiça de 24 de junho de 2011. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10 de janeiro de 2012).

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional:

(...)

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).¹⁶⁵

Embora a decisão sustente a possibilidade de que o Poder Judiciário possa “formular e implementar políticas públicas”, enquanto as outras decisões anteriormente citadas dispunham apenas sobre a implementação de políticas já definidas pela Constituição, a distinção tem valor apenas teórico, na medida em que a norma constitucional não faz mais do que traçar diretrizes amplamente indeterminadas para a ação do poder público, isto é, a Constituição não define as políticas públicas a serem implementadas com toda a extensão necessária. Assim, sob o pretexto de apenas implementar políticas já definidas pela Constituição, o Poder Judiciário, em verdade, define-as previamente para que possa, a seguir, implementá-las. Em outras palavras, invocando direitos puramente objetivos, como o direito à moradia, à segurança, ao ensino, à saúde, etc., o Supremo Tribunal Federal condena o poder público a construir

¹⁶⁵ Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, Relator Ministro Celso de Mello, decisão monocrática, Diário da Justiça de 4 de maio de 2004. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10 de janeiro de 2012.

casas, investir em iluminação, matricular crianças em creches próximas às residências de seus pais, fornecer gratuitamente medicamentos, entre outras providências. Ou seja, a política pública não está definida no texto constitucional, o que existe é apenas um valor, uma diretriz a ser perseguida pelos agentes públicos; ainda assim, invocando tais direitos objetivos, o STF constrói aquela política que seus integrantes entendem como a mais adequada e, no bojo de uma ação individual ou coletiva, obriga o Estado a implementá-la, sob pena de multa diária.

Não se questiona que, no momento em que se passou a exigir do Estado um *facere* (prestações positivas), a sua omissão tornou-se ilegal e, portanto, passível de controle jurisdicional. No entanto, não há razão para se presumir que agentes públicos tenham interesse em agravar o sofrimento da população, tolhendo-a de condições essenciais e básicas de sobrevivência. Partindo dessa premissa, somente se pode aventar que, quando o Estado não executa esta ou aquela política pública, tal omissão se deva muito mais à ausência de recursos do que à mera falta de interesse político. Sendo assim, é preciso aceitar que a execução de políticas públicas pressupõe, necessariamente, o exercício de escolhas, pois o Estado, por mais que arrecade, jamais disporá de orçamento suficiente para atender a todos os anseios da sociedade. É justamente para realizar tais escolhas que a sociedade elege seus representantes, por meio do voto e com base nos programas que são apresentados pelos partidos políticos.

Ciente dessas limitações orçamentárias, a decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello, na ADPF nº 45, enfrenta a questão sob a ótica da “reserva do possível”, cujo conceito e limites vêm sendo amplamente examinados pela doutrina:¹⁶⁶

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (...), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que,

¹⁶⁶ Os mais citados pelas recentes decisões STF, entre outros: HOLMES, Stephen e SUSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights*. Norton: New York, 1999; BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; SAGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos: Reserva do possível*. Porto Alegre: Fabris, 2010.

comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.¹⁶⁷

A decisão proferida na ADPF nº 45 ainda avança ao tentar definir requisitos objetivos para a observância da chamada “reserva do possível”:

Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Percebe-se a significativa preocupação do Ministro Celso de Mello com os limites da intervenção do Poder Judiciário em esfera reservada aos demais poderes

¹⁶⁷ Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, Relator Ministro Celso de Mello, decisão monocrática, Diário da Justiça de 4 de maio de 2004. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10 de janeiro de 2012.

políticos do Estado, ainda assim entende como legítima a definição e a implementação de políticas públicas por meio de decisões judiciais. Contudo, também é flagrante sua preocupação em demonstrar que tais medidas se justificam apenas em situações excepcionais; para tanto, define, como requisitos para a intervenção jurisdicional, a presença de dois elementos:¹⁶⁸

a) a existência de disponibilidade financeira pelo Estado;

b) a razoabilidade da pretensão posta em juízo, consistente na demonstração de que a pretensão posta em juízo não é mais do que “um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo”.

Como se vê, o precedente mais citado pelas recentes decisões do STF reconhece a existência de limitações orçamentárias para fazer frente a todas as demandas sociais; mas, nem por isso, deixa de sustentar a possibilidade de que o Poder Judiciário defina e ordene a implementação de determinadas políticas públicas, sempre que instado por meio de ações judiciais, quando existam recursos disponíveis e o pedido seja razoável.

Nestas demandas, defende o Ministro Celso de Mello, caberá ao Estado comprovar a indisponibilidade dos recursos necessários para fazer frente ao investimento postulado pelo autor. Todavia, uma análise dos casos concretos enfrentados mais recentemente pelo Supremo Tribunal Federal mostra que tal argumento não dispõe de maior aplicabilidade em termos processuais, na medida em que, aplicada efetivamente esta inversão da distribuição dos ônus probatórios, o Estado jamais terá como comprovar, efetivamente, que não dispõe de recursos para este ou aquele investimento; afinal, é claro que recursos são arrecadados e cada vez com maior voracidade, entretanto é inevitável que se abra espaço à discricionariedade administrativa no que tange à alocação destes recursos. O que deve ficar claro, portanto,

¹⁶⁸ Leitura semelhante é feita pela professora Ada Pellegrini Grinover, embora subdivida o conceito de ‘razoabilidade’ em dois requisitos: “Resumindo-se, percebe-se que a posição do STF, manifestada por um de seus mais sensíveis Ministros, é de que são necessários alguns requisitos, para que o Judiciário intervenha no controle de políticas públicas, até como imperativo ético-jurídico: (1) o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; (2) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público; e (3) a existência de disponibilidade-financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas reclamadas.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. ob cit. p. 32).

é que o Estado dispõe de recursos; estes, todavia, não são ilimitados, de modo que caberá ao poder público destinar as verbas de que dispõe para as áreas que entende devam merecer tratamento prioritário.

Apenas para fins de ilustração, suponha-se que um determinado prefeito municipal tenha sido eleito assumindo o compromisso de investir na área da saúde, por meio da construção de um hospital para a comunidade carente. Uma vez eleito, no curso do seu mandato, é proposta uma ação postulando seja ordenado que a municipalidade promova a construção de uma escola pública, sob pena de multa diária. Parece legítimo que o Poder Judiciário possa, julgando procedente a demanda, ordenar o investimento dos recursos existentes na área do ensino público, se a população daquela comunidade elegeu, como seu representante, um candidato que assumiu o compromisso de investir na área da saúde? É certo que ambas as demandas sociais são igualmente legítimas (saúde e ensino) e dispõem de idêntica matriz constitucional, mas a mera existência de recursos não pode ser fundamento suficiente para que o Poder Judiciário despreze as opções administrativas para fazer valer as suas.

Veja-se, ainda, que a decisão proferida na ADPF nº 45 tenta resolver essa questão definindo, como requisito necessário, além da disponibilidade financeira, a razoabilidade da pretensão deduzida em juízo, sustentando que somente será legítima a intervenção jurisdicional para assegurar condições essenciais à sobrevivência digna do indivíduo. A precaução é válida, embora o postulado da razoabilidade paute toda e qualquer ação do Estado e, diante da sua comprovada ausência, qualquer ato estatal poderá ser invalidado; ou seja, sequer haveria a necessidade de definir tal requisito, na medida em que é ínsito a toda e qualquer ação do Estado.¹⁶⁹ Entretanto, deve ser dito que, no caso da definição e implementação de políticas públicas, sua observância deve se dar com ainda maior ênfase, pois, caso contrário, todos os *déficits* estruturais do país

¹⁶⁹ Neste sentido, a doutrina de Bandeira de Mello: “(...) a Administração, ao atuar no exercício da discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e portanto jurisdicionalmente invalidáveis – as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas em desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 63).

poderiam ser resolvidos com ajuizamento de dezenas, talvez centenas, de ações judiciais. Afinal, bastaria que fossem ajuizadas diversas ações postulando a condenação do Estado à construção de estradas, hospitais, escolas, centros culturais, etc., para que o Poder Judiciário pudesse resolver todos os problemas do país. Nada mais irrazoável.

Diante disso, parece claro que a atuação do Poder Judiciário, na espinhosa seara das políticas públicas, deve se dar com extrema cautela e somente diante de situações extremas. Por maiores e mais prementes que sejam as deficiências do Estado, não se pode imaginar que o Judiciário seja a solução de todos os problemas, em especial quando se parte da consideração que o não cumprimento destas decisões cominatórias terá como conseqüência, única e exclusiva, o pagamento de multas (*astreintes*). Ou seja, o Poder Judiciário intervém para fazer com que o Estado cumpra seus encargos constitucionais, assistindo a sociedade em suas necessidades mais essenciais; todavia, caso não cumpra a ordem judicial, arcará com o pagamento de multas que, por conseqüência lógica e direta, serão suportadas com os escassos recursos da própria sociedade. Em suma, além de não ver atendidas suas demandas mais essenciais, a sociedade verá os recursos que recolheu sob a forma de tributos serem destinados ao pagamento de multas. Nada mais contraditório.

Não se está, com isso, a pretender a subversão da orientação jurisprudencial hoje consolidada junto ao Supremo Tribunal Federal, mas é preciso ter claro que a atuação do Poder Judiciário, por vezes, se destinará ao exame da validade de atos de cunho eminentemente político e, ainda assim, tal atividade deve se desenvolver dentro do plano da legalidade, não invadindo o plano político da conveniência e da oportunidade. É lógico que a mudança de paradigma ocorrida com o surgimento dos direitos de segunda geração (direitos a prestações positivas do Estado) alterou, e de forma muito expressiva, o alcance das decisões judiciais, na medida em que, como demonstrado, a omissão estatal passou a ser ofensiva à ordem jurídica e, assim, o Poder Judiciário se viu obrigado a exigir do Estado o cumprimento de seus deveres constitucionais inadimplidos. Nem por isso, no entanto, pode ele intervir em escolhas políticas, tampouco solucionar os dilemas próprios da atividade política, optando por definir e implementar esta ou aquela política pública, em prejuízo de outra.

A distinção entre os campos de atribuição do Poder Judiciário e dos demais Poderes Políticos é examinada por Canotilho com a abrangência necessária:¹⁷⁰

No entanto, como acentua a própria doutrina americana, a doutrina das questões políticas não pode significar a existência de *questões constitucionais* isentas de controlo. Em primeiro lugar, não deve admitir-se uma *recusa de justiça ou declinação de competência* do Tribunal Constitucional só porque a questão é política e deve ser decidida por instâncias políticas. Em segundo lugar, como já se disse, o *problema não reside em, através do controlo constitucional, se fazer política, mas sim em apreciar, de acordo com parâmetros jurídico-materiais da constituição, a constitucionalidade da política*. A jurisdição tem, em larga medida, como objecto, apreciar a constitucionalidade do “político”. Não significa isso, como é óbvio, que ela se transforme em simples “jurisdição política”, pois tem sempre que decidir de acordo com parâmetros jurídico-constitucionais para o comportamento político pode o Tribunal Constitucional apreciar a violação desses parâmetros.

O princípio da autolimitação dos juízes continuará a ter sentido útil se como ele se quer significar não a inadmissibilidade de juízos de valor na tarefa de interpretação concretização-constitucional (existentes em qualquer actividade interpretativa), mas na contenção da actividade dos tribunais dentro dos limites da função jurisdicional. Isso implica, desde logo, *reflexão* sobre a respectiva apreensão e *disciplina* na invocação de elementos de interpretações valorativos. Isso apontará, em geral, para os limites de cognição dos juízes quanto aos vícios: cabe-lhes conhecer dos *vícios de constitucionalidade* dos actos normativos mas não dos *vícios de mérito* (oportunidade política dos actos e uso do poder discricionário pelo Parlamento e Governo).

A lição de Canotilho é extremamente oportuna. A atribuição do Poder Judiciário, no que tange ao exame dos atos administrativos de conteúdo político, sempre será a de controlar a sua juridicidade, isto é, a adequação do ato ou da omissão à ordem jurídica (legalidade/constitucionalidade). Sua intervenção será legítima quando o Estado praticar ato em desconformidade com a lei ou quando deixar de praticar ato que tinha a obrigação de praticar. Tal intervenção não implica na revisão do seu conteúdo político (conveniência e oportunidade). Em outras palavras, a ação do Poder Judiciário se desenvolve em plano distinto da ação dos Poderes Executivo e Legislativo, de modo que a sua intervenção, para declarar que determinado ato ou omissão do Estado é lesiva à ordem jurídica, não implica na usurpação da esfera de atribuições alheias, mesmo quando o ato tenha conteúdo político. O que não se admite é que o Poder Judiciário possa substituir as escolhas realizadas pelos órgãos políticos, quando estejam inseridas dentro das margens de discricionariedade que a lei, necessariamente, outorga à ação dos

¹⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1309.

agentes públicos. Nas já citadas palavras citadas pela professora Ada Pellegrini, “o juiz não apenas pode, como deve, verificar se a escolha feita pelo Administrador Público respeitou os ditames legais. O que não pode ocorrer é a alteração da escolha feita pelo agente público quando ela não se afigure inapropriada”.¹⁷¹

Este é o raciocínio que deve conduzir o exame da legitimidade da intervenção do Poder Judiciário na definição e na implementação das políticas públicas. Em suas mais recentes decisões, o Supremo Tribunal Federal vem invocando normas constitucionais de conteúdo programático (as chamadas “*policies*”, na conhecida classificação de Dworkin),¹⁷² para decidir quais as demandas sociais que deverão ser prioritariamente atendidas e como deverão ser atendidas, o que se revela arbitrário. Afinal, não basta a invocação do direito constitucional à saúde para que o Poder Judiciário possa decidir que determinado município deverá fornecer este ou aquele medicamento gratuitamente à população, assim como não basta a invocação do direito constitucional à educação, para que possa ordenar que sejam disponibilizadas vagas em escolas públicas para todas as crianças e adolescentes em idade escolar.

Não seria o caso de retomar aqui a vetusta discussão acerca da força normativa das normas constitucionais, tratadas em palavras definitivas no célebre discurso de Konrad Hesse.¹⁷³ Atualmente é aceita, sem maiores divergências doutrinárias ou jurisprudenciais, a compreensão de que todas as normas constitucionais são imperativas e vinculantes;¹⁷⁴ ainda assim, é preciso compreender que existem normas constitucionais que não se dirigem ao indivíduo, mas ao legislador;¹⁷⁵ tais normas são

¹⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. ob. cit. p. 38.

¹⁷² Dworkin adota a expressão “*policies*” para definir as diretrizes políticas do texto constitucional, isto é, “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade.” (DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 36).

¹⁷³ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Fabris, 1991.

¹⁷⁴ Nesse sentido, o excelente estudo de Jorge Hage: “Como se sabe, superada se encontra, há muito, antiga doutrina – de origem norte-americana e italiana – que admitia a existência de normas constitucionais ‘não auto-aplicáveis’, conducente, fatalmente, à inaceitável conclusão de que nem todas as normas de uma constituição seriam, em rigor, normas jurídicas, o que vale dizer, normas obrigatórias, vinculantes e imperativas. Algumas, portanto, não passariam de meras conclamações morais, compondo um ideário não jurídico.” (HAGE, Jorge. Omissão inconstitucional e direito subjetivo. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 26)

¹⁷⁵ Neste sentido, a doutrina de Hage, ao tratar da eficácia jurídica das normas constitucionais: “É de sabença geral, hoje, que jurídicas e, portanto, vinculantes, são todas elas, podendo variar, é certo, seus destinatários principais e diretos; algumas vinculam, em princípio, não tanto os cidadãos, diretamente, mas o legislador ordinário, e, como se verá adiante, nas sua falta ou omissão, vinculam o Judiciário, vinculam o juiz, que, em hipótese alguma, pode negar a jurisdição.” (HAGE, Jorge. ob. cit. p. 26/27).

aquelas que se propõe a indicar os rumos do Estado e não a conferir direitos subjetivos.¹⁷⁶ É o caso referido do artigo 6º da Constituição de 1988, que, embora defina que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados” não permite, isoladamente, a prolação de uma decisão judicial ordenando que o Estado defina e implemente uma determinada política pública, ainda que tenha por objetivo atender os direitos sociais previsto na Constituição.¹⁷⁷ Estas normas são imperativas e vinculantes, mas seu propósito é orientar a atividade política do Estado, definindo os fins que deverão ser perseguidos pelo legislador, e não conferir direitos subjetivos a ser exercidos por meio de demandas judiciais.¹⁷⁸

Sendo assim, ainda que o Poder Judiciário possa declarar a inconstitucionalidade de uma lei que, ao definir determinada política pública, se revele ofensiva aos fins previstos na Constituição, não pode ele substituir a ação do legislador e definir outra política pública a ser implementada. A definição das “*policies*” é tarefa sujeita às forças políticas da sociedade e de seus representantes, tarefa essa que jamais poderá ser suprida, com num passe de mágica, por decisões judiciais cominatórias. Por outro lado, quando a comunidade define, concreta e objetivamente, as políticas públicas a serem executadas, com fundamento na Constituição e o Estado omite-se na implementação, tal omissão será ofensiva à ordem jurídica e, assim, estará legitimada a intervenção do Poder Judiciário, para assegurar a integridade do ordenamento e ordenar a sua execução.

¹⁷⁶ Para esta compreensão, adota-se a sistematização de Luís Roberto Barroso, que divide as normas constitucionais em três grupos: (a) as normas constitucionais de organização, que são aquelas que organizam o poder político do Estado, definindo estruturas, competências e procedimentos a serem observados; (b) as normas constitucionais definidoras de direitos, que são aquelas que outorgam direitos fundamentais, onde se incluem os direitos coletivos, sociais e políticos; (c) as normas constitucionais programáticas, que são aquelas que têm por objetivo traçar os fins públicos a serem alcançados pelo Estado. (BARROSO, Luis Roberto. Direito constitucional e a efetividades de suas normas. Rio de Janeiro: Renovar, 1996).

¹⁷⁷ Neste sentido, entre outros: BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. Escritos sobre derechos fundamentales. Baden Baden: Nomos, 1993.

¹⁷⁸ Novamente, Jorge Hage: “(...) faz-se necessário extremar, de um lado, normas atributivas de direitos (especialmente os fundamentais, e, dentre estes os sociais) dependentes embora (em princípio) de regulamentação para serem exercidos e, de outro lado, normas programáticas, normas-objetivo, ou metas coletivas). A distinção é essencial. As primeiras impõem ao Estado, ou ao particular, um dever jurídico (de prestar, positiva ou negativamente). Em se tratando do Estado, conforme se viu, essa prestação pode constituir-se no dever de legislar, ou no dever de oferecer uma prestação material (ou em ambos). Na primeira hipótese, investindo o cidadão do direito subjetivo público à regulamentação, além do direito à prestação material, se o caso. Já o mesmo não ocorre com as últimas, que deixam aos poderes políticos do Estado o juízo sobre a conveniência, a oportunidade e, em certa medida, o próprio conteúdo da sua realização concretizadora.” (HAGE, Jorge. ob. cit. p. 45).

Ainda assim, mesmo nos casos onde a intervenção do Poder Judiciário se justifique, o controle jurisdicional deve se dar somente em situações excepcionais e atendendo aos requisitos definidos pelo STF desde o julgamento da ADPF nº 45, quais sejam: (a) a razoabilidade da pretensão e (b) a disponibilidade financeira do Estado. Isso porque, conforme exposto no início do tópico, quanto mais acentuado for o conteúdo político do ato, mais amplas serão as margens de discricionariedade outorgadas ao agente público. Por decorrência, somente atos manifestamente ilegais, ou “teratológicos” na expressão corrente na jurisprudência brasileira, poderão justificar a intervenção judiciária. Em suma, para que o Poder Judiciário anule um ato definidor de política pública ou ordene a sua implementação, a ação ou omissão estatal deve ser *manifestamente* agressiva ao ordenamento jurídico, não sendo suficiente uma mera discordância de opiniões entre o juiz e o agente público.

Pode-se dizer, portanto, que o tema da participação do Poder Judiciário nas políticas públicas oferece diversos elementos para o presente estudo, que podem ser sintetizados da seguinte forma:

a) Quanto mais acentuado for o conteúdo político de um ato, mais amplas serão as margens de discricionariedade fixadas pela ordem jurídica.

b) Os atos exclusivamente políticos encontram seus limites apenas nos fins do Estado e nos princípios gerais que regem a Administração Pública.

c) No momento em que se passou a exigir do Estado não apenas um dever de abstenção em relação aos direitos individuais (direitos de primeira geração), mas também um dever de assegurar as condições necessárias para uma vida digna de seus indivíduos (direitos de segunda geração), a omissão estatal tornou-se ofensiva à ordem jurídica e, com isso, legitimou-se a intervenção do Poder Judiciário para obrigar que o Estado cumpra com seus deveres constitucionais.

d) A função do Poder Judiciário se desenvolve em plano distinto da função política do Estado; sua atribuição é verificar se as escolhas feitas pelos órgãos políticos respeitam a ordem jurídica. Não lhe é permitido alterar as escolhas realizadas pelos órgãos políticos, por entender que outra seria mais conveniente ou oportuna.

e) A intervenção do Poder Judiciário não se justifica na definição das políticas públicas, mas apenas na implementação daquelas já definidas, quando o Estado for omissivo. Ainda assim, tal intervenção somente deve ocorrer em situações extremas (“teratológicas”) e desde que comprovados os requisitos da razoabilidade da pretensão e da disponibilidade financeira do Estado. Caso contrário, somente as forças políticas da sociedade e de seus representantes poderão atender as demandas sociais.

2.4 Os processos disciplinares sujeitos à jurisdição política

Por fim, outro tema que traz importantes elementos para o presente estudo diz com o papel do Poder Judiciário no processamento e no julgamento de processos disciplinares envolvendo parlamentares, na medida em que a Constituição sujeita tais processos à jurisdição das casas do Congresso Nacional. De acordo com a Constituição de 1988, é atribuição da Câmara dos Deputados e do Senado Federal processar e julgar infrações disciplinares envolvendo agentes políticos; sendo assim, cumpre examinar até onde pode e deve o Poder Judiciário intervir em tais processos, controlando a legalidade dos atos praticados.

Dispõe a Constituição Federal de 1988 que a Câmara dos Deputados, pelo voto de dois terços dos seus membros, poderá autorizar a instauração de processo contra o Presidente da República,¹⁷⁹ bem como que compete ao Senado Federal processá-lo e julgá-lo nos crimes de responsabilidade.¹⁸⁰ Dispõe, também, que perderá o mandato aquele deputado ou senador cujo procedimento for incompatível com o decoro parlamentar,¹⁸¹ esclarecendo que assim serão considerados, além dos casos previstos nos seus respectivos regimentos internos, aqueles em que verificados abuso de

¹⁷⁹ Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados: I - autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado;

¹⁸⁰ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

¹⁸¹ Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: (...) II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

prerrogativas ou percepção de vantagens indevidas (art. 55).¹⁸² Por outro lado, a mesma Constituição define que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, as infrações penais comuns do Presidente da República e dos membros do Congresso Nacional (art. 102, I, “b”).

Em suma, a norma constitucional dispõe, claramente, que, em relação aos crimes de responsabilidade do Presidente da República e aos atos incompatíveis com o decoro parlamentar dos membros do Congresso Nacional, a competência para processar e julgar tais agentes pertencerá aos órgãos do Poder Legislativo; por outro lado, em relação às infrações penais comuns, a competência será, originariamente, do órgão de cúpula do Poder Judiciário. Esta é a matriz constitucional.

No entanto, a mais recente história política do Brasil, em especial aquela que se refere ao período posterior ao regime militar,¹⁸³ mostra que são numerosos os casos em que, instaurados processos de responsabilização política, com base nos artigos 51, I; 52, I e 55, II da Constituição, em que pese definida constitucionalmente a competência do Congresso Nacional para processar e julgar tais questões, praticamente todas as etapas dos processos parlamentares são submetidas ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, em geral, pela via do mandado de segurança. Cabe indagar, então: se a Constituição atribui ao Congresso Nacional competência de processar e julgar os crimes de responsabilidade política e a quebra do decoro parlamentar, pode o Poder Judiciário conhecer das referidas impetrações, ou lhe falece jurisdição para tanto? E mais: quais os limites dessa intervenção jurisdicional?

Como registrado, são inúmeros os precedentes que poderiam ser citados para ilustrar a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, mas,

¹⁸² § 1º - É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.

¹⁸³ Neste sentido, Elaeres Teixeira: “Os casos de verdadeira depuração do ambiente parlamentar, sem dúvida nenhuma, decorrem do fortalecimento das instituições brasileiras. Com efeito, restabelecida a democracia no Brasil, a partir de 1985, e voltada a Constituição de 1988, que implantou um regime pleno de liberdades e intensificou os mecanismos de fiscalização e controle do exercício do poder, o Legislativo brasileiro ganhou visibilidade. A atuação da imprensa, a partir de então, tem proporcionado à sociedade o conhecimento diário do que se passa no interior das Casas Legislativas e da conduta dos seus membros. Isso fez com que certos comportamentos, incompatíveis com o decoro, não tenham sido mais tolerados. Câmara dos Deputados e Senado Federal despertaram para o fato de que a falta de resposta à sociedade, com a punição indevida aos indignos do mandato popular, pode implicar na ruína da própria instituição parlamentar” (TEIXEIRA, José Elaeres Marques. ob. cit. p. 203).

apenas para facilitar a compreensão, se fará uso de dois casos de grande relevância nacional, cujas decisões trazem à tona diversos elementos de grande valia ao presente estudo. O primeiro foi julgado nos primeiros anos da Constituição de 1988 e traduz uma série de julgamentos que envolveram o processo de *impeachment* do Presidente Fernando Affonso Collor de Mello; enquanto o segundo, mais recente e apto a refletir a posição da atual composição do Supremo Tribunal, é composto pelas impetrações do Deputado Federal José Dirceu de Oliveira e Silva no processo disciplinar que visava à perda do seu mandato parlamentar no episódio que ficou conhecido como “mensalão”.

Vejamos, primeiramente, os elementos trazidos pelo “Caso Collor”.

Pode-se dizer que um dos mais emblemáticos capítulos da história do Supremo Tribunal Federal é aquele em que se deparou com os diversos mandados de segurança impetrados em meio ao processo parlamentar que redundou na decretação de *impeachment* do Presidente Fernando Affonso Collor de Mello, ainda no ano de 1992. Nas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence, “sob o prisma da dogmática constitucional, a singularidade da série de julgados do Caso Collor propiciou acumular aos anais do Supremo Tribunal uma inédita vivência judicial do instituto, com páginas de inegável valor doutrinário”.¹⁸⁴

Merece registro, no entanto, que, pouco antes do chamado “Caso Collor”, o Supremo Tribunal Federal havia se deparado com o Mandado de Segurança nº 20.941, impetrado pelo senador José Ignácio Ferreira e outros, contra a decisão da Presidência da Câmara dos Deputados que rejeitara, liminarmente, denúncia por crime de responsabilidade contra o então Presidente José Sarney e alguns de seus ministros. Em síntese, sustentavam os impetrantes que não caberia à Presidência da Câmara dos Deputados o exame do mérito da denúncia, pois tal decisão seria de competência privativa do órgão plenário. No que tange à possibilidade de revisão judicial do ato, defendiam que “a questão está submetida ao controle do Poder Judiciário, porque não se trata de exercício de poder exclusivamente político, mas sim limitado pela Constituição e suscetível de lesão ou ameaça de lesão de direito (Constituição, art. 5º, XXXV)”.¹⁸⁵

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Impeachment: Jurisprudência*. Brasília: Imprensa Nacional, 1995. Apresentação do Ministro Sepúlveda Pertence, Presidente do Supremo Tribunal Federal.

¹⁸⁵ Ob. cit. p. 5.

Embora a impetração não estivesse diretamente relacionada ao processo que culminou com o *impeachment* do Presidente Fernando Collor, todos os acórdãos fizeram expressa referência aos fundamentos desse importante precedente.

Na ocasião, vencidos os Ministros Paulo Brossard e Sepúlveda Pertence, que entendiam pela ausência de jurisdição do Supremo Tribunal Federal para conhecer da impetração, a Corte decidiu pela existência de lesão a direito individual e, com isso, examinou o mérito do *mandamus*, defendendo, na esteira do voto condutor, da lavra do Ministro Aldir Passarinho, que, “se não é possível ao Judiciário o exame dos critérios que possam levar à condenação ou à absolvição dos acusados por crimes de responsabilidade de que se cuida, insere-se na sua competência apreciar e julgar quanto à lesão que, por ato da Mesa da Câmara dos Deputados ou de sua Presidência, possa haver no direito individual do cidadão”.¹⁸⁶ Verifica-se, pois, que o tribunal tratou de registrar o seu dever de não dispor sobre o “mérito” da decisão que viria a ser proferida pelo Senado Federal; ainda assim, conheceu, mas indeferiu a impetração, antecipando uma série de questões que voltariam a ser enfrentadas nas ações impetradas pelo Presidente Fernando Collor. Ainda assim, desde o início, a Corte manteve-se fiel à doutrina de Rui Barbosa, repetida pelo STF desde o *Habeas Corpus* nº 1063.

Foi assim que o STF examinou o primeiro mandado de segurança relacionado diretamente com o “Caso Collor”,¹⁸⁷ quando em julgamento o Mandado de Segurança nº 21.564, que teve como relator o Ministro Octávio Gallotti. Nele, o Presidente em exercício defendia o argumento de que o processo de *impeachment* “está sempre a

¹⁸⁶ Ob. cit. p. 11.

¹⁸⁷ Em relação à conjuntura política do momento, merece registro que, após atravessar o turbulento período dos governos militares e eleger indiretamente Tancredo Neves à Presidência da República, no ano de 1989, o Brasil voltava a ter um presidente civil eleito diretamente pelo voto popular. Em três anos de um governo marcado por medidas drásticas de combate à inflação e redução do desemprego, o governo do Presidente Fernando Collor enfrentou sua mais grave crise quando a revista *Veja*, a 27 de maio de 1992, publicou entrevista oferecida por seu irmão mais novo, Pedro Collor, em que lançava graves acusações sobre tráfico de influência e malversação de dinheiro público, envolvendo o Presidente da República e seu tesoureiro de campanha, Paulo César Farias. A Câmara dos Deputados, então, instaurou Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a apurar tais fatos; simultaneamente, a sociedade civil deu início a um período de incisivas manifestações públicas, exigindo a decretação do *impeachment* presidencial. Em 1º de setembro de 1992, a Associação Brasileira de Imprensa e a Ordem dos Advogados do Brasil, por seus representantes, Barbosa Lima Sobrinho e Marcelo Lavéner Machado, respectivamente, protocolaram na Câmara dos Deputados denúncia contra o Presidente Fernando Collor, pela prática de crimes de responsabilidade. A denúncia tinha por base as conclusões alcançadas pela Comissão Parlamentar de Inquérito, no sentido de reconhecer a prática de diversos crimes comuns e de responsabilidade. (Neste sentido: VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política. São Paulo: RT, 1994. p. 109).

depende da condição de procedibilidade da prévia autorização da Câmara, por dois terços de seus membros”. Sustentava, ainda, estar a “postular o controle jurisdicional de atos de outro Poder, somente para verificar se determinado processo, instaurado contra o Presidente da República, observou, ou não, as formalidades exigidas pelas normas constitucionais, legais ou regimentais, nos seus respectivos âmbitos de validade”.¹⁸⁸

A segunda impetração deu origem ao Mandado de Segurança nº 21.623, ajuizado quando o impetrante já estava afastado das funções presidenciais. O caso teve como relator o Min. Carlos Velloso e o impetrante sustentava que teria ocorrido cerceamento de defesa, no curso do processo *impeachment* que já tramitava frente à Câmara dos Deputados. O alegado vício decorreria do indeferimento da oitiva de testemunhas arroladas no curso do procedimento parlamentar, bem como pelo não acolhimento da arguição de suspeição e impedimento de diversos senadores que viriam a “funcionar como juízes no referido processo”.¹⁸⁹

A terceira impetração de maior expressão que veio a ser submetida ao Órgão Plenário do STF foi o Mandado de Segurança nº 21.689,¹⁹⁰ relator o Ministro Carlos Velloso, em que novamente Fernando Collor foi impetrante. Esse processo sustentava a ilegalidade de decisão proferida pelo Senado Federal, que aplicou a pena de inabilitação para o exercício de função pública por oito anos. Defendia o impetrante que havia renunciado ao cargo antes da conclusão do processo de *impeachment*, de modo que não poderia ser atingido por decisão posterior, proferida quando já deixara de ocupar a Presidência da República.

Todas as impetrações foram conhecidas, mas indeferidas pelo STF. Nesse conjunto de ações, todos os julgadores se manifestaram sobre os limites da jurisdição do Supremo Tribunal Federal para examinar questões relativas ao processo de *impeachment*, cuja natureza política foi unanimemente reconhecida. A divergência mais

¹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Impeachment: Jurisprudência*. Brasília: Imprensa Nacional, 1995. p. 73.

¹⁸⁹ *Idem*. p. 200.

¹⁹⁰ Após o Mandado de Segurança nº 21.623, ainda foram impetrados outros dois *writs* pelo Presidente da República, os quais receberam julgamento monocrático: o Mandado de Segurança nº 21.628, relator o Min. Carlos Velloso e o Mandado de Segurança nº 21.633, relator o Min. Sepúlveda Pertence. No que tange ao tema objeto do presente estudo, estas duas impetrações, por não terem sido submetidas ao julgamento do Tribunal Pleno, assumem menor relevância, especialmente porque os argumentos adotados pelos relatores foi o mesmo que sustentaram nas demais impetrações.

expressiva, no entanto, foi sustentada pelo Ministro Paulo Brossard que, em seus votos, sempre defendeu o argumento de que a Constituição reservou às casas do Congresso Nacional competência exclusiva para instaurar, processar e julgar, em única e definitiva instância, todas as etapas do processo de *impeachment*, razão pela qual o Supremo Tribunal Federal não teria jurisdição para revisar quaisquer de seus atos. Esta posição, no entanto, restou vencida por ampla maioria.

Desde o julgamento do Mandado de Segurança nº 20.941, estabeleceu-se divergência em relação a esta questão. Naquele primeiro precedente, restaram vencidos os ministros Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence e Célio Borja, que defendiam a impossibilidade de o Poder Judiciário intervir em matéria que a Constituição reservou ao Congresso Nacional, interpretando tal reserva como “uma exceção ao monopólio jurisdicional do Poder Judiciário”.¹⁹¹ O voto do Ministro Brossard traz consistente abordagem, por meio da qual demonstra que a ausência de jurisdição não decorre do fato de se tratar de matéria puramente política, mas tão somente porque a Constituição retirou o tema da alçada de exame do Poder Judiciário:¹⁹²

Ora, o impeachment é um processo estranho ao Poder Judiciário, que começa e termina no âmbito parlamentar, por expressa disposição constitucional. Nele o judiciário não interfere.

(...)

Não porque o assunto seja “exclusivamente político”, no qual impera a discricção, mas porque a Constituição, na repartição de competências, conferiu ao Congresso e só a ele, Câmara e Senado, iniciar, conduzir e encerrar o processo. Privativamente. Esta a razão.

(...)

Dir-se-á que esse entendimento conflita com o princípio segundo o qual nenhuma lesão de direito pode ser excluída de apreciação judicial. Esse conflito, porém, não ocorre no caso concreto, pois, a mesma Constituição que enuncia essa regra de ouro, reserva privativamente a uma e outra Casa do Congresso o conhecimento de determinados assuntos, excluindo-os da competência de qualquer outra autoridade. Assim, no que tange ao processo de responsabilidade, do primeiro ao último ato, ele se desenvolve no âmbito do Poder Legislativo, Câmara e Senado, em nenhum momento percorre as instâncias judiciárias. Como foi acentuado, é uma exceção, mas exceção constitucionalmente aberta ao monopólio jurisdicional do Poder Judiciário. A lei não poderia dispor assim. A Constituição poderia. Foi o que fez.

Similar leitura foi desenvolvida pelo Ministro Sepúlveda Pertence:

¹⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Impeachment: Jurisprudência*. Brasília: Imprensa Nacional, 1995. p. 30.

¹⁹²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Impeachment: Jurisprudência*. Brasília: Imprensa Nacional, 1995. p. 30.

O alicerce do meu voto é o seguinte: a Constituição Federal dividiu a jurisdição e entregou quase tudo ao Poder Judiciário, numa amplitude que talvez o mundo não conheça outra. Mas entregou um caso específico ao Congresso Nacional, o impeachment, e aí com tanto poder jurisdicional quanto o do Supremo Tribunal.¹⁹³

Prevaleceu, no entanto, o entendimento sustentado pelo relator, Ministro Aldir Passarinho, no sentido de que “desde que a Constituição limita a competência de um poder, na escolha dos meios ou da forma de proceder, deixa a questão de ser política exclusiva, para subordinar-se ao exame judicial, desde que haja interesses feridos e direitos individuais comprometidos pelo ato emanado do poder competente”.¹⁹⁴ Merece registro, ainda, o voto do Min. Néri da Silveira, no sentido de que “o só fato de reservar a Constituição, privativamente, ao âmbito do Congresso Nacional (...) não basta a afirmar-se a inviabilidade de o Poder Judiciário, em qualquer caso, ser chamado a fazer efetivas as garantias constitucionais ou legais dos cidadãos”.¹⁹⁵

Há particular interesse, ainda, na divergência estabelecida entre as posições dos ministros Moreira Alves e Paulo Brossard. Enquanto o primeiro defendia que a Constituição atribui ao Poder Judiciário o exercício de funções tipicamente políticas, citando, como exemplo, o controle de constitucionalidade das leis, em que o Supremo Tribunal Federal controla “ato abstrato de outro poder”;¹⁹⁶ o segundo defendia que o Poder Judiciário não está acima dos demais poderes, sendo que “cada um dos Poderes, no tocante à sua competência privativa, é superior aos demais, exatamente porque a competência é dele e não dos outros Poderes”.¹⁹⁷ Desse modo, defendia o Ministro Brossard que, tendo a Constituição conferido às casas congressuais a atribuição de processar e julgar o processo de *impeachment*, “não há autoridade na face da Terra que possa reformar a decisão parlamentar, nem este Tribunal, como guarda da Constituição, poderá fazê-lo!”.¹⁹⁸

A posição defendida pelo Min. Paulo Brossard teve a adesão de apenas dos votos proferidos pelos ministros Pertence e Célio Borja. A decisão final do MS nº

¹⁹³ Idem. p. 41.

¹⁹⁴ Idem. p. 7.

¹⁹⁵ Idem. p. 68.

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Impeachment: Jurisprudência*. Brasília: Imprensa Nacional, 1995. p. 43.

¹⁹⁷ Idem. p. 44.

¹⁹⁸ Idem. p. 59.

20.941 veio a ser proferida, a 9 de fevereiro de 1990, para o fim de rejeitar a preliminar de ausência de jurisdição, restando indeferido o *mandamus* no seu mérito.

Passados dois anos, quando do julgamento da primeira impetração envolvendo propriamente o “Caso Collor”, a 10 de setembro de 1992, o tribunal voltou a se pronunciar sobre os limites da sua jurisdição, tendo na pauta a apreciação da medida liminar postulada no Mandado de Segurança nº 21.564. Na ocasião, face à aposentadoria do Min. Célio Borja e reconsideração na posição defendida pelo Min. Sepúlveda Pertence, o argumento da ausência de jurisdição do Tribunal passou a ser defendido, solitariamente, pelo Min. Paulo Brossard.

Em seu voto de reconsideração, sustentou o Min. Pertence:¹⁹⁹

Senhor Presidente, como antecipei, reflexões posteriores a esse voto fazem-me pedir respeitosa vênias ao eminente Ministro Paulo Brossard, mestre de todos nós no tema, para recuar, em termos da adesão radical que então prestei à sua posição.

(...)

Continuo a não negar que as Casas do Congresso Nacional exerçam jurisdição, verdadeira jurisdição, quando, nos limites materiais que lhe demarcam a Constituição, processam e julgam as acusações dos chamados crimes de responsabilidade. E mais: à conseqüente exclusividade dessa jurisdição, de modo a repelir a interferência do Poder Judiciário, não se poderia opor à regra – repetida em nossas Constituições desde 1946, e hoje objeto do inciso XXXV, do artigo 5º – segundo a qual a lei não poderá subtrair do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito. Acentuou, com precisão antológica, no ponto, o Ministro Paulo Brossard no MS nº 21.443: “a lei não pode subtrair, a própria Constituição pode”.

O problema, assim, é saber se, podendo fazê-lo, a Constituição efetivamente subtraiu a matéria, de modo absoluto, de qualquer modalidade de controle do Judiciário. Acabei por me convencer, Senhor Presidente, de que a Constituição não excluiu do Poder Judiciário o exame de algumas questões relevantes que – *in procedendo*, não *in judicando* – podem surgir no desenvolvimento do *impeachment*.

Posição similar veio a ser defendida pelo Ministro Sydney Sanches, para o qual “poderia, é verdade, a Constituição, como lei maior, estabelecer exceções ao controle judicial. Mas não o fez.”²⁰⁰ No plano teórico, portanto, em que pesem os votos proferidos pelos ministros Pertence e Sanches tenham decidido pela legitimidade da intervenção judicial no curso do processo de *impeachment*, aceitaram a possibilidade de

¹⁹⁹ Idem. p. 79.

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Impeachment: Jurisprudência*. Brasília: Imprensa Nacional, 1995. p. 97.

que a Constituição possa afastar determinadas questões da alçada do Poder Judiciário, desde que, para tanto, haja norma constitucional expressa. Em outras palavras, segundo tal entendimento, a lei ordinária é que não pode afastar da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, conforme preceitua o artigo 5º, inciso XXXV, da Carta vigente; todavia, a própria Constituição, enquanto lei maior, pode.

Sem enfrentar pontualmente a questão, quando do julgamento do mérito, o Órgão Plenário do STF voltou a se manifestar pela possibilidade de revisão judicial dos atos praticados pelas casas legislativas, no curso do processo de *impeachment*. Merece registro, pelo alargamento oferecido, o voto do Ministro Celso de Mello:²⁰¹

A cláusula do *judicial review*, cuja gênese reside no texto da própria Constituição da República, rompe – ao viabilizar a invocação da tutela jurisdicional do Estado – qualquer círculo de imunidade que vise a afastar, numa comunidade estatal concreta, o predomínio da lei e do direito sobre a arbitrariedade do Poder Público.

(...)

Nesse contexto, o princípio da separação de poderes não pode ser invocado para estabelecer, em torno de um dos órgãos da soberania nacional, um indevassável círculo de imunidade, insuscetível de revisão judicial, não obstante a concretização eventual de lesões a direito e a garantias individuais.

(...)

Daí não se conclua que tais assuntos afastam, por si sós, a revisão judicial. Não é assim. O que a Justiça não pode é substituir a deliberação da Câmara por um pronunciamento judicial sobre o que é da exclusiva competência discricionária do Plenário, da Mesa ou da Presidência. Mas pode confrontar sempre o ato praticado com as prescrições constitucionais, legais ou regimentais, que estabeleçam condições, forma ou rito para o seu cometimento.

Ainda defendendo a ausência de jurisdição do tribunal para o exame do caso, o Ministro Paulo Brossard retomou os argumentos alinhados nos julgamentos anteriores, enfatizando ser um “sacrilégio a interferência do Poder Judiciário na intimidade de outro Poder, para dizer o que ele pode e como pode obrar”.²⁰² Ademais, diante da ênfase empregada pela corrente majoritária acerca da necessidade de que o Judiciário combata as possíveis arbitrariedades que emanam do exercício do poder, o Ministro Brossard deu ênfase ainda maior ao ponto, com judiciosos e convincentes argumentos que não foram enfrentados por nenhum dos votos divergentes, quais sejam:²⁰³

²⁰¹ Idem. p. 132/133.

²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Impeachment: Jurisprudência*. Brasília: Imprensa Nacional, 1995. p. 155.

²⁰³ Idem. p. 156/157

Na área, pela Constituição, reservada ao Congresso pode ocorrer erro, abuso ou excesso? É claro que pode. Story, cuja autoridade não esmaeceu nos cento e sessenta anos decorridos desde a publicação de seus Comentários à Constituição, disse isso de maneira lapidar – todo poder que a alguém se outorga traz em si a possibilidade de ser exercido abusivamente, “for in all such cases there must be power roposed in some person or body, and wherever it is roposed it may be abused” *Comentaries*, 1891, I, §754, p. 552.

(...)

Dir-se-á que respeitáveis direitos individuais podem ficar ao desabrigo de proteção adequada; exatamente para evitar que isso possa ocorrer, a Constituição estatuiu o *quorum* altíssimo de dois terços, tanto da Câmara, como do Senado; se, a despeito dessa precaução extraordinária, o desvario tomar conta de dois terços da Câmara e de dois terços do Senado, realmente não haverá remédio legal; será um tributo a ser pago à imperfeição humana e às humanas instituições. Aliás, é preciso reconhecer que a lei pode muito, mas não pode tudo, e não tem como dar solução a todos os problemas possíveis.

(...)

Isso mostra como, perseguindo um objetivo, outro, diverso, pode ser alcançado; é que as instituições humanas, por mais aperfeiçoadas que sejam, apresentam fissuras pelas quais pode infiltrar-se o erro, o abuso, a injustiça, até a violência; por mais sábio que seja o legislador, sempre alguma coisa escapa por entre os seus dedos; e não se imagine que o Judiciário possa dominar, corrigir e salvar a realidade inteira.

(...)

De mais a mais, o Poder Judiciário, por mais ilustrados que sejam os seus integrantes, não acerta sempre. Ele também erra. E decidindo originária e conclusivamente, o seu erro não tem reparação.

(...)

Em verdade, nenhum Poder tem o monopólio do saber e da virtude; os Poderes acertam e erram. Acertam mais do que erram felizmente, mas também erram. É da natureza humana. E o que decide em último lugar erra ou acerta irremediavelmente, sem recurso a quem quer que seja. O certo ou o erro são definitivos. Esta verdade, singela e trivial, não deve ser esquecida. Nem os homens, nem as suas instituições, são perfeitas e infalíveis.

No que tange ao objeto do presente estudo, em síntese, estes foram os principais argumentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos mandados de seguranças impetrados no curso do histórico processo que culminou *impeachment* do Presidente Fernando Affonso Collor de Mello. Por meio desse conjunto de acórdãos se pode visualizar duas linhas de orientação essenciais:

a) A primeira é aquela defendida pelo Ministro Paulo Brossard, segundo a qual quando a Constituição coloca determinada questão na esfera de competências do Poder Executivo ou Legislativo, isso implica em dizer que, sobre ela, o Poder Judiciário não poderá intervir, na medida em que não é superior aos demais poderes.

b) A segunda é aquela defendida pela corrente majoritária, segundo a qual o Poder Judiciário sempre estará autorizado a confrontar os atos praticados pelos demais Poderes com a lei, reformando aqueles que importem em lesão a direito individual.

Um exame crítico mais detido sobre a adequação dos argumentos será realizado no terceiro capítulo do presente estudo; contudo, é importante ter presente, desde logo, a essência das linhas de argumentação externadas pelo Supremo Tribunal Federal nestes casos que envolveram o controle jurisdicional de atos relacionados a processo disciplinar que teve como acusado chefe do Poder Executivo.

Paralelamente, parte-se para a análise da legitimidade da intervenção do Poder Judiciário em processos político-disciplinares envolvendo integrantes do Poder Legislativo. Neste sentido, por sua atualidade e relevância histórica, merecem destaque as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no recente e rumoroso processo que culminou com a perda do mandato parlamentar do Deputado Federal José Dirceu de Oliveira e Silva, em meio triste episódio que ficou conhecido como “mensalão”.²⁰⁴

A mais ilustrativa decisão proferida no “Caso José Dirceu” surgiu quando da impetração do Mandado de Segurança nº 25.579, oportunidade em que, ao ser apreciado o pedido cautelar pelo órgão plenário do STF, a objeção da questão política veio

²⁰⁴ Em 14 de maio de 2005, novamente a Revista Veja denunciou a existência de um esquema de corrupção na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, que envolvia fraudes em licitações públicas. As acusações atingiram, principalmente, o presidente do Partido Trabalhista Brasileiro, Roberto Jefferson, deputado federal pelo Estado do Rio de Janeiro. A partir da denúncia, ferrenhas disputas políticas instauraram-se no Congresso Nacional para a instalação de Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a apurar os fatos ocorridos.

No dia 6 de junho do mesmo ano, acuado pelas acusações que lhe foram destinadas, Roberto Jefferson, até então integrante da base governista, ofereceu entrevista ao Jornal Folha de São Paulo, por meio da qual acusou o partido oficial de promover pagamentos mensais a congressistas, com o objetivo de que votassem favoravelmente aos projetos do Governo. A acusação ganhou imensa repercussão na mídia nacional, o que tornou inevitável a instalação da CPI pretendida pela oposição.

No curso da CPI, o empresário mineiro Marcos Valério Fernandes de Souza, apontado como um dos principais operadores do esquema que veio a ficar conhecido como “mensalão”, prestou depoimento à comissão parlamentar, no dia 14 de julho de 2005, onde afirmou que o Ministro Chefe da Casa Civil, deputado federal José Dirceu de Oliveira e Silva, teria “levantado fundos junto ao Banco Rural e Banco de Minas Gerais – BMG (...) com a finalidade de pagar parlamentares para que, na Câmara dos Deputados, votassem projetos em favor do Governo”.

Com base no depoimento prestado pelo empresário Marcos Valério, o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) formulou representação ao Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados contra o deputado federal José Dirceu, a partir da qual se originou processo disciplinar, que teve sua instrução encerrada a 11 de outubro de 2005. Prevendo sua iminente cassação, o deputado investigado impetrou mandado de segurança junto ao Supremo Tribunal Federal, postulando medida cautelar destinada a suspender o imediato julgamento do processo disciplinar.

novamente à pauta, juntamente com a tese de que os atos investigados teriam sido praticados quando do deputado federal estava licenciado para exercer as funções de Ministro de Estado. De acordo com o impetrante, esse fato que impediria a investigação em curso e, por decorrência, a cassação de seu mandato parlamentar.

Houve, ainda, uma segunda impetração versando sobre questões de natureza processual que somente em parte foi acolhida, para o fim de suprimir do relatório da Comissão de Ética do Senado o depoimento de uma testemunha, tendo em vista que houve a inversão de ordem na colheita da prova oral.²⁰⁵ A importância da decisão resume-se à aceitação, pelo órgão plenário do STF, da tese de que a violação ao devido processo legal, ainda que cometida no bojo de processo sujeito à jurisdição das casas legislativas, é matéria de natureza jurídica, que importa em violação a direito individual do acusado; sendo assim, cabível o exame do Poder Judiciário. Todavia, como essa mesma questão fez parte do julgamento da Medida Cautelar do Mandado de Segurança nº 25.579, passa-se ao exame dessa primeira decisão, haja vista a maior utilidade dos argumentos apreciados para o objeto do presente estudo.

No tocante ao julgamento da primeira impetração, importa examinar o tratado pelo tribunal à natureza política ou jurídica da questão posta pelo parlamentar impetrante, valendo destacar, desde logo, o entendimento que restou consolidado na ementa do acórdão que teve como relator o Ministro Joaquim Barbosa:²⁰⁶

Na qualidade de guarda da Constituição, o Supremo Tribunal Federal tem a elevada responsabilidade de decidir acerca da juridicidade da ação dos demais Poderes do Estado. No exercício desse mister, deve esta Corte ter sempre em perspectiva a regra de auto-contenção que lhe impede de invadir a esfera reservada à decisão política dos dois outros Poderes, bem como o dever de não se demitir do importantíssimo encargo que a Constituição lhe atribui de garantir o acesso à jurisdição de todos aqueles direitos individuais

²⁰⁵ O acórdão restou assim ementado: “PARLAMENTAR. Perda de mandato. Processo de cassação. Quebra de decoro parlamentar. Inversão da ordem das provas. Reinquirição de testemunha de acusação ouvida após as da defesa. Indeferimento pelo Conselho de Ética. Inadmissibilidade. Prejuízo presumido. Nulidade conseqüente. Inobservância do contraditório e da ampla defesa. Vulneração do justo processo da lei (due process of law). Ofensa aos arts. 5º, incs. LIV e LV, e 55, § 2º, da CF. Liminar concedida em parte, pelo voto intermediário, para suprimir, do Relatório da Comissão, o inteiro teor do depoimento e das referências que lhe faça. Votos vencidos. Em processo parlamentar de perda de mandato, não se admite aproveitamento de prova acusatória produzida após as provas de defesa, sem oportunidade de contradição real”. (STF, Relator para o Acórdão Ministro Cezar Peluso, Diário da Justiça de 15 de dezembro de 2006).

²⁰⁶ Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 25.579/DF, Relator para acórdão Ministro Joaquim Barbosa, Diário da Justiça de 24 de agosto de 2007. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10 de janeiro de 2012.

que tenham sido lesados ou se achem ameaçados de lesão. À luz deste último imperativo, cumpre a esta Corte conhecer de impetração na qual se discute os atos ministeriais do parlamentar licenciado se submetem à jurisdição censória da respectiva câmara legislativa, pois a matéria tem manifestamente estrutura constitucional, e não *interna corporis*. Mandado de segurança conhecido.

O relator original do acórdão, Ministro Sepúlveda Pertence, deu destaque inicial à imprecisão do conceito jurídico de “decoro parlamentar”, “cujas conotações vão desde a sublimidade da Ética às frivolidades da Etiqueta”. Quis demonstrar que o julgamento de infrações aos deveres políticos envolve acentuado grau de subjetivismo. Desse modo, sustentou que, ao se atribuir tal competência exclusivamente às casas parlamentares, se poderia estar abrindo margens a abusos relacionados aos interesses políticos predominantes. Em outras palavras, para o Ministro Pertence, ao se aceitar a exclusividade da jurisdição das Casas Legislativas para processar e julgar processos disciplinares, se estaria dando margens para julgamentos puramente subjetivos, em razão da larga indeterminação do conceito de “decoro parlamentar”.

O voto mostra a evolução do tema no direito brasileiro, destacando que, somente com a Constituição de 1946, a cassação dos mandatos parlamentares passou a ser atribuição das respectivas câmaras.²⁰⁷ Tal solução surgiu em meio a célebres debates em que alguns parlamentares, como Milton Campos, defendiam a solução “judiciarista”, por entender que “questões desse caráter, submetidas ao Poder Legislativo, assumem feição política e no domínio da respectiva confiança costumam ser resolvidas”; enquanto outros, como Aliomar Baleeiro, militavam em sentido diverso, por entender que “não é possível que uma Câmara, que se presume, até prova em contrário, constituída de homens sensatos, não possa eliminar um membro pelo voto de 2/3 de seus componentes”. Neste contexto, cita a autoridade de Pontes de Miranda, para quem a lógica do *quorum* qualificado é requisito suficiente à validade da cassação, defendendo a “asserção implacável da exclusão do controle judicial, senão o que versasse sobre a existência de dois terços”.²⁰⁸ Registra, ainda, que tal posição encontrou, no Supremo Tribunal Federal, a veemente contestação de Nelson Hungria, que sempre

²⁰⁷ A Constituição de 1934 outorgava o decreto de cassação ao Tribunal Superior de Justiça Eleitoral, “mediante provocação do Presidente da Câmara dos Deputados, de deputado ou eleitor, garantindo-se plena defesa ao interessado”.

²⁰⁸ Neste ponto, o voto cita a seguinte passagem da obra de Pontes de Miranda: “(...) o elemento ‘incompatibilidade com o decoro parlamentar’ é apreciado como *quaestio facti*. Com ele compõe-se o suporte fático da regra de direito material sobre perda do mandato: incompatibilidade com o decoro parlamentar mais votação de dois terços, que a enuncie, igual a perda do mandato”.

defendeu a completa sindicabilidade dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário, desde que invocada lesão a direito individual.

O Ministro Pertence demonstra que, a partir da Constituição de 1988, a questão da “quebra do decoro parlamentar” deixou de estar adstrita ao subjetivismo dos interesses políticos, para se tornar passível de controle jurídico, na medida em que o texto constitucional definiu, de forma expressa, as hipóteses típicas que, uma vez identificadas, dariam ensejo à perda do mandato parlamentar, quais sejam: (a) o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional; (b) a percepção de vantagens indevidas e (c) os demais casos previstos no Regimento Interno da Câmara ou do Senado, nos termos do seu artigo 55, §1º. Válido, neste sentido, o registro da seguinte passagem:

A cassação do mandato eletivo por força da declaração da incompatibilidade do comportamento do mandatário com o decoro parlamentar – conforme o texto brasileiro de 1946 e as fontes históricas das quais fora transplantado – realmente constituía, segundo o *communis opinio doctorum*, uma cláusula aberta à decisão política das câmaras legislativas, cujo controle havia de adstringir-se à verificação do *quorum* qualificado para a sua validade.

No contexto normativo vigente, porém, não é mais assim: decoro parlamentar – antes, um conceito expresso em termos indeterminados, que servia de frouxa demarcação dos únicos limites constitucionais à vontade legislativa – reduz-se, no texto vigente, a circunscrever o bem jurídico a ser protegido, mediante a sanção de perda do mandato, cominada apenas às hipóteses típicas de sua violação: duas, definidas na Constituição mesma, e as demais de definição reservada ao regime da Casa Legislativa.

Portanto, no momento em que a Constituição passou a definir quais são as hipóteses típicas de infração aos deveres políticos que caracterizam a quebra do decoro parlamentar, defende o Ministro Pertence, a verificação da sua ocorrência deixou de ser uma questão discricionária, sujeita apenas a critérios políticos, para se tornar uma questão eminentemente jurídica. Sendo assim, ao final, retoma a noção clássica no sentido de que, “o decisivo é saber se há, ou não, a pretensão de um direito subjetivo lesado ou ameaçado, o que – sendo a resposta afirmativa – é bastante para tornar sem sentido – ‘um peso morto’, no dizer de Castro Nunes – a indagação sobre se a questão é, ou não, *interna corporis* e tem, ou não, caráter político”.

Partindo dessa noção fundamental, o Ministro Pertence retomou sua posição, assentada desde o julgamento do “Caso Collor”, para reconhecer que as casas do

Congresso Nacional, quando processam e julgam seus membros, exercem verdadeira e exclusiva jurisdição; para ele, no entanto, “não se pode jamais negar, no nosso regime, ao Judiciário, a possibilidade de indagar se, em determinado caso, se respeitaram os limites desta competência excepcionalmente jurisdicional das Casas do Congresso”. Nestes termos, registrou:

Não desconheço a delicadeza inerente à questão: no sistema brasileiro de universalidade da jurisdição do Judiciário (Const. art. 5º, XXXV), corre a Justiça e, em particular, o Supremo Tribunal Federal, sobre um fio de navalha, entre a usurpação do poder alheio e a demissão do seu próprio poder-dever de prestar jurisdição.

Guarda da Constituição, o Supremo Tribunal tem a responsabilidade cotidiana de decidir da juridicidade da ação dos demais Poderes do Estado, no desempenho da qual há de manter atuação escrupulosa aos dois prismas da limitação de sua função institucional: o primeiro – negativo e óbvio – é de não lhe ultrapassar as raia e invadir a órbita da livre decisão política dos demais Poderes; o segundo – positivo e não menos importante – é o de ocupar integralmente o seu espaço, de modo a não se demitir do poder que é seu – não para afirmar orgulhosamente a própria força – mais, sim, para não sonegar a garantia constitucional de acesso à jurisdição de quem quer que se pretenda lesado ou ameaçado de lesão a direito seu.

A posição externada pelo Ministro Pertence, portanto, encerra uma retomada da noção acerca da existência de pautas jurídicas, como critério para a definição de jurisdição do Poder Judiciário para apreciar determinada questão.²⁰⁹ Seguindo essa linha, no momento em que a lei define pautas jurídicas que deverão ser objetivamente observadas no julgamento da questão, esta passa a ser jurídica e deixa de ser política, na medida em que o julgador não poderá mais agir segundo os critérios políticos da oportunidade e conveniência, passando a estar vinculado à opção do legislador, sob pena de incorrer em ilegalidade, noção que foi detidamente abordada no item 2.1 do presente estudo quando em exame os atos discricionários da Administração.

²⁰⁹ Esta noção aparece textualmente, já no caso *Baker vs. Carr*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1962, quando a decisão refere os critérios para que determinada questão possa ser examinada pelo Poder Judiciário, definindo como critério “a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it”. Eis, novamente, o trecho do acórdão, já examinado no Primeiro Capítulo: “It is apparent that several formulations which vary according to the settings in which the questions arise may describe a political question, although each has one more elements which identify it as essentially a function of the separation of powers. Prominent on the surface of any case held to involve a political question is found a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; or the impossibility of a court’s undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question” (369 U.S. 186 (1962)).

Sobreveio, após, o voto do Ministro Joaquim Barbosa, para quem a natureza da questão “é eminentemente jurídico-constitucional, e não política”, tão-somente em razão da invocação de que “o impetrante estaria submetido a julgamento por órgão desprovido de competência constitucional”. Ou seja, a posição defendida pelo Ministro Joaquim Barbosa está sustentada, exclusivamente, nos limites jurídicos e constitucionais das atribuições conferidas a determinado órgão (no caso, à Câmara dos Deputados), noção que, de certa forma, remonta à lição de Rui Barbosa, segundo a qual sempre que se trate de examinar se a autoridade que praticou o ato invocou uma “atribuição inexistente” ou “exorbitou de uma atribuição existente”, este ato estará sujeito à apreciação judiciária.²¹⁰

Assim, o fato de o impetrante sustentar que a Câmara dos Deputados não dispunha de atribuição constitucional para julgar o processo disciplinar que, ao fim e ao cabo, poderia culminar com a cassação do seu mandato parlamentar seria fundamento suficiente para reconhecer a legitimidade da apreciação da matéria pelo Poder Judiciário. Não se trataria, portanto, de investigar o conteúdo ou o mérito das acusações, mas, tão somente, se a Constituição outorga competência à Câmara dos Deputados para processar e julgar o decoro de atos praticados por parlamentar, quando estava licenciado do cargo de deputado federal para integrar funções ministeriais do Poder Executivo.

Na seqüência, votou o Ministro Carlos Ayres Britto que também entendeu pela existência de jurisdição do STF para julgar o mandado de segurança; todavia, o fundamento adotado em tudo diverge dos dois primeiros votos, na medida em que, para ele, a mera existência de um “acusado”, ainda que em processo administrativo, ensejaria à submissão da questão ao Poder Judiciário. Tal compreensão, defende o Ministro Ayres Britto, deriva da garantia constitucional ao contraditório e à ampla defesa, pois “a partir desse vínculo (...) entre a abertura de um processo e a figura de um acusado” é atraída

²¹⁰ Neste sentido, a já citada passagem da obra de Rui: “Ainda quando se trate de poderes *totalmente discricionários*, o de que não conhecem os tribunais, é *do modo* como tais poderes, uma vez existentes, são exercidos, nas raízes que lhes traçou a lei. Mas da alçada incontestável dos tribunais dos poderes, para examinar duas questões, se forem levantadas: a da existência desses poderes e sua extensão, comparada com o acto controverso. Se a autoridade *invoca uma atribuição inexistente*, ou *exorbita de uma atribuição existente*, embora discricionária dentro de seus limites, não pode a justiça recusar o socorro legal ao direito do indivíduo ou do Estado, que para ella apellar.” (BARBOSA, Rui. Comentários à Constituição Federal. Coligidos e ordenados por Homero Pires. Vol. IV. São Paulo: Saraiva & Cia, 1933. p. 44).

“a incidência da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa e, por consequência, suscita a intervenção do Poder Judiciário no conhecimento da causa”.

É possível dizer, no entanto, que tal fundamento jamais havia sido utilizado pelo Supremo Tribunal Federal como critério para aferir a existência de jurisdição sobre determinada matéria de índole política. Mesmo porque, o artigo 5º, inciso LV, da Constituição, assegura ao acusado, ainda que em sede administrativa, o direito ao contraditório e à ampla defesa; ou seja, à luz da Constituição, o acusado terá o direito de exercer sua defesa no curso do processo administrativo, o que não quer dizer que poderá, a qualquer momento, conduzir a questão ao exame do Poder Judiciário. Pode-se dizer, portanto, que a simples existência de um acusado, por si só, não é fundamento suficiente para caracterizar determinada matéria como sujeita ao exame jurisdicional.

O próximo voto coube ao Ministro Marco Aurélio que não conheceu a impetração, justamente por entender o Poder Judiciário não estaria autorizado a se pronunciar sobre processo administrativo-disciplinar que ainda não havia sido apreciado pela Câmara dos Deputados, órgão ao qual a Constituição atribui competência para tanto. Para ele, primeiro o caso deveria ser julgado pelas casas legislativas e, somente após, caso a decisão proferida incorresse em ilegalidade, poderia ser submetida à revisão do Poder Judiciário:

O que estou querendo dizer é que se jurisdicionizou para se abreviar, para se queimar uma etapa importantíssima, a etapa do pronunciamento da Câmara dos Deputados, num verdadeiro, quem sabe, atalho, dribles à atuação da Casa, pois somente a ela compete concluir esse processo administrativo que, mediante apelo ao que seria a cláusula de ingresso no Judiciário, não pode ser transformado, sob a minha óptica, em um processo jurisdicional. Não há como o Judiciário breçar uma atuação que, de início, é precípua da casa a que integrado o parlamentar.

É certo que, de acordo com o inciso XXXV do rol das garantias constitucionais, a lei não pode afastar do Judiciário “lesão” a direito ou “ameaça” de “lesão” a direito. Essa última cláusula tem, contudo, de ser percebida no contexto, pois não encerra, em relação ao Judiciário, uma “carta em branco” para simplesmente trancar um processo administrativo que ainda não chegou ao Colegiado de origem e que tem a incumbência constitucional de definir se configurada, ou não, a quebra do decoro parlamentar.

Peço licença, respeitando, e assim penso que o estou fazendo, o próprio sistema da Constituição Federal, a existência de Poderes independentes, para não exercer tutela quanto à atuação da Câmara dos Deputados, proclamando que ela não pode dar seqüência a um processo administrativo, que ela não pode deliberar quanto ao âmago desse processo administrativo.

O entendimento externado pelo Ministro Marco Aurélio traz um importante elemento para o estudo da questão, qual seja, o *momento* em que passa a ser legítima a intervenção do Poder Judiciário. O voto proferido reconhece a possibilidade de sujeição da questão ao exame jurisdicional, ainda que, ao fundo, verse sobre matéria política, bastando, para tanto, que seja invocada lesão ou ameaça de lesão a direito individual; ainda assim, suscita relevante questão sobre a possibilidade de que a intervenção judicial implique na supressão do juízo político, compreendendo essa como uma “etapa” do processo de julgamento do parlamentar.

A posição sustentada pelo Ministro Marco Aurélio mostra adequada conformidade com o texto constitucional, na medida em que, se a Constituição atribui às casas legislativas o julgamento de seus próprios integrantes, em casos que envolvam a quebra do decoro parlamentar, não parece adequado que o Poder Judiciário se pronuncie sobre o mérito da questão antes de consumado o julgamento político. Afinal, somente após o pronunciamento da Câmara dos Deputados é que se poderá identificar eventual ocorrência de lesão ou ameaça de lesão a direito individual. Em outras palavras, ao se tolerar a intervenção do Poder Judiciário, antes do encerramento do processo disciplinar junto à Câmara dos Deputados, se estará suprimindo competência que a Constituição lhe atribuiu, tornando inócua a disposição constitucional.

No voto subsequente, o Ministro Carlos Velloso defendeu a competência do STF para o exame da questão, referindo-se, novamente, à noção de que, à luz da garantia ao contraditório e à ampla defesa, a existência de um processo, onde o impetrante figura como acusado, autorizaria o imediato acesso ao Poder Judiciário. Acrescentou, ainda, que, por estar invocando lesão a direito subjetivo, não se lhe poderia negar a jurisdição. Vale, aqui, a mesma crítica feita anteriormente ao voto do Ministro Ayres Britto.

A seguir, o Ministro Celso de Mello reforçou seu antigo entendimento de que “a intervenção judicial, nas hipóteses de suposta lesão a direitos subjetivos amparados pelo ordenamento jurídico do Estado, reveste-se de plena legitimidade constitucional, ainda que esta atuação institucional do Judiciário se projete na esfera orgânica do Poder Legislativo”. Sustentou, com amparo na doutrina de Castro Nunes, que não obstante o

caráter político dos atos parlamentares, a discricção dos corpos legislativos não pode ser exercida “fora dos limites constitucionais (...) nem ultrapassar as raias que condicionam o exercício legítimo do poder”. Assim, defendeu que a questão posta na impetração envolveria apenas aspectos de índole jurídico-constitucional, sendo, portanto, plenamente cabível a intervenção do tribunal.

Por fim, o Ministro Nelson Jobim manifestou-se pelo cabimento do mandado de segurança, sob a alegação de que, caso o Poder Judiciário deixasse o julgamento da quebra de decoro parlamentar sujeito apenas à discricção das casas legislativas, “estaríamos voltando de forma indireta e muito nítida ao sistema da degola”. Com isso, faz referência a episódios ocorridos durante a Revolução de 1930, em que as correntes majoritárias impediam o surgimento de oposições parlamentares por meio do julgamento de congressistas que, apesar de eleitos pelo voto popular, perdiam seus mandatos em decorrência de processos disciplinares, onde o voto da maioria terminava por lhes impor a cassação.

Nestes termos, vencido apenas o Ministro Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal conheceu o mandado de segurança impetrado pelo deputado federal José Dirceu de Oliveira e Silva, reiterando o entendimento da Corte no sentido de aceitar a intervenção do Poder Judiciário, sempre que invocada a violação de direito individual.

Como demonstrado, os julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal nestes dois casos de imensa repercussão permite que sejam alcançadas valiosas contribuições para o presente estudo, as quais podem ser sintetizadas da seguinte forma:

a) Em ambos os casos, o Supremo Tribunal Federal reforçou a antiga doutrina de Rui Barbosa, segundo a qual, havendo lesão a direito individual, é cabível a intervenção do Poder Judiciário; o que não se admite é que seja alterado o mérito (justiça ou injustiça) de decisões políticas alcançadas dentro do campo de discricionariedade concedido pela Constituição às casas do Congresso Nacional;

b) No julgamento do “Caso Collor”, o Ministro Paulo Brossard demonstrou que existe a possibilidade de que a Constituição afaste determinadas questões da apreciação do Poder Judiciário, independentemente de se tratarem, ou não, de

“questões exclusivamente políticas”, o que representa “uma exceção ao monopólio jurisdicional do Poder Judiciário”; neste caso, tal afastamento não constituiria uma ofensa à norma do art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988, na medida em que é a lei ordinária que não pode afastar da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, a própria Constituição pode.

c) Outra noção importante, trazida nos votos do Ministro Paulo Brossard, consiste na advertência de que “nem os homens, nem as suas instituições, são perfeitas e infalíveis”;²¹¹ ou seja, a possibilidade de erro ou arbítrio não é exclusiva das decisões políticas; pode ocorrer, também, nas decisões judiciais. Deste modo, cada Poder deve ser soberano nas decisões que profira dentro do espectro das suas atribuições, sendo “um sacrilégio a interferência do Poder Judiciário na intimidade de outro Poder, para dizer o que ele pode e como pode obrar”.²¹² Por outro lado, para o Ministro Celso de Mello, “o princípio da separação de poderes não pode ser invocado para estabelecer, em torno de um dos órgãos da soberania nacional, um indevassável círculo de imunidade, insuscetível de revisão judicial”;²¹³ ou seja, o princípio da separação dos poderes não serve para fundamentar a exclusão de determinadas questões da apreciação do Poder Judiciário. Sempre que existir lesão ou ameaça a direito, estará autorizada a intervenção judicial.

d) Na esteira do voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do “Caso José Dirceu”, a intervenção do Poder Judiciário estará legitimada sempre que a lei definir pautas jurídicas para o exame da questão. Havendo critérios objetivos, legalmente fixados, a questão deixa de ser política, por não estar sujeita a critérios de oportunidade e conveniência, para se tornar jurídica, devendo ser solucionada de acordo com os critérios fixados pelo legislador; a partir daí, estará legitimada a sindicabilidade judicial, pois a questão se coloca no plano da legalidade.

e) É altamente louvável a posição externada no voto do Ministro Marco Aurélio, no sentido de preservar a competência das casas legislativas para o julgamento de questão de índole políticas, postergando a intervenção do Poder

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Impeachment: Jurisprudência. Brasília: Imprensa Nacional, 1995. p. 156/157

²¹² Idem. p. 155.

²¹³ Idem. p. 132/133.

Judiciário para um segundo momento, e somente quando invocada a ocorrência de lesão ou ameaça a direito individual. Com isso, preserva-se a secular orientação do STF, sem que seja suprimida a atribuição de competências obrada pela Constituição. Em outras palavras, não se substitui a jurisdição política das casas do Congresso Nacional pela jurisdição do Poder Judiciário, preserva-se ambas, cada uma em seu momento e espectro de abrangência próprios.

PARTE III – OS LIMITES DA REVISÃO JUDICIAL DOS ATOS POLÍTICOS

3.1 Considerações iniciais

Os dois primeiros capítulos da presente dissertação se destinaram a recuperar as raízes e o desenvolvimento histórico do tema que envolve a chamada “doutrina das questões políticas”. Se pretendeu, com isso, reconstruir o caminho percorrido – tanto no plano doutrinário, quanto jurisprudencial – para dele extrair as principais conclusões alcançadas em cada etapa da história do Direito Constitucional e, assim, tornar possível a análise crítica do estágio atual, com o propósito de oferecer subsídios para os tempos que virão. Não se quer, com isso, condicionar o futuro às conclusões construídas no passado; pelo contrário, o que se pretende é contribuir para que o Direito Constitucional de hoje deixe de ser um “prontuário de soluções inevitavelmente dirigidas ao passado” e passe a oferecer “elaborações abertas ao futuro”, na expressiva dicção de Zagrebelsky.²¹⁴

Conforme demonstrado, o trato dado à objeção das “questões políticas” sempre variou de acordo com o momento político vivido em cada sociedade onde foi enfrentada, sendo possível perceber que os tribunais, invariavelmente, fizeram uso de interpretações mais ou menos elásticas das normas constitucionais para conhecer ou deixar de conhecer determinada questão que lhe parecia conveniente ou inconveniente julgar. A advertência de Caio Mário, neste sentido, apesar de ter mais de sessenta anos, é de assustadora atualidade, quando relata que “temos visto a invocação do ‘caso político’ ser formulada onde descabe de todo, e temos presenciado o Judiciário obedecer ao seu *‘nolle me tangere’*, onde não se devia fazer sentir o apelo, onde a ‘política’ da

²¹⁴ Este fenômeno é exemplarmente retratado por Zagrebelsky nos seguintes termos: “El actual derecho constitucional ha renunciado visiblemente a sus principales tareas. En vez de intentar síntesis histórico-culturales de la época constitucional presente, como base de elaboraciones abiertas al porvenir, su máxima aspiración es proponerse como prontuario de soluciones inevitablemente dirigidas al pasado. Así, el derecho constitucional termina por configurarse como una continua búsqueda de medios de emergencia, perennemente retardataria y necesariamente instrumentalizable e instrumentalizada en sentido político. De este modo, el derecho constitucional se contenta continuamente con ser un subproducto de la historia y de la política, en vez de intentar convertirse al menos en una fuerza autónomamente constitutiva tanto de una como de otra.” (ZAGREBELSKY, Gustavo. Historia y Constitución. Madrid: Editorial Trotta S/A, 2011. p. 27/28).

questão passava de tão largo que nem a mais rigorosa sensibilidade poderia definir no seu contorno este fantasma nefário”.²¹⁵

É preciso, pois, caminhar para uma interpretação das normas constitucionais que supere os vícios e as arbitrariedades do passado. Não há razão para tolerar que o Poder Judiciário possa manipular suas decisões para atender, exclusivamente, aos seus próprios interesses; ora julgando questões de índole política, por entender como supostamente violados direitos individuais, ora deixando de julgar questões eminentemente jurídicas, por considerá-las revestidas de conteúdo político, impeditivo do exame jurisdicional. É necessário definir os distintos campos das atribuições dos poderes do Estado, para que o Judiciário não usurpe funções constitucionalmente atribuídas aos demais poderes, mas, ao mesmo tempo, não deixe de exercer, em toda a sua extensão, as funções que lhe são constitucionalmente outorgadas.²¹⁶

Nesta senda, será preciso revisitar as clássicas teorias das funções do Estado, para delas extrair o conceito e a dimensão da sua “função política”, bem como para analisar a divisão de competências realizada pela Constituição. Estabelecidas tais premissas, poderão ser examinadas as relações existentes entre a atividade política e a ordem jurídica, verificando de que forma uma condiciona a outra. Com isso, ao final, será possível delinear os limites da jurisdição outorgada ao Poder Judiciário, para o exame de questões relacionadas com a atividade política do Estado.

3.2 As teorias das funções do Estado e a sua função política

²¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Apreciação Judicial de Questão Política. In: Revista Forense. Vol. CXXXI. Ano XLVII. Fascículo nº 567. Rio de Janeiro. Setembro de 1950. p. 38.

²¹⁶ Neste sentido, o magistério de Pontes de Miranda: “O problema técnico de aviventar os marcos entre o domínio judiciário e os dos outros Poderes, executivo e legislativo, é árduo. Tanto mais árduo quanto se sabe que é preciso pô-lo em termos decisivos e nítidos: exercer o Poder Judiciário *tôda* a sua competência – quer dizer: não deixar, por timidez, por escrúpulo, por temor da opinião pública do momento, ou da tendência maior da imprensa, de *apreciar e julgar* onde os princípios da estrutura americano-brasileira lhe permitem que *aprecie e julgue*; e não exercer a função de julgar onde não está a linha de sua competência. Não ir além, porém não se abster de ir até onde *pode* e, pois, *deve*. A mesma circunspeção que lhe aconselha parar onde se usurparia a função de outro Poder depende, torna-se mal quando induz à abstinência, à renúncia, à cômoda inércia e à pusilanimidade que são crime.” (MIRANDA. Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários à Constituição Federal de 10 de novembro de 1937. Tomo III. São Paulo: Irmãos Pongetti Editores, 1938. p. 31/32)

É noção fundamental que o Estado surge com a institucionalização do poder. É este fenómeno jurídico que transforma a coletividade em povo, o indivíduo em cidadão. Constituir o Estado é dar-lhe a sua primeira Constituição, o que significa estabelecer as bases da sua ordem jurídica, disciplinar as relações entre governantes e governados, distribuir competências e, principalmente, definir os fins a serem perseguidos.^{217 218}

É nesse cenário que ganha vulto o dogma da separação de poderes, já examinado no capítulo anterior e compreendido por muitos como o fundamento central para a exclusão das chamadas “questões políticas” da alçada de revisão do Poder Judiciário.²¹⁹ Conforme abordado no item 2.3 do presente trabalho, o princípio da separação dos poderes nasceu em meio ao liberalismo do século XVIII e encontrou sua formulação clássica no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem, na França de 1789: “Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée et la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution”.²²⁰ A ânsia por dar proteção aos direitos do indivíduo frente ao Estado deu ensejo à célebre constatação de Montesquieu, segundo a qual somente quando os poderes do Estado são independentes e controlam-se mutuamente, seus destinatários estarão protegidos do abuso. É a clássica noção: “le pouvoir arrête pouvoir”.²²¹

No entanto, segundo Canotilho, “quando se fala em ‘repartição’ ou ‘separação’ é a *actividade* do Estado e não o *poder* do Estado”. Para o autor português, “o resultado

²¹⁷ MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.117.

²¹⁸ Ainda merece registro, neste contexto, a consideração de Lourival Vilanova, no que tange ao plano sociológico da formação do Estado: “Se sociologicamente é a situação fática de poder num tempo e espaço concretos que emite a decisão constituinte, cujo produto objetivado é a Constituição, juridicamente é a Constituição que é ponente dos órgãos, é a Constituição que dá a ‘organização política’ à nação. Institui o Estado.” (VILANOVA, Lourival. A dimensão política nas funções do Supremo Tribunal Federal. Revista de Direito Público. Revista dos Tribunais. Ano XIV. Janeiro/Junho, 1981. p. 47).

²¹⁹ Entre outros, TEIXEIRA, José Elaeres Marques. A Doutrina das Questões Políticas no Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2005. p. 52.

²²⁰ “Lo que en realidad significa la así llamada “separación de poderes” no es, ni más ni menos, que el reconocimiento de que por una parte el Estado tiene que cumplir determinadas funciones – el problema técnico de la división del trabajo – y que, por otra, los destinatarios del poder salen beneficiados si estas funciones son realizadas por diferentes órganos: la libertad es el *telos* ideológico de la teoría de la separación de poderes. La separación de poderes no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político. Lo que corrientemente, aunque erróneamente, se suele designar como la separación de los *poderes* estatales a diferentes órganos del Estado. El concepto de “poderes”, pese a lo profundamente enraizado que está, debe ser entendido en este contexto de una manera meramente figurativa. En la siguiente exposición se preferirá la expresión “separación de funciones” a la “separación de poderes”. (LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Barcelona: Ariel, 1983. p. 54).

²²¹ Neste sentido, o capítulo IV, do Livro XI, da obra “Do Espírito das Leis” de 1748.

desta divisão não é a existência de vários ‘poderes’, mas a existência de *funções* diferenciadas”.²²² Isso porque, na esteira de Loewenstein, a realidade mostra que a noção clássica da separação dos poderes não é mais, nem menos, do que o reconhecimento de que o Estado tem determinadas funções a cumprir e seus destinatários são beneficiados quando tais funções são desempenhadas por diferentes órgãos.²²³

Assim, para que o Estado atinja seus fins, o “Poder” precisa ser repartido sob a forma de funções, as quais são atribuídas a diferentes órgãos, que tomam “a configuração de um conjunto de competências ou poderes funcionais (...), poderes esses estabelecidos pela Constituição, poderes *constituídos* e, portanto, definidos e circunscritos pelas suas normas”.²²⁴ É por esta razão que Canotilho considera que “são os princípios positivos de organização constitucional e a concreta delimitação de competências na Constituição que se devem tomar como pontos de partida de uma ordenação das funções do Estado”.²²⁵

Assim, é com a divisão e a limitação do poder institucionalizado que surgem as teorias clássicas das funções do Estado, que nada mais são do que tentativas de classificar os meios empregados para a definição e perseguição dos fins últimos eleitos na Constituição. São diversas, neste sentido, as teorias desenvolvidas no plano doutrinário e, por isso, inúmeros os autores que poderiam ser invocados. Todavia, para atender aos objetivos do presente estudo, opta-se pela abordagem das teorias de Georg Jellinek, Hans Kelsen e Marcelo Caetano, por serem aquelas que melhor apresentam os elementos essenciais da atividade política do Estado.

Passa-se, assim, ao exame dessas principais teorias.

Há certo reconhecimento doutrinário que atribui a Georg Jellinek o mérito de conferir autonomia e relevo científico para o tema, ainda que se reconheça que já fazia

²²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 551

²²³ LOEWENSTEIN, ob. cit. p. 55/56.

²²⁴ MIRANDA, Jorge. ob. cit. p.117.

²²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ob. cit. p. 553.

parte das reflexões de autores que vão de Aristóteles a Montesquieu.²²⁶ Jellinek, no entanto, ressalta que a literatura sobre o Direito Político, até o final do século XIX, apresentava apenas “uma massa confusa de tentativas de classificação dessas funções”; ainda assim, reconhece que subsistia, com grande significado, aquela que separa, como direções fundamentais do poder do Estado, as funções legislativa, executiva (governo e administração) e judicial.²²⁷

A perspectiva adotada por Jellinek vê a função legislativa como aquela que realiza os fins do Estado por meio de regras abstratas; a função jurisdicional como aquela que compreende a realização do fim jurídico, por meio de atos concretos; por fim, a função administrativa como aquela que busca a realização dos fins culturais da sociedade, também por meio de atos concretos.²²⁸ Para o presente estudo, todavia, mais relevante é a distinção estabelecida entre atividades “livres” e “regradas”:

En todo Estado se puede hallar una oposición en el ejercicio de todas sus funciones, a saber: la oposición entre la actividad libre y la actividad reglada. La primera se determina por el interés común, pero no mediante una regla especial jurídica. La segunda se propone la satisfacción de un deber de derecho. La actividad libre es por su importancia la primera, primera también lógicamente, y constituye el fundamento de todas las demás actividades. Por ella afirma el Estado su propia existencia, pues la fundación de éste no significa jamás la ejecución de principios de Derecho. Por ella obtiene el Estado dirección y objetivo en su movimiento histórico; toda transformación y progreso en su vida, parte de ella; un Estado cuya actividad fuera totalmente reglada, es una concepción irrealizable.

Esta actividad libre se encuentra en todas las funciones materiales del Estado que han aparecido separadamente en la historia. Ninguna es posible sin ella; su más amplio campo de acción aparece en la actividad legislativa, la cual, conforme a su naturaleza, debe gozar de la más amplia libertad. No menor es

²²⁶ CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. Vol. I. *Direito Comparado. Teoria Geral do Estado e da Constituição*. As Constituições do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 188.

²²⁷ JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. 2. ed. Cidade do México: Companhia Editorial Continental S/A, 1958. p. 485.

²²⁸ Neste sentido: “Las funciones materiales del Estado nacen de la relación entre la actividad del mismo y sus fines. A causa de los fines jurídicos tiene el Estado que dirigir su actividad a la implantación y protección del Derecho, actividad que se separa de las demás funciones que se proponen la afirmación de su poder y el favorecimiento de la cultura.

Además, el estudio de la naturaleza de las actividades del Estado, exige el conocimiento de las formas posibles en que estas actividades se pueden manifestar. Estas formas son dos: o bien establece el Estado reglas abstractas, que como tales no dominan de un modo inmediato la realidad, sino que necesitan de una actividad propia motivada por aquellas reglas, con la cual poder realizar los hechos objetivos que a ella corresponden, o bien obra de un modo inmediato y directo en los problemas que le competen, ya conforme a aquellas normas abstractas, y dentro de los límites que esta norma le impone. Desde este punto de vista, aparecen dos funciones: la una, normativa; la otra, de realización de los problemas determinados y concretos, mediante actividades individualizadas y dirigidas hacia ese fin.

(...) En vista de esto, tenemos, pues, tres funciones materiales del Estado: legislación, jurisdicción y administración”. (JELLINEK, Georg. *ob. cit.* p. 496/497).

su importancia en la administración, donde este elemento recibe el nombre de Gobierno (*Regierung*). Un Estado con un Gobierno que obrara sólo según leyes, no sería posible políticamente. Sobre la dirección de la actividad que da al Estado el Gobierno, jamás puede decidir una regla de derecho.²²⁹

Jellinek deixa clara sua visão sobre a existência de duas espécies de atividades estatais igualmente legítimas: a atividade livre e a atividade regrada ou vinculada. A primeira tem por escopo o interesse comum da coletividade, mas não fica adstrita à mera execução de normas jurídicas preestabelecidas, de modo que, neste plano, o Estado possui uma margem mais extensa de discricionariedade, que lhe permite eleger, entre várias opções juridicamente possíveis, aquela que lhe pareça a mais adequada à realização de seus fins. A segunda pertence ao conjunto de atividades vinculadas à observância irrestrita de determinadas normas legais, não oferecendo qualquer margem de discricionariedade ao agente; ou seja, é a lei que elege a conduta a ser realizada e determina como a atividade deverá ser realizada, restando ao agente apenas a execução, na clássica aplicação do princípio da legalidade aos atos do Estado. Trata-se, portanto, da compreensão largamente desenvolvida no item 2.2 do presente estudo.

Jellinek vai ainda mais longe quando demonstra que é por meio das chamadas “atividades livres” que o Estado afirma sua própria existência, visualiza sua direção e fixa seus objetivos, de modo que toda sua transformação e progresso dependem delas, já que um Estado governado apenas segundo leis preestabelecidas não seria possível politicamente. Fica claro, assim, que Jellinek identifica, entre as funções estatais, um segmento de atividades que, apesar de estarem sujeitas à ordem jurídica, permite que o Estado, por meio delas, persiga “livremente” seus próprios fins.

Anos após a publicação da obra essencial de Jellinek, outro trabalho de grande relevo veio da doutrina de Hans Kelsen. Dentro de sua tradicional perspectiva – que parte da identidade entre Estado e ordem jurídica²³⁰ – o professor da escola de Viena defendeu que o poder estatal, ao qual o povo está submetido, depende da validade e

²²⁹ JELLINEK, Georg. ob. cit. p. 502.

²³⁰ Neste sentido: “O Estado é uma ordem da conduta humana. Quando dizemos que o Estado é um ‘agrupamento’ ou uma ‘associação’, que esse laço entre os homens a que chamamos Estado, tem o seu fundamento, ou melhor, consiste numa certa regulamentação, na subordinação das relações dos homens entre si a uma certa ordem.” (p. 7). “Para compreender a natureza do Estado, é preciso pensar que dele emanam certos imperativos. E, se o podemos considerar como um poder superior aos indivíduos, membros do grupo que constitui o Estado, é apenas porque ele é uma ordem que lhes impõe uma certa conduta, um sistema de regras sobre a conduta humana.” (p. 10) (KELSEN, Hans. Teoria Geral do Estado. Tradução: Fernando Miranda. São Paulo: Saraiva & Cia, 1938).

eficácia do seu ordenamento jurídico; ainda assim, admite a existência de três poderes, entendendo-os, tal qual Jellinek, como três funções do Estado: legislativa, executiva e judicial.²³¹

Entretanto, Kelsen sustenta que a função legislativa nada mais é do que a *criação* do Direito; enquanto as outras duas, executiva e judicial, são a sua *execução*. Sendo assim, as normas criadas pelo Poder Legislativo são simplesmente executadas pelos Poderes Executivo e Judicial, os quais exercem funções praticamente idênticas, um em relação ao outro, divergindo apenas no tocante aos órgãos que as executam.²³²

Avançando em suas considerações, Kelsen visualiza o órgão executivo subdividido em duas funções básicas: uma política e outra administrativa. Essa função que classifica como política se refere aos atos destinados a dar direção à administração do Estado e, portanto, são atribuídos a órgãos hierarquicamente superiores. Ainda assim, mantém-se fiel à sua teoria tradicional quando reitera que a conotação política de tais atos não lhes retira o caráter de simples *execução* do Direito, afirmando, apenas, que o agente dispõe de uma maior margem de discricionariedade, condição esta que lhe é outorgada pelo próprio ordenamento jurídico:

A su vez, el poder ejecutivo es a menudo subdividido en dos funciones diferentes, las llamadas política y administrativa (en la terminología francesa y alemana la primera denomínase “gobierno”, en un sentido estricto). A la primera refieren usualmente ciertos actos que tienden a la dirección de la administración y que, por tanto, son políticamente importantes. Tales actos son realizados por los órganos administrativos de mayor jerarquía, como el jefe del Estado y los jefes de los diversos departamentos administrativos. Estos actos son también de ejecución; a través de ellos son ejecutadas igualmente normas jurídicas generales. Muchos de estos actos se dejan en amplia medida a la discreción de los órganos ejecutivos. Pero ninguna suma de discreción puede privar a un acto del poder ejecutivo de su carácter de acto de ejecución del derecho. En consecuencia, los de los órganos ejecutivos de mayor rango, son también actos a través de los cuales se ejecutan normas jurídicas de carácter general. La división del poder ejecutivo en función gubernamental (política) y función administrativa, tiene, por consiguiente, un carácter más bien político que jurídico. Desde el punto de vista jurídico

²³¹ KELSSEN, Hans. ob. cit. p. 302.

²³² Neste sentido: “Las normas jurídicas generales son ejecutadas tanto por el poder ejecutivo como por el judicial; la diferencia estriba solamente en que, en un caso, la ejecución de las normas generales es confiada a los tribunales, y en el otro a los llamados órganos ‘ejecutivos’ o administrativos. La tricotomía usual es pues, en el fondo, una dicotomía, es decir, la distinción fundamental entre *legis latio* y *legis executio*. La última es subdividida en las funciones judicial y ejecutiva en sentido estricto.” (KELSSEN, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado. 3. ed. Universidad Nacional Autónoma de México: Ciudad Universitaria, 1969.p. 303.)

podría designarse todo el dominio del poder ejecutivo con el nombre de administración.

De este modo, las funciones del Estado resultan ser idénticas a las funciones esenciales del derecho. Lo que se expresa en la distinción entre los tres poderes del Estado, es la diferencia entre creación y aplicación del derecho.²³³

Kelsen visualiza claramente a existência de uma função política, por meio da qual sustenta que os atos políticos são aqueles que se destinam a dar direção à administração do Estado e, justamente para que possam atender a essa finalidade, o ordenamento jurídico lhes dá maior margem de liberdade, a fim de que o administrador disponha de certa discricionariedade para implantar as políticas públicas que entender mais adequadas, conforme detidamente examinado no item 2.3 do presente estudo. Kelsen, no entanto, não deixa de enfatizar que, embora dispondo de certa liberdade, tais atos nada mais são do que a *execução* da ordem jurídica, compreensão ínsita à sua visão de Estado, como unidade personificada do ordenamento jurídico.

Portanto, na doutrina de Kelsen, primeiro o legislador cria as normas legais dentro de uma espécie de *quadro*, cuja moldura é delimitada pela Constituição. Após, a ordem jurídica é apenas executada, tanto pelo órgão executivo, por meio de suas funções política e administrativa, como pelo órgão judicial, mediante a prolação de sentenças e solução de litígios em casos concretos.²³⁴ Assim, para Kelsen, a distinção existente entre as funções do Estado é que, enquanto o legislativo cria normas gerais e abstratas, os demais poderes (executivo e judicial) executam, a partir delas, normas individualizadas e concretas, assim como aplicam as sanções por elas previstas. A doutrina das funções do Estado seria, assim, a doutrina das diferentes etapas de criação e aplicação do ordenamento jurídico.²³⁵

²³³ KELSEN, Hans. ob. cit. p.303/304.

²³⁴ Neste sentido: “Com efeito, no sentido mais lato e material da palavra, a Constituição é um sistema de normas que regula a criação de outras normas. Num sentido mais restrito, só nela se compreendem as regras sobre a criação das normas jurídicas dos graus superiores, especialmente das leis. Neste sentido, a Constituição é apenas a escorva da criação do direito, por assim dizer; é um simples quadro, que só recebe um conteúdo positivo por meio das leis, elaboradas de acordo com as suas prescrições.” (KELSEN, Hans. ob. cit. p. 112).

²³⁵ KELSEN, Hans. ob. cit. p. 305/306.

Por fim, ainda que pudessem ser citadas diversas outras formulações, de igual relevância e consistência, é possível dizer que coube a Marcelo Caetano a proposta mais sistemática para a compreensão do conjunto de funções do Estado.

Caetano parte de uma contestação à teoria de Kelsen, afirmando que não se pode reduzir as atividades estatais à mera criação e aplicação do Direito, tendo em vista que, “para além da atividade de conteúdo jurídico, houve sempre outras atividades, quando muito exteriormente reguladas pelas leis, mas cujo conteúdo lhes escapa”.²³⁶ Esta constatação, para Caetano, ganha força no momento em que “o Estado toma a seu cargo a satisfação de numerosas necessidades coletivas de ordem econômica e cultural, procurando e produzindo os bens úteis para tal satisfação e organizando os serviços necessários para esse efeito”,²³⁷ tema examinado no item 2.3 do trabalho. Sustenta, assim, que todas as atividades do Estado dispõem regulamentação jurídica, sem que isso, no entanto, faça com que devam ser consideradas como atividades jurídicas em si mesmas. Reconhece, pois, que existem outras atividades de cunho político e técnico.

Nesse sentido, vale referir a seguinte passagem:²³⁸

É certo que o Estado cerca todas as suas atividades de uma rede de regulamentação jurídica: mas, isso não deve inibir-nos de verificar que tais atividades nem sempre são *em si mesmas* jurídicas. A par das funções jurídicas de *criação* e de *execução* do Direito que se traduzem na prática de atos jurídicos, há que tomar em conta outras funções *não jurídicas*, como a função *política* e as funções *técnicas*, que se processam através de atos materiais, embora exercidas nos termos da lei e podendo vir a influir na esfera do Direito. É que na atividade do Estado, hoje em dia, a cada passo, o jurídico e o não jurídico surgem a par e se interpenetram.

Quer dizer: se todas as funções do Estado podem considerar-se jurídicas no sentido de que podem constituir objeto do Direito, há atividades *com conteúdo* jurídico e outras *sem conteúdo* jurídico.

Esta distinção é fundamental: embora todas as atividades desenvolvidas pelo Estado estejam submetidas à lei, em especial à Constituição, existem atividades que não possuem conteúdo jurídico, mas apenas conteúdo político ou técnico. É assim que, em sua criteriosa classificação, Caetano divide as funções do Estado em *jurídicas* e *não jurídicas*. No primeiro grupo, coloca a *função legislativa*, que se destina a estatuir

²³⁶ CAETANO, Marcelo. Direito Constitucional. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 196.

²³⁷ Idem. p. 196.

²³⁸ Idem. p. 197.

normas de caráter geral e impessoal, inovadoras da ordem jurídica²³⁹ e a *função executiva*, que representa a intervenção oportuna da força organizada sob a forma de coação, com o objetivo de assegurar execução às leis criadas pelo Estado e aplicar sanções aos infratores.²⁴⁰ No segundo grupo estão as funções política e técnica, sendo a primeira aquela que tem por objeto direto e imediato a conservação da sociedade política e a definição dos rumos da sociedade,²⁴¹ e a segunda aquela que se destina à produção de bens ou à prestação de serviços destinados à satisfação de necessidades coletivas de caráter material ou cultural. São estas as palavras do autor português:²⁴²

Só por cegueira se poderia, pois, desconhecer essa atividade fundamental, constante e extensa, que os órgãos superiores do Estado desenvolvem para assegurar a unidade e coesão nacionais, definir ideais coletivos, escolher os objetivos concretos a realizar em cada época e os meios a empregar, manter o equilíbrio constitucional, defender os interesses nacionais na ordem externa, garantir a segurança do Estado, etc., e que não toma qualquer forma externa ou se traduz em atos políticos ou atos de governo subtraídos em larga medida à disciplina jurídica, podendo nalguns casos constituir o momento preparatório da elaboração de leis que sejam instrumento jurídico do exercício da função.

O princípio fundamental da função política é o *interesse geral*. A característica do seu exercício é a liberdade de opção entre várias soluções possíveis. Quem governa, opta. Ao traçar certa orientação ou ao adotar certo plano, escolhe uns caminhos e rejeita outros.

Assim, a função política poderá ser definida como a atividade dos órgãos do Estado cujo objeto direto e imediato é a conservação da sociedade política e a definição e prossecução do interesse geral mediante a livre escolha dos rumos ou das soluções consideradas preferíveis.²⁴³

Embora divirja na classificação das funções estatais, Caetano também visualiza, com extrema clareza, a existência de uma função puramente política, cujo conteúdo não é, em sua essência, jurídico, ainda que tal função, como todas as demais, esteja submetida às regras impostas pela ordem jurídica. Como se vê, embora elaboradas em épocas distintas e à luz de diferentes modelos jurídicos, todas as teorias clássicas reconhecem a existência de um campo próprio e exclusivo à atividade política.

²³⁹ Idem. p. 206. Vale destacar, ainda: “Fazer leis no sentido formal é um poder: mas só criar Direito é uma função. Quer isto dizer que quando se fala em *poder legislativo* pode-se abranger nessa forma de autoridade tudo quanto respeite à imposição da vontade do Estado sob a forma de lei, mas quando se diz *função legislativa* apenas se deve fazer referência às leis no sentido material: é que a primeira expressão corresponde a um conceito político, enquanto a segunda deve traduzir um conceito científico”.

²⁴⁰ CAETANO, Marcelo. ob. cit. p. 206/208.

²⁴¹ Idem. p. 213.

²⁴² Idem. p. 215.

²⁴³ Idem. p. 213.

Ainda assim, é inquestionável que o ordenamento jurídico é a baliza de todas as atividades desenvolvidas pelo Estado, de modo que seus atos são sempre vinculados ou limitados pela lei e pelos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.²⁴⁴ Todavia, governar exige, necessariamente, liberdade de opção para a eleição das políticas. Nas palavras de Caetano, “quem governa, opta. Ao traçar certa orientação ou ao adotar certo plano, escolhe uns caminhos e rejeita outros”.²⁴⁵ Essa margem de liberdade é, necessariamente, indissociável da atividade política.

Como já referido no segundo capítulo, se pode dizer, na esteira de Marcelo Rebelo de Sousa, que o ato político é um “ato jurídico voluntário”, que corresponde, concretamente, a uma manifestação de vontade de um órgão ou agente do poder político do Estado, respeitante à prossecução dos seus fins.²⁴⁶ Os atos políticos, portanto, são aqueles que refletem as opções adotadas pela sociedade, por meio do regular processo democrático, tendo por finalidade definir os rumos do Estado. Naturalmente, tais atos somente estarão vinculados apenas aos fins do Estado e aos princípios gerais que regem a Administração Pública, cuja generalidade e amplitude condizem com as necessárias margens de discricionariedade que exige a formação da vontade política.²⁴⁷

Assim, é possível concluir que a atividade do Estado se desenvolve em três planos distintos:

²⁴⁴ No sistema constitucional brasileiro esta é a norma do art. 37 da Constituição de 1988: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

²⁴⁵ CAETANO, Marcelo. ob. cit. p. 213.

²⁴⁶ SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional*. Lisboa: Editora Gráfica Portuguesa, 1988. p. 106.

²⁴⁷ Neste sentido: “Os pressupostos e os elementos do acto do poder político do Estado podem ser vinculados ou livres, como tivemos o ensejo de apontar, caso a caso.

Quando nos reportamos a vinculação, estamos a considerar quer a vinculação que é imposta pela Constituição, quer a vinculação que resulta da lei para alguns desses actos.

Assim, só a Constituição determina a vinculação relativamente aos actos de revisão constitucional e à generalidade dos actos políticos ‘stricto sensu’ e dos actos legislativos. Apenas excepcionalmente se suscita a questão da legalidade ou da conformidade dos actos políticos ‘stricto sensu’ e dos actos legislativos com a lei.

Pelo contrário, a regra no que tange às funções subordinadas do Estado é a oposta: entre a Constituição e essas funções interpõem-se as funções principais – a função política e a função legislativa. E, portanto, é mais natural e frequente a formulação de juízos de legalidade (ou ilegalidade) do que de constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) dos actos jurisdicionais e administrativos.” (SOUSA, Marcelo Rebelo de. ob. cit. p. 127).

a) O Estado nasce com a institucionalização do poder, ou seja, com a elaboração da sua Constituição.²⁴⁸ A norma constitucional define os *fins últimos* a serem perseguidos, isto é, os *valores* eleitos pela coletividade. A partir disso, toda atividade estatal será guiada por estes fins, na perspectiva de uma *contemplanção*. É nesse primeiro plano, portanto, que ocorre a atividade classificada por Loewenstein como a tomada da “decisão política fundamental” (*policy determination*), por meio da qual a sociedade elege seus rumos.²⁴⁹

b) No segundo plano se situam os *fins intermediários* do Estado, que representam a escolha dos meios que serão adotados para se alcançar os *fins últimos* definidos na Constituição. É neste plano que se desenvolve a função política, que passa, necessariamente, por uma *deliberação* entre os representantes eleitos pela comunidade. Naturalmente, a Constituição definirá apenas os traços essenciais, os valores a serem alcançados, mas, na execução dessa tarefa, sempre haverá mais de um meio possível para se chegar ao mesmo fim. A escolha desses meios é a essência da função política do Estado.²⁵⁰

A função política, portanto, é aquela que se desenvolve dentro das balizas fixadas pela Constituição, mas que não estão por ela vinculadas, já que a norma

²⁴⁸ MIRANDA, Jorge. ob. cit. p.117.

²⁴⁹ Neste sentido: “La determinación de la decisión política fundamental, o tomada de la decisión política, consiste en la elección de una, entre varias posibilidades políticas fundamentales frente a las que se encuentra la comunidad estatal. Como decisiones políticas fundamentales, deben considerarse aquellas resoluciones de la sociedad que son decisivas y determinantes, en el presente y frecuentemente en el futuro, para la conformación de dicha comunidad”. (LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Barcelona: Ariel, 1983. p. 63)

²⁵⁰ Neste sentido, a lição de Konrad Hesse: “Formação da unidade política” não significa a produção de um estado harmônico de concordância geral, de todo, não a abolição de diferenciações sociais, políticas ou organizacional-institucionais por unificação total. Ela não pode ser pensada sem a existência e o significado de conflitos para a convivência humana. Conflitos são capazes de preservar o entorpecimento, de um ficar parado em formas superadas; eles são, embora não sozinhos, força movente, sem a qual transformação histórica não iria se efetuar. Se eles faltam, ou se eles são reprimidos, então isso pode conduzir ao imobilismo de uma estabilização do existente, isto é, porém, à incapacidade de ajustar-se às condições transformadas e produzir novas configurações: a ruptura com o existente torna-se um dia então inevitável e o estremecimento tanto mais profundo. Sobretudo, não só tem importância que haja conflitos, mas também que sejam regulados e vencidos. O conflito como tal ainda não contém a nova configuração, senão somente o resultado ao qual ele conduz. E sozinho o conflito não é capaz de possibilitar vida e convivência humana. Por isso, é importante, tanto dar lugar ao conflito e seus efeitos como, - não em último lugar, pelo modo da regulação de conflitos -, garantir a produção e conservação da unidade política, nem ignorar ou reprimir o conflito por causa da unidade política, nem abandonar a unidade política por causa do conflito” (HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1998. p. 30).

constitucional não pode substituir a decisão política; pode apenas estabelecer as diretrizes as serem perseguidas, fixando limites e regras ao embate político.²⁵¹

A atividade política, portanto, embora pautada pela lei e pela Constituição, não está vinculada pelo ordenamento jurídico, justamente porque se desenvolve dentro de uma zona de discricionariedade que é imune à intervenção judicial. É justamente no âmago dessa zona de discricionariedade que se desenvolve o embate político, por meio do qual as diferentes opiniões da sociedade são confrontadas, até que surja uma definição (consenso) acerca dos meios que serão empregados para se atingir os fins últimos do Estado, previstos na sua Constituição.²⁵²

c) No terceiro plano está a atividade da administração do Estado. Nele, situam-se os *fins próximos*, ou seja, a execução das deliberações tomadas no curso da atividade política (segundo plano), que, por sua vez, foram alcançadas mediante a contemplação dos fins últimos do Estado (primeiro plano). Esta atividade, que Loewenstein classificou propriamente como a “execução da decisão política” (*policy execution*), compreende, na prática, a condução das opções políticas para a vida da comunidade.²⁵³

Assim, enquanto a atividade política caracteriza-se por ser um domínio de relativa indeterminação, onde são realizadas “as opções fundamentais para orientação

²⁵¹ Neste sentido, a já lembrada lição de Hesse: Direito Constitucional cria regras de atuação e decisão política; ele dá à política pontos de referência dirigentes, mas ele não pode substituí-los. Por isso, a Constituição deixa espaço para a atividade das forças políticas. Se ela não regula numerosas questões da vida estatal, ou somente em traços, então nisso estão não somente uma renúncia à normalização determinante ou uma remissão à atualização concretizadora, mas, muitas vezes, também uma garantia com força constitucional de discussão livre e decisão livre dessas questões. Para que essa liberdade não possa ser transmutada em unidade que exclui estabelecimentos de objetivos alternantes e não mais acessível à atividade de forças diferentes, procura a Constituição, por esse modo, assegurar suas fixações materiais, organizacionais e procedimentais”. (HESSE, Konrad. ob. cit. p. 42).

²⁵² Neste sentido, válida a advertência de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, no seguinte sentido: “De fato, difícil, se não impossível, é imaginar a estruturação de um regime constitucional pluralista sem o recurso à supremacia da lei. É esse regime aberto à competição. Ora – já se disse – a competição entre os vários grupos ou partidos, pelo exercício do poder, há de, necessariamente, ser regulada e limitada para que não degenerem numa guerra de todos contra todos, com todas as armas. Como operar essa limitação, como regulamentar essa competição sem privilegiar uns em detrimento de outros, a não ser mediante normas gerais e impessoais?” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do Processo Legislativo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 21).

²⁵³ “Bajo la categoría de “ejecución de la decisión política”, se comprende llevar a la práctica dicha decisión. La ejecución de la decisión puede alcanzar a cualquier campo de las actividades estatales; frecuentemente consiste en la ejecución de la legislación. La mayor parte de las leyes que componen nuestros códigos son, o bien los instrumentos para la ejecución de anteriores decisiones políticas, que trasladan ahora dichas resoluciones a la vida de la comunidad, o bien tienen un carácter estrictamente utilitario al regular exclusivamente el desarrollo normal de las relaciones sociales”. (LOEWENSTEIN, Karl. ob. cit. p. 66).

dos destinos da coletividade”, a atividade administrativa, embora ainda exista espaço para escolhas, transcorre sob um domínio determinado, que já está “condicionado pelas grandes decisões políticas traçadas nas leis ou por outros meios válidos”. Em resumo, as opções primárias ou fundamentais pertencem à política, enquanto as opções secundárias ou derivadas pertencem à administração.²⁵⁴

Exemplificando: a sociedade brasileira, por meio da Constituição de 1988, elegeu, como um de seus fins últimos, o *desenvolvimento* do Estado.²⁵⁵ Portanto, no primeiro plano das funções estatais está a contemplação deste valor, ou seja, a atividade pública deverá ter, como valor a ser perseguido, o desenvolvimento do Estado brasileiro. No segundo plano, haverá a deliberação dos meios a serem adotados para que o Estado atinja esse fim, o que necessariamente se dará por meio do embate político. Por evidente, a escolha dos meios dependerá do “conflito” entre as lideranças políticas e da influência das correntes ideológicas. A atividade política reside justamente neste embate, por meio do qual serão decididos os meios para se alcançar o fim último definido pela Constituição; através dela se decidirá, por exemplo, se o desenvolvimento preconizado pela Constituição deverá ser perseguido por meio de um modelo de Estado mais liberal ou intervencionista; se o Estado deverá, ou não, intervir diretamente na atividade econômica; se o Estado deverá executar os serviços públicos que lhe são afetos por meio de recursos próprios ou se deverá transferi-los à iniciativa privada por meio de concessões, etc. No terceiro plano, enfim, estarão situadas as funções necessárias à execução destas deliberações políticas, isto é, estarão abrangidas aquelas atividades que, vinculadas à lei, executarão as políticas públicas destinadas a alcançar o desenvolvimento do Estado (fim último), por meio da edição de portarias, realização de licitações, celebração de contratos, etc.

Tecidas estas considerações, pode-se enumerar as seguintes conclusões acerca do conceito e da amplitude da função política do Estado:

²⁵⁴ CAETANO, Marcelo. ob. cit. p. 212/217.

²⁵⁵ Diz o Preâmbulo da Constituição Federal de 1988: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o *desenvolvimento*, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.”

a) *A compreensão atual do clássico princípio da separação implica na separação das funções do Estado, através de seus diferentes órgãos e agentes.*

b) *As teorias clássicas que discorrem sobre as funções do Estado são uníssonas em reconhecer a existência de uma atividade livre, por meio da qual os detentores do poder elegem, dentre várias opções juridicamente possíveis, aquela que melhor sirva para alcançar os fins últimos do Estado, assim definidos na sua Constituição. Essa atividade é a atividade política.*

c) *A função política é aquela que envolve a deliberação dos meios (fins intermediários) a serem implementados pelo Estado para a persecução dos seus objetivos (fins últimos); ou seja, é a atividade por meio da qual o Estado forma a sua vontade política e persegue seus fins.*

Cabe examinar, então, quais são os limites que não devem ser ultrapassados pela atividade política e as conseqüências que decorrem do seu descumprimento.

3.3 O exercício da função política pelo Estado

Como demonstrado, a tradicional compreensão do princípio da separação de poderes sempre teve, como elemento central, o reconhecimento da existência de três poderes distintos – executivo, legislativo e judiciário – que, apesar de independentes, controlam-se mutuamente, na clássica noção dos *checks and balances*. No entanto, conforme demonstra Karl Loewenstein,²⁵⁶ a mais atualizada leitura desse dogma do direito público consiste em compreendê-lo como uma separação de *funções*, as quais devem ser exercidas pelo Estado na persecução de seus fins; para tanto, tais funções necessitam ser distribuídas entre diferentes órgãos e agentes.

²⁵⁶ La separación de poderes no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político. Lo que corrientemente, aunque erróneamente, se suele designar como la separación de los *poderes* estatales a diferentes órganos del Estado. El concepto de “poderes”, pese a lo profundamente enraizado que está, debe ser entendido en este contexto de una manera meramente figurativa. En la siguiente exposición se preferirá la expresión “separación de funciones” a la “separación de poderes” (LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Barcelona: Ariel, 1983. p. 55/56)

É necessário ter claro, todavia, que essa distribuição das funções estatais não se opera de forma rígida, apesar da garantia de independência recíproca entre os poderes. Se quer dizer, com isso, que a existência de poderes independentes não implica, necessariamente, em exclusividade no exercício de determinadas funções estatais, mas, única e exclusivamente, que cada poder desempenhará *principalmente* uma determinada função. É esta a lição, entre outros, de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:²⁵⁷

A independência recíproca dos poderes – incumbidos do exercício de cada uma das três funções do Estado – não significa a inexistência de pontos de contacto entre eles, no desempenho de suas tarefas. Ela não exclui que os poderes, no desempenho harmônico de suas funções específicas, colaborem entre si relativamente ao exercício de uma delas, bem como não impede que eles, secundariamente, pratiquem certos atos que em teoria não pertenceriam à sua esfera de competência. Implica apenas uma *principalidade*. Cada poder desempenha principalmente uma função, sem que lhe seja absolutamente proibido a imissão noutra”.

No modelo constitucional de 1988, diversas são as disposições que revelam este entrelaçamento das funções do Estado. Apenas a título de ilustração, pode-se citar que o artigo 61 da Constituição, ao dispor sobre a iniciativa das leis complementares e ordinárias – atividade própria do poder legislativo – define hipóteses em que a iniciativa poderá partir do presidente da República (Poder Executivo) ou do Supremo Tribunal Federal (Poder Judiciário). O mesmo ocorre quando o artigo 49, inciso V, prevê que compete ao Congresso Nacional sustar atos normativos do Executivo que exorbitem o poder regulamentar ou os limites de delegação legislativa; ou seja, uma clara interferência do Poder Legislativo sobre atividade própria do Poder Executivo. O inverso ocorre quando o artigo 66, §1º, autoriza o Presidente da República a vetar projetos de lei aprovados pelas casas legislativas.

Como se vê, a Constituição constitui os poderes do Estado, mas, ao mesmo tempo, ordena-os e limita-os, por meio de relações de interdependências e controles recíprocos. Desse modo, o avanço do presente estudo exige que se verifique a distribuição constitucional fixada para o exercício da atividade política.

É noção corrente que a atividade política é própria dos poderes legislativo e executivo. A tarefa de definir os rumos do Estado para, assim, perseguir os fins últimos

²⁵⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do Processo Legislativo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 114/115

definidos na Constituição passa, necessariamente, pela edição das leis e pela definição e implementação de políticas públicas. No entanto, a inclusão do Poder Judiciário entre os poderes políticos não é questão nova, nem de ontem. Segundo Laboulaye, foi a Constituição dos Estados Unidos, portanto em 1795, a primeira “a fazer do Poder Judiciário um verdadeiro poder político”.²⁵⁸ A mesma noção incorporou-se à tradição do Direito Constitucional brasileiro desde o Império, quando a Constituição de 1824 colocou o “Poder Judicial” entre os Poderes Políticos do Estado (artigo 10), numa distribuição horizontal juntamente aos poderes legislativo, moderador e executivo.²⁵⁹ Não é por outro motivo que Pimenta Bueno, em sua obra clássica publicada originalmente em 1857, já sentenciava que “o poder judiciário, segundo nosso direito público, é um poder político distinto e independente, é, como os demais poderes, uma emanção da autoridade soberana da nação”.²⁶⁰

No entanto, embora a Constituição imperial tenha lançado o “Poder Judicial” no mesmo plano que os demais poderes do Estado, ao disciplinar sua organização e as prerrogativas de seus membros (artigos 151 a 164), dizia, por exemplo, que, embora fossem “perpétuos”, os juízes poderiam ser deslocados de uma comarca para a outra, sempre que a lei (Poder Legislativo) assim dispusesse (artigo 153);²⁶¹ ou, até mesmo, que os integrantes do Poder Judicial poderiam ser “suspensos” pelo imperador, diante de queixas contra eles apresentadas (artigo 154).²⁶² Ou seja, embora definido como um dos poderes políticos, o Poder Judicial estava claramente subordinado e sujeito a intervenções dos demais poderes.

Somente no período republicano, mormente a partir do momento em que o Judiciário passou a exercer a atividade de controlar a constitucionalidade das leis ordinárias, que sua independência e paridade em relação aos demais poderes tornaram

²⁵⁸ LABOULAYE, Edouard. ob. cit. p. 13/14.

²⁵⁹ Art. 10 - Os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.

²⁶⁰ PIMENTA BUENO, José Antônio. Direito Público e Análise da Constituição do Império. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve C., 1857.

²⁶¹ Art. 153. Os Juizes de Direito serão perpetuos, o que todavia se não entende, que não possam ser mudados de uns para outros Logares pelo tempo, e maneira, que a Lei determinar.

²⁶² Art. 154. O Imperador poderá suspendel-os por queixas contra elles feitas, precedendo audiencia dos mesmos Juizes, informação necessaria, e ouvido o Conselho de Estado. Os papeis, que lhes são concernentes, serão remettidos á Relação do respectivo Districto, para proceder na fórmula da Lei.

nítida sua feição de poder político.²⁶³ Ainda assim, deve ser registrado o retrocesso havido com a Carta de 1937, que autorizava o Presidente da República a submeter ao crivo do parlamento as normas julgadas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, para que esse confirmasse ou tornasse sem efeito a decisão judicial.²⁶⁴ Assim, na prática, foi somente a partir da Constituição de 1946 que o Poder Judiciário ingressou, definitivamente, na arena da atividade política, passando a exercer funções que afetam, diretamente, o governo do Estado e a condução da sociedade. Sua atividade, assim, ultrapassou os limites das relações individuais, para se inserir no âmago do governo.²⁶⁵ Inquestionável, a partir desse momento, a sentença de Seabra Fagundes, segundo a qual “funções políticas exercem todos os órgãos de cúpula do Poder Público”.²⁶⁶

²⁶³ Válido o registro de Afonso Arinos: “O princípio constitucional brasileiro reconhecia que o Judiciário era um poder político, no sentido de que era distinto e independente dos demais poderes, segundo a clássica e ainda hoje insuperável tradição democrática. Com efeito, os regimes totalitários modernos, fascistas ou comunistas negam expressamente a independência do Poder Judiciário, considerando-o mero órgão de aplicação de uma política estatal definida. Mas a verdade é que tais doutrinas não são mais do que anteparos teóricos do simples despotismo. Ainda dentro da tradição democrática, existe a posição francesa, segundo a qual o Judiciário é um ramo do Executivo. Mas a doutrina imperial não acolhia esta tese, e afirmava enfaticamente, no próprio texto constitucional, a personalidade política e a independência do Judiciário. (...). Mas a verdade é que a principal função política do Judiciário, que é a defesa da Constituição em face do Poder Legislativo, por meio da revisão de constitucionalidade das leis, o Judiciário imperial não a possuía. E isto, apesar dos encômios de Pimenta Bueno, tirava muito da força política do Judiciário do Império, força que só lhe veio a ser atribuída pela República, que adotou plenamente o princípio norte-americano”. (FRANCO, Afonso Arinos de Melo. Curso de Direito Constitucional Brasileiro. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 97/98).

²⁶⁴ Artigo 96, § único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

²⁶⁵ Neste sentido, o registro de Francisco Campos, no seu célebre discurso ao STF, no ano de 1941: “Os vossos poderes não são apenas os da justiça comum ou ordinária. A Constituição vos conferiu poderes de Governo. Do plano puramente técnico a que se achava confinada a justiça comum, a primeira Constituição republicana fez como que emergísseis para o plano do Governo ou para o plano da política. Nesse, permaneceis ainda, porque, embora tantas fossem as mudanças operadas nas nossas instituições políticas, para honra da nossa cultura e por obra da autoridade e do respeito nacional que soubestes granjear, nada, em substância, se mudou da vossa posição no quadro constitucional. Continuais com a mesma investidura, com os mesmos poderes e com a mesma autoridade. Continuais a fazer parte do Governo nacional e, na medida em que as questões por vós decididas transcendem o plano das relações individuais ou do comércio jurídico, ou na medida em que nelas se envolve um interesse nacional ou em que, decidindo a questão, decidis, embora reflexa, oblíqua ou indiretamente, sobre a política legislativa do Governo, estais evidentemente, no plano da política, não somente pela natureza da questão decidida, mas, sobretudo, porque do vosso julgamento hão de decorrer, necessariamente, mudanças ou modificações nas tendências da opinião e do Governo. As vossas mais altas atribuições têm, portanto, suas raízes na política, e na atmosfera da política é que se encontram os princípios sobre os quais trabalha a vossa técnica”. (CAMPOS, Francisco. Direito Constitucional. Vol. II. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S/A, 1956. p. 401/402).

²⁶⁶ FAGUNDES, Miguel Seabra. As funções políticas do Supremo Tribunal Federal. In: Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal. Brasília: UNB, 1982. p. 50.

Sendo assim, cabe indagar: se todos os órgãos de cúpula do Poder Público exercem funções políticas, a quem incumbe a última palavra? Se, como visto, a atividade política consiste em realizar escolhas,²⁶⁷ em algum momento, algum órgão do Estado terá, necessariamente, que escolher de forma definitiva, sem que seja possível que a sua escolha seja substituída pela escolha de outro órgão.

É forçoso concluir, neste sentido, que o fato de o Poder Judiciário ser, historicamente, um órgão de feições políticas, não lhe serve de fundamento para que possa reformar todo e qualquer ato político. Admitir isso seria admitir que o Poder Judiciário está acima dos demais poderes, exercendo sobre eles um controle irrestrito, perspectiva que, a toda evidência, discrepa da clássica noção dos “*checks and balances*” ou do “*pouvoir arrêtt pouvoir*”. Neste cenário, se, efetivamente, todos os órgãos de cúpula do Poder Público exercem atividade política, como sentenciou Seabra Fagundes, há de existir um critério, necessariamente de matriz constitucional, para definir quais são as atribuições políticas que serão exercidas por cada um dos órgãos de poder do Estado e, uma vez exercidas, não poderão ser revistas pelos demais. É esta, em outras palavras, a conclusão de Lourival Vilanova, ao tratar das “porções juridicamente definidas de atribuições”:²⁶⁸

(...) os atos de poder, ou de qualquer dos poderes, são exercício de competências e eles atribuídas, os poderes, são porções juridicamente definidas de atribuições. Todos os atos de poder são políticos por definição, são constitucionalmente políticos. Atos de governo em sentido restrito e atos de administração (podendo ser do mesmo órgão ou de órgãos diferentes), atos de legislação e atos jurisdicionais, todos são atos de órgãos *imediatamente* constitucionais e, *eo ipso*, atos políticos.

Não há como fugir, portanto, da conclusão de que o exame das questões ditas políticas, passa, necessariamente, pela verificação da distribuição de competências definida pelas normas constitucionais, na medida em que não é a natureza da questão que a retira da alçada do Poder Judiciário, quem a retira é o texto expresso da Constituição, conforme ensinou Pontes de Miranda.²⁶⁹ Assim, quando a norma

²⁶⁷ “O princípio fundamental da função política é o *interesse geral*. A característica do seu exercício é a liberdade de opção entre várias soluções possíveis. Quem governa, opta. Ao traçar certa orientação ou ao adotar certo plano, escolhe uns caminhos e rejeita outros”. (CAETANO, Marcelo. ob. cit. p. 213)

²⁶⁸ VILANOVA, Lourival. ob. cit. p. 47.

²⁶⁹ Neste sentido: “As espécies de que tratamos são as que costumam ser apontadas como excludentes do *judicial control*. Ora, não se podem enumerar casos, porque tais casos *ratione materiae* não existem; o

constitucional estabelece que determinada questão está inserida no círculo das atribuições de um dos poderes políticos, está, por via de consequência, definindo que é este quem deverá sobre ela decidir de forma definitiva, sem que haja possibilidade de recurso ou contestação frente aos demais, salvo no que diga respeito à legalidade do ato, que sempre será da competência do Poder Judiciário.

O que se quer deixar claro é que, se a Constituição insere determinada matéria na esfera de atribuições de um dos órgãos do Poder Legislativo ou Executivo, é porque a está retirando da esfera de atribuições do Poder Judiciário; o mesmo raciocínio vale ao inverso. Desse modo, assim como o Poder Executivo e o Poder Legislativo não podem intervir em atividade constitucionalmente atribuída ao Poder Judiciário, não pode este invadir a esfera daqueles. Neste sentido, magistrais as palavras do Ministro Paulo Brossard no julgamento do “Caso Collor”:²⁷⁰

(...) hoje mais do que ontem, estou convencido de que o STF não deve interferir em assuntos da competência privativa do Congresso Nacional, agora da Câmara, depois do Senado, da mesma forma que ao Congresso não cabe introduzir-se nas decisões do Supremo, nem mesmo na ordem de seus trabalhos. Cada poder tem sua área própria de atuação, da qual decorre a regra segundo a qual a ele, e só a ele, compete dispor. Tenho como sacrilégio a interferência do Poder Judiciário na intimidade de outro Poder, para dizer o que ele pode e como pode obrar.

É a Constituição que institui o Estado, cria seus órgãos políticos e delimita suas atribuições. Não há um poder que, a princípio, esteja hierarquicamente posto acima dos demais. Da mesma forma, a atribuição conferida ao Poder Judiciário, em específico ao Supremo Tribunal Federal, de “guarda da Constituição”, não o faz revisor de todos os

que existe é a *regra de competência*. O que um Poder, legislativo, executivo, ou judiciário, faz – dentro de suas atribuições – vale nos casos concreto; o que qualquer deles pratica fora das suas atribuições, ferindo direitos públicos ou privados, a que correspondam ações ou exceções, é susceptível de ser declarado inconstitucional”. (MIRANDA. Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários à Constituição Federal de 10 de novembro de 1937. Tomo III. São Paulo: Irmãos Pongetti Editores, 1938. p. 39).

²⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Impeachment: Jurisprudência. Brasília: Imprensa Nacional, 1995. p. 155. O mesmo argumento é ainda tratado por Paulo Brossard no plano doutrinário, de onde vale extrair a seguinte passagem: “Acontece, porém, que, embora independentes e iguais na hierarquia constitucional, e a despeito de não haver superioridade de um em relação ao outro Poder, cada um deles exerce privativamente parcela ou dose de poder, que lhe dá, por isso, sob certos aspectos e para certos fins, relativa superioridade em relação aos demais. Em verdade, no exercício de suas atribuições específicas, cada Poder é, de certo modo, soberano, incontestável, e, portanto, superior aos demais. Parcialmente superior. Limitadamente superior. Escassamente superior. Mas superior naquilo que lhe é específico, exclusivo, peculiar.”

(...) Essa superioridade, real e palpável, é estabelecida pela Constituição ao criar os Poderes e fixar-lhes a respectiva competência.” (BROSSARD, Paulo. O Impeachment. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 131/132)

atos praticados pelos demais poderes; pelo contrário, como assentou o Ministro Brossard, “cada um dos poderes, no tocante à sua competência privativa, é superior aos demais, exatamente porque a competência é sua e não dos outros poderes”.²⁷¹

É neste contexto que se insere a definição de Canotilho acerca do que chama de “princípio da tipicidade de competências”, segundo o qual “as competências e atribuições dos órgãos de soberania são apenas, e por via de princípio, aquelas que forem identificadas pela própria constituição”.²⁷² Desse modo, não é lícito admitir que um poder invista sobre a esfera de atribuições de outro, seja para revisar, seja para confirmar, uma decisão (ou “escolha”, na expressão de Marcelo Caetano) que a Constituição atribuiu àquele e não a este. Isso porque, “as relações intercorrentes entre órgãos que exercem funções de soberania são *relações de paridade* e não relações de infraordenação ou subordinação”.²⁷³

Essa noção não é novidade do modelo constitucional vigente, ela está nas raízes do sistema constitucional brasileiro desde 1824, quando Pimenta Bueno, tratando dos limites e das atribuições outorgadas aos poderes políticos, ensinava:²⁷⁴

²⁷¹ Neste sentido: “S. Exa. diz que o Supremo Tribunal está acima dos demais Poderes. Não está. Creio que cada um dos poderes, no tocante à sua competência privativa, é superior aos demais exatamente porque a competência é sua e não dos outros poderes. Quanto à frase “guarda da Constituição”, inserida no art. 102, acrescentou alguma coisa ao que sempre competiu ao Supremo desde 91?” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Impeachment: Jurisprudência. Brasília: Imprensa Nacional, 1995. p. 44).

²⁷² “Dado seu caráter de ordem fundamental do estado, pertence à Constituição criar os *órgãos constitucionais* – quer dos órgãos constitucionais de soberania, quer dos órgãos constitucionais simples (...). Mas, além da criação de órgãos, pertence-lhe definir as competências e atribuições desses órgãos, de forma a que se cumpra, de forma tendencial, o chamado *princípio da tipicidade das competências*. Como já atrás se assinalou, as competências e atribuições dos órgãos de soberania são apenas, e por via de princípio, aquelas que forem identificadas pela própria constituição. A organização do *poder político* pela constituição não se limita à criação de órgãos e definição das respectivas competências e funções. À constituição pertence definir os princípios estruturantes da organização do poder político (ex: princípio da separação e interdependência), recortar as relações intercorrentes entre os órgãos de soberania bem como desenhar a repartição entre os mesmos do poder político”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ob. cit. p. 1441).

²⁷³ Conforme Canotilho: “Todos os órgãos constitucionais de soberania são “poderes constituídos” igualmente ordenados pela Constituição. Não se quer dizer com isso que a lei fundamental não estabeleça relações de controlo e interdependência. Assim, por ex., os órgãos do “poder judicial” estão submetidos às leis da AR e decretos-leis do Governo (art. 203º); o Governo depende da AR no que respeita ao exercício da função legislativa relativamente a certas matérias (cfr. Arts. 164º e 165º); os órgãos com competência legislativa (AR, Governo, Assembleias Regionais) estão sujeitos à declaração de inconstitucionalidade das leis pelo Tribunal Constitucional (arts. 223º, 277º e ss).

Todavia, a posição dos órgãos constitucionais de soberania é sempre uma *posição equiordenada*. A Constituição considera-os a todos como órgãos constitucionais de soberania e, por isso, as relações intercorrentes entre órgãos que exercem funções de soberania são *relações de paridade* e não relações de infraordenação ou “subordinação”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ob. cit. p. 565).

²⁷⁴ PIMENTA BUENO, José Antônio. Direito Público e Análise da Constituição do Império. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve C., 1857. p. 41.

Sem dúvida não é lícito usar da delegação ordinária do povo contra o direito fundamental do povo. Este organizou os seus poderes políticos, assignalou suas competencias, estabeleceu claramente os limites destas no fim de garantir suas liberdades; era consequente que dissesse, como diz: vós não podeis alterar estes limites, usurpar attribuições alheas, nem ceder das que vos confio; nenhum dos poderes tem direito de exercer senão as funcções que lhe deleguei; todo o acto praticado contra minhas determinações é ilegítimo e arbitrário.

A legitimidade do controle jurisdicional decorre da expressa distribuição de competências realizada pela Constituição. A parcela de competência do Poder Judiciário diz com a garantia da ordem jurídica, ou seja, sua tarefa é controlar a conformidade dos atos praticados pelo Estado com o ordenamento jurídico vigente e, sempre que dele discrepar, estará autorizada a sua intervenção para torná-los sem efeito ou reformá-lo. Ao Poder Judiciário incumbe controlar a legalidade dos atos administrativos e a constitucionalidade das leis. Trata-se, portanto, de uma atividade eminentemente técnica, que não lhe autoriza invadir a esfera de atribuições dos demais poderes, para lhes dizer como devem solucionar seus impasses políticos. Naturalmente, sempre poderá ocorrer que atos de conteúdo político agridam a ordem jurídica vigente e, nestes casos, estará autorizada a intervenção jurisdicional; caso contrário, a questão haverá de ser resolvida, de forma definitiva e irrecorrível, pelos demais poderes do Estado, conforme as regras de competência definidas pela Constituição.

Nos dias de hoje, no entanto, é corrente a contestação a esse argumento, no sentido de que a norma do artigo 5º, XXXV, da Constituição de 1988,²⁷⁵ ao alargar o espectro das atribuições concedidas ao Poder Judiciário, a ele submeteu o conhecimento de toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito. Não há dúvida de que a Constituição de 1988, “dividiu a jurisdição e entregou quase tudo ao Poder Judiciário, numa amplitude que talvez o mundo não conheça outra”,²⁷⁶ mas, ainda assim, há determinadas questões em que a jurisdição a ser exercida é exclusivamente política; nestes casos, como ocorre em relação ao processo de *impeachment* e ao julgamento por quebra do decoro parlamentar (item 3.4), a Constituição os retirou do alcance do Poder Judiciário, incluindo-os na esfera de atribuições dos demais poderes políticos, sem que assim tenha incorrido em agressão ao festejado princípio da inafastabilidade. Ensinou o

²⁷⁵ Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

²⁷⁶ Trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Impeachment: Jurisprudência*. Brasília: Imprensa Nacional, 1995. p. 41).

Ministro Paulo Brossard, “com precisão antológica”,²⁷⁷ que é a lei ordinária que não pode afastar da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, a própria Constituição pode, e não apenas pode como assim o faz em diversas passagens:²⁷⁸

Dir-se-á que esse entendimento conflita com o princípio segundo o qual nenhuma lesão de direito pode ser excluída de apreciação judicial. Esse conflito, porém, não ocorre no caso concreto, pois, a mesma Constituição que enuncia essa regra de ouro, reserva privativamente a uma e outra Casa do Congresso o conhecimento de determinados assuntos, excluindo-os da competência de qualquer outra autoridade. Assim, no que tange ao processo de responsabilidade, do primeiro ao último ato, ele se desenvolve no âmbito do Poder Legislativo, Câmara e Senado, em nenhum momento percorre as instâncias judiciárias. Como foi acentuado, é uma exceção, mas exceção constitucionalmente aberta, ao monopólio jurisdicional do Poder Judiciário. A lei não poderia dispor assim. A Constituição poderia. Foi o que fez.

Contra esse argumento, ainda poderia ser invocada a crítica desenvolvida pelo Ministro Nelson Jobim, no julgamento do “Caso José Dirceu”, segundo a qual, ao se retirar determinada questão do alcance do Poder Judiciário se estará abrindo margens para julgamentos equivocados, arbitrários ou movidos por interesses puramente políticos. Não há dúvidas de que essa possibilidade existe, mas o erro, o arbítrio e até a violência não são exclusivos dos poderes legislativo e executivo; “o Poder Judiciário, por mais ilustrados que sejam os seus integrantes, não acerta sempre. Ele também erra”; afinal, “nem os homens, nem as suas instituições, são perfeitas e infalíveis”.²⁷⁹

Desse modo, se a Constituição retira determinadas questões do alcance do Poder Judiciário, mas, ao mesmo tempo, assegura que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, somente se poderá interpretar a regra que materializa o chamado “princípio da inafastabilidade da apreciação judicial”, como uma garantia que restringe a legislação ordinária, ou seja, é a lei que está impedida de assim proceder; mesmo porque, se estivesse autorizada, o Poder Legislativo estaria hierarquicamente sobreposto ao Judiciário, na medida em que poderia, a qualquer

²⁷⁷ A qualificação é dada pelo Min. Sepúlveda Pertence, em voto proferido no julgamento do “Caso Collor” (MS 21.564-QO, ob. cit. p. 71).

²⁷⁸ Trecho do voto do Ministro Paulo Brossard (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Impeachment: Jurisprudência. Brasília: Imprensa Nacional, 1995. p. 155).

²⁷⁹ Trecho do voto do Min. Paulo Brossard (ob. cit. p. 156/157), de onde vale extrair, ainda, a referência feita a autoridade de Story, em seus clássicos comentários à Constituição dos Estados Unidos: “Story, cuja autoridade não esmaeceu nos cento e sessenta anos decorridos desde a publicação de seus Comentários à Constituição, disse isso de maneira lapidar – todo poder que a alguém se outorga traz em si a possibilidade de ser exercido abusivamente, “for in all such cases there must be power reposed in some person or body, and wherever it is reposed it may be abused” Commentaries, 1891, I, §754, p. 552”.

momento, por meio da atividade legislativa, reduzir a esfera das atribuições judiciárias,²⁸⁰ cuja matriz é constitucional e, por isso, tem a finalidade de “conter o poder em raias limitadas”.²⁸¹

Assim posta a questão, o presente tópico permite as seguintes conclusões:

a) Todo órgão de cúpula do Poder Público realiza atividade política.

b) Cada um dos poderes do Estado é soberano em relação aos demais, no que tange às decisões que estiverem dentro da esfera de atribuições que a Constituição expressamente lhes outorga.

c) A possibilidade do exercício equivocado ou abusivo do poder não autoriza a conclusão de que toda e qualquer decisão política esteja submetida ao Poder Judiciário, na medida em que receio de erro ou abuso não é exclusivo dos demais poderes políticos; o Judiciário também erra, como também pode ser arbitrário.

d) Quando o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988 diz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” está a dizer que é somente a Constituição que poderá retirar determinada matéria do alcance do Poder Judiciário; a lei ordinária está impedida de assim proceder.

3.4 Para atos políticos, responsabilidade política

Por fim, a questão que se coloca é, necessariamente, a seguinte: o fato de cada poder ser soberano, dentro do espectro das atribuições que lhes são conferidas pela

²⁸⁰ Válida, neste sentido, a lição de Lourival Vilanova, quando afirma: “A lei ordinária complementa o texto constitucional, ampliando competência ou restringindo, nos limites que não contrarie o mínimo estabelecido no estatuto fundamental desenvolve-o. Mas, escapa ao alcance do poder revisor devolver à legislação ordinária as regras instituintes do judiciário como um dos poderes políticos. Seria deixá-lo subordinado ao juízo político que motiva atos legislativos e decretos-leis, uns do Poder Legislativo, outros do Poder Executivo. Privaria o poder judiciário de sua paridade, entre os poderes, da relação de coordenação, que ele mantém por ser independente e harmônico com os poderes restantes. Deixaria de ser órgão imediato, i.é, imediatamente derivado da Constituição e deixaria de ser órgão político, um dos componentes do poder estatal em sua integridade de poder-de-império e poder soberano de subordinado.” (VILANOVA, Lourival. ob. cit. p. 43).

²⁸¹ PIMENTA BUENO, José Antônio. ob. cit. p. 44.

Constituição e, por isso, suas decisões não estarem necessariamente sujeitas à revisão judicial, importa em dizer que tais decisões não estejam sujeitas ao ordenamento jurídico? Em outras palavras, pode existir atividade política às margens da lei e da Constituição? Se isso ocorrer, qual será o remédio?

É certo que, dentro da perspectiva atual de Estado Democrático de Direito, não se pode tolerar a atuação do Poder Público ao arrepio da lei. Como já visto, é sob este fundamento que, entre outros, o Ministro Celso de Mello defende que “nenhum órgão do Estado - situe-se ele no Poder Judiciário, ou no Poder Executivo, ou no Poder Legislativo - é imune à força da Constituição e ao império das leis”.²⁸² O argumento é insuperável: não há, efetivamente, como se aceitar que, em um Estado de Direito, possa existir ato estatal praticado às margens da sua própria ordem jurídica.

Naturalmente, por se tratar de uma “atividade livre”, na classificação de Jellinek,²⁸³ a atividade política sempre disporá de significativas margens de discricionariedade, na medida em que “a característica do seu exercício é a liberdade de opção entre várias soluções possíveis”.²⁸⁴ Todavia, retomando a lição de Marcelo Caetano, se “é certo que o Estado cerca todas as suas atividades de uma rede de regulamentação jurídica, (...) isso não deve inibir-nos de verificar que tais atividades nem sempre são *em si mesmas* jurídicas.”²⁸⁵

Ou seja, quando se diz que uma atividade é política não está a dizer que tal atividade esteja acima da lei ou da Constituição, na medida em que “não há atividade do

²⁸² Trecho da decisão proferida pelo Min. Celso de Mello, em pedido de reconsideração formulado no Mandado de Segurança nº 23.576/DF, DJ 29/11/1999. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 18 de junho de 2011.

²⁸³ Neste sentido: “En todo Estado se puede hallar una oposición en el ejercicio de todas sus funciones, a saber: la oposición entre la actividad libre y la actividad reglada. La primera se determina por el interés común, pero no mediante una regla especial jurídica. La segunda se propone la satisfacción de un deber de derecho. La actividad libre es por su importancia la primera, primera también lógicamente, y constituye el fundamento de todas las demás actividades”. (JELLINEK, Georg. ob. cit. p. 502).

²⁸⁴ CAETANO, Marcelo. ob. cit. p. 213

²⁸⁵ Idem. p. 197: “É certo que o Estado cerca todas as suas atividades de uma rede de regulamentação jurídica: mas, isso não deve inibir-nos de verificar que tais atividades nem sempre são *em si mesmas* jurídicas. A par das funções jurídicas de *criação* e de *execução* do Direito que se traduzem na prática de atos jurídicos, há que tomar em conta outras funções *não jurídicas*, como a função *política* e as funções *técnicas*, que se processam através de atos materiais, embora exercidas nos termos da lei e podendo vir a influir na esfera do Direito. É que na atividade do Estado, hoje em dia, a cada passo, o jurídico e o não jurídico surgem a par e se interpenetram.”

Estado à margem do Direito”.²⁸⁶ No entanto, embora essa atividade esteja subordinada a regulamentações jurídicas, seu conteúdo não é propriamente jurídico, mas político, justamente por envolver *opções* do agente público. Por razões óbvias, essas atividades não podem estar integralmente limitadas por normas jurídicas; já que “un Estado cuya actividad fuera totalmente reglada, es una concepción irrealizable”.²⁸⁷

Portanto, ao mesmo tempo em que é livre (discricionária), a atividade política encontra seus limites na lei e na Constituição, mas dessa antiga e assentada noção do Estado de Direito não decorre a conclusão de que todo e qualquer ato praticado pelos poderes políticos esteja, necessariamente, sujeito ao crivo do Poder Judiciário.

Neste sentido, convém reproduzir o magistério de Seabra Fagundes:^{288 289 290}

Os atos administrativos exclusivamente políticos, escapando à apreciação jurisdicional, não ficam, por isso, fora da ordem jurídica. São apenas isentos do controle do Poder Judiciário, o qual, aliás, seria impraticável em relação a eles, dado que não podem ferir direitos individuais. Mas, tanto quanto os demais atos da Administração Pública, se devem submeter à ordem jurídica, exercendo-se segundo a competência constitucional e dentro da forma legal. Praticados fora dessas jurídicas limitações, serão atos exorbitantes da ordem jurídica, atos violadores do direito. Aliás, é de esclarecer que, em nosso sistema político, os chamados pesos e contrapesos, tão úteis ao bom funcionamento da máquina estatal, constituem meios de controle para esses atos. Emanem eles do Parlamento ou do presidente da República, tais órgãos

²⁸⁶ MIRANDA, Jorge. ob. cit. p. 369.

²⁸⁷ JELLINEK, Georg. ob. cit. p. 502

²⁸⁸ FAGUNDES, Miguel Seabra. O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 165,

²⁸⁹ Na mesma linha, ainda, Lourival Vilanova: “Quando se diz que questões políticas ficam fora da apreciação judicial, não se dá o caso de tais questões carecerem de aspectos jurídicos. Apenas o controle – por um princípio de equilíbrio entre os dois poderes mais acusadamente políticos (o Legislativo e o Executivo) – fica a cargo de órgão não-judicial, ainda que jurídica é também sua substância.

(...) Assim, pois, os atos políticos que subjazem às questões políticas, são do domínio da discricionariedade. Não da arbitrariedade, que é antijuridicidade punível. Tampouco, são extrajurídicos. A juridicidade ou a antijuridicidade existem *dentro* do ordenamento, não fora dele. Só o extrajurídico não é *ainda* inserido no direito. Quando Jellinek pondera que um Estado totalmente sujeito à juridicidade seria politicamente impossível, verdade se o grande publicista pensasse na política como poder revolucionário ou constituinte, e nas quebras excepcionais da estrutura. (VILANOVA, Lourival. ob. cit. p. 53).

²⁹⁰ Na mesma linha, mas analisando a questão sob o prisma da discricionariedade (item 2.2), a professora Maria Sylvia Zanella di Pietro faz as seguintes considerações: “Com relação aos atos discricionários, o controle judicial é possível mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites que ela é assegurada à Administração Pública pela lei. Isto ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço livre para a decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal. Daí porque não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 202).

se controlam reciprocamente. O controle dos atos administrativos exclusivamente políticos é, sem dúvida, mais político do que de legalidade. Entretanto, não deixa de dar ensejo ao exame do aspecto jurídico. O presidente da República pode, por exemplo, vetar uma lei por inconstitucional.

O ato político, assim como toda atuação do Poder Público, sempre estará sujeito à ordem jurídica; todavia, seu conteúdo político faz com que a Constituição lhe retire da alçada do Poder Judiciário, pela óbvia razão de que o ato político atende a critérios políticos, tem motivações políticas, sujeita-se a estímulos políticos, atende a interesses políticos, os quais não permitem o exercício de um controle dentro de balizas puramente jurídicas, como aquelas que são manuseadas pela atividade jurisdicional, conforme ensina, com extrema precisão, Linares Quintana:²⁹¹

Vale decir, que es propio de los Poderes políticos – Legislativo y Ejecutivo – realizar *actos políticos*, los cuales suponen una *decisión política*, que es adoptada a través de un *proceso político*, regulado por un *criterio político* de acuerdo con la *prudencia política*, conforme con la cual se discierne lo bueno y lo malo, lo conveniente y lo inconveniente, lo oportuno y lo inoportuno, etcétera. En cambio, el *Poder jurídico* que es el Poder Judicial, realiza *actos jurisdiccionales*, a través de un *proceso jurisdiccional* en el que, con *criterio jurídico*, se busca y determina el derecho que resulta de la Constitución y las demás normas vigentes, para aplicarlo al caso juzgado, proceso que culmina con una decisión jurídica.

O Poder Judiciário, portanto, examina a questão no plano da juridicidade, verificando se, no caso concreto, há, ou não, violação a direitos individuais; por decorrência, essa atividade não se confunde com o exame da questão no plano político. Não é por outra razão que Rui Barbosa já alertava que “muitas vezes, reconhecendo mesmo a existência de faltas, de erros e violação de leis, o Congresso terá de recuar ante as conseqüências graves de fazer sentar o Chefe do Estado no banco dos réus”;²⁹² isso porque, a oportunidade e a conveniência da atividade política não se confundem com os critérios utilizados pela atividade jurisdicional, questão que ganha clareza nas palavras de Paulo Brossard, quando trata do processo de *impeachment*.²⁹³

(...) embora o julgamento político não exclua o julgamento jurídico, antes o suponha, ele vai além dos limites deste; os critérios da Câmara, ao acusar, e do Senado, ao julgar, não são necessariamente os mesmos do Judiciário, e por vezes não podem sê-lo. Ainda quando o caso não seja tipicamente político, mas de aplicação legal mais direta, não lhe faltam ingredientes tais,

²⁹¹ LINARES QUINTANA, Segundo V. ob. cit. p. 646.

²⁹² BARBOSA, Rui. ob. cit. vol. XXXV. Tomo VI. Rio de Janeiro: Ministério da Educação, 1956. p. 109.

²⁹³ BROSSARD, Paulo. O Impeachment. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.p. 140.

e comumente se adicionam componentes de conveniência e utilidade na formulação do juízo da Câmara ao decretar a acusação e ao Senado ao decidir sobre ela. Mas casos há em que as duas Casas do Congresso, cada uma ao seu tempo, têm de usar de inevitável discricção, inspiradas em superiores razões de Estado, e tais considerações não entram, nem podem entrar, na composição das decisões judiciais, ainda quando o juiz seja o exemplar reclamado por Laski, que, para ser perfeito, não pode ser menos estadista que jurisconsulto. Um poder examina o problema sob um prisma, ensina Maximiliano, o outro encara-o sob prisma diferente.

Sobre o tema, ainda, a clássica lição de Rui Barbosa:²⁹⁴

O Congresso julga da utilidade. O Supremo Tribunal, da legalidade. O critério do Congresso é a necessidade governativa. O do Supremo Tribunal é o direito escrito. Legalidade e utilidade podem estar em divergência. Direito e necessidade podem contradizer-se. Porque a política, em crises extremas, pode considerar-se forçada a violar as barreiras da lei, para satisfazer às exigências da conservação social. Daí, da distinção entre essas duas normas e da fatalidade de ambas, daí a existência dos dois tribunais: o tribunal político e o tribunal judiciário.

Não há razão, portanto, para que o Poder Judiciário fosse incumbido de examinar a atividade realizada pelos demais poderes do Estado, na perspectiva de sua conveniência política, mormente em se tratando do único dos poderes que não está investido da representatividade popular decorrente do processo eleitoral.²⁹⁵ A atividade do Poder Judiciário está sujeita a critérios técnicos, que se desenvolvem no plano da legalidade; todavia, há outros critérios que pautam a atividade do Estado, e é justamente por essa razão que a Constituição distribui os meios de controle entre todos os poderes políticos, reservando apenas uma parte ao Poder Judiciário, que consiste em examinar a ocorrência de violação a direitos individuais (plano da legalidade), assim como adequação das leis à Constituição (plano da constitucionalidade).²⁹⁶

²⁹⁴ BARBOSA, Rui. Obras Completas de Rui Barbosa. Volume XIX. Tomo III. Rio de Janeiro: Ministério da Educação, 1956. p. 224.

²⁹⁵ Neste sentido, Canotilho: “(...) a posição do juiz não é pautada pela relação de representação ou pelo *carácter de representatividade*, exigidos, em geral, para os representantes dos órgãos de soberania. Embora administrem formalmente a justiça ‘em nome do povo’ (e, nesta medida, realizem os interesses de todo o povo), os juízes não desenvolvem, como os órgãos político-representativos, actividades de direcção política”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ob. cit. p. 658).

²⁹⁶ Neste sentido, merece registro a seguinte passagem de “O Federalista”: “E onde, senão no Senado, se poderia encontrar um tribunal assaz elevado em dignidade ou assaz independente? Que outro corpo teria assaz confiança nas suas próprias forças para conservar ilibada a imparcialidade necessária entre o indivíduo acusado e os representantes do povo, seus acusadores? Seria o Supremo tribunal de justiça? É muito duvidoso que seus membros tivessem sempre a coragem necessária e, por mais forte razão, assaz autoridade e crédito para fazer adotar e aprovar pelo povo decisões porventura contrárias à acusação instituída pelos seus representantes diretos.” (HAMILTON, Alexander. O Federalista - Hamilton, Madison e Jay. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003. p. 395).

A atividade política, em outras palavras, está sujeita à jurisdição política, que é distinta daquela exercida pelo Poder Judiciário, “uma vez que a acção política é impregnada de individualidade, respira a atmosfera do caso singular e das suas exigências particularíssimas, percepção que só a tem quem possui a responsabilidade da acção na intimidade da situação concreta”, conforme leciona Afonso Queiró,²⁹⁷ demonstrando, ainda, que o “juiz do êxito ou do insucesso da acção política será sempre um órgão político diferente da Corte Suprema, podendo ser, e muitas vezes o é, a própria Nação”.

É assim que a Constituição retira determinadas questões do alcance do Poder Judiciário, porque, nestes casos, prevalecem os interesses da nação em relação aos direitos individuais. É fundamental ter presente essa noção, na medida em que não se está a sustentar o equívoco do critério historicamente adotado pelo Supremo Tribunal Federal para distinguir as “questões políticas” das “questões jurídicas”, qual seja: a existência de lesão a direitos individuais. Pelo contrário, sempre que invocada lesão a direito individual, a questão poderá ser posta sob a forma de uma acção judicial; contudo, há determinadas questões em que a *prevalência* está na condução do Estado rumo aos seus fins, atividade que é própria da esfera política. Assim, no que diz respeito a essas questões, a Constituição as retira da alçada de revisão do Poder Judiciário, colocando-as no conjunto de atribuições que outorga ora ao Poder Legislativo, ora ao Poder Executivo, justamente porque os critérios para o seu exame não são jurídicos, mas políticos. Trata-se, ao fim e ao cabo, de uma opção do poder constituinte naquela que pode ser considerada a sua função mais essencial: a limitação do poder.

Diante desse cenário, resta uma última indagação a ser examinada, qual seja: se a atividade política não pode ser exercida às margens da ordem jurídica, mas, ao mesmo tempo, não está sujeita à revisão pelo Poder Judiciário, de que forma se pode, sobre ela, exercer algum tipo de controle? Afinal, de nada adiantaria sustentar que a atividade política deve se desenvolver dentro dos limites da ordem jurídica, se não houver consequência alguma nas situações em que tais limites sejam ultrapassados.

²⁹⁷ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Teoria dos Actos de Governo. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1948. p. 31.

A resposta à indagação passa, necessariamente, pela compreensão do conceito de *responsabilidade política*, praticamente abandonado nos dias de hoje, em que o próprio Supremo Tribunal Federal defende que “é preciso evoluir, cada vez mais, no sentido da completa justiciabilidade da atividade estatal”.²⁹⁸ A noção de responsabilidade política, em contrapartida, parte da compreensão de que “numa ordem constitucional livre e democrática o controle jurídico não é tudo. Controles ‘sociais’ e ‘políticos’ também se desenvolvem como desde há muito foi notado”.²⁹⁹

Ensina Loewenstein que os controles políticos devem estar sempre fora do alcance de revisão do Poder Judiciário, sendo exercidos pelo Governo, pelas Casas Legislativas e, ao fim e ao cabo, pelo eleitorado. A efetivação desses controles, no entanto, depende da possibilidade de que tais agentes (governo, congresso e eleitorado) possam exigir, uns dos outros, a responsabilidade política pelos atos praticados, a qual somente existe “cuando un determinado detentador del poder tiene que dar cuenta a otro detentador del poder sobre el cumplimiento de la función que le ha sido asignada”.³⁰⁰

La responsabilidad política se ha convertido en la técnica más eficaz para controlar al detentador del poder. (...) el constitucionalismo no es solamente un gobierno con una base de Estado de derecho, sino que significa un gobierno responsable. Un gobierno se puede considerar como responsable cuando el ejercicio del poder político está distribuido y controlado entre diversos detentadores del poder. Las técnicas del control en su totalidad están ancladas en la constitución. La supremacía de la constitución es el remate de un sistema integral de controles políticos.³⁰¹

Assim como Loewenstein, Canotilho também vê a responsabilidade política, como um dos elementos centrais para o controle do poder do Estado, rechaçando a noção da “completa justiciabilidade da atividade estatal”, defendida em decisões do

²⁹⁸ MS n° 20.999, voto do Min. Celso de Mello. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 18 de junho de 2011.

²⁹⁹ QUEIROZ, Cristina. ob. cit. p. 216.

³⁰⁰ El mecanismo más eficaz para el control del poder político consiste en la atribución de diferentes funciones estatales a diferentes detentadores del poder u órganos estatales, que si bien ejercen dicha función con plena autonomía y propia responsabilidad está obligados, en último término, a cooperar para que sea posible una voluntad estatal válida. (...) La función de control se distribuye así entre todos los detentadores del poder: el gobierno, el parlamento y el electorado. (...) El punto crítico de la función de control político yace en la posibilidad de exigir responsabilidad política. Existe responsabilidad política cuando un determinado detentador del poder tiene que dar cuenta a otro detentador del poder sobre el cumplimiento de la función que le ha sido asignada, por ejemplo, el gobierno al parlamento, el parlamento al gobierno y, en último término, ambos al electorado (LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Barcelona: Ariel, 1983. p. 68/71).

³⁰¹ LOEWENSTEIN, Karl. ob. cit. p. 71.

Supremo Tribunal Federal. O professor luso, no entanto, parte de um conceito mais amplo, que denomina de “responsabilidade constitucional”, que envolve três dimensões: (a) a existência de margens de discricionariedade na atuação do Estado; (b) a vinculação funcional entre a discricionariedade e os deveres jurídico-constitucionais de certas tarefas estatais e (c) a existência de sanções jurídicas ou político-jurídicas, para os casos de não cumprimento ou cumprimento defeituoso dessas tarefas.³⁰² Com isso, Canotilho demonstra que a responsabilidade político-constitucional nada tem a ver com os conceitos manuseados pelo Poder Judiciário:³⁰³

A responsabilidade político-constitucional não tem nada a ver com os conceitos de culpa pessoal, dolo ou negligência. Um ministro que possui poderes de direcção, superintendência e tutela, pode não ser disciplinar ou criminalmente responsável por decisões erradas, falhas nos serviços ou comportamentos ilegais dos órgãos, funcionários ou agentes do seu ministério, mas isso não impedirá eventualmente a sua responsabilidade pelas disfunções verificadas nesses mesmos serviços.

Uma vez compreendida a noção de responsabilidade política, percebe-se o equívoco da interpretação que vem sendo assentada junto ao Supremo Tribunal Federal, acerca da “completa justiciabilidade da atividade estatal”. Isso porque, revela-se totalmente arbitrário que o Poder Judiciário possa se atribuir a função de controlar e revisar toda a atividade do Estado, quando a Constituição é taxativa em delimitar competências distintas. Afinal “es la Constitución, y no las preferencias personales de los jueces, lo que señala la línea de demarcación entre lo que se encuentra a un lado y es justiciable, y lo que se encuentra en el otro y es político”.³⁰⁴

³⁰² “Para se poder falar em responsabilidade constitucional como categoria conceitual autónoma do direito constitucional é necessário tomar em consideração três dimensões: (i) a responsabilidade pressupõe o reconhecimento ao sujeito dessa responsabilidade (“responsável” na linguagem comum) de uma certa margem de “discricionariedade de actuação” ou de “liberdade de decisão”; (ii) a responsabilidade implica, como correlato da liberdade de actuação, uma *vinculação funcional* traduzida na obrigatoriedade de observância de certos deveres jurídico-constitucionais e da prossecução de certas tarefas; (iii) a responsabilidade articula-se como a existência de *sanções jurídicas* (penais, disciplinares, civis) ou *político-jurídicas* (censura, destituição, exoneração) no caso de não-cumprimento ou de cumprimento julgado defeituoso dos deveres ou das tarefas de que estão incumbidos os órgãos ou agentes constitucionais. A responsabilidade constitucional configura-se, assim, como um conceito englobante, pois inclui a chamada responsabilidade penal dos titulares dos poderes políticos e a chamada responsabilidade política dos governantes. A responsabilidade penal tem como pressuposto essencial o comportamento delitual dos governantes – criminalidade dos governantes – aferido segundo os princípios do direito e do processo penal, mas tendo em conta a incidência deste comportamento no exercício dos poderes públicos. A responsabilidade política é um mecanismo jurídico-constitucional que incide sobre o desvalor jurídico e político-constitucional dos actos dos titulares do poder político”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ob. cit. p. 554/555).

³⁰³ Idem. p. 555.

³⁰⁴ LINARES QUINTANA, Segundo V. ob. cit. p. 702.

Apenas para permanecer com os exemplos trabalhados na segunda parte do trabalho, pode-se verificar que a Constituição retirou da esfera de competência do Poder Judiciário o julgamento do processo de *impeachment* do Presidente da República, assim como os processos envolvendo o decoro parlamentar. Atribuindo tal competência para as casas do Congresso Nacional; e por que assim procedeu? Por que o impedimento do presidente da República e a quebra de decoro pelos membros do Congresso Nacional ensejam a sua responsabilidade política, sujeitando-os a sanções políticas. Justamente por isso não pode o Poder Judiciário intervir ou revisar as decisões proferidas pelos órgãos constitucionalmente investidos de tais competências. É claro que os fatos que autorizam a decretação do *impeachment* ou a cassação de parlamentares podem, eventualmente, dar ensejo à responsabilidade civil e penal dos envolvidos, mas reside aí e apenas aí, o campo das atribuições do Poder Judiciário.

Convém registrar, neste sentido, por extremamente oportuna, a crítica de Karl Loewenstein a esse fenômeno que denomina “judiciocracia”:

Estos nuevos intentos de solucionar los conflictos políticos a través de una instancia judicial encierran considerables peligros, tanto para la judicatura como para el proceso gubernamental. Los defensores del arbitrio judicial entre los diferentes detentadores del poder hacen patente que, en un Estado de derecho, todas las acciones políticas de cualquier detentador del poder tienen que estar de acuerdo con las disposiciones constitucionales y que es una tarea legítima del Tribunal Constitucional Supremo determinar la extensión de las normas constitucionales e interpretar su contenido. Esta tesis es irrefutable. Pero, contra eso, sí se puede oponer que la intervención de los tribunales puede conducir a borrar las fronteras entre la administración de justicia y la política. Los detentadores, políticamente responsables – gobierno e parlamento – están expuestos a la tentación de llevar ante el tribunal un conflicto político. Los jueces, por su parte, están obligados a sustituir las decisiones de los responsables detentadores del poder por sus juicios políticos, camuflados en forma de sentencia judicial. Instalar un tribunal como árbitro supremo del proceso del poder – y éste es el núcleo de la “judicialización de la política” - transformaría, en último término, el sistema gubernamental en un dominio de los jueces o en una “judiciocracia”.

(...) Si se otorga el derecho a los tribunales de frustrar una decisión política del gobierno y del parlamento, amenaza el peligro de que, bien la decisión del tribunal no sea respetada – con perjuicio para el Estado de derecho – o bien que la decisión política del gobierno sea sustituida por un acto judicial que, aunque revestido jurídico-constitucionalmente, no es, en el fondo, sino un acto político de personas que no tienen ningún mandato democrático para llevar a cabo esta función. En el conflicto entre la idea del Estado de derecho y el derecho y el deber del gobierno a gobernar, ambas partes tendrán que salir perjudicadas. (...) En el proceso del poder, un máximo montaje de controles interórganos no significa siempre un resultado óptimo.³⁰⁵

³⁰⁵ LOEWENSTEIN, Karl. ob. cit. p. 324/325.

A crítica de Loewenstein não poderia ser mais oportuna face às tendências que se instalam na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; afinal, não será desenvolvendo um órgão que centralize o poder de revisar todas as escolhas políticas da sociedade que se estará interditando o “exercício abusivo do poder”;³⁰⁶ pelo contrário, a centralização do poder teve sempre, como conseqüência direta e inafastável, o fortalecimento do arbítrio.

Repetindo a lição da professora Cristina Queiroz, o que se pretende demonstrar é que “numa ordem constitucional livre e democrática o controle jurídico não é tudo. Controles ‘sociais’ e ‘políticos’ também se desenvolvem como desde há muito foi notado”.³⁰⁷ Não se está a pretender, com isso, que o Poder Judiciário seja tolhido de suas funções, mas apenas que a sociedade se desenvolva na tarefa de zelar pelos seus próprios interesses, o que implica em conduzir o Judiciário para uma “renúncia em intervir no domínio da liberdade de conformação política criadora dos órgãos para tal legitimados”.³⁰⁸

O presente tópico, assim, permite as seguintes conclusões:

a) Embora a atividade política disponha de amplas margens de discricionariedade e esteja submetida apenas aos fins do Estado e aos princípios gerais que regem a Administração Pública – os quais não lhe oferecem mais do que “pontos de referência dirigentes”³⁰⁹ – essa condição não lhe coloca às margens da ordem jurídica, porque “não há atividade do Estado à margem do Direito”.³¹⁰

b) Embora sujeito à ordem jurídica, o ato político não está sujeito à revisão jurisdicional, sempre que a Constituição lhe retirar da alçada do Poder Judiciário, incluindo-o na esfera de atribuições dos demais poderes políticos.

c) Em se tratando de atos políticos, a responsabilidade dos agentes é política.

³⁰⁶ MS n° 20.999, voto do Min. Celso de Mello. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 18 de junho de 2011.

³⁰⁷ QUEIROZ, Cristina. ob. cit. p. 216.

³⁰⁸ Idem. p. 210.

³⁰⁹ HESSE, Konrad. ob. cit. p. 42.

³¹⁰ MIRANDA, Jorge. ob. cit. p. 369.

CONCLUSÕES

O estudo do controle jurisdicional dos atos políticos mostra que “no fundo, o que se discute não é o direito ou a obrigação de julgar, mas algo de mais profundo: a relação entre o juízo normativo e o juízo político, a relação entre o direito e a política”.³¹¹ A dimensão do problema, portanto, transcende os limites do ordenamento jurídico e se insere no âmago das relações políticas e sociais do Estado. Não é por outra razão que deve merecer o trato mais técnico possível, como forma de evitar as arbitrariedades que naturalmente emanam do poder.

No presente trabalho se pretendeu demonstrar que, ao longo dos séculos, a questão dos limites da intervenção jurisdicional sobre a atividade política jamais deixou a pauta dos tribunais ao redor do mundo. Foi lembrado no primeiro capítulo que as primeiras referências sobre o tema remontam à Inglaterra do século XV; depois disso, foi objeto de centenas de decisões judiciais, cujas orientações sempre variaram de acordo com o momento político vivido em cada país onde foi enfrentado, sem jamais ter recebido tratamento definitivo. É de ontem, nesse contexto, a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão que julgou improcedentes reclamações constitucionais propostas por um grupo de renomados professores europeus,³¹² questionando a constitucionalidade da “Lei de Estabilidade Financeira da União Européia” (WfstG) que permitiu vultoso aporte realizado pela Alemanha em favor da Grécia. No acórdão, publicado no último dia 7 de setembro, o *Bunderverfassungsgericht* entendeu que “teria havido uma avaliação parlamentar em relação aos riscos e ao montante das garantias”, razão pela qual “a legislação impugnada, em princípio, não apresenta elementos capazes de permitir uma intervenção do Tribunal Constitucional”.³¹³

³¹¹ QUEIROZ, Cristina M. Os Actos Políticos no Estado de Direito – O problema do controle político do poder. Coimbra: Almedina, 1990. p. 210.

³¹² Os autores das reclamações constitucionais formam um grupo de professores de grande atuação política contra a formação do bloco comum europeu (Zona do Euro). São eles os professores Wilhelm Hankel, Wilhelm Albrecht Schachtschneider, Dieter Spethmann e Joachim Starbatty.

³¹³ Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em 9 de setembro de 2011.

Em que pese a ausência de uma conclusão definitiva, o caminho percorrido nas pautas dos tribunais e nas letras da doutrina forneceu elementos valiosíssimos, cuja síntese se pretendeu expor ao longo do trabalho. Como visto, as noções importadas pelo direito pátrio, oriundas do trato da *political questions doctrine* pela Suprema Corte dos Estados Unidos, permitiram que, entre nós, fosse possível distinguir aquelas questões que tocam nos direitos individuais, daquelas outras que dizem respeito aos interesses da nação, para incluir a apreciação daquelas na esfera das atribuições do Poder Judiciário e excluir o exame destas. Se mostrou, ainda, que os critérios desenvolvidos no julgamento de *Baker Vs. Carr* oferecem importantes parâmetros para solucionar a questão de forma mais previsível e objetiva.

Embora todas as diferenças existentes em relação ao modelo de jurisdição francês, o estudo da jurisprudência do Conselho de Estado e do Conselho Constitucional é altamente revelador, no sentido de que, quanto mais vagos e indeterminados forem os critérios adotados para distinguir as questões que estão ao alcance da revisão judicial, maiores serão os riscos de decisões arbitrárias. Com isso, fica claro que a segurança dos jurisdicionados depende de uma prévia e clara conceituação dos *actes de gouvernement*.

Foi esse caminho percorrido nos Estados Unidos e na França que, somados à genialidade de autores como Rui Barbosa e Pontes de Miranda, permitiu que, entre nós, o tema recebesse imensas contribuições ao longo de todo o período republicano. Foi a correta leitura da sentença de Marshall, juntamente com o desenvolvimento dos limites do poder discricionário e a correta compreensão de que a exclusão de determinadas questões não se dá *ratione materiae*, mas *ratione muneris*, que permitiu a conclusão, defendida no presente trabalho, que a solução da questão se dá com base em regras de competência. Ou seja, não existem matérias que, previamente, estejam excluídas da alçada do Poder Judiciário, pois sempre será possível submeter determinada questão de conteúdo político à revisão judicial, quando se estiver a questionar a invocação de uma atribuição inexistente ou a extensão de uma atribuição existente.³¹⁴

³¹⁴ Conclusão semelhante é desenvolvida por Antônio Umberto de Souza Júnior: “Certo que, a cada poder foi reservado um espectro de competências e, entre eles, montou-se um esquema de controle (*checks and balances*). Ocorre que a atividade controladora, atualmente confiada, em último grau, em boa parte dos países ocidentais, ao Judiciário, não alcança, não é difícil intuir, todos os atos praticados pelos demais poderes (o poder, para ser poder, conta sempre com uma região de absoluta autonomia – uma coleção de atribuições exclusivas; nos casos do executivo e legislativo, priorizam-se soluções simpáticas a determinada tendência partidária ou ideológica, momentaneamente instalada de modo influente em

O que existe, na verdade, são questões que a Constituição, definindo regras de competências, insere na esfera de atribuições de determinado órgão com funções políticas e, fazendo isso, exclui da alçada do Poder Judiciário o conhecimento do seu mérito, ou seja, a decisão acerca da oportunidade e da conveniência na prática de determinado ato. Ainda assim, por mais evidente que seja o conteúdo político do ato, desde que questionada a existência ou a extensão da competência conferida ao agente, assumirá a questão feições jurídicas, sujeitando-a ao exame do Poder Judiciário. Portanto, a intervenção jurisdicional, no que tange aos atos políticos, “é sobretudo no plano das competências e das formas procedimentais e não no fundo que ela interfere”.³¹⁵ Mesmo porque, não haveria razão para que a Constituição apresentasse um imenso leque de competências para a prática dos mais diversos atos administrativos, se, ao fim e ao cabo, todos estivessem sujeitos à chancela do Poder Judiciário. É preciso compreender, nesse contexto, que a atividade jurisdicional e a atividade política se desenvolvem em planos distintos: enquanto a primeira examina a adequação dos atos políticos com a ordem jurídica, a segunda se presta a exercer as escolhas que conduzirão o Estado aos seus fins. Não se tratam, portanto, de competências concorrentes.

Ainda assim, não há como fugir da constatação de que o tema é inerente às relações que se desenvolvem entre os poderes do Estado e entre estes e a sociedade, de modo que, inevitavelmente, jamais deixará de suscitar controvérsias. É justamente por isso que se torna indispensável questionar a atual tendência dos tribunais pátrios em alargar a esfera das atribuições jurisdicionais, na expectativa de que, assim, seja possível controlar o exercício abusivo do poder. Como bem destaca Waldron, “construímos um retrato idealizado do julgar e o emolduramos junto com o retrato de má fama do legislar”, generalização essa que nem sempre é a mais correta. Desse modo, se torna “preciso repensar nossa situação jurídica e os discursos românticos da virtude e

alguma instância decisória). Em uma primeira tentativa conceitual, pode-se dizer que ao campo de alcance do controle judicial correspondem, para o que interessa ao presente estudo, as *questões jurídicas* (judiciárias, jurisdicionáveis ou, ainda, justiciáveis) e àquele ambiente em que se localizam assuntos impenetráveis pela mão revisora do Judiciário dá-se o nome de *questões políticas*”. (SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto. O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas. São Paulo: Editora Síntese, 2004. p. 65/66)

³¹⁵ A colocação é do professor português Jorge Miranda, em prefácio à referida obra de Antônio Umberto Souza Júnior (Ob. cit. Prefácio).

sensibilidade de nossos decisores, sob pena de com o rótulo de um idílico ‘ativismo judicial’ se implementar uma verdadeira ‘juristocracia’”.³¹⁶

É inegável que o nosso Supremo Tribunal Federal tem se investido de funções supletivas em relação à atividade legislativa. Há casos recentes e rumorosos em que vem proferindo sentenças ditas aditivas, por meio das quais invoca a atribuição de suprir as lacunas deixadas pelo legislador. Foi o que ocorreu, por exemplo, no julgamento dos casos que envolveram as pesquisas com células-tronco³¹⁷ e a demarcação de áreas indígenas na Reserva Raposa Serra do Sol.³¹⁸ Entretanto, como adverte o Ministro Moreira Alves, “essa orientação, hoje, é amplamente predominante (...) o problema é saber se a Constituição outorga esse poder ou se ele foi criado pelo tribunal”.³¹⁹

Ao longo do presente estudo, se pretendeu demonstrar que o alargamento das funções do Judiciário não traz, necessariamente, mais segurança à sociedade, pois, como assentou o Ministro Paulo Brossard, “nenhum Poder tem o monopólio do saber e da virtude”.³²⁰ Sendo assim, não há razão para se alterar a distribuição constitucional de competências, nem defender que toda e qualquer decisão tomada pelos órgãos políticos esteja sujeita à aprovação do Poder Judiciário. É a Constituição que define as competências institucionais e delimita as esferas de atribuições, de modo que, na seclaração de Pimenta Bueno, “é essencial que seja respeitada, e fielmente observada, que cada poder efectivamente se contenha em sua órbita, que reciprocamente zelem de suas atribuições, não tolerando a invasão e o despojo de sua competência constitucional”.³²¹

São estes os motivos que estão a indicar que a solução que se tem buscado para controlar o exercício do poder, por meio de ações judiciais, talvez não seja a mais adequada. A História mostra que concentrar todas as principais decisões do Estado em um único órgão não é a melhor forma de combater o arbítrio, mas de incentivá-lo.

³¹⁶ WALDRON, Jeremy. A dignidade da legislação. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 2.

³¹⁷ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, Relator Ministro Ayres Britto, Diário da Justiça de 28 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 5 de outubro de 2011.

³¹⁸ Petição 3.388-4/RR, Relator Ministro Marco Aurélio, Diário da Justiça de 1º de julho de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 5 de outubro de 2011.

³¹⁹ Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em 24 de agosto de 2011.

³²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ob. cit. p. 157.

³²¹ PIMENTA BUENO, José Antônio. ob. cit. p. 33.

É neste contexto que se deve compreender que a concepção atual do Estado Democrático de Direito exige o desenvolvimento de meios que permitam à sociedade definir seus próprios rumos e controlar a ação estatal através de mecanismos políticos e sociais que não passam, necessariamente, pela intervenção do Poder Judiciário. Afinal, “es hostil a un sistema democrático involucrar al poder judicial en la política del pueblo”, mas, ao mesmo tempo, “no es menos pernicioso que esa intervención judicial en una disputa esencialmente política se revista con las abstractas expresiones de la ley”, como sentenciou o *Justice Frankfurter* da Suprema Corte dos Estados Unidos, em seu voto divergente no caso *Baker vs. Carr*.³²² Entretanto, o desenvolvimento desses mecanismos de controles sociais e políticos dependerá sempre da confiança que se outorgue às decisões políticas alcançadas pela sociedade e seus representantes, ao invés de sujeitá-las, sempre, à revisão do Poder Judiciário.

É preciso compreender, portanto, que o modelo atual de Estado Democrático de Direito, definido pela Constituição de 1988, é mais do que um simples Estado de Direito; como sustenta Canotilho, é um “Estado Constitucional”, em que não se autoriza a intervenção do Poder Judiciário sobre toda a atividade política e democrática, porque nele é a adequação à ordem jurídica que legitima a atividade política, mas é também a adequação às opções políticas e democráticas que legitima as decisões judiciais.³²³

³²² SCHWARTZ, Bernard. ob. cit. p. 581/582.

³²³ Nesse sentido: “O Estado Constitucional é ‘mais’ do que Estado de direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para ‘travar’ o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de *legitimação* do mesmo poder (*to legitimize State power*). Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; (2) outra é a da *legitimidade* de *uma ordem de domínio* e da *legitimação do exercício do poder político*. (...) Só o princípio da *soberania popular* segundo o qual ‘todo poder emana do povo’ assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular, concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de ‘charneira’ entre o ‘Estado de direito’ e o ‘Estado democrático’ possibilitando a compreensão da moderna fórmula *Estado de direito democrático*. Alguns autores avançam mesmo a idéia de democracia como valor (e não apenas como processo), irrevisivelmente estruturante de uma ordem constitucional democrática”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ob. cit. p. 100).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, António. Political Question Doctrine. Sub Judice: Justiça e Sociedade n° 12. Coimbra: Almedina, 1998.

BARBOSA, Rui. A Constituição e os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlântida Editora, s.d.

_____. *O direito do Amazonas ao Acre Setentrional*. Vol. I. Rio de Janeiro: Eyp. do Jornal do Comércio de Rodrigues & Cia., 1910.

_____. Comentários à Constituição Federal. Coligidos e ordenados por Homero Pires. Vol. III. São Paulo: Saraiva & Cia, 1933.

_____. A lição dos Dois Acórdãos. In: Obras Completas de Rui Barbosa. Vol. XXV. Tomo IV. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948.

_____. O acórdão de 27 de abril. In: Obras Completas de Rui Barbosa. Vol. XIX. Tomo III. Rio de Janeiro: Ministério da Educação, 1956.

_____. O estado de sítio, sua natureza, seus efeitos, seus limites. In: Obras Completas de Rui Barbosa. Vol. XIX. Tomo III. Rio de Janeiro: Ministério da Educação, 1956.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. Direito constitucional e a efetividades de suas normas. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo. 4. ed. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1957.

BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. Escritos sobre derechos fundamentales. Baden Baden: Nomos, 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Impeachment: Jurisprudência. Brasília: Imprensa Nacional, 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 3.557. Impetrante: João Café Filho. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados e Presidente do Senado Federal. Relator: Ministro Hahnemann Guimarães. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 18 de junho de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 20.999. Impetrante: Nilson Trinkel. Impetrado: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 18 de junho de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 25.579-0/DF. Impetrante: José Dirceu de Oliveira e Silva. Impetrado: Mesa Diretora da Câmara dos Deputados e Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados. Relator para o acórdão: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 18 de junho de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.831-9/DF. Impetrante: Pedro Jorge Simon e outro. Impetrado: Presidente do Senado Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 18 de junho de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 75.421, Relator Ministro Oswaldo Trigueiro, Diário da Justiça de 17 de dezembro de 1974. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10 de janeiro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 162, Relator Ministro Moreira Alves, Diário da Justiça de 19 de setembro de 1997. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10 de janeiro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 525, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça de 24 de abril de 2004. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10 de janeiro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pedido de Extradicação nº 1.085, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Cezar Peluso, Diário da Justiça de 16 de abril de 2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10 de janeiro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, Relator Ministro Celso de Mello, decisão monocrática, Diário da Justiça de 4 de maio de 2004. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10 de janeiro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 367.432/PR, Relator Ministro Eros Grau, Diário da Justiça de 14 de maio de 2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10 de janeiro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 559.646/PR, Relatora Ministra Ellen Gracie, Diário da Justiça de 24 de junho de 2011. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10 de janeiro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 639.337/SP, Relator Ministro Celso de Mello, Diário da Justiça de 15 de setembro de 2011. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10 de janeiro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar nº 47-AgR/PE, Relator Ministro Gilmar Mendes, Diário da Justiça de 30 de abril de 2011. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10 de janeiro de 2012.

BROSSARD, Paulo. O Impeachment. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. Volume I. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Vol. II. São Paulo: Freitas Bastos S/A, 1956.

_____. *Direito Administrativo*. Vol. I. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1958.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. A “questão política” nas medidas provisórias: um estudo de caso. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro, 2002.

COSTA, Flávio Dino de Castro. A função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil. Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Distrito Federal nº 28. Disponível em: www.cjf.jus.br/revista/numero_28/artigo04.pdf. Acesso em 15 de janeiro de 2011.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DUEZ, Paul. Les Actes du Gouvernement. Paris: Dalloz Sirey, 1935.

DUGUIT, León. Traité de Droit Constitutionnel. 3. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontmoing, 1927.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. 7. ed. Madrid: Civitas, 1996.

FAGUNDES, M. Seabra. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

_____. As funções políticas do Supremo Tribunal Federal. In: Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal. Brasília: UNB, 1982.

FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis Carro y. La Doctrina del Acto Político (Especial referencia al Derecho italiano). Instituto de Estudios Políticos de Madrid, Madrid: maio/agosto de 1967

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do Processo Legislativo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. Curso de Direito Constitucional Brasileiro. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas. In: HORBACH, Carlos Bastide; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do; LEAL, Roger Stiefelmann (coord.). Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

HAGE, Jorge. Omissão inconstitucional e direito subjetivo. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

HAMILTON, Alexander. O Federalista - Hamilton, Madison e Jay. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

HAURIOU, André. Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Trad. José Antonio Gonzáles Casanova. Barcelona: Editora Ariel, 1971.

HENKIN, Louis. Is There a “Political Question” Doctrine? Yale Law Journal. Vol. 85.

HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1998.

_____. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HOLMES, Stephen e SUSTEIN, Cass R. The Cost of Rights. Norton: New York, 1999.

HORBACH, Carlos Bastide. Controle Judicial da Atividade Política – As questões políticas e os atos de governo. Revista de Informação Legislativa. Abril/Junho, nº 182, ano 46. Brasília: Senado Federal, 2009.

JELLINEK, Georg. Teoria General del Estado. 2. ed. Cidade do México: Companhia Editorial Continental S/A, 1958.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Estado. Tradução: Fernando Miranda. São Paulo: Saraiva & Cia, 1938

LABOULAYE, Edouard. Do Poder Judiciário. In: O Poder Judiciário e a Constituição. Coleção AJURIS nº 4. Porto Alegre: Empresa Gráfica Metrôpole S/A, 1977.

LAMARÃO, Sérgio. O Governo de Juscelino Kubitschek. Disponível em <http://cpdoc.fgv.br>. Acesso em 13 de junho de 2011.

LEAL, Victor Nunes. Poder discricionário e ação arbitrária da administração. In: Problemas de Direito Público e outros problemas/Victor Nunes Leal. Volume I. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

_____. Atos discricionários e funções quase-judiciais da Administração. In: Problemas de Direito Público e Outros Problemas. Vol. 1. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

LESSA, Pedro. Do Poder Judiciário. Brasília: Senado Federal, 2003.

LINARES QUINTANA, Segundo V. Tratado de Interpretación Constitucional. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

LOEWENSTEIN, Karl. La Función Política del Tribunal Supremo de los Estados Unidos: Comentario en torno al caso Baker vs. Carr. Revista de Estudios Políticos. Número n° 133, Madrid, 1964.

_____. Teoría de la Constitución. Barcelona: Ariel, 1983.

MARSHALL, John. Decisões Constitucionais de Marshall. Trad. Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários à Constituição Federal de 10 de novembro de 1937. Tomo III. São Paulo: Irmãos Pongetti Editores, 1938.

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D., YOUNG, J. Nelson. Constitutional Law. St. Paul: West Publishing Co., 1978; NAVOT, Suzie. Political questions in the Court: Is “Justicial self-restraint” a better alternative than a “non justiciable” approach? Disponível em: <http://ssrn.com>. Acesso em 11 de maio de 2011.

NUNES, Castro. Teoria e Prática do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Apreciação Judicial de Questão Política. In: Revista Forense. Vol. CXXXI. Ano XLVII. Fascículo n° 567. Rio de Janeiro. Setembro de 1950.

PIMENTA BUENO, José Antônio. Direito Público e Análise da Constituição do Império. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve C., 1857.

QUEIROZ, Cristina M. Os Actos Políticos no Estado de Direito – O problema do controle político do poder. Coimbra: Almedina, 1990.

RODRIGUES, Lêda Boechat. A Corte Warren (1953-1969): revolução constitucional. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S/A, 1991.

_____. História do Supremo Tribunal Federal. Vol. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

_____. História do Supremo Tribunal Federal. Vol. 1. Tomo IV. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

_____. A Suprema Corte dos Estados Unidos e sua Contribuição ao Direito Constitucional Brasileiro. In: O Poder Judiciário e a Constituição. Coleção AJURIS nº 4. Porto Alegre: Empresa Gráfica Metrópole S/A, 1977.

SAGARBOSSA, Luís Fernando. Crítica à teoria dos custos dos direitos: Reserva do possível. Porto Alegre: Fabris, 2010.

SCHWARTZ, Bernard. A Comentary on the Constitution of the United States. The Powers of Government. Vol I. New York: The Macmillan Company, 1963.

SILVEIRA, Alípio. A Suprema Corte na Remodelagem da Democracia Americana. In: O Poder Judiciário e a Constituição. Coleção AJURIS nº 4. Porto Alegre: Empresa Gráfica Metrópole S/A, 1977.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional. Lisboa: Editora Gráfica Portuguesa Ltda., 1988.

SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de. O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas. São Paulo: Editora Síntese, 2004.

TÁCITO, Caio. Direito Administrativo. São Paulo: Editora Saraiva, 1975.

TAMER, Sérgio Victor. *Atos Políticos e Direitos Sociais nas Democracias*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

TEIXEIRA, José Elaeres Marques. *A Doutrina das Questões Políticas no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

TRIGUEIRO, Oswaldo. *O Supremo Tribunal Federal no Império e na República*. In: *Coleção Temas Brasileiros*. Brasília: UNB, 1982.

WILLOUGHBY, Westel Woodbury. *The Constitutional Law of the United States*. 2. ed. New York: Baker, Voorhis and Company, 1929.

VANOSI, Jorge Reinaldo. *Teoría Constitucional*. Vol. 2. Buenos Aires: Depalma, 1976.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

VILANOVA, Lourival. *A dimensão política nas funções do Supremo Tribunal Federal*. *Revista de Direito Público*. Revista dos Tribunais. Ano XIV. Janeiro/Junho, 1981.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y Constitución*. Madrid: Editorial Trotta S/A, 2011.