

# Controle judicial da atividade política

## As questões políticas e os atos de governo

Carlos Bastide Horbach

### Sumário

1. Introdução. 2. As *political questions* no Direito norte-americano. 3. Os *actes de gouvernement* franceses. 4. Questões políticas e atos de governo no Direito brasileiro. 5. Conclusão.

### 1. Introdução

As relações entre o direito e a política constituem tema dos mais clássicos do Direito Constitucional. As forças que se antagonizam na arena política é que propiciam, quando do consenso, a formação das normas jurídicas, num movimento há muito analisado pela doutrina e plasticamente sintetizado numa conhecida imagem de Tobias Barreto (2001, p. 94-95), exposta aos doutorandos da Faculdade de Direito do Recife em 1883:

*“Serpe nisi serpentem comederit, non fit draco: – a serpe que não devora a serpe, não se faz dragão; a força que não vence a força, não se faz direito; o direito é a força, que matou a própria força...”*

Assim como, de todos os modos possíveis de abreviar o caminho entre dois pontos, a linha reta é o melhor; assim como, de todos os modos imagináveis de um corpo girar em torno de outro corpo, o círculo é o mais regular; – assim também, de todos os modos possíveis de coexistência humana, o direito é o melhor modo.

Carlos Bastide Horbach é Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito do Estado e Teoria do Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor dos cursos de Graduação e Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília e Advogado.

Tal é a concepção que está de acordo com a concepção monística do mundo. Perante a consciência moderna, o direito é um *modus vivendi*; – é a pacificação do antagonismo das forças sociais, da mesma forma que, perante o telescópio moderno, os sistemas planetários são tratados de paz entre as estrelas”.

Se o Direito é a força que venceu a força, é a pacificação dos antagonismos sociais, e, na atualidade, resta consagrada – pelo menos no Ocidente – a fórmula do Estado de Direito, não se pode compreender que a atividade política – *locus* próprio de manifestação dos antagonismos sociais – fique fora da tutela jurídica, permaneça como a serpe que não se tornou dragão.

Essa conclusão bastante singela, contudo, não encerra uma afirmação estreme de contestações.

Isso porque, juntamente com o desenvolvimento do direito público moderno, desenvolveram-se, em diferentes tradições jurídicas, teorias que pretendem tornar determinadas áreas da atuação política estatal infensas à tutela normativa, retirando-as do âmbito de conhecimento das instâncias jurisdicionais.

O presente estudo tem como objeto duas dessas teorias, que produziram importantes reflexos no Direito brasileiro, uma norte-americana e outra francesa. A seguir, portanto, serão examinadas – em breves linhas – as *political questions* e os *actes de gouvernement*, para que se possa, na sequência, aferir a importância que têm tais noções hoje na jurisprudência brasileira.

## 2. As *political questions* no Direito norte-americano

O reconhecimento da existência de questões políticas alheias à tutela jurisdicional é tradicional no direito anglo-saxônico. Afirma Bernard Schwartz (1963, p. 462) que o desenvolvimento de tal noção se inicia em 1460, quando um tribunal inglês se recusou a conhecer de um pedido do Duque

de York, que pretendia ver juridicamente assegurado seu direito à sucessão. Desde então os tribunais anglo-americanos têm recusado o exercício da jurisdição em casos nos quais a intervenção judicial é considerada como inapropriada.

Assim, a construção da teoria evoluiu, atingindo seu auge de maturação com a jurisprudência da Suprema Corte americana e com a produção da doutrina constitucionalista dos Estados Unidos no século XIX. É exatamente por essa perspectiva – amplamente estudada pelos primeiros publicistas da República – que as questões políticas chegaram ao Direito brasileiro.

Story (1873, p. 266), em seus *Commentaries*, ensinava que, “em medidas exclusivamente de natureza política, legislativas ou executivas, é pacífico que, como a autoridade suprema a respeito delas pertence ao poder executivo e ao legislativo, não podem ser reexaminadas por outra instância”.

Pomeroy (1888, p. 624-625) delimitava o problema a partir do decidido pela Suprema Corte americana no caso *State of Georgia v. Stanton*, em meados do século XIX: “o mérito de uma controvérsia é político e alheio ao domínio do Judiciário somente quando envolve a existência *de jure* de um governo, ou a legalidade de algum ato ou procedimento puramente governamental”.

Essas opiniões doutrinárias, por sua vez, refletiam uma orientação jurisprudencial da Suprema Corte americana, que pode ser verificada desde logo no famoso caso *Marbury v. Madison*, de 1803. Nesse acórdão, Marshall (1997, p. 18) fez constar que

“o tribunal só tem competência para decidir acerca de direitos individuais; jamais para examinar como o Executivo ou os funcionários executivos desempenham seus deveres em tudo a que se aplica a faculdade discricionária. Questões por sua natureza política, ou submetidas ao nudo do Executivo pela Constituição e pelas leis, nunca poderão ser ventiladas neste Tribunal”.

Marshall, nesse precedente, elaborou uma distinção entre casos em que o Presidente e seus agentes exercem poderes puramente políticos e aqueles nos quais exercem deveres específicos cometidos pelo direito. Somente neste último caso, o agente público é juridicamente responsável por sua conduta. Fora isso, a responsabilidade se dá perante o país e a própria consciência. (SCHWARTZ, 1963, p. 463)

Tal compreensão da função da Suprema Corte foi mantida com maior ou menor intensidade ao longo dos anos, o que gerou – apesar da análise de Tocqueville, segundo a qual as questões políticas na América invariavelmente tornavam-se questões judiciais – poucas interferências da justiça na política ao longo do século XIX. (GRABER, 2004, p. 486)

Entretanto, no início da fixação das políticas do *new deal*, nos anos 1930, o Tribunal adentrou na apreciação de vários projetos de governo que, ordinariamente, ficariam fora de sua competência tradicional, num movimento que somente teve fim no confronto mais direto com o Executivo.

Já em 1962, a Suprema Corte americana fixou os contornos da sindicabilidade das questões políticas, no famoso caso *Baker v. Carr*, que dizia respeito à organização dos distritos eleitorais do Tennessee, inalterados desde o início do século XX, em flagrante falseamento da realidade demográfica das diferentes regiões do estado e de sua representação. Na redação da decisão da maioria, o *Justice* Brennan delineou a moderna jurisprudência das questões políticas:

“Evidente na superfície de qualquer caso envolvendo uma questão política encontra-se uma atribuição constitucional, textualmente demonstrável, da matéria a um departamento político; ou a falta de padrões passíveis de serem descobertos ou aplicados judicialmente para resolvê-la; ou a impossibilidade de se decidir sem antes determinar a existência de uma

política claramente excluída da decisão judicial; ou a impossibilidade de os tribunais decidirem independentemente sem demonstrar uma violação do respeito devido aos demais poderes coordenados; ou uma necessidade incomum de adesão inquestionável a uma decisão política já tomada; ou a potencialidade do embaraço de múltiplos pronunciamentos de vários departamentos sobre uma única questão”.<sup>1</sup>

Cuida-se, evidentemente, de uma tentativa de sistematizar o *self-restraint* exercido pela Corte, retirando dele um viés arbitrário, ainda que as fórmulas de Brennan sejam, também, por demais elásticas.

*Baker v. Carr* estabeleceu que é o relacionamento entre o Judiciário e os coordenados ramos do governo federal o que gera uma questão política, que se vincula, portanto, à separação de poderes. “A ausência de controle judicial das questões políticas é antes de tudo uma decorrência da separação de poderes”. (SCHWARTZ, 1963, p. 463)

O importante a ser registrado é que ainda hoje as balizas fincadas em 1962 continuam a orientar a jurisprudência norte-americana. Recentemente, em 2006, a Corte de Apelação para o Circuito do Distrito de Columbia não conheceu de pedido formulado por habitantes das Ilhas Chagos, no Oceano Índico, retirados de seu local tradicional de moradia por força da construção de uma base militar americana. Entendeu-se que a

<sup>1</sup> “Prominent in 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 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 of unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question.”

discussão envolvia a segurança nacional e as relações internacionais, questões políticas não passíveis de apreciação judicial, nos moldes de *Baker v. Carr*.<sup>2</sup>

### 3. Os actes de gouvernement *franceses*

A definição moderna da teoria dos atos de governo no Direito francês se deu com o famoso *arrêt Prince Napoléon*, julgado pelo Conselho de Estado em fevereiro de 1875.

O Príncipe Napoleão José Bonaparte recebeu do primo, o Imperador Napoleão III, o título de General de Divisão do Exército francês em 1853. Entretanto, no primeiro Anuário Militar editado após a queda do Império, em 1873, seu nome foi retirado da lista dos generais, o que ensejou um pedido administrativo de reinclusão ao Ministro da Guerra. Este, declarando ter sido irregular a investidura do Príncipe – baseada “nas condições particulares de um regime hoje desaparecido” –, negou-se a alterar o anuário, dando causa à interposição de um recurso por excesso de poder perante o Conselho de Estado.

As informações do Ministro da Guerra ao Conselho de Estado sustentaram a impossibilidade de conhecimento do recurso, uma vez que a exclusão do Príncipe da lista de generais se dera por razões de política governamental, o que lhe tornava infenso à jurisdição administrativa – na linha de dois precedentes do próprio Conselho, o *arrêt Laffitte*, de 1822, e o *arrêt Duc d’Aumale*, de 1867.<sup>3</sup>

As conclusões do Comissário de Governo David – o mesmo que atuou em outros precedentes relevantes, como o *arrêt Blanco* e o *arrêt Pelletier*, ambos de 1873 – não acatarem, porém, essa tese, fixando assim limites para a teoria dos atos de governo.

<sup>2</sup> *Bancoult v. McNamara. International law update*, v. 12, junho de 2006, p. 113-114.

<sup>3</sup> Nesses julgados, o Conselho de Estado deixou de conhecer das demandas com base na teoria do móvel político, ou seja, se a razão ensejadora da edição do ato estatal era de natureza política, governamental, não poderia ser revista pela jurisdição administrativa.

Para ele, ainda que os atos ditos de governo encerrassem uma discricionariedade que não era sindicável pelo Conselho de Estado, a esfera dessa discricionariedade não poderia ser entendida arbitrariamente pelos governos, mas estaria sim naturalmente delimitada pelas leis e pelo ordenamento constitucional. Não bastaria, pois, o conteúdo político, a forma de deliberação em Gabinete ou a satisfação de um interesse público para o ato estar livre do controle jurisdicional.

Esse *arrêt Prince Napoléon* não representa, assim, o nascimento da noção de atos de governo, mas a sua moderna conformação aos contornos do ordenamento jurídico, aumentando significativamente a extensão do controle exercido pelo Conselho de Estado. Tanto é assim que “a lista dos atos de governo, hoje, não compreende mais do que duas séries de medidas: os atos concernentes às relações do Executivo com o Parlamento e aqueles que se ligam diretamente às relações da França com as potências estrangeiras ou os organismos internacionais”. (LONG et al, 2005, p. 19)

Certamente, no que importa para a presente análise, as relações entre Executivo e Parlamento são mais relevantes. Entretanto, não se pode deixar de mencionar – ainda que superficialmente – as matérias de política internacional. Jean Rivero sintetiza tais questões nos seguintes pontos: a) negociação e conclusão de tratados; b) atos relativos à aplicação de tratados pelo Executivo;<sup>4</sup> c) atos de política internacional estranhos aos tratados, como a proteção dos franceses no estrangeiro pelas autoridades

<sup>4</sup> Sobre esses dois primeiros tipos de atos, importante anotar que o Conselho de Estado reconhece a possibilidade de controlar os efeitos danosos deles advindos, como decidido no *arrêt Compagnie générale d’énergie radio-électrique*, de 1966. Com essa decisão, o juiz administrativo, sem poder para se pronunciar sobre a regularidade de certas medidas concernentes às relações internacionais, abre a possibilidade de fixar uma indenização por suas consequências danosas com base no princípio da igualdade perante os encargos públicos. Cf. LONG, 2005, p. 579.

diplomáticas; e *d*) atos de guerra (RIVERO, 1981, p. 185-186).

Nas relações entre Executivo e Parlamento, o Conselho de Estado se recusa a apreciar os seguintes tipos de atos: *a*) decisões do Executivo no âmbito de sua participação no processo legislativo, como na promulgação de uma lei (*arrêt Desreumeaux*, de 1933) ou a recusa de invocar urgência na apreciação, pelo Conselho Constitucional, de uma lei orgânica (*arrêt Meyet et Bouget*, de 2002); *b*) decisões do Presidente da República que afetam as relações entre poderes ou o exercício da função legislativa, como a dissolução da Assembleia Nacional (*arrêt Allain*, de 1989) ou a nomeação de um membro do Conselho Constitucional (*arrêt Mme. Ba*, de 1999); *c*) decisões do Governo preparatórias de decisões do Parlamento, que tem, assim, poder de revê-las, exercendo por si só o controle (*arrêt Georger et Tervassigamany*, de 1958). (LONG, 2005, p. 19-20)

Ainda que a jurisprudência trabalhe com essa noção, é importante que ela o faz muitas vezes implicitamente, sem fazer referência expressa à teoria dos atos de governo, que acaba por ser o fundamento mediato da não-apreciação de determinada demanda. Por outro lado, para muitos autores, é possível chegar às mesmas consequências da teoria em questão sem apelar para uma construção tão vaga. Nesse sentido, Jean Rivero (1981, p. 186):

“Uma grande parte da doutrina, sem contestar as soluções precedentes, julga possível explicar a inaceitabilidade dos recursos interpostos contra os actos em questão sem fazer apelo à noção de acto de governo (que os arestos, como vimos, raramente mencionam), pela simples aplicação dos princípios gerais que regem a competência do juiz administrativo. Nesta perspectiva, a imunidade dos actos praticados na relação do Governo com o Parlamento e à sua actividade (...). A teoria dos actos de governo seria pois absorvida na regra geral se-

gundo a qual o juiz administrativo só é competente para o que diz respeito à acção propriamente administrativa dos órgãos públicos”.

É, ainda, interessante registrar que, modernamente, os espaços de imunidade que eram deixados pelo Conselho de Estado vêm sendo preenchidos em França por outra jurisdição, a do Conselho Constitucional, o que acarreta um aumento ainda maior da sindicabilidade dos atos de governo. Ou seja, muitos atos que não eram apreciados pelo Conselho de Estado passaram a ser objeto de controle do Conselho Constitucional, num gradual processo de alargamento de suas competências.

Assim, por exemplo, enquanto o Conselho de Estado se nega a apreciar o decreto presidencial que submete um projeto de lei a referendo, por considerá-lo ato de governo (*arrêt Brocas*, de 1962), o Conselho Constitucional afirma sua competência para conhecer da matéria (*arrêt Hauchemaille*, de 2000). (LONG et al, 2006, p. 26)

Trata-se, de fato, da relativização significativamente benéfica de uma noção que se apresenta, segundo a doutrina francesa, cada vez mais, como contrastante com o desenvolvimento geral do Estado de Direito e que “oferece às tentações de arbítrio uma protecção capaz de encorajá-las”. (RIVERO, 1981, p. 187)

#### 4. Questões políticas e atos de governo no Direito brasileiro

Tendo em vista a ampla importação de modelos constitucionais norte-americanos pela nascente República brasileira, natural a incorporação de conceitos como o das questões políticas pelo direito público nacional.

Essa incorporação, aliás, foi até mesmo determinada pelas normas do Governo Provisório que adaptaram o ordenamento imperial ao novo regime republicano e à forma federativa de Estado. Nesse sentido, o Decreto nº 510, de 1890, que determinava

a aplicação, pelos tribunais brasileiros, da doutrina e da jurisprudência das “nações civilizadas”, em especial as dos Estados Unidos.

Natural, assim, que fossem os referenciais norte-americanos utilizados pelos constitucionalistas brasileiros para a compreensão da nova ordem. Pedro Lessa (2003, p. 1), por exemplo, no prefácio de seu *Do poder judiciário*, de 1915, expressamente afirma:

“E como a doutrina conta entre nós com um número quase nulo de expositores, e a jurisprudência, incipiente e vacilante, pouco subsídio, ou amparo, pode prestar, forçoso me foi recorrer aos comentaristas e julgados do país cujas instituições políticas serviram de modelo às nossas, os Estados Unidos da América do Norte”.

Nessa quadra, são comuns as referências de autores como Ruy Barbosa, João Barbalho, Carlos Maximiliano e o próprio Pedro Lessa, entre outros, às questões políticas, tomando como base as conclusões de Story, Cooley, Pomeroy, Marshall ou Bryce.

Ruy Barbosa, citando como exemplos de questões políticas o exercício da sanção e do veto, a declaração de guerra, o reconhecimento de um estado de insurreição, sustentava que

“todas elas têm por objeto a *apreciação de conveniências*, transitórias ou permanentes, mas sempre de natureza geral. São consideradas de *interesse comum*, de *utilidade pública*, de *necessidade ou vantagem nacional*, requerendo uma autoridade mais ou menos arbitrária, subordinada a competência dos que a exercem aos freios da opinião popular e da moral social, mas autônoma numa vasta órbita de ação, dentro da qual a discricção do legislador e do administrador se move livremente. Eis o terreno *meramente político*, defeso como tal à ingerência dos tribunais”. (LESSA, 2003, p. 62-63)

João Barbalho (2002, p. 224), por sua vez, asseverava que a apreciação das questões políticas pelos tribunais “seria verdadeira invasão em alheia esfera de poderes e subordinação de todos ao Judiciário”.

Carlos Maximiliano (2005, p. 599), citando Goodnow, ensinava que se consideram

“políticos aqueles atos, de aplicação geral ou especial, feitos pela administração no cumprimento de suas funções políticas, como sejam a conduta das relações diplomáticas do país, a elaboração de tratados, o comando e a disposição das forças militares, assim como o manejo das relações do Executivo com a legislatura. *Sobre esses atos não têm os tribunais nenhum poder de ‘controle’*. O princípio adotado, da responsabilidade perante o povo, será, segundo se acredita, suficiente para assegurar a prática imparcial e prudente destes atos políticos”.

Mais adiante, ainda advertia que, “usurpando a competência dos poderes políticos, expõem-se os juizes a não ver cumprido o seu *verdictum*, conforme sucedeu várias vezes no Brasil e nos Estados Unidos com aplauso dos publicistas”. (Idem, p. 601)

Exemplo da situação descrita por Carlos Maximiliano é o descumprimento, pelo Marechal Hermes da Fonseca, do decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº 2.990, de relatoria do Ministro Pedro Lessa, ocorrido em 25 de janeiro de 1911. Tratava-se do caso dos membros do Conselho Municipal do Distrito Federal, que tiveram sua permanência nos cargos assegurada pelo tribunal contra decreto do Presidente da República, o qual dissolvera a legislatura distrital. Entretanto, recusando-se o Chefe do Executivo a cumprir a ordem concedida pelo STF, limitaram-se os Ministros a protestar, sem consequências práticas. (HORBACH, 2007, p. 83 e ss.)

Entretanto, para Ruy Barbosa, as questões políticas têm limites claros, fixados no próprio texto constitucional. “A violação

de garantias constitucionais, perpetrada à sombra de funções políticas, não é imune à ação dos tribunais. A estes compete sempre verificar se a atribuição política, invocada pelo excepcionante, abrange nos seus limites a faculdade exercida". (LESSA, 2003, p. 65)

Sintetizando todos os entendimentos acima apresentados, Pedro Lessa (2003, p. 65-66):

"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 essa 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 a 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 tantos outros 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".

Ou seja, questões políticas há que, por força do próprio ordenamento jurídico, ficam fora da competência dos tribunais, exclusão esta que cessa com a violação dos limites normativos de atuação do poder

público. A violação da Constituição, pois, sempre abriria as portas da tutela jurisdicional a qualquer questão, por mais política que fosse.

Esse entendimento é, desde muito cedo, incorporado à jurisprudência do Supremo, como se pode depreender da ementa do acórdão de 23 de maio de 1914: "O Supremo Tribunal Federal conhece de questões que não são meramente políticas, o que, aliás, é um dos rudimentos do sistema. Desde que uma questão está subordinada a textos expressos na Constituição, deixa de ser questão exclusivamente política".

Porém, essa posição doutrinária e jurisprudencial que se forma sob a égide da Constituição de 1891 não se projetou plenamente nos ordenamentos de 1934 e de 1937, por força, respectivamente, de seus artigos 68 e 94. Esses dispositivos expressamente determinavam que era "vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas".

Seabra Fagundes (1957, p. 182), escrevendo já sob o texto de 1946, defendia que a impossibilidade de apreciação das questões políticas - apesar de não se ter mais no direito constitucional vigente normas como as acima mencionadas - decorria da índole do regime e de imperativos de seu funcionamento. Aos poderes Legislativo e Executivo, a Constituição de 1946 delegara atribuições de cunho estritamente político, que, pela sua natureza específica, seriam incompatíveis com a interferência do Poder Judiciário.

Essas afirmações, contudo, não podem ser tomadas como contrárias àquelas dos constitucionalistas da República Velha. Isso porque, segundo Seabra Fagundes (1957, p. 184), "o procedimento deixa de ser unicamente político quando, não obstante ter no ato político sua origem, é seguido de medidas que afetam direitos expressamente amparados pela ordem jurídica. E, então, desaparece a impossibilidade de controle. O Judiciário é levado, ainda que indiretamente, ao exame do ato político".

Apesar desse entendimento doutrinário, era comum no STF, na vigência da Constituição de 1946, o recurso à noção de “questão política” ou “questão de governo” para excluir uma demanda do controle exercido pelo Poder Judiciário, como se pode verificar no julgamento do Mandado de Segurança nº 9.077, de relatoria do Ministro Gonçalves de Oliveira, no qual o Ministro Victor Nunes, verificando que a demanda envolvia uma política de governo, expressamente afirma que “não cabe ao Supremo Tribunal Federal corrigir essa política, mesmo que ela possa parecer a um ou outro injusta, não equitativa”. (ALMEIDA, 2007, p. 48)

Essa tendência encontrou continuidade e adquiriu maior força no período de vigência da Constituição de 1967 e ainda orienta muitos julgados na ordem constitucional atual.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nessa matéria utiliza as expressões “questão política” e “ato de governo” praticamente como sinônimas.

A noção de ato de governo – como não poderia deixar de ser – teve sua difusão no âmbito da doutrina administrativista, sendo nesta área utilizada pelos modernos autores e pelos tribunais. Odete Medauar, por exemplo, afirma que o ato de governo “é ato que expressa a função governamental, que é precipuamente política, por referir-se às diretrizes amplas para a vida da coletividade. Dentre suas características estão: a) provém da autoridade ou órgão mais elevado do Executivo, como o Presidente da República, Governador, Prefeito; b) dizem respeito, sobretudo, ao relacionamento com outros poderes (Legislativo e Judiciário), com outros países ou com organismos internacionais; c) referem-se a decisões de alto relevo para o país, o Estado-membro ou o Município”. (MEDAUAR, 2005, p. 173)

Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 353) define os atos de governo como sendo os praticados “com margem de discricção e diretamente em obediência à Constituição, no

exercício de função meramente política, tais o indulto, a iniciativa de lei pelo Executivo, sua sanção ou veto, *sub color* de que é contrária ao interesse público, etc”.<sup>5</sup>

Tanto Odete Medauar quanto Celso Antônio indicam que essa categoria é especialmente importante na doutrina tradicional porque livre de controle jurisdicional, o que seria incompatível com o texto constitucional de 1988, que garante, no inciso XXXV de seu artigo 5º, a inafastabilidade do Poder Judiciário. Trata-se, como até agora visto, de posição doutrinária que vai ao encontro da formulação histórica das noções de “questões políticas” e de “atos de governo” nos Estados Unidos e na França, uma vez que desde logo se reconhece, nesses ordenamentos, a possibilidade de controle quando em xeque direitos constitucionalmente garantidos.

Mesmo assim, mesmo com a regra do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal tem recorrido à figura dos atos de governo e das questões políticas. Exemplo disso é o julgamento da questão de ordem na ADPF nº 1, Relator Ministro Néri da Silveira, D.J. de 07.11.2003, na qual era questionado um veto manifestado pelo Prefeito do Município do Rio de Janeiro a um projeto de lei aprovado pela Câmara de Vereadores, sobre IPTU.

Essa arguição de descumprimento de preceito fundamental não foi conhecida pelo STF exatamente pela natureza do ato impugnado, que encerraria uma decisão exclusivamente política e, por isso, infensa ao controle da Corte. Isso fica evidente no voto do Relator, Ministro Néri da Silveira, que defende estar a discussão dos vetos limitada às relações entre os poderes

<sup>5</sup> Interessante sublinhar que um dos exemplos dados pelo autor – o do indulto – não mais encontra respaldo na jurisprudência do Conselho de Estado francês, que, desde o *arrêt Gombert*, de 1947, considera sindicáveis tais atos, em entendimento recentemente reafirmado no *arrêt Observatoire international des prison – Section française*, de 2003.



Executivo e Legislativo, não admitindo a interferência do Poder Judiciário. O Ministro Maurício Corrêa, por outro lado, aduz que a apreciação do pedido faria com que o Tribunal se imiscuisse em assunto exclusivo dos dois poderes envolvidos no processo legislativo, obstaculizando-o indevidamente. Finalmente, o Ministro Moreira Alves registra em seu voto que a matéria era “insusceptível de ser apreciada pelo Poder Judiciário, por se integrar numa daquelas questões políticas para as quais não há possibilidade de interferência do Poder Judiciário”.

Além do veto, outra questão que sempre foi considerada política pelo STF e, portanto, alheia à sua apreciação, é a relativa ao funcionamento interno das casas legislativas, a tradicional doutrina dos atos *interna corporis*, que nada mais são do que uma especificação das questões políticas parlamentares. Nessa seara, o Tribunal tem alargado, nos últimos anos, o exercício de seu controle.

Exemplo disso é o Mandado de Segurança nº 26.441, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 25.04.2007, cujo acórdão ainda se encontra pendente de publicação. Nesse caso, uma manobra regimental da maioria na Câmara dos Deputados impedira a instalação da chamada CPI do “Apagão Aéreo”, ensejando a impetração do *writ* pela minoria que se sentia prejudicada no direito à realização do inquérito parlamentar, com base no § 3º do artigo 58 da Carta da República.

As alegações do Presidente da Mesa da Câmara dos Deputados e do Líder do Partido dos Trabalhadores – que figurava no feito como litisconsorte passivo necessário – indicavam, preliminarmente, a natureza política da demanda e sua relação com o funcionamento interno da casa legislativa. Tal preliminar, entretanto, foi rechaçada unanimemente pelo Supremo Tribunal Federal, que – na linha do já afirmado pela Suprema Corte americana, pelo Conselho de Estado francês e pela antiga doutrina bra-

sileira – reconheceu sua competência para apreciar o pedido, uma vez que baseado em norma constitucional. Ou seja, saindo o ato político da circunferência de regularidade fixada pelo ordenamento jurídico-constitucional, viável o controle pelo Poder Judiciário. Como o texto constitucional de 1988 é extenso, notadamente analítico e detalhista, o parâmetro de controle torna-se amplo e, por consequência, diminuta a categoria dos atos *interna corporis*.

Por fim, é possível analisar a moderna jurisprudência do STF em outra questão tradicionalmente definida como política e, portanto, livre de seu controle, qual seja, a da definição das políticas públicas. Ao contrário do que afirmara o Ministro Victor Nunes no julgamento do MS 9.077, anteriormente citado, há decisões da Suprema Corte brasileira avaliando políticas governamentais, como se pode depreender do julgamento do agravo regimental no Recurso Extraordinário nº 436.996, Relator Ministro Celso de Mello, D.J. de 03.02.2006. Nesse precedente, o Supremo impôs ao município paulista de Santo André a obrigação de fornecer vagas em creches e em pré-escolas para todas as crianças de até seis anos de idade, asseverando o Relator que,

“embora resida, *primariamente*, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, *revela-se possível*, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, *ainda* que em bases excepcionais, *especialmente* nas hipóteses de políticas públicas *definidas pela própria* Constituição, *sejam estas implementadas* pelos órgãos estatais inadimplentes, *cuja omissão* – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – *mostra-se apta a comprometer* a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais *impregnados* de estatura constitucional”.

## 5. Conclusão

As teorias aqui analisadas e todas as decisões colacionadas, inseridas na lógica própria dos ordenamentos norte-americano, francês e brasileiro, indicam um evidente movimento de autolimitação dos tribunais, motivada acima de tudo pelo bom funcionamento dos arranjos institucionais. Ou seja, se o funcionamento dos poderes é adequado, não há por que promover a intervenção do Judiciário na atuação do Executivo ou do Legislativo, não há por que proporcionar a supremacia do poder eminentemente jurídico sobre as manifestações típicas da política.

As questões políticas e os atos de governo, portanto, apresentam-se como categorias pragmáticas, menos que teóricas, voltadas à harmonia entre os poderes.

Desse modo, a reflexão que resta é que, talvez, com sua supressão – ou com sua redução –, tida por muitos como um significativo avanço do Estado de Direito, tenha-se em verdade o sintoma de uma latente – ou mesmo patente – crise institucional, que ora se desloca para o Judiciário, com consequências ainda imprevisíveis. Para voltar a Tobias Barreto, o dragão parece ter voltado a seu estado inicial de serpe, mas uma serpe que ao final ninguém sabe se devorará ou será devorada.

## Referências

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Ministro Victor Nunes*: memória jurisprudencial. Brasília: STF, 2007.

BARRETO, Tobias Barreto. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Landy, 2001.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição Federal Brasileira*: 1891. Brasília: Senado Federal, Ed. fac-similar, 2002.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

GRABER, Mark A. *Resolving political questions into judicial questions: Tocqueville's thesis revisited*. vol. 21. *Constitutional commentary*. 2004.

HORBACH, Carlos Bastide. *Ministro Pedro Lessa*: memória jurisprudencial. Brasília: STF, 2007.

LESSA, Pedro. *Do poder judiciário*. Brasília: Senado Federal, Ed. fac-similar, 2003.

LONG, Marceau et alli. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 15 ed. Paris: Dalloz, 2005.

MARSHALL, John. *Decisões constitucionais de Marshall*. Tradução de Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, Ed. fac-similar, 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira de 1891*. Brasília: Senado Federal, Ed. fac-similar, 2005.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9 ed. São Paulo: RT, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

POMEROY, John Norton. *An introduction to the constitutional law of the United States*. Indianapolis/Kansas City: Bowen-Merril, 1888.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

SCHWARTZ, Bernard. *A commentary on the Constitution of the United States*. part I. New York: MacMillan, 1963.

STORY, Joseph. *Commentaries of the Constitution of the United States*. v. 1. Boston: Little, Brown and Company, 1873.