

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO**

THOMAS JOAQUIN SCHMIDT

**TEORIA DOS ATOS POLÍTICOS: ORIGENS HISTÓRICAS, REFERENCIAL
TEÓRICO NACIONAL E ESTUDOS DE CASO**

Porto Alegre
2018

THOMAS JOAQUIN SCHMIDT

**TEORIA DOS ATOS POLÍTICOS: ORIGENS HISTÓRICAS, REFERENCIAL
TEÓRICO NACIONAL E ESTUDOS DE CASO**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini.

Porto Alegre
2018

THOMAS JOAQUIN SCHMIDT

**TEORIA DOS ATOS POLÍTICOS: ORIGENS HISTÓRICAS, REFERENCIAL
TEÓRICO NACIONAL E ESTUDOS DE CASO**

Monografia apresentada ao Departamento de
Direito Público e Filosofia do Direito da
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio Grande do Sul como requisito parcial
para a obtenção do grau de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini.

Aprovada em 06 de julho de 2018

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Rafael da Cás Maffini

Orientador

Professor Rodrigo Führ

Professor Alessandro Geremia

DEDICATÓRIA

Dedico esta monografia à Imaculada Conceição.

RESUMO

O objetivo desta monografia é estudar a teoria dos atos políticos sob três perspectivas distintas. A primeira, do ponto de vista das suas origens históricas, no direito estadunidense e no direitos francês. O método será, fundamentalmente, a análise de casos. A segunda, do ponto de vista doutrinário nacional. O método, nesse segundo momento, será a construção de um referencial teórico nacional a partir da sumarização da obra de diversos doutrinadores brasileiros. A terceira, será do ponto de vista da jurisprudência brasileira. O método, nesta derradeira ocasião, será o estudo de alguns casos, de modo que seja ilustrada, na jurisprudência pátria, a teoria dos atos políticos. Enfim, o objetivo deste trabalho é traçar algumas linhas a respeito da teoria dos atos políticos, aquecendo-se o debate, bastante presente hoje, a respeito da judicialização da política. As conclusões da monografia são as seguintes: a) no Common Law norte-americano, o ato político é sujeito a controle judicial sempre há a violação do direito; no Direito Francês, o ato político é externo ao controle judicial, sendo políticos os atos assim classificados pelo Conselho de Estado; b) na opinião geral da doutrina brasileira, os atos políticos são atos administrativos de discricionariedade política, submetidos ao controle judicial sempre há violação do direito; c) para a jurisprudência nacional, especialmente do STF, os atos políticos estão sujeitos ao controle judicial sempre que há violação dos princípios da administração pública.

Palavras-chave: Teoria dos Atos políticos. Atos Políticos Ato administrativo. Controle jurisdicional. Conselho de Estado. Suprema Corte. Nomeação de Ministro de Estado.

ABSTRACT

The objective of this paper is to study the political acts theory from three different perspectives. The first, from the historical point of view, in American Common Law and in French Law. The method will be, fundamentally, case analysis. The second, from the national doctrinal's point of view. The method will be, in this second moment, the construction of a theoretical reference from the summarizing of the ideas from various Brazilian authors. The third, from the Brazilian jurisprudence's point of view. The method will be case study, with which it will be possible to illustrate the Brazilian courts' interpretation of the political acts theory. At last, the scope of this paper is to fuel the debate around the, always present today, judicialization of politics. The paper's conclusion are: a) in American Common Law, the political act is justiciable whenever there is the violation of a right; in French Law, political acts are those that are classified as such by the Council of State; b) in the general national authors's point of view, political acts are administrative acts with political discretion and they are subject to judicial review whenever there is the violation of rights; c) in the Brazilian jurisprudence, political acts are subject to judicial review when they violate a principle of public administration.

Keywords: Political Acts. Administrative Act. Jurisdictional control. Political question doctrine. *Actes de gouvernement*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. A TEORIA DOS ATOS POLÍTICOS E SUA COMPREENSÃO HISTÓRICA	9
1.1 Considerações preliminares.....	9
1.2 A <i>political question doctrine</i> do direito estadunidense.....	9
1.2.1 <i>Classical political question doctrine</i>	10
1.2.2 <i>Prudential political question doctrine</i>	13
1.2.3 <i>Judicial Supremacy</i>	16
1.3 Os <i>actes de gouvernement</i> do direito francês.....	20
1.3.1 Decisão <i>Arrêt Laffitte</i> e a origem da teoria do móvel político.....	20
1.3.2 Decisões <i>Prince Napoleon</i> e <i>Duc d'Aumale et Prince Murat</i> ; e a teoria da natureza do ato.....	24
1.3.3 Considerações finais a respeito do desenvolvimento da teoria dos <i>actes de gouvernement</i> no Direito francês.....	28
2. A TEORIA DAS QUESTÕES POLÍTICAS NA DOUTRINA BRASILEIRA	30
2.1 Considerações preliminares.....	30
2.2 Metodologia	30
2.3 MEDAUAR	31
2.4 CRETILLA JÚNIOR	33
2.5 FRANCO SOBRINHO.....	34
2.6 BANDEIRA DE MELLO.....	35

2.7 DI PIETRO	36
2.8 JUSTEN FILHO.....	36
2.9 FRANCISCO	37
2.10 SEABRA FAGUNDES.....	38
2.11 PEREIRA DOS SANTOS.....	40
2.12 GRINOVER e WATANABE	40
2.13 Comparação.....	41
2.14 Considerações finais do capítulo II	43
3. ESTUDOS DE CASO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA A RESPEITO DA TEORIA DO ATO POLÍTICO	44
3.1 Considerações preliminares.....	44
3.2 Ato do Tribunal de Justiça por meio do qual requisita intervenção estadual em Município.....	44
3.3 O ato por meio do qual o Chefe do Poder Executivo decreta intervenção.....	46
3.4 Nomeação de Ministro de Estado	48
3.5 Considerações finais do Capítulo III.....	51
CONCLUSÃO	52

INTRODUÇÃO

O tema desta monografia, isto é, o objeto da pesquisa, se restringe à teoria dos atos políticos. A análise dessa teoria será realizada em três momentos distintos. Primeiro, serão rastreadas suas origens históricas na Suprema Corte dos Estados Unidos da América e no Conselho de Estado de França. Num segundo momento, será construído um referencial teórico brasileiro a respeito da teoria dos atos políticos, sendo analisadas as posições de vários autores sobre o tema. Num terceiro e último momento, serão realizados alguns estudos de caso, por meio dos quais se buscará ilustrar a teoria dos atos políticos como interpretada pelas Cortes Brasileiras. Os casos estudados serão relativos à possibilidade de impugnação judicial do ato: a) emanado de Tribunal de Justiça requisitando intervenção estadual em Município, em decorrência de descumprimento de ordem judicial; b) por meio do qual o Governador do Estado rejeita essa requisição; e c) do ato por meio do qual o Chefe do Poder Executivo Federal nomeia Ministro de Estado.

Assim, o problema que se pretende resolver nesta monografia é o seguinte: a) detecção das origens da teoria dos atos políticos no direito norte-americano e francês; b) estabelecimento de bases teóricas nacionais sobre a teoria dos atos políticos; e c) a ilustração da teoria sob análise na jurisprudência brasileira, por meio de estudos de caso.

Registra-se que a importância do tema reside na sua proximidade com o fenômeno social denominado *judicialização da política*, cada vez mais presente na sociedade contemporânea. Com efeito, basta abrir o jornal diário para que se perceba a existência de várias manchetes a respeito de decisões judiciais que tratam de temas os quais seriam, tradicionalmente resolvidos na arena política. Em razão disso – crescente influência do Poder Judiciário em questões de natureza política, tais como a nomeação de Ministro de Estado – assume relevância o tema pesquisado. Tanto estabelecido, consigna-se que esta monografia pretende contribuir para o fomento do debate, jurisprudencial e doutrinário, a respeito das influências daquilo que é, por sua natureza, *jurídico* naquilo que é, por sua natureza, *político*.

Passa-se à apresentação da estrutura da monografia. Esta divide-se em três capítulos, cada um deles abordando o objeto a partir de uma perspectiva específica.

No Capítulo I, será analisada a origem da teoria dos atos políticos nos Estados Unidos da América – onde se desenvolveu sob o nome *political question doctrine* – e na França – onde é conhecida por teoria dos *actes de gouvernement*. A análise se operará, fundamentalmente, sob a perspectiva jurisprudencial, a partir de julgados da Suprema Corte, quanto aos Estados Unidos da América, e do Conselho de Estado, a França. Quanto aos Estados Unidos da América, serão apresentados em ordem cronológica os casos *Marbury v. Madison*; *Luther v. Borden*; *Pacific States Telephone & Co. v. Oregon*; e *Baker v. Carr*, destacando como influenciaram a *political question doctrine*. Quanto a França, serão apresentados, também em ordem cronológica, os casos *Arrêt Laffitte*; *Prince Napoleon*; e *Duc d'Aumale et Prince Murat*, consignando-se como cada um deles contribuiu para o desenvolvimento da teoria dos *actes de gouvernement*.

No Capítulo II, o objeto será abordado sob a perspectiva da doutrina brasileira. Será construído um referencial teórico brasileiro sobre a teoria dos atos políticos. Essa construção se operará a partir do magistério dos seguintes autores: Medauar, Cretella Júnior, Franco Sobrinho, Mello, Di Pietro, Justen Filho, Francisco, Seabra Fagundes, Pereira dos Santos, Grinover e Watanabe. Num primeiro momento, a opinião de cada um deles será exposta de forma resumida. Num segundo momento, as opiniões serão comparadas. Por fim, num terceiro momento, será intentada uma síntese da bibliografia conquistada.

No Capítulo III, a monografia pintará uma ilustração da teoria dos atos políticos como interpretada pelas Cortes Brasileiras. Primeiro, serão apresentados dois julgados, um do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e outro do Supremo Tribunal Federal. Um deles a respeito do ato por meio do qual Tribunal de Justiça requisita intervenção estadual em município, em razão de descumprimento de decisão judicial; outro relativo ao ato por meio do qual o Governador de Estado rejeita tal requisição. Depois, serão apresentados dois julgados bastante recentes do Supremo Tribunal Federal que tratam da temática nomeação de Ministros de Estado – os casos Lula e Moreira Franco.

Tecidas essas considerações introdutórias, mergulha-se, desde logo, nas origens históricas da teoria do ato político.

1. A TEORIA DOS ATOS POLÍTICOS E SUA COMPREENSÃO HISTÓRICA

1.1 Considerações preliminares

Neste capítulo, a monografia se propõe a apresentar, o mais sucintamente possível, as origens históricas da teoria do ato político nos Estados Unidos da América – onde é conhecida pelo nome *political question doctrine* – e em França – local em que é denominada teoria dos *actes de gouvernement*. Será realizada, inicialmente, em relação a cada uma dessas nações, uma análise casuística do tema, partindo-se dos julgados mais relevantes historicamente – segundo, principalmente, o magistério de Barkow, quanto aos Estados Unidos da América; Medauar, Carro e Fernández-Valmayor, quanto a França.

Depois dessa análise casuística, far-se-á, à luz do material doutrinário pesquisado, a generalização dos casos individuais, na busca das razões jurídicas que nortearam cada uma das decisões cotejadas.

Ao final de cada sub-capítulo, será apresentada uma pequena conclusão, em que se sumará, de modo sintético, os resultados obtidos. Igualmente, cumpre ressaltar que, ao início de cada um dos mencionados sub-capítulos, será apresentada, de modo mais específico, a metodologia empregada.

Tanto estabelecido, passa-se ao núcleo duro deste capítulo.

1.2 A *political question doctrine* do direito estadunidense

O objeto do presente sub-capítulo é a análise, da perspectiva histórico-dogmática, da teoria dos atos políticos no âmbito do direito norte-americano. O método utilizado será a apresentação, tomando-se como ponto de partida a bibliografia nacional e internacional a respeito do tema, dos principais precedentes do

Common Law estadunidense, destacando-se, nas decisões cotejadas aquilo que é mais relevante em relação à teoria dos atos políticos.

Antes de adentrar especificamente no cerne do presente capítulo, isto é, a análise histórica do instituto estudado entre os americanos anglófonos, faz-se necessário um breve esboço que trate da importância do estudo do desenvolvimento da *political question doctrine*.

Assim, destaca-se, sobre a importância da pesquisa histórica sobre o tema no Estados Unidos da América, que a teoria das questões políticas é tratada pelo direito norte-americano há mais de 200 anos, tendo em vista que o primeiro caso a formular a referida teoria data de 1803, qual seja: *Marbury v. Madison* (MEDAUAR, 1993, p. 35), evidenciando-se a maturidade da referida teoria no direito estadunidense.

Ainda, é de se ressaltar que a compreensão da *political question doctrine* no direito norte-americano pode ser dividida em três fases, quais sejam: a *classical doctrine* – doutrina clássica –, a *Prudential doctrine* – doutrina prudencial –, e, ainda, a *judicial supremacy* – supremacia judicial (BARKOW, 2002, p. 246).

Enfim, passa-se à parte central desta parcela da monografia, a saber: a análise histórico-dogmática da *political question doctrine* no direito norte-americano.

1.2.1 Classical political question doctrine

Como ensina Rachel Barkow, o gênese da *political question doctrine* no direito norte-americano se operou no caso *Marbury v. Madison*, no qual, o *Chief Justice Marshall*, ao mesmo tempo em que, de um lado, afirmava a autoridade da Suprema Corte para realizar o controle de constitucionalidade das leis, asseverou, outrossim, a impossibilidade do Poder Judiciário norte-americano se manifestar a respeito de questões exclusivamente políticas, isto é, questões cuja resolução a Constituição confiou à absoluta discricionariedade do Poder Executivo ou do Congresso (Barkow, 2002, p. 248-249).

Quanto a essa primeira fase do desenvolvimento da *political question doctrine*, Medauar assinala, também, que, neste primeiro momento, a competência do tribunal seria “verificar se a questão foi confiada pela Constituição a outro ramo do Poder Público” (MEDAUAR, 1993, p. 35). E, ainda, registra que “a identificação dos assuntos assim atribuídos e a constitucionalidade do exercício da discricção cabem ao Judiciário” (MEDAUAR, 1993, p. 35).

Quanto ao ponto, vale registrar o magistério de Rachel Barkow:

*(...) Chief Justice Marshall, another great defender of the judiciary, was also a vigorous advocate of what came to be known as the political question doctrine. Indeed, he acknowledged the political question doctrine in the same opinion in which he masterfully established the Supreme Court's authority to declare laws unconstitutional. In Marbury v. Madison, Marshall argued for judicial modesty by making clear that the Supreme remedial power did not extend to all legal questions.*¹

Nesse sentido, lê-se da decisão, *in verbis*:

‘Questions, in their nature political, or which are, by the constitution and laws, submitted to the executive, can never be made in this court’. In particular, because some questions are committed by the Constitution to the absolute discretion of Congress or the President, there is no place for judicial oversight.” (CHIEF JUSTICE MARSHALL, 1803 *apud* BARKOW)²

Nessa primeira fase, segundo Barkow, se observa grande deferência do Poder Judiciário norte-americano em relação aos poderes legislativo e executivo. Com efeito, o Judiciário se recusava a analisar uma questão levada a sua apreciação sempre que

¹ BARKOW, Rachel. *More Supreme than Court? The fall of the political question doctrine and the rise of judicial supremacy*. *Columbia Law Review*, Columbia, v. 102, n. 2, 2002. p. 248. Tradução nossa: “Chief Justice Marshall, outro grande defensor do Judiciário, também foi um vigoroso apologista daquilo que veio a se tornar a *political question doctrine*. De fato, ele reconheceu a *political question doctrine* na mesma opinião em que ele, com maestria, estabeleceu a autoridade da Corte para declarar leis inconstitucionais. Em *Marbury v. Madison*, Marshall arguiu em favor de modéstia judicial ao tornar claro que o poder de controle da Suprema Corte a todas as questões legais. “

² *Ibidem*, p. 248. Tradução nossa: “Questões, por sua natureza, políticas, ou que são, pela Constituição e pelas Leis, submetidas ao Executivo, nunca podem ser feitas nesta Corte. Em particular, questões são confiadas pelas Constituição a absoluta discricionariedade do Congresso ou do Presidente, não há espaço para supervisão judicial.”

ela se mostrasse *questão política, não questão jurídica*. Essa foi a conclusão do *Chief Justice Marshall* no caso *Marbury v. Madison*. (BARKOW, 2002, p. 250-251)

Partindo dessa premissa – impossibilidade de apreciação, pela Suprema Corte, das questões exclusivamente políticas – Marshall fixou o seguinte critério para a identificação de uma questão como política: a questão política diria respeito à nação, não aos direitos do indivíduo – “*The subjects are political. They respect the nation, not individual rights*”³ (Chief Justice Marshall, 1803, *apud* Barkow, 2002, p. 249). Isto é, questões em relação às quais a própria Constituição reveste, diretamente, o Chefe do Poder Executivo ou o Senado de competência com ampla discricionariedade. Marshall apresentou dois exemplos de questões exclusivamente políticas: o poder do Chefe do Poder Executivo de nomear para o Senado e os atos praticados por ele como plenipotenciário diante de outras nações. (BARKOW, 2002, p. 248-250).

Assim, vê-se que, na formulação clássica da *political question doctrine*, fixou-se o entendimento de que, como se extrai do aresto relativo ao caso *Marbury v. Madison*, a questão política seria externa ao controle jurisdicional pelo Poder Judiciário. Nada obstante, a questão apenas é política na medida em que diga respeito, tão somente, aos interesses da nação, deixando de ser políticas no momento em que ferem direitos individuais. Ou seja, na dicção do sempre celebrado Ruy Barbosa, ao comentar a jurisprudência norte-americana sobre o tema em 1903:

Não basta que a questão estreme com a política, ou com ela prenda; que tenha relações políticas, ofereça aspectos políticos, ou seja susceptível de efeitos políticos; que à política interesse, ou sobre ela possa atuar por algumas das suas faces, algumas das suas ligações, alguns dos seus resultados. E 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. (BARBOSA)⁴

Essa a teoria clássica do ato político como compreendida pelo *Common Law* dos Estados Unidos da América.

³ Tradução nossa: “As questões são políticas. Dizem respeito à nação, não a direitos individuais”

⁴ BARBOSA, Ruy. O direito do Amazonas ao Acre Septentrional (sic). BDJur, Brasília, DF, 21 maio 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/21483>>. p. 156.

1.2.2 *Prudential political question doctrine*

Como explica o magistério de Rachel Barkow, a partir da *classical political question doctrine*, a Suprema Corte desenvolveu, no âmbito exclusivamente jurisprudencial, não a partir da interpretação da Constituição, uma teoria prudencial dos atos políticos. Segundo tal teoria, a Corte poderia, com o objetivo de preservar sua legitimidade jurisdicional, ou, ainda, com o intuito de se evadir da tomada de decisões difíceis, realizar um cotejo da questão baseada nos efeitos que uma eventual manifestação da Corte a respeito da questão levada à sua apreciação poderia ter sobre sua legitimidade e credibilidade. (BARKOW, 2002, 253)

Assim, se a Suprema Corte julgasse inconveniente julgar o caso, em razão das *consequências* do julgamento, ela invocaria a *political question doctrine*. Essa análise consequencialista pautou as discussões na Suprema Corte sobre o tema, nos casos em que ela efetivamente afastou a possibilidade de análise de determinada questão em razão de seus contornos políticos, não tendo a teoria sido aplicada na forma pura como foi pela primeira vez apresentada no caso *Marbury v. Madison*, mas sim de modo prudencial e consequencialista. (BARKOW, 2002, p. 253-254).

A par disso, é de se registrar que um dos principais casos ilustrativos daqueles em relação aos quais a Suprema Corte invocou a teoria prudencial, para o fim de expungir a possibilidade de manifestação judicial sobre determinada questão em decorrência de seus contornos políticos-consequenciais, se operou no caso *Luther v. Borden* (BARKOW, 2002, p. 255). A respeito desse caso será feita uma breve contextualização seguida da solução dada pela Suprema Corte.

Conforme o magistério de Conron, o caso se tratava de remédio judicial por meio da qual cidadão do Estado de *Rhode Island*, Martin Luther, questionava ato de prisão levado a efeito por Luther Borden, oficial de um governo paralelo que exsurgiu da Rebelião Dorr, insurreição originada de insatisfação relativa a normas eleitorais que limitavam o sufrágio e que eram então previstas na Constituição de *Rhode Island*. Os insurrectos assumiram o governo de fato no referido Estado, instituindo o governo paralelo que levou à prisão de Martin Luther. (CONRON, 1967, 377-379).

A alegação de Luther era de que o governo paralelo que havia se formado não ostentava a forma republicana, sendo que, a teor do que estabelece o artigo IV da Constituição dos Estados Unidos da América – *Guarantee Clause* –, a União devia garantir a forma republicana de governo nos Estados que a compõem. Assim, Luther pretendia provimento jurisdicional que, com fundamento na *Guarantee Clause*, declarasse ilegítimo o governo de *Rhode Island* e, por via de consequência, declarasse a nulidade do ato que levou a efeito a sua prisão. (*Ibidem, loco citato*)

Ao julgar o caso, a Suprema Corte, como ensina Barkow, se recusou a aplicar, ela própria, ao caso concreto, a cláusula de garantia prevista no artigo IV da Constituição Americana. Esmiuçando, negou-se a se manifestar a respeito da legitimidade do governo de *Rhode Island* (se este ostentava ou não a forma republicana de governo). (BARKOW, 2002, 257-258)

Ocorre que a fundamentação relativa a natureza política das questões envolvendo as relações entre a União e os Estados na aplicação da *Guarantee Clause* não foi o único fundamento da Suprema Corte para recusar-se a decidir o mérito do caso. Com efeito, ela também fundamentou que, se a Corte declarasse ilegítimo o governo estadual, corolário lógico seria “a invalidação das leis e dos impostos, bem como da nulificação dos julgamentos das cortes estaduais” (BARKOW, 2002, p. 255, tradução nossa), os quais teriam sido proferidos ou instituídos por um governo que padece de legitimidade.

Partindo dessas premissas – previsão da Constituição de competência do Congresso para avaliar a natureza dos governos estaduais e possíveis consequências negativas de um *decisum* da Suprema Corte resolvendo a questão relativa à aplicação da *Guarantee Clause* – a Corte concluiu, segundo Barkow, que é competência exclusiva do Congresso decidir a respeito de qual seja a forma de governo predominante nos Estados, para fins de aplicação da *Guarantee Clause*. (BARKOW, 2002, 256)

Em caso análogo – *Pacific States Telephone & Co. v. Oregon* –, em que, de acordo com Barkow, se debateu a exigibilidade de tributos instituídos por governo cuja forma republicana de governo era questionada judicialmente, a Corte, com base em pressupostos de natureza prudencial, afastou a possibilidade de análise, por ela,

Suprema Corte, da natureza do governo civil instituído no Estado, de forma semelhante àquilo que restou estabelecido em *Luther v. Borden*. (BARKOW, 2002, 257-278)

Nesse caso, especificamente, a Suprema Corte elencou três efeitos indesejados que poderiam decorrer de eventual manifestação sua sobre a aplicação da *Guarantee Clause*, quais sejam: a) todo e qualquer cidadão estaria legitimado a questionar numa Corte de Justiça a própria existência do governo; b) um provimento jurisdicional nesse sentido afastaria toda e qualquer obrigação de contribuir para a manutenção do Estado, bem como de submeter-se às leis do referido governo; e, finalmente, c) a declaração, pelo Poder Judiciário, da inexistência de um Estado da federação implicaria, sob pena de instituição do caos, a existência, em tese, da competência da Corte para, das ruínas do governo por ela declarado inexistente, criar um novo governo da estaca zero. (BARKOW, 2002, 257-258).

Ainda, no caso *Colegrove v. Green*, a Suprema Corte também aplicou o entendimento segundo o qual a aferição da natureza política de uma questão deveria partir de pressupostos prudenciais, relativos às consequências da decisão em relação à legitimidade da Corte. (BARKOW, 2002, 260).

Esse caso se tratava-se de ação movida por Colegrove em que se questionava ato do Congresso que havia remanejado os distritos eleitorais de tal forma a beneficiar certos grupos políticos. Ao julgar o caso, a Suprema Corte se limitou a dizer que a questão relativa à instituição dos distritos eleitorais estaria intimamente relacionada com a política partidária do Congresso. Por esse motivo, fugiria à competência da Corte julgar a alegada inconstitucionalidade do ato do Congresso por meio do qual este diluiu populações votantes dos distritos de modo a beneficiar determinados candidatos. De fato, o *Justice Frankfurter* opinou no sentido de que o máximo que a autoridade da Corte lhe permitiria fazer seria declarar a invalidade do sistema eleitoral, não sendo a Corte titular de autoridade para realizar o remapeamento dos distritos (BLACK, 1962, 13-14).

Ocorre que essa conclusão foi adotada pela Suprema Corte nada obstante a alegação do lesado de que o ato do Congresso violaria a 14ª Emenda da Constituição Americana, que trata, em sua segunda seção, da necessária proporcionalidade

representativa entre os votantes – *Equal Protection Clause* (BARKOW, 2002, 260-161).

Disso se autoriza concluir que, no período prudencial do desenvolvimento da *political question doctrine*, a Suprema Corte desposou um entendimento que pouco se aproximava daquela posição firmada no caso *Marbury v. Madison*, tendo em vista a pouca relevância dos critérios formulados pelo *Chief Justice Marshall* nos casos que sucederam, em que a Suprema Corte deixou de julgar casos em que havia a alegação de terem sido violados direitos individuais – como o caso *Colegrove v. Green*, em que a Corte ignorou o argumento de violação da *Equal Protection Clause* – com base na *political question doctrine*.

A crítica à doutrina das questões políticas na sua matiz prudencial é óbvia, como adverte Rachel Barkow: “*once the political question doctrine is unleashed entirely from the Constitution itself, what keeps a judge’s use of the doctrine in check*”⁵ (BARKOW, 2002, p. 263). Com efeito, tratando-se de uma construção jurisprudencial que tem por objetivo justamente a evasão da Corte de julgar casos difíceis ou aqueles que podem por sua legitimidade em jogo, não há garantia alguma de que a Corte deixaria de se abster nos casos em que efetivamente houvesse violação de direitos individuais.

1.2.3 *Judicial Supremacy*

Por fim, passa-se à análise do caso *Baker v. Carr*, precedente em que a Suprema Corte enfrentou da forma mais detalhada, até hoje, a *political question doctrine*. Na ocasião, a Corte assentou sua jurisprudência no sentido da supremacia judicial – *judicial supremacy*. (BARKOW, 2002, p. 264).

O contexto do caso, conforme Friedelbaum, era o seguinte: um grupo de eleitores cidadãos do Estado do Tennessee provocaram a Suprema Corte a se

5 Tradução nossa: “A partir do momento em que a *political question doctrine* é desligada da própria Constituição, o que controlará o uso da *political question doctrine* pelo próprio magistrado”

manifestar a respeito da inconstitucionalidade da distribuição de distritos eleitorais no referido Estado, tendo em vista que os distritos do interior, menos populosos, eram privilegiados na contagem de votos. A alegação dos eleitores dos centros urbanos era a violação da 14^a Emenda à Constituição Americana, que, em sua 2^a Seção, institui a *Equal Protection Clause*, a qual pressupõe a proporcionalidade do valor dos votos entre os cidadãos dos Estados Unidos da América. (FRIEDELBAUM, 1962, 674-676).

A Suprema Corte, ao contrário do que fez no caso análogo *Colegrove v. Green*, não fugiu da análise da constitucionalidade da alocação distrital. Ao contrário, restringiu o alcance da *political question doctrine*, diminuindo o conjunto das questões externas ao controle judicial, fixando contornos mais claros a respeito do que consiste, realmente, a *political question doctrine*. Para tanto, estabeleceu seis critérios para que a Corte pudesse analisar, caso a caso, a existência de uma *political question* que afastaria sua competência (BARKOW, 2002, 264). Lê-se da decisão *Baker v. Carr*, no ponto relativo aos critérios fixados pela Corte:

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 (*Baker v. Carr opinion*, 1962 *apud* BARKOW)⁶

⁶ BARKOW, Rachel. *More Supreme than Court? The fall of the political question doctrine and the rise of judicial supremacy*. *Columbia Law Review*, Columbia, v. 102, n. 2, 2002. p. 265. Tradução nossa: "Proeminente na superfície de qualquer caso em que se sustenta a presença de uma questão política, se encontra um texto na Constituição a partir do qual é possível extrair que determinada questão foi confiada a um departamento político; ou a falta de critério judicialmente detectáveis e gerenciáveis para resolvê-la; ou a impossibilidade de decidir a respeito da questão sem uma decisão inicial a respeito de políticas públicas, de um categoria claramente relativa a uma discricionariedade não judicial; ou da impossibilidade da Suprema Corte decidir a respeito dessa questão sem ferir a deferência que deve a outros poderes; ou uma rara necessidade de filiação inquestionável a uma decisão política já levada a efeito; ou o embaraço decorrente de diversos e contraditórios pronunciamentos provenientes de vários departamento sobre a mesma questão."

Assim, do que se extrai do trecho transcrito, se assentou na jurisprudência americana que uma questão é política se, e somente se, os seguintes fatores se fazem presentes:

- a) atribuição constitucional de competência, textualmente demonstrável, destinada a departamento político do governo;
- b) inexistência de critérios juridicamente verificáveis para a resolução da questão;
- c) impossibilidade de decidir sem a tomada anterior de uma decisão sobre políticas públicas, o que diz respeito a um poder discricionário externo ao Poder Judiciário;
- d) impossibilidade da Corte decidir ofender a outros poderes;
- e) rara necessidade de filiação a uma decisão política já realizada;
- f) potenciais embaraços decorrentes da multiplicidade de opiniões sobre a questões advindos de diferentes departamentos do governo;

Ao final, como observa Barkow, a Corte concluiu, em *Baker v. Carr*, que nenhum dos critérios acima expostos se fazia presente no caso, sendo lícito à Suprema Corte se manifestar a respeito da questão de fundo. Assim, a Corte expunguiu o entendimento firmado nos casos anteriores. Isto é, a Suprema Corte não deixou de se manifestar em razão da existência, nas questões levadas a sua apreciação, de possíveis consequências negativas para a Corte, caso ela levasse a efeito dita manifestação (BARKOW, 265-267). Na dicção de Barkow, na *Warren Court*, em que o caso *Baker v. Carr* foi julgado, “*abstaining’ from questions not because the Constitution demands it, but because the Court prefers it, would be unthinkable*”⁷ (BARKOW, 2002, p.267).

Com esse estreitamento do âmbito de aplicação da abstenção de julgamento em decorrência da existência de questões políticas, a Suprema Corte passou a se

⁷ Tradução nossa: “Abster-se de julgar questões não porque a Constituição o exige, mas porque a Corte o prefere, seria impensável”.

manifestar em diversos casos em que, de acordo com os parâmetros prudenciais fixados anteriormente, não teria se manifestado. Com efeito, após o julgamento de *Baker v. Carr*, a Suprema Corte deixou de se manifestar com fundamento na existência de questões políticas em apenas dois casos (BARKOW, 2002, 267-268)

1.2.4 Considerações finais a respeito do desenvolvimento da *political question doctrine* no Direito estadunidense

Feitas as considerações anteriores a respeito da *political question doctrine* do *Common Law* norte-americano, é possível extrair as seguintes conclusões da pesquisa realizada:

a) *A political question doctrine – doutrina segundo a qual o Poder Judiciário deve se abster de manifestar-se a respeito de questões verificadas como exclusivamente políticas – foi pela primeira vez enunciada no âmbito do Common Law norte-americano por Chief Justice Marshall no leading case Marbury v. Madison. No caso, o Chief Justice Marshall afirmou que havia uma questão política sempre que seus contornos dissessem respeito à nação, não aos direitos do indivíduo.*

b) *A partir do caso Luther v. Borden, a Suprema Corte também passou a levar em consideração fatores prudenciais concernentes aos efeitos da decisão sobre a legitimidade jurisdicional da Corte e dos efeitos práticos a que conduziria a decisão por ela eventualmente tomada. O mesmo raciocínio foi empregado, por exemplo, nos casos Colegrove v. Green e Pacific States Telephone & Co. v. Oregon.*

c) *A análise prudencial-consequencialista da Suprema Corte na aferição da natureza política de determinadas questões levadas a sua apreciação foi afastada no em Baker v. Carr. No referido caso, a Corte fixou seis critérios – elencados no tópico anterior – a partir dos quais seria possível verificar se uma questão sobre a qual o Poder Judiciário é provocado a decidir tem ou não natureza política. É relevante observar que, desde o julgamento de Baker v. Carr, a Suprema Corte aplicou-a para abster-se de julgar determinada questão em apenas duas ocasiões.*

1.3 Os *actes de gouvernement* do direito francês

O objeto do presente sub-capítulo é a explanação, de uma perspectiva histórico-dogmática, do modo como se desenvolveu, no Direito Francês, a teoria dos “*actes de gouvernement*”, que corresponde à teoria dos atos políticos como entendida entre os francófonos. A proposta é a análise, à luz de obras doutrinárias, de três casos julgados pelo Conselho de Estado de França – “*Arrêt Laffitte*”, “*Prince Napoleon*” e “*Duc d’Aumale et Prince Murat*”.

A importância do estudo da teoria francesa dos “*actes de gouvernement*” se encontra no fato de que a França foi a primeira nação a conceber a existência de atos exclusivamente políticos (MEDAUAR, 1993, 26), externos, conforme os julgados do Conselho de Estado a serem analisados, a qualquer controle jurisdicional – que, na França, frise-se, não é propriamente jurisdicional, dada a existência do sistema de dualidade jurisdicional naquela nação, isto é, as causas administrativas não são julgadas pela justiça comum, mas sim no âmbito do contencioso administrativo, cuja instância máxima é o Conselho de Estado (DI PIETRO, 2017, p. 09-10).

Passa-se à análise dos casos.

1.3.1 Decisão *Arrêt Laffitte* e a origem da teoria do móvel político

A primeira ocasião na qual o Conselho de Estado de França teve a oportunidade de se pronunciar a respeito da teoria dos *actes de gouvernement* é o sempre lembrado *Arrêt Laffitte*” (MEDAUAR, 1993, p. 27). Assim, faz-se breve contextualização do caso para, num segundo momento, apresentar a solução oferecida pelo Conselho de Estado e a correlativa *teoria do móvel político*, criada pela referida Corte Administrativa quando do julgamento do *arrêt Laffitte*.

O contexto era, segundo Carro e Fernández-Valmazyor, o seguinte: Napoleão Bonaparte, no exercício do *munus* de Imperador de França, instituiu, em favor de sua irmã, Paulina Borghese, uma pensão vitalícia de 670.000 francos. Mais tarde, Borghese alienou a referida pensão em favor do banqueiro Laffitte. Contudo, em 12 de maio de 1826, entrou em vigor lei que revogou todos os atos por meio dos quais o poder público francês havia concedido bens ou rendas à família Bonaparte, entre eles a pensão instituída em favor da irmã de Napoleão Bonaparte e posteriormente transferida ao banqueiro Laffitte. Posteriormente, o Ministério das Finanças rejeitou o pedido do banqueiro de que fossem pagas as quantias pensionárias vencidas antes da entrada em vigor da lei que revogou as pensões instituídas em favor da família do imperador francês que corou a si mesmo (CARRO E FERNÁNDEZ-VALMAYOR, 1967, p. 76-77).

Irresignado, o banqueiro impugnou, junto ao Conselho de Estado, o ato do Ministério das Finanças por meio do qual este se recusou a pagar as parcelas vencidas anteriormente à vigência do referido ato legislativo (CARRO E FERNÁNDEZ-VALMAYOR, 1967, *loco citato*).

O Conselho de Estado, em resposta à reclamação, não entrou no mérito do caso, mas sim resolveu deixar de “apreciar o fundo da questão, alegando o seu caráter político” (MEDAUAR, 1993, p. 27). O Conselho se recusou a se manifestar a respeito da questão de fundo da reclamação do banqueiro ao fundamento de que a decisão do Ministro de Finanças era, em sua natureza, definida pelo critério teleológico, política, externa ao controle do Conselho de Estado (MEDAUAR, 1993, p. 27).

A doutrina, assim, convencionou denominar essa posição do Conselho de Estado como *teoria do móvel político*, segundo a qual determinado ato emanado do governo é *político* em sua natureza quando o governo assim o define (FERNÁNDEZ-VALMAYOR, A.; CARRO, J. L., 1967, p. 86). Seriam atos em relação aos quais o Conselho de Estado se recusava a apreciar “com a seguinte fórmula: ‘atos cuja interpretação e execução não podiam lhe ser atribuídas pela via contenciosa’” (MEDAUAR, 1993, p. 26).

A posição do Conselho de Estado, nesse momento histórico, pode ser sintetizada do seguinte modo: o juiz administrativo seria incompetente para julgar a

idoneidade do ato, em razão da própria natureza deste. Ou seja, haveria uma imunidade do ato de governo segundo sua natureza, verificável a partir de sua finalidade declarada, equiparados, à época, aos próprios atos legislativos (DI GASPARE *apud* MEDAUAR, 1993, p. 27-28).

Quanto ao ponto relativo à teoria dos *actes de gouvernement* nesse primeiro momento histórico da análise dos atos políticos pelo Conselho de Estado, vale colacionar o seguinte excerto do magistério de Duguit:

It was asserted that any act performed by the government, or by a subordinate administrative authority in compliance with an order of the government, was wholly exempt from attack, however flagrant its illegality, if the purpose for which the act was performed was political. (DUGUIT)⁸

A crítica doutrinária à teoria do móvel político é, de sua vez, evidente. Com efeito, segundo tal teoria, bastaria que o agente público declarasse que o ato que pratica é relativo à alta política para que fugisse completamente ao controle administrativo-jurisdicional – isto é, qualquer ato emanado do Estado, em sentido amplo, seria imune a controle pelo Conselho de Estado caso sua finalidade fosse declarada política, inexistindo uma verdadeira diferença ontológica entre o ato administrativo em geral e o ato cuja imunidade administrativo-jurisdicional estaria amparada na teoria do móvel político. (FERNÁNDEZ-VALMAYOR, A.; CARRO, J. L., 1967, p. 86-87, e MEDAUAR, 1993, p. 29).

Quanto à teoria do móvel político e sua respectiva crítica, interessa colacionar o escólio de Carro e Fernández-Valmayor:

Esta teoria – elaborada por la doctrina francesa – es la primeira em orden cronológico; en base a ella un acto se califica de político cuando su amación sea referible a um móbil de orden político. Es el sistema adoptado por el Consejo de Estado francés em los primeiros tempos de la elaboración de la teoria de los actes de gouvernement, hasta el advenimiento de la Tercera República. (...) Así pues, en este sentido la caracterización de un acto como político dimana de la voluntad misma del órgano emanante, es decir, del Gobierno, que tiene la posibilidad de sustraer al control del juez administrativo todo acto em el que afirme la existência de um móvil político.

⁸ DUGUIT, Leon. "The French Administrative Courts." *Political Science Quarterly*, vol. 29, no. 3, 1914, p. 395).

Como facilmente se puede constatar, la teoría del móvil presenta el peligro de graves abusos por parte del Ejecutivo, sobre todo em regímenes autoritários, ya que la misión del juez se reduce en este caso a comprobar el motivo político alegado por el Gobierno y em consecuencia a declararse incompetente. (FERNÁNDEZ-VALMAYOR, A.; CARRO, J. L., 1967,)⁹

Nesse mesmo diapasão, quanto à crítica contrária à teoria do móvel político, vale destacar o que ensina Cretella Júnior:

Também denominada *teoria do móvel político*, esta posição consagra, de maneira particularmente perigosa, a ideia de *razão de Estado*, possibilitando, quando aceita, a vitória do arbitrário governamental, sob a capa de interesse, bastando, para isso, estender, indefinidamente, o campo dos mencionados atos. Formulada de modo claro, na doutrina (Dufour escreveu: 'O que faz o ato de governo é o fim a que se propõe o editor da medida. O ato que tem por fim defender a sociedade, considerada em si mesma, ou personificada no governo, contra inimigos internos ou externos, declarados ou ocultos, presentes ou futuros – eis o ato de governo' (cf. *Traité de droit administratif appliqué*, 1856, vol. 5, p. 128), a 'teoria finalística', 'teleológica' ou 'do móvel político', acaba por cair, em fins do século XIX, diante do corajoso pronunciamento daquela Corte, em 19 de fevereiro de 1875 (*Caso do Príncipe Napoleão*) (CRETELLA JÚNIOR)¹⁰

Ainda, é de se registrar que a teoria do móvel político, consagrado no aresto *Arrêt Laffitte* não é, absolutamente, jurídica (FERNÁNDEZ-VALMAYOR, A.; CARRO, J. L., 1967, p. 87). Com efeito, ela permitiria que, a partir de um dado extrajurídico – a finalidade subjetiva declarada pelo administrador público na lavra de um ato da administração – a Corte se negasse a prestar jurisdição. É óbvio que, conforme Carro e Fernández-Valmayor, explicar e justificar um ato da administração com substratos exclusivamente extrajurídicos, teria por consequência "*constituir una válvula de escape*

9 FERNÁNDEZ-VALMAYOR, A.; CARRO, J. L. La Doctrina de Acto Político. Revista de Administración Pública, v. 53, 1967, p. 73-130. Tradução nossa: "Esta teoria – elaborada pela doutrina francesa, é a primeira em ordem cronológica; segundo ela, um ato se qualifica como político quando sua emanção seja referível a um móvel de natureza política. É o sistema adotado pelo Conselho de Estado francês nos tempos da elaboração da teoria dos "actes de gouvernement", até o advento da Terceira República. (...) Assim sendo, a caracterização de um ato como político se opera a partir da própria vontade do órgão emanante, isto é, o governo tem a possibilidade de afastar do controle judicial todo ato em que afirme a existência de um móvel político.

Como facilmente se pode constatar, a teoria do móvel apresenta um perigo de graves abusos por parte do Executivo, sobretudo em regimes autoritários, já que a missão do juiz se reduz nesse caso a verificar o móvel político emanado pelo governo e, em consequência disso, declarar-se incompetente."

¹⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. Tratado de Direito Administrativo, vol. II: teoria do ato administrativo. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 120.

a la legalidade y, por tanto, um atentado a los derechos de los ciudadanos.”

¹¹(FERNÁNDEZ-VALMAYOR, A.; CARRO, J. L., 1967, *loco citato*)

Enfim, depois do caso *Arrêt Laffitte*, foram inúmeras as decisões do Conselho de Estado em que este se recusou a conhecer de determinadas reclamações ao fundamento de que suas respectivas questões de fundo eram, em sua natureza, políticas, aplicando-se a *teoria do móvel político*, por exemplo: *Duchesse de Saint Lieu*, de 1838; *Prince Louis*, de 1844; e *Argantau*, de 1834 (MEDAUAR, 1993, p. 27). A *teoria do móvel político*, nada obstante sua intrínseca arbitrariedade, prosperou na jurisprudência administrativa francesa até o aresto *Prince Napoleon* (CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 120).

1.3.2 Decisões *Prince Napoleon* e *Duc d'Aumale et Prince Murat*; e a teoria da natureza do ato

O caso *Prince Napoleon* foi o primeiro em que o Conselho de Estado não afastou a possibilidade de controle judicial de um ato do governo com fundamento em razões de alta política alegadas pelo administrador, isto é, afirmou, pela primeira vez, sua competência para julgar a legalidade de ato emanado com finalidade política (MEDAUAR, 1993, p. 28).

O contexto, de acordo com Carro e Fernández-Valmayor, era o seguinte: o Príncipe Napoleão José Bonaparte impugnava, perante o Conselho de Estado, ato do Ministro da Guerra que o afastou do alto oficialato do exército francês, deixando de publicar seu nome na lista de generais publicada em 1873 pelo Diretório Militar de França. O Ministro da Guerra alegou razões de alta política como defesa ao ato impugnado, invocando a jurisprudência desenvolvida a partir do caso *Arret Laffitte* do Conselho de Estado, que vinha sendo reafirmada desde sua origem em 1822. (FERNÁNDEZ-VALMAYOR, A.; CARRO, J. L., 1967, *loco citato*)

¹¹ Tradução nossa: “constituir uma válvula de escape da legalidade e, portanto, um atentado aos direitos do cidadão.”

O Conselho de Estado, todavia, não aplicou a teoria dos *actes de gouvernement* para rechaçar a pretensão anulatória apresentada pelo Príncipe Napoleão José Bonaparte. Com efeito, o Conselho, por via diversa, expungiu a pretensão fundamentando-se na interpretação conjunta do artigo 6º do Decreto Senatorial de 7 de novembro de 1852 e o artigo 1º do Decreto de 19 maio de 1854. De fato, lê-se da tradução oficial ao inglês do julgado do Conselho de Estado:

Whereas in order to request the annulment of the decision which refused to re-establish his name on the list of major generals published in the Military Directory, Prince Napoléon-Joseph Bonaparte bases his plea on the fact that the rank of major general that the Emperor, acting by virtue of the powers that he held from Article 6 of the Senate Decree of 7 November 1852, had conferred on him by the Decree of 9 March 1854, was a rank that was guaranteed to him by Article 1 of the Act of 19 May 1834;

But whereas, although Article 6 of the Senate Decree of 7 November 1852 gave the Emperor the right to lay down the titles and condition of the members of his family and to decide their duties and obligations, this Article laid down at the same time that the Emperor had full authority over all the members of his family; whereas the situations which could be made to the princes of the imperial family by virtue of Article 6 of the Senate Decree of 7 November 1852, were therefore always subject to the will of the Emperor; whereas, hence, the situation laid down for Prince Napoléon-Joseph Bonaparte by the Decree of 9 March 1854, did not constitute the rank whose permanent and irrevocable ownership which may only be removed in especially determined cases is guaranteed by Article 1 of the Act of 19 May 1854, and which gives to the officer with this rank the right to be included in the seniority list published every year in the Military Directory; whereas, under these circumstances, Prince Napoléon-Joseph Bonaparte is not entitled to complain that his name has ceased to be included in the list of the Army General Staff;” (PERRET) ¹²

12 FRANÇA. CONSELHO DE ESTADO. Caso 46707. Apelante: Napoleão José Bonaparte. Relator: Mr. Perret. Disponível em: <http://english.conseil-etat.fr/Judging>. Tradução nossa: “Requisitando a anulação da decisão que rejeitou o pedido de inclusão do seu nome na lista de grandes generais publicada no Diretório Militar, o Príncipe Napoleão José Bonaparte fundamenta seu pedido no fato de que o cargo de grande general que o Imperador, agindo em virtude dos poderes que lhe eram próprios em razão do que dispõe o artigo 6 do Decreto Senatorial de 07 de novembro de 1852, concedeu-lhe, por meio do Decreto de 09 de março de 1854, era um cargo que lhe era garantido no do forma do artigo 1º do Decreto de 19 de maio de 1834.

Mas, apesar do artigo 6ª do Decreto Senatorial de 07 de novembro de 1854 ter dado ao Imperador o direito de conceder títulos e condições aos membros da sua família, e de decidir seus deveres e obrigações, esse mesmo artigo, ao mesmo tempo, que o Imperador tinha autoridade total sobre os membros da sua família; razão pela qual as concessões feitas pelo Imperador, com base no artigo 6º do Decreto Senatorial de 07 de novembro de 1852, estavam sempre sujeitas à vontade do Imperador; razão pela qual, por isso, a situação concedida ao Príncipe Napoleão José Bonaparte pelo Decreto de 09 de março de 1854, não constituía um cargo de natureza permanente e irrevogável que apenas poderia ser desconstituído em casos específicos, como garante o artigo 1º do Decreto de 09 de maio de 1854, o qual dá oficial que ostenta tal cargo o direito de ser incluído nas listas de senioridade publicadas anualmente pelo Diretório Militar; em razão disso, e sob tais circunstâncias, o Príncipe Napoleão José Bonaparte não é titular do direito de reclamar do fato de seu nome não ser mais incluído nas listas do alto comando do exército.”

Assim, como se lê acima, a conclusão adotada pela Corte para afastar a pretensão do Príncipe Napoleão José Bonaparte foi de que, tendo a nomeação ao cargo de general do exército francês sido fundamentada no artigo 6º do Decreto Senatorial de 7 de novembro de 1852, isto é, com base na autoridade suprema do imperador sobre os membros da sua família, ele, Príncipe, não gozaria dos direitos instituídos pelo artigo 1º do Ato de 19 de maio de 1854. E, por isso, não seria titular do direito de ter seu nome publicado nas listas do Diretório Militar.

De outro lado, se no aresto *Prince Napoleon* o Conselho de Estado declarou pela primeira vez sua competência para o julgamento da legalidade dos atos emanados com finalidade política, foi em outro que a instância máxima da justiça administrativa francesa afirmou pela primeira vez, com clareza, que a qualificação de um ato como político deveria se operar segundo a natureza do ato posto sob análise do Conselho de Estado, qual seja: o caso *Duc d'Aumale et Prince Murat*. (MEDAUAR, 1993, p. 28-29).

O contexto do caso, análogo em certa medida ao *Arrêt Laffitte*, era, segundo Duguit, o que segue: ato do Ministro da Guerra excluiu os Príncipes de Orléans e o Príncipe Murat dos registros oficiais do exército francês. Inconformados, os príncipes apresentaram reclamação junto ao Conselho de Estado. Nada obstante, o Ministro da Guerra invocou, em defesa do ato impugnado, a finalidade política deste, alegando que, tratando-se de ato levado a efeito para fins políticos, estaria externo ao controle do Conselho de Estado. (DUGUIT, 1914, p. 395-396)

O Conselho de Estado rejeitou expressamente a alegação do Ministro da Guerra, tendo o comissário Marguerite, julgador do Conselho de Estado, afirmado o seguinte: “O pensamento político que levou um representante do poder público a editar determinado ato, não lhe retira necessariamente o caráter administrativo, se esse ato, por sua natureza, não é um ato administrativo” (MARGUERITE, 1887 *apud* MEDAUAR, 1993, p. 28). No mérito, o Conselho de Estado acolheu o pleito dos reclamantes apenas quanto ao Príncipe Murat (DUGUIT, 1914, *loco citato*).

Assim, após a teoria do móvel político, instituiu-se na jurisprudência administrativa francesa a teoria da natureza do ato, de acordo com a qual haveria atos

que, por sua natureza – não segundo seu fim – seriam *políticos*, sendo o próprio Conselho de Estado aquele competente para identificar os atos emanados pelo Estado, em sentido amplo, que seriam, em sua natureza, políticos. (DI GASPARE *apud* MEDAUAR, 1993, p. 28).

Quanto à teoria da identificação dos atos políticos segundo a natureza – ou essência – do ato analisado pelo Conselho de Estado, faz-se algumas considerações.

Segundo Carro e Fernández-Valmayor, o enunciado fundamental da teoria da natureza do ato é o seguinte: o ato político é uma espécie de ato administrativo – isto é, ontologicamente, ele é ato administrativo. A par disso, sendo o ato político espécie de ato administrativo, não é a finalidade subjetiva da autoridade administrativa ao emanar dito ato que mudará sua essência. E isso se aplicaria em relação a todos os atos emanados do Estado provenientes do regular exercício da atividade administrativa, permanecendo como *atos exclusivamente políticos*, ou seja, atos sobre os quais não deveria se manifestar o Conselho de Estado, apenas os atos levados a efeito pelo Estado, em sentido amplo, no exercício da atividade governamental (CARRO E FERNÁNDEZ-VALMAYOR, 1967, p. 87-88).

Seguem os doutrinadores chilenos expondo que, em decorrência dessa definição de ato político como ato próprio da atividade governamental, é necessário esclarecer o que é atividade administrativa e o que é atividade governamental (*Ibidem, loco citato*). Com o intuito de resolver esse problema, foi proposta uma lista dos *actes de gouvernement*, próprios da atividade governamental, que expõem como sendo:

“actos relativos a las relaciones entre órganos constitucionales, actos relativos a la seguridad interior del Estado y a las relaciones internacionales, los hechos de guerra, a los cuales algunos autores añadian el derecho de gracia del Jefe del Estado” (CARRO e FERNÁNDEZ-VALMAYOR)¹³

13 FERNÁNDEZ-VALMAYOR, A.; CARRO, J. L. La Doctrina de Acto Político. Revista de Administración Pública, v. 53, 1967, p. 88. Tradução nossa: “atos relativos às relações entre os órgãos constitucionais, atos relativos à segurança interior do Estado, e às relações internacionais, os atos de guerra, aos quais alguns autores acrescentam o direito de graça do Chefe de Estado.”

Ocorre que apesar do esforço doutrinário, não se conseguiu construir um verdadeiro critério ontológico que diferenciasses o ato estatal decorrente do exercício de atividade administrativa do ato estatal decorrente do exercício da atividade governamental. Nesse sentido, explicam os mesmos doutrinadores:

“Los criterios del *imperium*, de la discrecionalidad o del interés general, no fueron suficientes para dar a los actos políticos una independencia conceptual. La doctrina llegó a fórmulas tan extremadamente vagas que impidieron aislar claramente una actividad de gobierno como una forma de actividad estatal con características propias y distintas de las tres funciones tradicionales del Estado.”¹⁴

Arrematando, com a teoria da natureza do ato, “a não apreciação dos atos de governo permaneceu, embora parecesse repudiado o fim político.” (MEDAUAR, 1993, p. 29).

1.3.3 Considerações finais a respeito do desenvolvimento da teoria dos *actes de gouvernement* no Direito francês

Da análise da origem da teoria dos *actes de gouvernement* em França, a partir do cotejo dos casos julgados pelo Conselho de Estado *Arrêt Laffite*, *Prince Napoleon* e *Duc d'Aumale et Prince Murat* é possível extrair as seguintes conclusões:

a) *A teoria do móvel político, primeira adotada pelo Conselho de Estado para o julgamento de casos relativos aos, assim chamados pelos francófonos, actes de gouvernement, não é adequada para a proteção dos direitos individuais, potencialmente exsurgindo dela, como aponta a doutrina, toda forma de arbítrio pelo Poder Executivo, uma vez que bastaria o agente público invocar a “exceção da*

14 FERNÁNDEZ-VALMAYOR, A.; CARRO, J. L. La Doctrina de Acto Político. Revista de Administración Pública, v. 53, 1967, p. 88. Tradução nossa: “Os critérios do imperium, da discricionariiedade ou do interesse geral, não foram suficientes para dar aos atos políticos uma independência conceitual. A doutrina chegou a fórmulas tão extremadamente vagas que impediram de definir claramente uma atividade de governo como uma forma de atividade estatal com características próprias e distintas das três funções tradicionais do Estado.”

finalidade política” do ato impugnado diante do Conselho de Estado para praticar livremente ato contrário ao direito.

b) Mais adequada do que a teoria do móvel político, parece a teoria da natureza do ato, a qual, embora dependente, para sua boa aplicação, da resolução da difícil questão relativa a existência de uma atividade governamental conceitualmente autônoma da atividade administrativa, afirma a competência do Conselho de Estado, ele próprio, para julgar a natureza do ato – se decorrente do exercício da atividade administrativa ou da atividade governamental – levado a sua apreciação, afastando-se, desse modo, a anterior reserva ao arbítrio do agente público na declaração da finalidade política de um ato estatal para assim se esquivar do controle de sua atividade.

2. A TEORIA DOS ATOS POLÍTICOS NA DOUTRINA BRASILEIRA

2.1 Considerações preliminares

O objeto deste capítulo é a análise de como a teoria dos atos políticos é compreendida na doutrina nacional. Passa-se a uma breve exposição da metodologia utilizada.

2.2 Metodologia

Expõe-se, aqui, o método de pesquisa e análise do referencial teórico nacional sobre o tema em estudo. Num primeiro momento, será construído um sumário relativo às posições sobre o tema em debate dos seguintes doutrinadores: Medauar, Cretella Júnior, Franco Sobrinho, Bandeira de Mello, Di Pietro, Justen Filho, Francisco, Pereira dos Santos, Grinover e Watanabe. O foco dessa análise serão duas questões específicas: i) conceituação do ato político; e ii) limites do seu controle pelo Poder Judiciário.

Numa segunda ocasião, será realizado um exame comparativo entre as diversas opiniões apresentadas. Finalmente, após essa comparação, serão tecidas algumas conclusões que puderam ser extraídas da pesquisa realizada, a respeito da conceituação do *ato político* e do seu grau de *controlabilidade judicial* segundo os doutrinadores brasileiros.

2.3 MEDAUAR¹⁵

Odete Medauar, não sem advertir em relação à dificuldade de conceituação do ato político ou de governo, aponta três notas predominantes dos atos de governo – recorrendo ao magistério de Fiorini quanto às duas últimas –, por meio das quais seria possível verificá-los caso a caso. Essas notas são:

a) “o ato de governo provém da autoridade máxima do Poder Executivo” (MEDAUAR, 1993, p. 37). Isso significa dizer, no Brasil, no âmbito federal, ao Presidente da República, conforme o disposto no art. 76¹⁶ da Constituição Federal; no âmbito estadual, aos governadores dos Estados-Membros; e, por fim, no âmbito municipal, aos prefeitos (MEDAUAR, 1993, *loco citato*).

b) Os atos de governo são aqueles que se operam em cumprimento direto de atribuições previstas na Constituição. Todavia, como observa o autor, nem todo ato que decorre da execução direta da Constituição é ato de governo. (FIORINI apud MEDAUAR, 1993, p. 37).

c) as consequências jurídicas e os destinatários dos atos de governo são os poderes legislativo e judiciário, outros Estados, em sentido amplo, e organismos internacionais. (FIORINI apud MEDAUAR, 1993, p. 37).

Tanto estabelecido, é de se ressaltar que a autora apresenta uma lista de atos de competência do Chefe do Poder Executivo, políticos, observado o segundo critério acima enumerado:

“a) apresentação ou retirada de projeto de lei (art. 84, item II, da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988)

b) recusa em apresentar projeto de lei (seria omissão de ato de governo)

¹⁵ MEDAUAR, Odete. Ato de Governo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 191, p. 67-85, jan. 1993.

¹⁶ BRASIL. Constituição Brasileira de 1988. Brasília, Distrito Federal, outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

- c) sanção, promulgação e publicação de leis (art. 84, item IV da Constituição Federal de 1988)
- d) convocação de sessão extraordinária do Congresso Nacional (art. 57, párr. 6º da Constituição de 1988)
- e) veto a projetos de lei (art. 84, item V)
- f) edição de medidas provisórias com força de lei (art. 84, item XXVI)
- g) decretação e execução de intervenção federal (art. 84, item X)
- h) decretação de estado de defesa e estado de sítio (art. 84, item IX)
- i) celebração de tratados, convenções e atos internacionais (art. 84, item VIII)
- j) declaração de guerra no caso de agressão estrangeira (art. 84, XIX)
- l) decretação total ou parcial, de mobilização nacional (art. 84, XIX)
- m) celebração da paz (art. 84, XX)" (MEDAUAR)¹⁷

Quanto à possibilidade de controle, Medauar destaca, quanto à matéria a ser controlada, que os atos de governo, apesar de externos ao controle de *legalidade*, ao menos do ponto de vista formal, se submetem a controle de *constitucionalidade*, pois editados com base em competência outorgada pela autoridade da própria Constituição. (MEDAUAR, 1993, p. 38-40).

Afirma, ainda, quanto ao agente a exercer esse controle de *constitucionalidade*, que, os atos de governo se submetem, em primeiro lugar, ao crivo do Poder Legislativo, que tem a prerrogativa de negar a aprovação de atos como, por exemplo, o estado de sítio e a intervenção federal. Nada obstante, Medauar também afirma que o Poder Judiciário é competente para o controle de constitucionalidade do ato de governo, sendo que qualquer legitimado do art. 103 da Constituição Federal teria¹⁸ legitimidade para questionar judicialmente qualquer ato do Poder Executivo, inclusive os atos de governo. (MEDAUAR, 1993, *loco citato*).

¹⁷ MEDAUAR, Odete. Ato de Governo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 191, p. 67-85, jan. 1993. p. 37-38.

¹⁸ BRASIL. Constituição Brasileira de 1988. Brasília, Distrito Federal, outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

2.4 CRETELLA JÚNIOR¹⁹

Cretella Júnior, embora advirta a respeito da dificuldade de conceituação do ato político, formula a seguinte definição:

“Ato de governo ou ato político é toda manifestação de vontade do poder público que, por sua condição toda especial, escapa à revisão do Poder Judiciário, constituindo esse tipo de ação não uma exceção ao princípio da legalidade, mas à competência do juiz, o qual não tem possibilidades de fiscalizá-lo, se a isso for provocado.” (CRETELLA JÚNIOR)²⁰

E, no mesmo texto, complementa:

“Contrapondo-se ao *ato vinculado*, preso aqui e ali, a ponto de obrigar o pronunciamento da Administração, desde que preenchidos certos requisitos pré-traçados, aproxima-se o *ato de governo*, sob certos aspectos, do ato discricionário, se bem que se movimente em área bem mais ampla e flexível, a que poderíamos denominar de *discricionariedade política* ou *discricionariedade governamental*.” (CRETELLA JÚNIOR)²¹

Com efeito, segundo o administrativista em tela, o ato de governo, ao ferir direitos individuais, perde sua identidade e submete-se ao controle judicial. Isto é, os atos políticos, ao ferir os direitos do cidadão, deixam de ser propriamente atos políticos e se tornam arbitrários, estes devendo ser repelidos pelo Poder Judiciário. Lê-se do escólio do insigne jurista:

“O ato de governo, assim, nem direta nem reflexivamente atingirá os direitos adquiridos, as liberdades públicas, as prerrogativas individuais, expressas em lei, e caso, por inadvertência, por abuso, excesso ou desvio de poder, a providência do Governo interfira na esfera circunscrita a tais prerrogativas, estará inquinada de vício patente

¹⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. Tratado de Direito Administrativo, vol. II: teoria do ato administrativo. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

²⁰ Ibidem. p. 118.

²¹ Ibidem. p. 123.

que a desnatura, tornando-a vulnerável aos *remedia juris* correspondentes para o reexame do esdrúxulo pronunciamento governamental pelo Poder Judiciário

O *ato político* é, pois, antes de tudo, “espécie”, em que se desdobra o “gênero” *ato administrativo*, do mesmo modo que Poder Administrativo e Poder Executivo também se acham nessa relação. O Poder Executivo tem não só poderes políticos como administrativos (Bielsa, *Princípios de Derecho Administrativo*, 3ª ed., 1963, p. 63). Por sua vez, o *ato administrativo* é o ato do Estado matizado de juridicidade. Logo, ato de governo é a manifestação de cunho administrativo a que não é estranho o traço jurídico-político. *Ato arbitrário*, ao revés, é ato que agride o direito. É ato antijurídico.

Desse modo, o *político* e o *arbitrário* repelem-se, opondo-se, como se repelem as noções antagônicas do jurídico e do antijurídico.” (CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 122)

Assim, quanto ao magistério de José Cretella Júnior, é possível extrair as seguintes conclusões:

a) o *ato político* é ato emanado do governo que, no exercício da função governamental, realiza objetivos de natureza política;

b) o *ato político* escapa à revisão pelo Poder Judiciário;

c) se o *ato político* lesa direitos individuais, ele se desnatura, deixando-se de ser político e se tornando arbitrário, isto é, antijurídico, atraindo a revisão judicial.

2.5 FRANCO SOBRINHO²²

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho tem o ato político por: *ato administrativo*, quanto à sua formação, – isto é, originários do Estado, em sentido amplo, no exercício da *função administrativa* – levados a efeito pelo *Poder Executivo*, *distinguindo-se* do ato administrativo em geral quanto à *causa* e a *finalidade*, pois estas oriundas, no ato político, diretamente da *Constituição*. (FRANCO SOBRINHO, 1980, p. 103)

²² FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. Atos administrativos. São Paulo: Saraiva, 1980.

Mais adiante, o autor, apesar de não tratar especificamente da impugnabilidade dos atos políticos perante o Poder Judiciário, pontua que estão submetidos ao direito e ao princípio da legalidade (Ibidem, p. 103-104). Expôs, também, o seguinte: “Para que os atos de governo ou políticos tenham legitimidade não de vir iguais aos demais atos administrativos, com uma causa dominante, válidos na competência, definidos no objeto e na finalidade, sobretudo revestidos de forma adequada” (Ibidem, 1980, p. 104).

2.6 BANDEIRA DE MELLO²³

Na conceituação de Celso Antônio Bandeira de Mello, os atos políticos *não são atos administrativos*, tendo em vista que a autoridade que os pratica não o faz com base nas leis – ordinárias ou complementares –, mas sim com base diretamente constitucional, isto é, estariam os atos políticos submetidos a um regime jurídico constitucional, não administrativo, e seriam praticados no exercício da função política do Estado, em sentido amplo. Nada obstante, pontua que, apesar de não se tratarem de atos administrativos, isso não significa que fujam ao controle jurisdicional, observado o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal²⁴. A peculiaridade seria a seguinte: seu controle se dá com base em critérios constitucionais, não legais, uma vez que não se tratam de atos infralegais, senão infraconstitucionais. (BANDEIRA DE MELLO, 2016, p. 394).

Mello elenca, de modo exemplificativo, os seguintes atos como políticos: i) concessão de indulto; ii) apresentação de projeto de lei pelo Chefe do Poder Executivo; iii) sanção ou veto de lei aprovada pelo Congresso Nacional. (*Ibidem, loco citato*).

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

²⁴ BRASIL. Constituição Brasileira de 1988. Brasília, Distrito Federal, outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

2.7 DI PIETRO

Di Pietro classifica o ato político como *ato da administração*, distinto na sua conceituação do *ato administrativo*, sendo que se sujeitam a regime jurídico constitucional. Não trata com maiores detalhes a teoria do ato político (DI PIETRO, 2017, p. 231-232).

2.8 JUSTEN FILHO²⁵

Marçal Justen Filho separa os atos emanados do Estado, em sentido amplo, entre aqueles levados a efeito no exercício da função administrativa e aqueles promovidos no exercício da função política. Explica que aqueles se submetem ao regime jurídico administrativo, enquanto estes se submetem a regime jurídico constitucional, não sendo seu estudo, portanto, objeto propriamente do direito administrativo. (JUSTEN FILHO, 2015, p. 112-113).

Pontua, contudo, que dizer que tais atos se submetem a regime jurídico constitucional não equivale a dizer que sejam externos ao controle jurisdicional, mas sim que esse controle se opera de maneira diferenciada, a partir da própria Constituição Federal (*Ibidem, loco citato*). A respeito do controle desse ato, o magistério do administrativista em tela:

“O segundo se refere à existência de controles e limites apropriados para a função política, ainda que diferenciados. Admite-se que o regime jurídico da função de governo é diverso, mas isso não significa impossibilidade de controle nem ausência de limites. Mas o tema escapa ao direito administrativo, ingressando no âmbito do direito constitucional. A matéria foi objeto de acerbada discussão no seio do STF, a propósito do caso Battisti (Extradição 1.085, Pleno, rel. Min Cezar Peluso, j. 16.12.2009, *DJe*, 15.04.2010). Em uma passagem relevante, foi afirmado que “Não há judicialização da política quando as ‘questões políticas’ estão configuradas

²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 11. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

como verdadeiras ‘questões de direitos. Essa tem sido a orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal” (voto do Min. Gilmar Mendes). Ou seja, a afirmação do Estado de Direito eliminou a possibilidade de poderes políticos absolutos. Existem funções políticas que podem compreender margem de autonomia para a deliberação da autoridade política. No entanto, essa autonomia sempre está interpretada e concretizada como uma manifestação de poder instituído, delimitado e fundado na ordem jurídica. Portanto, a decisão política concretamente adotada estará sujeita a controle de verificação de sua regularidade em face da ordem jurídica. (JUSTEN FILHO)²⁶

2.9 FRANCISCO²⁷

FRANCISCO, ao comentar o art. 84 da Constituição Federal – que trata das competências privativas do Presidente da República –, apesar de não fazer uma incursão específica na teoria dos atos políticos, analisa o controle jurisdicional dos atos privativos do Presidente da República. Relacionam-se os atos de competência privativa do Chefe do Poder Executivo com a teoria dos atos políticos, uma vez que doutrinadores como Odete Medauar e Celso Antônio Bandeira de Mello extraem da lista das competências privativas do Presidente da República *atos políticos em espécie*.

Assim, o glosador refere que os atos do Chefe do Poder Executivo relacionados ao tratamento das *questões políticas* se submetem ao controle jurisdicional em decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição, vigente no Brasil. Igualmente, destaca que esse controle diz respeito não apenas a vícios formais, também podendo se operar, excepcionalmente, quanto ao mérito. Pontua que jamais pode o Poder Judiciário adentrar em aspectos políticos, devendo se restringir a aspectos jurídicos da decisão do Chefe do Poder Executivo. Nada obstante, reconhece a existência de casos em que o Supremo Tribunal Federal fundamenta

²⁶Ibidem, p. 113.

²⁷ FRANCISCO, José Carlos. Comentário ao artigo 84. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; _____ (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva Almedina, 2013. p. 1.199.

suas decisões em interpretações políticas dos atos impugnados judicialmente. (FRANCISCO, 2013, 1199).

2.10 SEABRA FAGUNDES²⁸

Conforme Seabra Fagundes, os atos *exclusivamente políticos* fogem ao controle judicial. Assim, no intuito de conceituar o ato exclusivamente político, define *ato administrativo* como gênero, do qual *ato político* é espécie, do qual o *ato exclusivamente político* é sub-espécie (SEABRA FAGUNDES, 2010, 196-199). E quanto aos critérios para que determinado ato emanado do Estado, em sentido amplo, possa ser classificado como *exclusivamente político*, distinguindo-se do ato político enquanto espécie do *ato administrativo*, Seabra estabelece o seguinte:

Um único elemento, a *finalidade*, dá base para distingui-lo do ato administrativo não-político. Esse é, no entanto, um precário índice distintivo, dependente, como elemento de caracterização, do ponto de vista pessoal de cada autor, uns vendo a finalidade política com maior extensão, outros vendo-a mais restritamente. Mas ao nosso objetivo imediato (fixação do conceito dos atos exclusivamente políticos), essa indeterminação dos confins do ato político se nos afigura mais simples e fácil. Sim, porque, aqui, além da *finalidade*, há também, como elemento distintivo, o *conteúdo*, isto é, o limite da sua repercussão jurídica. Para que o ato administrativo seja estritamente político, há de conter medida de fins unicamente e políticos (finalidade) e, ao mesmo tempo, há de circunscrever-se ao âmbito interno do mecanismo estatal, e, se o exceder, não deve alcançar direitos individuais explicitamente reconhecidos, mas apenas interesses (conteúdo). (SEABRA FAGUNDES)²⁹

Assim, é possível sumarizar que, de acordo com o escólio de Seabra Fagundes, o ato exclusivamente político se distingue do ato administrativo em geral segundo dois critérios de definição: i) finalidade (exclusivamente político); e ii) conteúdo (não fere direitos individuais). Portanto, autoriza-se concluir que, conforme seu magistério, escapa ao controle do Poder Judiciário todo ato administrativo que

28 FAGUNDES, Miguel Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

29 Ibidem, 196-199.

combina em si essas duas características – não atinge os direitos do cidadão e tem finalidade política.

Todavia, destaca o autor, ainda, que, a partir de um ato exclusivamente político, podem ser gerados, de modo reflexo, atos administrativos não políticos, podendo estes ferir direitos individuais, sendo, neste segundo caso, possível a submissão do referido ato ao controle judicial, tendo em vista a inafastabilidade da jurisdição quando há lesão ou ameaça de lesão a direito, art. 5º, XXXV, da Constituição Federal³⁰ (SEABRA FAGUNDES, 2010, p. 200-202). O autor exemplifica esse fenômeno da seguinte maneira:

(...) Vejamos o que sucede com a intervenção federal nos Estados. O ato que a decide é político, tipicamente político. Assenta em motivos políticos e essencialmente política é sua finalidade. A apreciação da sua oportunidade e conveniência escapam a qualquer outro órgão, que não o constitucionalmente investido na competência de declará-la (CF, EC n. 1, arts. 10, 11, 12, e 81, XVII) [v. arts. 34 a 36 e 84, X, da CF de 1988]. (...) Ao decreto de intervenção, necessariamente, nos casos gerais a que nos reportamos, seguem-se atos de execução da medida decretada (...) Estes não se apresentam, em regra, com caráter puramente político. Destinam-se a ordenar o serviço público provincial. Outro caso semelhante dessa duplicidade de atos existe a propósito do estado de sítio. O ato que o declare será estritamente político, mas os que se seguem, na realização das medidas impostas pela natureza deles e necessidades públicas, serão atos, em geral, não políticos (Ranelletti, Le Guarentigie, cit., p. 61, nº 46 e nota 5) (SEABRA FAGUNDES)³¹

Assim, do magistério de Seabra Fagundes, é possível extrair o seguinte:

a) O ato exclusivamente político foge ao controle judicial.

b) Todavia, não basta, apenas, que um ato emanado do Estado, em sentido amplo, tenha finalidade política para que não se submeta a controle pelo Poder Judiciário. É necessário, igualmente, que seu conteúdo diga respeito exclusivamente a interesses de Estado, políticos por natureza, para que a exclusão de justiciabilidade se opere.

³⁰ BRASIL. Constituição Brasileira de 1988. Brasília, Distrito Federal, outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

³¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 201-202.

c) *Ferindo direitos individuais, o ato em análise, apesar de poder ser político quanto à finalidade, não o é quanto ao conteúdo, justamente por lesar direito, deixando a questão de ser política para se tornar jurídica. Nesse caso, submete-se o ato ao controle judicial.*

2.11 PEREIRA DOS SANTOS³²

Pereira dos Santos, pranteado glosador da Constituição Republicana de 1891, ao comentar o art. 59 da antiga Constituição – que tratava das competências e atribuições do Supremo Tribunal Federal – afirmou que, com base na jurisprudência americana formada sobre o ponto até então (principalmente, aos casos *Marbury v. Madison* e *Luther v. Borden*), o Supremo Tribunal Federal não era competente para julgar questões políticas, sendo estas definidas como aquelas relativas ao exercício da função própria do Poder Executivo no desempenho dos seus respectivos deveres. No entanto, havendo violação de direitos individuais, o Poder Judiciário seria competente para o julgamento da lide apresentada. (PEREIRA DOS SANTOS, 2005, p. 592-595).

2.12 GRINOVER e WATANABE³³

Grinover e Watanabe, filiando-se ao entendimento desposado por Seabra Fagundes, afirmam que o ato *exclusivamente político* seria ato administrativo político, sendo que difere das demais espécies de ato administrativo “pela finalidade (fins unicamente políticos) e pelo conteúdo, isto é, pelo limite de sua repercussão jurídica (deve circunscrever-se ao âmbito interno do mecanismo estatal).” (WATANABE, 1980,

³² PEREIRA DOS SANTOS, Carlos Maximiliano. Comentários à Constituição Brasileira de 1891. Ed. Fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2005.

³³ WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional: Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional no Sistema Jurídico Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. *et* GRINOVER, Ada Pelegrini. As garantias constitucionais do direito de ação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

p. 41). Tendo em vista, assim, que o ato administrativo exclusivamente político não pode, por definição, ferir direitos, mas apenas afetar interesses, Grinover conclui que:

Não é correta, pois, a afirmação de que as questões meramente políticas representam exceção ao princípio da inafastabilidade do controle judiciário: pois que, em se tratando de lesões de direitos individuais, não há que falar-se, a rigor, em ato administrativo exclusivamente político, o qual, como vimos, pode atingir somente interesses, mas não direitos (GRINOVER)³⁴

Grinover adverte, contudo, que, tratando-se de ato decorrente de ato exclusivamente político, ferindo o ato derivado direito individual, o ato derivado poderá, em decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição, ser impugnado judicialmente, chegando-se ao ato exclusivamente político que o originou:

Sempre, porém, que o ato, embora exclusivamente político, implique na prática de outros, com repercussão sobre direitos individuais, a questão que se suscitasse não mais seria meramente política; e pode, nesse caso, provocar-se pronunciamento jurisdicional, em face de atos consequentes ao ato político, remontando até este. (GRINOVER)³⁵

Por fim, Kazuo Watanabe arremata:

Lícito é afirmar, assim, que a restrição diz mais com o alcance do controle, qual ocorre com os atos administrativos em geral, por necessário respeito, no sistema da tripartição de poderes, à esfera de atuação de cada Poder, não constituindo, por isso mesmo, mais uma exceção ao princípio em estudo. (WATANABE)³⁶

2.13 Comparação

Neste sub-capítulo, a proposta é comparar as variadas opiniões doutrinárias e, a partir dessa comparação, procurar realizar um conceito sintético de *ato político*, bem

³⁴ GRINOVER, Ada Pelegrini. As garantias constitucionais do direito de ação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 145.

³⁵ GRINOVER, Ada Pelegrini. As garantias constitucionais do direito de ação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 145.

³⁶ WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional: Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional no Sistema Jurídico Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 44.

como tecer algumas ponderações a respeito da sua possibilidade de controle perante o Poder Judiciário.

Quanto à natureza – se o ato político é ou não espécie de ato administrativo – registra-se que, para Watanabe, Grinover, Seabra Fagundes, Franco Sobrinho e Cretella Júnior, trata-se o ato político de *ato administrativo*, embora, quanto ao mérito, seja dotado de *discricionariedade política*. Para Di Pietro, Justen Filho e Bandeira de Mello, de outro lado, o ato político não é espécie de ato administrativo, uma vez que, ao leva-lo a efeito, a autoridade que o executa não atua sob regime jurídico de direito administrativo, mas sim sob regime jurídico de direito constitucional, ou seja, é praticado em direto exercício de competências que a Constituição atribuiu a certo poder do estado, como, por exemplo, ao Poder Executivo em relação às competências privativas do Presidente da República, elencadas no art. 84 da Constituição Federal.

Quanto à finalidade e ao conteúdo – se o ato político é caracterizado apenas quanto à finalidade política, ou se o seu conteúdo igualmente importa para sua identificação –, é de se destacar que parece pacífico não bastar que um órgão do governo atribua finalidade política a um ato para que esse ato assuma as características de *ato político* e fuja, portanto, ao menos, de um controle mais aprofundado quanto ao mérito, considerada a grande elasticidade da discricionariedade política. Com efeito, segundo o referencial teórico estudado, para que determinado ato emanado do Estado, em sentido amplo, possa ser considerado ato exclusivamente político, é necessário que ele, quanto ao conteúdo, não agride direitos individuais. Isso não significa, no entanto, que os atos decorrentes de um ato puramente político originário sejam, eles próprios, políticos. E isso em razão do seu potencial de ferir direitos, o que, indo a lesão a direito às vias de fato, atrairá a aplicabilidade do princípio da inafastabilidade da jurisdição quanto a eles.

Quanto à controlabilidade judicial – se estão submetidos ao controle jurisdicional e se, estando, qual a extensão desse controle –, é de se ressaltar que, apesar da existência de certa divergência doutrinária quanto ao controle sobre o mérito do ato político, certo é que, ferindo um ato supostamente político um direito, ele se sujeitará ao crivo do controle jurisdicional, uma vez que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, da

Constituição Federal³⁷). Com efeito, parece uníssono na doutrina conquistada que sempre que os atos, em princípio, políticos, ferem direito individual, estarão sujeitos ao controle pelo Judiciário, em decorrência da desnaturação da sua natureza exclusivamente política a partir do momento em que ferem direito individual, conforme o magistério de Cretella Júnior.

2.14 Considerações finais do capítulo II

Estabelecidas as premissas nas parcelas anteriores do presente capítulo, autoriza-se concluir, quanto à teoria do *ato político* no ordenamento jurídico brasileiro:

a) Parece prevalecer a ideia de que o ato político é espécie de ato administrativo, distinguindo-se do ato administrativo em geral pelo grau elevado de discricionariedade de tais atos – discricionariedade política.

b) Por definição, não ferem, em hipótese alguma, direitos individuais, perdendo seu caráter político sempre que os direitos do cidadão são violados por um ato supostamente político. Na dicção de Cretella Júnior, ao ferirem direitos individuais, deixam de ser atos políticos e se tornam atos arbitrários.

c) Não estão sujeitos a controle jurisdicional, quanto à interpretação da parcela exclusivamente política do mérito do ato. Todavia, apenas subsistem como políticos enquanto não ferirem direitos, autorizando-se concluir que não há, em realidade, exceção ao princípio da inafastabilidade da jurisdição no ato político, tendo em vista que, na prática do ato exclusivamente político, não há – nem pode haver, repisa-se, – violação do direito, sob pena de desnaturação do ato político em ato arbitrário (CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 122-123) e, como corolário da arbitrariedade, antijurídico.

³⁷ BRASIL. Constituição Brasileira de 1988. Brasília, Distrito Federal, outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

3. ESTUDOS DE CASO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA A RESPEITO DA TEORIA DOS ATOS POLÍTICOS

3.1 Considerações preliminares

Estabelecidos, nos dois capítulos anteriores, os alicerces histórico-dogmáticos, em relação aos Estados Unidos e à França, e dogmático-doutrinários, em relação a parte da doutrina nacional, o objeto deste derradeiro capítulo é a análise de alguns casos brasileiros, julgados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O objetivo final deste capítulo é a compreensão, a partir do espaço amostral coletado, da compreensão das Cortes nacionais em relação ao alcance do controle jurisdicional quanto aos *atos políticos*.

Aos estudos de caso.

3.2 Ato do Tribunal de Justiça por meio do qual requisita intervenção estadual em Município

Sobre a controlabilidade e natureza do ato por meio do qual um tribunal representa por intervenção, estadual ou federal, em decorrência do descumprimento de decisão judicial, estuda-se a decisão do Supremo Tribunal Federal no agravo de instrumento n. 769725/MG, em que a Corte, ao fundamento de que tal ato ostenta natureza político-administrativa, entendeu que recurso extraordinário questionando tal decisão não merece ser admitido. Lê-se do voto condutor do acórdão do agravo de instrumento, que julgou inadmissível recurso extraordinário interposto contra decisão que acolhia representação pela intervenção federal em razão do descumprimento de decisão judicial:

O Recurso Extraordinário – a que se refere o presente agravo de instrumento – insurge-se contra acórdão proferido por Tribunal de Justiça, que, ao acolher pedido de intervenção estadual em Município, deduzido com fundamento em inexecução de ordem judicial (CF, art. 35, IV), requisitou, ao Governador do Estado, a efetivação do ato interventivo.

Cabe analisar, preliminarmente, a questão concernente à admissibilidade de recurso extraordinário deduzido contra acórdão que julga pedido de intervenção formulado contra autoridade política, por alegado descumprimento de ordem judicial.

Sob tal perspectiva, entendo que o recurso extraordinário – que foi corretamente denegado na origem – é insuscetível de conhecimento, eis que impugna decisão resultante de atividade materialmente administrativa desenvolvida pelo Tribunal *a quo*, em procedimento cuja natureza – por revelar-se destituída de caráter jurisdicional – não se ajusta ao conceito jurisdicional de causa.

Nas hipóteses de descumprimento de ordem ou de sentença judiciais, (CF, art. 34, VI, e art. 35, IV), o procedimento destinado a viabilizar a efetivação de intervenção – seja de intervenção federal nos Estados-membros, seja de intervenção estadual nos Municípios, reveste-se de caráter político-administrativo, muito embora instaurado perante órgão competente do Poder Judiciário (CF, art. 36, II, e art. 35, IV), circunstância essa que inviabiliza a utilização do recurso extraordinário, consoante tem sido reiteradamente enfatizado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Pet 1.256-SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Pleno – RE 232.937-SP, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – AG278.891-SP, Rel. Min. Celso de Mello (...)) (RELATOR C. de MELLO)³⁸

Importa salientar que a questão é objeto da Súmula n. 637 do Supremo Tribunal Federal: “Não cabe recurso extraordinário contra acórdão de tribunal de justiça que defere pedido de intervenção estadual em município.”³⁹

A par disso, como se extrai da leitura do referido voto condutor, o ato por meio do qual Tribunal requisita intervenção federal com base no art. 36, II, e 35, IV, da Constituição Federal⁴⁰, é verdadeiro *ato político*. Isso porque não está o Tribunal exercendo função jurisdicional, mas sim, exercendo uma competência que lhe foi atribuída diretamente pela Constituição Federal. De outro lado, é de se ressaltar que tal ato do tribunal não parece capaz de, por si só, ferir direitos, o que, segundo Cretella Júnior, como já demonstrado no Capítulo II, afastaria o caráter político do ato.

³⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo de instrumento n. 769725/MG. Agravante: Município de Belo Horizonte. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acessado em 27/06/2018. p. 2-3

³⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula 637. Não cabe recurso extraordinário contra acórdão de tribunal de justiça que defere pedido de intervenção estadual em município. Súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 de junho de 2018.

⁴⁰ BRASIL. Constituição Brasileira de 1988. Brasília, Distrito Federal, outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

3.3 O ato por meio do qual o Chefe do Poder Executivo decreta intervenção

A questão já foi objeto de decisão pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na representação por intervenção federal n. 70034732818.

O contexto do caso era o seguinte: em decisão anterior, o Tribunal havia acolhido representação pela intervenção estadual no Município de Redentora. Notificada da decisão, a então Governadora do Estado, Yeda Crusius, não decretou intervenção estadual no referido município. Irresignado, o *parquet* apresentou nova representação, dessa vez pela intervenção federal no Estado do Rio Grande do Sul, em decorrência do descumprimento da decisão do Tribunal de Justiça que havia requisitado a intervenção federal no Estado do Rio Grande do Sul.⁴¹

Assim estabeleceu o voto condutor do acórdão:

Eminentes Colegas, rogando a mais respeitosa vênua à ilustre Procuradora-Geral de Justiça em exercício, que se manifestou pela intervenção federal no Estado do Rio Grande do Sul, ante a inércia do Poder Executivo em intervir no Município de Redentora, pelo descumprimento de ordem judicial, estou encaminhando o voto, na linha de outros já lançados sobre o mesmo tema, pelo desacolhimento da representação, embora reconhecendo não ser pacífica a matéria em exame.

Já decidi, conforme os precedentes cuja ementa reproduzo a seguir, no sentido de que o fato de o Governador do Estado haver se omitido na intervenção em município, mesmo quando determinada judicialmente, não caracteriza desobediência ou atentado à independência do Poder Judiciário.

A recusa de intervenção é ato político e discricionário que não está sujeito a controle judiciário.

(...)

Ante o exposto, voto pelo desacolhimento da representação. (Voto do Relator, João Carlos Branco Cardoso)⁴²

⁴¹ Dados extraídos do próprio voto condutor do acórdão. BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Representação n. 70034732818. Requerente: Procurador Geral de Justiça/RS. Relator: Desembargador João Carlos Branco Cardoso. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acessado em 27/06/2018.

⁴² *Ibidem*, p. 2-5.

Como se vê, prosperou, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a tese de que a intervenção estadual é ato político, que foge ao controle judicial. Com efeito, referiu expressamente o e. Relator que o não agir do governador em relação à decisão do Tribunal de Justiça que requisita Intervenção Federal.

De outro lado, apesar de não haver, no voto, consideração expressa a esse respeito, a conclusão do Relator parece se alinhar à orientação do STF sobre o tema. Com efeito, o ato do tribunal por meio do qual ele requisitou a intervenção do Estado no Município não é, segundo o entendimento sumulado do STF, propriamente decisão *judicial*, mas sim político-administrativa em sua natureza. Sendo assim, sendo ela político-administrativa, não se autoriza concluir que seu descumprimento seria verdadeiro descumprimento de ordem judicial.

Interessante notar, todavia, que não foi essa a interpretação do voto divergente. Com efeito, na divergência do Desembargador Francisco José Moesch, este vai de encontro à posição que se consolidou no Supremo Tribunal Federal a respeito do tema. Com efeito, segundo Moesch, a decisão que acolhe representação pela intervenção federal não tem caráter político-administrativo, tratando-se, em realidade, de decisão *judicial*, sendo que, na dicção do próprio Desembargador, “não cabe discricionariedade do Chefe do Poder Executivo em obedecer ou não ordem judicial” (Voto divergente proferido por Francisco José Moesch)⁴³.

Por fim, é digno de registro que a orientação do Tribunal, segundo a qual “a recusa de intervenção é ato político e discricionário que não está sujeito a controle judiciário”, merece críticas doutrinárias provenientes dos que consideram ato vinculado a intervenção no caso do descumprimento de decisão judicial.

Nesse sentido, Lewandowski:

Recebida a requisição de que cuida o dispositivo constitucional sob análise, o Presidente da República estará obrigado a intervir, porquanto se trata, nesse caso, de uma competência vinculada, ou seja, que não permite o juízo de conveniência e oportunidade quanto ao seu exercício. Isso porque a análise do estado de coatividade ou impedimento já foi previamente realizada pelos referidos Tribunais Superiores. O desatendimento da requisição

⁴³ Ibidem, p. 5-6.

configura crime de responsabilidade, nos termos do art. 85, VII, da Constituição (LEWANDOWSKI)⁴⁴

3.4 Nomeação de Ministro de Estado

Como estabelece o art. 84 da Constituição Federal⁴⁵, a competência para nomeação de Ministro de Estado é privativa do Presidente da República, sendo o referido ato tradicionalmente elencado como exclusivamente político para aqueles que intentaram criar uma lista de atos políticos, como estabelecido no Capítulo II. Por isso, relevante o estudo de casos em que o Supremo Tribunal Federal julgou remédios processuais por meio dos qual foi intentada a declaração da nulidade de ato do Presidente da República por meio do qual nomeou Ministro de Estado.

No ponto, dois casos recentes merecem atenção: a medida cautelar em mandado de segurança coletivo n. 34.070, em que o Ministro Gilmar Mendes, por meio do qual suspendeu-se a eficácia do ato por meio do qual a então Presidente Dilma Rouseff nomeou Luís Inácio Lula da Silva a Ministro de Estado Chefe da Casa Civil, ao fundamento de ocorrência de desvio de finalidade; e a Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 34.609, no qual se impugnava a nomeação do Ministro Moreira Franco, em que o Ministro Celso de Mello, adotando as mesmas premissas jurídicas do Ministro Gilmar Mendes, entendeu ser distinto o substrato fático do caso.

No caso Lula, o partido Partido Popular Socialista – PPS impetrou mandado de segurança coletivo contra ato do Presidente da República por meio do qual nomeou Luís Inácio Lula da Silva ao cargo de Ministro de Estado. A argumentação do impetrante, exposta no Relatório da decisão liminar do Ministro Gilmar Mendes na

⁴⁴ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Comentário ao artigo 36. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; _____ (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva Almedina, 2013. p. 814-815.

⁴⁵ BRASIL. Constituição Brasileira de 1988. Brasília, Distrito Federal, outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

espécie, cingia-se, fundamentalmente, à alegação de que, Dilma, ao nomear Lula, teria agido com desvio de finalidade, isto é, para conceder-lhe foro privilegiado.⁴⁶

O Ministro Gilmar Mendes, acatando a tese de desvio de finalidade, suspendeu a eficácia do ato da então Presidente da República, Dilma Rousseff, entendendo haver prova inequívoca do desvio de finalidade alegado pelo impetrante. Lê-se da decisão do Ministro Gilmar Mendes:

Apesar de ser atribuição privativa do Presidente da República a nomeação de Ministro de Estado (art. 84, inciso I, da CF), o ato que visa o preenchimento de tal cargo deve passar pelo crivo dos princípios constitucionais, mais notadamente os da moralidade e da impessoalidade (interpretação sistemática do art. 87 c/c art. 37, II, da CF).

(...)

Especificamente nos casos de desvio de finalidade, o que se tem é a adoção de uma conduta que aparenta estar em conformidade com um certa regra que confere poder à autoridade (regra de competência), mas que, ao fim, conduz a resultados absolutamente incompatíveis com o escopo constitucional desse mandamento e, por isso, é tida como ilícita.

Aplicando essas noções ao caso em tela, tem-se que a Presidente da República praticou conduta que, a priori, estaria em conformidade com a atribuição que lhe confere o art. 84, inciso I, da Constituição – nomear Ministros de Estado. Mas, ao fazê-lo, produziu resultado concreto de todo incompatível com a ordem constitucional em vigor: conferir ao investigado foro no Supremo Tribunal Federal.” (Decisão do Relator, Ministro Gilmar Mendes)⁴⁷

Da leitura do trecho transcrito, é possível extrair algumas conclusões a respeito do controle do ato de nomeação de Ministro de Estado no Supremo Tribunal Federal.

Primeiro, seu controle pelo Poder Judiciário é possível e se opera a partir dos princípios da administração pública, previstos no art. 37, II, da Constituição Federal, do que se autoriza concluir que a Corte sinaliza no sentido de que, sendo os atos políticos praticados a partir de uma regra de competência prevista na própria Constituição, seu controle também se opera com base em normas constitucionais (art. 37, II).

46 Dados extraídos da decisão em medida cautelar. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança Coletivo n. 34.070. Impetrante: Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acessado em 27/06/2018.

47 Ibidem, p. 18-19.

Segundo, para o controle de tais atos em relação ao desvio de finalidade, é de se realizar o seguinte raciocínio: o Chefe do Poder Executivo pratica ato com base em regra que lhe atribui de competência privativa (p. ex., nomeação de Ministro de Estado); apesar de estar em conformidade com a regra de atribuição, pode ser anulado se verificados “resultado concreto de todo incompatível com a ordem constitucional em vigor” (GILMAR MENDES *in* decisão citada, p. 19).

Interessa sublinhar, ainda, que o Ministro Celso Mello, por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança Coletivo n. 34.609, em que se impugnava a nomeação de Moreira Franco a Ministro de Estado, adotou *premissas jurídicas* de análise semelhantes àquelas de Gilmar Mendes no caso Lula, isto é: apesar da nomeação de Ministro de Estado ser atribuição de competência privativa do Presidente da República, é possível a declaração da nulidade desse ato se verificado desvio de finalidade. Lê-se da decisão do decano:

A controvérsia suscitada na presente causa mandamental cinge-se a uma questão específica que pode ser resumida na seguinte indagação: a nomeação de alguém para o cargo de Ministro de Estado, mesmo preenchidos os requisitos previstos no art. 87 da Constituição da República, configuraria hipótese de desvio de finalidade pelo fato de importar – segundo sustenta o impetrante – em obstrução aos atos de investigação criminal supostamente provocada em razão de o Ministro de Estado dispor de prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal?

Não questiono a afirmação de que o desvio de finalidade qualifica-se como vício apto a contaminar a validade jurídica do ato administrativo, inquinando-o de nulidade, tal como adverte o magistério doutrinário (...)” (Decisão do Relator, Ministro Celso de Mello) ⁴⁸

Por fim, interessa notar que, em ambos os casos, os Ministros reconhecem a possibilidade de violação, ao menos em tese, de direito. Esse reconhecimento aproxima a questão à posição doutrinária segundo a qual o ato político, violando direito, perde a natureza *exclusivamente* política e se submete ao controle do Poder

⁴⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 34.609. Impetrante: Rede Sustentabilidade – Diretório Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acessado em 27/06/2018. p. 04.

Judiciário. Assim, havendo violação ao direito na nomeação de Ministro de Estado, existe a possibilidade de controle.

3.5 Considerações finais do Capítulo III

Dos estudos de caso propostos, é possível extrair as seguintes conclusões:

a) a decisão de Tribunal de Justiça, por meio do qual é acolhida representação para requerimento de intervenção estadual em município é ato político-administrativo que não está sujeito a controle jurisdicional.

b) Segundo acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o ato por meio do qual o Chefe do Poder Executivo decreta intervenção em outro ente federado é exclusivamente político, externo ao controle jurisdicional, mesmo quando requisitado pelo Poder Judiciário na forma do art. 36, II, Constituição Federal, apesar de entendimento doutrinário em sentido contrário.

c) Segundo a jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal, o ato por meio do qual o Chefe do Poder Executivo Federal nomeia Ministro de Estado, apesar de ser ato abarcado por sua atribuição privativa, é nulo sempre que, do seu resultado concreto, decorrer uma violação à ordem jurídica na forma do desvio de finalidade, nos termos do art. 37, II, da Constituição Federal.

CONCLUSÃO

Da pesquisa realizada, é possível extrair algumas conclusões relativas ao objeto estudado nesta monografia.

Primeiro, estudou-se a origem da teoria do ato político no direito estadunidense e, a partir dessa parte da pesquisa, pôde-se concluir que: a) sua primeira formulação se operou no clássico caso *Marbury v. Madison*, em que o a Suprema Corte afirmou que toda questão política é externa à apreciação da *Supreme Court*, sendo política toda aquela questão que não diga respeito a direitos individuais, mas sim, exclusivamente aos interesses da Nação como um todo; b) nada obstante a formulação levada a efeito pela Corte no caso *Marbury v. Madison*, a *Supreme Court* deixou de analisar questões que, em tese diriam respeito a direitos individuais, não aos interesses da nação, ao fundamento de que seria imprudente a Corte se manifestar sobre certos problemas, como, por exemplo, a forma de governo adotada em determinado em Estado-membro; c) no caso *Baker v. Carr*, que ilustra a atual orientação da Suprema Corte sobre a *political question doctrine*, foram fixados seis critérios para a identificação de uma questão como política, os quais, em razão de sua especificidade, dificilmente se verificam no caso concreto.

Então, analisou-se a origem histórica da teoria no Direito Francês, onde a teoria dos *actes de gouvernement* foi uma construção jurisprudencial do Conselho de Estado. E, dessa análise, autoriza-se concluir que: a) o Conselho, inicialmente, a partir do caso *Arrêt Laffitte*, adotou, para a identificação dos atos políticos – que estariam fora da possibilidade de controle pelo Conselho de Estado –, a teoria do móvel político, segundo a qual bastaria a autoridade emissora do ato declarar sua finalidade política para que o ato fosse, em si, político; b) essa teoria é inadequada para a proteção dos direitos do cidadão, como observou a doutrina; c) A partir dos casos *Prince Napoleon* e *Duc d'Aumale et Prince Murat*, o Conselho de Estado abandonou a teoria do móvel político e adotou a teoria da natureza do ato, segundo a qual um ato apenas é político se político em sua natureza, sendo que o juízo competente para determinar quais atos são políticos é o próprio Conselho de Estado.

Depois, construiu-se um referencial teórico brasileiro sobre o objeto desta monografia. E, da comparação das opiniões dos doutrinadores estudados, é possível extrair as seguintes conclusões: a) há considerável divergência doutrinária a respeito da controvérsia relativa a natureza dos atos políticos – se espécie de atos administrativos ou atos estatais que, simplesmente, se submetem a regime jurídico constitucional, não administrativo; b) quando *exclusivamente* políticos, são externos ao controle jurisdicional, ocorre que, por definição, não causam lesão a direito.

Por fim, realizou-se estudos de caso, a partir dos quais pôde-se extrair as seguintes conclusões: a) o ato por meio do qual Tribunal de Justiça acolhe representação pela intervenção estadual em município é ato político-administrativo, segundo a jurisprudência sumulada do STF; b) o ato por meio do qual o Governador do Estado rejeita essa representação é político, externo ao controle jurisdicional, segundo jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ressalvada a posição doutrinária segundo a qual tratar-se-ia de ato vinculado; c) Segundo a jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal, a nomeação de Ministro de Estado está sujeita a controle jurisdicional, nada obstante se trate de competência privativa do Presidente da República, podendo ser declarada a nulidade do ato de nomeação sempre que, apesar da aparente licitude do ato decorrente da regra de competência, for possível identificar desvio de finalidade, isto é, quando os efeitos concretos do ato forem antijurídicos.

BIBLIOGRAFIA

BARBOSA, Ruy. O direito do Amazonas ao Acre Septentrional (sic). BDJur, Brasília, DF, 21 maio 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/21483>>. p. 156.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. Atos administrativos. São Paulo: Saraiva, 1980.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 11. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CRETELLA JÚNIOR, José. Tratado de Direito Administrativo, vol. II: teoria do ato administrativo. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FAGUNDES, Miguel Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PEREIRA DOS SANTOS, Carlos Maximiliano. Comentários à Constituição Brasileira de 1891. Ed. Fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2005.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 30. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva Almedina, 2013.

BARKOW, Rachel. *More Supreme than Court? The fall of the political question doctrine and the rise of judicial supremacy*. *Columbia Law Review*, Columbia, v. 102, n. 2, 2002. Disponível em <<https://www.jstor.org>>. Acessado em 27/06/2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988 e politização da justiça. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 198, p. 1-17, out. 1994.

CRETELLA JÚNIOR. J. Teoria do ato de governo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 24, n. 95, jul-set. 1987.

MEDAUAR, Odete. Ato de Governo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 191, p. 67-85, jan. 1993.

DUGUIT, Leon. *The French Administrative Courts*. *Political Science Quarterly*. vol. 29. no. 3. 1914. p. 385–407. Disponível em <<https://www.jstor.org>>. Acessado em 27/06/2018.

FRIEDELBAUM, Stanley H. *Baker v. Carr: The New Doctrine of Judicial Intervention and Its Implications for American Federalism*. *The University of Chicago Law Review*. vol. 29. no. 4, 1962. pp. 673–704. Disponível em <chicagounbound.uchicago.edu>. Acessado em 27/06/2018.

CONRON, Michael A. *Law, Politics, and Chief Justice Taney: A Reconsideration of the Luther v. Borden Decision*. *The American Journal of Legal History*. vol. 11. no. 4. 1967, p. 377–388. Disponível em <<https://www.jstor.org>>. Acessado em 27/06/2018.

BLACK, Charles L. *Inequities in Districting for Congress: Baker v. Carr and Colegrove v. Green*. *The Yale Law Journal*. vol. 72. no. 1. 1962. p. 13–22. Disponível em <https://www.digitalcommons.law.yale.edu>>. Acessado em 27/06/2018.

FERNÁNDEZ-VALMAYOR, A.; CARRO, J. L. *La Doctrina de Acto Político*. *Revista de Administración Pública*. v. 53. 1967. p. 73-130. Disponível em <<https://dialnet.unirioja.es>>. Acessado em 27/06/2018.

WATANABE, Kazuo. *Controle Jurisdicional: Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional no Sistema Jurídico Brasileiro*. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GRINOVER, Ada Pelegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

FRANÇA. CONSELHO DE ESTADO. Caso 46707. Apelante: Napoleão José Bonaparte. Relator: *Mr. Perret*. Disponível em: <<http://english.conseil-etat.fr/Judging>>. Acessado em 27/06/2018.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Representação n. 70034732818. Requerente: Procurador Geral de Justiça/RS. Relator: Desembargador João Carlos Branco Cardoso. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acessado em 27/06/2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo de instrumento n. 769725/MG. Agravante: Município de Belo Horizonte. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acessado em 27/06/2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 34.609. Impetrante: Rede Sustentabilidade – Diretório Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acessado em 27/06/2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança Coletivo n. 34.070. Impetrante: Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acessado em 27/06/2018.

