

Testes de Legalidade

MÉTODOS PARA O AMPLO
CONTROLE JURISDICIONAL DA
DISCRICIONARIEDADE
ADMINISTRATIVA

MARCOS AUGUSTO PEREZ

Prefácio

Floriano de Azevedo Marques Neto

FORUM

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho
Alexandre Coutinho Pagliarini
André Ramos Tavares
Carlos Ayres Britto
Carlos Mário da Silva Velloso
Cármem Lúcia Antunes Rocha
Cesar Augusto Guimarães Pereira
Clovis Beznos
Cristiana Fortini
Dinorá Adelaide Musetti Grotti
Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*in memoriam*)
Egon Bockmann Moreira
Emerson Gabardo
Fabrício Motta
Fernando Rossi
Flávio Henrique Unes Pereira
Floriano de Azevedo Marques Neto
Gustavo Justino de Oliveira
Inês Virgínia Prado Soares
Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Juarez Freitas
Luciano Ferraz
Lúcio Delfino
Marcia Carla Pereira Ribeiro
Márcio Cammarosano
Marcos Ehrhardt Jr.
Maria Sylvania Zanella Di Pietro
Ney José de Freitas
Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Paulo Modesto
Romeu Felipe Bacellar Filho
Sérgio Guerra
Walber de Moura Agra

FORUM

CONHECIMENTO JURÍDICO

Luis Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira de Oliveira

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

Técnica. Empenho. Zelo. Esses foram alguns dos cuidados aplicados na edição desta obra. No entanto, podem ocorrer erros de impressão, digitação ou mesmo restar alguma dúvida conceitual. Caso se constate algo assim, solicitamos a gentileza de nos comunicar através do *e-mail* editorial@editoraforum.com.br para que possamos esclarecer, no que couber. A sua contribuição é muito importante para mantermos a excelência editorial. A Editora Fórum agradece a sua contribuição.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com a AACR2

P438t Perez, Marcos Augusto

Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa / Marcos Augusto Perez. – Belo Horizonte : Fórum, 2020.

319p.; 14,5cm x 21,5cm
ISBN: 978-85-450-0708-1

1. Direito Administrativo. 2. Direito Público. 3. Direito Constitucional. I. Título.

CDD 341.3

CDU 342.9

Elaborado por Daniela Lopes Duarte - CRB-6/3500

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. 319p. ISBN 978-85-450-0708-1.

de controle jurisdiccional não têm a atribuição jurídica ou o poder para realizar controle de resultados. Porém, está, sim, sob revisão jurisdiccional a efetiva execução do controle de resultados; a verificação da presença dos elementos de legalidade na concepção, deliberação e execução tanto das ações administrativas, como das políticas e planos públicos; e também, por fim, a fiscalização do próprio controle de resultados enquanto atividade específica de autocontrole desenvolvida pela Administração.

3.3.5 Atos políticos ou de governo

Segundo as clássicas lições de JÈZE, atos políticos ou de governo seriam aqueles que “unicamente por razões de oportunidade política escapam a todo controle jurisdiccional”.³⁸¹ A teoria francesa dos atos de governo remontava ao denominado *Caso Laffitte*, julgado pelo Conselho de Estado em 1822.³⁸² Porém, em, 1925, ocasião da terceira edição de seu *Princípios gerais de direito administrativo*, o mestre da escola de Bordeaux já declarava que os atos de governo eram fruto de mera criação empírica e que a longevidade e a contradição dessa noção com as “ideias modernas” lhe pareciam “um escândalo intolerável”.³⁸³ Por sorte, ainda segundo ele, os atos de governo vinham se tornando cada vez mais raros, sendo excluídos da jurisdição somente (1) os atos de relacionamento entre o Poder Executivo e o Legislativo; (2) a decretação de estado de sítio; (3) os atos diplomáticos; e (4) as medidas de polícia tomadas no curso de uma guerra declarada contra estados estrangeiros.³⁸⁴

Apesar das enfáticas declarações de JÈZE, o direito francês conservou até hoje a noção de atos de governo, ressaltado o fato de que a jurisprudência do Conselho de Estado os tenha numericamente reduzido ainda mais. Atualmente, o direito francês só reconhece dois tipos de atos de governo: (1) *atos do Executivo tomados no relacionamento com*

³⁸¹ Cf. JÈZE, Gaston. *Les principes généraux du droit administratif*. Paris: Dalloz, 2005. t. 1. p. 394.

³⁸² No caso Laffitte (CE 1er mai 1822, Rec. 202), o banqueiro que dá nome ao caso cobrava as prestações atrasadas de um empréstimo feito à Pauline Borghèse, irmã de Napoleão Bonaparte, ocasião em que o Conselho decidiu que havia no caso “uma questão política cuja decisão pertence exclusivamente ao Governo”. Cf. WALINE, Jean. *Droit administratif*. 25. ed. Paris: Dalloz, 2014. p. 350.

³⁸³ Cf. JÈZE, Gaston. *Les principes généraux du droit administratif*. Paris: Dalloz, 2005. t. 1. p. 395.

³⁸⁴ Cf. JÈZE, Gaston. *Les principes généraux du droit administratif*. Paris: Dalloz, 2005. t. 1. p. 398 e ss.

o Parlamento (ou atos entre os poderes constitucionais) – por exemplo, a iniciativa legislativa, a promulgação da lei (que corresponderia à sanção presidencial no direito brasileiro), a decisão presidencial para nomeação de membro do Conselho Constitucional, entre outros; e (2) atos do Executivo em matéria de relações com potências estrangeiras, e.g., atos relativos à negociação de um tratado internacional, relativos à proteção de cidadãos no exterior, extradição e atos de guerra.³⁸⁵

O direito administrativo brasileiro, acostumado a querelas doutrinárias em temas com esse grau de generalidade e sem uma previsão normativa inequívoca, tem forjado um incomum consenso nessa matéria. Ressalvada a posição de MEIRELLES, que admite a existência de atos políticos ou de governo como atos “que se fundam na ampla liberdade de apreciação [...] sem se aterem a critérios jurídicos preestabelecidos”,³⁸⁶ e mesmo assim admitindo controle jurisdicional destes com “maiores restrições”, praticamente toda a doutrina nacional converge atualmente ou para afirmar a inexistência desse tipo de ato, ou para admitir ampla jurisdição sobre os mesmos.

MEDAUAR, por exemplo, admite a existência de atos políticos, mas explica:

Com frequência o ato de governo vem estudado sob o ângulo do “controle jurisdicional” da Administração, visto haver uma afirmação tradicional de que tal ato fugiria desse controle. Na realidade atual, tal chavão não se sustenta [...] por força do inc. XXXV do art. 5º, da CF [...]. Firmou-se no direito pátrio a orientação no sentido da admissibilidade da apreciação jurisdicional do ato de governo se deste decorrer lesão ou ameaça a direito.³⁸⁷

³⁸⁵ Cf. WALINE, Jean. *Droit administratif*, 25. ed. Paris: Dalloz, 2014. p. 351-353. No mesmo sentido: FRIER, Pierre-Laurent; PETIT, Jacques. *Droit administratif*. Paris: LGDJ, 2013. p. 329-332 e MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Droit administratif*. Paris: Montchrestien, 2011. p. 575-579.

³⁸⁶ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 39. ed. Atualização de Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 791.

³⁸⁷ Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 147. Outros autores, como se disse, apoiam a tese de que os atos políticos existem no ordenamento brasileiro, mas submetem-se à ampla jurisdição, entre eles: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 194-196; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*, 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 901; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 392; PEGORARO, Luiz Nunes. *Controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários*. Campinas: Servanda, 2010. p. 146-147; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa no Estado constitucional de direito*, 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 54. MOREIRA NETO nem ao menos admite a existência do ato político no “sistema jurídico brasileiro”, Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 151.

A análise de alguns julgados recentes, porém, faz pensar sobre esse quase consenso existente no direito brasileiro em torno do controle jurisdicional dos atos de governo. O consenso (ou quase consenso) teórico encontra-se refletido no efetivo exercício da jurisdição?

De fato, a jurisprudência recente dos tribunais superiores oscila constantemente em relação a esse ponto. Com muita frequência, inclusive, o STF tem decidido por maioria de votos, não sem acirrada e declarada discordância entre os ministros, e no STJ também há relativa alternância de tendências.

Um dos temas tratados no STF, que pode ser considerado se não coincidente, ao menos correlacionado com o dos atos políticos, é o da possibilidade do controle jurisdicional sobre os chamados atos *interna corporis* do Legislativo. Nesse caso, a posição tradicional da Corte Constitucional brasileira é a externada pelo voto do Min. Dias TOFFOLI, no ARE nº 1.028.435 AgR/PR, segundo o qual:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de não caber ao Poder Judiciário, a pretexto de realizar o controle de atos legislativos, imiscuir-se em matérias *interna corporis*, sob pena de violação do princípio da separação dos Poderes.³⁸⁸

Porém, há posições na Corte Suprema que não concedem tamanha imunidade aos atos *interna corporis* do Legislativo. Observe-se a posição do Min. Roberto BARROSO:

O Supremo Tribunal Federal somente deve interferir em procedimentos legislativos para assegurar o cumprimento da Constituição, proteger direitos fundamentais e resguardar os pressupostos de funcionamento da democracia e das instituições republicanas. Exemplo típico na jurisprudência é a preservação dos direitos das minorias.³⁸⁹

Sublinhe-se que o trecho transcrito deve ser interpretado *contrario sensu*, ou seja: a decisão salienta que só há controle jurisdicional sobre os atos *interna corporis* quando seja para proteger direitos fundamentais e outras normas essenciais da Constituição, o que, em sentido contrário,

³⁸⁸ Cf. AgR no ARE nº 1.028.435/PR. Rel. Min. Dias TOFFOLI. *DJe*, 15.8.2017. Em sentido semelhante: AgR no MS nº 31.951/DF. Rel. Min. Luiz FUX. *DJe*, 31.8.2016; AgR em MS nº 34.063/DF. Rel. Min. Edson FACHIN. *DJe*, 5.10.2016; e MS nº 32.033/DF. Rel. Min. Gilmar MENDES. Rel. Min. para Acórdão Teori ZAVASCKI. *DJe*, 18.2.2014.

³⁸⁹ Cf. MS nº 34.327/DF. Rel. Min. Roberto BARROSO. *DJe*, 1º.8.2017.

significa que há controle jurisdicional sobre os atos *interna corporis*, justamente o oposto do que salientou o Min. Dias TOFFOLI na decisão anteriormente transcrita.

Nessa mesma linha caminha o Min. Celso de MELLO, para quem:

O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República, ainda que essa atuação institucional se projete na esfera orgânica do Poder Legislativo. Não obstante o caráter político dos atos parlamentares, revela-se legítima a intervenção jurisdicional, sempre que os corpos legislativos ultrapassem os limites delineados pela Constituição ou exerçam as suas atribuições institucionais com ofensa a direitos públicos subjetivos impregnados de qualificação constitucional e titularizados, ou não, por membros do Congresso Nacional [...] sem que isso caracterize situação de ilegítima interferência na esfera orgânica de outro Poder da República.³⁹⁰

Observe-se que, por meio da interpretação *contrario sensu*, dá-se certa flexibilidade para a Corte decidir conforme as circunstâncias do caso concreto, pois, raciocinando em termos de regra e exceção – sendo regra a não interferência, sem, entretanto, que se deixe claro nos precedentes quais as exceções –, o Tribunal fica razoavelmente livre para definir exceções no varejo, caso a caso, como demonstra enfaticamente outra decisão do Min. Celso de MELLO:

A submissão das questões de índole regimental ao poder de supervisão jurisdicional dos Tribunais implicaria, em última análise, caso admitida, a inaceitável nulificação do próprio Poder Legislativo, especialmente em matérias em que não se verifica evidência de que o comportamento impugnado tenha efetivamente vulnerado o texto da Constituição da República.³⁹¹

Observe-se que não há precedentes no STF que façam menção expressa à mesma deferência com relação a matérias *interna corporis* do Executivo, mas o raciocínio desenvolvido pela Corte para os atos políticos do Legislativo poderia ser visto como um esboço de sua compreensão a respeito de todos os atos políticos, inclusive os *atos de governo*, ou,

³⁹⁰ Cf. MS nº 24.849/DF. Rel. Min. Celso de MELLO. DJ, 29.9.2006.

³⁹¹ Cf. MS nº 33.705 AgR/DF – AG. Reg. em Mandado de Segurança. Rel. Min. Celso de MELLO, Tribunal Pleno, j. 3.3.2016.

caso se prefira, os atos políticos do Executivo. A análise do *Caso Césare Battisti*, relacionada ao ato político de extradição, revelou a divisão da Corte nessa matéria, filiando-se a maioria dos ministros à ideia de que o ato final do processo de extradição é de juízo *exclusivamente político*:

No campo da soberania, relativamente à extradição, é assente que o ato de entrega do extraditando é exclusivo, da competência indeclinável do Presidente da República, conforme consagrado na Constituição, nas Leis, nos Tratados e na própria decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal na Extradição no 1.085. [...] A anulação, pelo Supremo Tribunal Federal, da decisão do Ministro da Justiça que concedeu refúgio político ao extraditando, não o autoriza, a posteriori, a substituir-se ao Chefe de Estado e determinar a remessa do extraditando às autoridades italianas. O descumprimento do Tratado de Extradição, ad argumentandum tantum, gera efeitos apenas no plano internacional, e não no plano interno, motivo pelo qual não pode o Judiciário compelir o Chefe de Estado a entregar o súdito estrangeiro.³⁹²

A decisão acima lastreia-se na ideia de imunidade dos atos políticos ou de governo, interpretação, ademais, reiterada pela Corte Suprema com relação à possibilidade de *controle jurisdicional do veto presidencial*:

Ementa: agravo regimental no mandado de segurança. Estatuto da pessoa com deficiência. Reserva de vagas em instituições de ensino público e privado para estudantes. Veto presidencial. *Ato político sujeito ao exame do congresso nacional*. Descabimento da impetração. Agravo ao qual se nega provimento. (Grifos nossos)³⁹³

No STJ, por seu turno, há pelo menos uma decisão recente, fruto do acórdão proferido pela Min. Regina COSTA, no REsp nº 1.248.667/PR, que aborda textualmente a reserva de jurisdição sobre os atos políticos do Executivo:

Por maior que seja o âmbito da ação civil pública, é pacífico o entendimento que descabe ao Judiciário substituir o Poder Público fixando providências e diretrizes administrativas, por mais relevantes que elas sejam, sob pena de comprometer-se, irreparavelmente, o princípio da

³⁹² Cf. Petição avulsa na Ext. nº 1.085/ITA. Rel. Min. Gilmar MENDES. Rel. Min. para Acórdão Luiz FUX. *DJe*, 3.4.2013.

³⁹³ Cf. AgrR no MS nº 33.694/DF. Rel. Min. CARMEN LÚCIA. *DJe*, 26.10.2015.

harmonia e separação dos poderes. O exercício da atividade administrativa, ao distribuir os recursos orçamentários, constitui, como não poderia deixar de ser, um juízo discricionário do Poder Público, cuja apreciação pelo Judiciário encontra-se excluída, nos termos do pacífico entendimento da doutrina e da jurisprudência. *Trata-se, no caso, das denominadas questões políticas, ou "interna corporis"*, examinadas magistralmente por Ruy Barbosa, em obra clássica, *verbis*: "A linha diretriz não me parece difícil de traçar. De um lado estão os grandes poderes do Estado, com as suas atribuições determinadas em textos formais. De outro, os direitos do indivíduo, com as suas garantias expressas em disposições taxativas. Em meio a uma e outra parte, a Constituição, interpretada pela Justiça, para evitar entre os direitos e os poderes as colisões possíveis. Quando, portanto, o poder exercido não cabe no texto invocado, quando o interesse ferido por esse se apoia num direito prescrito, a oportunidade da intervenção judiciária é incontestável. O assunto será então judicial. Quando não, será político. [...]. Versa, enfim, sobre a maneira de exercitar esse poder, sua conveniência, sua oportunidade? Neste caso a questão é política; porque seus elementos de apreciação pertencem intrinsecamente à função conferida, e a ingerência de outro poder a anularia intrinsecamente" (in *Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo perante a Justiça Federal*, Companhia Impressora, Rio, 1893, pp. 126/7). (Grifos nossos)³⁹⁴

A longa transcrição do acórdão justifica-se pela erudita citação feita da obra de RUY BARBOSA, a qual, curiosamente, nada ajuda na compreensão do tema, pois na transcrição verifica-se que o famoso jurista dos primeiros anos da República brasileira utilizava o adjetivo *interna corporis* para se referir aos atos discricionários em geral. De qualquer sorte, a Min. Regina COSTA vota expressamente pela existência de atos políticos – "questões políticas" em seu voto – e os isenta do controle jurisdicional.³⁹⁵

Mas há, ainda, dois casos que provocaram recentemente muita polêmica e que merecem ser analisados. Um deles é o caso da obstrução

³⁹⁴ Cf. REsp nº 1.248.667/PR. Rel. Min. Regina Helena Costa. DJe, 22.9.2016.

³⁹⁵ Vale ainda notar que, em caso recente, a mesma ministra votou em sentido aparentemente oposto, em mais uma demonstração de que o tema não se encontra bem assentado em nossos tribunais: "Não se pode falar aqui que a decisão feriu o princípio da separação dos poderes. Note-se que a concretização dos direitos fundamentais não deve ficar condicionada ao alvedrio do Administrador Público, sendo relevante que o Poder Judiciário quando demandado opere como Órgão controlador da atividade administrativa. Ademais, seria verdadeira deformidade julgar que o princípio da separação dos poderes, inicialmente criado com o objetivo de garantir os direitos fundamentais, fosse, ao reverso, usado como obstáculo à realização desses direitos". Cf. REsp nº 1.671.358/PE. Rel. Min. Regina Helena COSTA. DJe, 31.10.2017.

judicial à nomeação do Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de ministro chefe da Casa Civil pela também Ex-Presidente Dilma Rousseff.

Nesse caso, o Min. Gilmar MENDES, já citado na introdução deste estudo, foi enfático quanto à possibilidade de amplo escrutínio jurídico de um ato admitidamente de governo: a nomeação de um ministro. A decisão aplicou fundamentalmente o princípio da moralidade e da impessoalidade, reconhecendo que a teoria do "desvio de finalidade" seria "perfeitamente aplicável".³⁹⁶

Observe-se que o *approach* utilizado pelo ministro para analisar o ato político foi o mesmo que os tribunais geralmente utilizam para julgar qualquer ato ou decisão discricionários da Administração: a "consonância com os princípios constitucionais explícitos e implícitos". Daí o STF ter negado (ainda que implicitamente) a tese de que, em decisões anteriormente citadas, o mesmo STF abraçara: a imunidade jurisdicional dos atos políticos ou de governo.³⁹⁷

Em outro caso, ainda mais recente, também referido na introdução deste trabalho, decidiu-se pela obstrução à nomeação pelo então Presidente Michel Temer da Deputada Federal Cristiane Brasil, para o cargo de ministra do trabalho. Neste caso, a Min. CÁRMEN LÚCIA manteve a suspensão da nomeação e, muito embora não tenha disposto sobre o mérito da demanda, salientou:

Observam os reclamantes que a discussão posta na ação popular teria natureza constitucional, concernente à moralidade administrativa, ao princípio da separação dos poderes e à competência privativa do Presidente da República para nomeação dos Ministros de Estado.³⁹⁸

³⁹⁶ Cf. MC no MS nº 34.069/DF. Rel. Min. Gilmar MENDES. *DJe*, 31.3.2016.

³⁹⁷ Vale observar que, anteriormente, entre os anos 1950 e 1960 (sob outro regime constitucional, portanto), o STF chegou a exarar algumas decisões diretamente sobre o tema dos atos de governo. Um acórdão sobre o tema é o do Ministro Luiz GALLOTTI, de 1953, no qual o relator declara: "Desde que se recorre ao judiciário, alegando que um direito individual foi lesado por ato de outro Poder, cabe-lhe examinar se esse direito existe e foi lesado. Eximir-se com a escusa de tratar-se de ato político seria fugir ao dever que a Constituição lhe impõe, "máxime" após ter ela inscrito entre as garantias fundamentais, como nenhuma outra antes fizera, o princípio de que nem a lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual (art. 141, §4º)". Cf. MS nº 1.959/DF. Rel. Min. Luiz GALLOTTI. *DJe*, 13.8.1953. Do mesmo Min. Luiz GALLOTTI há uma outra passagem ementada do seguinte modo: "As medidas políticas são discricionárias apenas no sentido de que pertencem à discricção do Congresso ou do Governo [...]. Mas a discricção legislativa ou administrativa não pode exercitar-se fora dos limites constitucionais ou legais". Cf. MS nº 1.423/DF. Rel. Min. Luiz GALLOTTI. *DJ*, 14.6.1951.

³⁹⁸ Cf. MC na ReL nº 29.508/DF. Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA. *DJe*, 11.4.2018.

Ou seja, ainda que não se tenha julgado definitivamente a ação, o STF reconheceu a relevância constitucional do tema tratado, deixando claro que o que se encontrava em julgamento era a incidência do princípio da moralidade sobre o ato político de “nomeação de Ministros de Estado”, e manteve, desse modo, a suspensão do ato de nomeação editado pelo presidente da República a quem, segundo a Constituição, compete *privativamente*: “nomear e exonerar os Ministros de Estado” (art. 84, I).

Como se vê, quanto aos atos de governo – diferentemente do que se constata na doutrina – há uma clara oscilação na Corte Suprema, que ora reconhece que há esferas de imunidade jurisdicional – em relação às quais deveria prevalecer os princípios da democracia representativa e da separação de poderes –, ora defende um controle jurisdicional universal sem zonas de reserva ou imunidade, mesmo na relação entre os poderes.³⁹⁹

O fato é que a defesa da existência dos atos de governo e a tese de sua imunidade jurisdicional geralmente não produzem qualquer simpatia. Mesmo porque, uma vez não definidos jurídica e claramente na forma de *numerus clausus*, como atualmente ocorre no direito francês, abre-se uma porta perigosa para o arbítrio e para o autoritarismo. Como a Constituição brasileira não traz explicitamente essa definição, ou seja, como não estabelece quais são os atos de governo e qual será o tratamento que estes obterão dos órgãos de controle jurisdicional, a missão do intérprete fica realmente tormentosa, o que, de certo modo, explica as oscilações do Judiciário nesse ponto.

Há que se reconhecer ainda que as constituições contemporâneas e as cortes constitucionais têm deixado um espaço cada vez menor para as decisões políticas controladas exclusivamente pela via política. Mas há também que se admitir que há um espaço aparentemente ineliminável para estas, pois as decisões políticas são inerentes à

³⁹⁹ Fato muito parecido ocorre, no STJ, na questão já tratada anteriormente relativa ao controle das políticas públicas. Nesse caso, o STJ geralmente reconhece a capacidade de interferência do Judiciário em casos relativos às políticas de saúde, notadamente nos casos de omissão da Administração (cf. AgR em REsp nº 901.721/RJ. Rel. Min. Benedito GONÇALVES. *DJe*, 15.2.2018; AgR em REsp nº 937.500/MG. Rel. Min. Herman BENJAMIN. *DJe*, 6.9.2016; AgR em REsp nº 873.437/MG. Rel. Min. Napoleão Nunes MAIA FILHO. *DJe*, 16.2.2018), mas rejeita os mesmos argumentos e, conseqüentemente a interferência do Judiciário em outros setores, como saneamento, habitação, assistência social etc. (cf. REsp nº 1.565.817/SC. Rel. Min. Sérgio KUKINA. *DJe*, 10.11.2017; AgR em REsp nº 396.775/MS. Rel. Min. Gurgel de Faria. *DJe*, 22.8.2017; AI nº 969.660/MG. Rel. Min. Mauro Campbell MARQUES. *DJe*, 3.6.2009; REsp nº 1.428.552/MG. Rel. Min. Sérgio KUKINA. *DJe*, 30.6.2016).

separação de poderes e à imbricação, em termos de arranjo normativo (poder-se-ia dizer, em termos de *regras do jogo*), entre política, governo, administração e democracia.

Volte-se ao caso da nomeação de ministros de Estado, pois ele fornece um bom exemplo desse arranjo normativo que, ao mesmo tempo, influencia e é influenciado pelos usos e costumes da política. Pelas regras constitucionais, no presidencialismo praticado no Brasil, acostumado ao epíteto *presidencialismo de coalizão*, o governo precisa de constante apoio das duas casas do Legislativo para que possa atuar e realizar seus compromissos ou programas eleitorais. Para que se conquiste essa *governabilidade*,⁴⁰⁰ é importante para o Executivo obter o apoio de uma significativa maioria tanto na Câmara de Deputados quanto no Senado, maioria esta que lhe possibilite a aprovação de projetos de lei e eventualmente de emendas constitucionais. Essa maioria é muito difícil de ser obtida no Legislativo brasileiro, pois há um número excessivo de partidos políticos ali representados. Boa parte dos motivos desse número excessivo encontra-se no sistema eleitoral, que induz à fragmentação partidária, à presença de múltiplos partidos no Legislativo e às consequentes dificuldades de governabilidade.⁴⁰¹ Diante disso, a utilização da nomeação de ministros de Estado (e seus correspondentes nos estados e municípios: os secretários de estado ou municipais), com o intuito de arregimentar uma bancada de apoio no Legislativo, tornou-se um expediente normal, corriqueiro, que o governo maneja em função das pretensões muitas vezes paroquiais de cada bancada partidária. A imprensa apelidou esse costume de política do “é dando que se recebe”, ressaltando os traços morais (ou imorais) desse comportamento. Mas esse é um expediente típico da política brasileira, já de muito tempo, e por vezes absolutamente essencial para a própria manutenção do mandato do presidente da República.⁴⁰²

⁴⁰⁰ Cf. ARANTES, Rogério; COUTO, Cláudio. Constituição, governo e governabilidade. In: WANG, Daniel Wei Liang (Org.). *Constituição e política na democracia: aproximações entre direito e ciência política*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 197-220. Sobre o conceito de governabilidade e as dificuldades ensejadas pelo ordenamento constitucional brasileiro, ver ainda: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Constituição e governabilidade*. São Paulo: Saraiva, 1995 e SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *A democracia impedida*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. pos. 731 de 3024.

⁴⁰¹ V. notas 306 e 307 *supra*.

⁴⁰² Muito embora o tema da governabilidade não esteja aqui colocado como objeto, trata-se somente de um exemplo. Acrescentem-se dois pontos ao raciocínio aqui desenvolvido para que se perceba a gravidade desse problema político no Brasil. Nas eleições de 2014, para que se perceba a gravidade desse problema político no Brasil. Nas eleições de 2014, elegeram-se Dilma Rousseff presidente, no segundo turno, com uma maioria apertada: cerca de 51% dos votos válidos. Em que pese a maioria formada, a bancada de seu partido (PT)

Tomar-se todo esse quadro, em que interesses paroquiais dos partidos e pessoais dos agentes políticos tradicionalmente se misturam ao interesse político – e muitas vezes ao interesse público – de manutenção da governabilidade, e rotulá-lo de *imoral* e, assim, de *inconstitucional*, rompe um laço importante que une a norma da separação de poderes à estabilidade ou harmonia política, dando-se azo ao conflito entre os poderes instituídos, e obviamente, à instabilidade política por meio da retirada dos poucos mecanismos que, mal ou bem, favorecem a governabilidade no contexto analisado e gerado pelo sistema eleitoral vigente.⁴⁰³

É certo que talvez não seja esse o móvel pelos quais as constituições geralmente preconizam a existência de atos de governo e sua maior ou menor reserva jurisdicional, mas não se duvide de que a *versão brasileira* dos atos de governo – entendidos assim aqueles que devem estar baseados em critérios exclusivamente políticos e, portanto, imunes ao controle jurisdicional – tem profunda ligação com a conquista e a manutenção da governabilidade. Uma governabilidade que, como não poderia deixar de ser, é fruto de uma percepção criada a partir da experiência concreta da política parlamentar no Brasil, ao longo dos séculos.

Constate-se, além disso, que em muitos ordenamentos constitucionais ocidentais (além do francês, já mencionado) – e que não podem, aliás, ser considerados menos democráticos que o brasileiro nem podem ser vistos como fruto de uma tradição histórica menos democrática que a brasileira – é comum constatar-se a presença de uma zona de restrição à penetração do controle jurisdicional, cujo intuito é o de preservar alguns temas para a decisão política ou, melhor, para a decisão

na Câmara de Deputados tinha 68 deputados em um total de 513, o que correspondia a pouco mais de 13% de apoio. Ainda que se contasse a principal coalizão mantida pelo então governo, com o PMDB (atual MDB), o apoio *total* não chegava, nos seus melhores momentos, a 25% da Câmara. Acrescente-se a isso o fato de que o *impeachment* tem sido usado no Brasil como um instrumento de responsabilidade política do presidente da República e os ingredientes para a crise de governabilidade estarão praticamente todos *mis en place*.

⁴⁰³ Vale anotar a aguda percepção de Arantes sobre os potenciais conflitos entre os poderes, a partir da partilha feita pela Constituição de 1988: “Mal comparando, a Constituição de 1988 parece ter sido, nesse sentido, um verdadeiro ‘big bang’ institucional: uma explosão que deu origem a diversas galáxias de poder que gravitam quase que autonomamente, sem um centro de atração, e que frequentemente se chocam num movimento de razões aparentemente desconhecidas, mas que revelam a força misteriosa de um caos organizado”. Cf. ARANTES, Rogério. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Idesp-Educ, 1997. p. 209.

tomada no curso do processo político a partir de uma racionalidade eminentemente política.

É o que acontece no ordenamento italiano com os chamados atos "emanados do governo no exercício do poder político", exemplificados pelos mecanismos de responsabilidade política do primeiro ministro perante o parlamento que "não são sindicáveis por qualquer juiz".⁴⁰⁴ Também no ordenamento espanhol, a Lei nº 29/1998 (que regula a jurisdição contencioso-administrativa) permite a jurisdição dos atos de governo somente quando a questão debatida envolva a "proteção de direitos fundamentais, os elementos regulados e a fixação de indenizações",⁴⁰⁵ o que, *contrario sensu*, permite deduzir que os atos de governo são reconhecidos pelo direito e desfrutam de imunidade jurisdicional, ressalvados os casos em que haja violação de direitos fundamentais e os casos de responsabilidade do Estado pelos danos causados pela medida, em função do que a imunidade deixa de valer.

Como se vê, tal como disse WALINE em referência aos ensinamentos de CHAPUS: "M. René Chapus sublinhou que o ato de governo não era esse monstro que gostávamos de descrever com frequência excessiva, mas simplesmente o exercício da função governamental".⁴⁰⁶ Indo além, pode-se dizer que, em democracias menos maduras e mesmo nas democracias mais consolidadas que tenham problemas estruturais de governabilidade, os atos de governo tendem a assumir um papel importante na estabilização das relações político-institucionais e na harmonia entre os poderes. Dito de outro modo, na medida em que avança e se consolida o Estado Democrático de Direito, as hipóteses de atos políticos ou de governo se reduzem, mas não são eliminadas.

Mas, mesmo não sendo os atos de governo "esse monstro", não se pode interpretar a Constituição de modo a ampliar imensamente as zonas de imunidade do governo e da política, do Executivo, do Legislativo e mesmo do Judiciário. O limite disso tudo é a manutenção do próprio Estado Democrático de Direito ou dos valores que lhe são essenciais, tais como o de concretização dos direitos fundamentais. Ou seja, se os atos de governo calibram a aplicação da separação de poderes, conciliando o direito, o governo (e a governabilidade) e a

⁴⁰⁴ Cf. CLARICH, Marcello. *Manuale di diritto amministrativo*. Bolonha: Il Mulino, 2013. p. 475-476.

⁴⁰⁵ Cf. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo general II*. 4. ed. Madri: Iustel, 2016. p. 152.

⁴⁰⁶ Cf. WALINE, Jean. *Droit administratif*. 25. ed. Paris: Dalloz, 2014. p. 354.

democracia, um número excessivo de atos reconhecidamente imunes pode levar ao efeito contrário, ou seja, ao desequilíbrio do sistema e ao arbítrio como regra.

Observe o que diz PASTOR:

Em que pese a hostilidade com que se lhes tem tratado, os atos de governo, são um instrumento permanente e fundamental de todo sistema político, cuja compatibilização com os princípios do Estado de Direito não pode nem deve confiar-se a uns tribunais que, por importante que seja sua função, não deve endossar a decisão de questões atinentes às relações entre poderes do Estado ou temas de alta relevância política ou constitucional, cuja resolução deve se buscar em outras instâncias.⁴⁰⁷

LUQUI, em reflexão que transborda as lindes do direito argentino, reforça essa linha:

Na atualidade, essa tendência se modificou, mas não de maneira absoluta. Inclina-se cada vez mais a restringir os atos estatais que antes eram imunes à revisão jurisdicional, imunidade que nunca desaparecerá totalmente, pois, como assinala Weil com acerto, atua como válvula de escape, já que se é o "demasiado rígido, o controle correria o risco de não poder resistir à pressão do poder". Se os chame atos políticos ou de governo [...] o certo é que – ainda que sejam cada vez menos – sempre existiram e sempre existirão.⁴⁰⁸

Desse modo, não há incongruência do conceito de atos de governo com as normas inerentes ao Estado Democrático de Direito ou com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Os atos de governo têm, ao contrário, uma função importante no edifício constitucional de normas, pois, preservando determinadas decisões de sua eventual revisão jurisdicional – por razões de ordem política –, confere-se estabilidade e governabilidade para algumas ações fulcrais do Estado.

Mas quais são os atos que, a partir da Constituição de 1988, poderiam ser considerados atos políticos ou de governo? A falta de normas explícitas na Constituição sobre essa matéria dificulta muito a missão do intérprete, mas é possível adotar alguns critérios: o primeiro desses critérios é o da tradição histórica, ou seja, o critério da coerência para

⁴⁰⁷ Cf. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo general* II. 4. ed. Madri: Iustel, 2016. p. 153.

⁴⁰⁸ Cf. LUQUI, Roberto Enrique. *Revisión judicial de la actividad administrativa*. Buenos Aires: Astrea, 2005. v. 1. p. 267.

com o tratamento ou para com a interpretação que normalmente vem se dando às competências criadas diretamente pelo texto constitucional. É o caso, por exemplo, de toda a remansosa jurisprudência sobre os atos *interna corporis* do Legislativo, ou da recente decisão sobre o veto presidencial. A seguir-se esse critério, por exemplo, o STF deveria ter obedecido à tradição segundo a qual a nomeação de ministros de Estado é um ato incondicionado e imune à jurisdição e, no limite, alterar a interpretação tradicionalmente conferida à Constituição daquele momento para a frente, isto é, a partir do momento em que a Corte passasse a entender que o ato deixou de figurar na lista dos atos de governo, passando a ser compreendido como um ato administrativo (sujeito, portanto, ao controle jurisdicional).

Nessa linha de raciocínio, o STF, enquanto a Constituição não fosse expressa na delimitação de quais são os atos de governo, deveria fixar uma lista e, de modo algum, diante dos primados da harmonia entre os poderes e da segurança jurídica, poderia dar efeito retroativo a uma interpretação que alterasse a lista dos atos de governo.

Outra saída é tentar determinar, a partir da interpretação do Texto Constitucional, quais seriam os atos políticos ou de governo e, nesse sentido, há pelo menos duas pistas já seguidas anteriormente pela jurisprudência: a primeira delas é verificar na Constituição o que se encontra definido como competência privativa de cada um dos poderes e inferir que a prerrogativa conferida privativamente ao Executivo ou ao Legislativo (art. 51; art. 52; art. 61, §1º; art. 84 e outros) não poderia ser objeto de controle pelo Judiciário. A nomeação de ministro de Estado entraria nesse rol. Outra corresponderia a verificar, no sistema de controles recíprocos inerentes aos freios e contrapesos da separação de poderes, quais mecanismos de controle são realizados diretamente pelo Executivo e pelo Legislativo, reciprocamente, sem atuação direta do Judiciário, como exemplo, no caso do veto presidencial (art. 57, §3º, IV).⁴⁰⁹

A verdade é que não há um critério exegetico único que possa substituir a declaração expressa da Constituição. Na falta desta, os critérios interpretativos enumerados poderiam ser combinados, para

⁴⁰⁹ Nesse caso haveria ainda a ratificação da decretação de estado de defesa, de intervenção federal e o pedido de autorização para a decretação de estado de sítio (art. 57, §6º, I e art. 49, IV); a celebração de tratados, acordos ou atos internacionais (art. 49, I); a declaração de guerra ou celebração de paz (art. 49, II); a autorização para o presidente da República se ausentar do país por mais de 15 dias; a aprovação da indicação de magistrados e de ministros do TCU indicados pelo presidente da República (art. 52, III, "a" e "b"), entre outros.

a formação de uma lista curta e clara de atos de governo, ainda que jurisprudencial e ainda que cambiável empiricamente ao longo da história.

Sublinhe-se que, seja qualquer a lista dos atos de governo, não há como se impedir a atuação do controle jurisdicional para a proteção dos direitos fundamentais e, no caso brasileiro, das demais cláusulas pétreas listadas no art. 60, §4º, da Constituição. Não de quaisquer regras ou princípios constitucionais, observe-se, mas dos direitos fundamentais, pois todas as demais regras e princípios constitucionais giram em torno desse epicentro normativo: os direitos fundamentais e sua concretização. Obviamente a guarda da Constituição impede que outras cláusulas imutáveis sejam afetadas pelos atos de governo: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; e a separação dos poderes, de vez que também darão margem para a atuação do controle jurisdicional.

Por fim, é importante ressaltar que a desobediência dos ritos fixados pela Constituição para a prática e o controle dos atos políticos fora do Judiciário enseja a atuação do controle jurisdicional. Seria o caso, por exemplo, da promulgação pelo Executivo de uma lei que não tenha seguido estritamente os procedimentos para realização do veto e sua ratificação ou derrubada pelo Legislativo (como estabelecido pelo art. 66, da Constituição). Nesses casos, o Judiciário deve intervir, sempre que provocado, para reconhecer a inconstitucionalidade formal e declarar a nulidade do ato político.

De qualquer sorte, apesar da longa discussão que há e ainda pode vir a ocorrer sobre os atos de governo, o fato é que, uma vez admitidos, os atos de governo não são objeto de controle jurisdicional senão na hipótese de afrontarem ou obstarem a concretização de direitos fundamentais; na hipótese de tenderem a abolir as cláusulas pétreas indicadas no art. 60, §4º, da Constituição; ou, por fim, quando, por erro ou fraude, não tiverem sido submetidos, como deveriam, aos procedimentos de controle de outro poder, conforme disposto expressamente na Constituição.

3.4 Em resumo

O desafio enfrentado neste capítulo era o de tentar encontrar essas balizas jurídicas para o exercício do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. A ideia que permeou todo o estudo feito até aqui era a de identificar fundamentos, tanto calcados no direito

positivo quanto consistentes do ponto de vista teórico, para divisar técnicas ou métodos jurídicos que possibilitem aos controladores o exame da discricionariedade, sem que se majorasse excessivamente o poder da jurisdição a ponto de torná-la não um instrumento de proteção da liberdade ou dos direitos fundamentais, mas uma ameaça a eles.

O caminho para a construção dessas técnicas ou desses métodos, como dito, passava pela resposta a três questões estruturais: (1) quem realiza o controle jurisdicional?; (2) qual é o objeto do controle jurisdicional?; e, finalmente, (3) como deve ser executado o controle jurisdicional?

As duas primeiras questões foram respondidas neste capítulo.

Viu-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, o protagonismo do controle jurisdicional é do Poder Judiciário, mas há também outros órgãos estatais, dotados de relativa independência, que realizam de maneira especializada o controle da Administração, como os tribunais de contas, os conselhos de contribuintes e as controladorias e corregedorias. Esse controle utiliza as mesmas técnicas que devem ser empregadas pelo Judiciário, inclusive nos aspectos relativos à análise da discricionariedade administrativa. Os efeitos da função de controle exercida por esses órgãos especiais são restritos, pois suas decisões podem vir a ser revisadas pelo Judiciário e submetem-se ao mesmo crivo de legalidade pela qual passam as decisões administrativas em geral.

Viu-se ainda que o objeto principal do controle da discricionariedade administrativa é o exame da legalidade dos atos e das decisões administrativas em geral sob o ângulo de todos os seus elementos estruturantes: competência, forma e processo (como elementos de legalidade externa) e objeto, motivo e finalidade (como elementos de legalidade interna). Viu-se ainda quão intensas e agudas podem ser as técnicas de controle retiradas da visão contemporânea dos elementos processo, motivo e finalidade, cuja interação cria instrumentos poderosos de controle da discricionariedade administrativa. No entendimento defendido, a correta e profunda compreensão desses elementos da legalidade, se, de um lado, reforça a fiscalização ou o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, de outro tende a levar o Judiciário e os demais órgãos de controle a se conformar em limites aderentes à racionalidade jurídica, contribuindo para evitar boa parte dos sintomas negativos presentes na realidade brasileira e analisados na primeira parte do capítulo, como o arbítrio, o excesso e a omissão no exercício da jurisdição.

Assinalou-se que há, por fim, duas limitações jurídicas não absolutas, mas muito relevantes, para a determinação do objeto do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa.

Primeiramente, não há controle jurisdicional de resultados. Os controles de resultados, tão celebrados neste momento do direito administrativo, são exercidos pelos órgãos de autocontrole, de controle interno, mas não pelo Judiciário ou pelos demais órgãos de jurisdição. A estes incumbem-se o controle de legalidade e, particularmente quanto ao controle de resultados, a verificação dos elementos de legalidade desse controle (quanto à existência de mecanismos de autocontrole; à fixação dos critérios e indicadores e também à sua efetiva execução).

Por fim, destacou-se que os atos políticos ou de governo não só existem no ordenamento constitucional brasileiro como são relativamente imunes ao controle jurisdicional – exceção feita aos atos que afrontarem ou obstarem a concretização de direitos fundamentais; aos voltados a abolir as cláusulas pétreas indicadas no art. 60, §4º, da Constituição; ou, por fim, aos que padeçam de inconstitucionalidade formal por erro no procedimento adotado para o seu controle político.

Resta, portanto, abordar uma questão, ainda que muito já se tenha caminhado no rumo de sua resposta: como deve ser executado o controle jurisdicional? É essa indagação que será investigada no próximo capítulo.

MÉTODOS PA
DA DISCRIC

Como é mais impo

Quilite brasileiro, c

trouveu no debate do

instituições da Admin

essa matéria tem

tribunais, deu-se uma

o exercício da j

amplo, a imunidade do r

de a discricionariedad

proprio livre de aprecia

anteriormente

discricionariedade jur

com unanimidade

Administrativo, São Paulo

Luiz Antônio, Curso de

CUPPETRO, Maria Sy

et. São Paulo: Atlas

com a da discri

das fases discricio

em si, em grande

vez, a exemplo

envolvendo regular

segurança. 4. ed. P

C. KELL, Andri

em Alegre: Li

1980 e 198