ATO DE GOVERNO

ODETE MEDAUAR (*)

1. Introdução. 2. Terminologia. 3. Quem edita. 4. Modo como é focalizado. 5. Origem. 6. Critérios caracterizadores. 7. O "Ato de Estado" no direito inglês. 8. As "Questões Políticas do Direito Norte Americano." 9. Negação do Ato de Governo. 10. Existência do Ato de Governo não como categoria autônoma. 11. Notas predominantes do Ato de Governo. 12. Controle. 13. Controle do Ato de Governo no direito estrangeiro. 14. Controle do Ato de Governo no direito brasileiro. 15. Conclusão.

1. *Introdução*

Nas palavras de Virally "a existência de atos de governo, atestada pela doutrina tradicional, constitui surpreendente desafio à razão e ao direito, verdadeiro objeto de escândalo. Rebeldes a toda definição, os atos de governo escapariam a toda norma e a todo controle".[1] A preocupação com os chamados atos de governo mantém-se constante na doutrina do direito administrativo, podendo-se mencionar nos seus primórdios os estudos do francês Dufour, em 1869 e em época recente o artigo de Chalvidan, Professor da Universidade de Paris XII, de 1982 e o livro italiano Giuseppe DI Gaspare, de 1984. No decorrer de mais de um século, doutrinadores de vários países e em diferentes épocas dedicaram-se a enfrentar o desafio que o ato de governo representa, buscando justificativa para sua existência, tentando obter critérios de diferenciação ou mesmo negando-o como tipo específico. Chalvidan[2] observa que o problema do ato de governo "nos coloca no próprio coração do direito público" e vai examinar, no trabalho dedicado a esse tema, o modo de atuação da doutrina, no direito administrativo, sobretudo em comparação com a jurisprudência francesa.

Sem pretender avaliar o papel da doutrina no Direito Administrativo, o presente estudo expõe teorias, cita autores, reproduz textos, para discorrer sobre os principais

* Professora-Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

[1] "L' introuvable acte de gouvernement", Revue du Droit Public et la Science Politique, Paris, jan. mar./1952, p. 318.

[2] Doctrine et acte de gouvernement, *L'Actualitè Juridique-Droit Administratif,* 20-1-1982, p. 5.

aspectos do ato de governo, buscando sobretudo retratar a multiplicidade de entendimentos que suscitou, a evolução que sofreu e as tendências contemporâneas a respeito.

2. *Terminologia*

As controvérsias do tema já se iniciam na denominação. Encontram-se com mais freqüência as expressões "ato de governo" e "ato político"; no direito norte-americano utiliza-se a locução "questões políticas" e no direito inglês, "ato de estado".

Deixando de lado a terminologia do direito anglo-americano, mencione-se que para alguns autores são sinônimas as expressões ato de governo e ato político, como Cretella Júnior (Teoria do ato de governo, Revista de Informação Legislativa, nº 95, jul.set./1987, p. 73) e Manoel de Oliveira Sobrinho (Atos Administrativos, 1980, p. 99). A doutrina francesa prefere denominá-los ato de governo. No direito pátrio, Seabra Fagundes (Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, 5ª ed. 1979, p. 159-160) e Ada Pellegrini Grinover (As Garantias Constitucionais do Direito de Ação, 1973, p. 144) adotam a expressão "ato político".

Qual, então, a terminologia mais adequada à pronta identificação do ato que se estuda?

A considerar o sentido de atuação do poder estatal, seria político todo ato que a expresse, tal como deflui das afirmações de Candido Dinamarco, ao caracterizar a sentença como ato político por expressar o exercício da jurisdição como poder (A instrumentalidade do processo, 1986, p. 124 e p. 375, nota 10). Assim, políticos seriam também os atos parlamentares e todos os atos administrativos porque expressam atuação de poderes estatais.

Então, como se trata de ato originado do Poder Executivo, para especificá-lo necessário se tornaria denominá-lo "ato político editado pelo Executivo".

Melhor parece a locução "ato de governo" para significar determinada atuação do Poder Executivo, porque na atualidade o termo "governo" vem associado a este Poder. Como bem nota Virally,[3] ninguém jamais pensou em qualificar como atos de governo os atos parlamentares.

Segundo Duez[4] "os atos ditos de governo configuram categoria de atos emanados do Executivo e seus agentes". Para Marienhoff[5] "embora o conceito de governo abarque simultaneamente a atividade dos três órgãos essenciais do Estado-Executivo, Legislativo e Judiciário — quando se fala de "atos de governo" se entende referir somente a certa espécie de atos editado pelo Poder Executivo".

3. *Quem edita*

Se originados do Poder Executivo, qual autoridade emite ato de governo? Insuscetível de dúvida que o órgão supremo do Executivo — Chefe de Estado, Chefe de

[3] Op. cit., p. 323.
[4] Les Actes de Gouvernement, Paris, 1935, p. 13.
[5] Tratado de Derecho Administrativo, tomo II, Buenos Aires 1966, p. 699.

Governo ou Chefe de Governo em conjunto com Chefe de Estado — pode editar atos de governo. Quanto aos Ministros, Virga (Il Provvedimento Administrativo, 1972, p. 12) admite que emitam atos de governo. Necessário verificar preliminarmente o sistema de governo e o modo de atuação dos Ministros. No sistema presidencial e na concepção adotada neste estudo, Ministros não editam atos de governo.

Nos Estados Federais, editam atos de governo os chefes do Executivo estadual, o mesmo ocorrendo nos Municípios dotados de autonomia política, como no Brasil.

Ranelletti[6] e Marienhoff[7] afirmam que não podem ser atos de governo os emanados de entes públicos administrativos menores (departamentos, comunas) produtos de descentralização autárquica ou territorial porque só têm atribuições administrativas, não lhes cabendo invocar razões de Estado sobre que se baseia essa categoria de atos.

No momento atual, em que muitos ordenamentos conferem a regiões a qualificação de autônomas, como na Espanha, com atribuições fixadas na Constituição, indubitável a existência de atos de governo daí originados. Necessário, então, verificar, primeiro, o grau de autonomia das entidades territoriais para depois afirmar a possibilidade ou não de editarem atos de governo. Evidente que as entidades resultantes da descentralização por serviços, como autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas não editam atos de governo.

4. *Modo como é focalizado*

O ato de governo merece exame em muitas obras destinadas ao estudo do exercício do direito de ação em geral ou do controle jurisdicional da Administração, como restrição ou limite. Assim aparece em: Ada Pellegrini Grinover, As Garantias Constitucionais do Direito de Ação; Seabra Fagundes, Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário; Kazuo Watanabe, Controle Jurisdicional; Jean Rivero, Droit Administratif, 10ª ed., 1983, p. 161; Pierre Devolvé, L'Acte Administratif, Paris, 1983, p. 33; Hector Mairal, Control Judicial de la Administración Publica, vol. 1, Buenos Aires, 1984. Outros autores o focalizam como inflexão ao princípio da legalidade, como Vedel, Droit Administratif, 1973, p. 299 e Stassinopoulos, Traité des Actes Administratifs. Carre de Malberg, no clássico Contribution à la Théorie Generale de l'Etat, tomo I ao estudar a função administrativa, dedica seção ao exame dos atos de governo. Também é considerado como tema nas obras dedicadas ao ato administrativo como por exemplo em: Cretella Júnior, Tratado de Direito Administrativo, vol. II, Ato Administrativo; Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Atos Administrativos, 1980; Manuel Maria Diez, El Acto Administrativo, Buenos Aires, 1961, p. 509.

5. *Origem*

A teoria do ato de governo surgiu na França em decorrência de decisões do Con-

[6] Le guarantigie della giustizia nella Publica Aministrazione 1934, p. 63 e 73.
[7] Op. cit. p. 702.

selho de Estado que rejeitavam apreciar determinados atos do Executivo com a seguinte fórmula: "atos cuja interpretação e execução não podiam lhe ser atribuídas pela via contenciosa".

Parte da doutrina que se dedicou ao estudo do ato político buscou o motivo da rejeição em auto-limitação determinada pelo próprio Conselho de Estado para preservar sua permanência institucional em época em que recebia críticas de várias correntes políticas. Assim, de acordo com Duez,[8] a matéria dos atos de governo é desconhecida sob a Revolução e no Primeiro Império; em virtude da interpretação vigente na época, da separação de poderes, os litígios em que a Administração era parte fugiam à apreciação do Judiciário, cabendo à própria Administração decidi-los. No tocante à concepção de justiça administrativa era o período da chamada "justiça retida".

Com a Restauração e a Monarquia de Julho, os Bourbons retornaram ao trono (1815); o Conselho de Estado, criação napoleônica, é criticado pelos liberais e pelos partidários dos Bourbons, por ter consolidado a situação dos adquirentes de bens nacionais. Daí o Conselho de Estado ter limitado espontaneamente suas funções no tocante ao âmbito de alcance do recurso por excesso de poder, do qual escapavam os atos de governo.

A decisão mais célebre é o "arret Laffite", de maio de 1822; o caso foi o seguinte: Napoleão havia concedido à Princesa Borghese uma renda de 670.000 francos, que posteriormente foi transferida pela Princesa ao banqueiro Laffite; não pagas as rendas vencidas, desde o retorno dos Bourbons, uma Lei de janeiro de 1816 privou todos os membros da família Bonaparte dos bens havidos a título gratuito e entre estes a renda em questão; Laffite, que havia adquirido o crédito, depois de reclamar ao governo, ingressou com ação perante o Conselho de Estado, para que lhe fossem pagas as rendas, ao menos até a data da lei de 1816; o Conselho de Estado deixou de apreciar o fundo da questão, alegando o seu caráter político.[9]

Outras sentenças do Conselho de Estado, nesse período, mencionam o caráter político dos atos: "Duchesse de Saint Lieu — (1838), "Prince Louis" (1844), "Artentau" (1834)", de regra referentes a medidas adotadas contra membros de antigas dinastias ou aplicação de convenções diplomáticas. No Segundo Império, tais sentenças estendem-se a outros campos: seqüestro de livros e periódicos; fatos de guerra; medidas de segurança pública; medidas de polícia sanitária.

A explicação da origem do ato de governo na política de auto-limitação do Conselho de Estado recebe crítica do italiano Di Gaspare, na obra *Considerazioni sugli Atti di Governo e sull'atto político*, 1984, em que analisa o tema no direito francês e italiano, mediante aprofundado exame da realidade histórico institucional. Di Gaspare não consegue ver nexo entre a noção jurisprudencial de ato de governo e a chamada auto-limitação do Conselho de Estado, com o advento da Restauração (op. cit., p. 64); para melhor expor seu entendimento sobre a origem do ato de governo, chama a atenção em alguns pontos de seu livro (p. 54 e 64, nota 16) sobre a ambigüidade da repartição do poder de normação primária na França da Restauração e a impreci-

[8] Les Actes de Gouvernement, 1934, p. 30.

[9] Dados do "arret Laffite" extraídos de Boqueira Oliver, José Maria, Los Origenes de la Distincion entre Actividad Politica Y Administrativa, Revista de Administración Pública, nº 40 1963, p. 75-76.

sa "tipificação" dos atos dos poderes públicos; partindo do que chama "opinião comum" da atual doutrina que reconhece o ato normativo com base na existência, no ato, de idoneidade a produzir proposições prescritivas munidas de potencialidades sancionadoras, afirma que o fundamento da não apreciação dos atos de governo, na Monarquia dos Bourbons encontra-se na persistência de um poder normativo primário da Coroa, incluído nos atributos da soberania régia (p. 17 e 54); atos editados pelo soberano para a segurança do Estado demonstravam continuidade com aqueles atos de exercício da prerrogativa soberana que nos precedentes regimes absolutos se denominavam atos de alta polícia (p. 55); tem-se a impressão de que a incompetência do juiz administrativo derivava sobretudo da inidoneidade do ato a ser objeto de julgamento, portanto, imunidade decorrente da própria natureza dos atos de governo; na ocasião, tais atos seriam de normação primária, equiparáveis aos atos legislativos (p. 70, 77 e 79).

A justificativa oferecida por Di Gaspare, com base na realidade institucional da época, parece mais coerente do que a teoria da auto-limitação. Virally observa que a existência dos atos de governo estaria ligada ao sistema de "justiça retida" vigente na época das primeiras sentenças negativas de apreciação: "como o Conselho de Estado poderia pedir ao Chefe de Estado que assinasse decisão anulatória de ato que este editara com fim de "alta polícia"? "Como lhe pedir para reconhecer a responsabilidade do Estado no tocante a tal medida?"[10]

Como jurisdição independente o Conselho de Estado poderia apreciar tais atos.

Com a queda do Segundo Império e surgimento da Terceira República, veio a Lei de 24 de maio de 1872 que atribuiu independência ao Conselho de Estado no exercício da função contenciosa, iniciando o chamado sistema da "justiça delegada".

Com a sentença no caso "Prince Napoleon", de 1875, registraram-se mudanças na jurisprudência do Conselho de Estado. Neste caso, o Príncipe Napoleon José Bonarparte ingressou com recurso por excesso de poder perante o Conselho de Estado contra ato do Ministro da Guerra que negara reintegrá-lo no estado-maior do exército, do qual fora eliminado depois da queda do Segundo Império; o Ministro invocou a impossibilidade de apreciação, com base no caráter político do ato; o Conselho de Estado não acolheu o recurso, mas rejeitou a alegação de inadmissibilidade invocada pelo Ministro; pela primeira vez, em lugar de aceitar a qualificação de "político" que o próprio Governo apresentava, observou o seguinte, nas conclusões do comissário David: "para que o ato de governo apresente as características que o situam fora e além de todo controle jurisdicional, não é suficiente que venha decidido em Conselho de Ministros ou que esteja motivado por interesse político; o Conselho de Estado reivindica a tarefa de verificar, caso a caso, a real subsistência do caráter político".[11]

Para muitos autores, o caso "Prince Napoleon" assinalaria o abandono, pelo Conselho de Estado, da referência ao fim político dos atos de governo.

Logo depois, em 1887, a sentença no caso "Duc d'Aumale et Prince Murat" afirmou o seguinte, nas conclusões do comissário Marguerite: "O pensamento político

[10] L'introuvable Acte de Gouvernement, Revue Du Droit Public Et de La Science Politique, 1952, p. 356, nota 131.

[11] Di Gaspare, op. cit., p. 113.

que levou um representante do poder público a editar determinado ato, não lhe retira necessariamente o caráter administrativo, se esse ato, por sua natureza, é um ato administrativo".[12]

De acordo com Di Gaspare, as duas sentenças assinalam a evolução da jurisprudência; com a primeira se fixa a competência do Conselho de Estado para qualificar os atos como de governo; com a segunda se afirma que a qualificação deve ser efetuada com base na natureza do ato, cabendo ao juiz administrativo o reconhecimento objetivo dessa natureza.[13]

Mas, a não apreciação dos atos de governo permaneceu, embora parecesse repudiado o fim político.

A doutrina, então, continuou a buscar os critérios de caracterização do ato de governo.

6. *Critérios Caracterizadores*

a) Teoria do fim político

Ainda na época da chamada "justiça retida", autores franceses procuraram explicar a casuística jurisprudencial que rejeitava apreciar medidas do Executivo mediante invocação do ato de governo. A teoria do *fim político* predominou no período, atribuindo-se a DUFOUR, na obra *Traité général de droit administratif appliqué,* 1866, sua primeira formulação. De acordo com essa teoria o que especifica o ato de governo é o fim que norteia seu autor; é a natureza política do ato que impede o controle jurisdicional.

A concepção do fim político, segundo alguns autores deixou de prevalecer a partir de 1875, com o "*arrêt Prince Napoleon*". Recebeu muitas críticas da doutrina, que, em geral, aponta a possibilidade de que o próprio autor do ato o considerasse político para fugir ao controle jurisdicional, o que levaria à amplitude desmesurada dos casos insuscetíveis de apreciação.

Após 1875, outras teorias tentaram demonstrar que o ato de governo teria natureza específica, justificadora de sua imunidade ante o Judiciário.

b) *Soberania*

Segundo Manuel Maria Diez alguns autores justificaram os atos de governo com a noção de soberania; argumenta Diez que a teoria não se pode manter pois soberano é o Estado em seu conjunto; se o Executivo invoca razão de soberania para fugir ao controle jurisdicional de seus atos de governo, o Poder Judiciário, alegando também a soberania, poderia efetuar o controle.[14] Duez observa que a idéia de soberania significa resíduo da concepção autoritária do poder público, substituindo-se, nessa teo-

[12] Texto da sentença extraído de Chalvidan, Doctrine et Acte de Gouvernement, L'Actualité Juridique — Droit Administratif, janeiro de 1982, p. 6.
[13] Op. cit., p. 114.
[14] El Acto Administrativo, p. 523.

ria, a soberania do Estado pela soberania do Governo, o que não passa de verbalismo.[15]

c) *Distinção entre atividade de governo e Atividade Administrativa*

Segundo Chalvidan,[16] após o abandono da teoria do fim político, a doutrina vai tentar elaborar teoria jurídica ou seja, teoria que introduza o ato de governo na ordem jurídica. Procurarão os autores no ordenamento jurídico geral e no direito constitucional as bases para o fundamento positivo e para a natureza jurídica dos atos de governo.

O núcleo dessa orientação é a distinção entre função ou atividade de governo e função ou atividade administrativa, do que resultariam, respectivamente, o ato de governo e o ato administrativo.

No direito francês, o primeiro texto mencionado com freqüência é o decreto de descentralização administrativa de 25 de março de 1852: "Considerando que se pode governar de longe, mas que se administra bem somente de perto; que em conseqüência importa tanto centralizar a ação *governamental quanto* é necessário descentralizar a ação puramente administrativa..."

Outro texto invocado para justificar juridicamente o ato de governo situa-se no art. 26 da lei de 24 de maio de 1872 (mesma lei que atribuiu independência ao Conselho de Estado), segundo o qual "os ministros têm o direito de reivindicar perante o Tribunal de Conflitos os assuntos levados à Seção do contencioso e que não caberiam ao contencioso administrativo".[17] Carré de Malberg, mencionando o exemplo de Laferrière, afirma que a exclusão do controle jurisdicional dos atos de governo não é criação arbitrária da autoridade executiva ou da jurisprudência, mas tem base em textos legais e cita esse art. 26.[18] Duez nega que o art. 26 consagre positivamente a existência do ato de governo, pois os atos a serem reivindicados perante o Tribunal de Conflitos são aqueles que deveriam ir aos tribunais da ordem judiciária, em razão da norma da separação das autoridades administrativas e judiciárias.[19] Virally, de seu lado, observa que por paradoxo singular o art. 26 jamais foi objeto de menção na jurisprudência, apesar do grande número de sentenças vinculadas à idéia de ato de governo.[20]

No direito italiano, o art. 24 do Texto Único sobre a justiça administrativa, de 31 de março de 1889, deu fundamento positivo ao ato de governo: "Cabe à IV Seção de Conselho de Estado decidir recursos contra atos de uma autoridade administrativa deliberante... quando os próprios recursos não sejam de competência da autoridade judiciária, nem se trate de matéria que cabe à jurisdição ou às atribuições contenciosas de corpos ou colégios especiais. O recurso não é admitido quando se trata de atos emanados do governo no exercício do poder político".[21]

[15] *Les Actes de Gouvernement,* 1935, p. 187.
[16] *Doctrine et Acte de Gouvernement, L'Actualité Juridique Droit Administratif,* 20.1.82, p. 7.
[17] Texto extraído de Chalvidan, op. cit., p. 8.
[18] *Contribution à la Théorie Générale de l'État,* 1920, tomo I, p. 547.
[19] *Les Actes de Gouvernement,* p. 37.
[20] L'Introuvable acte de gouvernement, *Revue du Droit Public el de Science Politique,* jan/mar. 1952, p. 318, nota 2.
[21] Texto do art. 24 extraído de ORLANDO, *Primo Trattato,* vol. III, p. 547.

Tais textos, embora pudessem, conforme a interpretação dada, oferecer fundamento positivo ao ato de governo, não explicavam sua natureza.

Para encontrá-la, a doutrina elaborou a teoria da função governamental distinta da função administrativa.

Muito difundido se apresenta o pensamento de Laferriére, expresso no seguinte trecho: "Administrar é assegurar a aplicação diária das leis, zelar pelas relações dos cidadãos com a administração central ou local e das diversas administrações entre si. Governar é provar às necessidades de toda sociedade política, zelar pela observação de sua Constituição, pelo funcionamento dos grandes poderes públicos, pelas relações do Estado com as potências estrangeiras, pela segurança interna e externa".[22]

A teoria da função governamental recebeu outras conotações, sem que se deixasse de ressaltar a diferença das funções. Assim, por exemplo, Carré de Malberg vincula a teoria à distinção entre Constituição e leis ordinárias; a autoridade administrativa, no exercício da função governamental, detém poder autônomo decorrente de concessão superior às leis ordinárias, poder esse que não poderia, então, ser considerado como poder executivo das leis (função administrativa); o ato administrativo ordinário fundamenta-se em poder simplesmente legal e o ato de governo tem base em poder constitucional; tanto um como outro se editam de acordo com a ordem jurídica estabelecida no Estado.[23]

No decorrer de um século a doutrina publicista discorre sobre o fascinante tema da função governamental e função administrativa. Muitos aceitam a distinção, dentre os quais Ranelletti. (Le guarantigie della giustizia nella Pubblica Amministrazione, 1934, p. 56); Francis Paul Benoit (*Le Droit Administratif Français,* 1968, p. 46-52); Marienhoff — sem a decorrente especificação do ato político como categoria — *Tratado de Derecho Administrativo,* tomo II, Buenos Aires, 1966, p. 696 e 697) e, no direito pátrio Cretella Júnior (no artigo Teoria do Ato de Governo, *Revista de Informação Legislativa,* nº 95, jul/set. 1987, p. 78, 79, 83 e 84, o consagrado jurista adota a distinção entre as duas funções, sem, no entanto, considerar o ato de governo como categoria diferenciada do ato administrativo).

Outros autores rejeitam a distinção. Assim, ORLANDO, ao comentar o art. 24 da lei italiana sobre contencioso administrativo (citada acima), afirma "ser bem difícil indicar o que seja um poder político, sobretudo em antítese à administração, que, em certo sentido, é sempre poder político".[24] ORLANDO ainda tece críticas à distinção efetuada por Laferrière, primeiro, sob inspiração de Guizot, para observar ironicamente que o Governo seria um poder dos dias de festa; a administração, um poder dos dias de trabalho; depois pondera que zelar pela observância da Constituição e funcionamento dos grandes poderes públicos não é função concreta deste ou daquele órgão do Estado, mas a resultante final de múltiplas eficiências de que participam todas as manifestações estatais.[25]

Duez nega a diferenciação de ato de governo e ato administrativo como decorrência da distinção da função governamental e administrativa, nos seguintes termos:

[22] *Traité de la juridiction administrative,* Paris, 1896, t. II, p. 32.
[23] Op. cit., p. 527 e 531.
[24] *Primo Trattato,* vol. II, 1901, p. 903.
[25] Op. cit., p. 904.

"a existência de função governamental distinta da função administrativa não conduz racionalmente do ato de governo...; os atos pelos quais se exerce a função governamental não têm conteúdo jurídico diferente dos que se vinculam à função administrativa".[26]

Mais recentemente Rivero aponta a "dificuldade de fixar fronteira entre governo e administração; na prática a ação governamental e a direção da atividade administrativa cabem aos mesmos órgãos e leva a atos da mesma natureza; a distinção não tem alcance jurídico".[27]

Debbasch, sob outro prisma, refere-se à mescla entre o político e o administrativo: "na realidade não há fixação de finalidade pelo poder político e execução administrativa, mas emaranhado de fins e meios que favorece interferências recíprocas".[28]

Mairal, em linha semelhante, pondera que "a noção de função governamental é mais fácil de expressar do que de aplicar. Se formalmente os atos de governo não se diferenciam dos atos administrativos, a distinção intrínseca proposta não permite traçar linha divisória clara e livre de apreciações subjetivas; nos extremos não cabem dúvidas, mas a zona que as suscita é muito ampla".[29]

Como ensina Giannini, "o governo sempre participou da formação de diretrizes políticas, de um modo ou de outro... Existiu e existe, portanto, não um poder executivo, mas um poder governamental, que nas diversas constituições consta ora do Chefe de Estado (república presidencialista), ora do governo em conjunto com o Chefe de Estado (p. ex.: nos Estados parlamentares do século passado), ora do governo somente (p. ex.: na Constituição italiana atual), junto ao complexo de órgãos que formam a administração do Estado. De tal modo, a Administração Estatal pode ser simplesmente indicada como o aparato de poder governamental, tendo todos os atributos e as funções deste".[30]

É ainda Giannini, na obra *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, que, ao mencionar a crescente importância das administrações públicas no funcionamento do Estado, observa que isso levou alguns cientistas políticos a dizer que fazer política significa administrar (p. 111).

Ante a atuação e estrutura do Estado contemporâneo parece difícil afirmar a existência de fronteira rígida entre política e administração ou atividade governamental e atividade administrativa. A realidade cotidiana da Administração Pública demonstra a interferência recíproca dos altos escalões do Executivo e do chamado "pessoal técnico" ou administrativo. Dúvida alguma paira sobre a influência exercida pela burocracia sobre a tomada de decisões da Chefia do Executivo.

Mescladas, na atualidade, a função governamental e a função administrativa, impossível extrair da diferença entre ambas a natureza do ato de governo.

d) *Teoria do Quarto Poder*

Da concepção de diferença rígida entre função governamental e função administrativa decorre outro modo de justificar o ato de governo: o de considerar o governo

[26] Op. cit., p. 188.
[27] *Droit Administratif*, Paris, 1983, p. 12-13.
[28] *Science Administrative*, 1976, p. 48.
[29] *Control Judicial de la Administración Publica*, vol. I, Buenos Aires, 1984, p. 483.
[30] *Diritto Amministrativo*, Milão, 1970, vol. I, p. 66.

como quarto poder do Estado. A idéia encontrou sua formulação mais conhecida em Otto Mayer, no trecho seguinte: "Mas existe ainda outro grupo, ainda mais importante, que nos apresenta o Estado ocupado em realizar seus fins, como na administração, e que, no entanto, é outra coisa. Não se trata aqui de legislação, nem de justiça. É uma quarta espécie, situada ao lado das três atividades que é costume indicar".[31] Na Itália, Sandulli filia-se a essa teoria.[32] A idéia do governo como quarto poder, diferenciado da Administração, torna mais rígida a separação teórica entre as duas funções, o que não corresponde à realidade atual da vida do Estado onde ambas se mesclam. E mesmo que se cogitasse de formular novo modo de dividir poderes ou funções estatais para especificar outros, além dos três tradicionais, dificilmente se afastariam governo de administração.

e) *Execução da Constituição*

Segundo Chalvidan, a doutrina encontra outro alento para indicar a base jurídica da função governamental apoiando-se solidamente em disposições constitucionais.[33] Vem primeiramente de Ducrocq a afirmação de que os atos de governo são aqueles que executam diretamente disposição formal da Constituição e os atos Administrativos resultam da execução de lei ordinária.[34] O argentino Manuel Maria Diez adota esse entendimento.[35] Ranelletti critica a teoria alegando que muitas constituições contêm matéria de natureza estritamente administrativa.[36] Acrescente-se ainda que vários atos administrativos também executam diretamente preceito constitucional.

f) *Interesse geral do Estado em sua unidade*

Ranelletti aceita a distinção entre governo e administração e afirma que o caráter político do ato se configura pela consideração unitária do interesse geral do Estado, em que encontra sua causa; o ato é editado para tutela daquelas exigências supremas da vida do Estado.[37] O critério de Ranelletti poderia receber as mesmas críticas dirigidas à teoria do fim político, sobretudo porque quem o edita invocará certamente o interesse geral do Estado em sua unidade, mesmo para medidas sem esse alcance.

g) *Teoria da atividade livre ou discricionária*

Outra orientação pretende caracterizar o ato de governo como decorrente de atividade livre ou discricionária do Estado. Evidente que a discricionariedade existe também em atos da Administração não caracterizados como de governo. Para Ranelletti "não se pode identificar atividade de governo com discricionariedade; a discricionariedade é uma qualidade dos atos de governo inerente a sua natureza política; mas não é sua característica e muito menos razão de ser de sua natureza".[38]

[31] *Derecho Administrativo Alemán*, Buenos Aires, 1949, tomo I p. 11.
[32] *Manuale di Diritto Amministrativo*, 1978, p. 13.
[33] *Doctrine et Acte de Governement, L'Actualité Juridique-Droit Administratif*, 20.1.82, p. 8.
[34] Extraído de Chalvidan, op. cit., p. 8.
[35] *El Acto Administrativo*, p. 520.
[36] Op. cit., p. 58.
[37] Op. cit., p. 69 e 73.
[38] Op. cit., p. 59 e 61.

h) *Não apreciação jurisdicional*

A dificuldade de encontrar critério identificador da natureza dos atos de governo acarreta, em grande parte da doutrina, o enunciado de sua noção na insuscetibilidade de controle jurisdicional. Ato de governo é o que escapa à apreciação pelo Judiciário. Várias críticas se ergueram contra esse modo de explicação, por exemplo: Mairal[39] refere-se à definição tautológica, na mesma linha de Virally:[40] assim se responde à questão pela questão; Marienhoff[41] afirma que o critério baseia-se em eventuais conseqüências do ato, não oferecendo a noção essencial ou substancial. Para Di Gaspare[42] as explicações da doutrina centradas na insuscetibilidade de apreciação pelo juiz, basearam-se em representação parcial e limitada, do que resultou teorização inadequada e incompleta.

i) *Critério da lista ou empírico*

No direito francês buscou-se ainda contornar a dificuldade de conceituar-se o ato de governo com solução prática: considera-se ato de governo o que figura em lista decorrente de decisões do Conselho de Estado ou Tribunal de Conflitos; atualmente, na França a lista contém dois tipos de atos: os que se referem às relações entre o Executivo e o Legislativo e às relações do governo com Estado estrangeiro ou organismo internacional. Para Marienhoff[43] o critério é vazio de conteúdo científico. Segundo Rannelletti[44] "dizer que atos de governo são aqueles que a jurisprudência considera como tais significa renunciar à solução do problema sem saber com qual critério a jurisprudência deverá definir um ato de governo ou administrativo".

7. *O "Ato de Estado" no direito inglês*

Ainda no tema dos critérios que permitam caracterizar o ato de governo parece de interesse verificar o tratamento concedido pelo direito anglo-americano.

No direito inglês encontra-se o chamado "ato de Estado", editado sob prerrogativa da Coroa em relação a Estado estrangeiro ou contra um indivíduo não protegido pelas leis inglesas. Em nenhum dos casos o ato é suscetível de apreciação pelo Judiciário. Entre os atos relativos a Estados estrangeiros situam-se os seguintes: declaração de guerra e paz; reconhecimento de Estados ou governos estrangeiros; anexação ou cessão de territórios; celebração de tratados e representação diplomática.[45]

Segundo Wade,[46] o ato de Estado só pode ser invocado ser for praticado em território estrangeiro; quer dizer, a Coroa não desfruta de dispensa quanto a atos reali-

[39] *Control Judicial de la Administracion Publica*, p. 559.
[40] Op. cit., p. 338.
[41] *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, 1966, p. 690.
[42] *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto político*, 1984, p. 11 e 12.
[43] Op. cit., p. 690.
[44] *Le guarantigie della giustizia nella Pubblica Amministrazione*, 1934, p. 67, nota 3.
[45] CLARKE, H.W., *Constitutional and Administrative Law*, Londres, 1971, p. 89 e 90.
[46] *Derecho Administrativo* (trad. espanhola) 1971, p. 441 e 442.

zados em território inglês, tanto se o demandante for de nacionalidade britânica como se for estrangeiro; mas os territórios estrangeiros encontram-se mais além dos limites do Governo e aí a Coroa atua com plena liberdade. Como observa Clarke[47] "o ato de Estado não pode ser defesa contra lesão causada pela Coroa a direito de cidadão inglês".

8. *As "questões políticas" no direito norte-americano*

Na obra Constitucional Law, de Barron e Dienes (1986) as "political questions" vêm estudadas no capítulo do controle jurisdicional e seus limites. Mairal, em sua obra, Control Judicial de la Administracion Publica, também cuida das questões políticas no âmbito dos atos insuscetíveis de apreciação jurisdicional. Desses dois autores serão extraídos os dados fundamentais do tema.

Em 1803, no caso Marbury & Madison, Marshall mencionava que há um tipo de demandas constitucionais que os tribunais não podem rever porque as matérias são políticas. Os parâmetros das questões políticas aparecem nas considerações do juiz Brennan no caso "Baker & Carr", em 1962, em que a Suprema Corte aceitou apreciar a constitucionalidade de lei estadual sobre divisão de distritos eleitorais, para declará-la inválida por desfavorecer distritos cuja população aumentara no decorrer do século. O juiz Brennan partiu da premissa de que a não apreciação pela justiça decorre de separação de poderes e depois apontou os critérios que permitem caracterizar a questão política.

a) Critério clássico:

O tribunal deve verificar se a questão foi confiada pela Constituição a outro ramo do poder público; a identificação dos assuntos assim atribuídos e a constitucionalidade do exercício da discrição cabem ao Judiciário;

b) Critério funcional:

Falta de padrões "encontráveis" para solucionar a questão; impossibilidade de decidir sem chegar primeiro a uma determinação política.

c) Critérios de prudência ou político:

Impossibilidade de decisão independente sem faltar com o respeito devido aos demais ramos do governo; necessidade incomum de adesão inquestionável a decisão política já tomada; potencialidade de situações embaraçosas ante pronunciamentos variados de diversos órgãos do Estado sobre a mesma questão.

Conforme Barron e Dienes[48] a doutrina das questões políticas é invocada sobretudo em âmbitos da competência tradicional do Presidente da República ou do Con-

[47] Op. cit., p. 91
[48] *Constitutional Law*, 1986, p. 44.

gresso. O âmbito das relações exteriores, o contexto da segurança nacional, questões sobre o exercício do poder de guerra e o processo de emenda constitucional não são o prato tradicional dos tribunais, mas hoje abrangem o cerne da definição da doutrina da questão política.

9. *Negação do ato de governo*

No desafio do estudo sobre o ato de governo aparecem as teorias negativistas, umas de caráter absoluto, outras de caráter relativo.

A doutrina francesa aponta Michoud e Berthélemy como expoentes dessa linha.

Também clássico na rejeição do ato de governo se apresenta Duez para quem "o ato de governo configura receita técnica de arte política para circunscrever o papel em relação a certa atividade governamental que requer maior liberdade do autor do ato; a teoria do ato de governo não é tão necessária para salvaguardar a legítima independência do Executivo em matérias políticas vitais; o direito oferece meios suficientes para que se atinja essa finalidade, permitindo abolir um símbolo que lembra a antiga razão de Estado, que significa atentado muito vivo ao princípio da legalidade para ser mantido, mesmo com caráter residual; suficiente proteção dos atos de governo contra o controle jurisdicional pode ser assegurada pela reserva do poder discricionário; a teoria do ato de governo deve ser eliminada como praticamente inútil".[49]

Ainda na doutrina francesa, Virally, no excelente artigo "L'Introuvable Acte de Gouvernement" (1952), enumera uma a uma as hipóteses indicadas como atos de governo, para demonstrar que fogem à apreciação jurisdicional em virtude da aplicação normal de preceitos processuais, sobretudo de competência, da jurisdição administrativa francesa, abolindo, assim, toda explicação política para o tratamento especial ao ato de governo. E conclui: "O ato de governo, subtraído a todo exame jurisdicional por motivos puramente políticos, permanece inincontrável. Desapareceu da jurisprudência desde o célebre caso Prince Napoleon Bonarparte (1815)".[50]

Na doutrina espanhola Garcia de Enterria e Tomas Ramon Fernandez[51] também consideram inútil essa teoria.

10. *Existência do Ato de Governo não como categoria autônoma*

Outro modo de tratar o tema, relativiza a concessão negativista, para aceitar a existência do ato de governo como resultante da atuação do Executivo, sem no entan-

[49] *Les Actes de Gouvernement*, p. 191 e 193.

[50] Op. cit., p. 355, Waline critica a teoria de Viraly alegando que, tendo a aparência de combater a teoria dos atos de governo, tende, na realidade, a justificar uma jurisprudência cujo efeito é consagrar denegação de justiça; para Waline a teoria do ato de governo não tem base legal alguma; a jurisprudência poderia eliminar os atos de governo (Précis de Droit Administratif, 1969, p. 166 e 168.)

[51] *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 1982, p. 486.

to, separá-lo da categoria "ato administrativo". Essa orientação procura enquadrar o ato de governo no âmbito do ato administrativo, embora com algumas características próprias. Já ORLANDO[52] rejeitava a existência de categoria distinta e sistematicamente determinável de atos de governo. Vedel[53] afirma não existir ato de governo como categoria jurídica autônoma, para depois ponderar que permanece um fundo de verdade nessa teoria. Entendimento semelhante adota Marienhoff:[54] "ato de governo não constitui figura jurídica específica, mas simplesmente noção conceitual de certa atividade do órgão Executivo do Estado. Juridicamente o ato de governo e o ato administrativo permanecem assimilados...; o regime jurídico de ambos obedece a princípios similares, pois a diferença conceitual existente não consegue separá-los juridicamente para que devam reger-se por critérios jurídicos diversos". Concepção igual esposa o argentino Fiorini:[55] "são espécie do gênero dos atos do Poder Executivo... O grave erro também decorre de identificar a atividade de governo com um ato determinado e considerar que esta espécie de atividade cria necessariamente ato de governo...; a circunstância que seja de essência jurídica e pertença ao gênero administrativo não quer dizer que não possa apresentar caracteres próprios como espécie de ato administrativo manifestando atividades de governo."

No direito pátrio Themistocles Brandão Cavalcanti incluía os atos de governo entre as modalidades de atos administrativos discricionários, não lhes atribuindo, portanto, natureza autônoma. (*Curso de Direito Administrativo,* 1971, p. 42)

Expressiva, nessa linha, a afirmação de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: "nada justifica no Estado de Direito essa figura de atos de governo em oposição aos atos administrativos. Se dizem respeito à manifestação da vontade individual, concreta, pessoal do estado, enquanto poder público, na consecução do seu fim, de criação e realização da utilidade pública, de modo direto e imediato, para produzir efeitos de direito, constituem atos administrativos" (*Princípios Gerais de Direito Administrativo,* vol. I, 2ª ed., 1979, p. 467).

No mesmo sentido posiciona-se Antonio Carlos de Araújo Cintra: "Não há atos políticos. Há simplesmente atos administrativos que comportam questões políticas, ou seja, um aspecto deixado à discrição do agente público administrativo, que avaliará sua conveniência e oportunidade" (*Motivo e Motivação do Ato Administrativo,* 1979, p. 61).

Cretella Júnior reconhece a espécie "ato de governo" como desdobramento do gênero ato administrativo; "ato de governo é a manifestação de cunho administrativo a que não é estranho o traço jurídico-político".[56]

As formulações por último expostas parecem mais adequadas à realidade do Estado contemporâneo. Considere-se, assim, o Executivo como poder ou função governamental e o ato administrativo, não com o sentido de mera execução de lei ou ato de efeitos internos ou de âmbito restrito, mas de ato que expressa, de vários modos, a função governamental, que é política e administrativa. Portanto, o ato de governo

[52] *Primo Trattado,* vol. III, 1901, p. 907, 910 e 911.
[53] *Droit Administratif,* 1973, p. 307 e 310.
[54] *Tratado de Derecho Administrativo,* tomo II, Buenos Aires 1966, p. 691 e 692.
[55] *Derecho Administrativo,* tomo I, Buenos Aires, 1966, p. 338.
[56] Teoria do ato de governo, *Revista de Informação Legislativa, n.º 95, jul./set. 1987, p. 79.*

apresenta-se como uma das expressões da função governamental. Pode ser especificado pelas características a seguir indicadas.

11. *Notas predominantes do Ato de Governo*

A primeira nota é orgânica: o ato de governo provém da autoridade ou órgão mais elevado do Poder Executivo. Nos Estados Federais, as chefias de Executivo dos Estados-Membros editam atos de governo; nos municípios e regiões autônomas, igualmente.

Fiorini[57] aponta outra característica: os atos de governo decorrem de execução direta da Constituição; mas, observa o mesmo autor, há muitos outros atos do Poder Executivo resultantes diretamente de permissão constitucional, sem a qualificação de atos de governo. Então, além do aspecto de execução direta de dispositivo constitucional, Fiorini ressalta as conseqüências jurídicas externas e os destinatários: os outros poderes do Estado. Pode-se acrescentar ainda, como destinatários ou interessados, outros Estados e organismos internacionais.

Ante essas características, os seguintes exemplos, no direito pátrio, aí se enquadram:

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

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

c) sanção, promulgação e publicação de leis (art. 84, item IV da Constituição Federal de 1988)

d) convocação de sessão extraordinária do Congresso Nacional (art. 57, § 6º da Constituição de 1988)

e) veto a projetos de lei (art. 84, item V)

f) edição de medidas provisórias com força de lei (art. 84, item XXVI)

g) decretação e execução de intervenção federal (art. 84, item X)

h) decretação de estado de defesa e estado de sítio (art. 84, IX)

i) celebração de tratados, convenções e atos internacionais (art. 84, item VIII)

j) declaração de guerra no caso de agressão estrangeira (art. 84, XIX)

l) decretação total ou parcial, de mobilização nacional (art. 84, XIX)

m) celebração da paz (art. 84, XX)

12. *Controle*

O estudo do governo gira, em muitos autores, em torno da possibilidade ou não de ser apreciado pelo Poder Judiciário. Como já se estudou, busca-se até caracterizá-lo pela qualidade de escapar a esse controle, do que decorreria total liberdade do Exe-

[57] *Derecho Administrativo*, tomo I, 1966, p. 339.

cutivo para editá-lo. Também se encontra na doutrina a idéia de que o ato de governo representa mancha ou exceção ao princípio da legalidade.

O exame da realidade atual do ordenamento pátrio e estrangeiro impede sustentar os chavões antigos sobre esse tema.

De início, verifica-se que os atos de governo editam-se com fundamento em dispositivos constitucionais. Ao emiti-los o Executivo exerce atribuição conferida pela Constituição, o que afasta a invocação de mancha no princípio da legalidade, aos mesmos no aspecto formal.

13. *Controle do ato de governo no direito estrangeiro*

O direito estrangeiro oferece exemplos nítidos do estreitamento do âmbito dos atos de governo, com a decorrente ampliação do controle jurisdicional.

Assim na França, nas últimas décadas, reduziu-se o número de atos do executivo, considerados atos de governo, que o Conselho de Estado se recusa a apreciar; exemplo significativo encontra-se no *estado de sítio,* cujas medidas de aplicação sujeitam-se a reexame da jurisdição administrativa, provocado pelos habitantes da área atingida, em virtude da limitação de liberdades que acarreta;[58] a *extradição* também foi excluída do rol de atos de governo, assim como *a expulsão de estrangeiros em tempo de guerra;* quanto aos *tratados,* o Conselho de Estado firmou jurisprudência de que a celebração é insuscetível de apreciação jurisdicional; quanto à interpretação, se é clara, o Conselho aplica diretamente podendo invalidar ato administrativo contrário; se o texto é nebuloso, o Conselho de Estado, como preliminar, solicita a interpretação do Ministério das Relações Exteriores e a esta se filia; para a execução vigora o entendimento seguinte: as medidas de execução fogem à apreciação do Conselho de Estado, salvo quando a autoridade francesa tem certa discricionariedade na escolha, caso em que o ato é considerado "destacável" e, portanto, sujeito ao controle, e quando os litígios suscitados regem-se pelo direito interno, no concernente à responsabilidade; o Conselho de Estado também admite, desde 1966, a responsabilidade do Estado por danos sofridos por particular e decorrentes de convenção internacional, cuja regularidade não se discute, quando tais prejuízos apresentam gravidade e caráter especial.[59]

Na Itália, o art. 24 do Texto Único sobre a Justiça Administrativa, de 1889, que previa expressamente a exclusão da via jurisdicional para atos do governo no exercício do poder político, deixou de prevalecer ante o art. 113 da Constituição (1947), que dispõe o seguinte: "Contra os atos da Administração Pública é sempre admitida a tutela jurisdicional dos direitos e interesses legítimos ante os órgãos da justiça ordinária e administrativa. Essa tutela não pode ser excluída ou limitada a meios particulares de impugnação ou para determinadas categorias de atos".

Segundo Barile[60] o Conselho de Estado italiano tende a reduzir a categoria dos atos de governo.

[58] Caso Huckel, 1955, citado por Mairal, *Control Judicial de la Administracion Publica,* p. 492.
[59] Dados extraídos de Mairal, *Control Judicial de la Administracion Publica,* tomo I, p. 489-491.
[60] Sotto voce Atto de governo (e atto politico), *Enciclopédia del Diritto,* vol. IV.

Na Espanha registra-se igualmente evolução na matéria. Na Lei sobre a jurisdição contenciosa-administrativa de 1956, o art. 2º, b, traz o preceito seguinte: "Não caberão à jurisdição contenciosa-administrativa...

b) As questões que se suscitem em relação aos atos políticos do Governo, como são os que afetam à defesa do território nacional, relações internacionais, segurança interior do Estado e mando e organização militar, sem prejuízo das indenizações que forem procedentes, cuja determinação, sim, compete à jurisdição contenciosa-administrativa". Para Garcia de Enterria e Tomas Ramon Fernandez[61] revogado está esse texto ante três dispositivos da Constituição de 1978: art. 106. 1 — atribui aos tribunais o controle do poder regular e da legalidade da atuação administrativa, sem exceção alguma; art. 24. 1 — todas as pessoas têm direito a obter tutela efetiva dos juízes e tribunais, sem que, em caso algum, possa ocorrer carência de defesa; art. 103. 1 — parte final — submissão plena da Administração Pública à lei e ao Direito.

14. *Controle do ato de governo do direito brasileiro*

No direito pátrio muitos atos de governo sujeitam-se ao exame do Legislativo, que poderá, assim, recusar sua aprovação. É o caso do estado de defesa, estado de sítio e intervenção federal, que dependem de aprovação do Congresso, dotado de competência para suspendê-los (art. 49, IV da Constituição de 1988); dependem de manifestação favorável do Legislativo a celebração de tratados, convenções e atos internacionais (art. 84, VIII), a declaração de guerra em caso de agressão estrangeira (art. 84, XIX) e a celebração da paz (art. 84, XX). Ao Legislativo caberá apreciar o mérito das medidas adotadas.

No tocante ao controle jurisdicional, a doutrina e jurisprudência pátrias revelam não somente grande riqueza no tratamento dado à matéria, como evolução clara no sentido de assegurar esse controle.

Assim, no início do século vieram à luz os estudos aprofundados de Rui Barbosa, especialmente no trabalho "O direito do Amazonas ao Acre Setentrional", no item intitulado "A objeção do caso político", do qual podem ser ressaltados os seguintes textos: "Quais as questões meramente, unicamente, exclusivamente políticas? Óbvio é que as relativas ao exercício de poderes mera, única e exclusivamente políticos. Quais são, porém, os poderes exclusivamente e meramente políticos? Evidentemente os que não são limitados por direitos correlativos, nas pessoas, individuais ou coletivas, sobre que tais poderes se exercem... Eis o terreno meramente político, defeso como tal à ingerência dos tribunais. Contraposto a este se estende, com divisas claras e sensíveis, o terreno da justiça, assinalado exatamente pela característica oposta de que as questões da sua alçada, em vez de obedecerem à apreciação de conveniências, mais ou menos gerais, entendem com a aplicação do direito legal aos casos particulares, de ordem individual ou coletiva. Onde quer que surja um problema jurídico desta natureza, embora não seja estreme de elementos políticos, desde que exclusivamente político não é, tem de receber a solução legal do poder constituído para dar

[61] *Curso de Derecho Administrativo,* tomo I, 1982, p. 486.

efeito às garantias constitucionais, e com elas valer a toda individualidade, natural ou moral, lesada no seu direito. ...Uma questão pode ser distintamente política, altamente política, segundo alguns, até puramente política fora dos domínios da justiça, e, contudo, em revestindo a forma de um pleito, estar na competência dos tribunais, desde que o ato, executivo, ou legislativo, contra o qual se demande, fira a Constituição, lesando ou negando um direito nela consagrado".[62]

A Constituição de 1891 nada dispôs a respeito de atos de governo ou questões políticas.

As Constituições de 1934 e 1937, nos arts. 68 e 97, respectivamente, previam, de modo expresso, a exclusão dos atos de governo da apreciação do Judiciário, nos seguintes termos: "É vedado ao Poder Judiciário conhecer questões exclusivamente políticas."

A jurisprudência, nesse período, oscilava, mas a partir da Constituição de 1946 que abrigou, no art. 141, § 4º, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional a qualquer lesão de direito, inclinou-se no sentido da possibilidade de apreciação.

Uma das contribuições doutrinárias significativas a esse entendimento foi de Castro Nunes, na obra "Do Mandado de Segurança", cujo texto lapidar a respeito expressa o seguinte: "as medidas políticas são discricionárias apenas no sentido de que pertencem à discrição do Congresso ou do Governo os aspectos da sua conveniência ou oportunidade, a apreciação das circunstâncias que possam autorizá-las, escolha de meios etc. Discricionárias, são, com idêntica conceituação as medidas de polícia, no seu mais amplo sentido, adotadas na esfera administrativa. Mas dizendo isso, não se diz, nem se poderia dizer, que a discrição legislativa ou administrativa pode exercitar-se fora dos limites constitucionais ou legais, ultrapassar as raias que condicionam o exercício legítimo do poder... O poder jurisdicional dos tribunais não comporta restrição de espécie alguma, fundada na natureza da medida, seja esta política ou discricionária (2ª ed., 1948, p. 205).

Alguns acórdãos do Supremo Tribunal Federal tornaram-se modelares. Embora tratassem de atos emanados do Poder Legislativo, as declarações de voto discorreram também a respeito de atos de governo oriundos do Executivo. Assim, o acórdão prolatado no mandado de segurança nº 1.423, julgado em 22 de fevereiro de 1951, cujo relator foi o Ministro Luis Gallotti, tem a seguinte ementa: "As medidas políticas são discricionárias apenas no sentido de que pertencem à discrição do Congresso ou do governo os aspectos de sua conveniência ou oportunidade, a apreciação das circunstâncias que possam autorizá-las; mas essa discrição legislativa ou administrativa não pode exercitar-se fora dos limites constitucionais ou legais" (*Revista Forense,* vol. 152, mar./abr. 1954, p. 149). Também o Ministro Luis Gallotti foi o relator do acórdão proferido no mandado de segurança nº 1959, julgado em 1953, onde se encontram na ementa os dois textos seguintes: "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

[62] O direito do Amazonas ao Acre Setentrional, in *Obras completas de Rui Barbosa,* Rio de Janeiro, Fundação Casa de Rui Barbosa, 1983, vol. 37, tomo 5, p. 114, 120 e 129.

a lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual" (*Revista Forense*, jul./ag. 1953, p. 152). Significativa também a ementa do acórdão proferido no mandado de segurança nº 11.140, julgado em 1963: A competência do Poder Judiciário se estende às questões políticas quando elas exorbitam da discrição do Congresso ou do Governo e lesam direitos individuais (*RDA* nº 74, out. dez. 1963, p. 267).

Desse modo, firmou-se no direito pátrio orientação no sentido da admissibilidade da apreciação jurisdicional do ato de governo se deste decorrer lesão a direito. Nessa diretriz se manifestam Cretella Júnior,[63] Seabra Fagundes,[64] Ada Pellegrini Grinover,[65] Antonio Carlos de Araújo Cintra.[66] O inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, segundo o qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", não enseja entendimento diverso.

De se observar, ainda, que a Constituição de 1988 previu instrumento para a "omissão de governo". Assim o item LXXI do art. 5ª possibilita concessão de mandado de injunção "sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania". Por exemplo, a apresentação de projeto de lei, caracterizada como ato de governo, tem o seu inverso na omissão em apresentá-lo, sanável, de acordo com texto constitucional pelo mandado de injunção, nos casos previstos.

15. *Conclusão*

Chalvidan (op. cit.), ao término do seu trabalho, ressalta que a reflexão da doutrina propiciou avanço da legalidade, pela redução salutar do âmbito do ato de governo.

Nos autores mais recentes nota-se repúdio à concepção antiga de ato de governo. Como se viu, as Constituições contemporâneas, ao consagrarem o princípio da inafastabilidade da apreciação jurisdicional a toda lesão de direito e ao reforçarem os meios de controle de constitucionalidade, esvaziam as noções precedentes e impedem a aplicação lesiva a situações subjetivas de particulares.

Os tribunais atuaram no mesmo sentido, devendo, na época atual, evitar que razões políticas afastem ou atenuem o controle sobre tais atos.

Resta ao parlamentar exercer as atribuições que lhe competem e utilizar os instrumentos previstos na Constituição para fiscalizar a edição (e conteúdo) dos atos de governo, cuja existência dificilmente se pode negar.

A cada um dos integrantes da coletividade, cabe a vigilância e o repúdio ao arbítrio exercido sob a rubrica de ato de governo, na antiga concepção, hoje não mais vigente.

[63] Teoria do Ato de Governo, *Revista de Informação Legislativa*, nº 95, jul.set./1987, p. 81.
[64] *Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 5ª ed., 1979, p. 164.
[65] *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*, 1973, p. 145-146.
[66] *Motivo e motivação do ato administrativo*, 1979, p. 62.