

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D  
COIMBRA

Daniel Ricardo Starke

**O CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS  
POLÍTICOS**

**Dissertação no âmbito do Curso de Mestrado na área de  
especialização em Ciências Jurídico-Políticas com menção em  
Direito Constitucional, orientada pelo Professor Doutor Fernando  
Alves Correia e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade  
de Coimbra.**

Outubro de 2021

Daniel Ricardo Starke



**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS  
POLÍTICOS**

**THE CONSTITUTIONAL CONTROL OF POLITICAL ACTS**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas com Menção em Direito Constitucional.

Orientador: Professor Doutor Fernando Alves Correia

**COIMBRA, 2021**

## **AGRADECIMENTOS**

Ao final da caminhada que conduz ao grau de Mestre, é momento para dividir a tão sonhada conquista com aqueles que participaram ativamente para o resultado desta obra. O desafio se mostrou árduo, longe de casa e de boa parte daqueles aos quais este agradecimento é dirigido, mas que foi possível tão somente pela participação de pessoas tão especiais.

Agradeço aos meus pais, meus primeiros professores, que me ensinaram a viver a vida de forma ética e humilde, modularando o caráter com o qual procuro honrar diariamente. À minha companheira, pela amizade e compreensão, além do amor incondicional que afaga e me acompanha.

Agradeço ao corpo docente e funcionários da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que, em uma época tão atípica como aquela em que vivemos, reinventaram-se à luz das novas ferramentas tecnológicas, de modo a tornar possível a continuação das atividades curriculares. Destes, especial agradecimento deve ser dispensado ao Professor Doutor Fernando Alves Correia, ao qual devo a honra de ter sido orientado na realização deste trabalho. Seus ensinamentos vão muito além da condução e orientação deste estudo, mas refletem exemplos de humildade e ternura de sua pessoa, condensando em exemplos práticos toda a grandeza da cátedra investida nos professores da Universidade de Coimbra.

Em iguais termos, uma especial dedicatória deve ser dispensada à Professora Doutora Alexandra Aragão, que, com o seu entusiasmo e paixão pela docência, motiva e serve de oxigênio para as ideias que hoje ordeno em minha carreira como professor e um eterno estudante da ciência jurídica.

A todos, muito obrigado!

## RESUMO

A controlabilidade dos atos políticos é tema que há muito tempo divide opiniões no mundo jurídico. De um lado, a crise política que assola algumas das democracias modernas acaba por questionar a solidez das instituições legitimadas a praticar esta espécie de ato. De outro, a incisiva atuação dos Tribunais Constitucionais e semelhantes iluminou a discussão sobre a adequação desta modalidade de controle de constitucionalidade. Afinal, é acertado admitir a existência de atos emanados pelo poder público que sejam blindados ao escrutínio do Poder Judiciário? Esta questão é, pois, o cerne deste trabalho, que tratou de perquirir a admissibilidade do controle jurisdicional dos atos políticos à luz do princípio da separação de poderes, dentre outros.

Com o objetivo de compreender e avaliar a amplitude dos efeitos desta espécie de controle jurisdicional, iniciou-se pela observação das diferentes modalidades de controle de constitucionalidade desempenhados pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Em seguida, tratou-se de definir o real objeto do controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário e os Tribunais Constitucionais, bem como a definição e a natureza jurídica do ato político.

Ao final, em verificação diretamente atrelada ao tema principal e cujo foco repousa sobre os cenários jurídicos de Portugal e do Brasil, o último capítulo trata de esmiuçar os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que já se debruçaram sobre o tema, revelando que, apesar da aparente inviabilidade de tal modalidade de controle, em determinadas e excepcionais hipóteses – a exemplo da ofensa aos direitos fundamentais – se mostra possível admitir o controle dos atos de governo.

**Palavras chave:** Controle de constitucionalidade. Ato político. Separação de Poderes. Tribunal Constitucional. Judicialização da política.

## **ABSTRACT**

The controllability of political acts is a topic that has been dividing opinions in the legal world for a long time. On the one hand, the political crisis that overrun some modern democracies ends up to questioning the stability of the institutions that are legitimate to practice this kind of act. On the other hand, the incisive action of Constitutional Courts and similar ones illuminated the discussion on the adequacy of this constitutionality control modality. After all, is it correct to admit the existence of political acts that are shielded from scrutiny by the Judiciary? This question is the core of this work, which sought to investigate the admissibility of jurisdictional control of political acts in light of the principle of separation of powers, among others.

In order to understand and assess the extent about the effects of this jurisdictional control, we began by observing the different constitutionality control modalities performed by the Executive, Legislative and Judiciary branch. Then, it was aimed to define the real constitutionality control object carried out by Judiciary Branch and Constitutional Courts, as well as the definition and legal nature of the political act.

Finally, in a verification linked to the main theme, which focus on the legal scenarios of Portugal and Brazil, the last chapter tries to scrutinize the doctrinal and jurisprudential positions that have already addressed that subject. In response, despite the apparent infeasibility of such a modality of control, in certain and exceptional cases – such as the offense to fundamental rights – it is possible to admit the controllability of government acts.

**Keywords:** Judicial Review. Political act. Separation of Powers. Constitutional Court. Judicialization of politics.

## **SIGLAS E ABREVIATURAS**

**ACO:** Ação Civil Originária

**ADPF:** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

**ADI:** Ação Direta de Inconstitucionalidade

**ADC:** Ação Declaratória de Constitucionalidade

**Ampl.:** Ampliada

**Art.:** Artigo

**Atual.:** Atualizada

**CCJ:** Comissão de Constituição e Justiça

**Cfr.:** Conforme

**CNJ:** Conselho Nacional de Justiça

**Coords:** Coordenadores

**Cons.:** Conselheiro

**CPI:** Comissão Parlamentar de Inquérito

**CRP:** Constituição da República Portuguesa

**CRFB:** Constituição da República Federativa do Brasil

**DJe:** Diário da Justiça Eletrônico

**Ed.:** Edição

**ETAF:** Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais

**Fls.:** Folhas

**ICMS:** Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços

**Min.:** Ministro(a)

**MS:** Mandado de Segurança

**N.p.:** Não paginado

**Op. Cit.:** *Opus citatum*

**P.:** Página

**P.p.:** Páginas

**QO:** Questão de Ordem

**RE:** Recurso Extraordinário

**Reimp.:** Reimpressão

**Rel.:** Relator

**Rev.:** Revista

**STA:** Supremo Tribunal Administrativo

**STE:** Superior Tribunal Eleitoral

**STF:** Supremo Tribunal Federal

**STJ:** Superior Tribunal de Justiça

**Trad.:** Tradução

**Vol.:** Volume

## ÍNDICE

AGRADECIMENTOS.....	03
RESUMO .....	04
ABSTRACT.....	05
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS.....	06
ÍNDICE .....	08
ASPECTOS INTRODUTÓRIOS.....	10
CAPÍTULO 1: DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE .....	15
1.1. <i>Ab initio: Do controle de constitucionalidade a cabo dos poderes Legislativo e Executivo</i> .....	16
1.1.1. <i>Do controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Executivo no ordenamento constitucional brasileiro</i> .....	17
1.1.2. <i>Do controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Legislativo no ordenamento constitucional brasileiro</i> .....	26
1.2. <i>Do controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário</i> .....	33
1.3. <i>Dos modelos de controle de constitucionalidade</i> .....	37
1.3.1. <i>Do controle preventivo</i> .....	39
1.3.2. <i>Do controle sucessivo</i> .....	40
1.3.2.1. <i>Do controle sucessivo difuso (concreto)</i> .....	41
1.3.2.2. <i>Do controle sucessivo concentrado (abstrato)</i> .....	45
1.3.2.3. <i>Das ações destinadas ao controle concentrado de constitucionalidade</i> .....	47
CAPÍTULO 2: DO OBJETO DE CONTROLE.....	54
2.1. <i>Da noção de norma jurídica para efeitos de controle</i> .....	55
CAPÍTULO 3: DA DEFINIÇÃO E ABRANGÊNCIA DO ATO POLÍTICO .....	58



3.1. <i>Do ato político versus ato administrativo: um ensaio sobre a sua natureza jurídica</i> .....	60
3.2. <i>Do conteúdo essencialmente discricionário imbuído no ato político</i> .....	66
3.3. <i>Da análise do Acórdão n° 195/94 do Tribunal Constitucional Português</i> .....	71
3.4. <i>Do posicionamento quanto ao tema no Brasil</i> .....	72
3.4.1. <i>Da jurisprudência brasileira quanto ao controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos políticos</i> .....	74
<b>CAPÍTULO 4: DA (IN)ADMISSIBILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS POLÍTICOS</b> .....	
4.1. <i>Do cotejo quanto à admissão do controle de constitucionalidade dos atos políticos</i> .....	80
4.2. <i>A doutrina das “political questions”</i> .....	82
4.3. <i>Do controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos políticos que violem direitos fundamentais</i> .....	87
4.4. <i>Dos problemas que decorrem da limitação da vontade política</i> .....	93
4.5. <i>Quanto ao princípio democrático</i> .....	96
4.6. <i>Reflexos de acordo com a Teoria da Separação dos Poderes</i> .....	100
4.6.1. <i>Da separação dos poderes como pedra angular do controle de constitucionalidade dos atos políticos: a teoria se mostra autorizativa ou impeditiva?</i> .....	108
4.7. <i>O papel fundamental dos Tribunais Constitucionais como garante do princípio da separação os poderes</i> .....	109
4.8. <i>Dos instrumentos de resolução de litígios constitucionais</i> .....	112
4.9. <i>Poderia o Judiciário substituir o comando depositado no ato político?</i> .....	113
<b>CONCLUSÕES</b> .....	120
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	127
<b>JURISPRUDÊNCIA</b> .....	140

## ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

Mais do que nunca, é momento de enaltecer o necessário respeito que deve ser dispensado às normas constitucionais e instituições democráticas. Na qualidade de organismo vivo<sup>1</sup>, dotado de conceitos estruturantes do Estado e de direitos e garantias que asseguram a vida em sociedade, a Constituição é elemento fundamental para a organização desta, contribuindo para (quicá, possibilitando) o desenvolvimento do homem na constante busca de evolução social.

Uma vez insculpida pelo constituinte originário com especial atenção a esse fato, a Constituição e seu texto merecem interpretação e aplicação de forma inteligente, atenta às mudanças da sociedade, a qual, cada vez mais, transpira inovações à luz do pensamento crítico evolutivo que é natural do ser humano.

Nesse diapasão, assume especial relevo a função desempenhada pela justiça constitucional, que atua *in loco* quando da simbiose havida entre as três esferas de poder concebidas em âmbito do Estado Democrático dos dias hodiernos. Dias estes, no entanto, que revelam um cenário político conturbado, onde parece que a polarização de ideias é a regra<sup>2</sup> e o meio termo é quase uma utopia, haja vista o crescente atrito advindo da atuação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Vive-se, pois, em constantes cenários de crise, a exemplo da persistente crise política vivenciada no Brasil, ou até mesmo a crise humanitária de âmbito global causada pelo *coronavirus*<sup>3</sup>.

Nesse contexto e inobstante as grandes dificuldades que emergem dos contornos do descompasso social, surge oportunidade única de trazer à baila aquelas discussões que podem parecer despiciendas, mas que, porém, transcendem as gerações dedicadas à construção de uma sociedade justa e democrática. Afinal, “*A crise desenha-se, claramente, como tema adequado e importante para debates, análises e reflexões no espaço*

---

<sup>1</sup> Na acepção de Karl Loewenstein, citado por Fernando Alves Correia na obra *Justiça Constitucional*, 2ª ed. Ed. Almedina. Coimbra, 2019, p. 34.

<sup>2</sup> DARMOFAL, David. STRICKLER, Ryan. *Demography, Politics, and Partisan Polarization in the United States, 1828–2016*. Springer International Publishing, 2019, p. 2.

<sup>3</sup> Não obstante o fato de a pandemia de *Covid-19* representar diretamente uma crise sanitária, já é certo que os seus efeitos também acabam por “infectar” o cenário político dos países que estão na linha de frente do combate à pandemia. Sobre esta temática, e, voltando-se ao lado político-econômico da questão: ALLAM, Zaheer. *Surveying the Covid-19 Pandemic and Its Implications: Urban Health, Data Technology and Political Economy*. Ed. Elsevier, 2020.

*universitário, pois que ela, longe vá o agoiro, até pode vir a desempenhar o papel de “cavalo de Tróia do Estado de Direito Democrático”.*<sup>4</sup>

Em meio a isso e dentre tantos outros tópicos que merecem a devida minudência, destaca-se a atribuição constitucional reservada aos governantes eleitos pelo voto popular – aqueles que desempenham o papel de direção do país – e a sua íntima relação com os tribunais, principalmente o Tribunal Constitucional e semelhantes. Volta a ser oportuna (se é que algum dia deixou de ser) a discussão sobre a legitimidade e os limites atribuíveis à justiça constitucional, nomeadamente em relação a uma das principais ferramentas de desempenho da atividade governamental: o *ato político*.

Ademais, é bem verdade que em meio ao tema da controlabilidade jurisdicional do ato político encontram-se inúmeras celeumas, que vão desde a sua gênese atrelada aos auspícios da filosofia, ou até mesmo às matérias de cunho processual e que desafiam a aplicabilidade prática de qualquer solução ensaiada em meio a uma pesquisa científica. Afinal, em uma primeira análise superficial, parece exsurgir da doutrina e jurisprudência que o ato político não poderia ser controlado pela atividade jurisdicional, mantendo-se distante do alcance das ferramentas de controle de constitucionalidade já dispostas ao jurisdicionado, criando um possível espaço vazio de jurisdição.

De tal contexto, são postos à baila alguns questionamentos norteadores desta pesquisa, os quais são elencados a seguir de modo a propiciar um norte teórico experimental, senão vejamos: é prudente admitir que o Poder Judiciário controle a atividade condensada no ato político? Acaso positiva a resposta a este questionamento, quais os limites atribuíveis a essa espécie de controle? Em sendo negativa a resposta, é adequado conceber a existência de atos “blindados” ao controle de constitucionalidade? A natureza jurídica do ato político tem o condão, por si só, de afastar o seu controle de constitucionalidade judicial? Essa modalidade (a judicial) é a única forma de controle de constitucionalidade apta a garantir a higidez do ato político? Quanto aos atos políticos que infrinjam normas fundamentais, é confortável admitir a sua intocabilidade? Pois bem.

A resposta para esses questionamentos passa invariavelmente pelo escrutínio da teoria da separação dos poderes, que é pedra angular de um ordenamento jurídico moldado

---

<sup>4</sup> MELO, António Moreira Barbosa de. *Crise e crises: uma perspectiva jurídico-política*. In *Temas de Integração*, Coimbra, Sem. 1º e 2º, nº 29-30, 2010, p. 12.

de acordo com o Estado Democrático de Direito, onde se busca a incansável atuação harmônica e simbiótica das esferas de poder que dirigem a máquina pública. De fato, a atuação dos juízes tem ganhado papel preponderante nos dias atuais, revelando que as suas decisões podem proteger – mas também podem comprometer – a liberdade das pessoas, inclusive influenciando nos passos da transformação de uma sociedade.<sup>5</sup>

Nesse ponto, mostra-se oportuno dissecar os clássicos e os atuais posicionamentos dos Tribunais Constitucionais do Brasil e Portugal, cujo debate já tenha versado sobre o tema em voga. Neste ponto, a análise da jurisprudência dos Tribunais Constitucionais brasileiro e português se mostra adequada quando se busca contextualizar o quão profundo é preciso mergulhar para elucidar os limites e o papel da justiça constitucional. De um lado, dado o contexto social e o posicionamento incisivo quanto às decisões que profere, o Supremo Tribunal Federal brasileiro chega a ser alçado como o “*mais poderoso Tribunal Constitucional do mundo*”<sup>6</sup>. De outro, ao demonstrar sensatez e encabeçar teses precursoras no tocante à justiça constitucional, o Tribunal Constitucional português revela atribuir um talentoso cuidado com os pronunciamentos judiciais que profere, servindo como referência ao estudo do Direito Constitucional a nível europeu e mundial.

Desde já, de forma a motivar uma adequada percussão de resultados, resta oportuno asseverar a notável diferença de conduta entre os tribunais brasileiro e português no que tange ao aspecto interpretativo de suas decisões. Este último, imbui-se de influência europeia em evidente *intersemiotividade*<sup>7</sup> inerente ao movimento evolutivo vocacionado no velho continente, fazendo de suas decisões um verdadeiro suprassumo da ciência jurídica contemporânea.<sup>8</sup> No caso brasileiro, ressalvadas as devidas proporções, a Suprema Corte constitucional tem demonstrado movimento ligeiramente oposto, adotando regras

---

<sup>5</sup> BALLIN, Ernst Hirsch. SCHYFF, Gerhard van der. STREMLER, Maarten. *European Yearbook of Constitutional Law 2019: Judicial Power: Safeguards and Limits in a Democratic Society*, Vol. 1, Asser Press: Springer. Berlin, 2020, p. 03-04.

<sup>6</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *As “ideologias da interpretação” e o Ativismo Judicial: o impacto das “ideologias da interpretação” nos princípios democrático e da separação de poderes*. In AAVV. *Liber Amicorum Fausto de Quadros*, v. I. Coimbra: Almedina, 2016, p.286.

<sup>7</sup> Para maiores lições sobre o tema: CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional... Op. cit.* p. 14 e seguintes.

<sup>8</sup> Ainda nesse sentido, note-se que o direito contemporâneo – e por via de consequência direta, os próprios tribunais portugueses – sofrem forte influência dos tratados internacionais e convenções do bloco europeu, principalmente em relação aos tratados de direitos humanos. Nesse sentido: VEIGA, Paula. *A Convenção Europeia de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Português de Direitos Humanos*, in Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, 2018, p. 555-556. No mesmo norte teórico consta o raciocínio de Canotilho, in *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2 ed. Coimbra. Almedina, 2002, p. 369.

específicas para a solução dos casos postos a seu crivo, próprias e “isoladas” do contexto mundial – o que tem gerado intenso trabalho crítico da doutrina juspublicista.

Sendo assim, à luz do resultado prático prospectado dos exemplos jurisprudenciais, é possível questionar se a extrapolação dos limites atribuídos aos tribunais interfere na segurança jurídica tão necessária nos dias atuais, base do Estado Democrático e que pode vir a afrontar o *princípio da proteção da confiança*<sup>9</sup>. Ainda, é prudente observar que a manipulação inadequada do *poder* de interpretar a Constituição pode vir a extrapolar a harmônica atuação tripartite, incidindo em *ativismo judicial* prejudicial à ordem democrática. Diante desse contexto, este trabalho buscará discorrer sobre o tema da controlabilidade judicial do ato político, iniciando por sua gênese, qual seja, observando a classificação das formas de controle, os momentos, bem como a relevante questão atinente à legitimação do controle de constitucionalidade, de modo a demonstrar a efetividade do serviço democrático prestado pelo Poder Judiciário enquanto realiza a tutela da Constituição. Na mesma linha e sucessivamente ao tópico *sub judice*, é de extrema importância perquirir qual o real objeto de controle, delineando a concepção lapidada pelas Cortes Constitucionais, notadamente o posicionamento do Tribunal Constitucional português.

Já em momento posterior, é dada a oportunidade para discorrer sobre a essência do *ato político* por excelência, qual seja, a sua conceituação e natureza jurídica imbuída na sua composição orgânica. Em tempo, tratar-se-á das diferentes correntes doutrinárias que debruçam sobre o ato político *versus* o ato administrativo e as demais formas de exteriorização da atividade pública. Busca-se uma adequada caracterização do ato que será objeto de eventual controle de constitucionalidade, analisando a sua gênese de modo a questionar a possibilidade da jurisdicalização da discricionariedade e o mérito consubstanciado em seu conteúdo.

Afinal, diante do forte teor discricionário contido em sua essência, os atos políticos são suscetíveis ao controle judicial?

---

<sup>9</sup> O *princípio da proteção da confiança* remonta a ideia de confiabilidade dos cidadãos nos atos provenientes do Estado e suas instituições, aí incluído, obviamente, o Tribunal Constitucional. As decisões proferidas pela mais alta Corte Constitucional pulverizam efeitos importantes nas diversas relações jurídicas da sociedade, acarretando efeitos diretos e indiretos no tocante ao direito das pessoas. Sobre o tema, conferir: CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional... Op. cit.* p. 69.

Após tal desiderato e considerando a carga teórica prospectada dos tópicos mencionados, adentrar-se-á na análise que se relaciona com a pertinência da (in)admissibilidade do controle jurisdicional dos atos políticos. Nesse ponto, destaca-se a concepção doutrinária tendente a admitir o controle de constitucionalidade de atos políticos contrários aos direitos e garantias fundamentais, indagando a sua validade em contraposição da extensão e dimensão normativa dos conceitos e normas fundamentais. De antemão, diga-se que esta corrente parece privilegiar a posição hierárquica dos direitos fundamentais quando postos em escala no ordenamento jurídico pátrio, de onde exsurge uma promissora discussão sobre a questão do posicionamento hierárquico de algumas normas constitucionais em detrimento de outras.

Em derradeiro, é oportuno que se indague os possíveis reflexos de eventual controle da atividade política em contraposto com a teoria da *separação dos poderes* (e o conseqüente sistema de freios e contrapesos que dela decorre), como aquela que previne a intromissão de um poder na esfera privativa do outro, que, porém, também realça a importância de uma atuação harmônica de modo a coibir eventuais espaços vazios de jurisdição.

Questiona-se, com olhos atentos à teoria que se firma como a base democrática do Estado moderno, se, mesmo diante de um ato eivado de mérito político e com alto relevo discricionário, é admissível infirmar a sua jurisdicionalização – a exemplo de um ato político que venha a ferir direitos fundamentais.

De todo modo, é *mister* asseverar que as temáticas aqui esmiuçadas no intuito de perquirir os limites oponíveis à atuação dos tribunais não chegam a exaurir o tema, sequer chegam perto de tal desiderato, mas servem como base para evidenciar a preocupação que é merecida pela justiça constitucional quando contraposta aos atos políticos. Com efeito, o respeito aos ditames constitucionais equivale ao principal limite oponível ao aplicador do Direito, devendo cumprir o seu papel com zelo e diligência, a fim de estatuir a verdadeira exegese da Carta Magna.

E tal limite não é positivado ou expresso facilmente em rubricas escritas, mas decorre do pensamento crítico pautado na prevalência da justiça e da alma constitucional. O desenvolvimento de uma sociedade democrática pressupõe diálogo e equilíbrio entre os poderes que estruturam o Estado. Estes, por sua vez, devem ser movidos pelo combustível

que lhes dá legitimidade: a vontade do povo consubstanciada na soberania popular. O filtro do movimento produzido nessa confluência deve ser a Constituição.<sup>10</sup>

## CAPÍTULO 1 - DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O *mister* atribuído ao Poder Judiciário<sup>11</sup> é dos mais relevantes em se tratando da organização do Estado, eis que deve servir como administrador da justiça, exercendo o seu ofício de forma desinteressada com governos e os sabores das políticas partidárias<sup>12</sup>, mas interessado com a normatividade soberana da Constituição e o respeito às instituições democráticas.

Em tal diapasão, é certo que independentemente da *forma de estado* ou de *governo* adotada pelo país, a soberania de uma nação será amplamente reforçada pela atuação do Poder Judiciário. Com efeito, ao aplicar a Constituição nos casos em que figuram importâncias de mérito constitucional, e, ao julgar o seu conteúdo com olhos sempre atentos ao que dispõe a Magna Carta, a justiça constitucional atua de forma a garantir a *paz política*.<sup>13</sup> Trata-se, pois, de prestar um tributo à verdadeira força e sentido que se espera irradiar da Constituição em uma sociedade democrática.

E dentre as inúmeras ferramentas democráticas de proteção da *supremacia normativa* de uma constituição<sup>14</sup>, destacam-se as ferramentas dedicadas ao controle de

---

<sup>10</sup> COSTA, José Manuel M. Cardoso da. *A Jurisdição Constitucional Em Portugal*, 3ed. e rev. Actualizada, Editora Almedina, Coimbra, 2007, p. 100-101.

<sup>11</sup> Não obstante o alerta realizado por J. J. Gomes Canotilho (*in* Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7<sup>o</sup> ed. 11<sup>a</sup> reimpressão, Editora Almedina, Coimbra, 2003. p. 661) acerca da não inclusão do Tribunal Constitucional português junto ao Poder Judiciário (mas sim ao *poder jurisdiccional*), e com a devida vênia, trataremos o Supremo Tribunal Federal brasileiro e o Tribunal Constitucional português como integrantes daquela esfera de poder do Estado, apenas no intuito de facilitar a fluidez textual desse estudo. Isto assim será feito com o objetivo de simplificar a exposição da ideia principal aqui delineada, sem, contudo, deixar de olvidar a necessária distinção que se deve ser realizada quando perquirida a natureza jurídica destes tribunais.

<sup>12</sup> A exemplo, leia-se a redação contida no inciso III do parágrafo único do art. 95 da CRFB, onde consta vedação expressa ao exercício de atividades político-partidárias por parte dos juízes que integram o Poder Judiciário brasileiro. Na mesma esteira também aponta o artigo 28 da Lei do Tribunal Constitucional Português, que veda aos juízes o exercício de atividades políticas.

<sup>13</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo e MARCENÒ, Valeria. *Justicia Constitucional, Vol. I: Historia, principios e interpretaciones*, Trad. de César E. Moreno More, Ed. Zela, Puno. 2007, p. 227.

<sup>14</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3<sup>a</sup> Ed. Saraiva: São Paulo, 2008, p. 23.

constitucionalidade, caracterizado como forma de *heterocontrole*, qual seja, “*a cargo de um órgão de índole diversa dos órgãos de representação política*”<sup>15</sup>.

Entretanto, vale dizer: o controle de constitucionalidade pode ser exercido não apenas pelo Poder Judiciário, mas também deve ser levado a efeito por todas as esferas de poder, nomeadamente os poderes Legislativo e Executivo. Trata-se, pois, dos chamados *mecanismos políticos* de garantia da Constituição, os quais se dividem em controles *interorgânicos* e *intraorgânicos*.<sup>16</sup>

Ainda, é oportuno mencionar a importância da determinação do momento em que poderá ser realizado o controle da constitucionalidade de normas jurídicas, qual seja, se realizado antes do início de sua vigência no mundo jurídico (*controle preventivo*) ou após o seu primeiro respiro (o chamado *controle sucessivo*).

### *1.1. Ab initio: Do controle de constitucionalidade a cabo dos poderes Legislativo e Executivo*

Como cediço, em uma democracia sólida, o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos é ferramenta básica para conferir aplicabilidade prática aos termos da Lei Fundamental, conferindo segurança jurídica à sociedade que está sob a égide das normas constitucionais. Trata-se de garantir *supremacia* às normas constitucionais na qualidade de fundamento de validade de todas as demais normas.<sup>17</sup>

Afinal, na sequência do pensamento de Luigi Ferrajoli, ao dispor sobre a validade de uma lei, o cenário jurídico contemporâneo exige não apenas o cumprimento dos aspectos formais para a formação da norma, mas também que os seus *significados e conteúdos* estejam em conformidade com as normas constitucionais que lhe dão supedâneo existencial.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional... Op. Cit.*, p. 111.

<sup>16</sup> A explanação bem delineada das principais características dessas técnicas de controle encontra-se esmiuçadas na obra de Fernando Alves Correia (*Op. Cit.*, p.111-112) que, citando os ensinamentos de Karl Loewenstein (*in Teoria de la Constitución, 2º Ed., 1976, p. 232 e seguintes*) informa que o controle *intraorgânico* é realizado dentro das atribuições de um só detentor do poder, enquanto o controle *interorgânico* é caracterizado pela cooperação de diversos detentores de poder, em colaboração ao ofício estatal.

<sup>17</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade... Op. Cit.*, p. 23.

<sup>18</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes: La crisis de la democracia constitucional*. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Ed. Minima Trotta, Madrid, 2011, p. 34.



E nesse empenho, é bem verdade que o controle exercido pelo Poder Judiciário ganha especial relevo nos ordenamentos jurídicos hodiernos, a exemplo do caso brasileiro<sup>19</sup> e português<sup>20</sup>. Entretanto, é de fundamental importância – quiçá condição *sine qua non* – a consagração da independência e harmonia entre os poderes, admitindo a realização do controle de constitucionalidade por parte do Poder Executivo e Legislativo, de modo a possibilitar uma interpretação plural e sistemática ao que estátuído na Constituição. E tal espécie de controle é denominada *controle político* de constitucionalidade.<sup>21</sup> Trata-se, pois, de admitir uma espécie de miscigenação quanto à interpretação da Constituição, um *pluralismo*, que confere às mais diversas esferas de poder a possibilidade de salvaguardar o respeito às normas constitucionais.<sup>22</sup>

#### *1.1.1. Do controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Executivo no ordenamento constitucional brasileiro*

Desde já, adentra-se a uma das mais oportunas searas no que diz respeito ao tema central deste trabalho: a atuação do Poder Executivo quando do empenho de suas atribuições em prol do Estado.

É certo que, ao desempenhar as suas funções na condução da máquina pública, os agentes devem lapidar sua conduta naquilo que está preceituado na lei e (inclusive, por consequência) na Constituição, perquirindo o acerto de seus atos com base naquilo que emanado pela Carta Maior – o que acaba por se traduzir em um *controle político* de constitucionalidade.

Dentre as mais tradicionais formas de controle dispostas ao Poder Executivo, encontra-se a possibilidade de *veto* consubstanciada no §1º do artigo 66 da Constituição Federal brasileira, qual seja, a sanção ou veto aos projetos de lei que tramitam pela via

---

<sup>19</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade...Op. Cit.*, p. 62.

<sup>20</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7º ed. ... Op. Cit.*, p. 982.

<sup>21</sup> Neste contexto, Alexandre de Moraes conceitua o controle político de constitucionalidade como aquele que “ocorre em Estados onde o órgão que garante a supremacia da constituição sobre o ordenamento jurídico é distinto dos demais Poderes do Estado.” In *Direito Constitucional*, 33ª ed., Editora Atlas, São Paulo, 2017, n.p.

<sup>22</sup> Sobre o *pluralismo como condição* de desenvolvimento das garantias constitucionais: ZAGREBELSKY, Gustavo e MARCENÓ, Valeria. *Justicia Constitucional... Op. Cit.*, p. 104 e seguintes.

ordinária.<sup>23</sup> Trata-se de verdadeira análise realizada pelo Chefe do Poder Executivo, antes mesmo de que a norma jurídica entre em vigor no ordenamento pátrio. Traduz-se, outrossim, em legítimo controle *preventivo* de constitucionalidade.

Portanto, a exemplo do caso brasileiro, é notório que a Constituição confere a utilização do veto ao chefe do Poder Executivo, que poderá levá-lo a cabo com fundamento na inconstitucionalidade ou na contrariedade da norma ao interesse público. Em ambos os casos o veto está sujeito ao escrutínio do Poder Legislativo (§4º do Art. 66 da CRFB<sup>24</sup>), podendo, inclusive, ser rechaçado para que a norma seja promulgada no prazo de 48 horas (§'s 5º e 7º).<sup>25/26</sup>

Neste ponto, defronta-se a uma das celeumas sobre a qual esta pesquisa se debruça: na eventualidade de implemento do veto presidencial (um ato político por excelência<sup>27</sup>), seria prudente admitir o controle de constitucionalidade por parte do judiciário a fim de perquirir o acerto de tal medida? Em outras palavras: seria admissível a realização do controle de constitucionalidade, por via do Poder Judiciário, cujo objeto seja o controle de constitucionalidade já exercido pelo Chefe do Poder Executivo? Note-se, desde já, a aparente ausência de legitimidade ativa do Presidente da República (no caso brasileiro) para suscitar a inconstitucionalidade de projeto de lei a ele remetido para sanção ou veto, perante o

---

<sup>23</sup> Ao tratar do processo legislativo comum em âmbito brasileiro, o Art. 66 da Constituição Federal assim dispõe: “*A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.*”. O conteúdo genérico em tela faz referência ao sistema bicameral legislativo em solo brasileiro no que toca ao Legislativo da União (âmbito federal), porém, detém cediça aplicação aos demais entes da federação – nomeadamente os estados e municípios. Por seu turno, o §1º assim dispõe: “*Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.*”. Dessa forma, via de regra, quando um projeto de lei é aprovado em âmbito do Poder Legislativo, ele deverá ser encaminhado ao Chefe do Executivo para apreciação quanto à sua constitucionalidade.

<sup>24</sup> Cujas transcrição é feita abaixo: “§ 4º *O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores.*”. Tome-se nota de que a atual disposição positivada no §4º é decorrente de redação dada pela Emenda Constitucional nº 76, de 2013, a qual retirou o caráter secreto da votação aqui verificada.

<sup>25</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade... Op. Cit.*, p. 63.

<sup>26</sup> Muito se discute a respeito da possibilidade de o Poder Legislativo “derrubar” o veto presidencial por votação em suas casas. Dentre as usuais críticas levadas a efeito cita-se a possibilidade de que tal ferramenta impeça a livre atuação da presidência da República no seu *mister* institucional. Sobre o tema, inclusive relatando as mudanças para o *fortalecimento* do Legislativo frente ao Executivo: LIMONGI, Fernando. FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. Ed. FGV, Rio de Janeiro: 2001. p. 42 e seguintes.

<sup>27</sup> Nesse sentido, exemplificando o veto presidencial como *ato político*: PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa: Dos Conceitos Jurídicos Indeterminados às Políticas Públicas*, Ed. Elsevier, São Paulo, 2009, p. 273.

Supremo Tribunal Federal por via de ação, instituto que é louvavelmente admitido quando da análise do sistema constitucional português.<sup>28</sup>

É o chamado *controle de constitucionalidade preventivo*, que é levado a cabo pelo Presidente da República de Portugal nos casos do Art. 278, nº 1 e seguintes, da Constituição Portuguesa, cuja melhor apreciação será realizada em tópico próprio. Por aqui, esmiuçando o questionamento lançado anteriormente, vale a pena observar um caso interessante já analisado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, qual seja, a ação MS 33.694<sup>29</sup> julgada derradeiramente no ano de 2015, na qual um particular – na condição de pessoa com deficiência – impetrou *writ of mandamus* contra veto do então Presidente da República quando da análise do projeto de lei que mais tarde seria popularmente conhecido como o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A ação mandamental tinha como principal fundamento a alegação de que o veto aplicado ao art. 29 daquele projeto de lei<sup>30</sup> acabou por obstar o acesso das pessoas deficientes aos cursos de pós-graduação, que, de tal ensejo, acabou por frustrar a política de inclusão social dos portadores de necessidades especiais. Apontou, dentre outros argumentos, a contrariedade do ato presidencial àquilo que disposto nos parágrafos 2º e 3º, do artigo 5º, e também do inciso I do artigo 206, ambos da Constituição Federal brasileira.

Ou seja: tratava-se, ao menos em tese, de um ato político que teria afrontado um direito fundamental inerente às pessoas com deficiência.

Entretanto, em que pese toda argumentação levada a efeito, a ação terminou inadmitida através de decisão monocrática, ao argumento de que não é cabível mandado de

---

<sup>28</sup> Ressalva-se, outrossim, a tese de admissibilidade de *mandado de segurança* impetrado contra *vícios formais diagnosticados no decorrer do processo legislativo*, o qual será alvo de maiores ponderações em tópico próprio – nomeadamente a análise do controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário.

<sup>29</sup> Cujo inteiro teor pode ser encontrado no seguinte endereço eletrônico: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307440276&ext=.pdf>. Acesso em: 09/07/2021.

<sup>30</sup> O *caput* do artigo 29 do projeto previa o seguinte: “Art. 29. As instituições de educação profissional e tecnológica, as de educação, ciência e tecnologia e as de educação superior, públicas federais e privadas, são obrigadas a reservar, em cada processo seletivo para ingresso nos respectivos cursos de formação inicial e continuada ou de qualificação profissional, de educação profissional técnica de nível médio, de educação profissional tecnológica e de graduação e pós-graduação, no mínimo, 10% (dez por cento) de suas vagas, por curso e turno, para estudantes com deficiência.”

segurança para discutir o veto presidencial, principalmente em decorrência da natureza política do provimento, qual seja, um ato de governo.<sup>31</sup>

Não obstante tal posicionamento, no que tange ao controle do veto com fundamento na sua inconstitucionalidade, Luís Roberto Barroso toma por base os ensinamentos de Gilmar Ferreira Mendes e Gustavo Binembojm para ir direto ao ponto, afirmando que, de fato, o Chefe do Executivo – e a consequente fundamentação que dá base para o seu agir – está vinculado aos ditames da Constituição. Dessa forma, quando diante de eventuais transgressões de inconstitucionalidade, afirma que ao menos os *representantes da maioria que aprovou o projeto* deveriam ter legitimidade para a deflagração de mandado de segurança.<sup>32</sup>

De fato, ao ponderar sobre a admissibilidade de interposição de ADPF contra veto presidencial, fundado em sua inconstitucionalidade, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes exarou parecer neste mesmo sentido. A ação, nesse caso, seria manejada para aferir a legitimidade (ou não) do fundamento invocado pelo Chefe do Executivo quando lançar mão do veto para barrar parte ou a totalidade de projeto de lei. De suas palavras, colhe-se que “*em um sistema de rígida vinculação à Constituição, parece plausível admitir, pelo menos, que a maioria que garantiu a aprovação da lei deveria ter a possibilidade de instaurar tal controvérsia*”.<sup>33</sup> Ocorre que tal solução se mostra questionável diante das diversas possibilidades abarcáveis na *vala comum* do mandado de segurança, ou, até mesmo, quando observado o atual sistema de *checks and balances* implementado na Constituição Federal brasileira. Afinal, quais temáticas seriam passíveis de serem derruídas através do

---

<sup>31</sup> Não obstante, o voto exarado pela relatora ministra Carmen Lúcia ainda infere o seguinte: “*Poder-se-ia cogitar de eventuais vícios que contaminassem o veto presidencial a ensejar, em tese, exame judicial da prática, especialmente quanto à perspectiva formal do veto, a ausência da fundamentação exigida na parte final do § 1º do art. 66 da Constituição da República. A questão do controle judicial da decisão política sobre o veto a projetos de lei é séria e, embora ainda controvertida na doutrina, este Supremo Tribunal não a tem admitido*”. Fls. 4, segundo parágrafo da decisão em comento, anteriormente referenciada.

<sup>32</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade*, 1998, p. 296-297, BINEMBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. 2001, p.203-210 *apud* BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade... Op. Cit.*, p. 63-64.

<sup>33</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. Rev. E atual. Ed. Saraiva Educação, São Paulo, 2018, n.p. De qualquer sorte, é necessário salutar que a questão não se encontra pacificada. Longe disso. Conforme menciona o próprio autor, a questão ainda é controvertida em âmbito do Supremo Tribunal Federal, havendo pareceres contrários (*ex vi* a ADPF 1) e favoráveis (ADPF 45) provenientes daquela corte. Esta última, a ADPF 45, que, embora não tenha sido levada a julgamento em plenário – eis que perdeu o seu objeto de forma superveniente – contou com voto favorável do relator Min. Celso de Mello no tocante à admissibilidade dessa espécie de controle jurisdicional do veto. Para acesso à íntegra do relatório e voto, acessar o informativo do STF nº 345, disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 01/02/2021.

referenciado remédio constitucional? Ainda, se *todos os poderes interpretam a Constituição*<sup>34</sup> quando da realização de seu *myster*, nestes casos, a quem cabe a palavra final sobre aquilo que é reputado inconstitucional? Em complemento a esse questionamento: seria a interpretação do Judiciário (ou dos Tribunais Constitucionais) mais válida do que aquela realizada pelos demais poderes da República?

Por ora, ainda que não se tenha desenvolvido o tema de forma suficientemente adequada para conceber uma resposta apropriada a estes questionamentos (quiçá haverá espaço para fazê-lo, e por esse motivo arriscamos opinar desde já sobre o tópico em deslinde), inclinamo-nos a declinar pela inadmissibilidade desta espécie de controle jurisdicional. *A um*, pois, diante da atual conjectura e delineação das funções do Estado, calcado no ideal de *pluralismo* de intérpretes da Constituição – onde o STF é o *último*, mas não o *único* intérprete – não se vê como acertado admitir a substituição da análise presidencial que reputa inconstitucional determinada parte ou a totalidade de projeto de lei, pelo julgamento proferido por órgão judicial.

*A dois*, pois já existe engenharia jurídica suficiente para arrazoar a questão da inconstitucionalidade postada no veto presidencial, nomeadamente a remessa do veto para apreciação por parte do Legislativo (art. 66, §4º), valendo essa *via crucis* como forma de garantir – com centelhas do princípio democrático – o acerto da decisão política adotada pelo Chefe do Poder Executivo.

*A três*, em um viés de interpretação hermenêutica do texto constitucional, e inobstante a noção de que *a garantia da Constituição deve ser essencialmente uma garantia judicial*<sup>35</sup>, parece que a própria Constituição cuidou de não admitir a interferência do Poder Judiciário quando da formação e idealização do produto legislativo, sendo certo que o controle de constitucionalidade jurisdicional brasileiro é restrito ao modelo repressivo (*a posteriori*, com efeitos *ex tunc*).

De qualquer modo, não se deixa de olvidar que os posicionamentos anteriormente relatados apontam para essa modalidade de controle como forma de exceção, de casos

---

<sup>34</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade... Op. Cit.*, p. 64.

<sup>35</sup> CORREIA, Fernando Alves. *Os direitos fundamentais e a sua protecção jurisdicional efectiva*, In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. 79, 2003, pp. 63-96, p. 64. Ainda nesse mesmo sentido: CORREIA, Jorge Alves. *Direito Público luso e brasileiro: um exercício de direito constitucional comparado*. 2ª ed. Ed. Gestlegal, Coimbra, 2019, p. 379.

extremos, devendo ser exercido *cum grano salis*<sup>36</sup>, revelando certa adequação do posicionamento aqui esmiuçado.

Como se vê, apesar do cediço posicionamento acima exarado, é admissível exigir a devida *fundamentação e motivação* ao veto presidencial, a qual inclusive é corolário lógico de legitimação da atividade estatal, seja o veto calcado na inconstitucionalidade ou na contrariedade ao interesse público.<sup>37</sup> Ademais, apesar de o Poder Legislativo deter a possibilidade de “derrubar” o veto presidencial nos termos já indicados, ainda assim poder-se-ia imaginar uma possível *ditadura das maiorias* (afinal, os representantes do parlamento são eleitos pelo voto da maioria, e a deliberação das casas é tomada da mesma forma), mostrando-se eventualmente oportuna a avaliação judicial através de sua mais alta corte, exercendo o papel *contra majoritário* que lhe é inerente – e assim garantir o direito de eventuais minorias.<sup>38</sup>

Não obstante, é certo que a ponderação sobre a temática aqui referenciada exige maiores ensaios, os quais serão realizados em momento oportuno. Por agora, e do que resta prospectado das lições acima amealhadas, revela-se clarividente que o Poder Executivo detém em suas atribuições uma especial função de controle de constitucionalidade, nomeadamente quando da derradeira análise do texto legal proposto pelo legislador, podendo, em exercício de legítima função de freios e contrapesos, barrar o seguimento de lei que repute inconstitucional.

Uma outra modalidade, clamada pela doutrina como forma de controle de constitucionalidade em âmbito do Poder Executivo, é a famigerada *possibilidade de descumprimento de lei inconstitucional* quando do cumprimento do *mister* administrativo.

---

<sup>36</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional... Op. Cit.*, 2018, n.p.

<sup>37</sup> Sobre a fundamentação e motivação das decisões e atos públicos, conferir: ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *Curso de Derecho Administrativo*. 11ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 2002. p. 555 e seguintes. Por agora, assevere-se que o tópico será melhor estudado em momento oportuno – quando do estudo da discricionariedade imbuída no ato político. De qualquer sorte, o STF, junto ao MS nº 23.454/DF, cuja relatoria coube ao Min. Marco Aurélio, julgado em 19 de agosto de 1999, cedimentou que: “(...) *todo e qualquer ato a alcançar interesses de pessoas naturais e jurídicas há de fazer-se devidamente fundamentado, pouco importando a natureza política do órgão que o implemente.*” Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96581/false>. Acesso em: 30/04/2021.

<sup>38</sup> VINX, Lars. *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*. Cambridge University Press: Cambridge. 2015. p. 8.

É, de fato, construção doutrinária, mas que põe em voga inúmeras questões a serem discutidas.

No Brasil, não obstante a possibilidade de o Chefe do Executivo propor Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei reputada por ele inconstitucional (Art. 103, inciso I e V<sup>39</sup> da CRFB – note-se a ausência do prefeito [em âmbito municipal]), é certo que os atos praticados pelos agentes estatais devem ser pautados na estrita legalidade, e, conseqüentemente, a constitucionalidade destas, sendo firme a doutrina que admite a possibilidade de *negativa na aplicação de leis reputadas inconstitucionais*.<sup>40</sup> Torna-se imperativo que a Administração pautar a sua conduta não apenas na legalidade do ato, mas primordialmente considerar a Constituição como legitimadora daquela norma.

Entretanto, sublinhe-se que essa ferramenta de consagração da normatividade constitucional deve ser levada a efeito como *ultima ratio*, e não pode ser distribuída gratuitamente a *qualquer órgão ou agente da administração pública*, sendo prudente a sua reserva ao mais alto escalão da Administração Pública.<sup>41</sup>

Contudo, em que pese a sopesada admissibilidade em solo brasileiro, é prudente depositar especial atenção à discussão travada pela doutrina portuguesa a despeito de se admitir tal espécie de controle de constitucionalidade. A obra de Rui Medeiros, de antemão, aponta que a maior parte dos autores portugueses acaba por excluir o que denomina “*um poder administrativo de rejeição das leis*”<sup>42</sup>, apontando, entretanto, que são ponderadas algumas excepcionalidades, como no caso de afronta a direitos, liberdades e garantias constitucionalmente asseguradas.<sup>43</sup> Nesse ponto, é oportuno ressaltar a pertinência dos posicionamentos dissidentes, e que apontam para ambos os lados. Veja-se, nesse diapasão, o exemplo mencionado por Carlos Blanco de Moraes, ao referir aquela parte da doutrina que

---

<sup>39</sup> Que assim dispõem: *Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal*”.

<sup>40</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade... Op. Cit.*, p. 64

<sup>41</sup> NERY JR, Nelson. ABOUD, Georges. *Direito Constitucional brasileiro: curso completo*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 484.

<sup>42</sup> MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Universidade Católica Editora. Lisboa, 1999, p. 159-160. Sobre o ponto, ainda, a título jurisprudencial, o autor refere apoio jurisprudencial a esse entendimento, fazendo expressa menção ao acórdão do Tribunal Constitucional nº 308/93, julgado em 20 de abril de 1993, onde restou acordado pelos conselheiros que, aos “*particulares (...) não é exigível o conhecimento da eventual inconstitucionalidade da norma (...)*”.

<sup>43</sup> MEDEIROS, Rui. *A decisão...* p. 163-165.

admite a possibilidade de o poder político “reivindicar incumprimento por parte de componentes normativas ilegítimas das sentenças, com fundamento na sua inexistência jurídica decorrente de uma usurpação de poderes.”<sup>44</sup> E não se fala aqui em acolhimento aos movimentos *neoconstitucionalistas* ou ao *ativismo*, mas efetiva expressão popular em forma de legitimação da atuação estatal.

Em estudo detido sobre o tema, as preleções consubstanciadas na obra de Ana Raquel Moniz revelam um precioso contributo, de onde se pode prospectar o suprassumo das teorias em comento. De suas lições, é possível concluir que diante de eventual constatação, por parte da Administração,<sup>45</sup> de que a lei que fundamenta as suas ações esteja contaminada por vício de inconstitucionalidade, ao órgão administrativo será possível promover a *suspensão da aplicação da norma*, ou, até mesmo, a *rejeição dessa aplicação*.<sup>46</sup> A primeira solução, conforme aponta, guarda algumas ressalvas, não se mostrando talvez a mais ideal, uma vez que pode significar um procedimento moroso, inadequado “à *prossecução do interesse público que pauta o agir administrativo*”.<sup>47</sup>

Já no que toca à segunda possibilidade, e, considerando a mensuração dos princípios que regem o agir público – nomeadamente o embate travado entre o princípio da constitucionalidade e da legalidade, ambos contidos no princípio da *juridicidade* – é necessário advertir que a recusa na aplicação de lei erroneamente considerada inconstitucional não isenta a Administração de responder pelos danos daí decorrentes, apontando, na mesma esteira do que já comentado, “(...) *que não se pode declinar, in limine e em qualquer circunstância, o reconhecimento de uma competência de rejeição*.”<sup>48</sup>

---

<sup>44</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional. T.2: Teoria da constituição em tempo de crise do estado social*. Coimbra. Almedina. 2018. p. 87.

<sup>45</sup> Referencie-se, por oportuno, que aludida constatação de inconstitucionalidade não poderia estar fundada em *meras dúvidas*, mas em “*uma convicção (...) argumentativa e juridicamente fundada da inconstitucionalidade das leis*”. Ademais, a recusa de aplicação da lei reputada inconstitucional deveria vir calçada em adequada fundamentação, ou seja, balizando a conduta em supedâneo das normas constitucionais aplicáveis, prezando pela boa interpretação de seu conteúdo. Citações colacionadas da obra de MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *A recusa de aplicação de regulamentos pela administração com fundamento em invalidade: contributo para a teoria dos regulamentos*. Tese de doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011, p. 347.

<sup>46</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *A recusa ... Ob. Cit.*, p. 338 e seguintes. Ainda, conforme refere, a essa rejeição é possível que a parte lesada submeta a questão aos tribunais competentes.

<sup>47</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *A recusa..., Ob. Cit.*, p. 337-338.

<sup>48</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *A recusa..., Ob. Cit.*, p. 342-343. A obra em questão, ademais, é fonte de mineração para estudos acerca do mencionado princípio da *juridicidade*.



Como se pode perceber, trata-se de posição bem ponderada, refletindo uma moderna concepção do tema, a exemplo daquilo que é referenciado na obra de Rui Medeiros.<sup>49</sup> De modo sumário, a existência de uma posição média parece ser bem aceita, nomeadamente aquela tendente a admitir essa espécie de controle (rejeição) apenas em caso de lesão (da norma) aos direitos fundamentais.<sup>50</sup>

Ademais, enxerga-se nesse instituto um limite de extrema subjetividade, calcado no fator *tempo e experimento*, que, porém, revela um termômetro ideal ao diagnóstico da atividade de interpretação da Constituição desempenhada pelo Executivo em amparo aos termos da Constituição. Têm-se, assim, uma espécie de controle de constitucionalidade realizado pela Administração Pública que privilegia uma detida interpretação aos ditames constitucionais, de modo a conferir uma real força normativa ao texto fundamental – inclusive em detrimento daquilo que possivelmente pode estar positivado no texto legal.

De qualquer sorte, em termos de interpretação da Carta Fundamental, não é prudente que o aplicador considere apenas o sentido literal do texto, mas deve levar em conta aspectos evolutivos, históricos, dentre outros. Neste sentido, de acordo com a doutrina de maestria do professor Fernando Alves Correia no tocante à interpretação da Constituição portuguesa, deve-se “(...) ‘ler’ o seu ‘texto’ à luz das mudanças históricas, o que passa por perceber o seu atual ‘contexto’, constituído, sobretudo, pelo direito da União Europeia e pela justiça constitucional. Só, assim, a Constituição portuguesa de 1976 consegue ser uma Constituição do nosso tempo.”<sup>51</sup>. No mesmo norte ainda corroboram as palavras de J. J. Gomes Canotilho, afirmando que “(...) uma constituição pode ser flexível sem deixar de ser firme”.<sup>52</sup>

E com a devida vênia aos pensamentos dissonantes, não poderia ser outra a visão interpretativa das normas amealhadas na Carta Magna, inclusive por parte do Poder Executivo e Administração Pública, eis que a interpretação literal ou gramatical acaba por

---

<sup>49</sup> MEDEIROS, Rui. *A decisão... Op. Cit.*, p. 167.

<sup>50</sup> Nesse sentido: OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Almedina, Coimbra, 2007 p. 667-668.

<sup>51</sup> CORREIA, Fernando Alves. *Texto e Contexto da Constituição Portuguesa de 1976*. e-Pública [online]. 2016, vol.3, n.3, pp. 01-40. Disponível em: <https://www.e-publica.pt/volumes/v3n3a01.html>. Acesso em 13/12/2019.

<sup>52</sup> *In* Direito Constitucional e Teoria da Constituição. p. 1.229 *apud* CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional... Op. Cit.* p. 35.

retirá-la do contexto em que está inserida, capaz de induzir conclusões contrárias à vontade do poder constituinte – e ao próprio destinatário da proteção ali contida: o povo.<sup>53</sup>

Não destoam a doutrina de Luís Roberto Barroso, afirmando com assertividade que os métodos de interpretação da Constituição não devem ser empregados de forma isolada, mas combinados de forma adequada na busca pela compreensão dos aspectos históricos, teleológicos, evolutivos, dentre outros.<sup>54</sup> Tal situação tem o condão de atrair ao Poder Executivo o poder/dever de interpretar a Lei e a própria Constituição quando da realização de seu *mister* institucional, e, por conseguinte, deixar de aplicar as normas que reputa inconstitucionais.

Sendo assim, verifica-se que a esfera governamental detém certas atribuições enumeradas na própria Constituição, as quais garantem o exercício, por ele próprio, de uma das mais primordiais formas de controle de constitucionalidade: o controle político, preventivo, e que é implementado de maneira célere nas mais corriqueiras ações da máquina pública.

#### *1.1.2. Do controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Legislativo no ordenamento constitucional brasileiro*

Ainda em sede de controle político de constitucionalidade, a modalidade exercida pelo Poder Legislativo é das mais expressivas no que tange ao momento de sua realização. Mostra seu principal desígnio através das Comissões de Constituição e Justiça (CCJ), que desempenham o lídimo controle de constitucionalidade das leis quando ainda se encontram em estado embrionário.

---

<sup>53</sup> Nesse sentido é prudente mencionar a teoria condensada na obra de Wil Waluchow, que enxerga a Constituição como uma árvore viva (em tradução literal do termo “*living trees*”), cujas raízes ancoram em bases atreladas a precedentes e compromissos morais assumidos quando de sua criação originária, mas que se adapta conforme as mudanças do tempo, resultando numa estrutura estável e flexível, capaz de comportar as trepidações decorrentes do terreno representado pelo direito e a política. WALUCHOW, Wil J. *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*. Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 270-271.

<sup>54</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 4º Ed. rev., atual. ampl. – São Paulo. Saraiva, 2001. p.121-126.

As Comissões de Constituição e Justiça são formadas pelos próprios parlamentares das câmaras, na proporção estabelecida no Art. 58, §1<sup>o</sup><sup>55</sup>, da CRFB, tendo como principal missão perquirir a constitucionalidade dos projetos de lei que tramitam na respectiva casa legislativa.

Vale constar que não faltam críticas quanto à atuação das CCJ's em âmbito brasileiro, a teor do que aponta o professor Flávio Martins ao tecer comentários elementares quanto à atuação da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados.<sup>56</sup> De qualquer modo, é confortável perceber que o controle de constitucionalidade realizado nesse âmbito de atuação não é a única peneira que fará o filtro das imperfeições jurídicas descompassadas com a Constituição, podendo, ainda, eventuais inconstitucionalidades serem rechaçadas pelo crivo do Executivo (quando do uso do veto) ou do próprio Judiciário em controle repressivo. Outrossim, não é demais recordar que os próprios parlamentares, quando da votação, podem demonstrar posicionamento denegatório à aprovação do projeto de lei, com fundamento na crença de inconstitucionalidade do mesmo.

A cada casa legislativa, em âmbito dos diferentes entes da federação brasileira, é assegurada a criação de sua própria comissão voltada a realizar um prévio controle da constitucionalidade dos projetos de lei, reguladas e constituídas em regimento próprio.<sup>57</sup> Nesse ponto, maior celeuma é instaurada justamente quando da percussão dos chamados atos *interna corporis*, usualmente nomeados em verbo brasileiro com a denominação de *regimentos internos*. Por serem atos criados pela própria casa legislativa (diga-se, pelos seus pares), que realizará o seu labor institucional utilizando-o como um manual de instruções, os atos *interna corporis* representam uma garantia de independência – tal e qual se exige em um Estado Democrático que se baseia na teoria da tripartição dos poderes.<sup>58</sup>

---

<sup>55</sup> Que assim dispõe: “Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. §1º Na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa.”

<sup>56</sup> MARTINS, Flávio. Curso de Direito Constitucional, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 566 e seguintes.

<sup>57</sup> É exemplo aquelas constituídas em âmbito da União, nomeadamente a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania estatuída junto ao Art. 32, inciso IV, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (Resolução nº 17, de 1989) e a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que é prevista no Art. 72, inciso III, do Regimento Interno do Senado (Resolução nº 93, de 1970).

<sup>58</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição... *Op. Cit.*, p. 859-860.

Porém, diante dessa constatação, questiona-se: os regimentos internos estariam livres de uma possível intervenção por parte do Poder Judiciário, a fim de diagnosticar eventuais inconstitucionalidades de seu conteúdo? Inobstante o fato de que essa modalidade de controle não é diretamente atrelada ao Poder Legislativo, vez que mais bem se amolda em uma espécie de controle jurisdicional, é certo que a sua implementação acaba por gerar efeitos importantes e derradeiros quando do desenvolvimento das leis em âmbito nacional. Há, portanto, uma especial relação dessa modalidade de controle com aquelas elencadas como espécies de controle cujo exercício está atrelado ao parlamento. Outrossim, o produto legislativo final tem forte influência de suas normas internas, cujo galardão acaba sendo relacionado à forma com que são emolduradas.

De qualquer sorte, a apreciabilidade judicial de atos *interna corporis* do Legislativo logo se mostra questionável, principalmente diante de perguntas cruciais, a exemplo: inobstante a necessária e fundamental independência dos poderes, seria admissível o controle judicial de constitucionalidade dos atos *interna corporis*? Em outras palavras: não seria mais prudente restringir o controle dos atos regimentais às espécies de controle interno realizados pelo próprio Legislativo?

A discussão inaugural sobre a referida celeuma passa invariavelmente pela natureza jurídica do ato regimental, que, nas palavras do professor J. J. Gomes Canotilho, é “*um acto normativo específico não reconduzível a acto legislativo*”. Sem delongas e diante de tal assertiva, o renomado autor sedimenta que os preceitos regimentais constituem *verdadeiras normas jurídicas com efeito externo*, ao passo em que merecem a devida fiscalização concreta de sua constitucionalidade.<sup>59/60</sup>

---

<sup>59</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição... *Op. Cit.*, p. 856-858.

<sup>60</sup> De fato, o Tribunal Constitucional português já adotou posicionamento nesse sentido quando do julgamento acima referenciado, nomeadamente o aresto nº 63/91, cuja transcrição de parte do acórdão pode clarear o tema em espeque, senão vejamos: “*De outro passo, há que não deixar passar em claro que no Regimento da Assembleia da República se contém variadíssimas normas que implicam directamente com os poderes e direitos dos deputados, grupos parlamentares e partidos representados no Parlamento, poderes e direitos esses expressamente consagrados na Constituição. Ora, seria absurdo que eventuais normas que contendessem com aqueles poderes e direitos não pudessem ser passíveis de sindicabilidade por este Tribunal, ainda que perspectiváveis como interna corporis.*” Voto e Acórdão disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910063.html>. Acesso em: 12/02/2021.

Nesse mesmo norte, entre os brasileiros também existe uma parte da doutrina que admite o controle de constitucionalidade dos chamados atos *interna corporis*<sup>61</sup>. De qualquer sorte, o Supremo Tribunal Federal brasileiro já se posicionou contrário à possibilidade dessa modalidade de controle de constitucionalidade, a exemplo daquilo que se denota do julgamento condensado no MS 26.062-AgR<sup>62</sup> e no MS 33.358/DF.<sup>63</sup> Entretanto, ressalte-se uma variável jurisprudencial mencionada por Carlos Mário Velloso, que pondera pela admissão do controle judicial dos atos *interna corporis* que se mostrem ofensivos ao “*direito subjetivo, público ou privado*”.<sup>64</sup>

De tais constatações e com a devida vênia, parece mais promissor o posicionamento que inclina pela admissão do controle de constitucionalidade dos regimentos internos do Poder Legislativo, tal e qual sacramentado pela doutrina portuguesa. Como sustentáculo a esse raciocínio, *ab initio*, insta salientar que o ato *interna corporis* – apesar de produzir efeitos com abrangência imediatamente restrita ao seu editor – tem forte ingerência no funcionamento das instituições democráticas, a exemplo do controle de constitucionalidade prévio realizado pelas Comissões de Constituição e Justiça. Nesse empenho, eventual inconstitucionalidade de seu teor acabaria por transcender a esfera interna do Legislativo, resultando em detrimento da análise de constitucionalidade das normas que passarão a tramitar pelos corredores do parlamento.

Com maestria, J.J. Canotilho clarifica: “*Imagine-se que o regimento admita, contra a Constituição, a votação das leis sem debate (art. 168.º/1), que retirava os direitos constitucionais aos grupos parlamentares ou que excluía o direito de recurso contencioso*”

---

<sup>61</sup> A exemplo de NERY JR, Nelson. ABOUD, Georges. *In Direito Constitucional brasileiro... Op. Cit.*, p. 517-519.

<sup>62</sup> Que assim consta ementado: “*A interpretação e a aplicação do Regimento Interno da Câmara dos Deputados constituem matéria interna corporis, insuscetível de apreciação pelo Poder Judiciário*”. (MS n. 26.062-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJe 4.4.2008)

<sup>63</sup> Que assim resta fundamentado pelo Relator Ministro Celso de Melo: “*A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, bem por isso, tem reafirmado essa orientação em sucessivos pronunciamentos, nos quais ficou assentado que, em se tratando de questão ‘interna corporis’, deve ela ser resolvida, com exclusividade, ‘(...) no âmbito do Poder Legislativo, sendo vedada sua apreciação pelo Judiciário’ (RTJ 102/27, Rel. Min. MOREIRA ALVES)*”. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10533911>>. Acesso em: 05/11/2020.

<sup>64</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *O Controle do devido processo legislativo pelo Supremo Tribunal Federal, In Crise e Desafios da Constituição*. Coordenação de José Adércio Leite Sampaio, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2004, pp. 269-279, p. 279. De sua própria cátedra, extrai-se: “*A submissão a esse controle, vale salientar, é característica do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil (CF, art. 1º)*”.

aos funcionários da AR”.<sup>65</sup> Como visto, mostra-se temerário admitir a blindagem do Legislativo quando da edição de seus regimentos internos, os quais, mesmo que calcados na ideia de independência dos poderes, ainda merecem guardar estrito respeito aos termos da Carta Fundamental. Tal linha de raciocínio é reforçada pela atual conjectura constitucional brasileira, que, em princípio, não admite o controle preventivo de constitucionalidade de leis pelo Poder Judiciário.

Ademais, não se enxerga adequado afirmar que o controle de constitucionalidade dos atos *interna corporis* acabe por travestir um controle preventivo de atos normativos pelo Poder Judiciário – *contra constitutionem* portanto – eis que se traduzem em verdadeiros atos normativos administrativos, sujeitos ao escrutínio da suprema corte brasileira.<sup>66</sup>

Em derradeiro, frise-se: diante de sua intrínseca proximidade com eventual intromissão das funções constitucionais e a independência dos poderes, tal modalidade de controle deve ser exercida apenas em casos latentes – a exemplo da transgressão de direitos fundamentais ou direitos humanos. Nas palavras de Georges Abboud, “*deve estar assentado em parâmetros jurídico-constitucionais e vir exaustivamente fundamentado*”<sup>67</sup>, de modo a garantir o efetivo diálogo entre os poderes. Parece crível e admissível, portanto, o pensamento de Carlos Mário Velloso anteriormente referenciado, admitindo a submissão judicial dos atos *interna corporis* que afrontem *direito subjetivo, público ou privado*.

Em outro diapasão, caso análogo a esse recebeu tratamento diametralmente oposto por parte do Supremo Tribunal Federal brasileiro, que firmou a sua jurisprudência de modo a admitir o controle de constitucionalidade judicial preventivo de projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional e que estejam contaminados por vícios formais no que tange à sua formação, ou mesmo os projetos de emenda constitucional que afrontem as cláusulas pétreas consubstanciadas no art. 60, §4º, da CRFB.<sup>68</sup>

A orientação em comento encontra-se condensada no julgamento do MS nº 32.033, cuja relatoria foi incumbida ao ministro Gilmar Mendes, admitindo o direito de ação a

---

<sup>65</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição... *Op. Cit.*, p. 857-858.

<sup>66</sup> Nesse sentido: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e decisão jurídica*. 3ª ed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013. p. 709.

<sup>67</sup> NERY JR, Nelson. ABBOUD, Georges. *In Direito Constitucional brasileiro... Op. Cit.*, p. 519.

<sup>68</sup> Tratamento este que rende extensas consideráveis críticas, sendo categorizado, inclusive, como ativismo judicial. Sobre o tema: CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional... Op. Cit.* p. 252 e seguintes.

“*parlamentar - e somente ao parlamentar*” para impetrar mandado de segurança, com o objetivo de interromper o trâmite de projeto de lei (ou projeto de emenda constitucional) que conte com vícios de inconstitucionalidade no processo de aprovação do respectivo processo legislativo.<sup>69</sup> O acórdão em questão acaba por declarar que o sistema constitucional brasileiro veda o controle de constitucionalidade preventivo por parte do Poder Judiciário, porém, que admite a impetração de *writ of mandamus* a fim de corrigir vício de inconstitucionalidade atinente à formação do ato legislativo, qual seja, os seus aspectos formais de amadurecimento, tudo com supedâneo ao texto constitucional.

Nestes casos, segundo a tese em vigor no STF, seria admissível atacar a validade do procedimento ou dos atos praticados durante o trâmite do processo legislativo, de modo que – se constatada eventual inconstitucionalidade – se possa anular o projeto de lei no todo ou em parte.<sup>70</sup>

A teor daquilo que se pode observar, de fato, nota-se que a Suprema Corte Constitucional brasileira tende a transbordar as suas atribuições, quando admite (a si própria) a competência para julgar projetos de lei reputados formalmente viciados. Ademais, é oportuno observar que eventual afronta às regras e procedimentos de formação do ato legislativo não contemplam previsão legal para serem judicializadas, mas dependem de remediação e tratamento dentro da própria casa de democracia popular. Ora, ainda que atropelados os aspectos formais, tende-se a acreditar que a intervenção do Poder Judiciário em tal celeuma não reforça o aspecto democrático da norma, mas revela efetiva intervenção na esfera alheia de poder.

De qualquer sorte, tal instituto não se mostra tão reprovável quando observada a modalidade que pondera a admissão de mandado de segurança em desfavor de projeto de emenda constitucional que contrarie as normas básicas consubstanciadas no núcleo intangível da constituição, quais sejam, as cláusulas pétreas. Nesse caso, estar-se-ia diante dos chamados *limites materiais* de revisão constitucional (art. 288 da Constituição da República Portuguesa) e que determinam limites objetivos ao poder de reforma da

---

<sup>69</sup> Cite-se, ademais, que no caso da decisão em comento, esta foi proferida em sede liminar, sendo, posteriormente, reformada pelo Tribunal. Acórdão disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5290006>. Acesso em: 02/07/2021.

<sup>70</sup> CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional... Ob. Cit.* p. 252.

Constituição, um verdadeiro rol de matérias explicitadas pelo constituinte originário – que resolveu blindá-las de modo a preservar o núcleo principal da Lei Fundamental.

Nesse sentido, no caso brasileiro, a redação do Art. 60, §4º, da CRFB<sup>71</sup>, é clarividente, ceifando até mesmo a possibilidade de *deliberação* de propostas que entrem em detrimento das garantias constitucionais especiais – a exemplo da tripartição dos poderes e a forma de Estado federativa. Como se vê, nesse caso, uma simples análise exegética do texto constitucional traz condição *fumus boni juris* a essa orientação jurisprudencial, que admite a deflagração de mandado de segurança que pretenda obstaculizar o prosseguimento de projeto de emenda constitucional contrário àquilo que estatuído no §4º do Art. 60 da CRFB, haja vista o comando textual escrito na Carta Magna. Inclusive, esta aceitação ganha substrato quando observado o procedimento legislativo da emenda constitucional, que não passa pelo crivo do Executivo (veto).<sup>72</sup>

Dessa forma, tal e qual observado anteriormente, admitir essa espécie de controle preventivo de constitucionalidade não pode servir como regra, mas *ultima ratio*, em situação especialmente delicada e que atrai a necessidade de expressiva fundamentação por parte do STF quando do seu pronunciamento judicial.

Em outro diapasão, ainda é possível que o Poder Legislativo exerça o controle de constitucionalidade em plenário, qual seja, através da votação junto ao processo legislativo e cujo fundamento para eventual denegação ao prosseguimento do projeto seja calcado na existência de inconstitucionalidade.<sup>73</sup>

Pois bem.

---

<sup>71</sup> Que assim dispõe: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (*omissis*)”.

<sup>72</sup> De outro norte, é oportuno questionar o acerto desse posicionamento no que toca às chamadas *cláusulas pétreas implícitas*, que cada vez mais vêm sendo admitidas no Direito brasileiro. Direto ao ponto, contrário do que sustentado em relação às cláusulas pétreas expressas, parece desarrazoado admitir o cotejo judicial de projetos de lei que tramitam no Poder Legislativo que tendam a confrontar *cláusulas pétreas implícitas*, uma vez que estas representam criação doutrinária – e que não constam expressamente no texto constitucional. Ademais, admitir tal distanciamento daquilo que está positivado pelo constituinte originário revela situação temerosa, podendo abrir precedentes que levem ao ativismo judicial e o monopólio da interpretação constitucional ao Supremo Tribunal Federal, que é o último – mas não único – intérprete da Constituição.

<sup>73</sup> Some-se a isso à possibilidade constante do artigo 49, inciso V, da CRFB /88, que assim dispõe: “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”. Como se vê, diante de eventual transgressão constitucional aos limites de competência atribuídos ao Poder Executivo, poderá o Legislativo fazer cessar eventuais atos praticados em carência de competência constitucionalmente atribuídos.



Como visto, as modalidades de exercício do controle *político* de constitucionalidade levados a cabo pelos poderes Executivo e Legislativo são diversos e auspiciosos, demonstrando o quão vastas são as ferramentas de apoio à tripartição dos poderes em vigor hodierno nos Estados soberanos que são palco deste estudo. Vale dizer: as espécies e exemplos práticos até então expostos estão longe de exaurir a matéria – haja vista a sua ligeira distância com o tema central proposto neste estudo – mas apenas foram trazidas à baila de modo a fornecer um retrospecto das variáveis que compõe o tema em esboço.

Por agora, é oportuno direcionar o estudo para o seu principal fio condutor: a atuação do Poder Judiciário e seus tribunais quando do exercício de suas atribuições para o controle de constitucionalidade.

### *1.2. Do controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário*

Como visto, um olhar atento às diferentes modalidades de exercício de controle de constitucionalidade – nomeadamente aquelas tradicionalmente empenhadas pelos poderes Legislativo e Executivo – traz à tona a multidisciplinariedade imiscuída na supremacia da Constituição em âmbito da sociedade moderna. São perceptíveis diferentes formas e momentos de realização da interpretação constitucional, aplicando-a às normas da sociedade, que, ao fim e ao cabo, atuam de forma simbiótica com os instrumentos de expressão democrática. Entretanto, a harmonia que deve prevalecer em relação ao parlamento e a chefia de Estado nem sempre se mostra presente, haja vista que ambos os poderes estão intimamente atrelados ao processo de elaboração das leis, emendas constitucionais, dentre outras normas.

E de tais razões, é prudente que o Poder Judiciário – através de juízes imparciais – decida definitivamente sobre a interpretação adequada que deve ser levada a efeito, com olhos atentos ao teor daquilo que é estatuído na Carta Magna. Toma lugar o controle judicial (ou jurisdicional) da constitucionalidade das normas, qual seja, a *justiça constitucional*, cujo conceito formulado por Louis Favoreu (*et al*) designa “(...) o conjunto de instituições e técnicas através das quais é assegurada, sem restrições, a supremacia da Constituição”.<sup>74</sup> Na mesma linha, Jorge Alves Correia infere-se à justiça constitucional como a “*expressão*

---

<sup>74</sup> FAVOREU, Louis. *Droit constitutionnel*, 21º ed. Dalloz: Paris, 2019. p. 249. Tradução própria.

*máxima da garantia das regras e princípios constitucionais pelas leis e demais atos normativos do poder público.*”.<sup>75/76</sup>

Em aspectos históricos embrionários, o controle de constitucionalidade que privilegia a atuação jurisdicional segue dois modelos distintos: o modelo norte-americano e o modelo germano-austriaco (*Verfassungsgcrichtsbarkeit*).<sup>77</sup>

O modelo norte-americano, denominado *judicial review*, tem sua principal gênese em um julgamento do juiz Marshall perante a Suprema Corte americana no ano de 1803, o que ficou popularmente conhecido como o caso *Marbury vs. Madison*.<sup>78</sup> Em seu pronunciamento quando do julgamento do caso submetido à Suprema Corte, Marshall sedimentou que a validade de uma lei está atrelada ao que estampado na Constituição, dando azo a uma construção ideológica que culminou na atual concepção que é objeto deste estudo.<sup>79</sup> A pioneira e estratégica decisão acabou por inaugurar uma discussão que se aprofundou nos anos seguintes, atribuindo às decisões judiciais uma essência de *politicidade do controle de constitucionalidade*<sup>80</sup> que se observa até os dias hodiernos.<sup>81</sup> De mais a mais, segundo esse

---

<sup>75</sup> CORREIA, Jorge Alves. *Direito Público... Op. Cit.*, p. 379.

<sup>76</sup> De modo a evitar arestas interpretativas, é oportuno asseverar que a conceituação do termo *justiça constitucional* não exclui de seu bojo o controle também exercido pelo Poder Executivo e Legislativo.

<sup>77</sup> Ainda sobre a implantação de uma Justiça Constitucional moderna em âmbito europeu, inclusive com a análise específica do caso italiano, ver: URBANO, Maria Benedita. *Curso de justiça constitucional: evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2020, p. 21-22.

<sup>78</sup> Para Georges Abboud, o *judicial review* tem sua origem histórica no processo *Bonham's Case*, do Reino Unido, cujo protagonismo principal deve ser prestado ao juiz Sir Edward Coke. Segundo o autor, embora se possa afirmar que a *judicial review* propriamente dita tenha origem no caso *Malbury vs. Madison*, o caso Bonham é determinante para a construção do pensamento condensado por Marshall, pois, “(...) ainda que de maneira marginal (*dictum*), admite a correção e a limitação da legislação vigente com fundamento em preceitos jurídicos consagrados historicamente pelo *common law*”. Para mais digressões sobre o assunto: ABOUD, Georges. *Controle difuso de constitucionalidade*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.), 1ª ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/56/edicao-1/controle-difuso-de-constitucionalidade>. Acesso em: 19/11/2020. Também ressaltando a importância da decisão de Coke como influência à decisão capitaneada por Marshall: FAVOREU, Louis. *Droit constitutionnel... Op. Cit.*, p. 253 e seguintes.

<sup>79</sup> BARROSO, Luís. Roberto. *O controle de constitucionalidade... Op. Cit.*, p. 551 e seguintes. Para uma esboçada explanação das principais características do julgamento: CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional... Op. Cit.*, p. 134-136.

<sup>80</sup> A expressão é vinculada na obra de Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi (*in Curso de Direito Constitucional: Controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*, 4ª ed., Atlas, 2016, n.p.).

<sup>81</sup> Dando conta da contemporaneidade deste fenômeno, qual seja, a atuação mais proeminente do Judiciário em relação à política, Martine Kaluszynski pondera sobre os aspectos históricos que contribuíram para o fortalecimento desta espécie de atuação dos juizes. A autora revela que, de fato, a revolução francesa teve papel preponderante na questão, servindo como embrião daquilo que se desdobrou em uma importante realidade nos dias de hoje – e o que se espera para o futuro. KALUSZYNSKI, Martine. COMMAILLE, Jacques *La fonction politique de la justice*, Éditions La Découverte, Paris, 2007, p. 9-11

modelo, “o efeito típico da decisão de cotrolo difuso de constitucionalidade é a declaração de nulidade e não apenas a anulabilidade do ato normativo”<sup>82</sup>, sendo que, se declarada inconstitucional, a lei perderá eficácia desde o seu nascimento (efeito *ex tunc*) e contaminará a eficácia dos atos praticados em seu amparo.<sup>83</sup>

Dentre suas características, o sistema *judicial review* aparenta ser difuso, concreto, e geralmente posterior (*a posteriori*), ou seja, de caráter excepcional, que é levantado em um processo administrativo, ou judicial – a fim de evitar a aplicação de lei inconstitucional que reflita em sua esfera jurídica própria.<sup>84</sup>

Entretanto, como se sabe, os ordenamentos jurídicos da Europa não seguiram de imediato a referenciada corrente americana, mas adotaram a teoria orquestrada por Hans Kelsen, que, na qualidade de conselheiro do Ministério da Justiça da Áustria e posteriormente conselheiro da Assembleia Constituinte, condensou suas ideias em um modelo de controle de fiscalização judicial da constitucionalidade, que acabou sendo retratado na Constituição austríaca de 1920.<sup>85</sup>

Com forte influência – e consequência – dos resultados prospectados da Primeira Guerra Mundial, seu modelo determinava a criação de um Tribunal Constitucional próprio, apto a cotejar a constitucionalidade de uma lei. Nesse modelo, a lei é tratada como válida e eficaz até a efetiva publicação da decisão do Tribunal que declarar a sua inconstitucionalidade, ou seja, a decisão teria efeito *ex nunc*.<sup>86</sup>

São características do modelo europeu de controle de constitucionalidade: ser ele confiado a uma jurisdição constitucional específica, atuando sob o regime concentrado, e

---

<sup>82</sup> CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional... Op. Cit.* p. 136.

<sup>83</sup> Ressalva-se, entretanto, no caso brasileiro, a possibilidade de modulação dos efeitos da sentença. Nesse sentido, assevera a doutrina de Fernando Alves Correia e Carlos Blanco de Moraes que, no Brasil, há expressa previsão legal admitindo a empreitada em análise, notadamente o Art. 27 da Lei nº 9.868/99, que prevê possibilidade de eficácia da decisão a partir de momento que venha a ser fixado. Veja-se, entretanto, conforme assevera Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que tal modulação poderia ser empreendida apenas em sede de controle abstrato.

<sup>84</sup> FAVOREU, Louis. *Droit constitutionnel... Op. Cit.*, p. 259.

<sup>85</sup> DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya. *Curso de Direito Constitucional... Op. Cit.*, n.p. Os autores ressalvam, entretanto, que essa visão histórica não é a mais acertada, eis que – embora de importância prática não tão relevante – o primeiro Tribunal Constitucional encarregado do controle concentrado foi criado pela Constituição da Checoslováquia, em 1920, cuja idealização foi orquestrada por Franz Weyr.

<sup>86</sup> CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional... Op. Cit.* p. 137.

que admite a deflagração de uma ação específica para fins de controle – geralmente disposta às autoridades políticas ou públicas.<sup>87</sup>

Note-se que, apesar das distinções brevemente apontadas, é oportuno mencionar a existência de elementos comuns para ambos os sistemas considerados pioneiros, a exemplo da semelhança de designação dos juízes ou a primazia na proteção de direitos individuais.<sup>88</sup>

Aliás, em ambos os casos a *palavra final* sobre a constitucionalidade das normas é entregue a uma corte judicial especial, que atuará na lídima qualidade de legislador negativo, trabalhando para desconstituir a criação legislativa reputada inconstitucional. De fato, a acepção de Kelsen<sup>89</sup> deve ser ressaltada, eis que “*O Tribunal Constitucional não gera, mas sim destrói uma norma geral, ou seja, age de modo contrário (actus contrarius) ao do Poder Legislativo, age como legislador negativo*”.<sup>90</sup> Não poderia deixar de ser diferente, vez que a atividade legiferante passa longe da alçada entregue aos tribunais. E de tal evidência, são levantadas consideráveis críticas quando um tribunal ultrapassa esse limite, eis que o papel do Tribunal Constitucionale semelhantes não é atrelado à *criação* de um Direito novo e não contemplado no tomo estabelecido pelo constituinte originário, mas sim, o de aplicar as disposições constitucionais aos casos que lhe batem à porta.<sup>91</sup>

De qualquer sorte, e, de modo a não destoar do foco aqui empreendido, ainda é oportuno reverberar a existência de um terceiro sistema, de acepção moderna, e que aplicou suas próprias modificações às clássicas concepções alhures mencionadas, ao que se denominou *weak-form judicial review*.

O modelo em questão reúne algumas características de modelos de sistemas de *soberania judicial* (a exemplo da *judicial review* ou o modelo *Kelseniano*) e do sistema de *soberania parlamentar* (onde prepondera a ideia de que “*(...) o parlamento está, regra geral, mais apto do que os tribunais para reunir factos relevantes (omissis) e chegar a um aceitável*”

---

<sup>87</sup> FAVOREU, Louis *et al.* *Droit constitutionnel... Op. Cit.*, p. 266-269. Além das características aqui esboçadas o autor ainda refere a existência de várias outras, que, segundo confirma, não exaurem a matéria.

<sup>88</sup> FAVOREU, Louis. *Droit constitutionnel Op. Cit.*, p. 270.

<sup>89</sup> In KELSEN, “*Defensor*”, p. 5-6, *apud* NERY JR, Nelson. ABBOUD, Georges. *Direito Constitucional... Op. Cit.*, p. 648.

<sup>90</sup> NERY JR, Nelson. ABBOUD, Georges. *Direito Constitucional... Op. Cit.*, p. 648-649.

<sup>91</sup> Em outro diapasão, Castanheira Neves traz importantes considerações sobre a função jurídica (mas não somente) dos Supremos Tribunais, contextualizando a sua atuação em referência ao seu papel de uniformização da jurisprudência. Nesse sentido: NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos "assentos" e a função jurídica dos supremos tribunais*, 1º ed. reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 645-657.

*balanceamento dos interesses contrapostos*”<sup>92</sup>), restando devidamente esmiuçado na obra de Fernando Alves Correia.<sup>93</sup>

Ademais, a observação de tais sistemas britânicos modernos revela uma solução auspiciosa, privilegiando o diálogo entre os poderes de modo a homogeneizar a interpretação da Constituição. Como se percebe, acabam por criar uma solução aos eventuais excessos que podem partir do Poder Judiciário, notadamente aquilo que se denominou entre nós como *ativismo judicial*. Nesse sentido, com olhos atentos ao atual contexto social e o posicionamento incisivo quanto às decisões que profere (e como já mencionado anteriormente) o Supremo Tribunal Federal brasileiro chega a ser alçado como o “*mais poderoso Tribunal Constitucional do mundo*”<sup>94</sup>, saltando os olhos de estudiosos da ciência jurídica – que buscam formas e ferramentas de fiscalizar o *custus legis* da Constituição.

Em resumo no que diz respeito ao foco empreendido nesse estudo, qual seja, a observação do sistema português e brasileiro de controle de constitucionalidade, vale dizer que nos dias atuais é admissível afirmar que em ambos os casos imperam sistemas de natureza *mista*, mesclando as teorias de modo a criar uma concepção harmônica.

### *1.3. Dos modelos de controle de constitucionalidade*

Dos clássicos e pioneiros modelos apresentados anteriormente, é possível perceber a união de suas características em um sistema *misto*, a fim de abarcar da melhor forma possível a garantia da supremacia da Constituição em um sistema que permita amplo acesso

---

<sup>92</sup> CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional... Ob. Cit.* p. 133-134.

<sup>93</sup> Cujas exposições magistrais merecem transcrição *ipsis literis*, senão vejamos: “(...), entre 1982 e 2001, três países da Comunidade Britânica (Reino Unido, Canadá e Nova Zelândia) introduziram nos seus ordenamentos jurídicos importantes modificações, que os afastaram do sistema clássico e puro de soberania parlamentar até então vigente, mas não os conduziram para uma solução semelhante ao design constitucional norteamericano ou germano-austriaco. Tais modificações deram origem a um sistema híbrido, que vem sendo designado como *weak-form judicial review*. Diferentemente do sistema de controle de constitucionalidade forte, na *weak-form judicial review* existem mecanismos que permitem ao legislador ordinário, não obstante a pronúncia do Poder Judiciário, afastar a decisão judicial que declarou a inconstitucionalidade da lei, designadamente por estar em conflito com um direito fundamental, e manter ativa a norma impugnada, mediante um procedimento simplificado e através de um caminho curto.”CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional... Ob. Cit.* p. 134.

<sup>94</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *As “ideologias da interpretação” Op. Cit.*, p.286.

à justiça constitucional, de forma homogênea e que também privilegie o acerto nas questões de maior relevância.

E, diga-se: o suprassumo de ambas as teorias se encontra implementado no modelo adotado hodiernamente em Portugal, que conta com um modelo de natureza *mista* de controle de constitucionalidade<sup>95</sup>. A miscigenação das teorias decorre da observação das previsões contidas na própria CRP, que “*inclui o controlo concreto, difuso ou incidental, a par do controlo abstrato, preventivo e sucessivo*”.<sup>96</sup>

De fato, veja-se que a parte IV da Constituição portuguesa (nomeadamente o artigo 277º e seguintes) acaba por abarcar diversas modalidades de controle de constitucionalidade. Têm-se, pois, a possibilidade de suscitar questão de inconstitucionalidade já nas instâncias ordinárias, cuja decisão que recuse aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade poderá ascender ao Tribunal Constitucional por via de recurso (art. 280º). Existe ainda a possibilidade de deflagração de ações específicas, cujo objetivo é perquirir a constitucionalidade das leis (art. 281º), dando lugar à fiscalização abstrata da constitucionalidade e legalidade das normas.

Como se vê, ambas as teorias clássicas se encontram desenhadas no sistema de justiça constitucional português, dando conta de um modelo muito próximo ao brasileiro. No Brasil, inclusive, que segue predominantemente o modelo norte-americano – com forte influência da *expertise* do sistema europeu – o Poder Judiciário é o principal maestro do controle de constitucionalidade, havendo que se observar as mais diversas classificações de seu empenho.

Com grande semelhança ao modelo português, também há a constatação de que no Brasil prepondera um modelo *misto* de justiça constitucional.<sup>97</sup> Fala-se em controle *preventivo* ou *sucessivo*, *abstrato* ou *concreto*, os quais, por guardarem íntima relação com o tema central aqui abordado, merecem ser dissecados em tópicos próprios, percorrendo as características de ambos os países que servem como base para o estudo aqui empreendido.

---

<sup>95</sup> CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional... Ob. Cit.* p. 138. Conforme assevera o autor, um dos elementos que concebem “*a criação de uma verdadeira e própria jurisdição constitucional em Portugal deve-se à Lei de Revisão Constitucional de 1982*” (p. 141). Para uma explicação detalhada sobre as origens e antecedentes do Tribunal Constitucional português, vide a obra aqui referenciada: p. 141 e seguintes.

<sup>96</sup> CORREIA, Jorge Alves. *Direito Público luso e brasileiro... Op. Cit.*, p. 380.

<sup>97</sup> CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional... Ob. Cit.* p. 138.

### 1.3.1. Do controle preventivo

Conforme alhures mencionado, o controle preventivo de constitucionalidade ocorre antes mesmo de que a norma jurídica tenha a sua validade vindicada no mundo jurídico. É o oposto do controle *repressivo*, qual seja, aquele que busca *expurgar* do ordenamento jurídico a norma editada e aprovada em desrespeito à Constituição.<sup>98</sup>

Portanto, trata-se de uma prevenção à validade de normas jurídicas que não sejam revestidas da constitucionalidade adequada ao seu nascimento, nomeadamente o cumprimento dos aspectos formais e materiais para seu desenvolvimento.

Vale salutar que a análise prévia da constitucionalidade aqui amealhada não se confunde com a possibilidade de *veto jurídico* às leis reputadas inconstitucionais, que pode ser exercido pelo chefe do Poder Executivo em âmbito brasileiro, a qual já foi esmiuçada anteriormente na qualidade de espécie de *controle político*.

Um ótimo exemplo para a modalidade em tela é evidenciado quando da análise do ordenamento jurídico-constitucional português, que determina – junto ao artigo 115, nº 8 da Magna Carta – a fiscalização preventiva obrigatória em relação à constitucionalidade e a legalidade das propostas de referendo submetidas ao Presidente da República.<sup>99</sup> No caso português, o Presidente da República<sup>100</sup> age como legitimado para requerer a fiscalização preventiva de tratados, decretos, e acordos internacionais, que lhe tenham sido remetidos para derradeira assinatura, cuja análise ficará a cargo do Plenário do Tribunal Constitucional – conforme aquilo que se pode extrair do Art. 224, nº 2, da Constituição portuguesa.

Outro exemplo europeu de controle de constitucionalidade preventivo pode ser prospectado da França, que, inclusive, passou a contar com o *controle repressivo* de constitucionalidade apenas a partir da reforma constitucional promulgada em julho de 2008 – a qual concedeu ao Conselho Constitucional francês o poder de julgamento da denominada

---

<sup>98</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional... Op. Cit.*, n.p.

<sup>99</sup> O qual segue transcrito: “*O Presidente da República submete a fiscalização preventiva obrigatória da constitucionalidade e da legalidade as propostas de referendo que lhe tenham sido remetidas pela Assembleia da República ou pelo Governo.*”.

<sup>100</sup> Mas não apenas ao presidente português é entregue a legitimidade para requerer o controle preventivo de constitucionalidade. Conforme aponta a doutrina de Fernando Alves Correia (*in Justiça Constitucional, Op. Cit. p. 250*) são legitimados para requerer a fiscalização preventiva os Representantes da República nos Açores e na Madeira (em decretos legislativos regionais), o Primeiro Ministro, e a um quinto dos deputados à Assembleia da República, nos termos do artigo 278, nº 1, 2, e 4, da Constituição Portuguesa.

*exception d'inconstitutionnalité*, sendo até então preponderante o modelo preventivo de controle de constitucionalidade das normas lançadas naquele país.<sup>101</sup>

Entretanto, apesar dos comentários já tecidos anteriormente (quando da atenção depositada ao controle preventivo a cabo do Poder Legislativo, nomeadamente a possibilidade de deflagração de mandado de segurança, por parte de parlamentar, para coibir eventuais incursões de inconstitucionalidade no decorrer do processo legislativo de uma lei ou projeto de emenda constitucional), é *mister* ressaltar que o controle judicial preventivo, via de regra, inexistente de forma expressa no ordenamento jurídico constitucional brasileiro, consoante entendimento ratificado junto ao Mandado de Segurança nº 32.033/DF, onde se afirma “*inadmissível o controle preventivo da constitucionalidade material das normas em curso de formação*”.<sup>102</sup>

Por evidência de todo o exposto, apesar de as tecnologias portuguesa e francesa favorecerem as especificadas modalidades de controle judicial prévio das leis em formação, é certo que a Carta Magna brasileira restou silente em relação a tal possibilidade, inadmitindo o seu empenho em âmbito dos tribunais pátrios.

### 1.3.2. Do controle sucessivo

Em outro diapasão, o controle judicial sucessivo de constitucionalidade opera em leis cujo vigor já tenha tomado forma, e, conseqüentemente, iniciado a produção de seus efeitos no ordenamento jurídico.

---

<sup>101</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional... Op. Cit.*, n.p. Ainda, como adverte Dominique Rousseau (*et al*) apesar das diversas controvérsias instauradas em seu seio – tendo como cerne das discussões a *admissibilidade da revisão judicial da constitucionalidade das leis* – a história do Conselho Constitucional francês permite afirmar que o seu desempenho foi alcançado com sucesso, significando a revisão constitucional de 2008 a efetiva consagração de seu papel chave na democracia gálica. Sobre o tema: ROUSSEAU, Dominique. GAHDOUN, Pierre. BONNET, Julien. *Droit du Contentieux Constitutionnel*. 11<sup>a</sup> ed. LGDJ: Moulineaux, 2016, p. 29 e seguintes.

<sup>102</sup> Ressalva-se, entretanto, a celeuma que paira sobre a referida possibilidade de impetração de mandado de segurança. O assunto foi alvo de comentários anteriores, revelando que o STF criou uma espécie de controle de constitucionalidade prévio a cabo do Poder Judiciário em terras brasileiras. De mais a mais, alguns autores (a exemplo de Ingo Sarlet *et al*, in *Curso de Direito Constitucional*, 7<sup>a</sup> ed., Saraiva Jur, 2018) afirmam que nesta “*hipótese não há controle preventivo de constitucionalidade, mas controle judicial repressivo, por intermédio de mandado de segurança*.” (p. 1.165 da obra indicada).



O controle sucessivo pode se fazer presente em duas principais formas: em regime *difuso*, também chamado de controle *concreto*; e *abstrato*, também chamado de *concentrado*.

### 1.3.2.1. Do controle sucessivo difuso (concreto)

O controle sucessivo difuso (ou concreto) de constitucionalidade é feito por toda e qualquer instância dos tribunais, sendo a causa de pedir embasada na inconstitucionalidade da lei<sup>103</sup> e na conformidade do modelo *judicial review* já visitado. É forma de controle de constitucionalidade que está pulverizada em todas as veias do sistema judiciário, admitindo que o juiz ou tribunal que labore nas diversas instâncias acabe por desaplicar lei que repute inconstitucional.<sup>104</sup>

No Brasil, a sua admissão decorre da lógica expressa no art. 97 da CRFB, que, inclusive, consagra a chamada *cláusula de reserva de plenário*<sup>105</sup>, ou do artigo 280º e seguintes da CRP no caso português.

Oportuno mencionar – consoante os apontamentos do artigo 504 do Código de Processo Civil brasileiro<sup>106</sup>, que, ao desaplicar determinada lei, o juiz singular não faz operar *coisa julgada* geral incidente sobre a questão constitucional discutida no feito. A princípio, portanto, a questão da constitucionalidade de norma julgada em regime difuso não será declarada *erga omnes*, mas apenas *inter partes*. Entretanto, a questão poderá ser alvo de

---

<sup>103</sup> NERY JR, Nelson. ABBOUD, Georges. *Direito Constitucional brasileiro... Op. Cit.*, p. 631. Também nesse sentido CORREIA, Jorge Alves. *Direito Público... Ob. Cit.* p. 389.

<sup>104</sup> Ressalva-se, entretanto, no Brasil, a inadmissibilidade de manejo do controle difuso de constitucionalidade por via de ação civil pública (art. 129, III) que vise gerar efeitos *erga omnes*, a exemplo dos termos do artigo 16 da lei nº 7.347/85. Conforme acena Alexandre de Moraes (*in Ob. Cit.* p. 528) “*não se permitirá a utilização de ação civil pública como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade, a fim de exercer controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo.*” Como certo, o que se pretende é evitar a usurpação das competências do STF (quicá do próprio Senado, nos termos estudados a seguir) ao qual foi conferida a regência de refutar normas inconstitucionais com efeito vinculante.

<sup>105</sup> A *cláusula de reserva de plenário* estatuída na Constituição brasileira tem plena aplicabilidade no que concerne ao controle sucessivo difuso de constitucionalidade. Segundo o que disposto no artigo 97 da CRFB, “*Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público*” atuando como uma ferramenta de legitimação das decisões que versam sobre a inconstitucionalidade de lei ou norma em âmbito dos tribunais inferiores. Nesse sentido e para maiores aprofundamentos sobre o tema: MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional... Op. Cit.*, p. 525 e seguintes.

<sup>106</sup> Que assim dispõe: “*Art. 504. Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença.*”

recurso ao Supremo Tribunal Federal – a exemplo do Recurso Extraordinário relacionado no artigo 1.029 do aludido *códex* processualista. Aí sim, quando analisada pela Suprema Corte, a declaração de inconstitucionalidade poderá ser aplicável a todos, *erga omnes*, desde que respeitado o rito estabelecido no inciso X do artigo 52 da CRFB.<sup>107</sup>

Nesse ponto é *mister* referenciar que (*a priori*, e salvo melhor juízo) o Senado Federal não é obrigado a suspender a execução da lei julgada inconstitucional, mas poderá exercer o *controle político* da decisão judicial, de forma discricionária, deixando de atribuir efeito *erga omnes* se assim julgar prudente. Trata-se, pois, de afirmar que o Senado não é apenas um “*cartório do Supremo Tribunal*”, mas detém amplo poder decisório em seu papel na ordem democrática.<sup>108</sup>

Ocorre que já houve posicionamento contrário a tal afirmação, a exemplo do voto exarado pelo ministro Gilmar Mendes, aplicando a chamada *teoria da abstrativização do controle difuso*, consoante o entendimento esboçado no julgamento conjunto das ADI’s 3.406/RJ e 3.470/RJ (e também R. nº 4.335-5/AC), nas quais restou declarada a inconstitucionalidade incidental de artigo de lei com efeito *erga omnes*.

Quando do julgamento dos processos em voga, parte dos ministros do órgão máximo de interpretação da Carta Magna brasileira ponderaram que o inciso X do artigo 52 da CRFB sofrera uma profunda *mutação constitucional*, argumentando que o Senado Federal estaria vinculado e obrigado a proceder a suspensão da lei reputada inconstitucional em âmbito do controle jurisdicional, servindo apenas na função de publicização da decisão comandada pelo Supremo.<sup>109</sup>

---

<sup>107</sup> O artigo 52 da CRFB dispõe sobre as competências privativas do Senado Federal brasileiro, que, dentre suas atribuições, compete “X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

<sup>108</sup> A expressão *sub judice* foi vindicada por Pontes de Miranda e mencionada por Paulo Brossard (*in O senado e as leis inconstitucionais*. In Revista de informação legislativa, v. 13, n. 50, p. 55-64, abr./jun. 1976, p. 60). O autor deixa claro seu posicionamento no sentido de que o Senado Federal terá ampla escolha política, podendo (ou não) editar o ato legislativo que suspenda a execução de lei reputada inconstitucional através de controle de constitucionalidade difuso. Segundo o autor, pensamento contrário – inclinando na obrigação do Senado em converter tal julgamento em obrigação *erga omnes* – significaria “*atribuir ao Senado papel mecânico, fazê-lo autômato, transformá-lo em carimbo, meirinho, cartório ou porteiro de auditórios, não significa apenas atribuir-lhe função absolutamente subalterna, mas, e especialmente, sem qualquer significado e utilidade, tarefa que poderia ser desempenhada, com proficiência e vantagem, por qualquer funcionário da secretaria do Supremo Tribunal.*” (p. 61 da obra acima referenciada).

<sup>109</sup> O extrato da discussão amealhada no acórdão em comento é clarificado diante da observação dos argumentos lançados pelo ministro Gilmar Mendes, que, ao contextualizar o aspecto histórico da atuação do Senado nas decisões do Supremo em relação às Constituições alemã de 1.919, austríaca de 1.920 e seus reflexos

Ademais, ainda que detenha o poder de escolha no que toca à suspensão geral da lei declarada inconstitucional, é defeso ao Senado modificar o sentido estatuído na decisão proferida pelo STF, tudo conforme azealhado na jurisprudência insculpada no MS 15.512/DF.<sup>110</sup>

Nesse diapasão, *mutatis mutandis*, considerando a ampla discussão doutrinária sobre o tema, parece acertado admitir o posicionamento mais enxuto, e cuja interpretação está claramente contida no texto constitucional, qual seja, que o Senado Federal brasileiro detém amplo *poder discricionário*, não estando, portanto, obrigado (ou vinculado) a editar resolução própria a suspender os efeitos da norma. Não obstante todas as questões pertinentes ao caso, e que remontam o conceito de *segurança jurídica*, é certo que o constituinte originário criou um mecanismo próprio, calcado na *harmonia entre os poderes* (art. 2º da CRFB), e que privilegia a atuação política daquela casa legislativa. Ao se admitir a sopesada “*profunda mutação constitucional*” no sentido de vincular o Senado à edição de ato que lhe é privativo e que confira efeitos *erga omnes* à decisão tomada em controle de constitucionalidade difuso, verifica-se o transbordo dos limites impostos ao próprio instituto da *mutação constitucional*, qual seja, a *separação dos poderes*.<sup>111</sup>

E, com a devida vênua em relação aos pensamentos dissonantes, parece adequado afirmar: ainda que a letra da lei esteja em desacordo com a atual perspectiva social relacionada a determinado tema, é prudente que o Judiciário se abstenha de “distorcer” o significado da legislação positivada, mas deve remeter a responsabilidade de reedição do texto ao poder legiferante competente, sob pena de incorrer em *ativismo judicial* nocivo à sociedade democrática<sup>112</sup>. Nesse sentido, Walber de Moura Agra assevera que “*o limite para esse tipo de controle de constitucionalidade é que a literalidade do texto não seja alterada,*

---

na Constituição brasileira de 1.934, assim afirmou em parte de sua intervenção: “*No Brasil (omissis) o Senado era um coordenador de poderes sob a Constituição de 1934. Portanto, era esse o espírito que norteava. Por isso, Lúcio Bittencourt dizia ser estranha a ideia de substancializar a decisão. Na prática, dizia ele, só faz sentido o Senado entrar para publicizar a decisão, e não para dar eficácia suspensiva à decisão do Supremo.*”

Texto completo e acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749020501>> Acesso em: 19/11/2020.

<sup>110</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, *et al.* *Comentários à constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Texto de Anna Cândida da Cunha Ferraz. Edição Digital (sem paginação).

<sup>111</sup> Nesse sentido, da obra de Fernando Alves Correia: *in Justiça Constitucional... Ob. Cit.* p.51.

<sup>112</sup> PINTO, Hélio Pinheiro. *A Expansão do Supremo Tribunal Federal Através da Judicialização da Política e do Ativismo Judicial: Da Aplicação da Constituição à Assunção de Poderes Constituintes*, Tese de Mestrado. Polic, Coimbra 2015. p.51-55.

*impedindo, assim, que o Judiciário funcione como se fosse um órgão legislativo, realizando modificações na norma”.*<sup>113</sup>

Parece elementar a necessidade de haver uma fronteira, um limite de competências para a atuação do poder jurisdicional, revelando que a sopesada *mutação constitucional* não pode estar fundamentada em decorrências que culminem na intromissão em funções típicas (ou mesmo atípicas) de outro poder do Estado.

De mais a mais, a discussão em tela acabou por perder seu campo de aplicação diante da inclusão do artigo 103-A na Constituição brasileira, artigo este que teve sua inauguração no ano de 2004 com a Emenda Constitucional nº 45 – também chamada de *reforma do Poder Judiciário* – e que arquitetou a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal editar *súmulas vinculantes*.<sup>114</sup>

Com vistas a isso, as *súmulas vinculantes* – utilizadas em larga escala, haja vista a edição de cinquenta e oito delas até o momento<sup>115</sup> – permitem ao Supremo Tribunal Federal, desde que a matéria seja decidida *reiteradas vezes*, vincular os efeitos de sua própria decisão aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Existe, na prática, uma espécie de efeito *erga omnes*, cujo desempenho é de integral autonomia do Supremo Tribunal Federal, o que, salvo melhor juízo, acaba por ser temerário diante dos lampejos de ativismo judicial que irradiam de tal possibilidade.<sup>116</sup>

Quanto aos efeitos do controle jurisdicional difuso, e que, via de regra, se restringirá ao âmbito dos litigantes no processo, irá operar com implicações *ex tunc*, desfazendo todas

---

<sup>113</sup> AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 9ª edição. Editora Fórum. Belo Horizonte. 2018. p.727.

<sup>114</sup> Assim dispõe o artigo 103-A: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

<sup>115</sup> O número de súmulas vinculantes e o seu respectivo conteúdo pode ser conferido no seguinte sítio eletrônico: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>. Acesso em: 19/02/2021.

<sup>116</sup> Nesse sentido, há quem defenda a necessidade de uma nova reforma constitucional a fim de resolver em definitivo sobre a vinculação de efeitos *erga omnes* às decisões de controle jurisdicional de constitucionalidade na modalidade difusa. Sobre o tema: MENDES, Gilmar Ferreira, *et al. Comentários à constituição do Brasil... Op. Cit.*, n.p.

as consequências derivadas da norma rechaçada judicialmente.<sup>117</sup> Ressalva-se, ainda, a posição doutrinária que admite – de forma excepcional – a declaração de inconstitucionalidade incidental com efeitos *ex nunc*, desde que razões de ordem pública ou social assim exijam.<sup>118</sup>

De outro norte, tal e qual mencionado, ainda é possível que o Senado Federal faça *suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal* (cuja transcrição é extraída do art. 52, X, da CRFB, antes mencionado) fazendo ampliar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade tomada incidentalmente. Nesse caso, o Senado fará com que os efeitos da decisão se estendam a todos (*erga omnes*), de forma *ex nunc*, qual seja, a partir da publicação da resolução senatorial.<sup>119</sup>

#### 1.3.2.2. Do controle sucessivo concentrado (abstrato)

O controle sucessivo concentrado de constitucionalidade é exercido por um único órgão, cuja principal atribuição é laborar como *intérprete máximo* da Constituição. A modalidade em tela opera de forma diferente do *judicial review* norte-americano anteriormente esboçado, pois aqui a apreciação da constitucionalidade das normas é feita por um único (e último) órgão, um *guardião*. É reflexo da *teoria kelseniana* anteriormente visitado.

Sobre esse tema, qual seja, *quem deve ser o guardião da constituição*, oportuna discussão foi travada entre os anos 1929 a 1931 pelos teóricos Hans Kelsen e Carl Schmitt, em histórico e alusivo embate doutrinal que muito contribui até os dias atuais quando perquirida a legitimidade da justiça constitucional.<sup>120</sup> Os estudiosos discutiram de forma emblemática *a quem deveria ser confiada* a análise das questões jurídico-constitucionais das normas postas à sociedade, tendo como terras de labuta a Constituição da República Weimar

---

<sup>117</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional... Op. Cit.*, p. 527.

<sup>118</sup> Nesse sentido: MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional... Op. Cit.*, 527. O autor faz referência ao acórdão de julgamento do RE nº 442.683-8, de Relatoria do Min. Carlos Velloso, que – considerando os princípios da boa-fé e da segurança jurídica, nomeadamente a preservação dos efeitos da sentença em relação à Administração pública – determinou a adoção de efeitos *ex nunc* para decisão tomada em regime difuso.

<sup>119</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional... Op. Cit.*, 527.

<sup>120</sup> CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional... Ob. Cit.* p. 115.

– que não contemplava a delimitação de um Tribunal Constitucional próprio, mas que deixava viva a discussão sobre as competências do *Staatsgerichtshof* para julicar sobre questões que envolvessem a constitucionalidade das normas.<sup>121</sup>

De um lado, Kelsen defendia a necessidade de criação de um Tribunal Constitucional próprio, cujas atribuições compreenderiam a avaliação da conformidade das normas jurídicas em respeito à Lei Maior. Deveria atuar, para tanto, como um *legislador negativo*.<sup>122</sup> Ainda, ao tribunal em questão seria depositada especial importância enquanto parte de uma democracia federativa, de modo a prover proteção constitucional das minorias em detrimento dos potenciais excessos capitaneados pelas maiorias.<sup>123/124</sup>

De outro lado, Carl Schmitt defendia que tal tribunal estaria contaminado em decorrência de sua natureza eminentemente *política*, e, como tal, poderia atuar de forma a exceder os poderes legítimos de um tribunal.<sup>125</sup> Para o jurista tedesco, a guarda da Constituição deveria ser entregue a um *órgão* político, *neutro*, nomeadamente o *Presidente do Reich*.<sup>126</sup>

De ambas as concepções vergastadas – e inobstante o fato de merecerem um estudo aprofundado diante da enorme gama de argumentos empenhados pelos interlocutores, é certo que os sistemas constitucionais ocidentais modernos acabam por simpatizar com a tese aventada por Kelsen, haja vista a formulação do controle de constitucionalidade como o conhecemos atualmente. Entretanto, a celeuma travada entre os referenciados juristas de renome acabou por aflorar uma importante discussão sobre a legitimidade da justiça constitucional, discussão essa que é pertinente até os dias hodiernos.<sup>127</sup>

---

<sup>121</sup> VINX, Lars. *The Guardian of the Constitution... Op. Cit.*, p.6.

<sup>122</sup> CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional... Ob. Cit.* p. 116.

<sup>123</sup> VINX, Lars. *The Guardian of the Constitution... Op. Cit.* p. 8.

<sup>124</sup> Nesse ponto, sublinhe-se o firme apontamento realizado por Vitor Gomes quando de seu voto junto ao acórdão 121/2010, onde assevera que “*Uma das funções que assiste à jurisdição constitucional – qualquer que seja a sua localização – é a de zelar pela integridade da Constituição mesmo que contra a vontade da maioria parlamentar do momento. Este pendor contra-maioritário ou anti-maioritário permite proteger a Constituição – e a legitimidade popular que lhe subjaz – da atuação de maiorias parlamentares ocasionais.*”. Acórdão nº 121/2010. Acesso em: 23 de janeiro de 2020. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100121.html>>.

<sup>125</sup> VINX, Lars. *The Guardian of the Constitution... Ob. Cit.* p. 9.

<sup>126</sup> CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional... Ob. Cit.* p. 117.

<sup>127</sup> De mais a mais, é oportuno salientar que ambas as formulações de Kelsen e Schmitt são alvo de pesadas críticas – principalmente em razão das sopesas ideológicas que sustentam as suas teorias. Para uma abordagem esboçada desse tema: PINTO, Roberto Bueno. *Carl Schmitt x Hans Kelsen: defensor ou senhor da constituição?* In Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 60, n. 3, set./dez. 2015, p. 103-136.

Por agora, considerando que o tema inerente à *legitimidade* da justiça constitucional será abordado de forma aprofundada em tópico mais adiante, cumpre-nos mencionar que o papel dos Tribunais na guarda da constituição se mostra imprescindível, cujas atribuições parecem coadunar com ambas as teorias apresentadas.

Em meio a isso, no Brasil e em Portugal, o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Constitucional, respectivamente, têm a eles confiada a função de exercer o controle concentrado da constitucionalidade das normas pátrias. O *caput* do artigo 102 da Constituição Federal brasileira é categórico ao afirmar que "*Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição*", entregando-lhe as principais ferramentas de controle concentrado de constitucionalidade. No mesmo sentido, o artigo 221 da Constituição da República Portuguesa infere que "*O Tribunal Constitucional é o tribunal ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional*", tornando cediço o seu papel quando, junto ao artigo 223, 1, determina que "*Compete ao Tribunal Constitucional apreciar a inconstitucionalidade e a ilegalidade*", além de diversas outras atribuições.<sup>128</sup>

### *1.3.2.3. Das ações destinadas ao controle concentrado de constitucionalidade*

No Brasil, o controle sucessivo (ou *repressivo*) concentrado de constitucionalidade é realizado através das seguintes ações: ação Direta de Inconstitucionalidade; Ação Declaratória de Constitucionalidade; Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) está prevista no artigo 102, I, a, da CRFB, e, sem sombra de dúvidas, representa a principal ferramenta apta a elucubrar sobre a inconstitucionalidade de uma lei federal por via de ação específica. Ademais, note-se que em âmbito da federação brasileira é correto afirmar que não apenas o Supremo Tribunal

---

<sup>128</sup> É certo que ao Tribunal Constitucional português ainda são confiadas diversas outras competências além daquelas dispostas no artigo 223 e seguintes da Constituição, as quais são somadas aquelas enumeradas na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (nº 28/82). Dentre as suas competências, são exemplos aquelas matérias dispostas nas alíneas "f", "g", e "h" do artigo 223, conferindo-lhe atribuições de validação do próprio certame eleitoral do país. Sobre o tema e para uma ponderada crítica sobre a sobrecarga de funções atribuídas ao Tribunal Constitucional português, veja-se: CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional... Op. Cit.* p171-186.

Federal é competente para julgar as ADI's, mas também os Tribunais de Justiça dos Estados, que poderão fazê-lo diante de eventual inconstitucionalidade de lei regional que for contrária aos ditames da Constituição estadual.<sup>129</sup>

É que, nos termos do artigo 25 da CRFB, cada Estado (enquanto unidade da federação) deterá sua própria Constituição, servindo esta regra, inclusive, como ingrediente constitucional de fortalecimento do pacto federativo.<sup>130</sup> Nessa ocasião, a edição de lei estadual ou municipal que contrarie o disposto na respectiva Constituição do Estado poderá ser alvo de apreciação do Tribunal de Justiça estadual, tudo nos termos do artigo 125, §2º, da CRFB.<sup>131</sup>

De outro norte, diante da aparente ausência de previsão legal (note-se aquilo que está disposto no artigo 102, I, da CRFB) não será cabível a interposição de ADI em face de lei municipal que contrarie a Constituição Federal. Tal descompasso normativo deverá ser investigado através das ferramentas de controle difuso de constitucionalidade, e, se for o caso, poderá ascender ao Supremo Tribunal Federal através de recurso próprio. Diga-se: ressalvadas as *normas de reprodução obrigatória pelos Estados* (conforme entendimento esboçado no RE 650.898, julgado em 01/02/2017<sup>132/133</sup>), o Tribunal de Justiça estadual não pode perquirir a constitucionalidade de lei municipal que se mostre contrária à Constituição

---

<sup>129</sup> MARTINS, Flavio. *Curso de Direito Constitucional... Op. Cit.*, p. 650-651.

<sup>130</sup> Assim dispõe o artigo 25 da CRFB, *in verbis*: “Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.”

<sup>131</sup> Que assim dispõe: “Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. (...) § 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.”

<sup>132</sup> As denominadas *normas de reprodução obrigatória* também são chamadas de *normas de reprodução* (conforme expressão utilizada por Ingo Sarlet *et al*, in *Curso de Direito Constitucional... Op. Cit.*, p. 1.395) e significam matérias inscritas na Constituição Federal em que os Estados estão atrelados a respeitar, não obstante a possibilidade de editarem as suas próprias Constituições.

<sup>133</sup> A decisão orquestrada pelo relator Ministro Marco Aurélio restou assim ementada: “Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Ação direta de inconstitucionalidade estadual. Parâmetro de controle. Regime de subsídio. Verba de representação, 13º salário e terço constitucional de férias. 1. Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados. Precedentes. 2. O regime de subsídio é incompatível com outras parcelas remuneratórias de natureza mensal, o que não é o caso do décimo terceiro salário e do terço constitucional de férias, pagos a todos os trabalhadores e servidores com periodicidade anual. 3. A “verba de representação” impugnada tem natureza remuneratória, independentemente de a lei municipal atribuir-lhe nominalmente natureza indenizatória. Como consequência, não é compatível com o regime constitucional de subsídio. 4. Recurso parcialmente provido.” Jurisprudência disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=13413775>. Acesso em: 30/11/2020.



Federal, sob pena de usurpação de competência do STF.<sup>134</sup> Significa dizer, de modo sintético, que: a inconstitucionalidade de lei federal ou estadual que contrarie os ditames da Constituição Federal será perquirida em regime concentrado pelo Supremo Tribunal Federal; A inconstitucionalidade de lei estadual ou municipal que afronte Constituição Estadual será verificada em regime concentrado pelo Tribunal de Justiça do Estado correspondente; E a inconstitucionalidade de lei municipal que contrarie disposição da Constituição Federal deverá ser suscitada pela via difusa, podendo ascender ao STF, através de Recurso Extraordinário.

Por oportuno, em se tratando da legitimidade ativa para a sua proposição, são legitimados para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade aquelas personalidades que estão expressamente previstas nos incisos do art. 103 da CRFB, quais sejam: o Presidente da República; A Mesa do Senado Federal; A Mesa da Câmara dos Deputados; A Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; O Governador de Estado ou do Distrito Federal; O Procurador-Geral da República; O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Partido político com representação no Congresso Nacional; Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Já a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), disciplinada no mesmo diploma legal atinente à ADI (art. 102, I), teve nascimento com a Emenda Constitucional nº 3, do ano 1993, e detém a sua razão de existir explicada de forma muito peculiar, e que remonta à possibilidade de o Supremo Tribunal Federal conferir *legitimidade constitucional do produto do parlamento*.<sup>135</sup> De fato, a existência de uma ação que vise declarar a constitucionalidade de uma norma pode parecer antagônica em relação à *presunção (juris tantum) de constitucionalidade* das normas jurídicas vigentes. Essa presunção decorre, dentre outros aspectos, de todos os demais meios de controle de constitucionalidade prévio (preventivo) exercidos pelos poderes Legislativo e Executivo aquando da gestação de uma lei, cujos tópicos já foram visitados neste estudo. E de tal contexto, há quem aponte a incongruência da ADC com o sistema constitucional brasileiro.<sup>136</sup>

---

<sup>134</sup> MARTINS, Flavio. *Curso de Direito Constitucional... Op. Cit.*, p. 653.

<sup>135</sup> SARLET, Ingo *et al.* in *Curso de Direito Constitucional... Op. Cit.*, p. 1.189.

<sup>136</sup> Nesse sentido Nelson Nery Júnior comenta que objetivar a declaração de constitucionalidade de uma norma “(...) seria o mesmo que o filho havido na constância do casamento ajuizar ação de investigação de paternidade contra o marido de sua mãe, com o objetivo de obter declaração de que ele é seu pai, pois a lei

De mais a mais, a ADC é concebida de modo que o Supremo Tribunal Federal possa certificar a constitucionalidade de uma lei que vem sendo reputada inconstitucional pelos demais Tribunais pátrios, sendo esta (a controvérsia do judiciário, consubstanciada na desaplicação da lei nos casos a eles submetidos), inclusive, um dos requisitos para a sua admissibilidade. Nesse sentido, Ingo Sarlet (*et. al.*) leciona que “*se uma norma é posta sob suspeita por decisões judiciais, isso é suficiente para o surgimento de interesse em pedir ao STF uma declaração acerca de sua constitucionalidade.*”<sup>137</sup>

São legitimados para deflagrar a ADC todos aqueles que detém o *mínus* da ADI, nos termos do art. 103 da CRFB. Em mesmo sentido, o *objeto* e a *matéria* que serão alvo de discussão nessa modalidade de controle, serão proporcionais àqueles disciplinados na ADI.

Sobre a dicotomia das ações *in loco*, oportuno referenciar a discussão sobre o chamado caráter *dúplice* ou *ambivalente* das decisões tomadas em seu interregno, significando, por exemplo, que a improcedência de uma ADI tornaria sedimentado o efeito inverso, qual seja, a constitucionalidade da norma guerreada. Tal questão é combatida por certa parte da doutrina, que chama atenção para os riscos da admissão de tais efeitos indicando, dentre outros tópicos, a falta de mecanismos aptos a controlar a atividade jurisdicional da suprema corte constitucional.<sup>138</sup>

De qualquer modo, prevalece o posicionamento que admite o caráter ambivalente das decisões tomadas em âmbito da ADI, valendo a sua improcedência como significado

---

(...) *lhe confere presunção de filiação que só pode ser contestada pelo marido (pai).* In *Op. Cit.* p. 663 e seguintes.

<sup>137</sup> SARLET, Ingo *et al.* in *Curso de Direito Constitucional... Op. Cit.*, p. 1.189. Os mesmos autores, em sua obra acima aludida, são categoricamente favoráveis à sua admissão, asseverando o seguinte: “*A ação declaratória de constitucionalidade, dentro do quadro de controle de constitucionalidade instituído no Brasil, é tão legítima quanto a ação direta de inconstitucionalidade. A possibilidade de os juízes e tribunais ordinários realizarem o controle de constitucionalidade, decorrente do modelo incidental e difuso, se é afetada pela ação declaratória de constitucionalidade, obviamente também o é pela ação direta de inconstitucionalidade.*” (p. 1.190).

<sup>138</sup> Nesse sentido: MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *O desmantelamento do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.* Revista do Advogado, São Paulo, v. 22, n. 67, p. 87-93, 2002. E também: NERY JR, Nelson, *et al.* *Direito Constitucional brasileiro... Op. Cit.*, p. 664-664.

oposto, qual seja, a constitucionalidade da norma, inclusive por expressa disposição legal do artigo 23 da lei nº 9.868/99.<sup>139/140 /141</sup>

Em derradeira análise, oportuno mencionar que a ADC tem como objeto a verificação de *lei* ou *ato normativo federal*, cuja análise será feita pelo Supremo Tribunal Federal, não servindo, esta modalidade, por exata falta de previsão constitucional, apta a perquirir lei ou ato normativo municipal e/ou estadual.<sup>142</sup>

Em outro diapasão, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) está prevista no art. 103, §2º, da CRFB, e encontra instituto semelhante no ordenamento jurídico português, nomeadamente aquela previsão do artigo 283, nº 2, da CRP, inclusive com desideratos jurídicos muito parecidos. A ADO toma lugar em decorrência da lógica imbuída nos termos de uma Constituição que prevê direitos e garantias fundamentais, que muitas vezes necessitam de *densificação*<sup>143</sup> por parte do legislador infraconstitucional.<sup>144</sup> Dessa forma, quando restar caracterizada ou evidenciada uma lacuna jurídica que opere em detrimento dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, aparente estará a omissão que poderá ser alvo da ação constitucional em deslinde. Veja-se que “*declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. (...)*”<sup>145</sup>

Entretanto, a atual jurisprudência do STF brasileiro aponta no sentido de admitir uma atuação mais cogente por parte do Judiciário, nomeadamente para que este elabore a norma em carência. Nesse sentido aponta Ingo Sarlet, asseverando que, em alguns casos, a

---

<sup>139</sup> Que assim dispõe: “*Efetuada o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade.*”

<sup>140</sup> Indicando com primazia esse posicionamento, leia-se da obra maestra desse estudo: CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional... Op. Cit.* p. 258-259, nota 309.

<sup>141</sup> Refira-se, ainda, que o mesmo não ocorre no ordenamento jurídico português, que claramente não adota o chamado caráter *dúplice* na decisão que inadmita a ação ou pedido que procure declarar inconstitucional a norma vergastada. Nesse sentido: CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional... Ob. Cit.* p. 331.

<sup>142</sup> CORREIA, Jorge Alves. *Direito Público luso e brasileiro... Op. Cit.*, p. 401.

<sup>143</sup> A escolha do termo *densificação* parece adequada, visto que, partindo do princípio de que os direitos fundamentais, via de regra, detém aplicação imediata conferida na ordem democrática. Desta forma, não parece correto admitir que a simples falta de um mecanismo de engenharia jurídica (ou lei que o confira maior substância) seja elencada como justificativa para o incumprimento dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

<sup>144</sup> SARLET, Ingo *et al.* in *Curso de Direito Constitucional... Op. Cit.*, p. 1.325.

<sup>145</sup> A sentença ora referenciada é transcrição *ipsis literis* do §2º do artigo 103 da CRFB.

prescindibilidade de atuação do legislador pode vir a admitir que o Judiciário faça suprir a inércia evidenciada no tocante à elaboração da norma.<sup>146</sup> De fato, o acerto desse posicionamento merece cautelas especiais, a exemplo daquelas indicadas pelo próprio autor, senão vejamos: de modo a prevenir eventual intromissão na esfera reservada ao Poder Legislativo, a *norma* eventualmente adotada pelo Judiciário não poderia ir além do *necessário* àquela tutela constitucional, inclusive com eficácia temporal limitada, qual seja, até que se ultime o pronunciamento do legislador;<sup>147</sup> Ainda, é imperioso que a norma a ser implementada não exija atuação insubstituível do legislador, sob pena de uma evidente afronta ao texto positivado; Como cediço, ainda é necessário restar caracterizada a *inércia* do responsável em elaborar a norma, ou seja, o transcurso *in albis* de prazo razoável estabelecido quando da declaração da omissão inconstitucional.

Como se observa das cautelas expostas, a ideia central estabelecida nessa orientação leva em conta o princípio da tutela jurisdicional efetiva, entre nós condensada no inciso XXXV, do art. 5º da CRFB, e que não apenas admite, mas exige do Judiciário a efetiva prestação jurisdicional adequada. Vale constatar, em última vênua, que o art. 13 da lei nº 9.882/99 (Lei que dispõe sobre o processo e julgamento de ADPF) admite a possibilidade de a parte promover *reclamação* ao Supremo Tribunal Federal contra eventual descumprimento da decisão proferida em âmbito da ADPF.

E nesse diapasão, observadas com veemência as restrições oponíveis ao julgador para que não perpetue uma intromissão nas funções do Legislativo ou do Executivo, e, quando constatada a total inércia do órgão responsável por editar a medida apta a tornar efetiva uma norma constitucional, parece razoável admitir que o Supremo Tribunal Federal atue de forma mais incisiva. Ademais, as normas (e preceitos) fundamentais prescindem conformação legislativa infraconstitucional para que seja reconhecida a sua existência e

---

<sup>146</sup> SARLET, Ingo *et al.* *Curso de Direito Constitucional... Op. Cit.*, p. 1.343. O autor em questão indica o exemplo da ADO 25/DF, de relatoria do Min. Gilmar Mendes e cujo julgamento ocorreu em 30/11/2016, onde o próprio Tribunal fixou as medidas que deveriam ser tomadas pelo Tribunal de Contas da União, caso não respeitado o prazo de doze meses para a correção da omissão constitucional. Tratava-se de omissão até então presente há mais de treze anos, que se iniciou com a edição da Emenda Constitucional nº 42/2003, e era traduzida na necessidade de o Congresso Nacional editar lei que fixasse critérios de compensação (aos estados e o Distrito Federal) da isenção do ICMS incidente sobre as exportações de produtos primários e semielaborados. A íntegra do acórdão da questão de ordem se encontra disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436274/false>. Acesso em: 18/03/2021.

<sup>147</sup> SARLET, Ingo *et al.* *Curso de Direito Constitucional... Op. Cit.*, 1.343.

eficácia.<sup>148</sup> Ainda, ao Legislativo não é dado o poder de lançar mão dos direitos fundamentais, haja vista que “a conformação de direitos fundamentais não significa que o legislador possa dispor deles”<sup>149</sup>. Não nos parece, outrossim, que o desrespeito às decisões judiciais que denunciam os casos de inconstitucionalidade por descumprimento de preceitos fundamentais se enquadrarem dentro do *poder de conformação* do Legislativo, de forma a traduzir uma liberalidade do Legislativo em editar (ou não) a norma ou ato guerreado. Pelo contrário, caso constatada a *inconstitucionalidade por omissão*, e com escudo na *força normativa* de uma Constituição, parece justo admitir que o Judiciário atue, em *ultima ratio*, de modo a garantir plena eficácia aos preceitos fundamentais constitucionais.

Neste ponto, na sequência das ações constitucionais em espeque, o artigo 102, §1º da CRFB instituiu a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), que é ação destinada ao STF com o objetivo de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. A ação em tela é considerada residual, “*utilizada quando os outros meios não se revelam adequados.*”<sup>150</sup>

Por último, há que se referenciar uma subespécie da ADI, denominada Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, decorrente da exegese dos artigos 34, VII, e 36, III, ambos da CRFB, a qual, inclusive, é reputada como “*a mais antiga ação do controle concentrado existente no direito brasileiro*”<sup>151</sup>. Trata-se de instrumento jurídico que visa resguardar as matérias *especiais* previstas no inciso VII do artigo 34 da Constituição Federal brasileira, quais sejam: a forma republicana, sistema representativo e regime democrático; Os direitos da pessoa humana; A autonomia municipal; A prestação de contas da administração pública, direta e indireta. Em outras palavras, e de acordo com o verbete de Pontes de Miranda, são os chamados *princípios sensíveis*.

A ADI interventiva pode declarar um ato ou omissão de Estado ou Distrito Federal como inconstitucional, ou até mesmo decretar a intervenção federal. Outrossim, note-se que a hipótese de intervenção federal aqui prevista é reservada à provocação do Procurador-Geral da República, consoante aquilo que positivado no texto constitucional junto ao artigo

---

<sup>148</sup> Nesse norte, aponte-se o próprio texto da primeira parte do conhecido artigo 18 da Constituição portuguesa, cuja transcrição e menção já foi realizada neste trabalho.

<sup>149</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7º ed... *Op. Cit.*, p. 1.264.

<sup>150</sup> CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional...* *Op. Cit.*, p. 258.

<sup>151</sup> MARTINS, Flavio. *Curso de Direito Constitucional...* *Op. Cit.*, p. 727.

36, III, que acaba por inaugurar a vigência de ferramentas específicas para a proteção da integridade do *pacto federativo* – a exemplo da proibição de emendas à Constituição.<sup>152</sup>

## CAPÍTULO 2: DO OBJETO DE CONTROLE

Em seguimento ao estudo, e após uma breve exploração (diga-se: sintética e não exaustiva) das principais ferramentas postas ao controle de constitucionalidade em âmbito da jurisdição brasileira, em comparação à portuguesa, é oportuno delinear qual o *âmbito* e o *objeto* de controle exercido por aquele que é alçado ao patamar de guardião da Constituição.

Sublinhe-se, desde já, que o assunto que será dissecado neste tópico parece exsurgir como *punctum saliens* quando se ousa questionar sobre a admissibilidade do controle jurisdicional dos atos políticos. Afinal, há uma crucial diferença entre os dois principais modelos de língua lusófona no que tange ao objeto do controle.

---

<sup>152</sup> As ferramentas em comento são atreladas aos chamados *limites circunstanciais* do poder reformador, que correspondem “(...) a factos e situações específicas que precludem, durante a sua ocorrência, a prática de atos de revisão constitucional.” (MORAIS, Carlos Blanco de. Curso de Direito Constitucional... *Op. cit.* p.260.) Tal premissa resta consubstanciada na Constituição portuguesa (art. 289º) e brasileira (art. 60, §1º), e se deve, em grande parte, ao temor de que eventual situação anômala em cenário nacional possa vir a influenciar a decisão dos parlamentares quando da votação de eventual proposta que vise enjeitar a Carta Magna. Aqui é necessário depositar especial atenção aos termos utilizados pelo legislador brasileiro, e a conseqüente interpretação recente adotada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que a referida proibição não afeta a *tramitação* das emendas. Note-se: o constituinte português fez expressa proibição à prática de qualquer ato de revisão constitucional no interregno de estado de sítio ou estado de emergência; De outro norte, o constituinte brasileiro proibiu a *emenda da Constituição durante a vigência* de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio, dando azo a interpretações dissonantes quanto à possibilidade de tramitação legislativa (e o conseqüente processo de convencimento político) de emendas constitucionais durante as referidas situações excepcionais. Tal dúvida – sobre a aplicação da referida norma constitucional – resultou na deflagração do Mandado de Segurança nº 35535/2018. A ação em comento objetivava (dentre outros pedidos elencados na exordial) a obtenção de tutela jurisdicional a fim de proibir toda e qualquer tramitação, inclusive as sessões destinadas à análise da PEC 287/2016, a chamada *reforma da previdência*. Em arremate ao caso apresentado, o Supremo Tribunal Federal denegou o conhecimento da ação, sedimentando que devem ficar suspensos todos os atos deliberativos do processo legislativo da emenda constitucional, porém, tal paralisação não afeta a tramitação das propostas de emendas. Conforme a fundamentação constante no voto do relator Min. Dias Toffoli, “*trata-se de limitação circunstancial ao poder constituinte derivado reformador, diante da anormalidade das citadas situações, que deve, portanto, se restringir ao alcance atribuído pelo próprio texto constitucional, não sendo dado ao intérprete lhe conferir maior extensão.*”. Para acesso ao voto e acórdão completos, acessar: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 35535*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Pesquisa de Jurisprudência. 26 de junho de 2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho885094/false>>. Acesso em: 08/02/2021.

## 2.1. Da noção de norma jurídica para efeitos de controle

*Ab initio*, no âmbito português, é necessário constatar que a fiscalização da constitucionalidade deverá sempre recair sobre a *norma jurídica* amealhada no pedido que se formula perante o juízo competente. Nesse norte, consoante a doutrina de Fernando Alves Correia, a concepção em tela abarca “(...) qualquer ato do poder público que contiver uma “regra de conduta” para os particulares ou para a Administração, um “critério de decisão” para esta última ou para o juiz ou, em geral, um “padrão de valoração de comportamento””.<sup>153</sup>

A noção de norma jurídica, entretanto, não pode ser confundida com aquilo que é concebido como preceito normativo, conceitos estes que não são sinônimos. Novamente, contanto com a maestria da obra regente deste estudo, resta dizer que “(...) uma norma sujeita a controlo de constitucionalidade pode resultar da conjugação de vários preceitos ou reportar-se apenas a parte de um preceito ou mesmo a um seu segmento ideal e um mesmo preceito pode conter várias normas.”<sup>154</sup>

Sendo assim, preceitos são formas através das quais se exterioriza ou se concretiza a norma jurídica, e, apesar de não guardarem correlação imediata, acabarão por figurar no mesmo plano prático levado à fiscalização jurisdicional.

Alinhado com a construção doutrinal que labuta sobre o tema, a *noção de norma para efeitos de controle* também vem sendo debatida em diversos arestos, a exemplo dos acórdãos nº 26/85, 150/86, 255/92, 172/93, 730/95 e 224/2005, todos do Tribunal Constitucional português.<sup>155</sup> Deste último, inclusive, observa-se que nem todos os atos dos poderes públicos podem ser concebidos como enquadráveis no conceito de norma sindicável

---

<sup>153</sup> CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional... Ob. Cit.* p. 192.

<sup>154</sup> CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional... Op. Cit.*, p. 193. Nesse sentido, conforme amplamente indicado na obra em apreço, toma especial relevo a jurisprudência do Tribunal português condensada no ACTC nº 57/95, que, ao apreciar as consequências da revogação da norma objeto de fiscalização de constitucionalidade e da sua substituição por norma posterior sobre a mesma matéria e com idêntica função, assim asseverou: “*Posto isto, resta acrescentar que a este Tribunal só lhe é permitido apreciar as normas impugnadas, constantes dos preceitos já revogados, e não a norma ora vigente no ordenamento jurídico, que surgiu em sua substituição, porque assim o impõe o princípio do pedido.*” Acórdão disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/jurel/est\\_print\\_busca.php?buscajur=&nid=7623](http://www.pgdlisboa.pt/jurel/est_print_busca.php?buscajur=&nid=7623). Acesso em: 03/12/2020.

<sup>155</sup> CORREIA, Fernando Alves. *Direito Público luso e brasileiro... Op. Cit.*, p. 381.

ao controle de constitucionalidade judicial, restando claramente excluídos os atos políticos ou de governo em sentido estrito.<sup>156</sup>

De tais constatações, resta claro e evidente o seguinte panorama: de acordo com a expressa condição prevista na Constituição lusitana, o Tribunal Constitucional deve conhecer da inconstitucionalidade e ilegalidade qualificada de *normas jurídicas*, daí excluídos, em princípio, os atos políticos. Fala-se, em princípio, de questão *a priori*, qual seja, a de *competência* do Tribunal para conhecer da matéria.

Já de outro norte, e no que toca ao objeto propriamente dito e destinado ao controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário brasileiro (e aqui não se está fazendo divisão entre o controle incidental ou abstrato), de forma geral afirma-se que o objeto de controle de constitucionalidade será a *lei* e os *atos normativos*, inclusive os secundários – a exemplo dos regulamentos, resoluções, e portarias.<sup>157</sup> De igual forma, incluem-se como passíveis de controle jurisdicional as emendas constitucionais, tanto em aspecto formal (regras procedimentais) e também material (cláusulas pétreas com previsão no art. 60, §4º da CRFB).

De qualquer sorte, embora aparentemente não haja uma barreira quanto à competência do Tribunal para conhecer da matéria atinente aos atos políticos – tal e qual se verifica no sistema de justiça constitucional português – o STF brasileiro tem adotado posição que evita se imiscuir em questões que tocam aos auspícios do ato político, sendo crucial a questão de “*estabelecer a extensão do conhecimento jurisdicional dos pressupostos constitucionais do ato político*”.<sup>158</sup> Ocorre que a determinação de quais as matérias que podem ser objeto de controle judicial de constitucionalidade sempre foi marcada por calorosas discussões, seja em âmbito brasileiro ou português. De fato, ao ponto em que a justiça constitucional aparece como pedra angular do sistema jurídico moderno, há que se

---

<sup>156</sup> Do julgado em cotejo, destaca-se a seguinte passagem: “(...) *nem todos os actos dos poderes públicos devem considerar-se normas (e, portanto, sujeitos à fiscalização do Tribunal Constitucional): aí se optou por um conceito funcionalmente adequado, segundo o qual não são normas as decisões judiciais e os actos da administração sem carácter normativo, nem os actos políticos ou actos de governo em sentido estrito.*” Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050224.html>. Acesso em: 08/02/2021.

<sup>157</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Np.

<sup>158</sup> SCHÄFER, Jairo Gilberto. *O problema da fiscalização da constitucionalidade dos atos políticos em geral*. In *Rev. Interesse Público*. v. 8, n. 35, p. 79–97, jan./fev., 2006. p. 93.



perceber uma linha tênue em sua gênese, qual seja, a harmonia de atuação entre os três poderes.

E não apenas nos tribunais se discute tal celeuma. É bem verdade que a doutrina diferencia quais são os objetos sindicáveis em âmbito de cada modo de controle de constitucionalidade, e, dependendo da ação em que esteja fundado o pedido, poderão ocorrer variáveis. Veja-se como exemplo o caso brasileiro, onde são admitidas ao controle de constitucionalidade deflagrado através da ADI aquelas matérias constantes no rol do artigo 59 da Constituição brasileira, quais sejam: as emendas à Constituição; Leis complementares; Leis ordinárias; Leis delegadas; Medidas provisórias; Decretos legislativos; Resoluções. Restariam excluídos, por exemplo, os projetos de emenda à constituição e as normas anteriores à Constituição.<sup>159/160</sup>

Já em relação ao controle incidental de constitucionalidade, há expressiva afirmação de que esta modalidade poderia ser implementada em relação às normas providas de todos os *níveis de poder*, independentemente da hierarquia.<sup>161</sup>

Em âmbito Europeu e diante da forte noção comunitária existente entre os países membros da União Europeia, situação específica merece um olhar atento – diga-se, do Brasil e dos países da América do Sul – que é a questão do controle de constitucionalidade de tratados e acordos internacionais. Como exemplo prático, veja-se a regra exposta no ordenamento jurídico constitucional português, que confia ao Tribunal Constitucional uma atuação em simbiose com o Tribunal de Justiça da União Europeia quando da recepção dos tratados comunitários (*ex vi* do nº 4 artigo 8º<sup>162</sup>), peneirando os tratados com a granulação do núcleo essencial da Magna Carta portuguesa. Mais do que isso, ao realizar o seu *mister* e quando diante de eventual antinomia entre o direito comunitário e o direito interno, deverá utilizar o interessante instrumento chamado *reenvio prejudicial*, que corresponde a uma

---

<sup>159</sup> Excetue-se deste rol a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, cuja previsão legal (Lei nº 9.882/99) admite expressamente a análise de Direito pré-constitucional, consoante o parágrafo único de seu primeiro artigo, *in verbis*: “Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

<sup>160</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 8. ed... *Op. Cit.*, n.p.

<sup>161</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 8. ed... *Op. Cit.*, n.p.

<sup>162</sup> Que assim dispõe, a saber: “As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.”

importante ferramenta de diálogo entre cortes.<sup>163</sup> Veja-se, ademais, que o mecanismo de reenvio prejudicial previsto no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia opera em fortalecimento da união necessária aos Estados membros, trabalhando na uniformização das interpretações dos tribunais em uma espécie de *respeito recíproco*.

Pois bem. Direto ao ponto aqui proposto, ao se efetivar uma leitura sintética da gama de objetos que são alvo do controle de constitucionalidade, é certo que restam aparentemente excluídos os denominados *atos políticos*, concebidos hodiernamente como *atos primários*.<sup>164</sup> Por evidente, dadas as circunstâncias atuais que remontam um certo temor em admitir espaços vazios de jurisdição – nomeadamente diante da grave instabilidade política que reflete nas instituições democráticas a nível global – é prudente esmiuçar a celeuma travada sobre a possibilidade de implementar o controle de constitucionalidade dos atos políticos.

Tema este, outrossim, que é objeto principal deste trabalho, nomeadamente com a dissecação dos institutos necessários em busca das respostas adequadas. Sendo assim, até o momento foram sedimentadas as bases do controle de constitucionalidade, peregrinando sobre as suas origens e modalidades hodiernamente concebidas. De agora em diante, o foco será depositado na persecução da natureza jurídica do *ato político*, para, logo após, perquirir a efetiva admissibilidade de realizar o controle jurisdicional de constitucionalidade sobre os atos políticos.

### **CAPÍTULO 3: DA DEFINIÇÃO E ABRANGÊNCIA DO ATO POLÍTICO**

Uma vez posta à baila a principal averiguação que se pretende realizar nesse estudo, mostra-se imperativo adentrar os principais aspectos que remontam a natureza intrínseca do ato político, de modo a conseguir o substrato necessário ao cotejo das minúcias que circundam o mérito *sub judice*.

É que a jurisdicionalização de um ato depende não apenas de sua forma ou aparência, mas também de sua essência. E pesquisar a essência de uma ferramenta

---

<sup>163</sup> Para mais apontamentos sobre o tema, conferir: CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional... Op. Cit.* p. 195-209.

<sup>164</sup> CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional... Op. Cit.*, p. 216.

democrática que leva em sua gênese a vertente *política* não é das tarefas mais fáceis. Isto, pois, desde sempre, adentrar no campo da política é – ao ponto de encontro numa das mais importantes faces do Direito – sujeitar-se a mergulhar em mares turbulentos, onde se mostra difícil perceber a que profundidade estão posicionadas as suas âncoras.<sup>165</sup>

Como se sabe, a essência política está imbuída em praticamente todos os atos praticados no Estado moderno, e a sua realização se confunde com as funções e tarefas do Estado e demais entidades públicas. E como tal, pode ser concebida como *ciência* ou *arte*, ou nenhuma delas, a depender do sabor de quem a degusta.<sup>166</sup>

Em acepção histórica, os atos políticos foram pioneiramente idealizados no Estado francês, junto ao mais crítico momento da Restauração Bourbon, no início do século XIX. A então inaugurada *teoria do móvel político*, concebia que, se o objeto material de um ato fosse *declaradamente político* pelos governantes, este ato deixaria de se revestir de natureza administrativa e se converteria em político, isento de controle pelo contencioso administrativo.<sup>167</sup>

Já a partir de 1875 – em momento que já se reconhecia a independência do Conselho de Estado francês – passou-se a adotar o entendimento de que o ato político restaria adstrito nas questões de relação internacional, nas chamadas *relações interconstitucionais* do Executivo com os demais poderes e nas questões de perdão e anistia.<sup>168</sup>

Os também chamados de *atos de governo*, ademais, sempre foram revestidos de grande relevância nas ordens constitucionais ao longo da história, restando intimamente atrelados ao disposto na Carta Magna. Nesse sentido, Ingo Sarlet relata que já na

---

<sup>165</sup> ARENDT, Hannah. *¿Que és la política?* Traduzido por Rosa Sala Carbó, Ediciones Paidós, Barcelona, 1997. p. 38.

<sup>166</sup> Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles leciona que “*A conceituação de Política tem desafiado a argúcia dos publicistas, sem colher uma definição concorde. Para uns, é ciência (Jellinek e Bmnialti), para outros é arte (Burke e Schaeffle). A nosso ver, não é ciência, nem arte. É forma de atuação do homem público quando visa a conduzir a Administração a realizar o bem comum. A Política, como forma de atuação do homem público, não tem rigidez científica, nem orientação artística. Rege-se - ou deve reger-se - por princípios éticos comuns e pelas solicitações do bem coletivo. Guia-se por motivos de conveniência e oportunidade do interesse público, que há de ser o seu supremo objetivo.*”. MEIRELLES, Hely Lopes. *In Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 47-48.

<sup>167</sup> ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *Curso de Derecho Administrativo... Op. Cit.*, p. 564.

<sup>168</sup> VELLOSO, Carlos Mário Da Silva. *O controle... Op. Cit.*, p. 273-274. Também nesse sentido e com importantes apontamentos históricos: RANELLETTI, Oreste. *Teoria degli atti amministrativi speciali*, 7ed. Ed. Dott. A. Giuffrè, 1945, p.37. Ainda: CALDEIRA, Marco. *Actos políticos, Direitos Fundamentais e Constituição*. Lisboa: AAFDL - Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2014. p. 56 e seguintes.

Constituição da Igreja de São Paulo (referenciada como a *primeira Constituição Alemã*), para que o Imperador pudesse praticar os atos de governança do Estado, deveria primeiro jurar fidelidade à Constituição e às casas do Parlamento Imperial.<sup>169</sup>

Atualmente, no que diz respeito à *função política* concebida em tempos hodiernos, entende-se que esta compreende as *atividades colegislativas* e de *direção*<sup>170</sup>. Em definição mais refinada, Jorge Miranda classifica a função política e segundo critérios materiais, como a “(...) *definição primária e global do interesse público; interpretação dos fins do Estado e escolha dos meios adequados para os atingir; direção do Estado*”.<sup>171</sup>

Nesse ponto, não deixando de olvidar os posicionamentos doutrinários dissonantes<sup>172</sup>, é certo que a função política acaba sendo majoritariamente atribuída aos Poderes Legislativo e Executivo, com ferramentas mais expressivas dispostas a este último – ao qual restam condensados os poderes de governo nos termos da Constituição. Justamente por essas acepções é que se pretende dissecar o ato político a ponto de cotejar a sua natureza jurídica, motivo pelo qual se inicia tratando de sua (in)distinção com o denominado *ato administrativo*.

### *3.1. Do ato político versus ato administrativo: um ensaio sobre a sua natureza jurídica*

Em tempo, mostra-se oportuno adentrar na esfera atinente à distinção do *ato político* em relação aos *atos administrativos*, eis que, a depender da concepção adotada, a resposta do cotejo sobre a *viabilidade do controle judicial dos atos políticos* poderá se mostrar diferente.

Ademais, desde já, vale dizer que os atos políticos e administrativos não se confundem com os denominados *atos da administração*, que é termo empregado para

---

<sup>169</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *História Constitucional da Alemanha – Da Constituição da Igreja de São Paulo à Lei Fundamental*, Editora Fundação Fênix, Porto Alegre, 2021, p. 56.

<sup>170</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 120.

<sup>171</sup> MIRANDA, Jorge. *Revisitando os atos de governo, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Org. Fernando Alves Correia et al, Coimbra Editora, Coimbra: 2012. p. 472.

<sup>172</sup> Nomeadamente o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, que será detalhado mais adiante.

traduzir – de modo genérico e mais amplo – todo e qualquer ato praticado pelos inúmeros órgãos que compõem o sistema administrativo.<sup>173</sup>

Pois bem.

Não obstante a classificação acima expressa, é *mister* ressaltar a existência de um primeiro ponto de vista que parte da concepção de que não há qualquer distinção entre ambos os institutos. Tal corrente afirma que o ato político é ato administrativo por excelência, um ato de governo, que, a depender de sua contextualização, é praticado com um *fundamento político*. Nesse sentido pondera Hely Lopes Meirelles, ao afirmar que “*O impropriamente chamado ato político não passa de um ato de governo, praticado discricionariamente por qualquer dos agentes que compõem os Poderes do Estado.*”<sup>174</sup>

Ainda segundo o autor acima vindicado, a dificuldade em classificar adequadamente o ato político remonta à falta de uma categoria específica para a sua espécie, que oportunize a sua classificação, bem como ao fato de que inexistente um órgão ou esfera de poder que os *pratique com privatividade*. E arremata, em conclusão essencial à compreensão que aqui se pretende estabelecer, que “*Todos os Poderes de Estado são autorizados constitucionalmente a praticar determinados atos, em determinadas circunstâncias, com fundamento político.*”<sup>175</sup>

Tal concepção remonta em uma derradeira verificação: admitir a similitude de conceitos entre o ato político e os demais atos administrativos pode trazer consigo uma consequência lógica, qual seja, a admissibilidade de controle judicial dos atos políticos.<sup>176</sup> Diante desta concepção, os eventuais excessos praticados sob a peja de ato administrativo (aí incluídos os atos políticos) devem ser combatidos pelo Judiciário, modalidade de controle de constitucionalidade que é amplamente aceita pela doutrina brasileira. Entretanto, dada característica de uma maior *discricionariedade* atribuída àquele que é competente para

---

<sup>173</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. P.98.

<sup>174</sup> Em complemento, ressalta o doutrinador brasileiro: “*Coerentemente com esse entender, negamos a existência de ato político como entidade autônoma. O que existe, a nosso ver, é sempre ato administrativo, ato legislativo ou ato judiciário informado de fundamento político.* MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro... Op. Cit.*, p. 48. Em mesma acepção teórica: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 313.

<sup>175</sup> As citações acima mencionadas constam da obra: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro... Op. Cit.*, p. 848-849.

<sup>176</sup> Ao menos no que se refere ao caso brasileiro.

praticá-lo, tópico este que será esmiuçado mais adiante, também é devida uma maior restrição ao controle jurisdicional aí desempenhado.<sup>177/178</sup>

De qualquer sorte, há que se referenciar posicionamento diverso ao que anteriormente analisado, qual seja, aquele que faz nítida distinção entre o ato político e o ato administrativo. A concepção adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello, ao lecionar sobre o ato político, afirma que “*por corresponderem ao exercício de função política e não administrativa, não há interesse em qualificá-los como atos administrativos, já que sua disciplina é peculiar.*”<sup>179</sup> Nesse diapasão, o autor exemplifica o ato político (tratado como sinônimo de ato de governo) citando o indulto, a iniciativa de lei pelo Executivo, a sanção ou o veto de leis, dentre outros.

Portanto, apesar de os atos políticos e administrativos guardarem muito próxima similitude em relação aos seus *titulares*, que muitas vezes são a mesma pessoa, o critério de caracterização do ato político deve ser o seu conteúdo substancial – qual seja, o elemento essencialmente político de *gerenciamento estatal* imbuído no ato.<sup>180/181</sup>

Para essa corrente, há peculiaridades que distinguem a função de Governo – oriunda de competências outorgadas pela própria Constituição – em relação a função administrativa, cada qual autônomas. O ato político seria distinto do ato administrativo na medida em que restaria alocado em patamar diferente, eis que, enquanto aquele é norma *infraconstitucional*, este é reputado *infralegal*, e, portanto, vinculado não apenas às normas constitucionais, mas também aos ditames da lei em geral.

---

<sup>177</sup> Nesse sentido, ainda Hely Lopes Meirelles (*In Direito Administrativo Brasileiro... Op. Cit.*, p. 849) admite o controle jurisdicional dos atos políticos em um regime de *controle especial*.

<sup>178</sup> Não obstante, há que se fazer a devida ressalva àquilo que exposto na obra de J. J. Canotilho, nomeadamente o afastamento dos “actos administrativos” (e também as decisões jurisdicionais) como susceptíveis de fiscalização judicial de constitucionalidade em Portugal. Para maior aprofundamento no tema em espeque: CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional... Op. Cit.*, p. 939-943.

<sup>179</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2015, p. 392.

<sup>180</sup> O parâmetro acima referenciado advém do pensamento de Alberto Vespaziani citado por Jairo Gilberto Schafer em sua obra (*in O problema da fiscalização da constitucionalidade dos atos políticos... Op. Cit.*, p. 91).

<sup>181</sup> Nesse sentido, é prudente mencionar a expressa consideração condensada no acórdão do STA português, quando do julgamento do processo nº 0654/11, de 04 de julho de 2013, afirmando categoricamente que “*O que determina se se trata de um Acto administrativo ou de um Acto político é a natureza e a função do próprio Acto e não a designação que o legislador lhe dá.*” Disponível em: [http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/-/4625e119e477cce780257bd0003b82d6?OpenDocument&ExpandSection=1#\\_Section1](http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/-/4625e119e477cce780257bd0003b82d6?OpenDocument&ExpandSection=1#_Section1). Acesso em: 29/04/2021.

De forma simplória e com a devida vênia, poder-se-ia dizer que essa corrente concebe os atos políticos com um relevo especial, elencados à função primordial de Estado como é concebido em âmbito governamental, enquanto os atos administrativos seriam mais corriqueiros, realizados pela administração pública em geral e para o desempenho das mais diversas atribuições da máquina pública.

No mesmo sentido aponta Oreste Ranelletti, que afirma categoricamente haver distinção entre o ato administrativo e o ato político, este último “*ato emanado do governo no exercício do poder político*”.<sup>182</sup>

Em uma terceira concepção, não obstante os clássicos posicionamentos referenciados, ainda é oportuno colacionar a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que faz menção doutrinária aos chamados *atos exclusivamente políticos* (que não afetam direitos individuais) e os atos *quase políticos* ou *não exclusivamente políticos* (que, embora dizendo respeito a interesses superiores do Estado, da nação, da sociedade, afetam também direitos individuais).<sup>183</sup> Como se vê, a classificação *sub judice* é especialmente voltada ao tema relativo aos auspícios da controlabilidade desses atos. Próximo a isso ainda consta a oportuna lição de Gustavo Zagrebelsky – que leciona exemplarmente sobre a conturbada relação dos Poderes Legislativo e Judiciário – inferindo sobre a existência das chamadas *questões políticas*, um espaço no mundo jurídico cujo teor está consubstanciado na seara política, e, portanto, confiado à *competição política de cada dia*.<sup>184</sup> Tais questões, segundo aponta, não seriam justiciáveis, dada carência de parâmetros constitucionais de referência.<sup>185</sup>

Por hora, sobre a temática aqui discutida, e agora transportando a visão ao âmbito português, Afonso Rodrigues Queiró classifica os atos políticos como sendo “*Todos os actos do Executivo que não sejam aplicação ou actuação da lei ordinária são de considerar <<actos de governo>> ou <<actos politicos>>*”.<sup>186</sup> Veja-se que este conceito difere do

---

<sup>182</sup> RANELLETTI, Oreste. *Teoria degli atti amministrativi speciali...* Op. Cit., p.37. Tradução Própria.

<sup>183</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo...* Op. Cit., p. 1.120.

<sup>184</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo e MARCENÒ, Valeria. *Justicia Constitucional...* Op. Cit., p. 231.

<sup>185</sup> O autor italiano ainda chama a atenção para o problema de se *definir* precisamente quais são as *questões políticas* não justiciáveis, sendo certo que a determinação desse limite não é rigorosamente possível. De mais a mais, assevera que: “*Na prática, será a jurisprudência que deverá delinear esta linha divisória entre o constitucionalmente regulado e o constitucionalmente livre (...)*” (Tradução própria). Citação direta e para maiores desenvolvimentos: ZAGREBELSKY, Gustavo e MARCENÒ, Valeria. *Justicia Constitucional...* Op. Cit., p. 231.

<sup>186</sup> QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Actos de Governo e Contencioso de Anulação*, Boletim da Faculdade de Direito. Vol. 45, 1969, p.16.

chamado ato administrativo, que, segundo Fernando Alves Correia, é conceituado como “(...) a declaração unilateral e autoritária, relativa a um caso concreto, dimanada de um órgão da Administração, no exercício da função administrativa, com vista à produção de efeitos jurídicos externos, positivos ou negativos.”<sup>187</sup>

Ao visitar o tema, Jorge Miranda cuida de confeccionar um *quadro dos atos de governo na Constituição de Portugal*, pelo qual expõe detalhadamente uma vasta gama de atos considerados de tal espeque. Seu trabalho demonstra a existência de *atos com liberdade de impulso ou iniciativa, atos com liberdade de recusa*, atos livres, atos dependentes, dentre outros.<sup>188</sup> Ademais, os detalhes de sua obra dão conta de uma assertiva classificação adstrita aos atos de governo, sobre os quais infere a existência de atos de governo formais e não formais. Aqueles, atos formais, sujeitos a *formas específicas, predeterminadas*, a exemplo da *promulgação* levada a efeito pelo Presidente da República. Estes, de aceção simples e que remontam àqueles atos sem formalidades pré-determinadas, os atos não formais, cujo adequado exemplo acena para o *comando supremo das Forças Armadas*.<sup>189</sup>

E dentre as diversas classificações e exemplos acima mencionados, Jorge Miranda cuida de estatuir as principais regras jurídico-constitucionais aplicáveis aos atos de governo, os chamados atos políticos, elencando-as em seis principais tópicos que são relacionados a seguir:

“i: a sua validade depende de conformidade com a Constituição; ii: Não é admissível delegação de competências para a sua prática, porque nenhuma norma constitucional a autoriza; iii: Eles estão vinculados ao respeito dos direitos, liberdades e garantias, os quais são de aplicação imediata; iv: Quando envolvam violação de direitos, liberdades e garantias, o Estado é civilmente responsável; v: os titulares dos órgãos donde emanam respondem politicamente e, nos termos da lei, civil e criminalmente, pela sua prática; vi: Os atos de governo estão sujeitos a publicidade.”<sup>190</sup>

---

<sup>187</sup> CORREIA, Fernando Alves. *Alguns conceitos de Direito Administrativo*. Ed. Almedina: Coimbra, 2001. p. 09.

<sup>188</sup> MIRANDA, Jorge. *Revisitando os atos de governo... Op. Cit.*, p. 475-485.

<sup>189</sup> MIRANDA, Jorge. *Revisitando os atos de governo... Op. Cit.*, p. 485-486.

<sup>190</sup> MIRANDA, Jorge. *Revisitando os atos de governo... Op. Cit.* p. 491-492.



Desde já, percebe-se que o estabelecimento destas premissas corresponde a uma fundamentação lógica e adequada, que confere substância ao ponto de vista defendido pelo autor, notadamente quando do seu posicionamento que aponta para a sindicabilidade dos atos políticos através do controle jurisdicional de constitucionalidade. Tal opinião, aponte-se desde já, mostra preocupação com a frágil dicotomia entre a força conferida aos atos de governo – força esta que vem da própria Constituição – e a regência de princípios e garantias fundamentais que dão validade ao seu conteúdo.

Por aqui e de forma alinhada com a ideia acima exposta, o contributo excepcional de Jairo Schafer sintetiza aquilo que vem a ser concebido por ato político. E o faz em quatro elementos constitutivos, cujos prismas resultam nas seguintes características: ato não-normativo; Ato de orientação política superior do Estado; Decorre diretamente da Constituição; Que conta com ampla possibilidade de conformação.<sup>191</sup> E de tais fragmentos, conceitua o ato político como “*ato estatal não-normativo, que veicula uma orientação política superior do Estado, decorrente diretamente da Constituição, que possui ampla possibilidade de conformação quanto aos fins a serem atingidos.*”<sup>192</sup>

Nesse ponto e a título elucidativo, o acórdão nº 0762/10 do Supremo Tribunal Administrativo português traz exemplo prático do que se entende por ato político em âmbito jurisprudencial, qualificando como ato político “*a decisão de retenção da transferência para os municípios dos montantes previstos na Lei do Orçamento de Estado*”, e, portanto, excluída do âmbito da jurisdição administrativa por força do artigo 4, n.º 2, alínea “a”, do ETAF.<sup>193</sup>

Como visto, de um lado há quem perceba o ato político como sinónimo de ato administrativo, e, de outro, como ato autónomo, atraindo uma necessária distinção quanto à sua natureza jurídica. Entretanto, não deixando de olvidar os posicionamentos dissonantes, é diante da vasta gama de conceitos e características atribuíveis ao ato político – em contraposto com o ato administrativo – que se julga possível identificar importantes

---

<sup>191</sup> SCHÄFER, Jairo Gilberto. *O problema... Op. Cit.*, p. 90.

<sup>192</sup> SCHÄFER, Jairo Gilberto. *O problema... Op. Cit.*, p. 90.

<sup>193</sup> [http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/b35646d82ea2e991802577ee0051974a?OpenDocument&ExpandSection=1#\\_Section1](http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/b35646d82ea2e991802577ee0051974a?OpenDocument&ExpandSection=1#_Section1). Acesso em: 18/03/2021.

diferenças, não apenas em seus conceitos, mas também em relação ao plano prático e jurídico em que estão inseridos.

Ainda, o suprassumo dos posicionamentos até então expostos acaba por demonstrar um aparente confronto em relação ao conceito e definição do ato político. Neste turno, para perquirir a sua verdadeira natureza jurídica, é certo que se mostra necessário esmiuçar o conteúdo essencialmente *discricionário* contido em sua gênese, eis que presente como característica marcante do ato político.

### 3.2. Do conteúdo essencialmente discricionário imbuído no ato político

Como cediço, o ato *discricionário* é aquele que guarda consigo uma certa margem de conformação, cujo editor decidirá o mérito de acordo com critérios de *oportunidade* e *conveniência*. É usualmente contraposto ao ato vinculado, que é baseado em lei e não deixa tamanha margem de apreciação àquele que praticará o ato.<sup>194</sup>

Nesse diapasão, a maestria de Vieira de Andrade nos recorda que até mesmo a discricionariedade administrativa guarda importantes laços com aquilo que está disposto na lei, e que “*a discricionariedade não é livre e se exerce sempre para alcançar o fim legalmente estabelecido*”.<sup>195</sup> Não deve ser confundida – como recorda o festejado doutrinador – com *autonomia privada*, ao passo que, enquanto a atuação pública segue o raciocínio “*aquilo que não for permitido, é proibido*”, na seara privada, “*aquilo que não é proibido, é permitido*”.<sup>196</sup>

A doutrina de Marcello Caetano segue uma linha de pensamento muito parecida, classificando a discricionariedade administrativa como uma *liberdade de opção* (ou uma *liberdade de escolha*) disposta ao agente competente para praticar o ato, que, inobstante a certa margem que lhe é reservada, deverá agir de forma ajustada ao interesse público.<sup>197</sup> A

---

<sup>194</sup> A obra de Maria Sylvania Di Pietro (*in Direito Administrativo... Op. Cit.*, 296) leciona que “*No ato vinculado, todos os elementos vêm definidos na lei; no ato discricionário, alguns elementos vêm definidos na lei, com precisão, e outros são deixados à decisão da Administração, com maior ou menor liberdade de apreciação da oportunidade e conveniência.*”

<sup>195</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. Lições de Direito Administrativo, 5ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017. p. 54

<sup>196</sup> A belíssima construção das frases aqui relacionadas consta da obra de José Carlos Vieira de Andrade, *in* Lições de Direito Administrativo... *Op. Cit.*, p. 55.

<sup>197</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. 10ª ed., 10ª reimp., rev. e actualiz. por Diogo Freitas do Amaral, Coimbra: Almedina, 2015, p. 214-216.

sua opinião coaduna – inclusive com expressa menção – com a obra de Queiró, que faz uma precisa conceituação daquilo que se entente por *poder discricionário*<sup>198</sup>, deixando claro que a margem disposta ao agente não é uma *deficiência na formulação* da lei, mas uma proposital concessão, por parte do legislador, do “*encargo de eleger a medida ou procedimento mais idóneo à persecução de uma finalidade pública (...)*”.<sup>199</sup>

Portanto, não se está diante de um livro aberto e sem rumos, mas específica delimitação do *munus* público em um regime democrático.

A discricionariedade, que, como nos lembra Queiró, já foi chamada de *quaestio diabolica* pelos estudiosos dedicados ao Direito Administrativo (e que guarda traços controvertidos até os dias de hoje), tem o seu fundamento na própria essência da administração enquanto incumbida de dirigir a máquina pública. A sua justificação é orquestrada por critérios jurídicos e práticos. Jurídico: por embasamento ao plano *kelseniano* de organização do Direito em degraus, sendo a discricionariedade o fluido de ligação entre os diferentes patamares do ordenamento jurídico. E também prático: pois evita o automatismo, sendo certo que “*a dinâmica do interesse público exige flexibilidade de atuação, com a qual revelar-se incompatível o moroso procedimento de elaboração das leis.*”.<sup>200</sup>

Como se observa, o fundamento jurídico está sempre presente na essência do poder discricionário. Quanto ao critério prático, este lhe serve como uma espécie de *ferramenta de simbiose* entre a realidade em que está inserida a máquina pública – muitas vezes morosa e com procedimentos burocráticos de extensa duração – e o ordenamento que lhe impõe regras céleres para o seu adequado funcionamento.

E, diante de tais argumentos, parece correto afirmar que a discricionariedade é necessária para o bom funcionamento da máquina pública.

---

<sup>198</sup> Nos próprios termos do professor Afonso Rodrigues Queiró: “*O poder discricionário é concebido, entre nós, como uma certa margem de liberdade, concebida deliberadamente pelo legislador à Administração, a fim de que esta escolha o comportamento mais adequado para a realização de um determinado fim público.*”. In *Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas*, Sep. de “Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra”, vol. 41, Coimbra: 1966, p. 6.

<sup>199</sup> QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Os limites do poder discricionário... Op. Cit.*, p. 7.

<sup>200</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo... Op. Cit.*, p. 292.

Relate-se, outrossim, que não apenas à Administração (*stricto sensu*) é admitido agir de forma discricionária, mas também àqueles agentes cuja margem de escolha foi consubstanciada na lei, nomeadamente os atos governamentais.<sup>201</sup> E nesse ponto, o conceito de *ato político* enraizado pela doutrina de Hely Lopes Meirelles sintetiza com maestria a sua essência discricionária, senão vejamos, em trecho de sua obra que merece coletânea:

*“Atos políticos são os que, praticados por agentes do Governo, no uso de competência constitucional, se fundam na ampla liberdade de apreciação da conveniência ou oportunidade de sua realização, sem se aterem a critérios jurídicos preestabelecidos. São atos governamentais por excelência, e não apenas de administração. São atos de condução dos negócios públicos, e não simplesmente de execução de serviços públicos.”*<sup>202</sup>

Dessa forma, ao decidir discricionariamente, o agente estatal tem em seu leque de opções a admissão de uma certa margem de apreciação, tomando a decisão conforme os parâmetros que julgar oportuno e conveniente. Ainda: parece correto afirmar que a discricionariedade admitida aos agentes públicos decorre de margem conferida pela própria lei, ou, ao menos, no caso dos *atos políticos*, pela própria Constituição. Tal previsão assegura uma liberdade de escolha, de forma a legitimar a decisão adotada. E tal agir, de forma compromissada e legitimada pela própria Carta Magna, confere relevo e brilho ao ato político por excelência, caracterizando-o como ferramenta essencial ao Estado Democrático. Diga-se, pois, que a este decisor é confiada uma função de especial relevância, ou seja, é investido democraticamente conforme os moldes do Direito hodierno.

Entretanto, embora guarde em seu bojo uma semântica aberta no tocante à sua criação, é certo que a decisão discricionária deve ser *motivada* e seguir uma lógica que coadune com a vontade popular. Nesse diapasão é de profunda significância os dizeres de Eduardo Garcia de Enterría, para o qual “(...) a motivação não se cumpre com qualquer

---

<sup>201</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro... Op. Cit.*, p. 849.

<sup>202</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo... Op. Cit.*, p. 849. Em sentido muito próximo apontou o Supremo Tribunal Administrativo de Portugal, em julgado no ano de 2007 (processo nº 0477/07), cuja parte da ementa assim condensou: “*Actos políticos são actos dos órgãos superiores do Estado, próprios da função política ou de Governo, relativos à definição dos interesses ou fins primaciais do Estado.*”. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/-/93AA0F470AE002258025738D005384CE>. Acesso em: 29/04/2021.

*fórmula convencional: pelo contrário, a motivação tem de ser suficiente, isto é, há de conferir razão plena ao processo lógico e jurídico que fundou a decisão.*<sup>203</sup>

Se, de um lado, o ato vinculado – que decorre e reflete a vontade do produto realizado pelo legislador – necessita de motivação, por outro, é igualmente exigível que o ato discricionário conte com uma adequada fundamentação quanto aos motivos que levaram à sua edição. Diga-se, com a devida vênia, que, por guardar uma menor proximidade com o produto legislativo positivado, o ato discricionário deve ser motivado de forma especial, com vistas ao Estado Democrático de Direito e à condução adequada das políticas públicas do Estado. Nesse norte, Alexandre Aragão, ao discorrer sobre os atos discricionários, infere que “*O que importa é que a motivação (e a sua publicidade) seja suficiente para possibilitar o controle sobre o ato e o debate sobre o seu conteúdo*”.<sup>204</sup>

E, diante do exposto, é possível afirmar que o ato discricionário encontra limites específicos, legais e constitucionais, a exemplo dos princípios da *proibição de excesso*, da *exigibilidade*, e da *proporcionalidade*.<sup>205</sup>

De qualquer sorte, Jorge Miranda exprime que alguns atos – notadamente praticados em âmbito da Constituição lusitana – dispensam específica fundamentação, dando como espécies: o veto político dos decretos do Governo; A rejeição do programa de Governo; O pedido de voto de confiança do Governo à Assembleia da República; A moção de censura ao Governo; Os requerimentos de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade das normas jurídicas e de fiscalização de inconstitucionalidade por omissão.<sup>206</sup>

Em tal contexto, e, não obstante todas as exposições *a quo*, é notório que o ato político guarda em sua essência uma determinada carga de discricionariedade que lhe é inerente, conferindo aos integrantes da *cúpula diretiva do país*<sup>207</sup> uma série de atribuições políticas que darão aplicabilidade aos termos da Constituição. E nesse sentido, Fernando Alves Correia condensa com primazia os elementos que caracterizam os *atos políticos* de acordo com as concepções doutrinárias de Portugal, e o faz em referência a um dos maiores

---

<sup>203</sup> ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *Curso de Derecho Administrativo... Op. Cit.*, p. 555. Tradução própria.

<sup>204</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo... Op. Cit.*, p. 185.

<sup>205</sup> Para aprofundamento e comentários sobre os princípios aplicáveis ao ato administrativo: CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional... Op. Cit.*, p. 734-735.

<sup>206</sup> MIRANDA, Jorge. *Revisitando os atos de governo... Op. Cit.*, p. 492 e seguintes.

<sup>207</sup> O termo em questão foi vincado por José dos Santos Carvalho Filho (*in Manual de Direito Administrativo... Op. Cit.*, p.571) ao referenciar o ato político como distinto em relação aos atos administrativos.

estudiosos do tema (A. Rodrigues Queiró) afirmando que se tratam de atos que *decorrem diretamente da Constituição* e os seus conseqüentários.<sup>208</sup>

Portanto, em princípio, o ato político, discricionário por excelência, guarda em seu bojo uma grande margem de apreciação e conveniência, podendo ou não ser praticado, sendo que o seu desempenho irá depender do bom alvitre daquele a quem a Constituição confiou tal liberalidade.

De mais a mais, em fiel observação ao aparato doutrinário exposto, não é demais recordar a lição de Queiró – cuja obra afirma com veemência que a inimpugnabilidade judicial dos atos de governo não decorre somente de seu forte teor discricionário.<sup>209</sup> De onde viria, então, o afastamento do controle judicial dos atos políticos? Ainda, questiona-se: por qual motivo seria adequado admitir que o Poder Judiciário cogite o desacerto de uma decisão tomada em âmbito de ato político? Afinal, diante do forte teor discricionário contido em sua essência, os atos políticos são insuscetíveis de controle judicial?

A resposta da questão em tela não é tão simples, pois adentra na seara de importantes fundamentos de nosso atual Estado Democrático, a exemplo – e principalmente – da teoria orquestrada por Montesquieu e denominada *tripartição dos poderes*.<sup>210</sup>

Nesse diapasão, um adequado ensaio pode restar consubstanciado no julgamento do acórdão nº 195/94 do Tribunal Constitucional português, cuja fundamentação revela diversos pontos salientes, e que, obviamente, fazem merecer o devido aprofundamento.

---

<sup>208</sup> Ademais, por tratar o tema de forma precisa e bem condensada, transcreve-se os seus ensinamentos, *ipsis literis*, nomeadamente a parte em que se refere aos atos políticos como “*volições primárias (e, por isso, situadas ao mesmo nível dos atos legislativos), provenientes de um órgão de soberania ou de um ‘órgão supremo do Estado’, de natureza individual e concreta (sendo, ao nível do seu conteúdo, semelhantes aos atos administrativos), as quais representam o exercício de faculdades diretamente conferidas pela Constituição, sem sujeição à lei ordinária, fora, portanto, de qualquer propósito de traduzir, no que respeita ao seu conteúdo, uma atuação concreta, uma volição prévia do legislador ordinário – não estão sujeitos ao controlo da constitucionalidade arquitetado para as normas jurídicas.*” CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional... Op. Cit.* p. 215. Veja-se, com olhos atentos para a última parte da citação acima colacionada, que a doutrina portuguesa demonstra ponderar de forma contrária ao controle de constitucionalidade dos atos políticos. De qualquer modo, o tópico será esmiuçado mais a fundo no próximo capítulo deste estudo.

<sup>209</sup> QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Actos de Governo e Contencioso de Anulação... Op. Cit.*, p.9.

<sup>210</sup> Sobre o tema, Carlo Esposito ponderou sobre os diversos pontos de vista (elencando-os como teses) que cercam a interação da teoria da separação dos poderes e a atividade legislativa e jurisdicional. Para estudos sobre o tema em específico: *La validita delle leggi: studio sui limiti della potesta legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*. Padova: CEDAM, 1934 p. 32 e seguintes)

### 3.3. Da análise do Acórdão n° 195/94 do Tribunal Constitucional Português

O acórdão n° 195/94, julgado perante a 2ª Seção do Tribunal Constitucional português e cuja relatoria foi incumbida ao então Conselheiro Fernando Alves Correia, mergulhou no tema em espeque, trazendo elucidações jurisprudenciais que valem ouro para a pesquisa aqui empreendida.

O *decisum* tratou de versar sobre mérito inerente à Resolução n° 19/93, da Assembleia da República, onde parte de seu teor foi reputada inconstitucional por um Juiz do Tribunal de Instrução Criminal de Lisboa. A decisão vergastada ascendeu ao Tribunal Constitucional, onde, dentre outros méritos, estava em voga a *questão prévia* sobre percussão que muito nos interessa: analisar se a Resolução n° 19/93 poderia ser considerada *ato político*, ou configurava o conceito de "norma" referido na alínea a) do n° 1 do artigo 281º da Constituição portuguesa.<sup>211</sup> Direto ao ponto, na fundamentação decisória restou consubstanciado que a Resolução em questão (praticada ao abrigo do artigo 181º da Constituição portuguesa) é ato político, desprovido de carácter normativo, e, portanto, não suscetível de análise judicial sobre a sua possível inconstitucionalidade.<sup>212</sup>

Como se vê, a orientação seguida pelo Tribunal Constitucional português é clara e objetiva, afirmando que os atos políticos não são passíveis de controle judicial, nomeadamente pelo órgão máximo constitucional lusitano. E assim o faz por respeito ao entendimento consolidado naquela corte, segundo o qual os atos políticos em sentido estrito (e que não guardem carga normativa em seu teor) não podem ser objeto de apreciação do Tribunal Constitucional por não corresponderem à noção de ato normativo.

De qualquer modo, não obstante o posicionamento em deslinde, é certo afirmar que a viabilidade de controle jurisdicional dos atos políticos é largamente discutida na doutrina.

---

<sup>211</sup> Dentre a pauta de discussões estavam outros méritos, os quais não revertem em conteúdo imediatamente relacionado ao estudo aqui empreendido, motivo pelo qual serão deixados à margem das conclusões expostas.

<sup>212</sup> Nesse sentido, é oportuna a transcrição de parte do julgado, *in verbis*: “Apurado que a Resolução da Assembleia da República n° 19/93 constitui um acto político daquele órgão de soberania e adquirido que, no ordenamento jurídico português, o controlo jurisdicional de constitucionalidade apenas abrange os actos normativos, (cfr. os artigos 207º e 277º a 283º da Constituição), tem de concluir-se que aquela Resolução não é susceptível de integrar o objecto do presente recurso de constitucionalidade.”. Acórdão 195/94, processo n° 478/93. Relator Fernando Alves Correia. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940195.html>. Acesso em: 09 dez 2020.

E tal celeuma se trava tanto no Brasil como em Portugal, havendo argumentos plausíveis de ambos os lados.<sup>213</sup>

### 3.4. Do posicionamento quanto ao tema no Brasil

De fato, a maior parte da ciência jurídica brasileira consubstanciada nas obras contemporâneas tende a admitir a limitação da atuação estatal em âmbito dos atos políticos através de sua controlabilidade pelo Poder Judiciário. Elege-se como o principal alicerce deste posicionamento aquilo que está contido no inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal brasileira, qual seja, a noção de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.<sup>214</sup> Outrossim, a exemplo da aplicação prática do mencionado inciso, diante de tal comando constitucional ainda é vedado impor o esgotamento da via administrativa para que se possa acionar o Judiciário.<sup>215</sup> É que, segundo o entendimento dos simpatizantes desta corrente, a exemplo da obra de Alexandre Aragão, em se tratando de um ordenamento jurídico que esteja embasado no Estado Democrático – imbuído de garantias fundamentais de acesso à justiça, em princípio não há que se afastar do Judiciário a apreciação de qualquer ato praticado pelo Poder Público.<sup>216</sup> Nesse sentido também aponta Enterría, para o qual “*seja qual for o fim com que se implemente o poder administrativo, este está sempre adstrito ao Direito, como bem sabemos, e portanto, o juiz pode e deve fiscalizar seu exercício*”.<sup>217</sup>

---

<sup>213</sup> Nesse sentido já certificou Celso Antônio Bandeira de Mello, afirmando que “(...) atribuímos à noção de ato político ou de governo relevância totalmente diversa da que lhe é conferida pela doutrina europeia. Esta os concebe para efeitos de qualificá-los como atos insuscetíveis de controle jurisdicional, entendimento que repelimos de modo absoluto e que não se coadunaria com o Texto Constitucional brasileiro, notadamente com o art. 52, XXXV.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo... Op. Cit.*, p. 392.

<sup>214</sup> Nesse sentido, MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro... Op. Cit.*, p. 849. Ainda, conforme já indicado na nota *retro*: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo... Op. Cit.*, p. 392. Ainda, no que toca especificamente ao tema da importância fundamental que deve ser dispensada ao referido princípio constitucional, Mauro Capeletti assevera que o direito ao efetivo acesso à justiça pode ser encarado como condição fundamental em “(...) um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.” CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 11-12.

<sup>215</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo... Op. Cit.*, p. 1.134.

<sup>216</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo... Op. Cit.*, p. 84.

<sup>217</sup> Tradução própria. Ao abordar o aspecto histórico do mérito *sub judice*, o autor ainda explica que “*La doctrina del acto político, segundo lo expuesto, era así inútil; en su acepción histórica genuina quedó ya superada y aun contradicha por la Constitución; en cuanto explicación de la injusticiabilidad de los actos de relaciones internacionales o de relaciones con las Cortes, la doctrina resultaba innecesaria.*” ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *Curso de Derecho Administrativo... Op. Cit.*, p. 565.



E nesse turno, Hely Lopes Meirelles sedimenta que a simples invocação da natureza jurídica de ato político não é suficiente para afastar a apreciação judiciária, mas devem ser perquiridos os limites discricionários demarcados ao órgão ou autoridade que os tenha praticado.<sup>218</sup> De fato, parece efervescer na doutrina brasileira que a judicialização dos atos políticos – discricionários por essência – estaria condicionada à verificação de eventual *desvio de poder*, ou de inadequação dos motivos elencados como relevantes na fundamentação (motivação) do ato.<sup>219</sup>

Nesse sentido a lição de Mariano Bacigalupo (citado por Luis Pires) pondera que “a discricionariedade política – isto é, a discricionariedade administrativa dos atos políticos ou de governo – modula a intensidade do controle judicial, mas não o exclui.”<sup>220</sup> E justamente nesse ponto é que a doutrina tendente a admitir essa espécie de controle especial parece convergir, asseverando que o controle judicial do ato político não deve se imiscuir na *avaliação* dos motivos que levaram o agente público ao seu desiderato, mas apenas cogitar os aspectos técnico-constitucionais.<sup>221</sup>

Se, por um lado, a própria Constituição atribuiu natureza discricionária ao ato político, é de se perceber que o fez à vista do prestígio devido do sistema democrático. Como já dito, o ato político é usualmente empreendido pela mais alta cúpula do Poder Executivo, que representa a importante função de gerência de uma nação, investido no cargo de forma democrática e cuja representação é legitimada pelas formas de sufrágio (dentre outros mecanismos). Ademais, aceitar a livre anulação da vontade política consubstanciada no ato em questão seria, no mínimo, situação temerária, contrária aos fundamentos republicanos que dão supedâneo às constituições em estudo. Em melhores termos, no tocante ao fundamento do ato político:

---

<sup>218</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. In *Direito Administrativo Brasileiro... Op. Cit.* p. 849.

<sup>219</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo... Op. Cit.*, p. 300.

<sup>220</sup> In PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle Judicial... Op. Cit.*, p. 274.

<sup>221</sup> Nesse ponto, desde já, cite-se o precedente jurisprudencial do STF exarado no acórdão de julgamento da ADI nº 1.231/DF, cuja ementa revela o seguinte posicionamento: “(...) A anistia é ato político, concedido mediante lei, assim da competência do Congresso e do Chefe do Executivo, correndo por conta destes a avaliação dos critérios de conveniência e oportunidade do ato, sem dispensa, entretanto, do controle judicial, porque pode ocorrer, por exemplo, desvio do poder de legislar ou afronta ao devido processo legal substancial (CF, art. 5º, LIV). IV. - Constitucionalidade da Lei 8.985, de 1995. (...)”. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur92855/false>. Acesso em: 25/01/2021. No mesmo sentido o RMS nº 11.140 (julgado no ano de 1963) admitindo a deflagração de mandado de segurança que discuta a validade de ato político que lesione direito individual.

*“Se o Chefe do Executivo tem, por iniciativa própria, o poder de realizar certos atos independentes de toda a autorização legislativa prévia, é porque recebeu esse poder formalmente da Constituição. Ao conferi-lo, a Constituição dispensou-o da obrigação de esperar os impulsos dos atos legislativos, ou mais exatamente, criou para ele uma certa esfera de atribuições que é precisamente a esfera de governo, na qual ocupa o dito Chefe do Executivo uma posição análoga a do legislador (...)”.*<sup>222</sup>

Não obstante, é assente que o exercício de *poder* aí consubstanciado não deve ser irretocável, blindado às demais esferas de Poder, nomeadamente o Judiciário. Parece crível que o exercício de poder através de um *ato político* poderá se mostrar ilegítimo e merecedor de um freio por parte do Judiciário, principalmente quando desrespeite as normas nucleares da Constituição.

Nesse diapasão, Marcello Caetano, ao comentar sobre a possibilidade de limitação do *poder político* enfatiza que “(...) o *poder político* só é legítimo enquanto prosseguir os fins próprios da sua instituição e respeitar os fins exclusivos de cada pessoa bem como os fins das sociedades primárias, nomeadamente a família”.<sup>223</sup>

Pois bem.

### *3.4.1. Da jurisprudência brasileira quanto ao controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos políticos*

Analisadas as questões preambulares, ainda é necessário ressaltar o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal brasileiro quanto à admissibilidade do controle de constitucionalidade dos chamados atos políticos.

---

<sup>222</sup> MALBERG, Raymond Carré de. *Contribution à la théorie générale de l'Etat spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Paris: Éditions Sirey, 1922, p. 527. A citação acima transcrita (inclusive a sua tradução) foi extraída do voto exarado pelo Min. Ricardo Lewandowski quando do julgamento da Petição Avulsa na extradição 1.085, do Supremo Tribunal Federal Brasileiro. A íntegra do voto se encontra disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ext1085RL.pdf>. Acesso em: 09/02/2021.

<sup>223</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. 6ª ed. rev. e ampliada, 7ª reimp. Coimbra: Almedina, 2015. p. 303.

Diante do contexto já visitado, se mostra oportuno iniciar a abordagem pela decisão do STF no ano de 1897, em referência da então chamada Apelação Cível nº 216, que tratava especificamente do controle de constitucionalidade dos atos parlamentares – nesse caso, uma lei de anistia. No acórdão, a maioria dos ministros julgou possível a fiscalização da constitucionalidade das leis (algo que naquele momento ainda era alvo de árdua discussão, haja vista a falta de previsão específica na Constituição vigente à época), mas inadmitiu a competência daquela Suprema Corte para o julgamento das questões políticas do Congresso Nacional – como é o caso da edição de uma lei de anistia. Como principal fundamento para a conclusão em comento, foi delineada uma ponderada contextualização do julgamento do caso em relação com a teoria da separação dos poderes, sustentáculo da harmonia esperada entre os poderes em uma união democrática federativa.<sup>224</sup> Segundo a maioria dos julgadores, a intromissão do Judiciário nas questões políticas atinentes ao Poder Legislativo entraria em detrimento da independência dos Três Poderes, representando movimento contrário àquilo que estabelecido na Constituição.

Optaram, assim, pela improcedência da ação proposta, apontando que o descompasso eventualmente prospectado das decisões políticas deveria – em referência nos ensinamentos de Auguste Carlier – ser remediado através do voto democraticamente assegurado “nas eleições periódicas do Congresso, em que o povo terá ocasião de demonstrar a sua reprovação (...)”.<sup>225</sup>

De outro norte, no mesmo julgado está presente a discordância do saudoso ministro Figueiredo Junior, que faz interpretação diferente à luz do caso concreto delineado nos autos. Em sua concepção, o caráter político da discutida lei de anistia não poderia legitimar ofensas

---

<sup>224</sup> O acórdão em apreço foi exemplarmente comentado por Dimitri Dimoulis *et al* (in *Curso de Processo Constitucional... Ob. Cit., n.p.*) e em sua obra encontra-se transcrita parte do acórdão que faz menção direta a esse balizamento. Vejamos a transcrição *ipsis literis* de seu texto, *in verbis*: “Considerando que não podem opor a esta doutrina que, aliás, repousa na independência dos órgãos da soberania nacional, os abusos que porventura se dariam no exercício dos poderes políticos; porque, como muito bem observa Auguste Carlier, o remédio para essas eventualidades estará nas eleições periódicas do Congresso, em que o povo terá ocasião de demonstrar a sua reprovação, mas nunca, o que seria um grande perigo, em autorizar aos magistrados, em assunto que afeta diretamente a Nação, a substituir pelas suas impressões individuais o pensamento que atuou no ânimo do legislador na elaboração da lei (*La République Americaine*). [...] considerando que, se o Poder Judiciário, ultrapassando os limites de sua esfera, procedesse de modo contrário, a decisão que proferisse tomaria o aspecto agressivo de veto judiciário oposto à vontade das duas câmaras e isto em detrimento da coexistência harmônica dos poderes, tão indispensável à marcha regular das instituições democráticas.”.

<sup>225</sup> Conforme referência acima colacionada.

ao direito individual de seus beneficiários, afirmando, assim, que eventuais transgressões do ato vergastado, podem (e devem) ser alvo da devida apreciação em uma ação judicial.

Com efeito, apesar do transcurso de mais de cem anos do julgado em questão, é interessante perceber que os votos colacionados no acórdão fazem um preciso balisamento de seu julgar com relação ao posicionamento adotado pela Suprema Corte norte-americana, que, àquela época, já declarava abertamente pelo não cabimento do controle judicial dos atos discricionários praticados pelo Executivo e o Legislativo, com exceção àqueles atos que ofendessem os direitos individuais.<sup>226</sup>

Não obstante, o entendimento esboçado naquela ação centenária permanece vigente até os dias de hoje, máxime nas votações mais recentes do Supremo Tribunal Federal brasileiro, a exemplo do julgamento da ADPF nº 1, do Rio de Janeiro, no ano de 2003 e já sob os olhos da Constituição Federal de 1988.<sup>227</sup> No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de origem carioca, discutia-se a constitucionalidade de veto aportado pelo prefeito do Rio de Janeiro, que negou prosseguimento a determinados artigos do Projeto de Lei nº 1.713/99, cujos versos tratavam sobre um tributo municipal. Ao final, calçado no voto do relator ministro Néri da Silveira, o aresto deixou de conhecer do mérito por considerar que a natureza da discussão era eminentemente política, que, segundo a fundamentação esboçada, não está sujeita ao escrutínio do Poder Judiciário.

Revela-se, de forma clara e evidente, que, de acordo com o atual entendimento do STF, a identificação da natureza política na essência do ato elencado como *coator*, acaba por gerar a obstaculização do conhecimento do mérito levado ao controle judicial. De acordo com o esboço apresentado, conhecer do mérito e perquirir a constitucionalidade dos atos políticos (ou de governo, conforme expressão amplamente utilizada pelo Supremo brasileiro) acabaria por ferir a independência dos poderes.

---

<sup>226</sup> VELLOSO, Carlos Mário Da Silva. *O controle do devido processo legislativo... Op. Cit.*, p. 274.

<sup>227</sup> Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=348389>. Acesso em: 16/12/2020.

Em caso ainda mais recente – e que ganhou grande relevo na mídia nacional brasileira – o julgamento da Reclamação nº 11.243, da República Italiana<sup>228</sup>, do ano de 2011, cuja relatoria foi incumbência do ministro Gilmar Mendes, acabou por demonstrar a divergência de opiniões quanto à sindicabilidade dos atos políticos em âmbito do controle de constitucionalidade. Trata-se de um dos diversos julgamentos realizados pela corte constitucional brasileira sobre o caso Cesare Battisti, cuja extradição foi solicitada pelo governo Italiano após diversas condenações na justiça daquele país. Em um primeiro momento, a extradição foi admitida pelo Supremo Tribunal Federal (consoante art. 102, I, g da CRFB/88), que, porém, determinou expressamente que a última palavra sobre a entrega do estrangeiro caberia ao Presidente da República. Este, por sua vez, negou a extradição sob o argumento de que – dada a sua condição política pessoal – existiam ponderáveis indícios de que a situação do extraditando poderia ser agravada em seu país de origem.

Após tal desiderato, restou protocolada pela República Italiana a referida reclamação, que, dentre outros itens elencados em seu petitório, impugnou o ato presidencial que negou a extradição, requerendo a sua derradeira entrega para início ao cumprimento das penas.

Pois bem. Dentre outros tantos tópicos importantes versados no catedrático acórdão, ponto crucial a ser analisado corresponde a um dos méritos então discutidos, qual seja, o caráter político do ato extradicional e a sua apreciabilidade a controle jurisdicional. Direto ao ponto, é necessário estabelecer a premissa inicial de que, para aquele tribunal superior: *“O juízo referente ao pedido extradicional é conferido ao “Presidente da República, com apoio em juízo discricionário, de caráter eminentemente político, fundado em razões de oportunidade, de conveniência e/ou de utilidade (...) na condição de Chefe de Estado”*.<sup>229</sup> Nesse sentido, ponderou que a questão em voga (de entrega de extraditando) é ato de soberania nacional, com resultados alastrados ao plano internacional, calcado no artigo 1º da CRFB.

---

<sup>228</sup> Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1495257>. Acesso em: 16/12/2020.

<sup>229</sup> Texto extraído da ementa do acórdão do julgamento em questão, com referência ao voto exarado pelo Ministro Relator Celso de Mello na Extradicação nº 855, DJ de 1º.7.2006.

Após a formação dessas premissas, dando conta de que, de fato, o ato conferido ao Presidente da República é imbuído de natureza eminentemente política, aquele tribunal sedimentou entendimento de que não compete ao Judiciário rever o mérito da decisão presidencial enquanto no exercício da soberania do país, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes – consubstanciado no artigo 2º da CRFB/88. De tal conclusão a ação não foi conhecida, mantendo-se incólume a decisão presidencial de não extraditar o italiano Cesare Battisti.<sup>230</sup>

Como se vê, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro parece manter incólume o secular posicionamento da casa ao julgar pela insindicabilidade do ato político (ou de governo) ao crivo jurisdicional. Como parâmetro, além de outras razões de decidir, elenca-se como principal argumento a teoria da separação dos poderes. Essa conclusão foi claramente exarada no voto do Min. Ricardo Lewandowski, quando do julgamento da Petição Avulsa na Extradicação nº 1.085, que se referia ao mesmo caso Battisti. Ao referir Laubadère, o ministro inclinou o seu voto para a não sindicabilidade dos atos políticos perante os tribunais, os quais, inclusive e segundo consta, devem rejeitar estas ações de plano.<sup>231</sup>

Entretanto, do que resta dizer, é oportuno mencionar que o entendimento em tela não é uníssono, sendo combatido por diversos votos no decorrer dos casos que foram apreciados naquela corte constitucional, a exemplo do voto comentado em nota de rodapé anteriormente.<sup>232</sup> Dessa forma, atento aos posicionamentos em voga, é latente que boa parte da doutrina acaba por admitir tal espécie de controle em certas ocasiões, principalmente aquando da transgressão de direitos fundamentais.

---

<sup>230</sup> Mencione-se, outrossim, que restou vencido o voto do relator Min. Gilmar Mendes, que ponderou pela admissibilidade do recurso e julgou a demanda procedente para desconstituir o ato presidencial e determinar a consequente entrega do extraditando ao país requerente.

<sup>231</sup> A referência apontada pelo Min. Lewandowsk encontra-se em: LAUBADÈRE, André de. *Manuel de Droit Administratif*. 9. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1974. p. 92. O voto e acórdão da Petição Avulsa nº 1.085 encontra-se disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630001>. Acesso em: 17/12/2020.

<sup>232</sup> Nesse sentido aponta o voto proferido por Carlos Mário da Silva Velloso quando do julgamento da Questão de Ordem do MS 21.564-DF, estabelecendo o seguinte: “*onde houver a alegação no sentido de que um direito subjetivo, público ou privado, está sendo violado, lá estará o juiz para curar a lesão. É certo que há atos de natureza puramente política, tanto do Congresso quanto do Executivo, que estão imunes ao controle judicial. Todavia - a lição é velha, mas é atual, é do maior constitucionalista brasileiro, é de Rui - a violação de garantias individuais, perpetrada à sombra de funções políticas, não é imune à ação dos tribunais.*”. VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *O Controle do devido processo legislativo... Op. Cit.*, p. 274.

## CAPÍTULO 4: DA (IN)ADMISSIBILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS POLÍTICOS

A questão da controlabilidade judicial dos atos políticos parece efervecer nos dias atuais, principalmente diante do atual cenário político controvertido pelo qual passa o Brasil, cuja polarização das esferas de poder é palco de intensas disputas, abrindo alas para o surgimento de organizações cujo principal pilar se escora em um discurso extremista. Sobre o tema, Samuel Issacharoff cuida de chamar a atenção para a necessária delineação de métodos jurídicos que cuidem de prevenir esta espécie de “armadilha” criada pela intolerância, nomeadamente para evitar que grupos que perfilhem manifestações extremistas possam tomar lugar no jogo democrático.<sup>233</sup> De fato, à sombra do que vivenciado na história europeia (principalmente na Alemanha e Itália nos idos da segunda-guerra mundial) consta da própria Constituição portuguesa a proibição de “(...) organizações racistas ou que perfilhem a ideologia fascista”<sup>234</sup>. Não por acaso, uma das funções confiadas ao Tribunal Constitucional português é especialmente orquestrada para essa questão, nos exatos termos do artigo 10º da Lei do Tribunal Constitucional, podendo, inclusive, decretar a extinção destas organizações.<sup>235</sup>

A situação ganhou ainda mais holofotes com o advento da atual pandemia causada pelo *coronavirus*, onde o judiciário serve como palco para os principais entraves e questionamentos que repousam sobre as políticas públicas implementadas pelos governos que buscam fazer frente à doença. Aliás, não é demais afirmar que uma boa parte do globo se vê diante de polarizações exacerbadas, que são potencializadas por disputas políticas de posições cada vez mais antagônicas, fazendo democracias sólidas titubiarem diante de tamanha turbulência no cenário institucional.

Entretanto, o mérito *in loco* remonta concepções antigas e não apenas aquelas afetas ao Direito hodierno. De tal sorte, inclusive, a questão em voga era prevista expressamente

---

<sup>233</sup> ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile Democracies*. Harvard Law Review. Vol. 20, n. 6, 2007, p.1407-1466.

<sup>234</sup> Artigo 46, nº4, da CRP.

<sup>235</sup> Ainda sobre a questão em pauta, e, de modo a contextualizar a crise política vivenciada nas democracias do Brasil, Índia, Polônia, Estados Unidos da América e outros países, ver: CAROTHERS, Thomas. O'DONOHUE, Andrew. *Democracies Divided: The Global Challenge of Political Polarization*, Brookings Institution Press, Washington, D.C., 2019. Sobre a temática pertinente ao Brasil, conferir as páginas 228–254.

nas constituições brasileiras de 1934 e 1937, nos artigos 68<sup>236</sup> e 94, respectivamente, cujo teor proibia a apreciação de atos exclusivamente políticos por parte do Poder Judiciário.

Atualmente, como se sabe, a Constituição brasileira de 1988 restou silente, abrindo larga margem de discussão sobre o tema. Por evidente, a discussão que se trava a respeito da judicialização dos atos políticos encontra duas vertentes distintas, as quais apontam em diferentes direções, pelo que se inicia a exploração de seus principais sustentáculos.

#### *4.1. Do cotejo quanto à admissão do controle de constitucionalidade dos atos políticos*

Antes de adentrar nas minúcias atreladas ao tema em espeque, é necessário esclarecer que o controle de legitimidade ou legalidade dos atos administrativos (aqui tratados com natureza jurídica diversa dos atos políticos) é versado por dois principais modelos: de um lado, o sistema da *jurisdição única* (ou sistema inglês); e de outro, o sistema do *contencioso administrativo* (ou sistema francês da dualidade da jurisdição).<sup>237</sup> No Brasil, o modelo predominante é aquele mais próximo à *jurisdição única*, atribuindo ao próprio Judiciário a admissibilidade de controle dos atos administrativos.

Já na Europa, em países como França e Portugal, os atos da Administração Pública são controlados por uma jurisdição própria, administrativa (sistema *contencioso administrativo*) em uma espécie de modelo *dualista*, composta pela justiça comum (particulares) e a justiça administrativa.<sup>238</sup>

Sabe-se que ambos os modelos logram observações positivas e negativas, que vão desde a aconselhável especialização dos juízes presentes no modelo *contencioso administrativo*, que acabam sendo *experts* acostumados aos trâmites da máquina pública, porém, que, de outro lado, acaba gerando conflitos de competência entre as duas jurisdições existentes. Em outro diapasão, o sistema da *jurisdição única* acaba por atrair críticas

---

<sup>236</sup> Que dizia o seguinte: “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.”. A expressão utilizada na Constituição de 1937 foi a mesma, transcrita *ipsis literis* no tomo constitucional da última parte da década de trinta.

<sup>237</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª edição. Salvador: Jus Podvm. 2015. p. 49.

<sup>238</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 192-193.



parecidas, só que de modo inverso, haja vista a possível falta de especialização dos juízes que irão judicar sobre questões administrativas, que, porém, acabam pertencendo a um sistema *uno*, o Judiciário, o que gera menores conflitos de competência.<sup>239</sup>

Apesar da distinção em voga no que tange ao controle dos atos da Administração Pública, o enfoque deste tópico diz respeito ao controle judicial dos atos políticos, motivo pelo qual os modelos anteriormente descritos serão tratados como em uma única esfera, afinal, ambos os modelos contemplam a existência de um Tribunal que guarda a última palavra sobre a constitucionalidade do ordenamento jurídico.

Feitas as necessárias digressões iniciais, e, com olhos atentos ao tema central deste estudo, é momento de se atentar aos principais argumentos lançados na doutrina para ponderar sobre a (in)admissibilidade do controle de constitucionalidade dos atos políticos. Inclusive, alguns autores tendem a chamar tal controle de *controle especial*, ao ponto em que indicam o seu posicionamento para o tópico em deslinde.

Ademais, é denominado *controle especial* para demonstrar a cautela que se deve depositar sobre o tema, haja vista a linha tênue que é balisada pela independência entre os poderes. Afinal, de acordo com José Afonso Carvalho Filho, “*no regime republicano democrático, onde desponta a proteção dos direitos e garantias fundamentais, não se pode conceber atos insucetíveis a controle*”. E finaliza com um texto enfático, afirmando que “*nenhum Poder ou função são tão absolutos que possam estar infensos ao controle judicial. A questão é apenas a da especificidade do controle*”.<sup>240</sup>

Nesse ponto, o autor acima referenciado pondera pela admissibilidade do controle jurisdicional dos atos políticos, inclusive inferindo que (no Brasil) “*a doutrina já se pacificou no sentido de que mesmo tais atos são sujeitos a controle pelo Judiciário quando ofendem direitos individuais ou coletivos (...)*”.<sup>241</sup> Não obstante, apesar da comentada aparente consonância de posicionamentos doutrinários, alguns tópicos merecem a devida minúcia a fim de indagar o real alcance do controle jurisdicional dos atos políticos.

---

<sup>239</sup> Sobre o tema, leia-se artigo de autoria de Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, denominado “*Controle jurisdicional da Administração Pública: Algumas ideias*”, in Revista de Informação Legislativa. Ano 50 Número 199 jul./set. 2013. p. 121-141. Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/199/ril\\_v50\\_n199\\_p121.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/199/ril_v50_n199_p121.pdf)> Acesso em: 14/12/2020.

<sup>240</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo... Op. Cit.*, p. 571.

<sup>241</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo... Op. Cit.* p. 571.

#### 4.2. A doutrina das “political questions”

De fato, não há que se cogitar uma via de fácil acesso para atingir atos praticados por agente público legitimado a decidir politicamente os rumos da nação, eis que o faz em lúdima competência constitucional para a prática de atos governamentais. Aliás, calcado em uma harmônica separação das funções do Estado, é essencial à democracia que se reforce o caráter especial dos atos políticos ou de governo, considerando-os de modo singular, tal e qual são tratados pela doutrina juspublicista.

Nesse ponto, toma forma a doutrina chamada “political questions”, que teve o seu nascimento com o caso *Marbury v. Madison*, mas que foi devidamente articulada hodiernamente no caso *Baker v. Carr*.<sup>242</sup> No primeiro julgado, o *Chief Justice Marshall* deixava claro a total inviabilidade de realizar o escrutínio judicial de questões políticas, afastando por completo a sua apreciação perante a corte que então chefiava.<sup>243</sup> Já neste último julgado, a questão foi amplamente esmiuçada – restando sedimentado que as cortes judiciais devem evitar intervir em questões políticas, a exemplo do encerramento de tratados internacionais e a condução de processo de *impeachment* pelo Senado, sob pena de incorrer em afronta ao princípio da separação dos poderes.<sup>244</sup>

Tal entendimento, adiante-se, acaba por influenciar derradeiramente as decisões americanas em âmbito de sua justiça constitucional até os dias de hoje.<sup>245</sup> Com efeito, Alexandre Bickel enfatiza a importância das questões políticas quando de seu julgamento na

---

<sup>242</sup> FEASBY, Colin *et al.* *Climate Change and the Right to a Healthy Environment in the Canadian Constitution*. Alberta Law Review. Alberta. 2020. p. 227. Disponível em: <https://www.albertalawreview.com/index.php/ALR/article/view/2617/2576>. Acesso em: 14/01/2021. De mais a mais, não se deixa de olvidar certa parte da doutrina que considera que o início do raciocínio voltado às *political questions* tenha se dado em outro país, na Inglaterra, no ano de 1.460. Nesse sentido: HORBACH, Carlos Batiste. *Controle Judicial da Atividade Política: as questões políticas e os atos de governo*, Revista de Informação Legislativa, nº 46, 2009, p. 8.

<sup>243</sup> HORBACH, Carlos Batiste. *Controle Judicial... Op. Cit.* p. 8.

<sup>244</sup> FEASBY, Colin *et al.* *Climate Change... Op. Cit.* p. 227.

<sup>245</sup> Nesse sentido, Carlos Batiste Horbach exemplifica: “Recentemente, em 2006, a Corte de Apelação para o Circuito do Distrito de Columbia não conheceu de pedido formulado por habitantes das Ilhas Chagos, no Oceano Índico, retirados de seu local tradicional de moradia por força da construção de uma base militar americana. Entendeu-se que a discussão envolvia a segurança nacional e as relações internacionais, questões políticas não passíveis de apreciação judicial, nos moldes de *Baker v. Carr*.” In HORBACH, Carlos Batiste. *Controle Judicial... Op. Cit.* p. 9-10.

*Supreme Court* americana, realçando-as como uma espécie de suprassumo das questões que tocam a *competência judicial* deste Tribunal.<sup>246</sup>

Entretanto, se considerada plenamente válida a aludida doutrina norte americana, é certo que, embora as questões políticas guardem especial relevo no que toca ao seu papel na confluência dos poderes do Estado, parece não ser tão confortável conceber que o seu empenho seja *totalmente irrestrito*.<sup>247</sup> Nesta seara, a doutrina de Mark Tushnet indica o Congresso americano como exemplo, apontando que a interpretação da Constituição por parte do Legislativo deve ser feita de modo a exprimir o seu preciso significado, resultando em uma troca harmônica e que reverte no diálogo entre os poderes do Estado.<sup>248</sup>

Uma Constituição é uma obra deliberadamente genérica<sup>249</sup>, um livro aberto, e que, como cediço, necessita de um olhar cuidadoso do leitor. A busca do alcance e aplicação das normas constitucionais exige detida interpretação de seu conteúdo em contraposição com toda a sua magnitude. Veja-se, nessa esteira, que é usual a denominação “intérprete” destinada àquele jurista chamado a aplicar a Constituição. Em corolário lógico, não é demais consignar que a própria Constituição portuguesa propõe que “*os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem*”<sup>250</sup>, admitindo expressamente eventual influência interpretativa das regras contidas em seu texto.

Afinal, como cediço, via de regra, a aplicação literal do texto constitucional é modo inadequado de cumprir com o seu objetivo precípua. Conforme expõe Zagrebelsky, o ordenamento jurídico constitucional nem sempre está apto a fornecer uma única resposta à

---

<sup>246</sup> BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court At the Bar of Politics*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1962, p. 183-184

<sup>247</sup> TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton University Press. 2008. p. 83. De mais a mais, conforme já advertiu Waluchow, as constituições que dão supedâneo a regimes democráticos tratam de incluir não apenas limites constitucionais aos poderes do governo, mas também limites de natureza diversa (WALUCHOW, Wil J. *A Common Law Theory... Op. Cit.*, p. 30), a exemplo do caso prático em tela.

<sup>248</sup> TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights... Op. Cit.*, 83.

<sup>249</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. 2 ed. Osasco. EdiFEO, 2015. p. 22.

<sup>250</sup> Conforme previsão constante no nº2 do Artigo 16 da Constituição da República Portuguesa.

solução do caso concreto, havendo uma verdadeira multiplicidade de caminhos a serem seguidos pelo julgador.<sup>251</sup>

No que concerne à específica interpretação da Constituição, é imprescindível respeitar pormenores qualitativos, notadamente a sua posição hierárquica superior, a sua força normativa fundada como base de sustentação das demais leis que compõem o ordenamento jurídico, dentre outros. Inclusive, segundo Anna Cândida da Cunha Ferraz, “*a interpretação constitucional é espécie do gênero interpretação jurídica, porém revestida de características e critérios peculiares*”<sup>252</sup>. Propõe a autora, ademais, que a interpretação constitucional deve ser feita com especial atenção ao *elemento político* contido em sua essência, bem como a *tipologia das normas constitucionais*, nomeadamente o seu caráter normativo, que permite a discussão sobre eventual hierarquia de normas constitucionais.<sup>253</sup>

Corroborando tal a assertiva, admite-se indicar plena aceitação da teoria de uma *constituição invisível*, criada por Laurence H. Tribe, e que discorre sobre a existência de todo um aparato interpretativo, invisível, que corresponde àquilo que efetivamente se prospecta da Lei Maior.<sup>254</sup> Ademais, conforme já acentuou Peter Häberle, “*os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.*”<sup>255</sup>

Com olhos atentos a isto, a interpretação da Magna Carta não pode destoar da *alma constitucional*, sob pena de incorrer em descompasso que acarrete na inaceitação do ato público perante a sociedade. Esta sociedade, por seu turno, é parte legítima para aportar críticas aos julgamentos, de modo a fazer o seu próprio escrutínio do sentido de justiça e constitucionalidade depositado no comando judicial. Leia-se: neste ponto, e no que toca ao requisito de *aceitação por parte da comunidade jurídica e política*, deve ser depositada especial relevância à doutrina especializada, notadamente os juristas cuja labuta é detida ao Direito Constitucional. Nessa esteira, ressalta Konrad Hesse que “*(...) compete ao Direito*

---

<sup>251</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. de Marina Gascón. Editorial Trotta. Torino. 1995. p.134.

<sup>252</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais... Op. Cit.* p. 25.

<sup>253</sup> Sobre o assunto, FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais... Op. Cit.* p. 29 e seguintes.

<sup>254</sup> TRIBE, Laurence H. *The invisible Constitution*. New York: Oxford University Press, 2008.

<sup>255</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 13.

*Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung), que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa.*”<sup>256</sup>.

Sobre o tema e olhando com lentes muito assertivas, assevera J. J. Canotilho – e o faz calçado nos ensinamentos de Laurence H. Tribe – que a simples classificação ou rotulação das questões como *questões políticas* não pode resultar na existência de “*questões constitucionais isentas de controlo*”.<sup>257</sup> Com efeito, o autor explora a celeuma sob um ponto de vista interessante: o *princípio da autolimitação judicial* e a *doutrina das questões políticas (judicial self-restraint e political question doctrine)*. A perspectiva orquestrada em sua obra revela que, ao cotejar casos que envolvam *política* em sua essência, a atuação dos juízes deve ser autocontida, disciplinada, ou seja, alvo de uma perícia especial, a fim de não adentrar nas funções confiadas aos governantes, *ex vi* a oportunidade política. E para tanto, não restaria sustentável a total inviabilidade de controle de constitucionalidade dos atos políticos, mas sim a inviabilidade de controle do *mérito político*.<sup>258</sup>

Nesse mesmo diapasão, a doutrina de Jose de Sousa e Brito<sup>259</sup> segue a tese aventada por Dworkin, sedimentando que as questões principiológicas (ou a determinação de direitos aplicáveis ao caso concreto) são melhores resolvidas pelos juízes dos tribunais constitucionais, enquanto a sua escolha e arbítrio quanto à sua aplicabilidade são mais bem selecionadas pelos parlamentares e o governo.<sup>260</sup>

---

<sup>256</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes., Editor Sergio Antonio Fabris. Porto Alegre, 1991, p.27.

<sup>257</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7º ed... *Op. Cit.*, p. 1.309.

<sup>258</sup> Nos termos opostos pelo próprio Autor: “*A jurisdição constitucional tem, em larga medida, como objecto, apreciar a constitucionalidade do ‘político’*. Não significa isto, como é óbvio, que ela se transforme em simples <<jurisdição política>>, pois tem sempre de decidir de acordo com os parâmetros materiais fixados nas normas e princípios da constituição. Consequentemente, só quando existem parâmetros jurídico-constitucionais para o comportamento político pode o TC apreciar a valoração desses parâmetros”.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7º ed... *Op. Cit.*, p. 1.309.

<sup>259</sup> *apud* CORREIA, Fernando Alves, in *Justiça Constitucional...* *Op. Cit.*, p. 124.

<sup>260</sup> De fato, apesar de restar formalmente estabelecido (ao menos em um discurso genérico) que os juízes e tribunais devem permanecer distantes da política ao realizar o seu *mister*, estes acabam sofrendo uma forte influência dos sabores políticos da sociedade em que estão inseridos. Esta concepção é bem explorada na obra de Martins Belov (in *Courts, Politics and Constitutional Law: Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary*, Routledge, Londres, 2020), onde o autor parte da premissa de que as cortes judiciais “(...) *estão envolvidas com a política de muitas maneiras*” (p. 1 da obra mencionada, tradução própria). Ademais, isso não tem se mostrado diferente nos países do continente asiático, que, conforme afirmado pelo professor Björn Dressel, acabaram sofrendo uma forte influência das cortes judiciais no panorama político das últimas duas décadas (DRESSEL, Björn. *The Judicialization of Politics in Asia*. Routledge, London 2012).

Já em outro sentido e em terras norte-americanas, o posicionamento de John Hart Ely reputa admissível a intervenção do Poder Judiciário quando de eventual descompasso do *mercado político*, que, porém, deve ser diagnosticado com cautela. Segundo o autor, “*não se pode dizer com justiça que o governo está ‘funcionando mal’ simplesmente porque às vezes gera resultados com os quais discordamos*”<sup>261</sup>, sendo imperioso constatar com clareza a desaprovação popular em relação aos atos praticados pelos representantes eleitos.

Nesse momento, parece exsurgir um primeiro diagnóstico quanto à eventual admissibilidade de controle dos chamados atos políticos. Isso, pois, mesmo diante da sólida orientação consubstanciada na *political question* norte americana, parece incômodo admitir a existência de um ato governamental inflexível, alheio aos princípios estabelecidos no documento que dá origem ao Estado – a Constituição.

Sobre o ponto, e, em verificação conceitual detalhada, Marco Caldeira assevera que os atos políticos são caracterizados justamente pela sua vinculação aos termos da Constituição, cujos parâmetros de validade guardam íntima relação com esta. E por corolário lógico, “*(...) será o respeito ou desrespeito pelos requisitos formais, orgânicos e materiais constitucionalmente estabelecidos que determinará a (in)existência, (in)validade ou (ir)regularidade dos actos políticos*”.<sup>262</sup>

Significa dizer que o acerto quanto aos direitos fundamentais é critério de validade do ato político, que, se viciado constitucionalmente, merecerá desprezo do ordenamento jurídico.

Como visto, ao passo em que se abre a possibilidade de perquirir o acerto constitucional dos atos emanados pela mais alta instância governamental, é aberta uma ferramenta de efetivo diálogo entre os poderes, a fim de prestar continência à ordem constitucional. Entretanto, ao se admitir (ainda que em tese) a verificação judicial do ato político, é imprescindível que o tribunal se auto contenha, repelindo de sua alçada o mérito essencialmente político – ainda que no uso da interpretação constitucional.

---

<sup>261</sup> ELY, John Hart. *Toward a Representation-reinforcing Mode of Judicial Review*, Maryland Law Review, vol. 37, 1978, p. 486. Tradução própria.

<sup>262</sup> CALDEIRA, Marco. *Actos políticos... Op. Cit.*, p. 107.

Têm-se, pois, inobstante a larga margem de poder político decisório, a noção de que os atos políticos devem respeito a todo o aparato constitucional, que, em especial, devem tributo aos chamados direitos fundamentais, que acabam por vincular de forma direta a atividade do Poder Público.

#### *4.3. Do controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos políticos que violem direitos fundamentais*

Como se observa das assertivas até então arrazoadas, apesar da relutância em se admitir a sindicabilidade dos atos políticos ao controle jurisdicional de constitucionalidade, mostra-se igualmente temerário admitir que existam atos públicos inalcançáveis pela justiça constitucional.

Essa noção é ainda mais latente quando observados certos direitos especiais, ou melhor, essenciais, a exemplo dos direitos e garantias fundamentais consubstanciados no artigo 5º da Constituição brasileira. Trata-se de garantias individuais, não sendo exagero afirmar que a justiça constitucional foi precipuamente organizada de modo a garantir-lhes plena eficácia e aplicabilidade,<sup>263</sup> longe de se mostrarem *mera proclamação retórica*, mas normas jurídicas diretamente aplicáveis.<sup>264</sup>

De fato, dando conta da expressiva função dos Tribunais Constitucionais na efetivação e proteção dos direitos fundamentais, o catedrático professor Fernando Alves Correia ponderou recentemente o seguinte:

*“O relevante papel da garantia e efetividade dos direitos fundamentais desempenhado pela justiça constitucional, maxime pelos tribunais constitucionais, manifesta-se na afirmação e consolidação dos direitos e liberdades dos cidadãos e, bem assim, no aprofundamento do seu conteúdo e alcance, dos quais se vão*

---

<sup>263</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Malheiros, 2004, São Paulo, p. 322.

<sup>264</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra Editora: Coimbra. 2012. p. 199-200.

*extraindo desenvolvimentos e implicações cada vez mais exigentes.*”<sup>265</sup>

Nesse mesmo empenho, e, de modo a embasar a atuação das entidades públicas quando de seu *mister* institucional, a vinculatividade dos direitos fundamentais é expressamente prevista na Constituição Portuguesa junto ao artigo 18, 1, que assim determina: “*Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas*”. Na Constituição brasileira não houve tal previsão expressa, restando silente a nossa Constituição a despeito da aludida vinculação. Não obstante, há que se admitir plena eficácia ao efeito vinculante dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente ao Poder Público, *ex vi* do artigo 5º, §1º da CRFB.<sup>266</sup>

Inclusive, calcado nas lições de Jorge Miranda, é firme o entendimento de que *todos os atos dos poderes públicos devem se balizar nas normas de direitos fundamentais estatuídas na Carta Magna*,<sup>267</sup> valendo o acerto constitucional como requisito para a sua plena eficácia. Sendo assim, servindo como verdadeiras balizas à atuação estatal, os direitos fundamentais são reconhecidos como uma barreira intransponível pela atuação do Estado, nos quais sequer o *Leviatã pode penetrar*.<sup>268</sup>

Nas palavras de Nelson Nery Junior e Georges Abboud, “*(...) os Poderes estão limitados e vinculados à Constituição, não apenas quanto à forma e procedimentos, mas também quanto aos conteúdos*”.<sup>269</sup> Daí decorre a tradução de que os atos políticos – tal e qual os demais atos do poder público – devem se pautar com máximo respeito aos direitos fundamentais, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade sujeita ao cotejo jurisdicional

---

<sup>265</sup> CORREIA, Fernando Alves. *A concretização dos Direitos Sociais Pelo Tribunal Constitucional*, Sep. de: Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano 7, 2010, pp. 35-43, p. 35.

<sup>266</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 384-385.

<sup>267</sup> A citação acima referenciada consta da obra “*A eficácia dos Direitos Fundamentais*” de Ingo Wolfgang Sarlet, *Op. Cit.* p. 385.

<sup>268</sup> A expressão acima parafraseada foi cunhada por Karl Lowenstein, ao discorrer sobre a importância da proteção sobre os direitos fundamentais e classificá-los como inalienáveis. In LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución... Op. Cit.*, p. 390.

<sup>269</sup> E na mesma toada, continua afirmando que “*O Judiciário, o Legislativo e o Executivo, ao agirem obrigatoriamente, precisam submeter sua atuação aos limites impostos pelo texto constitucional. Do mesmo modo, todos os seus atos podem ser fiscalizados se contrários ao que dispõe à Constituição. Nesse contexto, estrutura-se e consolida-se o controle de constitucionalidade*”. Ambas as citações constam na obra “*NERY JR, Nelson. ABBOUD, Georges. Direito Constitucional brasileiro... Op. Cit.*, p. 122”.



que faça cessar sua validade. Segundo Ingo W. Sarlet, “o que importa é a constatação de que os direitos fundamentais vinculam os órgãos administrativos em todas as suas formas de manifestação e atividades, na medida em que atuam no interesse público, no sentido de um guardião e gestor da coletividade”.<sup>270</sup>

Não destoia dessa concepção a doutrina de Paulo Bonavides, que, em sua obra debruçada sobre a matéria, trata de raciocinar junto com os ensinamentos consubstanciados na obra “*O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional*”, de Rui Barbosa. Ao ponderar pela inadmissibilidade de os tribunais se imiscuírem nas questões políticas emanadas em atos legislativos e de governo, Bonavides deixa claro que tal regra é ressalvada em casos de interferência com a existência constitucional de direitos individuais.<sup>271</sup> Em palavras que – de tamanha grandeza doutrinal – exigem transcrição *ipsis literis*, o autor afirma o seguinte:

*“Garantir direitos individuais foi sempre a nota suprema ou a razão maior do controle de constitucionalidade (...). A alçada judicial, ao conhecer dos atos legislativos que importam ofensa à Constituição em matéria de direitos individuais, traça limites eficazes à onipotência do Estado, desarmando-o, nos sistemas constitucionais, daquele poder soberano de impor aos governados uma vontade sem freios. O direito que nos tribunais limita a ação política do legislador em verdade tolhe os poderes absolutos do Estado”.*<sup>272</sup>

De tais acepções teóricas resultam duas principais constatações: que, em princípio, não há dúvidas de que o clássico controle jurisdicional de constitucionalidade não pode recair sobre os atos políticos ou de governo,<sup>273</sup> sob pena de intromissão indevida em esfera alheia de poder; Entretanto, a depender do contexto verificado no plano concreto, é exceção a tal regra a ocasião em que o ato político interfira em direitos fundamentais, instante em que os Tribunais Constitucionais deverão agir de forma a cessar a sopesada inconstitucionalidade. Some-se a isso, que, de qualquer modo e mesmo diante de eventuais transgressões a direitos individuais ou fundamentais, os juízes constitucionais deverão fazer cessar a

---

<sup>270</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais... Op. Cit.*, 2018. p. 388.

<sup>271</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional... Op. Cit.*, p. 324.

<sup>272</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional... Op. Cit.*, p. 322.

<sup>273</sup> Aqui, com a devida vênia – e não deixando de olvidar a doutrina que lhes classifica em diferentes patamares – tratados como sinônimos.

inconstitucionalidade, levando em consideração o mérito que lhes é adequado laborar, qual seja, as normas constitucionais condensadas no *actum* e o seu reflexo na vida dos governados. De qualquer sorte, tais juízes não devem adentrar no mérito essencialmente político, discricionário, cuja atribuição de dizer sobre a sua adequação e oportunidade caberá apenas ao seu editor, um agente político. De modo a transparecer esse ponto, diga-se que as chamadas questões políticas seriam aquelas que se “(...)alojam na faculdade discricionária, reservadas aos poderes políticos, para ditar, por exemplo, as medidas da política econômica, declarar guerra(...)”<sup>274</sup>, enquanto as jurídicas (materiais) seriam adstritas aos direitos individuais.

E de tais informações, parece que admitir o controle jurisdicional dos atos políticos torna imprescindível separar aquilo que é jurídico daquilo que é político. Como bem asseverado por Paulo Bonavides, é necessário que se estabeleça um critério de separação do político e do jurídico, sendo que, do contrário, “o resultado bem poderá ser o retraimento do Poder Judiciário evacuando considerável área no campo das garantias constitucionais ou, ao contrário, sua indébita intromissão na esfera da competência constitucional dos demais poderes”.<sup>275</sup> Porém, daí exsurge, invariavelmente, a seguinte questão: a quem caberia separar (leia-se, decidir) sobre o que é político ou jurídico, conseqüentemente admitindo a labuta judicial em tais matérias?

Os ensaios de uma resposta a tal questão seriam ousados demais em âmbito deste trabalho, eis que demandariam o devido aprofundamento teórico (diga-se, jurídico-filosófico) apto a respondê-la. De qualquer modo, por ora, é certo que diante de um eventual arrisco de resposta que direcione a competência para decidir sobre tais questões para o próprio Judiciário, é *mister* registrar o imprescindível exercício de autocontenção dos próprios juízes (*judicial self-restraint*) referenciada por J. J. Canotilho<sup>276</sup>, sob pena de se admitir possível descompasso na configuração da separação de poderes do Estado. Nesse

---

<sup>274</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional... Op. Cit.*, p. 323.

<sup>275</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional... Op. Cit.*, p. 318.

<sup>276</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7º ed... *Op. Cit.*, p. 1.309. O instituto em tela ainda é alçado como *meio de prevenção do ativismo judicial* por Maria Urbano, referindo-se a ele como uma atitude de *deferência* perante os ramos políticos do poder. Nesse sentido: URBANO, Maria Benedita. *Curso de justiça constitucional... Op. Cit.*, p. 151 e seguintes.

ponto, ainda restaria questionável se os tribunais estariam legitimados para realizar tal função, que, de forma curiosa, parece deter caráter eminentemente político.<sup>277</sup>

De volta ao assunto, na mesma toada segue o raciocínio ponderado por Jorge Miranda, para o qual – em sede de opinião quanto ao aperfeiçoamento do atual sistema de Justiça Constitucional português – os atos políticos devem ser alvo de apreciação junto ao Tribunal Constitucional, quando emanados por órgão do Estado ou das regiões autônomas “*que afetem inconstitucionalmente a permanência ou o exercício de poderes funcionais*” de integrante do respectivo organismo, cabendo direito de recurso para aquela pessoa prejudicada pela medida guerreada.<sup>278</sup> Assevera, entretanto, e na linha dos demais cientistas já referenciados, que aos tribunais administrativos não seria adequado entregar a apreciabilidade dos “*atos de conteúdo essencialmente político, ou os atos praticados no exercício de função política, (...)*” inclusive indicando previsão legal para tal vedação – que hoje se encontra no art. 4º, nº 3 da lei nº 13/2002 (Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais)<sup>279</sup> e demais artigos pertinentes ao tema.<sup>280</sup>

Ademais, o festejado doutrinador acena para a necessidade de conformidade constitucional que enseje a *validade* dos atos políticos, sob pena de se admitir arguição incidental perante o Tribunal Constitucional na ocasião de portarem “*vícios de tal maneira graves que a própria Constituição os fulmine com inexistência jurídica*”.<sup>281</sup> De tais

---

<sup>277</sup> Sobre o tema posto à baila, aponte-se a cátedra de Cristina Queiroz, que identifica na doutrina e jurisprudência (em seus próprios termos: *sobretudo a esta última*) a competência para qualificar o que vem a ser ato *político* ou *administrativo*. Nesse sentido: QUEIROZ, Cristina M. M. *Os Actos Políticos do Estado de Direito: O problema do controle jurídico do poder*. Almedina: Coimbra. 1990. p. 193. Ainda, Afonso Rodrigues Queiró pronuncia que “*há-de competir à doutrina circunscrever com a possível precisão a parcela de actividade a que se deve atribuir natureza ou conteúdo essencialmente político, para efeitos de traçar os limites da competência contenciosa de anulação do Supremo Tribunal Administrativo.*” In “*Actos de Governo e Contencioso de Anulação*” (Boletim da Faculdade de Direito. Vol. 45 (1969), p.1).

<sup>278</sup> MIRANDA, Jorge. *Fiscalização da Constitucionalidade*. Ed. Almedina. 2017. p. 200.

<sup>279</sup> Que assim dispõe, *in verbis*: “*Está nomeadamente excluída do âmbito da jurisdição administrativa e fiscal a apreciação de litígios que tenham por objeto a impugnação de: a) Atos praticados no exercício da função política e legislativa*”. Adicione-se, ainda, a título elucidativo, o art. 16 da já revogada Lei Orgânica do Supremo Tribunal Administrativo, que dispunha em seu regimento que “*Não são susceptíveis de recurso contencioso: (...) 2º: Os Actos da competência própria do Presidente da República e os actos de governo de conteúdo essencialmente político*”. Vale dizer que, à época, a constitucionalidade do art. 16º, nº 2 da Lei Orgânica do Supremo Tribunal Administrativo foi questionada frente à superveniência daquilo que disposto no art. 268, nº 3, da Constituição portuguesa de 1976, restando, ao final, *subsistente* e em conformidade a nova ordem constitucional vigente em Portugal. Sobre o tema: QUEIROZ, Cristina M. M. *Os Actos Políticos... Op. Cit.*, p. 189- 193.

<sup>280</sup> MIRANDA, Jorge. *Revisitando os atos de governo... Op. Cit.*, p. 495.

<sup>281</sup> MIRANDA, Jorge. *Fiscalização da Constitucionalidade... Op. Cit.*, p. 197-198.

concepções, elenca determinado rol de atos políticos sujeitos a tal modalidade de fiscalização, senão vejamos: a aprovação de convenções internacionais; A ratificação de tratados; A deliberação sobre a perda de mandato dos Deputados; As eleições realizadas na Assembleia da República e nas Assembléias Legislativas das regiões autónomas; Dentre outros.<sup>282</sup>

Do mesmo modo, assemelha-se a opinião exarada por Mariano Bacigalupo, em Espanha, e que, apesar de apontar certas minúcias que operam a distinção entre os ordenamentos jurídicos cujo enfoque se dá nesta pesquisa, acaba por corroborar o substrato doutrinário aqui já ensaiado. Em comentários precisos, cuja baliza é realizada na especial atenção que merece ser dispensada aos atos políticos, leciona que a discricionariedade política conferida aos órgãos de governo quando do exercício de sua *função de direção política*, deve garantir traços de especial intensidade ao seu controle judicial, mas não pode excluí-lo.<sup>283</sup> Trata-se da noção de que – independente do ordenamento em que se pesquise – a atuação dos poderes públicos deverá sempre respeitar a supremacia da Constituição regente, e, como não deveria deixar de ser, respeitar de forma especial os direitos fundamentais e princípios constitucionais ali insculpidos.

E de fato, apesar da aparente improbabilidade de tamanho desrespeito à Carta Magna, é de se considerar plenamente possível a ocorrência de tais afrontas. Em comentários sobre o tema, Marco Caldeira cuida de enumerar diversos exemplos estabelecidos na doutrina portuguesa, a saber: (i) a recusa do Presidente da República em promulgar uma lei de revisão constitucional, sem qualquer fundamentação; (ii) A edição de decreto presidencial de demissão do Governo, sem prévia audição do Conselho de Estado (iii) ou sem que o regular funcionamento das instituições democráticas tenha sido ameaçado.<sup>284</sup>

Nesse ponto, a opinião exarada por Konrad Hesse é de essencial importância, afirmando que a efetividade da Constituição estará assegurada apenas “(...) *se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung).*”<sup>285</sup> Como se depreende da

---

<sup>282</sup> MIRANDA, Jorge. *Revisitando os atos de governo*, Op. Cit., p. 495-496.

<sup>283</sup> BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa (Estructura normativa, control judicial y limites constitucionalidades de su atribución)*. Madrid : Marcial Pons, 1997. p.52-57.

<sup>284</sup> CALDEIRA, Marco. *Actos políticos...* Op. Cit., p. 108.

<sup>285</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa...* Op. Cit., p. 19.

maestria de Hesse, a aplicação da Constituição depende em muito do intérprete, ou seja, daquelas pessoas a quem são confiadas as ferramentas de efetivação do Estado democrático, aí imbuída uma forte carga discricionária e política.

#### *4.4. Dos problemas que decorrem da limitação da vontade política*

Como se vê, a eventual admissibilidade do controle jurisdicional de atos políticos é pesada pela doutrina em aspectos diretamente atrelados à omissão do poder público, nomeadamente a falta de atos políticos adequados ao *mister* estatal, bem como em casos de vícios contidos em sua gênese. A vergastada admissão de suscetibilidade dos atos de governo ao crivo jurisdicional, em âmbito do controle de constitucionalidade, tem o condão de dar uma resposta à necessidade de rejeitar a existência de atos insuscetíveis à supremacia da Constituição, servindo a sua força como parâmetro de validade dos mesmos. Entretanto, mesmo que o faça de modo cuidadoso e com as devidas ressalvas, acaba por acrescentar muito peso em apenas um dos lados da balança – em metafórica menção ao símbolo mais usual quando se fala em *justiça*.

É, pois, extremamente importante discutir quais os possíveis *problemas* que se pode prospectar da cotejada limitação da vontade política, ainda que sob a peja de lídimo controle de constitucionalidade que não se debande às questões essencialmente políticas.

Tocando no tema em comento, Marcello Caetano debruça sobre a problemática envolta na limitação do poder político. Em sua detalhada explanação, o autor cuida de visitar importantes nortes teóricos, que vão desde a negação da existência de limites jurídicos ao poder político (ou a sua desnecessidade) até a exposição das hodiernas ferramentas de limitação efetivamente implementadas.<sup>286</sup> A premissa estabelecida em sua obra parte da concepção de que *é logicamente necessário admitir a limitação do Poder*, e de que *a limitação do Poder político deve ser jurídica*. Por corolário lógico e respondendo à essencial indagação de a quem caberia decidir tais limitações, inclina afirmar que “(...) *só o Direito Natural explica e fundamenta satisfatoriamente a limitação jurídica do Poder político*”.<sup>287</sup>

---

<sup>286</sup> Sobre o tema: CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política... Op. Cit.*, p. 280 e seguintes.

<sup>287</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política... Op. Cit.*, p. 302-303.

Esse Direito Natural, por sua vez, radica na garantia mínima da liberdade (direitos individuais naturais) do ser humano, *anteriores e superiores à sociedade política*.<sup>288</sup> E de tais considerações, arremata que “*A liberdade tende a ser a expressão da limitação do Poder político*”.<sup>289</sup>

Os referidos apontamentos, como se percebe, servem como supedâneo teórico-filosófico para as concepções doutrinárias expostas nos tópicos anteriores desse estudo. Veja-se que os chamados *direitos individuais* são concebidos como *standards* privilegiados, e mesmo quando guerreados face aos *atos políticos* – estes compreendidos como a firme expressão do Poder político – assumem posição de relevo e substancial prevalência. Por aqui, nos deparamos em ponto que é bem expressado na secular expressão de Montesquieu: “*Quem diria! Até a virtude precisa de limites.*”.<sup>290</sup>

Pois bem. De tais ensaios, ainda há que se balancear as eventuais decorrências da mitigação aplicada aos atos de governo, resultando em possível detrimento da necessária margem que deve ser reservada àquele que promove a direção do país. Em acepção prática do problema aqui esmiuçado, Jairo Schäfer discorre abertamente sobre os *problemas e tendências* daí decorrentes, que resulta, no caso português e dentre outras considerações, na constatação da “*(...) inexistência de tribunais com competência para conhecer litígios envolvendo o ato político*”.<sup>291</sup>

De fato, o problema em questão parece sepulcrar eventual admissibilidade (ou até mesmo a necessidade) de controle da constitucionalidade dos atos políticos em âmbito português, senão vejamos: a um, pois, conforme já assentado junto à jurisprudência do Tribunal Constitucional português (a exemplo do acórdão 195/94), o ato político não é norma para efeitos de controle, restando excluído da apreciação do Tribunal Constitucional – a teor da expressão contida no artigo 277º da CRP; A dois, e também conforme já sedimentado anteriormente, o conteúdo da norma já positivada (a exemplo do art. 4º, nº 3, da lei nº 13/2002) exclui de forma expressa da apreciação da justiça administrativa aos

---

<sup>288</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política...* Op. Cit., p. 310-311.

<sup>289</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política...* Op. Cit. p. 308.

<sup>290</sup> MONTESQUIEU. Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Muracho, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2000, p. 166.

<sup>291</sup> SCHÄFER, Jairo Gilberto. *O problema da fiscalização...* Op. Cit., p. 94.

litígios que tenham por objeto a impugnação de atos praticados no exercício da função política.<sup>292/293</sup>

Nesse ponto, é fato que a doutrina hodierna afirma existir dentro do guarda chuva da Constituição portuguesa “(...) *actos jurídicos-constitucionalmente vinculados, mas desprovidos da correspondente via judicial sancionatória*”.<sup>294</sup> Em tempo, é oportuno relembrar que a questão não passou incólume pelos estudiosos da ciência jurídica, a exemplo da já referenciada solução amealhada por Jorge Miranda, ao defender a sindicabilidade dos atos políticos “*portadores de vícios de tal maneira graves que a própria Constituição os fulmine com inexistência jurídica*”, perante os tribunais (e também o Tribunal Constitucional), através de arguição incidental.<sup>295</sup>

No mesmo compasso reverbera a doutrina de Afonso Queiró, que pondera sobre a possibilidade de um tribunal apreciar os atos de governo quando viciados no tocante à incompetência do órgão que os pratica, “*ou de vicio de forma que se traduza na violação de preceitos de processo ou propriamente de forma absolutamente essenciais à existencia juridica de tais actos*”, que para a sua correção poderão ser alvo de arguição incidental (ou indireta).<sup>296</sup>

Como se observa das posições acima mencionadas, há efetiva ponderação na doutrina portuguesa admitindo a competência dos tribunais em geral para perquirir a validade de um ato político, notadamente em razão das normas constitucionais que lhe dão supedâneo existencial – afinal, o ato sindicável seria aquele *imediatamente inconstitucional*.<sup>297</sup> Entretanto, tal e qual observa Cristona Queiroz, é corolário lógico de

---

<sup>292</sup> SCHÄFER, Jairo Gilberto. *O problema da fiscalização...* Op. Cit., p. 94.

<sup>293</sup> Na expressão bem delineada pelo autor em comento, significa dizer: “*Já não é mais, assim, uma discussão doutrinária sobre a compatibilidade do controle jurisdicional da constitucionalidade do ato político com o princípio da separação das funções estatais, mas, sim, efetivação de uma opção constitucional e legal: abstratamente foi excluída da competência dos tribunais a apreciação de litígio – qualquer litígio – envolvendo ato político, situação que gera a inexistência de controle imparcial, objetivo e necessário (ou seja, jurídico) sobre o ato político.*” SCHÄFER, Jairo Gilberto. *O problema da fiscalização*, Op. Cit., p. 94.

<sup>294</sup> QUEIROZ, Cristina M. M. *Os Actos Políticos...* Op. Cit., p. 180.

<sup>295</sup> MIRANDA, Jorge. *Fiscalização da Constitucionalidade...* Op. Cit., p. 197-198.

<sup>296</sup> Ainda sobre o tema, sedimenta o seguinte: “*Quer dizer: há sempre a possibilidade, para os tribunais, de declararem, com efeitos restritos aos pleitos onde o problema se ponha incidenter tantum, a inexistência jurídica desses actos ou dessas leis, e de lhes recusarem, em tais pleitos, qualquer eficácia.*” Citações contidas em: QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Actos de Governo...* Op. Cit., p.24-25.

<sup>297</sup> QUEIROZ, Cristina M. M. *Os Actos Políticos...* Op. Cit., p. 188.

toda essa construção que não se possa negar a competência do Tribunal Constitucional para analisar a referida inconstitucionalidade dos atos políticos.<sup>298</sup>

De fato, apesar da aparente inexistência de uma ferramenta jurídico-processual adequada ao eventual cotejo dos atos políticos – que resulta na *ultima ratio* de se admitir a discussão desse mérito de forma incidental ou periférica – é prudente que se reserve à mais alta Corte Constitucional o poder/dever de apreciar-lhes a conformidade. Ademais, nos termos do art. 280.º e seguintes da CRP: o último juízo sobre a constitucionalidade deve ser reservado ao intérprete máximo da Magna Carta. De qualquer modo, importa salutar que apesar da sopesada possibilidade doutrinal de sindicabilidade judicial de forma incidental, o Tribunal Constitucional português direcionou a sua jurisprudência de modo a declinar a competência, nomeadamente porque a própria Constituição lusitana assim pareceu optar.<sup>299</sup>

Ademais, o mesmo problema – o da inviabilidade de controle jurisdicional por conta da falta de ferramentas processuais – não parece ocorrer no Brasil, que conta com diferentes ferramentas de acesso ao Supremo Tribunal Federal, mas que acaba encontrando desiderato parecido quando esbarra no atual entendimento da corte em não admitir a sindicabilidade dos *pressupostos constitucionais* do ato político.<sup>300</sup>

#### 4.5. Quanto ao princípio democrático

Uma outra questão, usualmente levantada por obséquio quando do embate à admissibilidade do controle jurisdicional dos atos políticos, diz respeito à legitimidade dos Tribunais para tal ensejo, eis que os seus integrantes não foram eleitos pelo voto popular<sup>301</sup> nos termos estabelecidos no princípio democrático.

---

<sup>298</sup> A crítica tem fundamentação principal diante de eventual afirmação de incompetência do Tribunal Constitucional para apreciar a referenciada questão de inconstitucionalidade. Leia-se de sua obra: “*Se um tribunal comum pode julgar a inconstitucionalidade dos actos políticos, não se vê bem como, depois, essa competência possa ser negada ao Tribunal Constitucional (...)*. In QUEIROZ, Cristina M. M. *Os Actos Políticos...Op. Cit.*, p. 188.

<sup>299</sup> QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Actos de Governo... Op. Cit.*, p.23.

<sup>300</sup> SCHÄFER, Jairo Gilberto. *O problema da fiscalização... Op. Cit.* p. 93.

<sup>301</sup> SCHÄFER, Jairo Gilberto. *O problema da fiscalização... Op. Cit.* p. 95.



É por esse motivo – dentre outros tantos, pois de extrema relevância quando do estudo da ciência jurídica adstrita ao Direito Constitucional – que se buscou esmiuçar o tema da legitimidade dos Tribunais Constitucionais no início desse estudo.

*Ab initio*, é de se conferir certa razão à crítica em comento, pois demonstra preocupação com a harmonia que deve haver na atuação dos poderes do Estado em relação ao princípio democrático e a separação de poderes. De fato, enquanto o produto do Executivo e Legislativo são moldados com uma proximidade muito grande aos eleitores – eis que eleitos no formato estabelecido na Constituição – de uma forma que represente piamente o significado de democracia, o Judiciário acaba por estar mais distante destes, nomeadamente quando da análise das regras de nomeação dos integrantes dos Tribunais.<sup>302</sup>

Entretanto, não há que se esquecer que o controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário não visa *instituir* normas ou políticas públicas, mas sim agir no papel de *legislador negativo*, tutelando a Constituição acima de eventuais transgressões de seu conteúdo, não havendo que se cogitar em eventual substituição nos poderes diretivos do Estado.

Além disso, a atuação do Judiciário pode evitar que uma legítima democracia se transforme em uma *ditadura da maioria*<sup>303</sup>, sendo certo que o *princípio democrático* não se resume apenas à realização de eleições ou a votação popular com o objetivo de designar os integrantes do Poder Público.<sup>304/305</sup> Nesse diapasão, Jairo Schafer observa que “a

---

<sup>302</sup> Desde já, providencie-se a devida ressalva no tocante a essa ponderada *distância*, eis que mesmo a composição do Supremo Tribunal Federal brasileiro conta com a participação dos Poderes Legislativo e Executivo, a teor do que disposto no parágrafo único do art. 101 da CRFB, *in verbis*: “Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal”. De forma semelhante, o Poder Legislativo tem função precípua estatuída na Constituição portuguesa quando da formação do quadro de integrantes do Tribunal Constitucional, elegendo dez, do total de treze juizes que a compõem, através da Assembleia da República (Art. 222, nº 1). Para um estudo sobre a caracterização do Tribunal Constitucional português: CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional... Op. Cit.* p. 149 e seguintes.

<sup>303</sup> MARTINS, Flavio. Curso de Direito Constitucional... *Op. Cit.*, p. 550.

<sup>304</sup> Ainda nesse ponto, Maria Urbano assevera que, em um Estado de Direito, outros valores se impõem para além do regime democrático, a exemplo da igualdade, da justiça, da imparcialidade, dentre outros. Em seus termos: “(...) haverá certas condições de legitimidade associadas à função jurisdicional que contrabalançam a falta de legitimidade democrática dos juizes, contornando a dificuldade contramajoritária.”. URBANO, Maria Benedita. *Curso de justiça constitucional... Op. Cit.*, p. 143-144.

<sup>305</sup> No mesmo norte teórico, Mark Tushnet atua com diligência ao discorrer sobre as problemáticas existentes em *uma nova ordem constitucional*, dando cabo da existência de congressos polarizados e governos divididos, cuja complexa atuação política revela a presença de *partidos políticos fracos* e um público alheio aos temas de

*democracia não encontra no sufrágio universal (representação política) o seu sinônimo necessário*”,<sup>306</sup> lecionando (escudado nas palavras de Vital Moreira) que “(...) *democracia pode ser entendida como o governo exercido pela maioria, mas por todas as pessoas agindo em conjunto, de modo que as maiorias eventuais não aniquilem as minorias (...)*”.<sup>307</sup>

Como se sabe, a normatividade reservada aos direitos fundamentais confere segurança à preservação *do direito das minorias* em detrimento das maiorias, cuja vinculação e eficácia atinge primordialmente a atuação dos juízes e tribunais.<sup>308</sup> A *função jurisdicional* está diretamente atrelada ao conjunto dos valores e princípios ínsitos no Estado de Direito Democrático.<sup>309</sup> Dessa forma, mesmo ao agir de forma excepcional no controle dos atos políticos, o Judiciário não deve substituir o agir político, de modo a estabelecer qual política é mais adequada ao desempenho das funções do Estado, mas apenas fazer cessar eventual inconstitucionalidade praticada pelo Poder Público.

Ainda assim, a questão da atuação do Poder Judiciário – nomeadamente do STF – em detrimento das políticas públicas e escolhas orçamentárias é tema controvertido, e foi enfrentada pela corte constitucional brasileira quando do julgamento da Medida Cautelar na ADPF nº 347/DF, julgada no ano de 2015.<sup>310</sup> No aresto, discutia-se a crise do sistema penitenciário brasileiro, cuja superlotação e as constatadas condições desumanas dos presos, decorrentes de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, acabavam por violar direitos humanos e fundamentais dos encarcerados, caracterizando o que a doutrina chama de *estado de coisas inconstitucional*.<sup>311</sup>

---

interesse político. TUSHNET, Mark. *The new constitutional order*. Princeton University Press, Princeton, 2003 p. 13-19.

<sup>306</sup> SCHÄFER, Jairo Gilberto. *O problema da fiscalização...* Op. Cit. p. 95.

<sup>307</sup> SCHÄFER, Jairo Gilberto. *O problema da fiscalização...* Op. Cit. p. 96. No mesmo sentido e fazendo um paralelo com a doutrina de Dworkin: HUBNER MENDES, Conrado. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Ed. Elsevier. São Paulo. 2008. p. 34. E nessa mesma linha de raciocínio, ao realizar uma abordagem filosófica do tema, Nelson Nery Jr e Georges Abboud infirmam que “*para Dworkin, a política é uma espécie de padrão que fixa o objetivo a ser alcançado, geralmente um avanço do ponto de vista econômico, político ou social em prol da comunidade, nada obstante alguns desses objetivos possam ser negativos, por protegerem alguma situação contra modificações adversas*” (NERY JR, Nelson. ABBOUD, Georges. *Direito Constitucional...* Op. Cit., p. 125).

<sup>308</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais...* Op. Cit. p. 391.

<sup>309</sup> MELO, António Moreira Barbosa de. *A administração da justiça no estado de direito democrático: o caso português*, Sep. de: Boletim da Faculdade de Direito, Vol. 85, Coimbra, 2009, p. 10.

<sup>310</sup> Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 16/02/2021.

<sup>311</sup> Como ensina Flavio Martins, o *estado de coisas inconstitucional* é expressão originária da Corte Constitucional da Colômbia, e “*decorre da constatação de violações generalizadas, contínuas e sistemáticas*

Na ocasião, o relator Min. Marco Aurélio julgou pela admissibilidade (e necessidade) de intervenção do Poder Judiciário no tocante à designação de verbas públicas para a manutenção e reforma de presídios, mesmo que isso não agradasse à opinião pública – que ponderou ter uma tendência a não admitir o investimento de verbas públicas em favor da população carcerária, mas agir de modo contrário, pressionando a classe política para não realizar tais investimentos.<sup>312</sup>

No que interessa ao estudo *sub judice*, qual seja, a admissibilidade da atuação estatal diante de eventual inércia do *mínus* que cabe ao poder político, o voto do relator enfrentou duas principais vertentes: o princípio democrático e a separação dos poderes. Em ambas as vertentes, entendeu que o caso concreto enfrentado exigia uma atividade mais cogente daquela Corte Constitucional, admitindo que uma atuação *na medida correta e suficiente* não viria a desrespeitar os aludidos princípios regentes.<sup>313/314</sup>

Por aqui, ressalte-se que o entendimento esboçado no julgado em comento não é isento de críticas – principalmente pelos lampejos que podem levar ao temerário ativismo judicial. Não obstante, diante das ponderações realizadas no acórdão é prudente ressaltar que o controle jurisdicional das políticas públicas traz à tona diversos problemas de índole política, e o cotejo de seu conteúdo deve ser evitado pelo Poder Judiciário, visto que “*a política deliberativa sobre as políticas da República pertence à política e não à justiça*”.<sup>315</sup>

---

*de direitos fundamentais, por vários órgãos estatais, demandando soluções estruturais igualmente amplas, para a solução dos problemas e supressão das omissões estatais.*”. (MARTINS, Flavio. Curso de Direito Constitucional... *Op. Cit.*, p. 548.)

<sup>312</sup> Nesse ponto, do relatório e voto: “*Nesse cenário de bloqueios políticos insuperáveis, fracasso de representação, pontos cegos legislativos e temores de custos políticos, a intervenção do Supremo, na medida correta e suficiente, não pode sofrer qualquer objeção de natureza democrática.*” (fls. 17 do acórdão já referenciado).

<sup>313</sup> Assim fundamentou o relator Min. Marco Aurélio: “*a intervenção judicial mostra-se legítima presente padrão elevado de omissão estatal frente a situação de violação generalizada de direitos fundamentais. Verificada a paralisia dos poderes políticos, argumentos idealizados do princípio democrático fazem pouco sentido prático.*” (fls. 14 do acórdão acima já referenciado). E mais adiante quando da apresentação dos fundamentos de seu voto: “*No tocante ao possível óbice atinente à separação de Poderes, à alegação das capacidades institucionais superiores do Legislativo e do Executivo comparadas às do Judiciário, há de se atentar para as falhas estruturais ante o vazio de políticas públicas eficientes.*”. (fls. 17 do acórdão acima referenciado).

<sup>314</sup> Para comentários doutrinários sobre o acórdão de julgamento da ADPF nº 347/DF: MARTINS, Flavio. Curso de Direito Constitucional... *Op. Cit.*, p. 549-551. E para uma visão mais sintética do julgado, vide Informativo nº 798 do STF, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>>. Acesso em: 21/01/2021.

<sup>315</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional... Op. Cit.* p. 946.

De qualquer modo e do que se extrai de todo o exposto, parece adequado afirmar que o princípio democrático não tem o condão de inviabilizar o controle jurisdicional de atos políticos que estejam em desconformidade com os princípios constitucionais, mas, pelo contrário, parece reforçar o diálogo entre os poderes de modo a dar rumos certos à máquina do Estado no desenvolver de seu múnus constitucional.

Dessa forma, entende-se que não há óbice imediato quanto ao princípio democrático em relação ao cotejo judicial dos atos políticos, nomeadamente quando realçados os excepcionais casos admitidos na doutrina (e fala-se a exemplo da transgressão aos direitos individuais ou fundamentais), desde que ressalvada a impropriedade em se adentrar no mérito essencialmente político, mas apenas sujeitar a julgamento a questão eminentemente jurídica consubstanciada na lide.

#### *4.6. Reflexos de acordo com a Teoria da Separação dos Poderes*

Conforme aludido nos tópicos anteriores, ainda há que se cogitar eventual afronta ao princípio da separação dos poderes, pedra angular das funções do Estado e que dá sustentáculo às teorias até então mencionadas.

O princípio da *separação dos poderes* (também chamado de *separação das funções estatais*<sup>316</sup> ou *tripartição dos poderes*) concebe a divisão das funções do Estado (que é uno, porém, nesse modelo, pulveriza as suas funções em três esferas) de modo a evitar o monopólio do poder nas mãos de uma só pessoa (ou um pequeno grupo).<sup>317</sup> Como ressalta Louis Favoreu (*et al*), é característica básica dos estados liberais e democráticos a existência de não apenas uma *pluralidade de órgãos*, munidos das funções do Estado e que projetem funções próprias, mas também a sua organização em *poderes distintos*.<sup>318</sup>

---

<sup>316</sup> MARTINS, Flavio. Curso de Direito Constitucional... *Op. Cit.*, p. 1.309.

<sup>317</sup> Há que se mencionar a existência de várias outras teorias pregando a separação dos poderes de forma diferente daquela usualmente implementada nos países lusófonos que são aqui estudados. Fala-se em bipartição, quadripartição, pentapartição, enfim, modelos político-constitucionais que adotam formas diferentes de organizar o Estado. Esta última, qual seja, a pentapartição, é certamente adotada no país sul-americano da Venezuela, que junto ao artigo 136 de sua Constituição datada em 1999, que assim dispõe: “*El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.*”. Disponível em: <https://pdba.georgetown.edu/Parties/Venezuela/Leyes/constitucion.pdf>. Acesso em: 28/01/2021.

<sup>318</sup> FAVOREU, Louis. *Droit constitutionnel*... *Op. Cit.*, p. 412.

A separação dos poderes é princípio tão fundamental que restou consignado como limite material às eventuais reformas da Constituição, inserido no rol de *cláusulas pétreas* (art. 60, §4º, III da CRFB e art. 288º, “j” da CRP).<sup>319</sup> O *poder* aqui mencionado, *data vênia*, não deve ser entendido como aquele poder “(...) *supremo, que não admite que qualquer outro, na mesma sociedade política, lhe imponha uma conduta a seguir sendo, portanto, livre e ilimitado*”,<sup>320</sup> mas aquele *independente*, blindado de excessos eventualmente praticados pelos seus vizinhos mais próximos – os demais poderes.

De ampla aplicação no mundo jurídico hodierno, inclusive em âmbito brasileiro e português, a simbiose entre o princípio da separação dos poderes e o constitucionalismo teve a sua formulação clássica na Declaração Francesa dos Direitos do Homem, datada em 1.789.<sup>321</sup> E à evidência desta breve contextualização, é fato que no seio desta teoria que repousa uma das maiores controvérsias do tema estrelado nesta pesquisa. Isto, pois, ao se tratar dos limites atribuíveis ao Poder Judiciário – contido dentro do sistema de um Estado democrático de Direito, primordial análise deve ser realizada sob a ótica da teoria da *separação dos poderes* orquestrada por Montesquieu,<sup>322</sup> e abarcada na Constituição da República Portuguesa junto do art. 2º e 111º, bem como, no caso brasileiro, no art. 2º da CRFB. Afinal, conforme este último autor, *in* “O espírito das leis”: “*É uma experiência*

---

<sup>319</sup> É certo que os modelos constitucionais português e brasileiro são unânimes em proteger um núcleo de matérias tidas como essenciais, as quais são elencadas no texto constitucional de modo a afastar a possibilidade de incidir revisões tendentes a diminuir-lhes efetividade ou volume de proteção jurídica. Tais matérias, *inter alia*, estão aparelhadas como verdadeiros cadeados postos à revisão formal da constituição, não restando dúvidas sobre a aplicabilidade das cláusulas pétreas em relação às emendas/revisões constitucionais. Carlos Blanco de Moraes, ao tratar dos limites materiais da revisão formal da constituição, leciona que “*um ato de revisão constitucional que incida num domínio coberto pelos limites materiais não pode reduzir o alcance nuclear das normas constitucionais que regulam os bens protegidos, mormente no seu âmbito de proteção. Pode, por exemplo, na esfera dos direitos, liberdades e garantias, precisar o sentido, reconfigurar aspetos do conteúdo do direito, regular o seu modo de exercício de forma menos generosa do que aquela que era permitida na versão originária (...)*.” (*In Curso de Direito Constitucional. T.2: Teoria da constituição em tempo de crise do estado social*. Coimbra. Almedina. 2018, p.273). Para um estudo refinado sobre a problemática dos limites materiais em âmbito da Constituição portuguesa, inclusive o problema da “dupla revisão”, consultar: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da dupla revisão na Constituição Portuguesa*. Revista Fronteira, Coimbra, 1979. p.84 e seguintes. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional... Op. Cit.*, p. 259 e seguintes.

<sup>320</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política... Op. Cit.*, 2015. p. 282.

<sup>321</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, 18 ed., Saraiva Jur: São Paulo. 2020. Np.

<sup>322</sup> Que, porém, conforme aponta a doutrina, foi mencionada primeiro por Aristóteles e objeto de labuta de outros autores. Nesse sentido: MARTINS, Flavio. *Curso de Direito Constitucional... Op. Cit.*, p. 1.310.

*eterna que todo homem que tem poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites”*.<sup>323</sup>

Para Jorge Reis Novais, o Estado de Direito material contemporâneo resulta na concepção de que a conjectura de competências e separação de poderes deve ser modulada de forma a assegurar a prossecução dos direitos fundamentais, significando, estes, como pilares nos quais se escoram os princípios da *maioria* e do *princípio democrático*<sup>324</sup>, revelando ser questionável a sua conjuração para sustentar a inviabilização do escrutínio judicial de opções políticas tomadas por eventual governo democraticamente eleito.

Ademais, é acertado recordar que o papel do Tribunal Constitucional em âmbito de uma federação ganha especial relevo quando alçado ao elemento de simbiose entre os poderes,<sup>325</sup> eis que, quando concebido na qualidade de *guardião da Constituição*, acaba tendo a sua residência visitada pelas mais diversas matérias do quotidiano, nomeadamente os atos de todas as esferas de poder estatal. Em tal empenho, o Tribunal realiza seu *mister* institucional exercendo forte atividade cognitiva de ponderação, detendo em suas mãos o poder de chancela dos atos praticados pelos demais poderes.<sup>326</sup> Ainda, ao atuar como um verdadeiro filtro cuja granulação é fornecida pela Constituição, o controle de constitucionalidade é ferramenta adequada à garantia da ordem democrática<sup>327</sup>, cuja tarefa remonta razoabilidade, previsibilidade e segurança jurídica.<sup>328</sup>

Aliás, é inerente à própria atividade judicial perquirir a constitucionalidade de uma norma em nítida relação de “(...) *desconfiança*’, ou, pelo menos, de *tensão*’ face ao legislador”.<sup>329</sup> E com a devida vênia, não se mostra diferente em relação aos órgãos de governo, a exemplo dos recentes entraves políticos evidenciados no Brasil cujas referências foram anteriormente mencionadas.

---

<sup>323</sup> A célebre frase é citada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho em sua obra “*Curso de Direito Constitucional*. 40ª edição. Editora Saraiva. São Paulo. 2015. p. 444.

<sup>324</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais... Op. Cit.*, p. 200-205.

<sup>325</sup> FROMONT, Michel. *Justice constitutionnelle comparée*, Paris, Dalloz, 2013. p. 373.

<sup>326</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *A justiça Constitucional em Sociedade Democrática*. In *Revista Julgar*, nº 34. Lisboa. 2018. p. 102.

<sup>327</sup> CORREIA, Fernando Alves... *Justiça Constitucional... Op. Cit.* p.49.

<sup>328</sup> Para maiores digressões a respeito das tarefas e objetivos da interpretação constitucional *vide* PETER HÄBERLE. *Hermenêutica constitucional... Op. Cit.*, p. 11 e seguintes.

<sup>329</sup> QUEIROZ, Cristina. *Os Actos Políticos... Op. Cit.* p. 217.

De fato, parece imperativa a existência de uma fronteira, um *limite de competências* para a atuação do controle constitucional, não se mostrando diferente quando cotejado o controle jurisdicional dos atos políticos. Pelo contrário! Como já exposto, a delimitação de um conceito para o chamado ato político encontra grande divergência doutrinal, tendo como *punctum saliens* a interpretação da teoria da separação dos poderes.

Veja-se que, em um primeiro momento antecessor à própria teoria da separação dos poderes, Aristóteles já apresentava a estrutura do Poder Judiciário (tratando-o na acepção de *tribunais*) dividido-o em três principais pontos de vista: as pessoas (se a *todos* ou apenas a *uma certa classe*); A natureza das causas (as diferentes *espécies* de tribunais); E o modo de nomeação dos juízes (se por *eleição* ou *sorte*).<sup>330</sup> Expunha os *tribunais* dando conta da existência de oito principais *espécies*, não obstante a possibilidade de desmembrá-los em sub *espécies*<sup>331</sup> - mas sempre com olhos atentos à necessária boa condução da justiça, “(...) *por que não sendo ela bem-administrada, surgem discórdias e tumultos graves no Estado*”.<sup>332</sup>

Já na obra “O espírito das leis” – principal pergaminho de exposição da teoria orquestrada por Montesquieu, e que dá azo à separação tripartite evidenciada nos ordenamentos jurídicos modernos do Ocidente – a preocupação quanto ao detalhamento conferido ao Poder Judiciário não foi diferente, ressaltando que (...) *tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor*”.<sup>333</sup>

Em evidente preocupação quanto à necessária harmonia entre os poderes do Estado, Montesquieu deliberou sobre os mecanismos de freios e contrapesos (*checks and balances*) que devem integrar o Estado, de modo a possibilitar que um poder não anule ou impeça a atuação do outro, afirmando, dentre outras tantas oportunas constatações, que “*para que*

---

<sup>330</sup> ARISTÓTELES. *A Política*, Introdução de Ivan Lins, Trad. de Nestor Silveira Chaves, Ed. Especial (Saraiva), Nova Fronteira: Rio de Janeiro. 2011. N.p.

<sup>331</sup> ARISTÓTELES. *A Política... Ob. Cit.* N.p.

<sup>332</sup> ARISTÓTELES. *A Política... Ob. Cit.* N.p.

<sup>333</sup> MONTESQUIEU. Charles de Secondat. *O espírito das leis... Op. Cit.*, p. 168.

*aquele que executa não possa oprimir, é preciso que os exércitos que se lhe confiam sejam do povo e tenham o mesmo espírito do povo (...)*”.<sup>334</sup>

Como se pode observar da obra em comento, amparado em uma concepção restrita no tocante à atuação dos juízes, Montesquieu professou algumas reticências ao julgamento dos atos daqueles que exerciam o governo (em uma acepção muito próxima ao *ato político* aqui em comento) confiando ao Legislativo (ou uma parte dele [e não ao Judiciário]) as atribuições de julgamento dos nobres governantes.<sup>335</sup> Como se vê, já em sua gênese e calcado em mecanismos de freios e contrapesos, a teoria da separação dos poderes elenca a necessidade de interação entre os poderes, numa espécie de *diálogo* que objetive a justa e bem delineada administração do Estado em prol da sociedade.<sup>336</sup>

Por um lado, é necessário que se assegure a independência dos poderes do Estado, atribuindo-lhes segurança e lisura em seu *mister*. De outro, é necessário um parâmetro comum, um *standard*, que deve ser necessariamente seguido por todos: a lei.

Nesse caso, a Constituição.

Outrossim, não deixando de olvidar a clara posição de Montesquieu sobre a postura que deveria ser adotada pelos magistrados<sup>337</sup>, é certo que, atualmente, a Constituição serve como parâmetro de validade dos atos do Poder Público,<sup>338</sup> e o respeito aos seus princípios é condição *sine qua non* para a persecução dos objetivos de uma nação – dando azo ao cotejo judicial das ações de um governo.

Desta forma, embora os atos de governo guardem em seu bojo uma grande carga discricionária, ainda assim, estão subordinados à Carta Magna. Em contexto muito próximo vale asseverar a doutrina de Marco Caldeira, que vislumbra o ato político como

---

<sup>334</sup> MONTESQUIEU. Charles de Secondat. *O espírito das leis... Op. Cit.*, p. 176.

<sup>335</sup> MONTESQUIEU. Charles de Secondat. *O espírito das leis... Op. Cit.*, p. 176-177.

<sup>336</sup> Por obséquio, e diante da já anteriormente citada constituição Venezuelana, e não obstante o infeliz desfecho político em que se encontra aquele país atualmente, é oportuno transcrever certa parte do artigo 136 (em verdade o seu parágrafo único) onde resta positivada uma previsão que dá cabo dessa esperada harmonia, sedimentando que “*Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe se ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado.*”

<sup>337</sup> Em transcrição *ipsis literis* de suas palavras, acompanhadas da tradução para a língua portuguesa: “(...) *os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor.*” (In MONTESQUIEU. *O espírito das leis... Op. Cit.*, p. 175).

<sup>338</sup> MIRANDA, Jorge. *Fiscalização da Constitucionalidade... Op. Cit.*, p. 200.



imediatamente subordinado à Constituição, servindo, esta, inclusive, como um de seus parâmetros de validade.<sup>339</sup>

Pois bem. Acerca do princípio da separação dos poderes, os Tribunais Constitucionais de ambos os países que são palco do estudo aqui empreendido já revelaram ampla atividade cognitiva na busca da condensação daquilo que se entende como adequado à limitação das três esferas de poder.

Vejamos, *ab initio*, o caso brasileiro.

O julgamento do Mandado de Segurança nº 23.452, do Rio de Janeiro,<sup>340</sup> tratou de discorrer acerca do alcance e abrangência deste princípio basilar de nosso regime democrático, sedimentando que o princípio da separação de poderes concentra como objetivo precípua o impedimento da formação de *instâncias hegemônicas* de poder no âmbito do Estado. A ação em deslinde dizia respeito a um mandado de segurança, impetrado para fazer frente a um ato de presidente de Comissão Parlamentar de Inquérito,<sup>341</sup> que determinou a quebra de sigilo bancário, telefônico, dentre outras providências, tendo supostamente afetado direitos e garantias do impetrante. Em suma, inobstante o mérito travado, que dizia respeito às interceptações telefônicas levadas a efeito, tratava-se da seguinte questão preambular: pode o Judiciário, através da Suprema Corte, controlar os atos praticados pelo Legislativo, quando em âmbito das CPI's?

A questão em voga passou a ser tratada sob o principal prisma do princípio da separação dos poderes, perquirindo o real alcance e o sentido que se extrai deste instituto. Sobre o tema, o Min. Relator Celso de Mello se apressou logo em votar pela admissibilidade da atuação judicial em detrimento das decisões políticas tomadas pelo Legislativo. Argumentou, em suma, que a teoria da *limitação de poderes* consagrada na Constituição brasileira detém o condão de “(...) impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder

---

<sup>339</sup> Nesse sentido, cola-se de sua obra: “(...) sendo a função política uma função primária e imediatamente subordinada à Constituição, (...) e integrando-se os actos políticos na categoria de actos jurídico-constitucionais, (...) é pois na Constituição que, em primeira linha, devem procurar-se parâmetros de validade dos actos políticos.” CALDEIRA, Marco. *Actos políticos...* Op. Cit., p. 101.

<sup>340</sup> Com publicação do acórdão em 12 de maio do ano 2000, e de relatoria do Min. Celso de Mello, encontra-se disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur20720/false>. Acesso em: 30/04/2021.

<sup>341</sup> As comissões parlamentares de inquérito (CPI) são confiadas aos membros do Poder Legislativo, e, na forma do art. 58, §3º, da CRFB, são criadas com o objetivo de promover a investigação de fatos determinados, para que, a depender de suas conclusões, encaminhem ao Ministério Público um ofício para apuração de eventual responsabilização civil ou criminal dos infratores. Ainda sobre a CPI: consultar a Lei nº 1.579, de 18 de março de 1952, que dispõe sobre a sua organização e dá outras providências.

*no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional.”*<sup>342</sup>

Em seu argumento, reforçou que a noção extraída do princípio da separação dos poderes assegura que eventual transgressão, praticada por qualquer dos poderes em detrimento das liberdades públicas e direitos e garantias individuais, pode e deve ser rechaçada pelo Poder Judiciário, ao que designou (fazendo justa referência a João Mangabeira) como uma *proteção irresistível*.

Como se percebe, e na linha do que vem sendo interpretado hodiernamente, o Supremo Tribunal Federal brasileiro parece interpretar o princípio da separação dos poderes de modo a admitir uma ação mais cogente por parte do Judiciário, principalmente quando se trata de eventuais excessos praticados pelos demais poderes da República.<sup>343</sup>

Já em âmbito português, a questão parece ser tratada de forma auspiciosa, a exemplo daquilo que foi condensado no acórdão de número 24/98, no qual restou asseverado que o princípio da separação de poderes significa uma verdadeira *essentialia* do Estado de direito democrático.<sup>344</sup> No caso em espeque, o Tribunal Constitucional português tratou de analisar as dúvidas do Presidente da República quanto à constitucionalidade das normas previstas no Decreto nº 196/VII, da Assembleia da República, em regime de controle preventivo de constitucionalidade. A *quaestio* fundamental girava em torno do conceito de *reserva funcional* da Administração, que, em tese, poderia ter sido violada pelas normas criadas pelo Parlamento.

Nesse diapasão, asseverou o Tribunal que o ponto de convergência da análise de constitucionalidade passava pela adequada delimitação e alcance do princípio da separação dos poderes expressos na Constituição, que, aliás, havia sido recentemente *aditada* pela Lei Constitucional nº 1/97, e que fez constar precisa referência ao termo “*separação e interdependência de poderes*” junto ao artigo 2º da CRP.

---

<sup>342</sup> A citação em relevo consta na página de número 9 do acórdão anteriormente referenciado.

<sup>343</sup> De fato, ao que se percebe, a súmula bem condensada no acórdão em comento passou a ser amplamente referenciada nos julgamentos que a sucederam, a exemplo do RE 259335 (Rel. Min. Maurício Corrêa, de 07/12/2000) e RE 576249 (Rel. Min. Ayres Britto, de 26/04/2012), ambos do STF.

<sup>344</sup> O acórdão em comento encontra-se disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980024.html>. Acesso em: 05/05/2021.

Como bem retratado no acórdão, o princípio em voga – que antes “*aparecia apenas formulado a propósito da organização do poder político*”<sup>345</sup> – passou a constar expressamente nas *bases da República Portuguesa*, integrando a fundamentação sopesada no *decisum*. Não obstante, é oportuno asseverar que, ao julgar o feito, o tribunal fez expressa referência ao emblemático acórdão nº 1/97, que, em seu teor, pautado na expressão contida do antigo artigo 114º, nº 1 (atual artigo 111º, nº 1) da CRP, fez referência ao princípio da separação dos poderes como um sistema que organiza a atuação das esferas de poder, objetivando ações de Estado que privilegiem a *filosofia anti-absolutista* e de *moderação*,<sup>346</sup> ou seja, que um órgão de soberania não atue de modo a invadir as funções *essencialmente* reservadas a outro. Seria, pois, este princípio, contrário à noção de concentração de poderes vivenciada no passado.

Ademais, em tributo ao Parecer nº 16/79, da Comissão Constitucional, concluiu-se que eventual afronta ao princípio da divisão e repartição de poderes entre os diferentes órgãos de soberania é caracterizada “*sempre que um órgão de soberania se atribua, fora dos casos em que a Constituição expressamente o permite ou impõe, competência para o exercício de funções que essencialmente são conferidas a outro e diferente órgão*”.<sup>347</sup>

De fato, a discussão travada junto a estes últimos acórdãos revela o apreço com que deve ser (e sempre foi) tratada a matéria, eis que, sem sombra de dúvidas, faz parte da essência constitucional que dá supedâneo ao Estado democrático retratado na Constituição. Com efeito, tal entendimento aponta o princípio da separação dos poderes para uma ideia de equilíbrio, a exemplo da expressa referência constante do acórdão nº 317/86 do Tribunal Constitucional português.<sup>348</sup>

---

<sup>345</sup> A expressão grifada é transcrição colacionada do acórdão em comento, junto ao excerto 21.

<sup>346</sup> Por oportuno, colaciona-se parte do acórdão nº 1/97, nomeadamente a declaração de voto de Fernando Alves Correia, que assim preleciona: “*É sabido que o princípio da separação de poderes (ou da divisão de poderes, como alguns preferem chamar-lhe) constitui um princípio essencial da estruturação do Estado democrático. A sua importância (antiga e actual) reside na filosofia a anti-absolutista e de moderação que ele, clara e lapidaramente, encerra.*” Íntegra do acórdão disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19970001.html>. Acesso em: 05/05/2021.

<sup>347</sup> A referência consta em ambos os acórdãos mencionados até aqui, nomeadamente pelo voto de José de Sousa e Brito.

<sup>348</sup> Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19860317.html>. Acesso em: 05/05/2021.

De mais a mais, oportuno mencionar aquilo que consubstanciado no acórdão nº 510/2016<sup>349</sup>, deixando claro que o princípio da separação de poderes não significa uma simples distribuição de funções entre os órgãos do Estado, mas reflete em uma verdadeira noção de *colaboração e articulação funcional* entre eles, fruto da sua interdependência, de modo a cooperar nos rumos da nação. De mais a mais, nos termos do acórdão nº 395/2012, “*isso não impede que se reconheça quer a existência de domínios claramente identificados e delimitados de competência exclusiva da Administração (...)*”<sup>350</sup> revelando presente a chamada *teoria do núcleo essencial das funções*.

#### 4.6.1. Da separação dos poderes como pedra angular do controle de constitucionalidade dos atos políticos: a teoria se mostra autorizativa ou impeditiva?

Como visto, a teoria da separação dos poderes inclina para a descentralização do poder, arquitetando uma divisão de funções do Estado em uma sintonia fina: de um lado, previne o monopólio do poder nas mãos de uma só pessoa ou entidade; de outro, cria ferramentas de contrabalanço, aptas a frear atuações exacerbadas.

Nesse norte, não há que se admitir a explícita intromissão de um poder na atuação do outro de modo a surrupiar as suas atribuições constitucionais. Porém, do mesmo modo, é temerário admitir a existência de um limbo jurídico onde não se possam exercer forças contrárias aos atos que se mostrem em desacordo com aquilo que resta estabelecido na Constituição regente. Em outras palavras, significa dizer que a ausência de uma ferramenta de contrapeso atuaria de modo a tornar falha a atuação do Estado, nomeadamente na ocasião de o ato político se mostrar contrário aos ditames constitucionais.<sup>351</sup>

---

<sup>349</sup> É de se notar que o trabalho dispensado ao princípio da separação dos poderes nos acórdãos nº 1/97 e 24/98 vem sendo referenciado até os dias de hoje, a exemplo daquilo que consta no acórdão nº 214/2011. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160510.html>. Acesso em: 05/05/2021.

<sup>350</sup> Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120395.html>. Acesso em: 06/05/2021.

<sup>351</sup> Veja-se que – nos termos do art. 4º da Lei nº 1.079/50 – eventuais atos considerados como atentatórios à Constituição podem ser censurados juridicamente, inclusive com a perda do cargo e a consequente inabilitação temporária do Chefe do Poder Executivo brasileiro. No ordenamento jurídico da Itália não é diferente, conforme ensina Roberto Bin (*et al*) (*In Diritto Pubblico*, Ed. G. Giappichelli, Torino, 2017, p. 539) ao referir que o sistema constitucional italiano (junto ao artigo 90.1 da Constituição da Itália) prevê hipótese de responsabilização do Presidente da República em casos de “*attentato alla Costituzione*”.

Com efeito, enxerga-se no princípio da separação dos poderes uma via de mão dupla em relação ao controle de constitucionalidade dos atos políticos: impeditiva, quando inadmite a intromissão de um poder no conteúdo essencial da atuação do outro, de modo a embaraçar-lhe o livre funcionamento; Autorizativa, quando verificado que mesmo os atos políticos não podem estar blindados aos comandos relacionados na Constituição, o que atrai a necessidade de uma ferramenta de verificação do seu acerto aos princípios constitucionais.

À evidência da teoria da separação dos poderes é certo que deve haver *espaços de conformação política aos órgãos de soberania*<sup>352</sup>, que poderão operar seu *mister* público nos termos assegurados na Constituição (de forma discricionária), nos quais o Poder Judiciário não deve adentrar o mérito, inclusive exercendo *auto limitação*<sup>353</sup> em sua judicância. Entretanto, considerando a abrangência da concepção moderna do Estado de Direito, mesmo esses espaços não permitem que o agir institucional interfira na ordem constitucional vigente, sob pena de incorrer em *ativismo judicial*, qual seja, atividade jurisdicional de intromissão em esfera de poder alheia que vá além da noção de “*checks and balances*”, nocivo à sociedade democrática.<sup>354</sup>

#### *4.7. O papel dos Tribunais Constitucionais como garante do princípio da separação dos poderes*

O relevante papel desempenhado pelos Tribunais Constitucionais em uma democracia revela que esse importante órgão de justiça convive em um binômio com o princípio da separação dos poderes.<sup>355</sup> De um lado, lhe serve como *garantia*, de outro, encontra nele um de seus principais limites funcionais.<sup>356</sup>

---

<sup>352</sup> SCHÄFER, Jairo Gilberto. *O problema da fiscalização...* Op. Cit. p. 80.

<sup>353</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional...* Op. Cit., p. 1.309

<sup>354</sup> PINTO, Hélio Pinheiro. *A Expansão do Supremo...* Op. Cit., p.51-55.

<sup>355</sup> Por aqui, relembre-se aquilo que já asseverado por Fernando Alves Correia (in *Justiça Constitucional... Op. Cit.*, p. 143) ao discorrer sobre a legitimidade dos Tribunais Constitucionais, de que “(...) só em uma democracia é possível a existência de um Tribunal Constitucional ou mesmo uma jurisdição constitucional que tenha como objeto o controle da constitucionalidade das leis.”

<sup>356</sup> E nesse sentido é de extrema pertinência o pensamento exarado por Fernando Alves Correia, onde assevera a existência desta relação, *in verbis*: “*Importa acentuar que, se a justiça constitucional constitui um garante da observância do princípio da separação de poderes pelos diversos órgãos do Estado, também este princípio estruturante do Estado constitui um limite à jurisdição constitucional, no sentido de que os órgãos da jurisdição constitucional não podem invadir o núcleo essencial dos restantes poderes do Estado, designadamente entrar nos terrenos da chamada liberdade de conformação do legislador ou da denominada*

De fato, na qualidade de *órgão essencial da regulação política*, o Tribunal Constitucional português exerce diversas funções de cariz fundamental à ordem democrática, centralizando em seu *mister* importantes competências no que tange aos partidos políticos, às eleições e aos referendos.<sup>357</sup> Quanto ao Supremo Tribunal Federal brasileiro, embora não lhe sejam confiadas tamanhas funções de cunho eleitoral – haja vista a existência, no Brasil de órgão específico para a regulação eleitoral (o Tribunal Superior Eleitoral), ainda assim lhe são reservadas importantes atribuições no processo eleitoral.<sup>358</sup>

E nessas (e diversas outras) atribuições democráticas reservadas aos Tribunais Constitucionais, resulta a verificação de uma especial relevância no seu papel de garante dos equilíbrios consubstanciados na teoria tripartite, qual seja, a *separação horizontal de poderes*.<sup>359</sup>

Mais do que isso, além de preservar a harmonia e independência entre os poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, mantendo-os em adequado patamar de igualdade, o Tribunal acaba também por exercer papel angular na chamada *separação vertical de poderes*. Trata-se da mais lúdima função de manutenção da *unidade* do Estado, seja em favor da preservação do pacto *federativo*<sup>360</sup> ou de um sistema *unitário*.<sup>361</sup> Constatam exemplos no artigo 102, I, alínea “f” da CRFB<sup>362</sup>, e do artigo 6º, nº 1 da CRP<sup>363</sup>, respectivamente em

---

*discricionariedade legislativa, baseada no princípio democrático da maioria, através da sobreposição das opções políticas dos juízes às legítimas opções políticas do legislador.”*. CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional... Op. Cit.* p.51.

<sup>357</sup> CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional... Op. Cit.* p. 402-403. A exemplo e consoante os ensinamentos contidos na obra referenciada, o Tribunal Constitucional português atua como “(...)Tribunal Supremo em matéria eleitoral, cabendo-lhe, em geral, julgar em última instância a regularidade e a validade dos atos do processo eleitoral (...)” (p. 405). Ainda, quanto aos referendos, elenque-se a especial atribuição contida no artigo 223, nº 2, alínea f, da CRP, qual seja, a de “*Verificar previamente a constitucionalidade e a legalidade dos referendos nacionais, regionais e locais, incluindo a apreciação dos requisitos relativos ao respetivo universo eleitoral.*”.

<sup>358</sup> Como exemplo, note-se que a composição dos membros do TSE – onde três de seus sete membros serão ministros do STF (art. 119, I, alínea a) e cuja presidência será exercida obrigatoriamente por ministro do STF (parágrafo único do art. 119 da CRFB).

<sup>359</sup> CORREIA, Fernando Alves, *Justiça Constitucional... Op. Cit.* p.407.

<sup>360</sup> FROMONT, Michel. *Justice constitutionnelle comparée... Op. Cit.*, p. 373.

<sup>361</sup> CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional... Op. Cit.* p.408.

<sup>362</sup> Que assim dispõe: “*Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: (...)f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;*”.

<sup>363</sup> Que assim dispõe: “*O Estado é unitário e respeita na sua organização e funcionamento o regime autonómico insular e os princípios da subsidiariedade, da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática da administração pública.*” Para a devida análise da divisão da forma de Estado

relação às formas de Estado acima arroladas. Como logo se denota, em ambas as modalidades está clarificado o verdadeiro alcance da justiça constitucional, revelando que a sua atuação não serve apenas como entidade externa e alheia aos três poderes do Estado, mas como peça-chave, parte integrante da ordem constitucional.

Desta forma, à guisa de todo o exposto é oportuno salutar pela legitimidade dos Tribunais Constitucionais para perquirir eventuais equívocos reputados inconstitucionais por aqueles incumbidos de praticar os atos políticos, eis que situados em mesmo diapasão no que toca à condução da ordem democrática em supedâneo ao que estabelecido na Lei Fundamental.

Por evidente, ao se cogitar a possibilidade de o Poder Judiciário perquirir o acerto de um ato político, é prudente que se tenha a cautela de determinar eventuais limites ou parâmetros desse controle. Neste ponto, insere-se como pedra angular a concepção de Vital Moreira, que, em sua obra, menciona que em decorrência do *princípio da maioria*, se exige o respeito à separação dos poderes a fim de conferir fundamento à atuação do Tribunal Constitucional, sem o qual, poderia vir a ser questionada a própria legitimidade da justiça constitucional.<sup>364/365</sup>

Eis aí um dos limites manifestamente aplicáveis ao alcance da jurisdição dos Tribunais Constitucionais, enaltecendo a repartição de poderes concebida na gênese de formação do Estado, sem a qual aproximar-se-ia perigosamente do indesejável monopólio de poder.

---

adotada por Portugal em tempos hodiernos, vide: CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional... Op. Cit.* p.408-410, inclusive notas de rodapé.

<sup>364</sup> MOREIRA, Vital. *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade*. In: Vários autores. Legitimidade e legitimação da justiça constitucional. Coimbra: Coimbra, 1995.p.195-196.

<sup>365</sup> Nesse mesmo diapasão, Anna Cândida da Cunha Ferraz (*apud* André Ramos Tavares) professa que “no desdobramento constitucional do esquema de poderes, haverá um mínimo e um máximo de independência de cada órgão de poder, sob pena de se desfigurar a separação, e haverá, também, um número mínimo e um máximo de instrumentos que favoreçam o exercício harmônico dos poderes, sob pena de, inexistindo limites, um poder se sobrepor ao outro poder, ao invés de, entre eles, se formar uma atuação ‘de concerto’”. In “*Conflito Entre Poderes, p. 14*”. Como mencionado, a citação é referenciada na obra “*Curso de Direito Constitucional... Op. Cit.*” de André Ramos Tavares.

#### 4.8. Dos instrumentos de resolução de litígios constitucionais

Em âmbito da judicialização dos conflitos que advém dos atos praticados pelas diversas instâncias do Estado, notadamente o litígio travado entre a Federação e os Estados, e as respectivas entidades (órgãos), toma lugar preponderante o Tribunal Constitucional, que, ao julgar os chamados *litígios constitucionais*<sup>366</sup>, serve não apenas como garantidor do princípio da *separação dos poderes*, mas também atua na função de protetor da integridade do pacto federativo.

No caso brasileiro, a previsão expressa consta do art. 102, f, da CRFB, que confere competência ao Supremo Tribunal Federal, para processar e julgar as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta.<sup>367</sup> Deste conceito, logo se percebe a ausência de previsão legal em relação aos conflitos que envolvem os municípios, e que, segundo o atual entendimento do STF, não ensejaria um conflito apto a atrair a competência originária a este órgão supremo. Ademais, a ferramenta em questão seria destinada àqueles conflitos que ponham em causa a integridade do pacto federativo.<sup>368</sup>

A respeito de sua aplicabilidade prática, há que se referenciar o julgamento da Reclamação nº 3.331, onde o Supremo Tribunal Federal tratou da competência para julgar ação popular que impugnava atos ministeriais que, dentre outros objetos, demarcou a reserva indígena “Raposa Serra do Sol”.<sup>369</sup> A ferramenta em tela encontra semelhanças com as

---

<sup>366</sup> CORREIA, Fernando Alves, *Justiça Constitucional... Op. Cit.* p.49 e seguintes.

<sup>367</sup> A referência apontada é paráfrase do art. 102, alínea “f”, da CRFB.

<sup>368</sup> Conforme se observa da jurisprudência condensada na ementa do ACO nº 1.295, de 14/10/2010, de relatoria do Min. Dias Toffoli, “*A literalidade do art. 102, I, “f”, da Constituição não indica os municípios no rol de entes federativos aptos a desencadear o exercício da jurisdição originária deste Tribunal.*”. Ainda segundo a citada orientação, o objeto desta ferramenta de justiça constitucional é destinado àqueles conflitos que coloquem em causa o pacto federativo. Entretanto, esse direcionamento não tem o condão de ampliar a competência definida na Constituição, na qual o constituinte originário deixou de incluir os municípios. Ainda, haveria que se fazer distinção entre os chamados *conflitos entre entes federados* e os *conflitos federativos*. E nesse ponto, com informações colhidas do texto ementado, constata-se que “*enquanto no primeiro, pelo prisma subjetivo, observa-se a litigância judicial promovida pelos membros da Federação, no segundo, para além da participação desses na lide, a conflituosidade da causa importa em potencial desestabilização do próprio pacto federativo.*”. Ademais, a competência originária do STF seria devida apenas em relação a esses últimos, os chamados *conflitos federativos*. Acórdão disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur185595/false>, com último acesso em: 10/05/2021.

<sup>369</sup> O acórdão em apreço, publicado em 17 de novembro de 2006, e que contou com a relatoria do Min. Carlos Britto, tratou de discutir, através de *reclamação constitucional*, a competência do STF para julgar conflitos decorrentes de ações judiciais em que estava em causa a demarcação de terras indígenas através da Portaria nº 534/05, emitido pelo Ministério da Justiça (União) e que foi impugnado por particulares através de ação



soluções escritas em Constituições de âmbito europeu, a exemplo da espanhola, que atribui ao Tribunal Constitucional daquele país a competência para conhecer “*os conflitos de competência entre o Estado e as Comunidades Autônomas, ou destas entre si*”,<sup>370</sup> e também os conflitos entre órgãos constitucionais do Estado.<sup>371</sup> Do mesmo modo, há que se referenciar a existência de mecanismos parecidos na Alemanha, cabendo ao Tribunal Constitucional Federal decidir sobre as controvérsias provenientes do conflito entre a Federação e os Estados, e demais casos previstos em legislação própria.<sup>372</sup>

Como se percebe, os instrumentos *sub judice* traduzem uma verdadeira competência, entregue ao Tribunal Constitucional e semelhantes, para laborar na busca pela simbiose de atuação entre os Poderes, servindo como fiel da balança ao perquirir o acerto dos atos estatais. Ainda assim, em específica referência ao *case* “Raposa Serra do Sol”<sup>373</sup>, é possível observar que o Supremo Tribunal Federal, de certa forma, passou a admitir uma espécie de controle de ato político, pois analisou o acerto da decisão política consubstanciada na já mencionada Portaria nº 534/05, do Ministério da Justiça.

#### *4.9. Poderia o Judiciário substituir o comando depositado no ato político?*

Como visto, e, diante de todas as acepções até então esmiuçadas, parece emergir uma parcial aceitação para que os atos políticos possam vir a ser submetidos ao crivo do controle jurisdicional de constitucionalidade. Apesar das inúmeras e adequadas reticências

---

popular. Ao ponto em que julgou procedente a reclamação, é oportuno destacar uma interessante questão que se observa quando da argumentação esboçada no acórdão, onde o STF admitiu a própria competência para julgamento do feito, mesmo para aquelas ações populares em que o peticionante não é Estado-membro, mas particulares que *pretendem agir no interesse de um Estado-membro*. O mesmo sentido foi adotado no julgamento da Reclamação nº 12.957, publicado em 04 de novembro de 2014 e cuja relatoria foi incumbida ao Min. Dias Toffoli, nomeadamente quando do julgamento das questões que envolviam o Processo de tombamento da região conhecida como “Encontro das Águas dos Rios Negro e Solimões” (disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur283080/false>, acesso em: 11/05/2021).

<sup>370</sup> A referência é tradução própria do artigo 161, nº 1, “c”, da Constituição da Espanha, e que encontra regulação no artigo 59º, 60º, e seguintes, da Lei do Tribunal Constitucional espanhol, e regula a possibilidade de *conflitos negativos e positivos* de competência. Sobre o tema, inclusive para uma abordagem sobre a competência para interpor os recursos mencionados: CORREIA, Fernando Alves, *Justiça Constitucional... Op. Cit.* p.52-53.

<sup>371</sup> Em linha com o que referido anteriormente, o artigo 73º da Lei do Tribunal Constitucional espanhol faz referência ao processo que envolve as mais altas instâncias do Estado, admitindo a abertura de processo para resolver conflitos decorrentes da atuação dos órgãos constitucionais, nomeadamente a invasão de atribuições, sendo possível, inclusive, que o Tribunal Constitucional daquele país declare nulo o ato eivado de inconstitucionalidade.

<sup>372</sup> Cfr. CORREIA, Fernando Alves, *Justiça Constitucional... Op. Cit.* p.52.

<sup>373</sup> Nesse caso, mais especificamente quando do julgamento da *actio* principal, nomeadamente a Petição nº 3.388, julgada em 19 de março de 2009, com relatoria do Min. Ayres Britto.

que devem ser opostas quando do implemento de seu controle, parece correto afirmar que, em de excepcionais circunstâncias, é merecida a correção judicial dos atos políticos.

Ocorre que, de tal premissa, surgem diversos questionamentos práticos e teóricos acerca da implementação dessa forma de controle. No que tange ao aspecto prático (diga-se, talvez, processual) é certo que a resposta se mostra diferente em âmbito dos dois países aqui estudados. No Brasil, de forma mais simplória, admitir-se-ia o controle dos atos políticos mediante a deflagração das ações constitucionais comumente utilizadas, seja pela via concentrada ou difusa. Em últimos casos, possível até mesmo o advento da *petição avulsa*, a exemplo do instrumento processual utilizado no caso Battisti (Petição Avulsa na Extradução nº 1.085) já mencionado nesse estudo. Já em terras lusitanas, diante da aparente ausência de competência do Tribunal Constitucional, e da vedação de apreciação da matéria por parte dos Tribunais Administrativos, a *ultima ratio* mais comumente mencionada pela doutrina seria a via incidental.<sup>374</sup>

Nesse ponto, e de modo mais incisivo, a maestria de Licínio Lopes Martins pondera que o escrutínio dos atos políticos ao controle de constitucionalidade, nomeadamente aqueles em que a *Constituição estabelece um procedimento próprio* para a sua formação, ou seja, para controlar critérios *estritamente jurídicos*, deve ser entregue unicamente ao Tribunal Constitucional.<sup>375</sup> De fato, parece adequado admitir que, ao menos em situações excepcionais (como no caso de incompetência do órgão que o pratica), o ato político possa ser combatido através da atuação jurisdicional. Ademais, conforme insistentemente mencionado pela doutrina que argumenta pela admissibilidade desse controle em especial, a própria Constituição portuguesa trata de fulminar com *inexistência jurídica* o ato que não cumpra com os requisitos formais pré estabelecidos.<sup>376</sup>

---

<sup>374</sup> MIRANDA, Jorge. *Fiscalização da Constitucionalidade... Op. Cit.*, p. 198. No mesmo sentido, apontando para a arguição por via de exceção (a título indireto ou incidental): QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Actos de Governo... Op. Cit.*, p. 24.

<sup>375</sup> LOPES MARTINS, Licínio. *O conceito de norma na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Sep. de : Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. 75, Coimbra, 1999, pp. 599-648, p. 612-614. Da obra de Lopes Martins ainda se prospectam dois exemplos, fornecidos pelo próprio autor, em que restaria cabal a necessidade de controle jurisdicional da constitucionalidade de um ato político, a saber: “*No caso de o Presidente da República dissolver a Assembleia da República sem ouvir os partidos políticos e o Conselho de Estado;*” Ou ainda, conforme refere, no caso em que este líder de Estado nomear o “*Primeiro-Ministro sem ter em conta os resultados eleitorais*”.

<sup>376</sup> A exemplo, mencione-se a segunda parte do artigo 140º, o artigo 113º, 6, o artigo 172º, 2, e, mais especificamente, o disposto no artigo 137º, todos da CRP.

De qualquer sorte, e diante de um cenário de possível admissão da submissão dos atos políticos ao escrutínio do Judiciário, é inevitável questionar qual a forma mais adequada de fazê-lo. Seria a ocasião de criar um instrumento específico de acesso ao Tribunal Constitucional?

Pois bem. Como já visto, boa parte da doutrina que admite a sindicabilidade dos atos políticos ao controle de constitucionalidade o faz de modo a apontar ao Tribunal Constitucional como competente para fazê-lo, ou até mesmo o restante dos tribunais, de modo incidental, conforme alhures referenciado.<sup>377</sup> Nesse ponto, é oportuno salutar que eventual escrutínio dos atos políticos em controle jurisdicional de constitucionalidade deve ser condensado em uma instância superior, que, no caso da matéria em apreço, deve ser o Tribunal Constitucional. Nesse diapasão, outrossim, já apontaram Canotilho e Vital Moreira para aquilo que ponderam ser a solução *mais conforme com o princípio da constitucionalidade*, qual seja, “*alargar o controlo da constitucionalidade a todos os actos, mesmo não normativos, que executem imediatamente a Lei Fundamental*”.<sup>378</sup> Entretanto, como asseverado pelos próprios mestres, tal medida encontra óbice na própria Constituição portuguesa, haja vista a expressa previsão de inadmissão do controle de constitucionalidade, pelo Tribunal Constitucional, daquilo que não seja *norma*.

Certamente, diante da qualidade de *ato praticado pelas mais altas instâncias de poder*, usualmente um ato do Presidente da República<sup>379</sup>, parece prudente admitir que o cotejo da validade jurídico-constitucional que lhe dá fundamento seja feito por órgão de mesma hierarquia, uma última instância. Ademais, parece bem acertada a ponderação de Jorge Miranda, ao referir sobre a possibilidade de interposição da matéria de forma *incidenter tantum, inclusive perante o Tribunal Constitucional*, admitindo ao guardião da Constituição que faça valer o seu *mister* institucional.

De qualquer modo, ainda seria questionável a viabilidade de criação de um instrumento específico, e que se mostre apto a propor, diretamente, em âmbito de um Tribunal Constitucional ou semelhantes, a questão da inconstitucionalidade de ato político.

---

<sup>377</sup> A exemplo, nesse sentido: QUEIROZ, Cristina M. M. *Os Actos Políticos... Op. Cit.*, p. 188-189; E também MIRANDA, Jorge. *Fiscalização da Constitucionalidade... Op. Cit.*, p. 197-198.

<sup>378</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra Editora, Coimbra, 1991, p. 258.

<sup>379</sup> QUEIROZ, Cristina M. M. *Os Actos Políticos... Op. Cit.*, p. 189.

Veja-se, como exemplo, o *recurso de amparo*,<sup>380</sup> conhecida ferramenta de proteção aos direitos fundamentais em países como Espanha<sup>381</sup> e Alemanha<sup>382</sup>, e que, apesar de guardarem as suas próprias características<sup>383</sup>, tem como órgão julgador o Tribunal Constitucional e semelhantes, parecendo se mostrar como ferramenta que muito se aproxima ao objeto em deslinde.<sup>384</sup>

De qualquer sorte, é certo que o recurso de amparo não consta expressamente nos ordenamentos jurídico-constitucionais dos países que são os principais alvos deste estudo,<sup>385</sup> e, além do mais, são volumosas e contundentes as *objeções fundamentais, à introdução, em Portugal*, desta modalidade de recurso constitucional.<sup>386</sup> De outra baila, em solo brasileiro,

---

<sup>380</sup> Na mesma linha, Cristina Queiroz (in QUEIROZ, Cristina M. M. *Os Actos Políticos... Op. Cit.*, p. 183) ainda indica a existência, na Alemanha, da “*Verfassungsbeschwerde*”, cuja tradução aproximada levaria a uma espécie de *queixa* ou *reclamação* constitucional. A ferramenta constitucional em questão é disposta a qualquer pessoa (inclusive coletiva) titular de direitos fundamentais, cuja essência seja embaraçada por autoridade de Estado. Nesse sentido, e para um estudo aprofundado sobre as ferramentas de queixa constitucional em âmbito alemão: WIENBRACKE, Mike. *Einführung in die Grundrechte: Mit wirtschaftsjuristischem Schwerpunkt und dem Recht der Verfassungsbeschwerde*, Springer Gabler, Ed. FOM, 2013, p. 295 e seguintes.

<sup>381</sup> Na Espanha, o recurso de amparo encontra previsão expressa no artigo 53º, 3.

<sup>382</sup> Na Constituição da Alemanha, a *queixa constitucional* encontra previsão junto ao artigo 93º, nº 1, além de outros dispositivos pertinentes junto à Lei do *Bundesverfassungsgericht*.

<sup>383</sup> Como refere Peter Häberle, o recurso de amparo tedesco é subsidiário, contando com pressupostos de admissão específicos, indicados, por exemplo, no art. 90º da Lei do Tribunal Constitucional Federal Alemão, compreendendo a proteção de atos *mediatos* e *imediatos*, inclusive, ao que nos interessa, os atos do Poder Executivo. HÄBERLE, Peter. *O Recurso de Amparo no Sistema Germânico de Justiça Constitucional*. Direito Público, [S.l.], v. 1, n. 2, jan. 2010. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1395>>. Acesso em: 17 maio 2021. p. 113-116

<sup>384</sup> Apontando nesse sentido, Licínio Lopes Martins não descarta a possibilidade de utilização do recurso de amparo como instrumento processual adequado para fazer frente a *um ato político violador de um direito ou a uma liberdade fundamental* em países que já o tem previsto no ordenamento jurídico, a exemplo da modalidade prevista em El Salvador, Colômbia, Venezuela e Guatemala. Nesse sentido: LOPES MARTINS, Licínio. O conceito de norma... *Op. Cit.*, p. 614. O recurso de amparo ainda encontra previsão na Constituição do México, Argentina, Peru, dentre outros países sul-americanos. Sobre o tema, e para maiores digressões: AMARAL, Karina Almeida do. *O recurso de amparo como instrumento de proteção aos direitos fundamentais e sua relação com a arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XVIII, Bogotá, 2012, p. 13-35.

<sup>385</sup> Não obstante, em Portugal, é certo que o recurso de amparo foi motivo para diversas discussões em âmbito das Reformas Constitucionais propostas após a vigência da atual Carta Magna, as quais pretendiam incluir esta espécie de recurso no leque de ferramentas capazes de proteger direitos e garantias fundamentais, a exemplo da “*acção constitucional de defesa*” consubstanciada na Revisão de 1989. Nesse sentido, e para uma abordagem detalhada sobre as Revisões Constitucionais que pretenderam adicionar o *recurso de amparo* em Portugal: CORREIA, Fernando Alves. *A Justiça Constitucional em Portugal e em Espanha: encontros e divergências*, Santiago de Compostela: Servicio de Publicacions da Universidade de Santiago de Compostela, 1998, p. 63-69.

<sup>386</sup> A obra de Fernando Alves Correia (in *A Justiça Constitucional em Portugal e em Espanha... Op. Cit.*, p. 66-69) expõe quatro razões essenciais para a não admissão (quem sabe, rejeição, pelo parlamento português, quando da discussão legislativa) do recurso em espeque. Em primeiro, conforme expõe, encontra-se a dificuldade de harmonização do instituto com a atual conjectura do modelo de fiscalização de constitucionalidade português (um *modelo misto*, conforme já visitado nos tópicos anteriores). Ademais, em segundo lugar, pesa a existência de um já implementado arcabouço de *garantias constitucionais de tutela*

diante da inexistência de um recurso próprio, parte da doutrina tem admitido a utilização da ADPF com roupagem muito próxima a de uma *verfassungsbeschwerde*,<sup>387</sup> qual seja, como *ultima ratio* na defesa de situações de cunho individual.

Já no diapasão teórico, a questão se mostra mais desafiadora. Dentre outros limites atribuíveis quando do comando judicial nessa perspectiva, reverbera a questão sobre a possibilidade de o Poder Judiciário substituir o comando versado no ato político. Questiona-se: diante de eventual vício constatado no ato político, poderia o jurisdicionado implementar, de acordo com o seu bom alvitre, a solução que entende mais adequada?

A questão em voga foi proximamente esmiuçada por Alexandre Aragão, questionando “*se o Judiciário poderia, além de invalidar uma decisão administrativa, substituí-la*”.<sup>388</sup> E o suprassumo de sua opinião inclina positivamente para tal advento, desde que tal sucedâneo seja a *ultima ratio* existente.<sup>389</sup> Sublinhe-se, desde já, que a opinião em voga é certamente mais voltada aos atos da administração pública, que talvez não adentrem a esfera dos atos políticos, mas sim os atos administrativos.

Por aqui, e no que diz respeito aos atos políticos por excelência, não parece ser razoável admitir que o Judiciário lhes substitua o conteúdo. Isso, pois, se é verdade que o ato político encontra tamanhas reticências, tal cautela é conferida por conta da discricionariedade (amplo poder de escolha) reservada àquele que detém a competência

---

*jurisdicional efectiva*, dispostos aos cidadãos, para fazer face aos atos e desígnios da Administração Pública, revelando que a adoção de um novo sistema de proteção poderia se mostrar despicienda. *Tertio*, em um viés prático e relacionado à amplitude de titulares, refere-se ao prudente receio de uma “*inundação*” de recursos cuja análise caberia derradeiramente ao Tribunal Constitucional, situação capaz de inviabilizar a *operacionalidade* e *eficácia* deste último. Em derradeira análise, ainda é colocado à baila o temor quanto aos conflitos de competência entre o Tribunal Constitucional e os demais tribunais, eis que, a exemplo dos moldes usuais, o recurso de amparo poderia vir a combater as próprias decisões de outros tribunais. Os tópicos em questão dão conta da existência de inúmeras ferramentas de acesso ao Tribunal Constitucional português, seja pela via do controle concreto ou abstrato, e que cuidam de proteger os direitos fundamentais consagrados na Magna Carta. De qualquer sorte, o festejado doutrinador ainda cuida de ressaltar a pertinência do instituto em apreço, eis que, apesar da existência de diversos meios de acesso ao Tribunal, é de se reconhecer a eficácia e amplitude do recurso de amparo.

<sup>387</sup> Nesse sentido: MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional... Op. Cit.*, n.p.

<sup>388</sup> Em suas palavras: “(...)o Poder Judiciário só poderá suprir (em caso de omissão) ou substituir (no caso de invalidação) o ato da administração pública nos casos em que existirem elementos objetivos suficientes para que, do conjunto dos dados normativos e fáticos disponíveis, se possa extrair uma – e apenas uma – solução legítima, que poderá ser por ele aplicada.”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo... Op. Cit.*, p. 1.143.

<sup>389</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo... Op. Cit.*, p. 1.143.

constitucional para exercê-la, ou ainda ao *núcleo essencial* de função política que é confiada ao Governo. Salvo melhor juízo, admitir que o Judiciário edite ou module os efeitos de um ato político, viria a caracterizar intromissão nas funções alheias, sendo claramente contrário ao princípio da separação de poderes. Nesse ponto, observe-se os diversos apontamentos anteriormente já narrados, quais sejam: a de que o Judiciário não pode se imiscuir no *mérito político* da matéria que é objeto de controle;<sup>390</sup> de que a Corte Constitucional deve atuar como legislador negativo<sup>391</sup>; dentre outras.

Nesse turno e em âmbito brasileiro, Rodrigo Mascarenhas traça um interessante paralelo, e que se faz cabo da interpretação do princípio constitucional da *eficiência* (art. 37 da CRFB) em relação ao resultado prático das questões políticas. Conforme reverbera, à sombra do aludido princípio, *a priori* e em uma interpretação purfunctória, “*basta afirmar que qualquer política que não tenha alcançado seu objetivo não foi eficiente e, se não foi eficiente, violou a constituição*”<sup>392</sup>. Entretanto, conforme asseverado pelo autor, tal alinhamento não se mostra tão simples.

Afinal, uma decisão que não alcança o resultado adequado, poderia vir a colocar em cheque o ato praticado pela administração pública, através de seus agentes, como malfadado e inconstitucional? Nos parece, definitivamente, que não. A análise do princípio da eficiência não se mostra oponível aos atos políticos por excelência, que, como já ressaltado, guardam ínsitos em seu bojo embrionário uma natureza jurídica própria, discricionária, não se sujeitando ao modelo tradicional de controle jurisdicional de constitucionalidade. Já em outro diapasão, a aplicabilidade do referido preceito se mostraria mais adequada quando da judicialização dos atos administrativos, decorrentes da vontade de lei infraconstitucional.

De todo o exposto, parece difícil conceber que a decisão judicial substitua o comando político contido no ato, sem que, necessariamente, acabe ponderando critérios de conveniência e oportunidade, os quais, estes sim, são reservados como *espaços de*

---

<sup>390</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed... *Op. Cit.*, p. 1.309.

<sup>391</sup> CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional*... *Ob. Cit.* p. 116. Também nesse sentido a doutrina de Kelsen, citada por NERY JR, Nelson. ABOUD, Georges. *Direito Constitucional*... *Op. Cit.*, p. 648-649.

<sup>392</sup> MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *A responsabilidade constitucional dos agentes políticos*, Tese de doutoramento em Direito (Direito Público), apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação de Maria Benedita Malaquias Pires Urbano, Coimbra, 2019, p. 105.

*conformação política aos órgãos de soberania.*<sup>393</sup> De forma muito próxima, e de acordo com um lapidado racicínio, Jorge Reis Novais indica que o dever do Estado em proteger os direitos passa pela reserva do *politicamente oportuno*, o que *enfraquece a intensidade do controlo judicial*, na medida em que deve ser resguardado ao órgão político respectivo a competência para decidir quais os modos em que julga adequado realizar a proteção.<sup>394</sup>

Ainda nesse diapasão, é oportuno asseverar a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal brasileiro, sedimentando que não cabe Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental contra atos políticos, a exemplo do veto do Chefe do Poder Executivo.<sup>395</sup> De fato, como se sabe, a procedência da ADPF tem o condão de atrair certas responsabilidades ao Judiciário, a exemplo da configuração necessária ao efetivo cumprimento de preceitos constitucionais. De qualquer modo, ainda assim, não deve o Judiciário editar os comandos cuja primazia é reservada ao governo, como bem lembra o Min. Marco Aurélio quando do julgamento da ADPF 347.<sup>396</sup>

Em diapasão análogo, é oportuno mencionar a ponderação vergastada por Maria Urbano, e que parece fazer muito sentido quando da admissão do controle jurisdicional dos atos políticos, qual seja, a imposição de uma unanimidade (ou quase-unanimidade) das decisões judiciais em questões constitucionais *controversas, sensíveis e fraturantes*, ou seja, “(...) *aquando da decisão acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de atos do legislador ou do governo*”<sup>397</sup>. Trata-se, pois, de exigir um quórum deliberativo especial quando a questão controvertida envolva discussões em que esteja presente a possibilidade (*rectius*, uma grande possibilidade) de o tribunal agir de modo ativista, garantindo notável segurança jurídica, principalmente quando da preocupação de que os seus juízes adentrem na seara política e ideológica do mérito reservado ao Governo.

---

<sup>393</sup> SCHÄFER, Jairo Gilberto. *O problema da fiscalização...* Op. Cit. p. 80.

<sup>394</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Ed. AAFDL, Lisboa, 2017, p. 211.

<sup>395</sup> MARTINS, Flavio. *Curso de Direito Constitucional...* Op. Cit., p. 702.

<sup>396</sup> *In verbis*: “Cabe ao Supremo catalisar ações e políticas públicas, coordenar a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e monitorar a eficiência das soluções. Não lhe incumbe, no entanto, definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados. Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos outros Poderes, deve coordená-las, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente.”. Medida Cautelar na ADPF 347-DF. Texto disponível no voto do Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. p. 36, acesso em: 12/02/2021.

<sup>397</sup> URBANO, Maria Benedita. *Curso de justiça constitucional...* Op. Cit., p. 152.

Ademais, a inadequada intromissão Judicial na seara política parece transmutar o que se denominou como *judicialização da política*, fenômeno nocivo ao Estado de Direito, onde o Judiciário subverte a ordem que deveria adotar quando da construção da decisão judicial, deixando de lado o critério da legalidade (neste caso, até mesmo a constitucionalidade) para adotar critérios de oportunidade.<sup>398</sup>

Dessa forma, e na sombra do reconhecimento acima referenciado, resta concluir que a indevida substituição do comando político contido em ato governamental induziria a uma espécie de vício igual (ou até mais reprovável) do que aquele que o levou ao escrutínio do controle jurisdicional de constitucionalidade, qual seja, a sua total desconformidade com a Constituição e os princípios nela consignados.

## CONCLUSÕES

O tema da admissibilidade do controle de constitucionalidade dos atos políticos tem o condão de cotejar as mais diversas facetas da ciência jurídica, atraindo a necessidade de mensurar assuntos de índole política, filosófica, jurídica, dentre outros, todos muito caros ao aplicador do Direito. Não por acaso, perquirir sobre a possibilidade de o Judiciário controlar um *ato de governo* – este muitas vezes distante da atuação precípua daquele – se mostra, no mínimo, inquietante.

Como dissecado neste estudo, os atos políticos se manifestam em todas as esferas da tripartição de poderes, guardando em si algumas características perenes: guardam uma estreita proximidade com a Constituição; São necessários à democracia; São utilizados como ferramenta de condução do Estado. Ademais, intrínseco no ato político está contida uma grande margem de poder decisório, discricionário, que decorre da própria lógica do regime democrático, onde resta entregue ao Governo, eleito pelo povo, o poder/dever de tomar decisões políticas que conduzam os rumos da nação.

---

<sup>398</sup> MORILLO, Joaquín García. *Responsabilidad política y responsabilidad penal*, in Revista Española de Derecho Constitucional Año 18. Núm. 52. Enero-Abril 1998, p. 110. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79596.pdf>. Acesso em: 04/06/2021.



Nesse diapasão, apesar dos pensamentos dissonantes, o ato político não se confunde com o ato administrativo, eis que, dadas as suas características, pode ser considerado como detentor de natureza jurídica autônoma, própria de sua espécie. E como tal, de fato, restou certificado que “*nem tudo o que pode infringir a Constituição está sujeito a controlo de constitucionalidade*”.<sup>399</sup> É o caso, como se viu, dos atos políticos, que embora não se negue a possibilidade de infringirem as normas constitucionais, acabam sendo afastados do controle jurisdicional de constitucionalidade de ambos os países de língua portuguesa e que protagonizaram as principais pesquisas aqui condensadas.

No Brasil, o problema da sujeição do ato político ao controle do Supremo Tribunal Federal esbarra na questão dos limites de sua jurisdição, diretamente adstrita ao exercício de *auto contenção* dos tribunais. Apesar da existência, em tese, de ferramentas processuais aptas a perquirir o acerto constitucional dos atos emanados pela mais alta cúpula do Governo quando da condução dos interesses do Estado, é por respeito a uma estrita separação dos poderes que este Tribunal rechaça a modalidade de controle jurisdicional dos atos políticos.

Em Portugal, de outro norte, a inviabilidade de controle por parte do Tribunal Constitucional se mostra relativa à falta de competência deste para conhecer atos que não exprimam o conceito de *norma jurídica*, conceito este que foi refinado em sua jurisprudência de modo a afastar a sindicabilidade dos atos políticos.

De qualquer sorte, isso não significa que estes atos estejam livres de contenção, a exemplo dos controles internos (controles políticos, por exemplo), e da possibilidade de responsabilização do agente público que o pratica.<sup>400</sup> Outrossim, no diapasão direcionado ao controle de constitucionalidade exercido pelos tribunais, a emérita doutrina parece se posicionar de modo incisivo, indicando, antes de mais nada, que mesmo os atos políticos possuem como parâmetro de validade a sua conformidade com a Constituição. Nesse ponto, ganha relevo a noção de que todos os atos praticados em âmbito do Estado democrático

---

<sup>399</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição... Op. Cit.*, p. 261.

<sup>400</sup> Neste norte, um importante paralelo deve ser traçado quando da busca pela *punição* dos agentes políticos, haja vista que, há muito (e até mesmo nos dias atuais) a perseguição dos “perdedores” de debates políticos é realidade evidenciada na história. Nos termos enfáticos de Rodrigo Mascarenhas, “*a morte sempre foi o mais provável destino daqueles que perdiam grandes embates políticos*”, resultando na evidência de que a responsabilização de agentes políticos deve ser tratada com critério e justiça. Para maiores digressões sobre o tema em deslinde: MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *A responsabilidade constitucional... Op. Cit.*, p. 105-113.

devem respeitar aquilo que está estabelecido na Carta Magna, principalmente os direitos fundamentais. Por corolário lógico, quando desrespeitam os parâmetros constitucionais inerentes aos direitos fundamentais, os atos políticos merecem sujeição ao Tribunal Constitucional e semelhantes, a quem é confiada a guarda da Constituição, inclusive com *status* e responsabilidades de fiel depositário – em alusão direta da conhecida expressão civilista.

Na qualidade de intérprete máximo e guardião da Constituição, parece adequado admitir que os atos políticos que estejam em desconformidade com as regras procedimentais (formalidades) estabelecidas na própria Constituição devem ser controlados, ao menos, pela mais alta instância do Judiciário. Como verificado, é acertado o posicionamento daquela parte da doutrina que sinaliza pela sindicabilidade dos atos políticos ao controle jurisdicional quando desconformes com os mínimos parâmetros de validade constitucional, nomeadamente as formalidades preestabelecidas no texto constitucional, ou mesmo os atos políticos que afrontem o núcleo de direitos e garantias fundamentais constitucionalmente estabelecidos. Inclusive, pesa nesse sentido o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, constante no inciso XXXV do art. 5º da CRFB, que garante acesso universal ao Poder Judiciário de modo a garantir o escrutínio de atos emanados pelo poder público que promovam lesão ou ameaça de direito.

Isso significa que, no atual patamar de garantias e prisms estabelecidos no constitucionalismo moderno em um Estado democrático de Direito, é demasiadamente desconfortável admitir a existência de atos públicos capazes de ferir direitos e garantias fundamentais, ou seja, admitir a existência de atos que sejam blindados ao controle jurisdicional no tocante à sua constitucionalidade.

Mas a aceitação aqui defendida não é isenta de reticências. Como forma de garantir a fiel observância que deve ser atrelada ao princípio da separação dos poderes, julga-se prudente afirmar que o Tribunal Constitucional não deve adentrar os critérios de conveniência e adequação que dizem respeito ao ato político. Ou seja, o controle de tais ocasiões excepcionais merece estrita relação ao aspecto jurídico da questão. A grande carga de discricionariedade imbuída no ato político deve ser particularmente respeitada, haja vista que, dada a natureza jurídica do ato político, quando um tribunal adentra no mérito discricionário reservado precipuamente à esfera de governo, parece que essa atitude se

mostra claramente contrária ao princípio da separação dos poderes. Por obséquio, ao laborar em terras onde a interpretação judicial prospera e ganha força, coloca-se à mesa diferentes circunstâncias que podem influenciar nos limites atribuíveis à atuação interpretativa dos tribunais. Entretanto, não se pode perder de vista os limites atribuíveis à sua função jurisdicional, sob pena de corroer a legitimidade da justiça constitucional.

De outro norte, o princípio da *separação dos poderes* não parece apontar pelo total impedimento da judicialização dos atos políticos, mas serve como baliza para que essa modalidade de controle detenha limites específicos, cuja a transposição parece atentar contra a própria função de um Tribunal Constitucional. Aqui prosperam, com razão, diversas críticas levadas a efeito quando da observação do fenômeno do *ativismo judicial*, onde a atividade jurisdicional tende a exercer o controle de atos políticos de modo a substituir-lhe as funções, fato que, a nosso ver, entra em nítido detrimento – ilegítimo portanto – dos princípios regentes do Estado democrático.

De modo a discordar de alguns excertos colacionados, é imperioso reconhecer que a questão está longe de se mostrar pacificada, seja pela via jurisprudencial (no caso brasileiro) ou pela via da doutrina juspublicista. Como visto, apesar de a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal apontar claramente para um exercício de *auto contenção* dos julgadores, de modo a inadmitir a submissão dos atos de governo ao crivo da mais alta corte constitucional, é possível prospectar divergências decorrentes dos votos dos integrantes desta corte.

Já em outro diapasão, a doutrina dedicada ao tema parece admitir que a sindicabilidade dos atos políticos ao controle jurisdicional não merece ser afastada por completo, mas que, em determinados casos, a exemplo dos atos praticados em desconformidade com o procedimento (forma) estabelecido na própria Constituição, ou até mesmo aqueles que afrontem direitos e garantias fundamentais (parâmetro de validade dos atos públicos), mereçam que o Judiciário, ao menos, realize o escrutínio dos parâmetros de validade deste ato.

Entretanto, apesar da sopesada *maioria* doutrinária, é certo que o tema encontra opiniões divergentes, a exemplo daquela corrente que enxerga, na judicialização do ato político, uma afronta ao princípio da separação dos poderes. E, de fato, é necessário

reconhecer uma certa razão a esse entendimento, haja vista que a existência de núcleos essenciais atrelados a cada esfera de poder, que parecem preconizar, com razão, a existência de matérias privativas ao *poder político*, seara esta que o Judiciário não pode (e não deve) penetrar.

É por esse motivo que parece adequado argumentar pela inviabilidade de controle judicial que repouse sobre a forte carga de discricionariedade contida no ato político. Em outras palavras, não se pode admitir que o Judiciário tome o lugar de governantes e faça as escolhas que tem o condão de conduzir a nação, determinando quais políticas adotar (ou não) na condução do Estado. Tal ocasião representaria uma intromissão nas funções do Governo democraticamente eleito, e cuja função precípua, de dirigir a nação, foi claramente outorgada pelo constituinte originário. Ao Judiciário deve ser conferido o poder de repelir aqueles os atos de governo que não observem o rito ou os preceitos fundamentais que a própria Constituição preconiza em seu sentido e texto, mas jamais a possibilidade de realizar a substituição do comando essencialmente político que faz parte do núcleo do ato de governo.

Em outras palavras, mostra-se demasiadamente temerário admitir que o Judiciário passe a discorrer sobre critérios puramente relativos ao debate político ínsito nas políticas públicas de condução do Estado, eis que não legitimado para tal. Nessa ocasião, e à vista daquilo que exposto neste trabalho, parece claro e evidente que os princípios *democrático* e da *separação dos poderes* não deixam margem para acolher a sujeição do mérito político ao alvitre dos juízes.

Pois bem.

Questão diferente, e igualmente desafiadora, é a forma de como este controle poderia vir a ser levado a efeito: se incidental ou via ação própria. Ou ainda, a quem seria mais adequado entregar a tarefa de perquirir a constitucionalidade dos atos de governo: se ao Tribunal Constitucional e semelhantes, ou a todos os demais juízes e tribunais. Sem delongas, quanto a esta última questão, a prudência demonstra que – considerando que o *ato político* é usualmente emanado pelas mais altas instâncias do Governo – parece mais promissor defender esta espécie de submissão apenas ao Tribunal Constitucional e semelhantes, de modo a lhe admitir a tarefa de extirpar eventual mácula de inconstitucionalidade. Isto pois, como visto, a natureza jurídica do ato político lhe confere

*status* especial no ordenamento jurídico, eis que não se confunde com o ato administrativo e seus derivados, mas encontra-se em diapasão diferente, representando uma decorrência lógica do próprio Estado democrático, e, portanto, resultado direto da Constituição.

Desta forma, garantir que o escrutínio do ato político seja levado a efeito pela mais alta instância da justiça constitucional é providência razoável e integradora, assegurando aspectos de hierarquia em um plano jurídico que possibilita o diálogo entre os poderes.

De outro norte, no que tange à ferramenta mais adequada para dissecar o acerto do ato político em âmbito jurisdicional, a situação, de fato, parece se dividir em duas diferentes resoluções. No Brasil, onde se admite mais facilmente a proposição de recursos ao STF por meio da *reclamação constitucional*, ou mesmo petições avulsas, dentre outras, parece que a questão não se mostra tão distante da realidade já enfrentada. Já em Portugal, onde, de fato, se verificou (através da construção jurisprudencial) não haver uma competência específica para que o Tribunal Constitucional tome conhecimento da matéria, visto que o ato político não representa o conceito de *norma* para efeitos de controle,<sup>401</sup> a admissão dessa espécie de sindicabilidade passaria pela criação de uma ferramenta própria (a exemplo do *recurso de amparo*) ou até mesmo a utilização da via incidental.

Outra constatação importante é a necessidade de que eventual decisão, em regime de controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos políticos (uma questão, como já asseverado, deveras delicada) parece se mostrar mais segura diante de uma necessária unanimidade de juízes, ou algo muito próximo a isso, inclusive com um reforço na argumentação levada a efeito no julgamento. Trata-se de conferir legitimidade àquela decisão judicial que labore em terras do ato político, de modo a evitar que o julgador adentre nas celeumas eminentemente políticas subvertidas no ato.

E de forma emblemática, não obstante a forte carga teórica que circunda a questão levada a efeito nesta pesquisa, é certo que o atual cenário de crise política, sanitária, e humanitária, causada pelo descompasso no que toca às políticas e estratégias públicas traçadas para o enfrentamento da pandemia de Covid-19, demonstra que a harmonia entre os poderes – condição *sine qua non* para a concretização de uma democracia sólida e

---

<sup>401</sup> É oportuno referenciar, ainda, que a questão não pode ser submetida aos tribunais administrativos, eis que encontra óbice expresso na lei portuguesa.

assertiva – é tema de extrema relevância, merecendo estrita observância à ciência constitucional quando do seu empenho.<sup>402</sup>

Com efeito, contrariamente aos pensamentos que afirmam existir um movimento em direção à bancarrota do Direito Constitucional, é seguro admitir que o metuculoso trabalho dos Tribunais Constitucionais tem ganhado efetiva relevância nos dias atuais, seja pela precursora sistematização das matérias controversas e que fazem pertinência à Constituição, seja pelo papel de mediador da influência das normas de direito internacional público em cenário de soberania interna. Trata-se de função da mais relevante importância, que lhe legitima e confere atuação precípua na construção do Direito moderno, servindo como pedra angular ao desenvolvimento de todo o sistema jurídico que tem como norma fundamental a Constituição.

---

<sup>402</sup> Sobre o tema, e para uma análise crítica da atuação das forças políticas da Europa e Itália, em plena crise causada pela Covid-19, temperada pela derrocada de um de seus integrantes, e aspirações sobre o futuro do bloco, ver: CARAVITA, Beniamino. *Keep up the momentum, Europe! And You, Italy, too! In Federalismi.it*, Rivista Di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo, Ed. 5 maggio 2021, Disponível em: [https://www.federalismi.it/App1OpenFilePDF.cfm?eid=596&dpath=editoriale&dfile=EDITORIALE%5F09052021184655%2Epdf&content=Keep%2Bup%2Bthe%2Bmomentum%2C%2BEurope%21%2BAnd%2BYo%2C%2BItaly%2C%2Btoo%21&content\\_auth=%3Cb%3EBeniamino%2BCaravita%3C%2Fb%3E](https://www.federalismi.it/App1OpenFilePDF.cfm?eid=596&dpath=editoriale&dfile=EDITORIALE%5F09052021184655%2Epdf&content=Keep%2Bup%2Bthe%2Bmomentum%2C%2BEurope%21%2BAnd%2BYo%2C%2BItaly%2C%2Btoo%21&content_auth=%3Cb%3EBeniamino%2BCaravita%3C%2Fb%3E). Acesso em: 27/05/2021.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

**ABBOUD, Georges.** *Controle difuso de constitucionalidade*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Coordenação: Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire, 1ª ed., Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

**AGRA, Walber de Moura.** *Curso de direito constitucional*. 9ª edição. Editora Fórum. Belo Horizonte. 2018.

**ALEMANHA,** *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. 1949. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 21/07/2021.

**ALLAM, Zaheer.** *Surveying the Covid-19 Pandemic and Its Implications: Urban Health, Data Technology and Political Economy*. Ed. Elsevier, 2020.

**AMARAL, Karina Almeida do.** *O recurso de amparo como instrumento de proteção aos direitos fundamentais e sua relação com a arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Ano XVIII, Bogotá, 2012.

**ANDRADE, José Carlos Vieira de.** *Lições de Direito Administrativo*, 5ª ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

**ARAGÃO, Alexandre Santos de.** *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2013.

**ARENDT, Hannah,** *¿Que és la política?* Traduzido por Rosa Sala Carbó, Ediciones Paidós, Barcelona, 1997.

**ARISTÓTELES.** *A Política*, Introdução de Ivan Lins, Tradução de Nestor Silveira Chaves, Ed. Especial (Saraiva), Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 2011.

**BACIGALUPO, Mariano.** *La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y limites constitucionalidades de su atribución*. Editora Marcial Pons. Madrid, 1997.

**BALLIN, Ernst Hirsch. SCHYFF, Gerhard van der. STREMLER, Maarten.** *European Yearbook of Constitutional Law 2019: Judicial Power: Safeguards and Limits in a Democratic Society*, Vol. 1, Asser Press: Springer. Berlin, 2020.

**BARROSO, Luís Roberto.**

– *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 4ª Ed. rev., atual. ampl., Ed. Saraiva, São Paulo, 2001.

– *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3ª Ed. Saraiva. São Paulo, 2008.

– *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 8ª ed. São Paulo, Saraiva, 2019.

**BELOV, Martin.** *Courts, Politics and Constitutional Law: Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary*, Routledge, London, 2020.

**BICKEL, Alexander.** *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court At the Bar of Politics*. The Bobbs-Merrill Company, Indianapolis – New York, 1962.

**BIN, Roberto., e PITRUZZELLA, Giovanni.** *Diritto Pubblico*, Ed. G. Giappichelli, Torino, 2017.

**BINEMBOJM, Gustavo.** *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2001.

**BONAVIDES, Paulo.** *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2004.

**BRASIL:**

– Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 06/07/2021;

– Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em: 06/07/2021;



- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 06/07/2021;
- Lei nº 1.079, de 1950. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/11079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11079.htm)>. Acesso em: 06/07/2021;
- Lei nº 1.579, de 1952. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/11579.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11579.htm)>. Acesso em: 06/07/2021;
- Lei nº 7.347, de 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm)>. Acesso em: 06/07/2021;
- Lei nº 9.868 de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)>. Acesso em: 06/07/2021;
- Lei nº 9.882, de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm)>. Acesso em: 06/07/2021;
- Lei nº 13.105, de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 06/07/2021;
- Projeto Lei nº 13.146/15. Com vetos apontados. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2015/lei-13146-6-julho-2015-781174-veto-147472-pl.html>>. Acesso em: 06/07/2021;
- Resolução nº 17, de 1989: Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/rescad/1989/resolucaodacamaradosdeputados-17-1-setembro-1989-320110-normaatuizada-pl.html>>. Acesso em: 06/07/2021;
- Resolução nº 93, de 1970: Regimento Interno do Senado. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/99774>>. Acesso em: 06/07/2021;
- Súmulas Vinculantes. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 06/07/2021.

**BROSSARD, Paulo.** *O senado e as leis inconstitucionais.* In Revista de informação legislativa, v. 13, n. 50, p. 55-64, abr./jun. 1976.

**CAETANO, Marcello.**

– *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional.* 6ª ed. rev. e ampliada, 7ª reimp., Editora Almedina, Coimbra, 2015;

– *Manual de Direito Administrativo.* 10ª ed., 10ª reimp., rev. e actualiz. por Diogo Freitas do Amaral, Editora Almedina, Coimbra, 2015.

**CALDEIRA, Marco.** *Actos políticos, Direitos Fundamentais e Constituição.* AAFDL - Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2014.

**CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes., e MOREIRA, Vital.** *Fundamentos da Constituição.* Coimbra Editora, Coimbra, 1991.

**CANOTILHO, José Joaquim Gomes.**

– *O problema da dupla revisão na Constituição Portuguesa.* Revista Fronteira, Coimbra, 1979;

– *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 2 ed. Editora Almedina, Coimbra, 2002;

– *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 7º ed. 11ª reimpressão, Editora Almedina, Coimbra, 2003.

**CAPPELLETTI, Mauro., e GARTH, Bryant.** *Acesso à Justiça.* Trad. Ellen Gracie Northfleet. Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1988.

**CARAVITA, Beniamino.** *Keep up the momentum, Europe! And You, Italy, too! In Federalismi.it, Rivista Di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo, Ed. 5 maggio 2021.*

**CAROTHERS, Thomas., e O'DONOHUE, Andrew.** *Democracies Divided: The Global Challenge of Political Polarization,* Brookings Institution Press, Washington, D.C., 2019.

**CARVALHO FILHO, José dos Santos.** *Manual de Direito Administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. – Editora Atlas, São Paulo, 2017.

**CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira de.** *Controle jurisdicional da Administração Pública: Algumas ideias*. In Revista de Informação Legislativa. Ano 50 Número 199 jul./set., Brasília, 2013.

**CORREIA, Fernando Alves:**

– *A Justiça Constitucional em Portugal e em Espanha: encontros e divergências*, Servicio de Publicacions da Universidade de Santiago de Compostela, 1998;

– *Alguns conceitos de Direito Administrativo*. Ed. Almedina, Coimbra, 2001;

– *Os direitos fundamentais e a sua protecção jurisdicional efectiva*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. 79, 2003, pp. 63-96;

– *A concretização dos Direitos Sociais Pelo Tribunal Constitucional*, Sep. de: Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano 7, 2010, pp. 35-43;

– *Justiça Constitucional*, 2ª ed., Editora Almedina, Coimbra, 2019;

– *Texto e Contexto da Constituição Portuguesa de 1976*. e-Pública [online]. 2016, vol.3, n.3, pp.01-40. Disponível em: <<https://www.e-publica.pt/volumes/v3n3a01.html>>. Acesso em: 06/07/2021.

**CORREIA, Jorge Alves.** *Direito Público luso e brasileiro: um exercício de direito constitucional comparado*. 2ª ed., Ed. Gestlegal, Coimbra, 2019.

**COSTA, José Manuel M. Cardoso da.** *A Jurisdição Constitucional Em Portugal*, 3ed. e rev. Actualizada, Editora Almedina, Coimbra, 2007.

**CUNHA JÚNIOR, Dirley da.** *Curso de Direito Administrativo*. 14ª edição, Editora Jus Podivm, Salvador, 2015.

**DARMOFAL, David., e STRICKLER, Ryan.** *Demography, Politics, and Partisan Polarization in the United States, 1828–2016*. 1ª ed., Springer International Publishing, 2019.

**DIMOULIS, Dimitri., e LUNARDI, Soraya.** *Curso de Direito Constitucional: Controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*, 4º ed., Editora Atlas, São Paulo, 2016.

**DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella.** *Direito Administrativo*. 31. ed. rev. atual e ampl., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2018.

**DRESSEL, Björn.** *The Judicialization of Politics in Asia*. Routledge, London 2012

**ELY, John Hart.** *Toward a Representation-reinforcing Mode of Judicial Review*, Maryland Law Review, vol. 37, 1978. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol37/iss3/3/>>. Acesso em: 21/07/2021.

**ENTERRÍA, Eduardo Garcia de.** *Curso de Derecho Administrativo*. 11ª ed., Editorial Civitas, Madrid, 2002.

#### **ESPANHA:**

– *Constitución Española*, 1978. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>>. Acesso em: 06/07/2021;

– *Lei Orgânica 2/1979, do Tribunal Constitucional*. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/LOTC-pt.pdf>>. Acesso em: 06/07/2021.

**ESPOSITO, Carlo.** *La validita delle leggi: studio sui limiti della potesta legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*. Ed. CEDAM, Padova, 1934.

**FAVOREU, Louis.** *Droit constitutionnel*, 21º ed., Ed. Dalloz, Paris, 2019.

**FEASBY, Colin. DEVLIEGER, David. HUYS, Matthew.** *Climate Change and the Right to a Healthy Environment in the Canadian Constitution*. Alberta Law Review, Alberta, 2020.

**FERRAJOLI, Luigi.** *Poderes salvajes: La crisis de la democracia constitucional*. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Ed. Minima Trotta, Madrid, 2011.

**FERRAZ, Anna Cândida da Cunha.** *Processos informais de mudança da constituição*. 2. ed. EdiFEO, Osasco, 2015.

**FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves.** *Curso de Direito Constitucional*. 40ª edição. Editora Saraiva. São Paulo. 2015.

**FROMONT, Michel.** *Justice constitutionnelle comparée*, Ed. Dalloz, Paris, 2013.

**HÄBERLE, Peter.**

– *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 2002;

– *O Recurso de Amparo no Sistema Germânico de Justiça Constitucional*. In *Direito Público*, [S.l.], v. 1, n. 2, jan. 2010. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1395/863>. Acesso em: 06/07/2021.

**HESSE, Konrad.** *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes., Editor Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1991.

**HORBACH, Carlos Batiste.** *Controle Judicial da Atividade Política: as questões políticas e os atos de governo*, Revista de Informação Legislativa, nº 46, 2009.

**HUBNER MENDES, Conrado.** *Controle de constitucionalidade e democracia*. Ed. Elsevier. São Paulo. 2008.

**ISSACHAROFF, Samuel.** *Fragile Democracies*. Harvard Law Review. Vol. 20, n. 6, 2007, p.1407-1466

**KALUSZYNSKI, Martine., e COMMAILLE, Jacques.** *La fonction politique de la justice*. Éditions La Découverte, Paris, 2007.

**LAUBADÈRE, André de.** *Manuel de Droit Administratif*. 9. ed., Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1974.

**LIMONGI, Fernando., e FIGUEIREDO, Argelina Cheibub.** *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. Ed. FGV, Rio de Janeiro, 2001.

**LOEWENSTEIN, Karl.** *Teoria de la Constitución*, 2º e., trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Ed. Ariel, Barcelona, 1976.

**LOPES MARTINS, Licínio.** *O conceito de norma na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Sep. de: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. 75, Coimbra, 1999, pp. 599-648.

**MALBERG, Raymond Carré de.** *Contribution à la théorie générale de l'Etat spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Éditions Sirey, Paris, 1922.

**MARTINS, Flavio.** *Curso de Direito Constitucional*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017.

**MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar.** *A responsabilidade constitucional dos agentes políticos*, Tese de doutoramento em Direito (Direito Público), apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação de Maria Benedita Malaquias Pires Urbano, Coimbra, 2019.

**MEDAUAR, Odete.** *Direito administrativo moderno*. 15. ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

**MEDEIROS, Rui.** *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999.

**MEIRELLES, Hely Lopes.** *Direito Administrativo Brasileiro*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2016.

**MELLO, Celso Antonio Bandeira de.** *Curso de Direito Administrativo*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2015.

**MELO, António Moreira Barbosa de.**

– *A administração da justiça no estado de direito democrático: o caso português*, Sep. de: Boletim da Faculdade de Direito, Vol. 85, Coimbra, 2009;

– *Crise e crises: uma perspectiva jurídico-política*, Temas de Integração. Sem. 1º e 2º, nº 29-30, Coimbra, 2010.

**MENDES, Gilmar Ferreira.**

– *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade*, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, São Paulo, 1998;

– *Comentários à constituição do Brasil*. 2. ed., Saraiva, São Paulo, 2017.

**MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.** *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. Rev. E atual. Ed. Saraiva Educação, São Paulo, 2018.

**MESQUITA, José Ignácio Botelho de.** *O desmantelamento do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*. Revista do Advogado, São Paulo, v. 22, n. 67, p. 87-93, 2002.

**MIRANDA, Jorge.**

– *Revisitando os atos de governo*, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Org. Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado, João Carlos Loureiro. Coimbra Editora, Coimbra, 2012;

– *Fiscalização da Constitucionalidade*. Ed. Almedina, Coimbra, 2017.

**MONIZ, Ana Raquel Gonçalves.** *A recusa de aplicação de regulamentos pela administração com fundamento em invalidade: contributo para a teoria dos regulamentos*. Tese de doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011.

**MONTESQUIEU. Charles de Secondat.** *O espírito das leis*. Trad. Cristina Muracho, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2000.

**MORAES, Alexandre de.** *Direito Constitucional*, 33ª ed., Editora Atlas, São Paulo, 2017.

**MORAIS, Carlos Blanco de.**

– *As “ideologias da interpretação” e o Ativismo Judicial: o impacto das “ideologias da interpretação” nos princípios democrático e da separação de poderes*. In AAVV. *Liber Amicorum Fausto de Quadros*, v. I, Ed. Almedina, Coimbra, 2016, p.273-290;

– *Curso de Direito Constitucional. T.2: Teoria da constituição em tempo de crise do estado social.* Coimbra, Almedina, 2018.

**MOREIRA, Vital.** *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional.* In Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, 1993. Legitimidade e legitimação da justiça constitucional. Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

**MORILLO, Joaquín García.** *Responsabilidad política y responsabilidad penal,* in Revista Española de Derecho Constitucional Año 18. Núm. 52. Enero-Abril, 1998.

**NERY JR, Nelson., e ABOUD, Georges.** *Direito Constitucional brasileiro: curso completo.* Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017.

**NEVES, A. Castanheira.** *O instituto dos "assentos" e a função jurídica dos supremos tribunais,* 1º ed. reimp., Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

**NOVAIS, Jorge Reis.**

– *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático.* Coimbra Editora, Coimbra, 2012;

– *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional.* Ed. AAFDL, Lisboa, 2017.

**OTERO, Paulo.** *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade.* Coimbra, Almedina, 2007.

**PINTO, Hélio Pinheiro.** *A Expansão do Supremo Tribunal Federal Através da Judicialização da Política e do Ativismo Judicial: Da Aplicação da Constituição à Assunção de Poderes Constituintes,* Tese de Mestrado. Polic, Coimbra, 2015.

**PINTO, Roberto Bueno.** *Carl Schmitt x Hans Kelsen: defensor ou senhor da constituição?* In Revista da Faculdade de Direito – UFPR, vol. 60, n. 3, set./dez., Curitiba, 2015.

**PIRES, Luis Manuel Fonseca.** *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa: Dos Conceitos Jurídicos Indeterminados às Políticas Públicas,* Ed. Elsevier, São Paulo, 2009.

**PORTUGAL:**



- *Constituição da República Portuguesa e Lei da Organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional*. 1ª ed., Editora Rei dos Livros, Coimbra, 2017;
- Lei nº 28/82. *Lei Orgânica do Tribunal Constitucional*. Disponível em: <[https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=423&tabela=leis](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=423&tabela=leis)>. Acesso em: 06/07/2021;
- *Lei Constitucional nº 1/97*. Disponível em: <<https://dre.pt/home/-/dre/653562/details/maximized>>. Acesso em: 06/07/2021;
- Lei nº 13/02. *Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais*. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=418&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=418&tabela=leis)>. Acesso em: 06/07/2021;
- *Lei de Revisão Constitucional nº 1/82*. Disponível em: <[https://www.cne.pt/sites/default/files/dl/crp\\_1982.pdf](https://www.cne.pt/sites/default/files/dl/crp_1982.pdf)>. Acesso em: 06/07/2021;
- *Tribunais administrativos: colecção de legislação do Supremo Tribunal Administrativo e auditorias com ligeiras notas: lei orgânica e regulamento do Supremo Tribunal Administrativo, código administrativo e tabela de custas*. Ed. do A., Porto: 1972.

**QUEIRÓ, Afonso Rodrigues.**

- *Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas*, Sep. de "Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra", vol. 41, Coimbra: 1966;
- *Actos de Governo e Contencioso de Anulação*, Boletim da Faculdade de Direito. Vol. 45, Coimbra, 1969.

**QUEIROZ, Cristina M. M.** *Os Actos Políticos do Estado de Direito: O problema do controle jurídico do poder*. Editora Almedina, Coimbra, 1990.

**RANELLETTI, Oreste.** *Teoria degli atti amministrativi speciali*, 7ed. Ed., Dott. A. Giuffrè, Milano, 1945.

**RIBEIRO, Joaquim de Sousa.** *A justiça Constitucional em Sociedade Democrática*. In Revista Julgar, nº 34, Lisboa. 2018.

**ROUSSEAU, Dominique. GAHDOUN, Pierre. BONNET, Julien.** *Droit du Contentieux Constitutionnel*. 11ª ed. LGDJ: Moulineaux, 2016.

**SARLET, Ingo Wolfgang.** *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.* Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2018.

**SARLET, Ingo. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel.** *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed., Editora Saraiva Jur, São Paulo, 2018.

**SARLET, Ingo Wolfgang., e GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes.** *História Constitucional da Alemanha – Da Constituição da Igreja de São Paulo à Lei Fundamental*, Editora Fundação Fênix, Porto Alegre, 2021.

**SCHÄFER, Jairo Gilberto.** *O problema da fiscalização da constitucionalidade dos atos políticos em geral.* In *Rev. Interesse Público*. v. 8, n. 35, p. 79–97, jan./fev., 2006.

**STRECK, Lenio Luiz.** *Jurisdição Constitucional e decisão jurídica.* 3ª ed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013.

**TAVARES, André Ramos.** *Curso de Direito Constitucional*, 18 ed., Saraiva Jur: São Paulo. 2020.

**TRIBE, Laurence H.** *The invisible Constitution.* Oxford University Press, New York, 2008.

**TUSHNET, Mark.**

– *The new constitutional order.* Princeton University Press, Princeton, 2003;

– *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law.* Princeton University Press, Princeton, 2008.

**URBANO, Maria Bedita.** *Curso de justiça constitucional: evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2020.

**VEIGA, Paula.** *A Convenção Europeia de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Português de Direitos Humanos*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 2018, p. 555-567.

**VELLOSO, Carlos Mário da Silva.** *O Controle do devido processo legislativo pelo Supremo Tribunal Federal, In Crise e Desafios da Constituição.* Coordenação de José Adércio Leite Sampaio, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2004.

**VENEZUELA**, *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, 1999.  
Disponível em: <<https://pdba.georgetown.edu/Parties/Venezuela/Leyes/constitucion.pdf>>.  
Acesso em: 06/07/2021.

**VINX, Lars**. *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*. Cambridge University Press: Cambridge. 2015.

**WALUCHOW, Wil J.** *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*. Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

**WIENBRACKE, Mike**. *Einführung in die Grundrechte: Mit wirtschaftsjuristischem Schwerpunkt und dem Recht der Verfassungsbeschwerde*, Springer Gabler, Ed. FOM, 2013.

**ZAGREBELSKY, Gustavo**. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. de Marina Gascón. Editorial Trotta. Torino. 1995.

**ZAGREBELSKY, Gustavo., e MARCENÒ, Valeria**. *Justicia Constitucional, Vol. I: Historia, principios e interpretaciones*, Trad. de César E. Moreno, Ed. Zela, Puno, 2007.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **BRASIL:**

– Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 15.512. Relator: Ministro Nelson Hungria. Julgado em 24 de julho de 1952. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur154842/false>>;

– Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança nº 11.140. Relator: Ministro Luiz Gallotti. Julgado em 10 de junho de 1963. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur125124/false>>;

– Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.454. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 19 de agosto de 1999. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96581/false>>;

– Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.452. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 16 de setembro de 1999. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur20720/false>>;

– Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 259.335. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Julgado em 8 de agosto de 2000. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur102652/false>>;

– Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 1. Relator: Ministro Néri da Silveira. Julgado em 3 de fevereiro de 2000. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=348389>>;

– Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 29 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>;

– Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.231-2. Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgado em 15 de dezembro de 2005. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur92855/false>>;

– Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 3.331. Relator: Ministro Carlos Britto. Julgado em 28 de junho de 2006. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur92780/false>>;

– Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26.062. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicado em 10 de abril de 2008. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2393034>>;

– Supremo Tribunal Federal. Petição nº 3.388. Relator: Ministro Carlos Britto. Julgado em 19 de março de 2009. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur180136/false>>;

– Supremo Tribunal Federal. Ação Civil Originária nº 1.295. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em 14 de outubro de 2010. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur185595/false>>;

– Supremo Tribunal Federal. Petição Avulsa nº 1.085. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Prolatado em 8 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ext1085RL.pdf>>;

– Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 11.243. Relator: Ministro Luiz Gallotti. Julgado em 8 de junho de 2011. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur199542/false>>;

– Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 11.243. Relator: Ministro Luiz Gallotti. Julgado em 8 de junho de 2011. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur199542/false>>;

– Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 576.249. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgado em 10 de abril de 2012. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur208225/false>>;

– Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 32.033. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 20 de junho de 2013. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5290006>>;

– Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4.335-5. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 20 de março de 2014. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur281416/false>>;

– Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 12.957. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em 26 de agosto de 2014. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur283080/false>>;

– Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADPF nº 347. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 9 de setembro de 2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>;

– Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 33.694. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgado em 6 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307440276&ext=.pdf>>;

– Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 33.558. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 25 de novembro de 2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10533911>>;

– Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 798, de 7 a 11 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>>;

– Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.470. Relatora: Ministra Rosa Weber. Julgado em 29 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur397205/false>>;

– Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.406. Relatora: Ministra Rosa Weber. Julgado em 29 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2272225>>;

– Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 650.898. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 1 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur371895/false>>;

– Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 35.535. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em 26 de junho de 2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho885094/false>>;

– Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 25. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 20 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436274/false>>;

### **PORTUGAL:**

– Tribunal Constitucional. Acórdão nº 317/86. Processo nº 208/86. Relator: Conselheiro Martins da Fonseca. Julgado em 19 de novembro de 1986. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19860317.html>>;

– Tribunal Constitucional. Acórdão nº 63/91. Processo nº 588/88. Relator: Conselheiro Bravo Serra. Julgado em 19 de março de 1991. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910063.html>>;

– Tribunal Constitucional. Acórdão nº 308/93. Processo nº 3/92. Relator: Conselheiro Sousa e Brito. Julgado em 20 de abril de 1993. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930308.html>>;

– Tribunal Constitucional. Acórdão nº 195/94. Processo nº 478/93. Relator: Conselheiro Alves Correia. Julgado em 1 de março de 1994. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940195.html>>;

– Tribunal Constitucional. Acórdão (ACTC) nº 57/95. Processo nº 405/88. Relator: Conselheiro Alves Correia. Julgado em 16 de fevereiro de 1995. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst\\_print\\_busca.php?buscajur=&nid=7623](http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_print_busca.php?buscajur=&nid=7623)>;

– Tribunal Constitucional. Acórdão nº 1/97. Processo nº 845/96. Relatora: Conselheira Maria Fernanda Palma. Julgado em 8 de janeiro de 1997. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19970001.html>>;

– Tribunal Constitucional. Acórdão nº 24/98. Processo nº 621/97. Relator: Conselheiro Guilherme da Fonseca. Julgado em 22 de janeiro de 1998. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980024.html>>;

- Tribunal Constitucional. Acórdão nº 224/2005. Processo nº 68/05. Relatora: Conselheira Maria Helena Brito. Julgado em 27 de abril de 2005. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050224.html>>;
- Supremo Tribunal Administrativo. Processo nº 0477/07. Relator: São Pedro. Julgado em 30 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/-/93AA0F470AE002258025738D005384CE>>;
- Supremo Tribunal Administrativo. Processo nº 0762/10. Relator: Freitas Carvalho. Julgado em 25 de novembro de 2011. Disponível em: <[http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/b35646d82ea2e991802577ee0051974a?OpenDocument&ExpandSection=1#\\_Section1](http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/b35646d82ea2e991802577ee0051974a?OpenDocument&ExpandSection=1#_Section1)>;
- Supremo Tribunal Administrativo. Processo nº 0654/11. Relator: Costa Reis. Julgado em 4 de julho de 2013. Disponível em: <[http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/-/4625e119e477cce780257bd0003b82d6?OpenDocument&ExpandSection=1#\\_Section1](http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/-/4625e119e477cce780257bd0003b82d6?OpenDocument&ExpandSection=1#_Section1)>;
- Tribunal Constitucional. Acórdão nº 121/2010. Processo nº 192/10. Relator: Conselheiro Vitor Gomes. Julgado em 8 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100121.html>>;
- Tribunal Constitucional. Acórdão nº 214/2011. Processo nº 283/11. Relator: Conselheiro Vítor Gomes. Julgado em 29 de abril de 2011. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110214.html>>;
- Tribunal Constitucional. Acórdão nº 395/2012. Processo nº 569/12. Relator: Conselheiro João Cura Mariano. Julgado em 22 de agosto de 2012. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120395.html>>;
- Tribunal Constitucional. Acórdão nº 510/2016. Processo nº 243/16. Relator: Conselheiro Pedro Machete. Julgado em 21 de setembro de 2016. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160510.html>>.