

Atos políticos e atos administrativos: o controle judicial do indulto nos sistemas jurídicos brasileiro e espanhol¹

Political acts and administrative acts: the judicial control of pardon in the Brazilian and Spanish legal systems

Diego Fernandes Guimarães²

Resumo

A diferenciação das categorias jurídicas do ato administrativo e do ato de natureza política (espécie) é pertinente para estabelecer os seus parâmetros respectivos de controle judicial. A fim de realizar um estudo avaliativo e comparativo, delimitaram-se os quadros organizacionais políticos-administrativos, espanhol e brasileiro para, em seguida, investigar comparativamente o tratamento jurídico dado ao indulto pelo Tribunal Supremo Espanhol, no julgamento do Rec. Ordinário nº 13/2013 e pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 5874. Conclui-se que, enquanto o sistema espanhol possui um conjunto de disposições normativas capaz de oferecer parâmetros para o controle jurisdicional de atos políticos, o sistema brasileiro é deficiente. Em relação ao indulto, a Constituição Federal de 1988 atribui competência, mas foi editada pelas autoridades normativas-políticas uma disposição normativa geral quanto ao tema. No julgamento da ADI 5874, o STF definiu que o Decreto de indulto é um ato administrativo discricionário, mas se afastou da doutrina atualmente vigente no Brasil quanto ao controle judicial deste tipo de ato.

Palavras-chave: Atos políticos; Atos administrativos; Indulto; Controle jurisdicional.

¹ Enviado em: 15/01/2021. Aprovado em: 28/08/2021.

² Doutorando em Ciências Jurídicas e Mestre pela Universidade de Granada, Granda, Espanha. Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. E-mail: dfguimaraes@gmail.com

Abstract

The distinction between the legal categories of the administrative act and the act of a political nature (species) is pertinent to establish their respective standards of judicial review. In order to perform an evaluative and comparative study, the Spanish and Brazilian political-administrative organizational frameworks were delimited in such a way as to investigate comparatively the legal treatment given to the pardon by the Spanish Supreme Court, in the judgment of Rec. Ordinario nº 13/2013 and by the Brazilian Federal Supreme Court, in action nº 5874. It is concluded that, while the Spanish system has a set of normative provisions capable of offering normative standards for the judicial review of political acts, the Brazilian system is deficient. In relation to the pardon, the 1988 Federal Constitution has limitations regarding the competent authority but no general normative disposition (statute) was issued by the normative-political authorities on the subject. In the ADI 5874 judgment, the STF defined that the Pardon Decree is a discretionary administrative act, but departed from the doctrine currently in force in Brazil regarding judicial control of this type of act.

Keywords: Political acts; Administrative acts; Pardon; Judicial review.

Introdução

É lugar comum na literatura do Direito do Estado o dogma de que não é possível identificar o regime jurídico de um ato do poder público (gênero) a partir da simples consideração da autoridade ou do órgão que o edita, devendo o jurista se valer de um critério material, de maneira que, por exemplo, a diferenciação das categorias jurídicas do ato administrativo e do ato de natureza política (espécies) atenderia à necessidade de delimitar, para então estabelecer, os contornos dos seus regimes jurídicos, atos de natureza diversa que podem ser editados por um mesmo órgão ou por uma autoridade³.

Portanto, se a solução para o problema categorial passa pela identificação do que é próprio nas funções política ou jurídica e do grau de predominância destas funções no regime jurídico do ato do poder público editado para efeito de sua controlabilidade judicial, a doutrina e a jurisprudência, brasileira e estrangeira, têm se empenhado em fazê-la, através de um extenso léxico que inclui o ato de governo, próprio do Conselho de Estado Francês (caso Duc d'Aumale et Prince Murat, 1887), o ato de estado a que se refere a doutrina

³ CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Breves Considerações sobre o controle da função administrativa e a plenitude da tutela jurisdicional. **Anuário dos Cursos de Pós Graduação em Direito**, nº 8. Recife, UFPE, 1997, p. 78.

inglesa ou, ainda, a teoria da questão política (*policial questions doctrine*) no âmbito da doutrina jurisprudencial norte-americana, dentre outras (que serão citadas no texto), todas voltadas a reconhecer uma série de atos que, fundamentalmente, escapem ao controle judicial ou que, ao menos, possuam um parâmetro de controle diferenciado.

Em suma, é disto que se trata quando se pretende diferenciar as categorias jurídicas do ato político e do ato administrativo: estabelecer os parâmetros de controle judicial respectivos, matéria esta que, obviamente, se extrai do exame do ordenamento jurídico estatal e sempre na perspectiva da certeza do direito aplicável. Por outras palavras, a identificação daqueles parâmetros depende do estudo das disposições normativas⁴ editadas pelas autoridades políticas e da prática jurisprudencial, a qual gera normas individualizadas de observância atual e futura (a “premissa maior do seu raciocínio justificativo”, a que se refere a doutrina⁵), e, também, da realidade normativa, de raiz cultural, que conforma a experiência jurídica.

Quanto a este último ponto, vale recordar que as funções administrativa e de governo são expressões do poder político numa dada sociedade, ou seja, são mostras de um dos elementos do Estado (ao lado do povo e do território) e não podem ser eficientemente compreendidas se não a partir da influência que o contexto cultural⁶ exerce sobre as dinâmicas de poder.

Assim, o estudo comparativo a propósito de como diferentes sistemas jurídicos tratam a diferenciação das categorias jurídicas do ato administrativo e do ato de natureza política (espécie) permite entender como as diversas culturas encaram o problema do controle, particularmente judicial, dos atos do poder público (gênero), de modo que se propôs como problema de pesquisa o seguinte: qual o atual estágio de diferenciação categorial dos atos do poder público (como gênero) nos sistemas jurídicos brasileiro e espanhol?

A escolha pelo estudo comparativo dos sistemas jurídicos brasileiro e espanhol se deve a uma conveniência pontual, qual seja, ambos debateram a

⁴ GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 24-44.

⁵ REGLA, Agiló Josep. **Teoria geral das fontes do Direito**. Lisboa: Escolar Editora, 2014, p. 130.

⁶ HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. 2. ed. México: UNAM, 2016.

questão do controle jurisdicional do indulto, o qual pode ser descrito, grosso modo, como um ato de clemência estatal que tem por efeito a extinção do cumprimento de uma sanção penal imposta por um órgão jurisdicional, amplamente difundindo no direito comparado, embora com contornos jurídicos distintos e que costuma ser apontado como exemplo de “atos de governo” pela doutrina administrativista⁷.

Portanto, com o objetivo de examinar a diferenciação categorial dos atos do poder público é que se passa a, primeiro, delimitar, em linhas gerais, os quadros organizacionais políticos-administrativos espanhol e brasileiro e, segundo, a investigar comparativamente o tratamento jurídico dado ao indulto pelo Tribunal Supremo Espanhol, no julgamento do Rec. Ordinário nº 13/2013 e pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação direta de inconstitucionalidade nº 5874.

1. Espanha: as funções administrativa e de governo num estado unitário descentralizado de regime de governo parlamentarista

A atual Constituição Espanhola de 1978 (CE) adota a forma política da monarquia parlamentar (artigo 1.3), caracterizada pela posição régia externa à ordem sociopolítica, embora o Rei permaneça como titular de funções simbólicas integradora e de unidade, bem como da mais alta representação do Estado espanhol nas relações internacionais (artigo 56.1). É-lhe atribuída a chefia de Estado, ainda que desprovida de poderes de governo ou de função administrativa, tanto que o artigo 56.2 da CE estabelece, inicialmente, que a pessoa do Rei é “inviolável e não está sujeita à responsabilidade”, além de que seus atos carecem de validade sem que sejam referendados na forma do artigo 64.

A seu turno, o título IV da CE já anuncia o intento de adotar conceitos diversos para as funções de governo e administrativa e, tal como prescreve o artigo 97, é o Governo que encarna as funções executivas e administrativas (“O Governo dirige a política interior e exterior, a administração civil e militar e a defesa do Estado. Exerce a função executiva e o poder regulamentar de acordo

⁷ GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**: la defensa del usuario y del administrado. Tomo 2. 8. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2006.

com a Constituição e as leis”), merecendo destaque, ainda, que ao adotar textos normativos diversos para tratar do governo (Lei 50/1997) e da administração pública (Lei 40/2015, *Ley de régimen jurídico del sector público*), o sistema espanhol dissocia o tratamento jurídico conferido a cada uma destas atividades públicas.

De outra banda, a distribuição territorial do poder político, na Espanha, se caracteriza pela adoção de um estado unitário fortemente descentralizado e ainda que textualmente tenha se afastado da adoção de um regime federativo (artigo 145.1), reconheceu aos municípios, províncias e às Comunidades Autônomas parcela de poder político necessário à “gestão de seus respectivos interesses” (artigo 137), inclusive efetuando uma distribuição de competências flexível e aberta entre as Comunidades, de tal modo a admitir “graus de autonomia” variáveis, como as de regime comum (por exemplo, Castilla y León e Extremadura) ou aquelas de regime especial (por exemplo, País Vasco, Catalunha, Galícia e Andaluzia).

Ademais, a CE delinea uma “distribuição vertical do poder público entre entidades de distinto nível, que são, fundamentalmente, o Estado, titular da soberania, as comunidades autônomas, caracterizadas por sua autonomia política e as províncias e municípios, dotadas de autonomia administrativa de distinto âmbito”⁸, de onde se extrai, efetivamente, o exercício de autonomia política por parte do Estado e das Comunidades Autônomas, merecendo os entes locais (províncias e municípios) o reconhecimento de uma autonomia constitucional mais limitada, predominantemente administrativa, tal como se deixou pontuado no julgamento do Recurso de Inconstitucionalidade nº 25/1981⁹.

Assim sendo, no que tange ao exercício das funções de governo e administrativa, no âmbito estatal, compõe-se o governo do Presidente, Vice-presidente, Ministros, bem como de órgãos colegiados, quais sejam, o Conselho de Ministros e as Comissões Delegadas do governo, sendo relevante mencionar

⁸ STC 32/1981. Órgano: Tribunal Constitucional. Pleno. Fecha: 28/07/1981. Recurso de inconstitucionalidad número 40/1981. (tradução do autor)

⁹ STC 25/1981. Órgano: Tribunal Constitucional. Pleno. Fecha: 14/07/1981. Recurso de inconstitucionalidad número 04/1981. Ponente: D. Antonio Truyol Serra. (tradução do autor)

que o Presidente é eleito pelo Congresso de Deputados através do procedimento de investidura e, obviamente, exerce uma posição de supremacia e liderança no âmbito do Governo.

Já no plano das Comunidades Autônomas, de forma geral, identifica-se a atuação governamental do Presidente da Comunidade, eleito pela Assembleia Legislativa, dentre seus pares. Aquele escolhe a nomeia os membros do Conselho de Governo, aos quais são repartidas as funções executivas. No que se referem às entidades locais, municípios e províncias, vê-se que a CE expressamente atribui funções de governo e administração aos seus respectivos representantes. Com efeito, o artigo 140, ao passo em que garante a autonomia dos municípios, alude que “seu governo e administração corresponde aos respectivos *ayuntamientos*, integrados pelos Alcaldes e os Conselheiros”, enquanto que o artigo seguinte preceitua que a província é determinada pelo “agrupamento de municípios e divisão territorial para o cumprimento das atividades de estado” e, ainda, no artigo 141.2 textualmente afirma-se que “o governo e a administração autônoma das Províncias estarão encomendados às *diputaciones* ou outras Corporações de caráter representativo”.

Por todas estas razões, percebe-se que no sistema espanhol, o ordenamento vigente explicitamente, e a começar pela Constituição, opta por buscar a diferenciação do caráter político ou administrativo da determinada função exercida pelos altos órgãos do Estado, de tal modo que os seus ocupantes, inevitavelmente, quanto à sua atividade-fim, ora se submeterão aos controles específicos do direito constitucional, ora a aqueles do direito administrativo.

2. O controle jurisdicional do ato de governo no sistema espanhol: a “teoría de los actos políticos” ou “de dirección política”

Inegavelmente, o direito administrativo espanhol, sobretudo em suas origens, sofreu relevante influência da doutrina do Conselho de Estado francês, muito embora, funcionalmente, os conflitos judiciais envolvendo a administração espanhola sejam solucionados por uma jurisdição específica, inserida na estrutura do poder judiciário e não em órgãos administrativos dependentes do poder executivo, como ocorre no modelo francês¹⁰.

Neste sentido, a antiga lei reguladora da jurisdição contencioso-administrativa (Lei de 27 de dezembro de 1956), em sua exposição de motivos, dizia que os atos políticos, antes de espécie do gênero atos administrativos e dotados de maior margem discricionária, eram, em verdade, atos essencialmente distintos, editados no exercício de função política e confiada unicamente aos supremos órgãos estatais, o que se refletia na sua incontrolabilidade pela jurisdição contenciosa, tal como previa o art. 2.b:

Não estão sob a jurisdição contencioso-administrativa
(b) As questões que surjam em relação a atos políticos do Governo, tais como os que afetam a defesa do território nacional, as relações internacionais, a segurança interna do Estado e o comando e organização militar, sem prejuízo de qualquer indenização que possa ser devida, a qual será determinada pela jurisdição contencioso-administrativa. (tradução do autor)¹¹

Cabe transcrever a lição doutrinária acerca deste artigo:

¹⁰ CASADO, Eduardo Gamero; RAMOS, Severiano Fernández. **Manual básico de Derecho Administrativo**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2013, p. 47-48.

¹¹ No corresponderán a la Jurisdicción contencioso-administrativa: b) Las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación sí corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Na Espanha, devido à influência da formulação francesa original, a doutrina do motivo político sobreviveu na jurisprudência durante todo o longo período de vigência da Ley Santamaría de Paredes e mesmo após a Lei de 1956. Em sua primeira interpretação do artigo 2 da Lei, a Suprema Corte seguiu a doutrina da motivação política por inércia, aplicando-a a todas as questões repressivas (sanções de ordem pública "por razões políticas", com base na referência do artigo 2 à "segurança interna do Estado"), e às questões militares (através da referência ao preceito relativo ao "comando e organização militares"), até mesmo - na medida em que a jurisprudência anterior permitia - contestar regulamentos, na medida em que cada um deles era obviamente a expressão de uma certa "política" (neste sentido, Acórdão de 10 de fevereiro de 1960, no qual o regulamento atacado foi declarado imune à acusação por sua manifestação de uma certa "política docente"). (tradução do autor)¹².

Com o advento da Constituição de 1978 e a partir da interpretação do seu título IV (*Del gobierno y de la administración*), como antes se expôs, percebe-se o intuito de manter diferenciadas as funções de governo e administrativas, mas do texto constitucional não se extrai a conclusão de que as primeiras estariam excluídas da apreciação judicial, senão pelo contrário.

É que o artigo 9.a da CE prevê a submissão de todos os poderes públicos à Constituição e ao resto do ordenamento jurídico, assim como também o seu artigo 106.1 confere competência aos tribunais para "controlar a potestade regulamentaria e a legalidade da atuação administrativa" e, por fim, o artigo 24.1 consagra o direito de obter tutela judicial efetiva, sem que se possa produzir hipótese de indefesa, de tal modo que a imunidade de qualquer tipo de atividade estatal ao controle jurisdicional violaria a Constituição.

Aliás, e diferentemente da congênere brasileira, a Constituição Espanhola positiva o princípio da interdição da arbitrariedade ao preceituar, no art. 9.3, que "A constituição garante o princípio da legalidade, da hierarquia normativa, a publicidade das normas, a irretroatividade das disposições sancionadoras não favoráveis ou restritivas de direitos fundamentais, a segurança jurídica, a responsabilidade e a interdição da arbitrariedade dos poderes públicos", que tem como destinatário evidente todos os poderes e funções e que visa, embora não somente, a obstar a prática de qualquer ato com desvio de poder. Importante destacar a lição de Tomás Ramon Fernandez acerca do princípio da interdição

¹² ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. Tomo 1. 18. ed. Madrid: Thomson Reuters, p. 624.

da arbitrariedade, cuja dimensão normativa não se cinge ao controle de legalidade dos atos do poder público, afirmando que tem o seu alcance e significado.

Primeiro como a proscrição e erradicação de nosso sistema jurídico-político do poder entendido como uma simples expressão da vontade e força de quem o detém, e depois, como uma exigência imperativa e inescusável do fundamento adicional da razão. O único poder que a Constituição aceita como legítimo ha de ser, portanto, o que ela apresenta como resultado de uma vontade racional¹³. (Tradução do autor)

No plano legal, e em concreção dos enunciados constitucionais, a Lei 29/98 (*Ley de jurisdicción contencioso-administrativa*), já em sua exposição de motivos, embora reconhecendo a categoria de atos políticos, de governo ou de direção política, enunciou o contrassenso constitucional que seria determinar uma esfera de atuação governamental imune totalmente ao Direito. Neste ponto, o seu artigo 2.º assinala que sempre será possível o controle judicial, por mais ampla que seja a discricionariedade da decisão governamental, embora para os casos de tutela de direitos fundamentais ou quanto aos elementos vinculados do ato e na determinação das indenizações procedentes daqueles atos, de onde se pode concluir que os atos de governo são sindicáveis em juízo, embora subordinados a uma fiscalização limitada¹⁴.

3. Brasil: as funções administrativa e de governo num estado federativo de regime de governo presidencialista

Inicialmente, é de se destacar que a atual Constituição Federal brasileira (CF-88) adotou a forma federativa de Estado (art. 1º e art. 18) e o sistema presidencialista de governo (art. 76), o que condiciona a compreensão e a diferenciação dos atos produzidos pelas autoridades do estado.

O primeiro pressuposto de uma federação é a descentralização política, manifestada pela repartição de competências entre os entes federativos, expressa na Constituição Federal. No caso brasileiro, combinaram-se as

¹³ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. **De la arbitrariedad de la administración**. 5. ed. Madrid: Civitas, 2008, p. 232.

¹⁴ CASADO, Eduardo Gamero; RAMOS, Severiano Fernández. **Manual Básico de Derecho Administrativo**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2013, p. 62.

técnicas da repartição horizontal e vertical. Na primeira, não se admite a concorrência de competências, através da enumeração exaustiva para o ente ou a discriminação de competência reservada não enumerada. Já na repartição vertical realiza-se a distribuição da mesma matéria entre a União e os Estados-membros (ex. competências legislativas concorrentes), cabendo à ordem jurídica central a disciplina das normas gerais. A Constituição Federal ainda estabeleceu competências reservadas ao município, cabendo-lhe, por exemplo, legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I, CF-88) e suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (art. 30, II, CF-88).

O segundo pressuposto do modelo federativo é a indissolubilidade da federação, aqui estabelecida no art. 1º, tratada como cláusula pétrea ao interditar-se a deliberação de proposta de emenda constitucional tendente à sua abolição (art. 60, §4º, I, CF-88). Em face da coexistência de ordens jurídicas parciais e geral no mesmo território, também se considera como pressuposto da federação a participação das vontades das ordens jurídicas parciais na formação da vontade criadora da ordem jurídica nacional, o que se dá pela existência do Senado Federal, composto por representantes dos Estados e do Distrito Federal (art. 46, CF-88).

O último pressuposto do modelo federativo é a possibilidade de autoconstituição. No caso brasileiro, cada estado federado se rege pela Constituição e pelas leis que adotarem (art. 25, CF) e cada assembleia legislativa foi dotada de poderes constituintes a fim de elaborar a Constituição dos respectivos estados (art. 11 do ADCT-CF-88). Idêntica prerrogativa se conferiu aos Municípios, que se regem por suas leis orgânicas (art. 29), deferindo-se às suas câmaras de vereadores o poder de sua votação (art. 11, parágrafo único, do ADCT-CF-88).

Este último pressuposto teórico, como se vê da experiência constitucional brasileira, possui um espectro diferenciado, na medida em que a Constituição Federal de 1988, atualmente vigente, instituiu uma federação composta pela União, pelos estados federados e pelos municípios, explicitando que “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil

compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

Se é explícito que a adoção do modelo federativo no Brasil, no século XIX foi influenciada pela experiência norte-americana e para resolver problemas políticos brasileiros, não há dúvidas de que a ascensão do município como integrante do pacto federativo em nível constitucional, dotado de competências política, administrativa e orçamentária é clara projeção positivada das ideias municipalistas na atividade constituinte, sob a expectativa de que a descentralização política e administrativa forneceria um relevante impacto democrático ao aproximar a sociedade civil e o poder político, diversamente ao que havia ocorrido com a centralização política e autoritária promovida pela ditadura militar que se encerrava:

Não conhecemos uma única forma de união federativa contemporânea onde o princípio da autonomia municipal tenha alcançado grau de caracterização política e jurídica tão alto e expressivo quanto aquele que consta da definição constitucional do novo modelo implantado no país com a Carta de 1988. (...) Nunca esteve o município numa organização federativa tão perto de configurar aquela realidade de poder – o chamado *pouvoir municipal* – almejado por numerosa parcela de publicistas liberais do século XVIII e XIX, quanto na Constituição brasileira de 1988¹⁵.

A estrutura federativa de estado, portanto, é uma das noções fundamentais para a compreensão dos atos de poder de cada autoridade governamental, uma vez que, de início, já se reconhece a existência de atos de governo e de atos administrativos nos âmbitos federal, estaduais e municipais, a serem editados nos termos e nos limites competenciais estabelecidos na própria Constituição Federal. Acontece que, além da forma de estado federativa, a República brasileira assumiu o sistema de governo presidencialista, que se caracteriza, basicamente, pela atribuição da chefia de governo a uma autoridade investida por sufrágio direto e detentora de mandato fixo e independente da confiança do parlamento.

No caso brasileiro, esta fórmula política se manifesta pela outorga do poder executivo ao Presidente da República (art. 76, CF-88), auxiliado pelos

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 355.

Ministros de Estado, sendo aquele eleito diretamente (art. 77, §2º, CF-88) e que exerce suas funções com independência recíproca (art. 2º, CF-88), mas, ao mesmo tempo, com interdependência funcional, na medida em que lhe cabem competências de iniciativa legislativa (art. 84, III, CF-88), de sanção e veto (art. 84, IV e V, CF-88), designação de altas autoridades da República (art. 84, XIV a XVII, CF-88), algumas das quais sujeitas à aprovação do Senado Federal (art. 52, III e IV, CF-88), bem como outras atribuições relacionadas ao sistema de freios e contrapesos.

Embora, teoricamente, não dependa da confiança do parlamento para o exercício da chefia do Executivo, a CF-88 possibilita o impeachment ou a sujeição do Presidente à responsabilidade político-criminal perante o parlamento, cabendo-lhe à Câmara dos Deputados “autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado” (art. 51, I, CF-88) e ao Senado Federal o processamento e o julgamento respectivos (art. 52, I, CF-88).

Dada à estrutura federativa já exposta, este modelo de relação funcional se espelha, por simetria, no âmbito dos estados federados e dos municípios, de modo que o Governador do estado é eleito diretamente para mandato de quatro anos (art. 28, CF-88) e exerce suas funções com independência da confiança da assembleia legislativa, enquanto que o Prefeito Municipal é eleito diretamente (art. 29, I, CF-88) e exerce suas funções com independência da confiança da câmara de vereadores.

Aliás, no direito brasileiro o chefe do Poder Executivo acumula as funções de chefe de estado, chefe de governo e chefe da administração pública (art. 84, II, CF-88), de tal maneira que decisões com natureza, fundamentos e objetivos diferentes são emitidas pela mesma autoridade, o que deve exigir uma precisa delimitação conceitual, com o intuito de se estabelecer o adequado regime jurídico a cada espécie de ato editado pelo chefe do Executivo.

Entretanto, e diferentemente do sistema espanhol, em nenhum momento o texto constitucional brasileiro ambiciona diferenciá-los – parece até negligenciar a questão categorial –, nem tampouco foi editada uma disposição normativa geral que tenha a finalidade de delimitar e condicionar a atividade de

governo, de forma que, na essência, será a natureza do ato associada ao histórico do seu exercício (condicionante cultural, portanto) que permitirá identificar se se está diante de um ato de governo (político) ou de administração.

4. O controle jurisdicional do ato de governo no sistema brasileiro: uma questão inconclusa

Na doutrina jurídica brasileira, são tradicionais as posições, sobre o tema, de José Cretella Júnior, Celso Antônio Bandeira de Mello e Odete Medauar. O primeiro¹⁶ considera que o ato político é espécie do gênero ato administrativo, caracterizado por um grau maior de discricionariedade, do tipo governamental, e diferenciado pela finalidade e pelo conteúdo, passível de controle jurisdicional quando ameaçar ou lesar direitos individuais.

Celso Antônio Bandeira de Mello reputa que os atos de governo são materialmente diversos dos atos administrativos, na medida em que se referem a atos de "superior gestão da vida estatal ou de enfrentamento de contingências extremas que pressupõem, acima de tudo, decisões eminentemente políticas"¹⁷ e conclui que são atos exercidos no âmbito da função política ou de governo, embora passíveis de controle jurisdicional. O autor ainda exemplifica como atos de governo o indulto, a iniciativa de lei e sua sanção ou veto¹⁸.

Por fim, Odete Medauar após historiar as diversas concepções doutrinárias acerca da existência do ato de governo, indica as suas notas características: a) origem: prover de autoridade ou órgão mais elevado do Poder executivo; b) fonte: atos que decorrem de execução direta da constituição; c) consequências jurídicas externas e destinatários: os outros poderes do Estado, outros Estados e organismos internacionais. Em seguida, formula um rol de atos de governo, a luz da Constituição Federal de 1988¹⁹, dentre os quais se destacando a apresentação ou retirada de projeto de lei (art. 84, III, CF), a recusa

¹⁶ JÚNIOR CRETELLA, José. Teoria do ato de governo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 24, n. 95, jul./set., 1987.

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 34.

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 351-352.

¹⁹ MEDAUAR, Odete. Ato de governo. **Revista de Direito Administrativo**. n. 191, jan./mar., 1993, p. 67-85.

em apresentar projeto de lei (seria omissão de ato de governo), a sanção, promulgação e publicação de leis (art. 84, IV, CF), a convocação de sessão extraordinária do Congresso Nacional (art. 57, § 6, CF), o veto a projetos de lei (art. 84, V, CF), a decretação de estado de defesa e estado de sítio (art. 84, IX, CF) ou a celebração de tratados, convenções e atos internacionais (art. 84, VIII, CF).

Embora expresse uma tentativa de apresentar os limites da categoria jurídica em questão, é certo que a doutrina parece não dialogar com a jurisprudência do Supremo, afinal, por exemplo, o veto a projeto de lei seria – na ótica doutrinária – considerado um ato político, mas, mesmo que capaz de provocar violação a direito subjetivo, é impassível de controle jurisdicional. Por outro lado, indubitavelmente não se cogita do controle judicial da retirada de projeto de lei ou, ainda, da decretação de mobilização nacional, mas o STF tem admitido o controle de medida provisória, quanto aos requisitos constitucionais de "urgência e relevância", conquanto excepcionalmente, quando patente a sua inexistência²⁰.

Aliás, a questão da intervenção do Poder Judiciário no exame das questões de natureza estritamente política, desde o julgamento do Habeas Corpus nº 300²¹, ainda no ano de 1891, tem suscitado questionamentos constantes e padece de uma doutrina jurisprudencial uniforme. Com efeito, se neste julgamento o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que não caberia imiscuir-se em questões políticas do Poder Executivo ou Legislativo, já no julgamento do Habeas Corpus nº 1.063 de 1898, "suavizou" o seu entendimento no sentido de que a intervenção judiciária seria admitida quando em jogo a proteção de liberdades individuais, ambos os entendimentos expressados com suporte na Constituição Republicana de 1891.

²⁰ STF. ADI 1397 MC, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 28/04/1997, DJ 27-06-1997 PP-30224 EMENT VOL-01875-02 PP-00317.

²¹ "Habeas-corpus. Não tem lugar quando a prisão ou constrangimento é ordenado pelo Presidente da República, por motivo político e por ocasião de ser declarado o estado de sítio" (STF. HC 300, Relator(a): Min. COSTA BARRADAS, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/1892, Revista O Direito, v. 20, t. 58, 1892, p. 302 Obras Completas de Rui Barbosa (1892), v. 19, t. 3, 1956, p. 355 Os Grandes Julgamentos do Supremo Tribunal Federal, v. 1, 1964, p. 26 COLAC VOL-00980-01).

Àquela altura, pode-se resumir o panorama jurisprudencial sobre a sindicabilidade da questão política apelando para o fundamento expresso no HC 3697, denotando a fortíssima influência do direito estadounidense, nos seguintes modos:

(...) A ordem constitucional repousa na ação livre e harmônica dos poderes e da nítida esfera de cada um deles resulta que as leis só valem pela inteligência que lhes dá o judiciário, como as entende ele nos pleitos que julga. *“The distinction between the legislative and the judicial powers as we have seen, is fundamental. The former is exercised to make or amend laws for future guidance, and the latter is exercised to determine rights under existing laws to interpret the laws in force and apply them to particular facts and circumstances. The executive power is employed to enforce the laws as expound by the judiciary.”* (The Supreme Court of the United States by E. COUNTRYMAN - 1913 - ch. II, pag. 75). (...) Questões políticas envolvidas na causa em que se debatem direitos sujeitos à apreciação da justiça, não podem excluir o julgamento desta, e, neste ponto de vista, o Supremo Tribunal não estendeu ainda o seu poder além de certos limites que, no entanto, a Corte Suprema Americana, que nos serviu de modelo, há muitíssimas vezes ultrapassado, sem que jamais se lhe tenha negado esse poder, ou contestado o valor de seus julgados (...) ²².

Por outro lado, se nas Constituições de 1934 (art. 68) e 1937 (art. 94) se previa que “é vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”, na Constituição democrática de 1946 (art. 141, §4º), reproduzida no atual art. 5º, XXV da Constituição Federal de 1988, se garantiu o amplo acesso à justiça, prescrevendo que “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. Aliás, sob a égide da Constituição de 1946, assim se pronunciou o STF ²³:

Questão política. Quando não escapa ao conhecimento do Poder Judiciário. As medidas políticas são discricionárias apenas no sentido de que pertencem à discrição do congresso ou do governo os aspetos de sua conveniência ou oportunidade, a apreciação das circunstancias que possam autorizá-las. Mas a discrição legislativa ou administrativa não pode exercitar-se fora dos limites constitucionais ou legais. O antigo critério jurisprudencial norte-americano (*merely, purely, exclusively political questions*) foi superado. Conceito do Countrymen. Evolução do pensamento de Ruy Barbosa sobre a matéria. Reforço da opinião de Ruy, em face da constituição de 1946.

²² STF, HC 3697, Relator(a): Min. PEDRO LESSA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ENEAS GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/1914, COLAC VOL-00980-01 PP-00001 RSTF, v. 4, 1915, p. 3.

²³ STF. MS 1423, Relator(a): Min. LUIZ GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 22/02/1951, DJ 14-06-1951 PP-05287 EMENT VOL-00042-01 PP-00043.

Logo, desde a Constituição de 1946, não há vedação expressa no ordenamento constitucional ao exame de questões políticas ou de governo por parte do Judiciário, mas a controvérsia persiste em face do conceito dinâmico (cultural, portanto) que se atribui ao princípio da separação dos Poderes e em virtude das limitações previstas na Constituição e nas leis, bem assim a proteção aos direitos fundamentais.

5. As doutrinas francesa e norte-americana sobre o controle judicial dos atos políticos

Antes de adentrar, especificamente, na parte comparativa, é importante apresentar, ainda que de forma breve, a teoria dos atos de governo, originada na França, e a *political questions doctrine*, no direito norte-americano, sendo que esta última parece influenciar a doutrina do STF desde sempre²⁴. A teoria do ato de governo (França) está fundada em particular concepção do princípio da separação de poderes, através da qual se entende que julgar a administração também é administrar, a Constituição Francesa de 1799 criou o Conselho de Estado Francês, dotando-o de dupla função: consultiva, na medida em que se trata de órgão de assessoramento jurídico da administração e jurisdicional, uma vez que lhe foi atribuído o poder de decidir os conflitos em que seja parte a administração pública.

No uso deste poder, a teoria do ato de governo nasce da jurisprudência do Conselho de Estado, sendo célebre o *arret Laffite* (1822), em que o Conselho não conheceu de ação que questionava espécie de confisco de rendas transferidas a um banqueiro pela Princesa Borghese, alegando o seu caráter político, sendo seguidas por conclusões semelhantes nos casos *Duchesse de Saint Lieu* (1838), *Prince Louis* (1844) e *Artenta* (1834).

Nestes, identifica-se a adoção de uma teoria teleológica ou fundada no móvel político, defendendo-se que o ato de governo seria aquele que objetivasse o atingimento de uma finalidade política. Teve como formulador inicial Gabriel

²⁴ CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Breves Considerações sobre o controle da função administrativa e a plenitude da tutela jurisdicional. **Anuário dos Cursos de Pós Graduação em Direito**, nº 8. Recife, UFPE, 1997, p. 80.

Dufour, em 1866, e obteve fundamento jurídico-normativo no art. 26 da lei de 4 de maio de 1872, segundo a qual determinados atos não seriam suscetíveis de recurso perante o Conselho de Estado, nem seriam título suficiente para base de reclamação eficaz por prejuízos sofridos²⁵, teoria esta que teria prevalecido na jurisprudência até 1875, quando do aresto “Prince Napoleon”, ocasião em que o Conselho se negou a examinar o caso de afastamento abrupto, pelo governo republicano, do Príncipe Napoleon-Joseph Bonaparte do cargo de General, para o qual havia sido nomeado pelo Imperador Napoleon III, independentemente da existência de móvel político no ato.

A doutrina, porém, buscando afastar a teoria do móvel político, valeu-se da diferença entre as noções de governo e de administração, considerando o primeiro como a atuação do Poder Executivo destinada ao desenvolvimento interno e das relações exteriores ou, como destaca Medauar²⁶, com referência ao pensamento de Laferrière:

Administrar é assegurar a aplicação diária das leis, zelar pelas relações dos cidadãos com a administração central ou local e das diversas administrações entre si. Governar é prover às necessidades de toda sociedade política, zelar pela observação de sua Constituição, pelo funcionamento dos grandes poderes públicos, pelas relações do Estado com as potências estrangeiras, pela segurança interna e externa.

Assim, os atos editados quando do exercício da função governamental deveriam estar imunes à fiscalização jurisdicional, enquanto os atos menos relevantes, os assuntos corriqueiros do público, identificados como atos administrativos, seriam passíveis daquele controle. Perceba-se que a diferença entre ato governamental e ato administrativo é nítida quando o ato tiver sido editado por funcionários públicos, mas é insuficiente nos casos – de que, precisamente, aqui se trata – em que as altas autoridades, que gozam de potestades políticas e administrativas, emitem determinadas decisões.

Logo, passa-se a identificar o ato de governo não mais a partir de seus elementos caracterizadores, mas do seu efeito, isto é, da imunidade jurisdicional

²⁵ JÚNIOR CRETELLA, José. Teoria do ato de governo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 24, n. 95, jul./set., 1987, p. 75-76.

²⁶ MEDAUAR, Odete. Ato de governo. **Revista de Direito Administrativo**. nº 191, jan./mar., 1993, p. 67-85.

casuisticamente construída, como o faz Laubadère: “ato editado pela autoridade administrativa insuscetível de todo e qualquer recurso diante dos tribunais²⁷”, não surpreendendo, então, que surjam as doutrinas negativistas, assim entendidas as que negam o ato de governo como categoria jurídica autônoma (Berthelemy) ou, ainda, teóricos que reconheçam um conjunto de atos que, por necessidade, devam estar fora da cognição judicial²⁸.

Em relação ao panorama estadounidense, desde o julgamento do case *Marbury v. Madison* (1803), a Suprema Corte norte-americana (*US Court*) conferiu-se a relevante atribuição de analisar a compatibilidade vertical do ato legislativo em face da Constituição, situação que, sem dúvidas, significa reconhecer a atuação judiciária sobre atos originados das forças políticas vigentes, embora o *Justice* John Marshal tenha admitido, na própria decisão, que questões de natureza política, ou submetidas ao jugo do Executivo pela Constituição e pelas leis, nunca poderão ser ventiladas naquele Tribunal. Veja-se:

O presidente é investido pela constituição dos Estados Unidos de importantes poderes políticos, em cujo exercício se vale de sua discricção, prestando contas apenas ao país e à sua própria consciência. (...) Nestes casos, seus atos são seus; e qualquer crítica sobre a maneira de utilização deste poder discricionário, se existe, e pode existir, não se sujeita a poderes de controle. O assunto é político²⁹. (tradução do autor)

Contudo, o entendimento se aprimora com a doutrina das questões políticas (*political questions doctrine*), a qual visa à identificação de um conjunto de causas em que a Suprema Corte, ao autorrestringir a sua atuação em deferência ao juízo de discricionariedade política dos demais poderes, decide que a revisão judicial não é o mecanismo adequado à solução da questão debatida.

²⁷ LABAUDÈRE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. 3ª ed. v. 1. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence 1963 *apud* JÚNIOR CRETELLA, José. Teoria do ato de governo. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 24, n. 95, jul./set., 1987, p. 78.

²⁸ GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**: la defensa del usuario y del administrado. Tomo 2. 8. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2006, p. 422-423.

²⁹ Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/5/137.html>. Acesso em: 30 agost. 2018.

Embora iniciada no *Luther v. Borden* (1849) foi no julgamento do *Baker v. Carr* (1962), através do voto do Justice Brennan, que a Suprema Corte definiu os fatores que devem ser considerados na determinação de uma questão política³⁰: 1) se existe textualmente demonstrável, a atribuição de um dever ou poder a um departamento de governo; 2) ausência de standards judiciais para solver a controvérsia; 3) a impossibilidade de ser decidida a questão sem prévia política determinada, num caso claramente excluído da descrição judicial; 4) impossibilidade de a Corte adotar uma decisão que resulte na falta do devido respeito para com os demais poderes; 5) se existe uma necessidade incomum de aderir a uma decisão política já tomada; 6) se a tentativa de solucionar a questão criaria a possibilidade de constrangimento aos diversos departamentos de governo sobre a mesma questão. Presente na discussão judicial qualquer um destes fatores, o caso seria considerado uma questão política e, portanto, fora do âmbito de jurisdição da *US Court*.

Cabe destacar, ainda, que em *Gillian v Morgan* (1973) a Suprema Corte considerou não justiciável a execução de política externa norte-americana, na situação, relacionada à guerra do Vietnã, assim como também daquele modo reputou a questão envolvendo o impeachment de juiz federal decretado pelo Senado (*Nixon v. United States*, 1993).

6. Análise comparativa do tratamento jurídico do indulto

Como já se expôs, considerando os aspectos estruturais (forma de estado, regime de governo, etc) e o tratamento jurídico conferido aos atos derivados das funções de governo e administrativa, na Espanha e no Brasil, serão analisados os fundamentos expostos pelo Tribunal Supremo (Espanha) e pelo Supremo Tribunal Federal (Brasil), quando do julgamento do Rec. Ordinario 13/2013 e na ADI 5874 (pendente de publicação), respectivamente, a respeito do controle jurisdicional do indulto.

³⁰

Disponível

em:

<https://web.archive.org/web/20130427172613/http://www.lawnix.com/cases/baker-carr.html>. Acesso em: 28 agost. 2018.

Antes, porém, é preciso pontuar que a posição institucional de ambos os Tribunais é distinta. De fato, o Tribunal Supremo espanhol é o órgão de cúpula do Poder Judiciário (artigo 123, CE), com competência para fixar a interpretação uniforme do direito espanhol, através das decisões de recursos de cassação, revisão e outros extraordinários. Também possui jurisdição originária para o processo e julgamento de altas autoridades do Estado, tais como o Presidente do Governo e os Presidentes do Congresso e do Senado ou os magistrados do Tribunal Constitucional (artigos 56 e 57, da Lei orgânica do Poder Judiciário, Lei 06/1985 – LOPJ) e, inclusive, ações civis e penais contra a Rainha consorte ou o consorte da Rainha, a Princesa ou Príncipe de Asturias e seu consorte, assim como contra o Rei ou a Rainha que tenha abdicado (artigo 55 bis, LOPJ). O Tribunal Supremo não detém, portanto, a posição de corte ou tribunal constitucional, a qual foi conferida pela CE ao Tribunal Constitucional (artigo 159 e seguintes da CE), “intérprete supremo da Constituição, independente dos demais órgãos constitucionais e submetido apenas à Constituição e à presente lei orgânica” (artigo primeiro da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, Lei 02/1979 – LOTC). Logo, frise-se, o Tribunal Constitucional não integra a estrutura organizacional do Poder Judiciário espanhol, mas se qualifica como o órgão máximo para tratar da constitucionalidade das leis.

O Supremo Tribunal Federal (STF), por seu turno, integra a estrutura do Poder Judiciário brasileiro (art. 92, CF-88) como órgão de cúpula, acumulando as funções jurisdicionais originária (art. 102, I, CF-88), recursal ordinária (art. 102, II, CF-88) e recursal extraordinária (art. 102, III, CF-88), sendo perfeitamente identificável a sua posição institucional de tribunal constitucional (art. 102, caput, CF-88), notadamente porque dispõe da prerrogativa de dar a última palavra em matéria de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, quer seja de forma abstrata (art. 102, “a” e §2º, CF-88), que seja de forma concreta (art. 102, III, CF-88 e art. 927 da Lei 13105/2015), quando o parâmetro de controle for a Constituição Federal.

Outra ressalva importante é a de que o que ora se examina como a posição do STF constitui, na verdade, as razões elencadas nos votos proferidos pelo relator originário e pelo redator final do acórdão. Diferentemente da tradição

de outros tribunais constitucionais, o STF não atua, tecnicamente, como corte de precedentes, no sentido de que o resultado do julgamento não é expressivo do consenso majoritário sobre as razões jurídicas das quais derivam a conclusão adotada, mas da somatória das conclusões dos votos de cada um dos seus ministros.

De qualquer modo, a posição institucional diversa entre os órgãos judiciais, assim como a adoção de técnica diversa de decisão colegiada, não invalidam, nem são óbices, à adoção do método comparativo, já que, fundamentalmente, se tratam de decisões judiciais que examinam, como causa petendi, a possibilidade e os limites do controle jurisdicional de ato normativo que concede indulto ou graça a condenados criminalmente. Neste sentido, no Brasil, o indulto é uma “faculdade outorgada ao Presidente da República de extinguir penas ou eliminar a punibilidade coletivamente, e graça, um ato de clemência soberana destinada à determinada pessoa³¹”, podendo esta competência ser delegado ao Ministro de Estado ou outras autoridades (art. 84, XII e seu p. único).

A única limitação textual imposta ao Presidente da República no exercício do poder de indultar está contida no artigo 5º, XLIII, in verbis: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”, isto é, limita a concessão deste ato clemencial em razão da natureza dos crimes em que condenado o beneficiário.

Já a Constituição Espanhola confere o poder de graça ao Rei (artigo 62.1), vedando-se-lhe a concessão de “indultos gerais”, que o exerce por proposta do Ministério da Justiça e prévia deliberação do Conselho de Ministros. O artigo 130 do Código Penal Espanhol (LO 10/1995) igualmente reconhece o indulto como causa de extinção da responsabilidade criminal. Portanto, sob a ótica do direito brasileiro, na Espanha apenas se admite a concessão de graça, por ato do Governo, embora formalizado pelo Rei.

³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. v. 1. 9. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 643.

Outra diferença significativa é que, no Brasil, não há uma norma geral (isto é, disposição normativa), editada pelas autoridades políticas, que regule, confira ou limite os atos de concessão de indulto, diferentemente do sistema espanhol, em que vigora a *Ley de 18 de junio de 1870*, modificada pela *Ley 1/1988*, qualificada, portanto, como uma disposição normativa destinada a condicionar o exercício desta função política.

7. Tribunal Supremo Espanhol: RO 13/2013

No caso espanhol, a questão foi tratada no recurso ordinário contencioso-administrativo nº 13/2013, contra o Real Decreto 1668/2012, de 07 de dezembro de 2012, aprovado pelo Conselho de Ministros em 07 de novembro do mesmo ano, através do qual se indultava a D. Ramón Jorge Ríos Salgado, tendo como relator final o Exmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde. O indultado, Ríos Salgado havia sido condenado a 13 (treze) anos de prisão por causar um acidente de trânsito, do qual resultara a morte de José Alfredo Dolz em 2013, em Polinyà del Xúquer (Valencia).

Os recorrentes suscitavam a existência de vício formal no procedimento conduzido pelo Ministério da Justiça, o qual teria omitido informações relevantes no relatório prévio. Sustentam, ainda, o descumprimento dos elementos vinculados do indulto, conforme a lei de regência. Contudo, também aduziam que: a) o indulto incorreria em desvio de poder; b) violaria os artigos 9.3, 10.1 e 103.1 da Constituição Espanhola, face à ausência de motivação do ato de indulto, o que o tornaria arbitrário e, assim, nulo; c) inconstitucionalidade por infringir o princípio da igualdade, consagrado no art. 14 da CE; d) possibilidade de cognição do recurso, por se questionar indulto concedido, de modo que apenas para os casos de denegação do indulto é que haveria espaço reduzido de cognição por parte do Judiciário.

Pois bem. O Tribunal Supremo, no item sexto da decisão, reitera que o indulto seria uma atuação individual e excepcional do Governo, de caráter discricionário, tendo como irrelevante, para efeito de cognição judicial, a sua natureza essencialmente política. De início, destaca que, atualmente, o direito de graça permite ao chefe de Estado – embora materialmente exercido pelo

Governo – perdoar penas ou comutá-las por outras mais benignas, mas, diferentemente dos tempos passados, o exercício desta faculdade deve atender às prescrições legais, no caso, a Lei de 18 de junho de 1870. Já o seu caráter excepcional se referiria à consideração de que cuida da intervenção de um poder, o Executivo, sobre o outro, o Judicial, sempre tendo em conta a menor perturbação à ordem jurídica.

Enquanto no tópico 3º do item sexto, explicitamente o tribunal declara que o indulto é um ato discricionário do governo, no sentido de que uma vez cumpridos todos os requisitos procedimentais previstos na lei, ainda assim, ao governo seria facultada a sua concessão, no tópico seguinte salienta a irrelevância de considerá-lo como ato político de governo, no sentido de que de qualquer modo não fugiria ao controle judicial.

Destaca o Tribunal Supremo que a Lei 50/1997 autoriza o manejo da jurisdição contencioso-administrativa em face de atos de governo e, ainda, que a lei reguladora da jurisdição contencioso-administrativo (Lei 29/98) admite a fiscalização de tais atos na defesa da proteção dos direitos fundamentais, quanto aos elementos vinculados do ato e na determinação das indenizações que forem procedentes. Por outro lado, salienta que

este tipo de atos políticos ou de direção política não são na atualidade senão decisões para cuja adoção o ordenamento jurídico atribui uma amplíssima – máxima, mais bem - margem de discricionariedade ao Poder Executivo para apreciar os que sejam de interesse público, mas sem que, de modo algum, isso comporte uma natureza diversa destes atos no que tange ao seu controle jurisdicional, nem mereçam, por consequência, uma denominação diferenciada dos mesmos, pois estão submetidos às regras gerais de vinculação à lei e ao direito e de controle judicial dos atos discricionários da Administração.³² (tradução do autor)

O Tribunal Supremo, em curiosa análise, reitera a sua jurisprudência, no sentido de que o direito de graça não é uma potestade administrativa e, portanto, não é suscetível de controle através do mecanismo do controle ordinário de desvio de poder, mas também arremata definindo, mesmo em se tratando de atuação política discricionária e, apesar de não se exigir motivação nos mesmos moldes que em face de atos administrativos – porquanto, repita-se, o indulto não

³² STS 13/2013. Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso. Sede: Madrid. Sección: 1. Fecha: 20/11/2013. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde.

o seria, o direito de graça pode ser examinado a luz da cláusula de interdição à arbitrariedade dos poderes públicos (art. 9.3, CE). Cabe transcrever esta conclusão, na redação original:

Obvio es que el control jurisdiccional no puede extenderse al núcleo esencial de la gracia (decisión de indultar o no indultar), ni a la valoración del contenido de los requisitos formales (esto es, al contenido de los informes reglados a los que se refiere la LI), pero sí a la no concurrencia de arbitrariedad en la concesión, pues tal decisión exige, por disposición legal, la especificación y el conocimiento de las "razones de justicia, equidad o utilidad pública"; especificación a la que ha de llegarse "con pleno conocimiento de los hechos y de todas sus circunstancias, y después de un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir"³³.

Logo, como o Real Decreto em questão não assinalaria as razões de justiça, equidade ou utilidade pública levadas em consideração para a graça conferida a D. Ramón Jorge Ríos Salgado, o Tribunal Supremo decidiu por invalidá-lo, por haver violado os requisitos específicos do ato, previstos na lei de regência.

Perceba-se que, no regime espanhol, a Constituição busca delimitar os espaços políticos-jurídicos dos atos políticos e dos atos de administração, foram editadas normas por autoridade política (de natureza legislativa) que reforçam o tratamento jurídico diferenciado e, ademais, a legislação processual e a jurisprudência admite o controle judicial de ambos, embora os sujeitando a parâmetros de controle diferenciados, os quais, em matéria de ato político, se inserem na cláusula "na defesa da proteção dos direitos fundamentais, quanto aos elementos vinculados do ato e na determinação das indenizações que forem procedentes". É, portanto, um sistema que claramente reforça a segurança jurídica, quer seja porque antecipa as possíveis dinâmicas de controle recíproco entre o governo e o judiciário, quer seja porque confere ao judiciário standards para o julgamento da questão no caso concreto.

³³ STS 13/2013. Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso. Sede: Madrid. Sección: 1. Fecha: 20/11/2013. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde.

8. Supremo Tribunal Federal no Brasil: ADI 5874

A Procuradoria Geral da República (PGR) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade em face de dispositivos do Decreto nº 9246/2017, editado pela Presidência da República, através do qual se concedia indulto coletivo e comutação das penas a pessoas condenadas que já tivessem cumprido 1/5 da pena, se não reincidentes ou 1/3, se reincidente, nos crimes praticados sem grave ameaça ou violência, aplicando-se à pessoa que tivesse tido a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direito, estivesse cumprindo a pena em regime aberto, tivesse sido beneficiada com a suspensão condicional do processo ou estivesse em livramento condicional. Inclusive, indultava a penalidade de multa e da prestação pecuniária.

Ao invocar como violados os artigos 2º, 5º, caput e incisos XLIII, XLVI, LIV, e do art. 62, § 1º, b, da CF-88, a PGR alegava que o Decreto nº 9246/2017 concedida indulto e comutação de penas a condenados que haviam cumprido pouco tempo de pena, bem como a aqueles que haviam sido beneficiados pelas normas despenalizantes e, portanto, estavam fora de situação de encarceramento, assim como a situações em que sequer as ações penais haviam sido julgadas em definitivo. Igualmente, defendeu que a pena de multa não poderia ser abrangida pelo Indulto. Em suma, a PGR aduzia que a competência do Presidente da República para conceder indulto ou graça não era ilimitada e que, portanto, deveria se adequar às finalidades constitucionais de prevenção, repressão e proteção de bens jurídicos relevantes, não lhe sendo legítimo editar norma que, ao fim e ao cabo, teria o efeito descriminalizante.

A Presidência da República, em suas informações defensivas, trazia quatro argumentos básicos: a) a concessão de indulto é ato discricionário do Presidente da República, incabível o exame judicial da conveniência e oportunidade; b) o ato não violaria a separação de poderes, porque o indulto seria ato materializador do controle recíproco, inerente àquela cláusula; c) o Decreto não teria efeito descriminalizante, porque não foram revogadas ou alteradas as sanções abstratas previstas na lei penal; d) os requisitos para a concessão do indulto, mais leves, levaram em conta a situação do sistema penitenciário brasileiro, reconhecido pelo próprio STF, inserido em “estado de

coisa inconstitucional”, quando do julgamento da Arguição de Descumprimento Fundamental nº 347.

No voto proferido quando da concessão da medida cautelar, o relator originário, o Ministro Luis Roberto Barroso considera que a graça e o indulto seriam atos de natureza administrativa, sustentando, ainda, que desde o advento da Constituição de 1988, todos os anos, a Presidência da República vinha editando Decretos que perdoariam e/ou comutariam penas, associando-o à finalidade de enfrentamento do problema do hipercarceramento no país, atento às necessidades de reinserção e ressocialização dos condenados, de tal maneira que esta seria uma particularidade histórica do Brasil, já que os indultos concedidos por Chefes de Estado estariam em extinção em outros Estados – como, inclusive, é o caso do sistema espanhol, em que o Rei apenas concede indulto individual, tal qual se expôs acima.

O Ministro Barroso ainda detecta que na proposta original Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, ligado ao Ministério da Justiça, havia exclusão explícita de aplicação do indulto aos crimes relacionados ao combate à corrupção, particularidade que não foi observada no texto final, sem que se pudessem reconhecer as suas justificações objetivas. Desta maneira, o relator, por sua iniciativa, buscou precisar os limites constitucionais à regularidade do Decreto de indulto, assim expondo:

“(...) entendo que esse instrumento (i) não pode conflitar com a política criminal adotada no país; (ii) deve ser manejado de forma racional, com base em um plano estratégico baseado em dados que revelem a eficiência do instituto com relação à finalidade pretendida; e (iii) não pode implicar proteção insuficiente de bens jurídicos protegidos constitucionalmente³⁴.

O que se nota é que a linha argumentativa do Ministro relator parte da consideração do indulto como ato de natureza administrativa discricionária, sem que isso implicasse reconhecer a sua imunidade judicial, presumivelmente valendo-se da teoria dos graus de vinculação do ato administrativo, de modo que apenas existiria um poder discricionário juridicamente vinculado, afinal “mesmos os atos administrativos submetidos a baixo grau de vinculação não podem ser

³⁴ ADI 5874 MC, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 12/03/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-049 DIVULG 13/03/2018 PUBLIC 14/03/2018.

praticados com absoluta discricionariedade, porque estarão atrelados, ao menos, à observância dos princípios constitucionais³⁵”.

Assim sendo, aduziu que o Decreto, na medida em que incluiu em seu âmbito de incidência as condenações, definitivas ou não, por crimes de peculato, concussão, corrupção passiva, corrupção ativa, tráfico de influência, os praticados contra o sistema financeiro nacional, os previstos na Lei de Licitações, os crimes de lavagem de dinheiro e ocultação de bens, os previstos na Lei de Organizações Criminosas e a associação criminosa, não passaria pelo teste de moralidade, princípio explícito da administração pública, positivado no artigo 37 da CF-88, na medida em que “possui o condão de beneficiar investigados e condenados por envolvimento em esquemas de corrupção recém ocorridos, quando não ainda em curso”.

Igualmente, a mesma medida acima implicaria em desvio de finalidade, assim considerado quando o agente atua dentro dos limites de sua atribuição institucional, mas atinge finalidade diversa, não desejada pela lei ou pela ordem constitucional, uma vez que o Decreto não teria o efeito de alcançar finalidades de ressocialização – porque incidiria após curto tempo de início do cumprimento da pena – ou de combate ao hiperencarceramento – pois o número de presos por crimes contra a Administração Pública, por sua vez, corresponderia a apenas 0,25% do total (720 mil presos).

Por outro lado, o voto do Ministro Alexandre de Moraes, relator que iniciou a divergência e, portanto, redige o acórdão, começa descrevendo a dinâmica de freios e contrapesos inerente ao princípio da separação dos poderes, com o fim de afirmar que a possibilidade de concessão de graça, indulto ou comutação de penas (art. 84, XII, CF) é um dos mecanismos legítimos de controle do Executivo sobre o Poder Judiciário, na medida em que prevista na Constituição.

Salienta que o instituto do indulto integra a tradição constitucional brasileira, e que sempre foi considerado como “ato discricionário e privativo do Chefe do Poder Executivo”, quer seja pela doutrina, quer seja pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sujeito apenas às limitações expressa ou

³⁵ ADI 5874 MC, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 12/03/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-049 DIVULG 13/03/2018 PUBLIC 14/03/2018.

implicitamente previstas no texto constitucional, as quais também condicionariam o âmbito do controle jurisdicional do Decreto de indulto.

Assim sendo, o Judiciário poderia regularmente anular, parcial ou integralmente, a clemência estatal oferecida sobre crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, todos regulados como planos negativos de incidência do indulto, da graça e da anistia (art. 5, XLIII, CF), bem como sobre “crimes objeto de pedido extradicional”, já que nesta hipótese teria o STF reconhecido uma hipótese implícita de não incidência do indulto, no julgamento da Ext 1435/DF.

Curiosamente, o voto prossegue para reconhecer no indulto a natureza de ato administrativo discricionário (igual que o Relator originário) e ainda estabelece que o controle de constitucionalidade deve “igualmente, verificar a realidade dos fatos e também a coerência lógica da decisão discricionária com os fatos”, citando doutrina de Tomas-Ramon Fernández, no sentido de que “se ausente a coerência, o indulto estará viciado por infringência ao ordenamento jurídico constitucional e, mais especificamente, ao princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos”.

Destas anotações exsurgem três problemas: 1º) ambos os votos consideram que o decreto de indulto é um ato administrativo discricionário, mas divergem sobre o seu grau de controle jurisdicional; 2º) ambos se afastam da doutrina atualmente vigente sobre o controle do ato discricionário; 3º) o voto condutor cita a doutrina de Tomas-Ramón Fernández, que – diferentemente do exposto pelo Ministro, tal como se expôs no item 2.2 acima – admite o controle judicial de qualquer ato do poder público quando despido de razão, com base no princípio da interdição da arbitrariedade, positivado no texto constitucional espanhol. De fato, os votos (originário e condutor) evitaram ingressar no debate sobre a questão política no sistema brasileiro e na já tradicional postura de auto-contenção do STF na matéria, bem como não se incomodaram em manter a indefinição que se revela na doutrina administrativista brasileira acerca do enquadramento categorial dos atos políticos, tal como expusemos acima.

Ora, se os requisitos do ato administrativo são competência, regularidade formal, licitude do objeto, existência de motivo e retidão de finalidade (art. 2º, Lei

4717/1965), deveria ser possível o cotejo judicial de todos estes requisitos no âmbito do Decreto de indulto, exceto quanto à sua conveniência e oportunidade. É esta a tradição doutrinária e jurisprudencial do controle judicial dos atos discricionários. Aliás, o voto do relator originário invoca a (coerente) teoria dos graus de vinculação do ato administrativo³⁶ para admitir o controle do ato discricionário, mas parece não cumprir com o ônus argumentativo em relação a esta que seria clara inovação jurisprudencial.

A CF prevê, em relação ao indulto, limitações materiais explícitas e implícita, prescreve a autoridade competente, mas não descreve a sua finalidade, os seus requisitos formais, nem os seus motivos autorizadores. Para o STF e a partir da sua interpretação atual do nosso texto constitucional, bem ou mal, o indulto só não pode beneficiar pessoas condenadas por tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos ou aquelas sujeitas à jurisdição de outra nação. À exceção destas hipóteses, o indulto pode favorecer qualquer pessoa, por qualquer motivo e para qualquer finalidade aparentemente republicana. O STF parece ter adotado um dos fatores de identificação da questão política constante do voto do *Justice* Brennan (*Luther v. Borden*, 1849), qual seja a falta de *standard* de controle, mas o fez em favor de um ato declarado e qualificado pelo relator como ato administrativo discricionário.

E, a meu sentir, é inadequada a referência, feita no voto condutor do acórdão, de incidência do princípio da arbitrariedade dos poderes públicos no controle do indulto. Primeiro, porque invoca uma doutrina que se baseia na redação do art. 9.3 da Constituição Espanhola, o qual expressamente prevê aquele princípio, positivamente que não ocorre na Constituição brasileira. Segundo, porque se fosse para reconhecer a existência implícita deste princípio no nosso sistema, seria necessário expor as razões de fato e de direito que apoiariam o reconhecimento ou a impregnação deste princípio, o qual, inclusive, teria como efeito inevitável admitir a sua incidência sobre atos e decisões de todos os

³⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 307-308.

poderes da República e, assim sendo, inevitavelmente o resultado do julgamento seria diferente.

Considerações finais

A comparação entre os fundamentos expressos nas decisões do Tribunal Supremo Espanhol e do Supremo Tribunal Federal sobre o controle jurisdicional do indulto, expõe algumas relevantes diferenças sobre o tratamento jurídico dado aos atos políticos ou de governo (e, também, quanto às técnicas de argumentação e como os diversos cenários culturais encaram o problema da contenção dos poderes).

Em primeiro lugar, observa-se que a Constituição brasileira não prevê nem se preocupa com a diferenciação entre as funções administrativa e de governo exercidas pelos chefes do Poder executivo das três esferas federativas (União, Estados e Municípios), embora admita implicitamente a sua existência, no que é confirmado pelas diversas posições doutrinárias e jurisprudenciais. Assim, ao não ser dotados de um regime jurídico especializado ou vários, conforme a espécie – os atos de governo possuem uma margem amplíssima de discricionariedade política, embora variável, na medida em que a própria CF-88, às vezes, delimita aspectos formais do exercício de espécies de atos de governo (como quando regula o prazo para exercício do poder de veto ou o âmbito de incidência do veto parcial, no art. 66).

O caso do indulto é emblemático, uma vez que não há disposição normativa geral nacional editada por autoridade política que delimite ou condicione o exercício de poder de graça atribuído pela Constituição ao Presidente da República e a única vedação explícita é aquela constante do art. 5º, XLIII, CF-88, que toma em consideração a natureza de determinados crimes em cujas penas tenha sido incurso e condenado o agente, além de estabelecer a autoridade competente, o que expõe o instituto a um significativo traço autoritário, próximo do conceito de arbitrariedade, antítese da cláusula do estado democrático de direito (art. 1º, CF-88).

Se o STF adotasse a “*political questions doctrine*”, o Decreto de indulto seria impassível de controle jurisdicional, quer seja porque a Constituição atribui

a competência privativa ao Presidente da República, quer seja pela ausência de standards de controle, o que sem dúvidas o qualificaria como ato político. Se adotasse a posição tradicional da jurisprudência do STF, de que é paradigma o MS 1423 (DJ 14-06-1951), no sentido de que é sindicável o ato político quando haja comprovada violação a direitos fundamentais ou a elementos procedimentais previstos na Constituição, os Decretos de indulto só poderiam ser examinados quanto à vedação do art. 5º, XLIII, CF-88 e nunca quanto aos seus procedimentos e às finalidades objetivamente aferíveis. Por fim, se o Decreto de indulto for reputado ato discricionário, todos os elementos vinculados do ato administrativo poderiam ser aferíveis.

Por esta razão, a posição adotada no voto do relator originário (quando do julgamento da medida cautelar) parece se aproximar da noção atual do ato de governo no âmbito do Conselho de Estado Francês, ao considerar como não fiscalizáveis aqueles atos assim considerados pela Corte. Mas a diferença fundamental é que ao invés de salientar que o Decreto de indulto é ato de governo sindicável – como, inclusive, expôs o Conselho de Estado desde o *arrêt Gombert* (1947) –, considerou-o ato administrativo discricionário. Já o voto condutor do acórdão igualmente reputou-o como ato administrativo discricionário, divergindo quanto ao âmbito de controle e, mais, estabelecendo outros parâmetros que não se adequam à posição tradicional na matéria, referente ao cotejo dos elementos vinculados do ato administrativo.

A ADI 5874 foi julgada, mas a realidade constitucional brasileira segue com o problema da categorização dos atos políticos e dos atos discricionários. Sequer é possível afirmar que o indulto é um ato administrativo discricionário especial ou *sui generis*, simplesmente porque não existe esta categoria jurídica e, se existisse, não serviria para os fins a que se destina. O indulto é um ato político, atualmente sujeito apenas às limitações contempladas na Constituição Federal e (devemos admitir) pode servir para pretensões autoritárias e arbitrárias de diversos matizes, repita-se, ao menos enquanto não editada uma disposição normativa reguladora do instituto por parte das autoridades políticas.

A mesma questão, quando submetida à jurisdição do Tribunal Supremo Espanhol encontrou solução muito mais simples e transparente. Porque a

questão é simplesmente tratada pela Constituição espanhola e pelo direito infraconstitucional, afinal, sobre o controle judicial do ato político ou de direção política, a Lei 29/98 o permite expressamente quando na tutela de direitos fundamentais ou quanto aos elementos vinculados do ato e na determinação das indenizações procedentes daqueles atos.

Especificamente quanto ao ato de indulto individual (graça, para nós), vigora no direito espanhol a Lei de 18 de junho de 1870, que permite a construção de um parâmetro seguro de controle jurisdicional quando identificável a arbitrariedade na sua concessão. Assim, este controle não se estende à decisão de indultar ou não indultar, nem mesmo à valoração dos requisitos formais, mas é perfeitamente examinável a arbitrariedade quando o Real Decreto não permita o conhecimento das razões de justiça, equidade ou utilidade pública na concessão da graça ao apenado.

Referências

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2017.

BRASIL. STF. ADI 5874 MC, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 12/03/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-049 DIVULG 13/03/2018 PUBLIC 14/03/2018.

BRASIL. STF, ADPF 1 QO, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 03/02/2000, DJ 07-11-2003 PP-00082 EMENT VOL-02131-01 PP-00001.

BRASIL. STF, HC 3697, Relator(a): Min. PEDRO LESSA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ENEAS GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/1914, COLAC VOL-00980-01 PP-00001 RSTF, v. 4, 1915.

BRASIL. STF, MS 24849, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 22/06/2005, DJ 29-09-2006 PP-00035 EMENT VOL-02249-08 PP-01323.

BRASIL. STF. ADI 1397 MC, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 28/04/1997, DJ 27-06-1997 PP-30224 EMENT VOL-01875-02 PP-00317.

BRASIL. STF. HC 300, Relator(a): Min. COSTA BARRADAS, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/1892, Revista O Direito, v. 20, t. 58, 1892, p. 302. Obras Completas de Rui Barbosa (1892), v. 19, t. 3, 1956, p. 355. Os Grandes Julgamentos do Supremo Tribunal Federal, v. 1, 1964.

BRASIL. STF. MS 1423, Relator(a): Min. LUIZ GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 22/02/1951, DJ 14-06-1951 PP-05287 EMENT VOL-00042-01 PP-00043.

BRASIL. STF. RE 195192, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 22/02/2000, DJ 31-03-2000 PP-00057 EMENT VOL-01985-02 PP-00266.

CASADO, Eduardo Gamero; RAMOS, Severiano Fernández. **Manual básico de Derecho Administrativo**. 10. ed. Madrid: Editora Tecnos, 2013.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Breves Considerações sobre o controle da função administrativa e a plenitude da tutela jurisdicional. *In: Anuário dos Cursos de Pós Graduação em Direito*, nº 08. Recife, UFPE, 1997.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. Tomo 1. 18. ed. Madrid: Thomson Reuters, 2018.

ESPANHA. STC 25/1981. Órgano: Tribunal Constitucional. Pleno. Fecha: 14/07/1981. Recurso de inconstitucionalidad número 04/1981. Ponente: D. Antonio Truyol Serra.

ESPANHA. STC 32/1981. Órgano: Tribunal Constitucional. Pleno. Fecha: 28/07/1981. Recurso de inconstitucionalidad número 40/1981.

ESPANHA. STS 13/2013. Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso. Sede: Madrid. Sección: 1. Fecha: 20/11/2013. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde.

FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. **De la arbitrariedad de la administración**. 5. ed. Madrid: Editora Civitas, 2008.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**: la defensa del usuario y del administrado. Tomo 2. 8. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2006.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. 2. ed. México: UNAM, 2016.

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

MEDAUAR, Odete. Ato de governo. **Revista de Direito Administrativo**. n. 191, jan./mar., 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

REGLA, Agiló Josep. **Teoria geral das fontes do Direito**. Lisboa: Escolar Editora, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. v. 1. 9. ed. São Paulo: Editora RT, 2011.