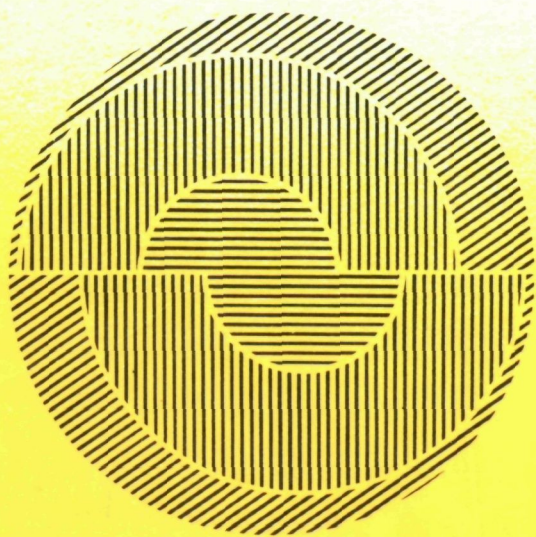


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JULHO A SETEMBRO 1987

ANO 24 • NÚMERO 95

Teoria do ato de governo

J. CRETELLA JÚNIOR

Professor Titular de Direito Administrativo
da Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo

Ato de governo ou ato político é toda manifestação de vontade do poder público que, por sua condição toda especial, escapa à revisão do Poder Judiciário, constituindo esse tipo de ação não uma exceção ao *princípio da legalidade*, mas à competência do juiz, o qual não tem possibilidades de fiscalizá-lo, se a isso for provocado. Certas circunstâncias de crise — as *circunstâncias excepcionais* — facultam à Administração tomar medidas enérgicas e imediatas, as quais seriam totalmente tardias e ineficientes, se o Governo obedecesse, de modo estrito, ao *princípio da legalidade*, submetendo-se a fórmulas complexas, que lhe impediriam a ação precisa, no momento oportuno. No século passado, o Conselho de Estado, na França, considerava *ato de governo* o ato editado pelo Poder Executivo, inspirado por *móvel político*, recusando-se, quando se tratava desse tipo de ato, a reconhecer ao prejudicado o direito de conseguir-lhe a anulação ou ao recebimento de qualquer indenização, em decorrência do prejuízo que tais medidas pudessem, eventualmente, causar-lhe. Em vários livros (cf. nosso *Direito Administrativo Brasileiro*, Forense, Rio, 1983, vol. I, p. 270, e *Tratado de Direito Administrativo*, Forense, Rio, 1966, vol. II, p. 122), procuramos colocar em relevo os principais aspectos do *ato de governo* ou *ato político*, no âmbito universal e no direito brasileiro.

Adotada nos vários sistemas jurídicos contemporâneos, servindo para designar certos atos das altas esferas do Poder Executivo, manifestações concretas volitivas do Governo que, pela própria natureza e índole especialíssima, se distinguem em razão do privilégio da imunidade jurisdicional que os matiza, a expressão *ato de governo* é oriunda da jurisprudência francesa de conteúdo administrativo, que a consagrou e tentou, em vão, circunscrever-lhe o campo exato.

Cumprе observar que o Conselho de Estado e o Tribunal de Conflitos, na França, empregaram, durante certo tempo, de preferência, uma perí-

frase para designar o *ato político*, referindo-se ao "ato que foge, por sua natureza, da revisão judiciária", verificando-se, agora, um retorno à antiga e consagrada expressão *ato de governo*.

Compreendida globalmente, a expressão *ato de governo* abriga idéia incerta e complexa (cf. ORESTE RANELLETTI, *Teoria degli Atti Amministrativi Speciali*, 7ª ed., 1945, p. 37), quando enfrentada com o rigor científico exigido para delimitar o setor exato sobre o qual se projeta, porque os vocábulos *governo* e *político* são suscetíveis de várias interpretações, que se distribuem através de gama riquíssima, cujos intervalos são menores que um milímetro, numa escala de mil.

Embora agente supremo, ocupando o ápice da pirâmide administrativa, o Chefe do Executivo, como qualquer particular, está sujeito aos textos legais. Todo *ato ilegal* que pratique é destituído de valor jurídico, nisto consistindo o *princípio da legalidade*, que permite ao administrado, vítima do *arbitrio administrativo*, pugnar por seus direitos, invocando a norma legal, adequada ao caso, diante do juiz competente, mediante os respectivos instrumentos processuais.

Tratando de *ato de governo* ou *ato político*, é necessário esclarecer o sentido de vocábulos e expressões que os autores nem sempre empregam com o mesmo sentido.

"Governo é o órgão supremo das hierarquias da Administração e do Estado" (MARCELO CAETANO, *Manual*, 6ª ed., 1963, p. 389). RANELLETTI esclarece que a palavra *governo* tem dois sentidos diferentes. No sentido substancial, *governo* designa uma forma de atividade do Estado, significado que está presente quando se fala de *ato político* ou *de governo*, ou de atos emanados no exercício do *poder político*. Em sentido subjetivo e formal, a palavra *governo* designa os órgãos supremos do Poder Executivo. É o sentido usual, em que se emprega, por exemplo, em expressões como esta: atos ou decisões do governo (*Teoria degli Atti Amministrativi*, 7ª ed., 1945, nº 2, p. 37).

VIVIEN ressalta o sentido da expressão *poder político*, "o mais ativo instrumento do progresso da civilização, das luzes e do bem-estar geral. O *poder político* exerce sobre a sociedade vigilância permanente, ouve-lhe os votos, modera-lhe as paixões. Está fora de seu representante e de seu órgão, e, em toda ocasião, é a mais alta expressão do pensamento público. Estreitamente ligado à Administração, não se confunde, entretanto, com ela. Cabe-lhe função de iniciativa, de apreciação, de direção, de conselho. É quem dá à Administração o espírito geral, o pensamento e, se assim se pode falar, a bandeira. À Administração cabe a ação, isto é, a execução das leis e o exercício material e prático dos poderes confiados ao Governo. O *poder político* é a cabeça. A Administração é o braço" (*Études Administratives*, 1859, vol. I, p. 30). No mesmo sentido, o tradi-

cional e centenário MACAREL: "Governo, tomado no sentido mais amplo e, também, no mais verdadeiro, é o poder que faz as leis, que tem por missão especial dirigir a sociedade nas sendas de seu desenvolvimento e de zelar continuamente pela conservação de sua felicidade" (*Cours d'Administration et de Droit Administratif*, 2ª ed., 1852, vol. I, pp. 12-13). No mesmo tom, expressa-se a autoridade de LÉON AUCOC (*Conférence sur l'Administration et le Droit Administratif*, 1869, vol. I, pp. 9, 10, 11, 66, 67 e 70).

Quando o déspota esclarecido Frederico II. da Prússia, na conhecida história do moleiro Sans Souci, pretendeu destruir o moinho que lhe tirava a vista do castelo de Potsdam, movido, pois, por interesse *pessoal* e não *público*, resistiu o súdito a tal ameaça governamental, exclamando enérgico e confiante: "Há juizes em Berlim". Confiava o moleiro na supremacia do *princípio da legalidade*, perante o qual mesmo os reis devem curvar-se, sob pena de falência do *Estado de direito*.

Será, entretanto, absoluto o *princípio da legalidade*, ou haverá algum setor vulnerável, que torne intangível, nesta área, algum tipo especial de ato, protegendo a autoridade prolatora contra qualquer tentativa de reexame judicial da medida?

À primeira vista, parece que o chamado *ato de governo* contraria frontalmente o *princípio da legalidade*, ou seja, parece que o ato da autoridade executiva, incluído nessa classe, seria *arbitrário*. Por outro lado, mesmo *arbitrário*, seria insuscetível de controle pelo Judiciário.

Pergunta-se, então, no caso positivo: a edição de *ato de governo* não constituiria perigosa ameaça para as *liberdades públicas* (Cf. sobre o tema nosso livro *Curso de Liberdades Públicas*, Rio, Forense, 1987), atingidas estas em seu núcleo por medida dotada de tal amplitude de movimentos da autoridade despótica?

A existência de tais atos não seria a negação do próprio regime da legalidade? Deve-se dar agasalho jurídico a essa privilegiada categoria de atos editados livremente pelo poder governamental?

As respostas a tais indagações desenvolvem-se em área difícil de ser demarcada.

A prática do *ato de governo* não configura, necessariamente, decisão *arbitrária*, não constitui ameaça às *liberdades públicas*, não é a negação do regime da legalidade.

Ao contrário, é indispensável a existência do *ato político*, em todos os sistemas jurídicos, porque tais atos são dotados de grande poder de sensibilidade, capaz de descer a aspectos que só o poder governamental tem meios de apurar.

De origem jurisprudencial, a *teoria do ato de governo* nasce, na França, alicerçada no art. 26 da lei de 24 de maio de 1872, segundo a qual determinados atos não seriam suscetíveis de recurso diante do Conselho de Estado, nem seriam título suficiente para base de reclamação eficaz por prejuízos sofridos.

Preocupando o mundo jurídico-administrativo francês, desde a época da Restauração, somente no Segundo Império, período de magnífico esplendor do Poder Executivo, é que se reúnem elementos concretos para a estruturação global de uma teoria completa do *ato político* ou de *governo*.

Da França, a *teoria do ato político* irradiou para outros países, onde foi recebida e reestruturada, conforme as necessidades jurídico-sociais e as condições peculiares a cada sistema.

As colocações dos diferentes autores, entretanto, variam de maneira extrema, dando como resultado a formulação de diversas doutrinas diante da realidade inquestionável do *ato de governo*.

Em esquema, as três mais importantes doutrinas são as seguintes:

- a) a *negativista*, que não admite a existência do ato de governo;
- b) a *teleológica*, que leva em conta o elemento fim;
- c) a da *natureza do ato*, que distingue *Governo* de *Administração*.

Para os adeptos da *teoria negativista*, o problema não oferece maiores dificuldades, porque tudo se resolve com a fórmula simplista: não existem *atos de governo* (Cf. BERTHÉLEMY, *Traité Élémentaire*, 9ª ed., 1920, p. 121, e ORLANDO, que, na monografia *La Giustizia Amministrativa*, com que ilustrou seu famoso *Primo Trattato*, 1901, vol. III, p. 907, nega, de modo categórico, “a existência de categoria distinta e sistematicamente determinada de atos de governo”).

Para os partidários da *teoria teleológica* ou *teoria finalística*, o caráter governamental do ato depende do *fim* visado.

Também denominada *teoria do móvel político*, esta posição consagra, de maneira particularmente perigosa, a idéia de *razão de Estado*, possibilitando, quando aceita, a vitória do *arbitrário governamental*, sob a capa de *interesse*, bastando, para isso, estender, indefinidamente, o campo dos mencionados atos. Formulada de modo claro, na doutrina (DUFOUR escreveu: “O que faz o *ato de governo* é o *fim* a que se propõe o editor da medida. O ato que tem por fim defender a sociedade, considerada em si mesma, ou personificada no Governo, contra inimigos internos ou externos, declarados ou ocultos, presentes ou futuros — eis o *ato de governo*”. Cf. *Traité de Droit Administratif Appliqué*, 1856, vol. V, p. 128), a “teoria finalística”, “teleológica” ou “do móvel político”, acaba por cair, em

fins do século XIX, diante de corajoso pronunciamento daquela Corte, em 19 de fevereiro de 1875 (Caso do Príncipe Napoleão).

Para os adeptos da *teoria da natureza do ato*, entre os quais se inscrevem AUCOC, DUCROCO, LAFERRIÈRE e DARESTE, o *ato de governo* é definido não pelo fim perseguido, mas pelo esclarecimento das noções *governar e administrar*, *Governo e Administração*.

Governo é a parcela do Poder Executivo que tem por missão dirigir o país nas vias de desenvolvimento interno e das relações exteriores, ao passo que a *Administração* é seu complemento e ação vital (cf. DUCROCO, *Cours de Droit Administratif*, 7ª ed., vol. I, p. 88, citado por BERTHÉLEMY, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 9ª ed., 1920, p. 118). Tal orientação, retomada pela doutrina, não teve o respectivo correspondente atual na jurisprudência (cf. ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 3ª ed., 1963, vol. I, p. 226).

Passou-se, desse modo, a uma enumeração casuística, como certa vez se fez, para os antigos *atos de império* e *atos de gestão*, entendendo-se como *ato de governo* todo aquele que figurasse, expressamente, na lista taxativa jurisprudencial apresentada.

“As teses que negam a existência do *ato de governo*, engenhosas e sedutoras em si mesmas, permitem explicar grande número de inadmissibilidades (notadamente em matéria de relações internacionais). Merecem consideração, neste sentido, mas não explicam todos os casos de rejeição. Quanto à *teoria da função governamental*, segundo pensamos, esbarra com a dificuldade de definir esta noção e distinguir os casos em que as autoridades mais graduadas agem como autoridades governamentais e os em que atuam como autoridades administrativas. Por esse motivo, parece-nos que o *ato de governo* representa, de modo exato, na medida em que subsiste, menos a expressão de função particular do Estado do que categoria de decisões, cuja subtração ao exame judicial ou contencioso se explica mais por *motivos políticos* do que por *motivos jurídicos*.” (Cf. LAUBADÈRE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 3ª ed., 1963, vol. I, p. 231).

O problema da *definição do ato político* tem desafiado a argúcia da doutrina, que não chega ao contexto exato, é evidente, pela própria flexibilidade inerente ao objeto definido.

Costuma-se dizer que a *alta política* consiste em defender o Estado e a sociedade das perturbações e dos ataques que os inimigos internos e externos dirigem contra ele, quando tais investidas adquiram tal importância que abalam, nos próprios fundamentos, as instituições vigentes. Em essência, o *ato político* nada mais é do que o *ato de alta polícia* (Cf. VITTA, *Diritto Amministrativo*, 3ª ed., 1949, vol. I, p. 289), ou, no original, “un provvedimento de alta polizia”. No mesmo sentido, discorre

FRAGOLA, acentuando que *políticos* ou *de governo* "são os atos que se referem à defesa do Estado e de suas instituições contra eventuais ataques internos e externos. Mais particularmente: os que concernem às relações constitucionais do Estado e, sobretudo, à ordem pública do país, como, por exemplo, a ordem relativa ao estado de sítio ou ao toque de recolher, quando se trata da tutela da ordem pública. Tais atos são *políticos* e, pois, incontestáveis diante do magistrado competente".

De modo bastante simples, *ato político* é *aquela que promana do Governo, no exercício do poder político*. (Cf. RANELLETTI, *Teoria degli Atti Amministrativi Speciali*, 7ª ed., 1945, p. 37).

Outros fazem a distinção entre a consideração *material* e *formal* do *ato político*, entendendo, sob o primeiro aspecto, como *políticas*, "as decisões do Poder Legislativo, no exercício de atribuições próprias e, eventualmente, as decisões do Poder Executivo, sem subordinar-se, regra geral, a lei alguma, ditadas em defesa da segurança do Estado e da Constituição" (Cf. BIELSA, *Principios de Derecho Administrativo*, 3ª ed., 1963, p. 65), compreendendo, sob o segundo aspecto, "os atos legislativos que, em princípio, devem emanar do Congresso e só, eventualmente, do Poder Executivo. Mas, ainda, neste último caso, integram-se os *atos políticos* com a intervenção de uma Câmara Legislativa, geralmente o Senado, como, por exemplo, os atos relativos à ordem internacional e à nomeação de membros do Poder Judiciário" (Cf. BIELSA, *Principios de Derecho Administrativo*, 3ª ed., 1963, p. 65).

O critério determinante da diferença entre *ato administrativo* e *ato de governo* manifesta-se pela tendência a restringir a classe destes últimos, o que implica progresso jurídico, porque, não sendo suscetíveis de recursos que os impugnem pela própria natureza, geram apenas responsabilidade política ou moral (Cf. BIELSA, *Principios de Derecho Administrativo*, 3ª ed., 1963, p. 65).

A doutrina francesa foi a que melhor enfrentou o problema do *ato político* ou *ato de governo*, procurando, antes de tudo, conceituá-lo.

Acentuando a diferença entre Governo e Administração, já que "governar é tomar decisões essenciais que dizem respeito ao futuro nacional" (Cf. RIVERO, *Droit Administratif*, 9ª ed., 1980, p. 12), ressaltando que "razões extrajurídicas" (LAUBADÈRE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 3ª ed., 1963, vol. I, p. 230) se encontram na base do *ato político* (FRANCIS PAUL BÉNOIT, *Le Droit Administratif Français*, 1968, p. 418, e VEDEL, *Droit Administratif*, 5ª ed., 1973, p. 306), passam os autores a defini-lo como a categoria de ato, "editado pela autoridade administrativa, insuscetível de todo e qualquer recurso diante dos tribunais" (LAUBADÈRE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 3ª ed., 1963, vol. I, p. 418), quer judiciários, nos países de *jurisdição una*, como o Brasil, quer judiciários e administrativos, nos países, como a França, que admitem a *dualidade de jurisdição*.

Ato de governo é o ato da autoridade executiva que não é suscetível de nenhum recurso, quer de anulação, quer de indenização (WALINE, *Droit Administratif*, 9ª ed., 1963, p. 217).

A nosso ver, a *discricionariedade do ato político* é maior do que a *discricionariedade do ato administrativo*. Ambas, porém, têm barreiras ou limitações, tais como as *prerrogativas individuais*, as *liberdades públicas*, os *direitos subjetivos públicos*.

Fácil é compreender como se chocam os *direitos do cidadão* com as *consequências do ato político*, porque, se os titulares dos primeiros têm a faculdade de exigir do Estado o cumprimento de algo que lhes é devido, faculdade essa alicerçada por norma de direito objetivo, posta pelo Estado, o titular do segundo, ao pronunciar-se, de modo algum, por isso mesmo, lesionará os administrados ou os funcionários, destituindo-os daquilo que a própria ordem jurídica lhes outorgou.

O *ato de governo*, assim, nem direta, nem reflexamente atingirá os *direitos adquiridos*, as *liberdades públicas*, as *prerrogativas individuais*, expressas em lei, e caso, por inadvertência, por abuso, excesso ou desvio de poder, a providência do Governo interfira na esfera circunscrita a tais prerrogativas, estará inquinada de vício patente que a desnatura, tornando-a vulnerável aos *remedia juris* correspondentes para o reexame do esdrúxulo pronunciamento governamental, pelo Poder Judiciário.

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

Desse modo, o *político* e o *arbitrário* repelem-se, opondo-se, como se repelem as noções antagônicas do *jurídico* e do *antijurídico*.

Não se distinguindo, substancialmente, do *ato administrativo*, o *ato de governo*, que também tem em mira a concretização do direito, objetivando a aplicação da lei ao caso concreto, forma uma classe à parte, entre as manifestações da vontade do Estado.

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

Mais elástico em seus movimentos do que o *ato discricionário*, balizado, por exemplo, pelo *fim* a atingir-se, situando-se no pólo oposto ao em que se acha o *ato vinculado*, não tendo o menor ponto de contato com o *ato arbitrário*, negação, este último, do jurídico, o *ato político* atua em esfera difícil de ser demarcada ponto por ponto, porque a *discricionariedade política* está desvinculada de fórmulas apriorísticas que, existentes, destituiriam a ação governamental da benéfica plasticidade que lhe é inerente e que possibilita ao Chefe do Executivo, sensível à conjuntura do momento, a intervenção contínua, oportuna, conveniente e rápida, adequada à imprevisibilidade do caso emergente.

Por aí se vê a dificuldade em definir de modo preciso o *ato de governo*. Definido, como que perderia a razão de ser, comprometido em fórmula acanhada, inadequada, por insuficiente, para atender aos objetivos amplíssimos da ação governamental, que não pode ser aprisionada em fórmulas estreitas, pois depende da sensibilidade do Chefe de Estado.

O nosso direito positivo procurou assinalar o campo do *ato de governo*, determinando que ao Poder Judiciário fosse vedado conhecer de questões exclusivamente políticas.

Nem a Constituição Republicana, de 1891, nem a de 1946 fizeram referência expressa à proibição revisionista do *ato de governo* pelo Poder Judiciário, mas tal proibição jamais sofreu, entre nós, solução de continuidade, pois é consequência natural e direta da própria natureza do regime, o que sempre foi proclamado pela doutrina e reiterado pelas decisões jurisprudenciais.

Seria uma falha, entretanto, deixar de referir a regra da Constituição de 1934, art. 68:

“É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.”

Conforme acentua BRANDÃO CAVALCANTI (*Tratado de Direito Administrativo*, 3ª ed., 1955, vol. I, p. 252), talvez houvesse sido melhor ter deixado o que dispunha o art. 59 do Projeto da Constituição de 1934, no qual se lê a seguinte lição:

“Nenhum recurso judiciário é permitido contra a intervenção nos Estados, declaração de sítio, eleição presidencial, verificação de poderes, reconhecimento, posse e perda de cargos públicos eletivos, tomada de contas pela Assembléia e outros atos, essencial e exclusivamente políticos, reservados por esta Constituição ao arbítrio de outro Poder.

Parágrafo único — Os Juizes e Tribunais apreciarão os atos dos outros Poderes somente quanto à legalidade, excluídos os aspectos da oportunidade ou conveniência das medidas.”

Em um ponto, entretanto, o *ato de governo* é suscetível de ficar sob o impacto do controle jurisdicional, ou seja, quando a ação do poder governamental, no exercício de suas atribuições constitucionais, ameaçar ou lesar *direitos individuais*.

Perde o ato, neste caso, o matiz de exclusivamente político, oferecendo flanco aberto à sindicabilidade judiciária.

Pouco importa, então, que as conseqüências da sentença proferida em litígio dessa espécie sejam políticas, influam na política ou que a substância do pleito seja política. Estamos diante de assunto judicial, desde que a questão deva ser dirimida em face dos preceitos legais, porque tais preceitos determinam o modo de solver questões desta espécie (PEDRO LESSA, *Do Poder Judiciário*, 1915, p. 301).

Apreciação de conveniências, transitórias ou permanentes, mas sempre de natureza geral, considerações de interesse comum, de utilidade pública, de necessidade ou vantagem nacional, requerendo autoridade mais ou menos arbitrária, subordinada à competência dos que a exercem, aos freios da opinião popular e da moral social, mas autônoma em vasta órbita de ação, dentro da qual a discricão do legislador e do administrador se move livremente, marcam o âmbito meramente político, imune, como tal, à intromissão indébita dos Tribunais.

Contraposto a este campo, com divisas claras e sensíveis, estende-se o terreno da justiça, assinalado exatamente pela característica oposta de que as questões de sua alçada, ao invés de obedecerem à apreciação de conveniência e oportunidade mais ou menos gerais, estendem-se, com a aplicação do texto legal, aos casos particulares.

Surgindo problema jurídico desta natureza, embora matizado de elementos *políticos*, desde que não *exclusivamente políticos*, tem de receber a solução legal do poder constituído para dar efeito às garantias constitucionais e com elas valer a toda individualidade, natural ou moral lesada em seu direito (RUI BARBOSA, *O Direito do Amazonas*, vol. I, p. 164, citado por BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado*, 3ª ed., 1955, vol. I, p. 215).

O ato ou é político ou é não-político (= administrativo), distinguindo-se um do outro pela finalidade e pelo conteúdo.

Consubstanciando medidas de objetivos estritamente políticos — finalidade —, movimentando-se na área interna da ação governamental, jamais lesando direitos individuais, explicitados em texto claro de lei, mas podendo ferir, tão-só, “interesses” — conteúdo —, o *ato de governo* desponta em toda sua pureza incontestável, nessas condições, pelo Poder Judiciário, que não o examina, em si, de imediato, podendo, porém, chegar até ele se dele resultarem outros atos que, de modo indireto, afetem *direitos subjetivos* (Ver: REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, *Ato Administrativo*, 1978, ed. da Rev. dos Tribunais, p. 20).

É necessário enfrentar o problema do *ato político* ou *ato de governo*, entre nós.

De um lado, temos os *direitos do cidadão*, consubstanciados nas *liberdades públicas* (manifestação do pensamento, reunião, associação, direito de ir e vir, liberdade de culto), de outro lado, a ultrapassagem, pelo cidadão, no uso desses direitos, *distorcendo-os, desvirtuando-os e, nesse caso, ameaçando a ordem pública* constituída (Cf. o livro *Direito Administrativo da Ordem Pública*, Rio, Forense, 1986, 2ª ed., 1987).

Nessas hipóteses, o *ato de governo* intervém, concretizando-se no que denominamos de *fato político*, ou seja, *operação material que, fundada em medida governamental anterior, concretiza a manifestação da vontade do Executivo*.

Tomemos como exemplo, no direito brasileiro, a *decretação do estado de sítio*, pelo Presidente da República (art. 155 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969).

O *móvel político*, a *razão de Estado* da “decretação”, está expresso, na Constituição, sendo (a) a guerra ou (b) a grave perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção.

Como consequência da *decretação do estado de sítio* – ato político e, portanto, espécie do ato administrativo –, vários fatos políticos ou administrativos ou providências materiais podem ser tomadas, como, por exemplo, a suspensão *de fato* da liberdade de reunião e de associação, a busca e apreensão em domicílio, a obrigatoriedade de residir em determinada localidade, a detenção em edifícios não destinados a réus de crimes comuns.

Tomemos, ainda, como exemplo, o ato de *apreensão de livro* que, em desacordo com a Constituição, pregasse propaganda de guerra armada, de subversão pública, de preconceito de raça, de religião ou de classe social.

Nesse caso, a *livre manifestação de pensamento*, garantida pela Carta Magna, não seria tolerada pela distorção ocasionada pelo autor do livro, amparado pela casa editora que o publicou.

O *fato político* ou *administrativo* da “apreensão” seria insuscetível de apreciação pelo Poder Judiciário, porque baseado em ato legítimo do Poder Executivo – o *ato político*.

Quaisquer dessas medidas, derivadas da auto-executoriedade do *ato político* ou *ato de governo*, são legais, insuscetíveis, portanto, de revisão pelo Poder Judiciário.

São exemplos típicos de *atos de governo*, no direito brasileiro, além da decretação do estado de sítio, já citado, a convocação extraordinária

do Congresso Nacional, quer pelo Presidente do Senado, em caso de decretação de estado de sitio ou de intervenção federal, quer pelo Presidente da República, quando este entender necessária a declaração de guerra, a celebração de paz, a permissão a forças estrangeiras para que transitem pelo território nacional ou para que nele permaneçam, temporariamente, nos casos previstos em lei pelo Presidente da República, desde que autorizado pelo Congresso Nacional; a criação de comissões de inquérito pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal; a decretação de intervenção federal pelo Presidente da República; a concessão de indulto e a comutação de penas pelo Presidente da República, ouvidos, se necessário, os órgãos instituídos em lei; a nomeação e a exoneração de Ministros de Estado, do Governador do Distrito Federal e dos Governadores dos Territórios.

Ato de expulsão de estrangeiro também é *ato político* da competência exclusiva do Presidente da República, no exercício do poder político, concretizando-se mediante a edição do respectivo *ato de governo*, insuscetível de apreciação pelo Poder Judiciário, sempre que o ato, em princípio, livre e permitido (como a manifestação de pensamento e a convicção política ou filosófica) seja desvirtuado, implicando (a) propaganda de guerra, (b) subversão da ordem, (c) preconceito de religião, (d) de raça, (e) ou de classe.

Atos políticos, mas não *exclusivamente políticos*, são, por exemplo, os que promovem juizes de direito pelo critério do merecimento, os de cassação de mandato de deputado ou de senador, porque tais atos, políticos pelo sentido, afetam direitos subjetivos — o direito subjetivo à promoção, no primeiro caso, o direito ao exercício do mandato, no segundo.

Dentro da expressão *ato político* há matizes sutis que distinguem cada espécie. Nem todo *ato político* tem o mesmo significado, o mesmo alcance, o mesmo cunho.

Há evidente diferença entre o *ato político* de intervenção federal nos Estados, cuja repercussão sobre interesse da unidade atingida é extraordinária, por envolver uma série complexa de problemas e de pessoas, e o *ato político* de nomeação de Ministro de Estado, escolha de confiança, que diz respeito, tão-só, a uma pessoa.

Cumprindo observar que, dentro de nosso sistema constitucional de freios e contrapesos, a afirmação de que “os atos exclusivamente políticos são imunes à apreciação jurisdicional” precisa ser entendida em seu sentido exato, que é: “os atos exclusivamente políticos são imunes à apreciação jurisdicional apenas no que encerram *de político*”, porque, integrando a ordem jurídica, à qual se submetem e adaptam, como atos jurídicos que são, devem concretizar-se de harmonia com o princípio da legalidade e conforme competência constitucional.

Por fim, quem quer que saiba o que é *administrar* entende que o *elemento político* lhe é estranho. O funcionário público é *funcionário*

administrativo, não *político*. A *atividade política* fica entregue ao legislador, ao Presidente da República, ao Ministro de Estado e ao agente político, ao pessoal diplomático.

O único funcionário político — o agente diplomático — não age por si, mas pelo Presidente da República, a cujas instruções está sujeito (PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição Federal de 1946*, 2ª ed., 1953, vol. II, p. 396).

Firmou-se, entre nós, o entendimento jurisdicional de que as *questões políticas* fogem totalmente ao exame do Poder Judiciário (*Revista do STF*, 32/9), ao contrário das *questões que não são meramente políticas* e que, como tais, caem sob o domínio fiscalizador e revisor daquela Corte. Assim, basta que uma questão esteja subordinada a texto expresso da Constituição para que deixe de ser exclusivamente política. Os atos inconstitucionais do Poder Executivo não justificam a violação da *liberdade individual*, que deve ser garantida pelo Poder Judiciário (*Revista de Direito* 38/103).

Delicado, importante e sutil o problema.

De um lado, o *regime da legalidade* impõe que se conheçam das lesões atentatórias aos direitos individuais, em qualquer caso, mesmo quando decorrentes de atos do Poder Executivo ou do Legislativo, na esfera da União ou dos Estados. Não interessa a *essência política do ato*, ou o *reflexo*, mesmo remoto, que possa ter, atingindo, em cheio, o direito subjetivo. Estão em jogo *direitos individuais*? Aham-se ameaçadas as *liberdades públicas*?

Movimente-se o Poder Judiciário com amplitude, mas amplitude discreta e cuidadosa, que não interfira, por um lado, no cerne do problema estritamente político, e não desampare, por outro lado, o direito individual.

Interesses incompatíveis desenvolvem-se em campos diferentes, mas que se tocam, sem que se interpenetrem.

Assim, o *direito público subjetivo* do indivíduo está ao abrigo do ato político, que não o atingirá nem direta, nem indiretamente. Barreira legal, oponível ao *ato político*, o *direito público subjetivo* é respeitado *tradicionalmente*, entre nós, como verdadeiro dogma do regime da legalidade.

Enfim, a ação governamental, concretizada no ato político, tem de revestir-se da maior flexibilidade, para que intervenha no momento exato, de acordo com o princípio clássico *salus reipublicae lex suprema esto*.

Uma observação final: não se deve confundir o "fato político" ou "de governo", com o "ato político" ou "de governo", do mesmo modo que não se deve confundir o "fato administrativo" com o "ato administrativo". Assim, o *ato* — o decreto — que determina a *expulsão do estrangeiro indesejável* é "ato político", mas a *expulsão*, em si, pelos agentes públicos credenciados, é "fato político", que decorre da auto-executoriedade do decreto expulsório.