OS ATOS DE PODER NO CONSTITUCIONALISMO

Sergio Victor Tamer

Academia Maranhense de Cultura Jurídica, Social e Política · https://orcid.org/0000-0003-1042-298X



Sergio Tamer* é presidente do Centro de Estudos Constitucionais e de Gestão Pública – CECGP; da Academia Maranhense de Cultura Jurídica, Social e Política – AMCJSP; e membro da Academia Maranhense de Letras Jurídicas.

*H*á uma antiga questão no constitucionalismo que permanece surpreendentemente atual: existem atos do poder público que, por sua natureza política, podem escapar ao controle do Direito? A pergunta parece simples, mas toca diretamente um dos maiores dilemas do Estado constitucional, especialmente nestes tempos de protagonismo exacerbado do STF que se excede no controle da atividade política, nomeadamente do Congresso. Afinal, governar pressupõe escolher, decidir prioridades, formular políticas, estabelecer relações entre os Poderes e exercer competências que a própria Constituição atribui aos agentes políticos. Mas até onde

CC BY 4.0

pode ir essa liberdade e, de outra face, o controle judicial desses atos de poder? Em que momento termina a legítima discricionariedade política e começa a arbitrariedade?

No fundo, como observou a professora portuguesa Cristina Queiroz, o que se discute não é simplesmente o direito ou a obrigação de julgar, mas algo muito mais profundo: a relação entre o juízo normativo e o juízo político, entre o Direito e a Política. Poderíamos acrescentar: trata-se, em última análise, da relação entre o exercício do poder e as garantias individuais. Assim, a teoria dos chamados atos políticos, que este articulista prefere chamar de "atos de poder", desenvolveu-se principalmente a partir de duas experiências históricas. Nos Estados Unidos, consolidou-se a *political question doctrine*, ligada à jurisprudência da Suprema Corte e à ideia de que determinadas matérias seriam reservadas aos Poderes políticos. Na França, formou-se a doutrina dos *actes de gouvernement*, construída sobretudo pelo Conselho de Estado.

Decisões intocáveis – Os dois modelos tiveram consequências distintas. O sistema norte-americano exerceu forte influência sobre o Direito brasileiro, especialmente pela adoção da unidade de jurisdição. O modelo francês, por sua vez, consolidou uma jurisdição administrativa própria e acabou influenciando outros países europeus, entre eles Portugal. Mas o ponto central sempre foi o mesmo: pode o poder político criar para si uma área de imunidade jurídica? Durante muito tempo, na França, prevaleceu a ideia de que certos atos deveriam permanecer fora do alcance dos tribunais quando praticados com objetivos de "alta política". Bastaria, em determinadas circunstâncias, que o governo alegasse uma finalidade política para que a matéria não pudesse ser apreciada jurisdicionalmente. Era uma concepção perigosa. Se o próprio governante pudesse decidir quando o seu ato era político e, portanto, imune ao controle, estaria criada uma ampla porta para a chamada "razão de Estado".

A mudança mais importante ocorreu com o célebre caso do Príncipe Napoleão, julgado pelo Conselho de Estado francês em 1875. A partir dali, começou a ser superada a chamada teoria do móvel político. O simples fato de um ato haver sido inspirado por razões políticas não seria suficiente para transformá-lo em ato de governo nem para retirá-lo do controle jurisdicional. O que importava era a natureza do ato. Essa transformação representou um avanço decisivo. Retirava-se do próprio

CC BY 4.0

governo a possibilidade de definir unilateralmente os limites de seu controle e fortalecia-se a proteção dos cidadãos perante o Estado. Posteriormente, outros atos antes considerados intocáveis foram progressivamente submetidos à jurisdição. O resultado histórico foi uma redução contínua dos espaços absolutamente imunes ao Direito.

Direito e Política – A doutrina, porém, jamais chegou a um conceito inteiramente pacífico de ato político. Alguns autores o relacionaram à defesa do Estado e de suas instituições. Outros o associaram às grandes decisões sobre segurança, relações internacionais ou funcionamento dos órgãos constitucionais. Houve ainda quem identificasse a natureza política do ato pela sua finalidade ou pela ausência de possibilidade de recurso judicial. No Brasil, Rui Barbosa abordou o tema pelo ângulo da discricionariedade. A existência de poderes exclusivamente políticos estaria relacionada às competências em que não houvesse, diante delas, um direito constitucional diretamente atingido. Mesmo assim, Rui admitia a possibilidade de controle quando houvesse exercício de atribuição inexistente ou exorbitância de uma atribuição constitucionalmente existente.

Seabra Fagundes avançou nesse caminho ao sustentar que o verdadeiro critério deveria estar menos na denominação do ato e mais na existência de direitos eventualmente atingidos. Em outras palavras: não bastaria afirmar que determinado ato possui natureza política para torná-lo imune ao controle jurídico. Chegamos, então, ao ponto essencial da questão: Direito e Política não vivem em universos separados. Norberto Bobbio demonstrou que a relação entre ambos se desenvolve em duas direções, pois tanto a política utiliza o Direito para exercer o poder quanto, ao mesmo tempo, o Direito disciplina e limita a própria política. Inicialmente, pode-se dizer que o Direito é produto do poder político. Mas, uma vez criada a ordem jurídica, especialmente uma ordem constitucional, é ela que passa a legitimar e limitar esse mesmo poder, o que infelizmente não foi observado no chamado “inquérito das fake news”.

O governo das leis – Em Estados democráticos, o governante ou o agente dos órgãos da soberania (Legislativo e Judiciário), não possui autoridade simplesmente porque dispõe da força necessária para impor sua vontade. E não basta que alguém

CC BY 4.0

tenha chegado legitimamente ao poder: é indispensável que o exerça segundo as regras que lhe conferiram essa autoridade. Daí a distinção fundamental lembrada por Bobbio: o contrário do poder legítimo é o poder de fato; o contrário do poder legal é o poder arbitrário. Convém lembrar que essa é precisamente uma das maiores conquistas do constitucionalismo. Ao longo da história, o "governo dos homens" foi progressivamente substituído pelo ideal do "governo das leis". O governante deixou, pelo menos em princípio, de ser o senhor da ordem jurídica para transformar-se também em seu destinatário. A Constituição não existe apenas para organizar os Poderes, mas igualmente para contê-los. Direito e poder passam, portanto, a manter uma relação de dependência recíproca, já que o Direito legitima o poder e o poder assegura a efetividade ao Direito.

O jurisconsulto português Cabral de Moncada chegou a uma conclusão semelhante. A política utiliza o Direito para realizar seus objetivos, mas, depois de criado, o próprio Direito passa a impor limites à política que lhe deu origem. Aquilo que inicialmente serviu como instrumento do poder converte-se também em sua barreira. E talvez seja justamente esse o ponto mais importante para compreendermos os chamados atos políticos ou atos de poder.

O limite posto pela Constituição – O ato político, nessa perspectiva, continua sendo ato jurídico. Pode expressar intensamente determinada orientação governamental, pode envolver elevada discricionariedade e pode pertencer ao núcleo das relações entre os Poderes. Ainda assim, sua validade decorre da Constituição e é exatamente nela que encontra também seus limites. Evidentemente, isso não significa entregar ao Judiciário a condução da política. Existe um espaço próprio de decisão dos Poderes Executivo e Legislativo que deve ser preservado. Juízes não governam, não elaboram políticas públicas segundo suas preferências pessoais e não devem substituir escolhas constitucionalmente atribuídas aos representantes eleitos. De igual maneira, devem evitar, especialmente no âmbito do STF, as notórias acrobacias interpretativas (*Auslegungsakrobatik*) muito ao gosto de alguns autores alemães, no fundo uma maneira sofisticada de burlar o texto constitucional. Por sua vez, a existência de discricionariedade política não significa licença para agir à margem do Direito. É justamente aí que reside o difícil ponto de equilíbrio do Estado constitucional: impedir que o controle jurisdicional se transforme em governo de juízes, sem permitir, no

CC BY 4.0

extremo oposto, que a invocação da política se converta em salvo-conduto para o exercício arbitrário do poder!

No Estado constitucional, portanto, a questão fundamental já não deveria ser simplesmente perguntar se determinado ato é “político”. A pergunta decisiva deve ser outra: esse ato, ainda que político, respeitou a Constituição, os limites da competência de quem o praticou e os direitos que a própria ordem constitucional protege? Ora, a política plural e partidária é indispensável à democracia, mas é justamente o constitucionalismo que impede que a política se transforme em poder sem limites. Porque, no Estado de Direito, nenhum poder deixa de ser político — mas nenhum poder, precisamente por ser político, pode pretender estar acima da Constituição, e isso vale hoje especialmente para o STF.

*(Autor do livro “Atos Políticos e Direitos Sociais nas Democracias” – Editora Fabris, RS, 2005).

DOI: https://doi.org/10.5281/zenodo.23509797
Publicado em: 26 de setembro de 2026
Disponível em: https://cecgp.com.br/os-atos-de-poder-no-constitucionalismo-por-sergio-tamer/

COMO CITAR

TAMER, Sergio Victor. OS ATOS DE PODER NO CONSTITUCIONALISMO. Revista de Estudos Constitucionais e de Gestão Pública, v. 1, n. 1, 2026. DOI: 10.5281/zenodo.23509797. Disponível em: https://cecgp.com.br/os-atos-de-poder-no-constitucionalismo-por-sergio-tamer/. Acesso em: 21 out. 2026.

CC BY 4.0