

Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas

FÁBIO KONDER COMPARATO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Locke, Montesquieu, Rousseau e os fundamentos teóricos do Estado Legislativo. 3. Do imobilismo legislativo à telocracia dinâmica. 4. A inserção das políticas públicas no quadro da organização jurídica estatal. 5. A irrecusabilidade do juízo de constitucionalidade de políticos governamentais. 6. A necessária reforma constitucional. 7. Advertência final.

1. Introdução

Com a generalizada aceitação do princípio da revisão judicial das leis e dos atos do Poder Público à luz da Constituição, nele incluído o juízo de inconstitucionalidade por omissão, teve-se a impressão de que o longo caminho conducente ao chamado Estado de Direito chegara enfim, neste limiar do século XXI, ao término de sua evolução histórica. O que restaria fazer, doravante, era simplesmente apurar o mecanismo processual, de modo a tornar mais rápido, firme e democrático o controle permanente da supremacia da Constituição, no quadro hierárquico do ordenamento jurídico estatal, sem que se alterasse, minimamente, o objeto desse escrutínio judicial. Doravante e para sempre, continuaríamos a balizar perante a Constituição – sistema supremo de normas – unicamente outras normas ou atos públicos em geral, nada mais.

Evidentemente, a idéia de que o curso da História pode ser suspenso ou interrompido, em qualquer de suas etapas, e que o processo histórico se cristalizaria numa imutabilidade mineral, alimenta-se de pronunciada ignorância da realidade biológica. A História, afinal, nada mais é do que uma das dimensões – a mais desenvolvida, sem dúvida – do processo de

evolução biológica, ele próprio a etapa culminante da dinâmica evolutiva universal. Por que razão o Direito, que é uma das expressões mais características daquilo que Teilhard de Chardin denominou *noosfera*, ou seja, o processo de transformação cultural do mundo, subtrair-se-ia à magna lei da evolução universal¹?

O reconhecimento do princípio evolucionista, aqui como em tudo o mais, veio transformar por completo as bases da epistemologia. Na tradição filosófica mais ponderosa, cujo paradigma sempre foi a teoria platônica dos arquétipos, as análises epistemológicas tendem a reduzir o cognoscível à sua essência estática e imutável. Hoje, porém, em qualquer quadrante da realidade, conhecer significa, antes de tudo, captar o sentido do processo evolutivo, imanente a todos os seres. Dito de outro modo, na linha da longa tradição filosófica que vai de Heráclito a Bergson e Heidegger, a essência dos seres não se enxerga nunca *sub specie aeternitatis*, mas apenas *sub specie durationis*. A velha oposição aristotélica entre essência e existência tende a apagar-se. O ser existe no tempo, ou não existe e, portanto, não é.

Ensaaiemos, pois, nas linhas que se seguem, a análise de um sentido prospectivo para essa instituição essencial à sobrevivência da idéia democrática: o controle judicial da constitucionalidade das atividades estatais.

2. Locke, Montesquieu, Rousseau e os fundamentos teóricos do Estado Legislativo

Importa ter sempre em mente que o Estado moderno foi concebido pelos grandes pensadores políticos europeus, a partir de fins do século XVII, como uma organização necessariamente rígida e estática, porque o desafio político da época consistia em abolir o absolutismo monárquico, pela despersonalização do poder. Era indispensável, para tanto, substituir a vontade individual soberana, fundamento da

sociedade política no *Leviatã* de Hobbes, pela norma geral e abstrata.

Ora, a norma geral regula as ações humanas, mas não lhes dá um sentido concreto; delimita o campo da liberdade, pela definição de fronteiras entre o permitido e o proibido, mas não se substitui à vontade individual na escolha de objetivos de vida. O sistema normativo organiza, em suma, a convivência humana de um modo, por assim dizer, negativo: o que se põe em foco, pelo papel saliente atribuído à sanção, é o que não se deve fazer.

A montagem constitucional do Estado moderno foi feita, inteiramente, com base nessa substituição da vontade individual dos governantes pela autoridade da norma geral, superior e permanente, isto é, da *lei*, no sentido solene que a palavra apresentava em suas origens.

A construção teórica subjacente a essa elaboração jurídica foi, como sabido, a ficção da passagem do estado da natureza para o estado civil ou político, em busca da segurança individual, um valor essencialmente estático e conservador².

Diante da permanente insegurança em que viveriam os indivíduos no estado imaginário da natureza, o objetivo último da sociedade civil, como enfatizou Locke, só podia ser “a mútua *preservação* (sublinhado no original) de suas vidas, liberdades e bens, a que eu atribuo o nome geral de *propriedade*”. A idéia é retomada várias vezes, a fim de demonstrar que o abandono do poder individual de autodefesa e de castigo dos agressores provocou, necessariamente, a instituição de um poder geral da comunidade, encarregado de estabelecer regras de conduta e de punir os transgressores.

“E aí está, em suas origens, o direito e o surgimento tanto do poder legislativo quanto do executivo, assim como dos governos e das sociedades propriamente ditas”³.

¹ A biologia contemporânea reconhece, de resto, que, na atual etapa histórica, o processo lamarckiano de evolução cultural exerce um papel mais importante do que o processo darwiniano de evolução genética, exatamente porque as aquisições culturais difundem-se mais rapidamente do que as modificações genéticas. Cf., sobre o tema, as observações feitas por Christian de Duve, prêmio Nobel de medicina de 1974, em seu recente livro *Poussière de vie : une histoire du vivant*. Paris : Fayard, 1996. p. 426 e segs. Tradução de: Vital Dust : life as cosmic imperative.

² Convém observar, a esse respeito, que a oposição entre a natureza e a lei foi um lugar comum no pensamento dos sofistas atenienses. Os personagens de Cálicles e Trasímaco, retratados respectivamente no *Górgias* e no *República* de Platão, bem como Lícófron, citado por Aristóteles no tratado da *Política* (III, 9, 1280b, p. 10), sustentavam que as normas da lei positiva eram sempre contrárias à justiça natural, baseada na força: que a correção da injustiça, que é a lei da natureza, só podia ser feita por meio da lei positiva, que é o produto de um contrato social.

³ *Second Treatise of Government*. 1690, cap. 9.

Temos, pois, que, se a grande finalidade do ingresso dos homens em sociedade é a preservação de sua esfera de vida individual, e se o grande instrumento para tal são as leis editadas em cada sociedade, segue-se que “o primeiro e fundamental direito positivo de todas as comunidades humanas é o estabelecimento do poder legislativo”. Este, além de ser “o *poder supremo* da comunidade”, é também “um poder sagrado e inalterável nas mãos daquele a quem a comunidade o confiou; nem pode edito algum de qualquer outro órgão, seja qual for a forma em que é concebido, ou o poder em que se funde, ter a força e obrigatoriedade de uma *lei*, se não for sancionado pelo *legislativo*, que o público escolheu e elegeu”⁴.

Ora, se o Poder Legislativo tem a competência exclusiva de determinar de que maneira a força da comunidade deve ser empregada, a fim de preservar a comunidade como um todo e cada de seus membros individualmente; a verdade é que essa tarefa, ao contrário da função executiva, não precisa ser exercida de modo contínuo, nem demanda, em cada ocasião, muito tempo de exercício. Assim, pelo fato de que as leis, editadas de uma só vez e elaboradas em pouco tempo, são dotadas de força permanente e precisam ser continuamente executadas, não há necessidade de que o Poder Legislativo esteja sempre em funcionamento; ao contrário do Executivo, que é um poder naturalmente sempre em ação. Daí a razão pela qual o Legislativo e o Executivo são freqüentemente separados, um do outro⁵.

Não é difícil perceber como a lei aparece, no pensamento de Locke, com o sentido que sempre teve na antigüidade clássica, isto é, como uma regra geral e suprema de conduta, não sujeita, pela sua própria natureza, a alterações ou adaptações de conjuntura. Em outras palavras, o conceito de lei, para esse prógono do Estado de Direito moderno, corresponde em sua essência ao de uma autêntica norma constitucional. É em função desse parâmetro constante e imutável que são julgados todos os atos de governo, entendidos estes como mera execução da lei.

A mesma concepção soberana e imutável de lei se encontra em Montesquieu. Se as leis, “em sua acepção mais geral, são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas”, e se todos os seres, tanto da esfera material quanto da humana ou divina, subme-

tem-se a leis⁶, é óbvio que as verdadeiras leis humanas não se confundem com os simples decretos ou comandos, fundados na vontade individual.

A interpretação que Montesquieu dava ao mito fundador da passagem do estado da natureza para o estado civil era, aliás, radicalmente oposta à de Hobbes e à de todos os posteriores representantes da Ilustração européia. Para ele,

“assim que os homens se encontram reunidos em sociedade, perdem o sentimento de sua fraqueza; a igualdade, que existia entre eles, cessa e o estado de guerra começa. Cada sociedade particular passa a sentir a sua força; o que produz um estado de guerra de nação a nação. Os particulares, em cada sociedade, começam a sentir a sua força: procuram reverter em seu benefício as principais vantagens dessa sociedade; o que engendra entre eles o estado de guerra.”

É esse duplo estado de guerra que provoca o estabelecimento de leis entre os homens.

“Considerados como habitantes de um tão vasto planeta, onde é necessário que haja diferentes povos, eles têm leis que regem as relações entre esses povos; é o *Direito das Gentes*. Considerados como vivendo numa sociedade que deve ser mantida, eles têm leis que regem as relações entre os governantes e os governados; é o *Direito Político*. Eles têm leis, enfim, para reger as relações que todos os cidadãos mantêm entre si; é o *Direito Civil*.” (Grifos nossos).

A oposição entre a “natureza das coisas” e a vontade humana, como fundamento de validade das leis, foi levada, de resto, por Montesquieu, às últimas e lógicas consequências. Ao tratar da liberdade política, tema sensível entre todos para os *philosophes* do seu tempo, não hesitou em separar a liberdade autêntica daquilo que chamou “independência”. Mesmo na democracia, em que o povo parece fazer apenas o que quer, a liberdade não se confunde com a manifestação da vontade individual ou coletiva.

“Num Estado, isto é, numa sociedade onde há leis, a liberdade só pode consistir

⁴ Ibidem, cap. 11.

⁵ Ibidem, cap. 12.

⁶ *De l'esprit des lois*, livro primeiro, cap. 1.

⁷ Ibidem, cap. 3.

em se fazer o que se deve querer (pela lei), e em não ser compelido a fazer o que se não deve querer.”

Ou seja,

“a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; pois se um cidadão pudesse fazer o que elas proibem, já não haveria liberdade, uma vez que os outros teriam, da mesma forma, esse poder⁸.”

Em Rousseau, a oposição entre a lei e a vontade humana parece obscurecida pelo emprego da expressão “vontade geral” como conceito básico de sua filosofia política. Mas, na verdade, o que o grande genebrino procurou exprimir com essa fórmula verbal é tudo menos uma autêntica vontade.

Como foi pertinentemente salientado⁹, a expressão “vontade geral” não foi criada por Rousseau, mas usada antes dele por Fontenelle e Mallebranche, por oposição à “vontade particular”. A “vontade geral”, para esses pensadores, designava não só a vontade que tende a um fim, e não a um meio ou instrumento, como também a que tem por objeto um bem indeterminado e abstrato, e não um objeto individual e concreto. Retomando, assim, a crítica de Aristóteles¹⁰ aos *psefismata* ou decretos governamentais, que a assembleia do povo ateniense votava como se fossem leis (*nomoi*)¹¹, Rousseau separa radicalmente a “vontade geral” dos meios ou instrumentos de governo. Por outro lado, ao insistir na necessidade de bem

⁸ *Ibidem*, livro 11, cap. 3. Rousseau retomou essa distinção terminológica, ao dizer que a situação dos cidadãos, por efeito do contrato social, “se trouve réellement préférable à ce qu’ elle étoit auparavant, et qu’ au lieu d’ une aliénation ils n’ ont fait qu’ un échange avantageux d’ une manière d’ être incertaine et précaire contre une autre meilleure et plus sûre, de l’ *indépendance naturelle contre la liberté*” (Du Contrat Social, livro segundo, cap. 4).

⁹ JOUVENEL, Bertrand de. *Essai sur la politique de Rousseau*. Introdução à edição do Contrato Social por Les Éditions du Cheval Ailé. Genebra : Constant Bourquin, 1947. p. 105 e segs.

¹⁰ *Política*, IV, 4, 1292a, p. 1-15.

¹¹ “Quand le peuple d’ Athènes, par exemple, nommoit ou cassa ses chefs, décernoit des honneurs à l’ un, imposoit des peines à l’ autre, et par des multitudes de décrets particuliers exerçoit indistinctement tous les actes du gouvernement, le peuple alors n’ avoit plus de volonté générale, proprement dite; il n’ agissoit plus comme Souverain, mais comme Magistrat” (Du Contrat Social, livro segundo, cap. 4).

distinguir a “vontade geral” da vontade de todos, acentuava que aquela só visa ao interesse comum, enquanto a outra, que não passa da soma de vontades particulares que se entrecrocavam, diz respeito, tão-só, ao interesse particular¹². “O que generaliza a vontade”, retoma em outro passo, “é menos o número de votos que o interesse comum que as une”¹³.

Por tudo isso, bem se vê que a “vontade geral” de Rousseau nada tem, praticamente, da vontade humana, mas muito da ordem objetiva das coisas. Ela se confunde, na verdade, com a noção de lei, a qual representa, no sistema do “contrato social”, a sua expressão autêntica. Importa lembrar, aliás, que, ao iniciar o capítulo consagrado à lei, em sua obra máxima, Rousseau julgou necessário afirmar que, “o que é bom e conforme à ordem, assim é pela natureza das coisas e independentemente das convenções humanas”¹⁴. O que situa a lei – impossível não reconhecê-lo – como antípoda da soberania voluntarista.

Em suma, na vigorosa síntese lançada na oitava das *Cartas Escritas da Montanha*,

“um povo livre obedece, mas não serve a ninguém; tem chefes, mas não senhores; obedece às Leis, mas somente a elas, e é pela força das leis que ele não obedece aos homens”¹⁵.

Essa concepção restritiva da lei, vinculada não à vontade da maioria mas à *razão* objetiva, acabava produzindo a mesma limitação do poder estatal, que Montesquieu buscou institucionalizar pelo mecanismo da separação orgânica das diferentes funções do Estado. De uma forma ou de outra, chegava-se a uma situação de permanente “repouso” ou “inação”¹⁶. A palavra *Estado* não designa um poder que age, mas uma

¹² *Ibidem*, cap. 3.

¹³ *Ibidem*, cap. 4.

¹⁴ *Ibidem*, cap. 6.

¹⁵ *Oeuvres Complètes*. v. 3, Gallimard, 1964. p. 842. (Bibliothèque de la Pléiade).

¹⁶ “Voici donc la constitution fondamentale du gouvernement dont nous parlons. Le corps législatif y étant composé de deux parties (a Câmara alta e a Câmara baixa), l’ une enchaînera l’ autre par sa faculté mutuelle d’ empêcher. Toutes les deux seront liées par la puissance exécutrice, qui le sera elle-même par la législative. Ces trois puissances devraient former un repos ou une inaction” (op. cit., livro 11, cap. 6). Lembre-se que o Judiciário não entra no rol dos Poderes do Estado, na concepção de Montesquieu, pois ele é, “de certa forma, inexistente”.

autoridade que zela pela tranqüilidade e segurança da sociedade.

3. Do imobilismo legislativo à telocracia dinâmica

Sucedeu que o acaso – a única verdadeira lei da História, segundo a ironia de Chesterton – fez com que essa concepção estática da vida política se afirmasse no pensamento europeu, exatamente no momento em que, nessa mesma região do globo, a humanidade principiou a sofrer o impacto da mais profunda e decisiva transformação sócio-econômica de todos os tempos: a revolução industrial.

Bem que as Constituições liberais procuraram construir solidamente o edifício estatal, segundo os ideais do “repouso” e da “inação”. Mas o “movimento necessário das coisas”¹⁷ não demorou em deitar por terra esse artifício político. A civilização tecnológica da produção e do consumo em massa, seguida da atual era da comunicação global, passou a exigir do Estado – verdadeiro cérebro do organismo social – a triagem de uma massa crescente de informações, em vista do acréscimo extraordinário de decisões e atividades, em todos os níveis.

Ora, essa ativação incessante dos órgãos estatais engendra fatalmente o caos e a confusão de atribuições, se não for organizada no quadro de um planejamento estratégico, com a eleição prioritária de fins ou objetivos comuns e a escolha dos meios ou instrumentos mais adequados à sua consecução.

Segundo o modelo do constitucionalismo liberal, não compete ao Estado guiar a sociedade civil para a realização de fins comuns. A grande, senão única, tarefa estatal consiste em propiciar, sob a égide de leis gerais, constantes e uniformes, condições de segurança – física e jurídica – à vida individual. Compete a cada indivíduo fixar suas finalidades de vida, no respeito às leis asseguradoras de uma convivência harmoniosa de escolhas individuais.

Em radical oposição a essa nomocracia estática, a legitimidade do Estado contemporâneo passou a ser a capacidade de realizar, com ou sem a participação ativa da sociedade – o que representa o mais novo critério de sua qualidade democrática –, certos objetivos predeterminados.

¹⁷ “Ces trois puissances devoient former un repos ou une inaction. Mais comme, par le mouvement nécessaire des choses, elles sont contraintes d’aller, elles seront forcées d’aller de concert” (ibidem).

A verdade é que a orientação finalística da ação governamental, em que pese às proclamações ideológicas dos defensores do mercado livre, existe até mesmo nos Estados mais fundamente marcados pelo neoliberalismo triunfante. Basta lembrar que é hoje unânime o reconhecimento, entre os economistas liberais, de que toda política econômica estatal deve orientar-se para a realização das quatro metas constitutivas do chamado “quadrilátero mágico”: a estabilidade monetária, o equilíbrio cambial, o crescimento constante da produção nacional e o pleno emprego¹⁸.

Mas é, obviamente, com o Estado Social de direito que a reorganização da atividade estatal, em função de finalidades coletivas, torna-se indispensável¹⁹. A atribuição prioritária dos Poderes Públicos torna-se, nesse Estado, a progressiva constituição de condições básicas para o alcance da igualdade social entre todos os grupos, classes e regiões do país²⁰. O Estado Social é, pois, aquela espécie de Estado Dirigente em que os Poderes Públicos não se contentam em produzir leis ou normas gerais, mas guiam efetivamente a coletividade para o alcance de metas predeterminadas. A História dá-nos vários exemplos de Estados Dirigentes de cunho mercantilista, industrialista ou belicista. Pode-se mesmo dizer que, em todo o curso da História moderna, o Estado Liberal ocupa um período muito limitado de tempo, e que as tentativas de sua restauração, no momento presente, são fadadas ao insucesso.

Seja como for, a passagem da nomocracia liberal ao Estado telocrático contemporâneo tornou indispensável um reexame da classificação tradicional dos Poderes estatais. Classicamente, ela se funda na supremacia incontestável da lei sobre todas as demais manifestações da atividade estatal. Por isso mesmo, no modelo constitucional clássico, o Poder Supremo é

¹⁸ O neoliberalismo contemporâneo, no entanto, parece haver abandonado toda esperança de conseguir a realização do pleno emprego.

¹⁹ Como o Estado Social é, eminentemente, um distribuidor de prestações de caráter social, um autor alemão o denomina, com uma ligeira inflexão de sentido, *Leistungsstaat*. Cf. HÄBERLE, Peter. *Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Athenäum Verlag, 1980. p. 163 e segs.

²⁰ A monografia mais profunda e completa sobre o tema, entre nós, continua sendo a do Professor Paulo Bonavides, *Do estado liberal ao estado social*, 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

sempre o Legislativo, ao qual compete, em sua qualidade de representante por excelência do povo, a tarefa solene de dar expressão legal à soberania popular. Aos demais Poderes – o Executivo propriamente dito, na parte administrativa, e o Judiciário, em caso de conflito de interesses – cabe a mera execução das normas legais, sem nenhuma iniciativa ou impulso próprio. O constitucionalismo liberal consagrou em cheio esse paradigma de Estado Legislativo²¹.

Quando, porém, a legitimidade do Estado passa a fundar-se, não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem alcançadas programadamente, o critério classificatório das funções e, portanto, dos Poderes estatais só pode ser o das políticas públicas ou programas de ação governamental²². E aí, à falta de uma conseqüente reorganização constitucional de Poderes, a qual dê preeminência à função planejadora²³, que ordena estrategicamente as múltiplas atividades estatais, é ao Governo, impropriamente chamado agora Poder Executivo, que incumbe o papel hegemônico.

²¹ É uma sugestiva expressão (*Gesetzgebungsstaat*) cunhada por Carl Schmitt, *Legalität und Legitimität*. 4. ed. Berlim : Duncker & Humblot, 1988.

²² O autor pioneiro nessa reclassificação das funções do Estado foi Karl Loewenstein, em sua obra *Political Power and the Governmental Process*, publicada em 1957 pela *The University of Chicago Press* e republicada em 1968 em alemão, com extenso aditamento, sob o título *Verfassungslehre*. 3. ed. Tübingen : J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1975. Para LOEWENSTEIN, a nova tripartição de Poderes é a de *policy determination, policy execution e policy control*. Como se percebe, houve apenas a substituição da lei pela política pública, mantendo-se a mesma separação entre a declaração, a execução e o controle (no sentido de um juízo de revisão).

²³ Permito-me lembrar que tratei sucessivamente desse tema em *Um quadro institucional para o desenvolvimento democrático*, na coletânea de estudos *Brasil, Sociedade Democrática*. 2. ed. Rio de Janeiro : J. Olympio, 1986. p. 393 e segs.; em *Muda Brasil : uma Constituição para o desenvolvimento democrático*. 4. ed. São Paulo : Brasiliense, 1987; em *Para viver a democracia*. São Paulo : Brasiliense, 1989. p. 83 e segs.; e em *A organização constitucional da função planejadora, em desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional* : estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre : Fabris, 1995. p. 41 e segs.

4. A inserção das políticas públicas no quadro da organização jurídica estatal

O conceito de *política*, no sentido de programa de ação, só recentemente passou a fazer parte das cogitações da teoria jurídica. E a razão é simples: ele corresponde a uma realidade inexistente ou desimportante antes da Revolução Industrial, durante todo o longo período histórico em que se forjou o conjunto dos conceitos jurídicos dos quais nos servimos habitualmente.

Um dos raros autores contemporâneos a procurar uma elaboração técnica daquele novo conceito é Ronald Dworkin²⁴. Para ele, a política (*policy*), contraposta à noção de *princípio*, designa

“aquela espécie de padrão de conduta (*standard*) que assinala uma meta a alcançar, geralmente uma melhoria em alguma característica econômica, política ou social da comunidade, ainda que certas metas sejam negativas, pelo fato de implicarem que determinada característica deve ser protegida contra uma mudança hostil”.

Daí por que as argumentações jurídicas de princípios tendem a estabelecer um direito individual, enquanto as argumentações jurídicas de políticas visam estabelecer uma meta ou finalidade coletiva.

Tais idéias, como se percebe, ainda são excessivamente esquemáticas. Importa doravante desenvolver a análise jurídica, de modo a tornar operacional o conceito de política, na tarefa de interpretação do direito vigente e de construção do direito futuro.

A primeira distinção a ser feita, no que diz respeito à política como programa de ação, é de ordem negativa. Ela não é uma norma nem um ato, ou seja, ela se distingue nitidamente dos elementos da realidade jurídica, sobre os quais os juristas desenvolveram a maior parte de suas reflexões, desde os primórdios da *iusprudentia* romana. Esse ponto inicial é de suma importância para os desenvolvimentos a serem feitos a seguir, pois, tradicionalmente, o juízo de constitucionalidade tem por objeto, como sabido, apenas normas e atos.

Mas, se a política deve ser claramente distinguida das normas e dos atos, é preciso

²⁴ cf. *Taking Rights Seriously*. Cambridge : Massachusetts, 1978. Especialmente p. 22 e segs. e 294 e segs.

reconhecer que ela acaba por englobá-los como seus componentes. É que a política aparece, antes de tudo, como uma *atividade*, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado. O conceito de atividade, que é também recente na ciência jurídica, encontra-se hoje no centro da teoria do direito empresarial (em substituição ao superado “ato de comércio”)²⁵ e constitui o cerne da moderna noção de serviço público²⁶, de procedimento administrativo²⁷ e de direção estatal da economia²⁸.

A política, como conjunto de normas e atos, é unificada pela sua finalidade. Os atos, decisões ou normas que a compõem, tomados isoladamente, são de natureza heterogênea e submetem-se a um regime jurídico que lhes é próprio.

De onde se segue que o juízo de validade de uma política – seja ela empresarial ou governamental – não se confunde nunca com o juízo de validade das normas e dos atos que a compõem. Uma lei, editada no quadro de determinada política pública, por exemplo, pode ser inconstitucional, sem que esta última o seja. Inversamente, determinada política governamental, em razão de sua finalidade, pode ser julgada incompatível com os objetivos constitucionais que vinculam a ação do Estado, sem que nenhum dos atos administrativos praticados, ou nenhuma das normas que a regem, sejam, em si mesmos, inconstitucionais.

²⁵ Partindo da definição do art. 2.082 do Código Civil de 1942 (*È imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi*), a doutrina italiana, a começar por Tullio Ascarelli, *Corso di Diritto Commerciale* : introduzione e teoria dell’impresa. 3. ed. Milão : Giuffrè, 1962, sobretudo capítulos 6 e 7, foi a que mais desenvolveu essa idéia central.

²⁶ Ainda aí pioneiro, escreveu Ruy Cirne Lima: “A administração pública é atividade que merece, como conjunto, o reconhecimento e a proteção do direito para os fins que a governam. Essa atividade, entretanto, decompõe-se em fatos e em atos jurídicos, praticados, uns e outros, pelas pessoas administrativas e pelas pessoas privadas incumbidas da execução de serviços públicos” (*Princípios de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1982. p. 85).

²⁷ CUNHA, Paulo Ferreira da. *Do procedimento administrativo* : Estrutura. Coimbra : Almedina, 1987.

²⁸ CAVALLO, Bruno, DI PLINIO, Giampiero. *Manuale di Diritto Pubblico dell’economia*. Milão : Giuffrè, 1983. p. 411, discorrem sobre a “atividade de governo da política econômica”.

As Constituições do moderno Estado Dirigente impõem, todas, certos objetivos ao corpo político como um todo – órgãos estatais e sociedade civil. Tais objetivos podem ser gerais ou especiais; estes últimos, obviamente, coordenados àqueles²⁹. Na Constituição brasileira de 1988, por exemplo, os objetivos indicados no art. 3.º orientam todo o funcionamento do Estado e a organização da sociedade. Já a busca do pleno emprego é uma finalidade especial da ordem econômica (art. 170 - VIII). No que diz respeito à política nacional de educação, que deve ser objeto de um plano plurianual, os seus objetivos específicos estão expostos no art. 214, e a eles deve ser acrescida a progressiva extensão dos princípios da obrigatoriedade e da gratuidade do ensino médio (art. 208 - II). As finalidades próprias da atividade de assistência social, por sua vez, vêm declaradas no art. 203.

Escusa lembrar que tais objetivos são juridicamente vinculantes para todos os órgãos do Estado e também para todos os detentores de poder econômico ou social, fora do Estado. A juridicidade das normas que simplesmente declaram tais fins (as *Zielnormen* dos alemães), ou que impõem a realização de determinado programa de atividades – as normas propriamente programáticas –, já não pode ser posta em dúvida, nesta altura da evolução jurídica.

O importante a assinalar é que, na estrutura do Estado Dirigente, a lei perde a sua majestade de expressão por excelência da soberania popular, para se tornar mero instrumento de governo. A grande maioria das leis insere-se, hoje, no quadro de políticas governamentais e tem por função não mais a declaração de direitos e deveres em situações jurídicas permanentes, mas a solução de questões de conjuntura (*Massnahmengesetze*), ou então o direcionamento, por meio de incentivos ou desincentivos, das atividades privadas, sobretudo no âmbito empresarial (*Lenkungsgesetze*), ou ainda a regulação de procedimentos no campo administrativo (*Steuerungsgesetze*)³⁰. A tendência

²⁹ É uma distinção que me parece mais simples e teoricamente mais adequada do que a que se procura estabelecer entre *fins* e *tarefas* (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra, 1982. p. 286-287).

³⁰ Quanto à tipologia das leis instrumentais do Estado Dirigente, cf. o estudo já citado de Peter Häberle, p. 166-167. ELLWEIN, Thomas. *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Sob a direção de Benda, Maihofer e Vogel. Berlin; Nova York : Walter de Gruyter, 1983. p. 1121 e segs., assinala o papel contemporâneo da lei como instrumento de realização do plano.

geral, de resto, em todos os países, vai no sentido do alargamento da competência normativa do Governo, não só na instância central, mediante decretos-leis ou medidas provisórias, mas também no plano inferior das chamadas organizações administrativas autónomas, de que são modelo consagrado as *independent regulatory commissions* dos Estados Unidos.

5. A irrecusabilidade do juízo de constitucionalidade de políticas governamentais

Afastemos, antes de mais nada, a clássica objeção de que o Judiciário não tem competência, pelo princípio da divisão de Poderes, para julgar “questões políticas”³¹.

Já no início do regime republicano, quando se ensaiava entre nós o juízo de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público, Rui Barbosa advertia para o fato de que uma questão política, quando analisada fora dos tribunais, assume necessariamente um caráter judiciário quando proposta como objeto de uma demanda.

“O efeito da interferência da justiça, muitas vezes”, escreveu ele³², “não consiste senão em transformar, pelo aspecto com que se apresenta o caso, uma questão política em questão judicial. Mas a atribuição de declarar inconstitucionais os actos da legislatura envolve, inevitavelmente, a justiça federal em questões políticas. É, indubitavelmente, um poder, até certa altura, político, exercido sob as formas judiciais”. (Grifos nossos).

Em nossa Constituição de 1934, havia, porém, uma regra que, aparentemente, negava o acerto dessa opinião: “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas” (art. 68). Interpretada em sua literalidade, a norma significaria inegável amesquinamento do poder de julgar a constitucionalidade de certos atos, considerados discricionários, das câmaras legislativas ou de Chefes do Poder Executivo. Tratava-se, porém, de pobre hermenêutica.

³¹ Sobre a matéria, consultar-se-á com proveito a erudita monografia de Cristina M. M. Queiroz, *Os actos políticos no estado de Direito*: o problema do controle jurídico do poder. Coimbra: Almedina, 1990.

³² *Commentarios à Constituição Federal Brasileira*. Colligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1933. v. 4, p. 41 e segs.

Como bem advertiu Pontes de Miranda³³, não se deve confundir competência *ratione materiae* com competência *ratione muneris*. A declaração de guerra ou a licença para que seja processado judicialmente um deputado constituem, escusa dizê-lo, atos que refogem inteiramente à competência funcional do Judiciário. Mas nenhum deles fica imune ao juízo de compatibilidade com as regras especificamente postas pela Constituição, para a sua prática.

Foi, justamente, por não haver feito criteriosamente, ao longo do tempo, esse necessário *distinguo* conceitual que a Suprema Corte dos Estados Unidos lançou a *political question doctrine*, como reconheceu um autor, *in a state of confusion*³⁴.

Esclarecida, assim, essa clássica falsa objeção à judiciabilidade das políticas governamentais, estabeleçamos, desde logo, que o juízo de constitucionalidade, nessa matéria, tem por objeto não só as finalidades, expressas ou implícitas, de uma política pública, mas também os meios empregados para se atingirem esses fins. No tocante a esta última hipótese, por exemplo, é de se assinalar que uma política de estabilidade monetária fundada na prática de juros bancários extorsivos e na sobrevalorização do câmbio, pode-se revelar, de modo geral, incompatível com os fundamentos constitucionais de toda a ordem econômica, quais sejam a valorização do trabalho humano e a exigência de se assegurar a todos existência digna (art. 170, *caput*), e, bem assim, com o princípio da busca do pleno emprego (art. 170 - VIII). Da mesma sorte, uma política de indiscriminada concessão de incentivos fiscais a qualquer exploração agrícola pode se revelar incompatível com o princípio de defesa do meio ambiente (art. 170 - VI).

Pode ocorrer, ainda, que a política governamental viole a Constituição em razão da própria maneira como é estruturada. O exemplo, aqui, seria o de uma política estadual ou municipal de saúde pública desligada do sistema nacional único, imposto pelo art. 198 da Constituição.

Tudo isso, quanto à inconstitucionalidade comissiva. Impossível, porém, não reconhecer que, também em matéria de políticas públicas, pode haver inconstitucionalidades por omissão.

³³ *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1, de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 637-638 e 644.

³⁴ TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. Mineola: The Foundation Press, 1978. p. 71.

Em seu art. 182, § 1º, por exemplo, a Constituição impõe a todos os municípios com mais de vinte mil habitantes a elaboração de um plano-diretor, como “instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana”. Seria uma irrisão se os tribunais tivessem de se quedar inativos diante da omissão das autoridades municipais em dar cumprimento a essa norma constitucional. E, no entanto, é o que ocorre presentemente em relação a vários municípios brasileiros, a começar pelo mais populoso deles.

Mas quais os efeitos jurídicos que decorreriam de uma decisão judicial de inconstitucionalidade de política pública?

É irrecusável, em primeiro lugar, reconhecer que o juízo de inconstitucionalidade atingiria todas as leis e atos normativos executórios envolvidos no programa de ação governamental. Não se pode, porém, deixar de admitir que esse efeito invalidante há de produzir-se tão-só *ex nunc*, ou seja, com a preservação de todos os atos ou contratos concluídos antes do trânsito em julgado da decisão, pois, de outra sorte, poder-se-ia instituir o caos na Administração Pública e nos negócios privados.

Seria desejável, em segundo lugar, que a demanda judicial de inconstitucionalidade de políticas públicas pudesse ter, além do óbvio efeito desconstitutivo (*ex nunc*, como assinalado), também uma natureza injuntiva ou mandamental. Assim, antes mesmo de se realizar em pleno um programa de atividades governamentais contrário à Constituição, seria de manifesta utilidade pública que ao Judiciário fosse reconhecida competência para impedir, preventivamente, a realização dessa política.

6. A necessária reforma constitucional

Tendo em vista a estrutura tradicional das Constituições brasileiras, a introdução do juízo de constitucionalidade de políticas públicas em nosso direito exige, indubitavelmente, uma reforma constitucional que precise a forma processual da demanda, a legitimidade das partes e a competência judiciária.

A ação deveria, segundo parece mais prudente, ser exclusivamente direta e não incidental. Uma política pública é sempre decidida e executada no nível mais elevado da instância governamental. Ademais, é muito comum o seu espraiamento por toda a Administração Pública e o concurso legislativo para a consecução de seus objetivos. Nessas condi-

ções, não faz sentido que o litígio a respeito da constitucionalidade de uma política pública possa ser decidido incidentalmente, no curso de outro processo judicial, tendente à solução de uma lide particular.

Por via de lógica conseqüência, esse juízo de constitucionalidade, ao contrário do que tem por objeto leis ou outros atos normativos, deveria ser concentrado e não difuso. O órgão judiciário competente para proferi-lo haveria de ser, com exclusividade, aquele colocado na cúpula do sistema, em cada nível da estrutura federativa, admitindo-se que, em se tratando de políticas municipais, a competência de processo e julgamento caberia ao Tribunal de Justiça do Estado onde se encontra o Município em questão.

No plano nacional, poderia ser objetado que o Supremo Tribunal Federal, cujo funcionamento já se encontra seriamente congestionado com o acúmulo de competências que lhe foram atribuídas pela Constituição vigente, não teria condições de exercer a contento mais essa atribuição. Mas a verdade é que o espúrio congresso constituinte que elaborou a Carta de 1988, cedendo à pressão dos integrantes do órgão interessado, deixou de trilhar a melhor via de solução, qual seja, a criação de um órgão judiciário encarregado, exclusivamente, de julgar litígios constitucionais, diretamente ou em última instância.

Quanto à legitimidade para propor a ação de inconstitucionalidade de políticas públicas, ela deveria, na perspectiva de uma necessária evolução rumo a uma democracia verdadeiramente participativa, ser atribuída não apenas a órgãos estatais, como o Ministério Público e as Mesas Diretoras das Câmaras Legislativas, mas também a partidos políticos, ainda que não representados no órgão legislativo, a sindicatos ou entidades de classe, à Ordem dos Advogados do Brasil e mesmo, analogamente ao que ocorre em matéria de defesa do consumidor, a quaisquer outras organizações não-governamentais, constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano.

Parte legítima passiva na relação processual seria, naturalmente, o Chefe do Poder Executivo, levando-se em conta que as políticas públicas, em nosso sistema constitucional, são sempre decididas e realizadas por aquele Poder³⁵. Se um

³⁵ Não se trata, aí, a bem dizer, de uma característica própria dos sistemas presidenciais de governo, porque atualmente, como ninguém ignora,

dia viermos a institucionalizar, num órgão estatal autônomo, a função de planejamento, tal como tenho advogado há vários anos, o chefe desse novo Poder seria também parte legítima para responder aos termos da demanda.

7. Advertência final

Ao cabo desse rápido ensaio, é preciso reconhecer que a introdução dessa nova espécie de juízo de constitucionalidade, em nosso País, enfrentará toda série de resistências.

Uma das tendências manifestas do regime político brasileiro, nessa fase de recrudescimento do poder oligárquico em reação contra as pressões democratizantes, consiste em reduzir o âmbito do exame judicial dos atos de governo ou, o que é pior, em transformar o Judiciário em órgão de governo.

O exemplo mais conspícuo do que se acaba de afirmar é a chamada “ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”, introduzida na Constituição pela Emenda nº 3, de 17 de março de 1993. Impossível ignorar que ela significa, na prática, exatamente o oposto do juízo de constitucionalidade de políticas públicas, tal como aqui sugerido. Por meio dessa ação declaratória, com efeito, o Governo federal tem, doravante, em suas mãos, um formidável antídoto preventivo contra o risco de ver suas políticas paralisadas pela intervenção controladora do órgão constitucionalmente incumbido de guardar a Constituição. Essa malsinada ação judicial apresenta-se, de resto, como um falso processo contencioso. Ela

não passa, na verdade, de consulta liberatória prévia ao órgão de cúpula do Judiciário, pois o *nihil obstat* deste pode ser procurado e obtido antes mesmo da formação de uma autêntica lide, ou conflito qualificado de interesses³⁶.

Não há, de resto, no direito comparado, nenhum precedente válido de existência desse tipo de jurisdição consultiva. Seria um equívoco aproximar a nossa ação declaratória de constitucionalidade da competência não contenciosa do Conselho Constitucional francês, tal como modelada pela Constituição de 1958. É que essa alta Corte de Justiça, a par das funções jurisdicionais em matéria constitucional, exerce também o controle da regularidade da realização de referendos e do decreto do estado de defesa das instituições nacionais, pelo Presidente da República. Não há, aí, nada que se assemelhe à decisão declaratória de constitucionalidade de lei, por iniciativa do governo.

Volto agora, neste encerramento, ao ponto inicial da exposição, para lembrar que a democracia nunca é o fruto de uma evolução natural e inelutável da sociedade política. Ela se institucionaliza, muito ao contrário, ao longo de um incessante e penoso trabalho de modelagem das instituições políticas, em defesa da dignidade humana.

Nesse delicado processo de construção institucional da democracia, incumbe, sem dúvida, aos juristas uma função hegemônica. Mas saberão eles, no desempenho dessa nobre tarefa, atuar com a competência técnica e a consciência ética, que sempre se exigiram dos cultores da *ars boni et aequi*?

até mesmo nos países que adotaram desde há muito o parlamentarismo, a começar por aquele que o criou, o Reino Unido, o sistema político em vigor é um Estado Executivo ou *Regierungsstaat*, como disse Carl Schmitt (op. cit., introdução, p. 7 e segs.).

³⁶ Embora o Supremo Tribunal Federal tenha assentado que o autor da ação tem que demonstrar a pré-existência de uma controvérsia judicial (Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1 – DF. *Diário de Justiça da União*, 16 jun. 1995), na ausência de um contraditório, a verificação dessa litigiosidade prévia, que daria ao autor o interesse de agir, é discricionariamente decidida pelo tribunal.