

# EOS



ISSN 1980—7430

REVISTA JURÍDICA DA FACULDADE DE DIREITO – V. I – Nº 4 – ANO III

**DOM**  
BOSCO

# Constituição Dirigente e Vinculação do Administrador: Breves Considerações Acerca do Papel dos Tribunais na Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais

André Karam Trindade

Doutorando em Teoria e Filosofia do Direito (Roma Tre/Itália). Mestre em Direito Público (UNISINOS). Membro Conselheiro e Pesquisador do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ/RS).

1 Introdução. 2 Constituição dirigente e vinculação do administrador: o exemplo privilegiado da discricionariedade no âmbito do direito administrativo. 3 O controle jurisdicional das políticas públicas e as condições de possibilidade para o acontecer do Estado social e democrático de direito. 4 O problema da legitimidade da jurisdição constitucional na concretização dos direitos fundamentais sociais. 5 Considerações finais. 6 Referências.

## Resumo

O presente estudo tem como pano de fundo a idéia de que a Constituição dirigente ainda permanece viva e mostra-se imprescindível, sobretudo em realidades constitucionais como a brasileira. A partir disso, procura demonstrar de que modo o constitucionalismo dirigente-compromissário vincula não apenas o legislador, mas também o administrador, ao contrário da blindagem construída em torno da discricionariedade e do mérito administrativo. Apresenta, também, o controle jurisdicional das políticas públicas e as condições de possibilidade para a implementação do Estado social e democrático de direito. Por fim, desenvolve algumas considerações acerca da legitimidade – e do papel – da jurisdição constitucional na concretização dos direitos fundamentais sociais.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo dirigente; Administração pública; Direitos fundamentais sociais; Estado democrático de direito; Jurisdição constitucional

### **Abstract**

The background of this essay is the conception that the “normative-leader Constitution” is alive and indispensable, first of all, in constitutional contexts like Brazilian one. And so on, it intends to show how the “leader-compromise constitutionalism” binds not only the legislative branch but the public administration, differently of the “armour” discourse constructed around the discretionary powers and the administrative decisions. It shows, too, the judicial review of policies must be comprehensive and the requirements to develop and implement the Welfare State. At last, it explains some considerations about the legitimacy of judicial review of legislation in the sense to guarantee effectively the social rights.

**Keywords:** Normative-leader Constitution; Public administration; Social rights; Welfare State; Judicial review of legislation

### **1 Introdução**

O presente estudo tem como objetivo desvelar uma face normalmente ocultada da Constituição dirigente: aquela que vincula o administrador, impondo-lhe o compromisso de concretizar os direitos fundamentais sociais através da realização de políticas públicas.

Na primeira parte, demonstrar-se-á que a idéia de Constituição dirigente ainda permanece viva – e atual –, sendo ainda imprescindível à realidade constitucional dos países periféricos, em especial à brasileira, e também que o constitucionalismo dirigente compromissário não vincula apenas o legislador, mas também o juiz e o administrador, em que pesem as dificuldades decorrentes, por exemplo, do mito do mérito administrativo.

Na segunda parte, tentar-se-á justificar a necessidade de um efetivo controle jurisdicional das políticas públicas, bem como as condições de possibilidade para a devida implementação – e, antes disso, compreensão – daquilo que se entende por Estado social e democrático de direito, tendo em vista a crise de imaginário vivida pela grande maioria da comunidade jurídica pátria que, em pleno século XXI, permanece atrelada ao paradigma liberal-individualista-normativista porque refém do paradigma da filosofia da consciência.

Na terceira parte, desenvolver-se-ão algumas considerações acerca do problema da legitimidade dos tribunais na materialização dos direitos fundamentais sociais, especialmente após o surgimento do neoconstitucionalismo, inaugurado com o advento dos textos constitucionais elaborados a partir do segundo pós-guerra.

Por fim, à guisa de conclusão, apontar-se-á para algumas das características (con)formadoras de um regime jurídico administrativo – em que o administrador

encontre-se efetivamente vinculado ao programa constitucional – capaz de corresponder às complexas expectativas de uma sociedade que se diz pós-moderna e, ao mesmo tempo, subdesenvolvida.

## **2. Constituição dirigente e vinculação do administrador: o exemplo privilegiado da discricionariedade no âmbito do direito administrativo**

A obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, de J. J. Gomes Canotilho, publicada em 1982, pode ser considerada, sem sombra de dúvidas, um verdadeiro marco na história do constitucionalismo<sup>1</sup>, tendo em vista que inaugura aquilo que se entende por dirigismo constitucional.

Nela, Canotilho oferece ao leitor uma construção daquilo que ele denomina Teoria da Constituição constitucionalmente adequada, à medida que recupera as grandes teorias da Constituição então existentes e avança pelos estudos dos mais importantes teóricos do direito da época até alcançar o seu núcleo essencial – que é precisamente a discussão sobre a discricionariedade do legislador –, apresentando limites e imposições convincentes – tanto negativas como positivas – à atuação do poder legislativo<sup>2</sup>.

Já no título da obra, Canotilho aponta para o núcleo daquela que será a principal questão – ligada às relações entre a Constituição e a lei – a ser colocada: o que deve (e pode) uma Constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais<sup>3</sup>.

Nesse contexto, a “Constituição dirigente pode ser entendida como o bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem diretivas e estatuem imposições”<sup>4</sup>, aproximando-se, desse modo, da noção de Constituição programática<sup>5</sup>.

Segundo a tese do renomado constitucionalista, em termos jurídico-programáticos, uma Constituição dirigente representa um projeto histórico pragmático

---

<sup>1</sup>Não se pode olvidar, contudo, que Peter Lerche, em 1961, já havia desenvolvido, em seu *Übermass und Verfassungsrecht*, uma ideia de Constituição dirigente (diferente da concepção elaborada por J. J. Gomes Canotilho) e, também, uma outra tipologia de classes de normas constitucionais, bem como enfrentado os problemas inerentes à sua operatividade, tanto em relação à sua teorização como à sua aplicação prática.

<sup>2</sup>Ver CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 154-158; e, ainda, GUEDES, Néviton. Prefácio. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 6.

<sup>3</sup>Cf. CANOTILHO, *Constituição dirigente...*, *op. cit.*, p. 11.

<sup>4</sup>*Id.*, *ibid.*, p. 224.

<sup>5</sup>No mesmo sentido, ver GRAU, Eros Roberto. Resenha do Prefácio da 2 ed. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

de limitação dos poderes do legislador – de questionar, da liberdade de conformação do legislador, de vinculação deste aos fins que integram o programa constitucional<sup>6</sup>.

Nessa linha, a Constituição deixaria de ser concebida como um estatuto organizatório, como um simples instrumento de governo, definidor de competências e regulador de processos, transformando-se num verdadeiro plano global normativo do Estado e da sociedade, no qual estão determinadas as tarefas, estabelecidos os programas e definidos os fins<sup>7</sup>.

Entretanto, recentemente, Canotilho reviu seu posicionamento e publicou a segunda edição de sua obra<sup>8</sup> – *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador* –, acrescentado prefácio, onde consta que

a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de abertura do direito constitucional ao direito internacional e aos direitos supranacionais. Numa época de cidadanias múltiplas e de múltiplos de cidadanias seria prejudicial aos próprios cidadãos o fecho da Constituição, erguendo-se à categoria de *linha Maginot* contra invasões agressivas dos direitos fundamentais.

Alguma coisa ficou, porém, da programaticidade constitucional. Contra os que ergueram as normas programáticas, a *linha de caminho de ferro* neutralizadora dos caminhos plurais da implantação da cidadania, acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticas e sociais.<sup>9</sup>

Justificando a nova postura adotada, Canotilho esclarece que a Constituição dirigente era um projeto – agora acabado – da modernidade, um projeto de transformação que triunfou, um projeto com sujeitos históricos determinados, no caso português: a classe trabalhadora e o movimento das forças armadas<sup>10</sup>.

Ora, é preciso levar em conta que, diferentemente do que ocorre no Brasil, onde a força normativa da Constituição ainda enfrenta inúmeras e severas resistências,

<sup>6</sup>Ver CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, *op. cit.*, p. 215-287; e, também, CANOTILHO, J. J. Gomes. Videoconferência. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 15.

<sup>7</sup>Id., *Constituição dirigente...*, *op. cit.*; e, também, BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n.º 142, p. 35-51, abr./jun., 1999, p. 37.

<sup>8</sup>Muito embora a segunda edição da referida obra só tenha sido publicada em 2001, J. J. Gomes Canotilho já vinha repensando sua tese desde a publicação de CANOTILHO, J. J. Gomes. *Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo*. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n.º 15, p. 7-17, abr./jun. 1996.

<sup>9</sup>Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

<sup>10</sup>Id., *Videoconferência...*, *op. cit.*, p. 14.

a obra Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador já alcançou adequadamente os seus propósitos nas terras d'além-mar<sup>11</sup>.

Cumpra referir, ainda, que ninguém mais advoga, em Portugal, as teses de que a Constituição possui um carácter dúplice e de que o legislador esteja totalmente livre quanto aos fins que deve perseguir. Mesmo que atualmente se reconheça ampla margem de apreciação e de conformação do legislador, não há quem negue a existência de uma Constituição que disciplina a sua atuação política<sup>12</sup>.

Segundo Canotilho, o problema que se coloca atualmente no cenário europeu é o de saber se uma geração pode sujeitar às suas leis as gerações futuras: deve-se, portanto, cristalizar políticas na Constituição ou manter uma abertura para as várias políticas possíveis:

Hoje, penso que o momento de maior tensão é este. Tudo isto tem sido criticado em Portugal: diz-se que as políticas públicas devem ser abertas, porque as políticas públicas hoje são plurais, devem responder aos programas políticos dos vários governos possíveis.<sup>13</sup>

Nessa mesma linha, levando em consideração as particularidades do contexto europeu, Canotilho sustenta que a Constituição e o seu estado não respondem mais aos esquemas – sistêmicos – de organizações sem centro e sem diretividades, como é o caso da atual realidade política-econômica do novo *velho continente*<sup>14</sup>.

Assim, quando Canotilho coloca a questão da morte da Constituição dirigente, mostra-se imprescindível esclarecer por que razão é que se ataca o dirigismo constitucional:

Uma coisa é dizer que estes princípios não valem e outra é dizer que, afinal de contas, a Constituição já não serve para nada, já não limita nada. O que se pretende é uma coisa completamente diferente da problematização que vimos efectuando: é escancarar as portas dessas políticas sociais e econômicas a outros esquemas que, muitas vezes, não são transparentes, não são controláveis. Então eu digo que a Constituição dirigente não morreu.<sup>15</sup>

Observa-se, desse modo, sem embargo à nova posição defendida por Canotilho<sup>16</sup>, o reconhecimento expresso de que, quando está a falar em direito mitigado,

---

<sup>11</sup>Cf. GUEDES, *op. cit.*, p. 7.

<sup>12</sup>Id., *ibid.*, p. 7.

<sup>13</sup>Cf. CANOTILHO, *Videoconferência...*, *op. cit.*, p. 20.

<sup>14</sup>Id., *ibid.*, p. 23. E mais: para Canotilho, se, de um lado, pode-se falar da fraqueza das Constituições nacionais; de outro, quem passa a mandar, quem passa a ter poder, são os textos internacionais, de modo que a diretividade programática permanece, apenas transferindo-se para estes (*id.*, *ibid.*, p. 15).

<sup>15</sup>Id., *ibid.*, p. 31.

<sup>16</sup>Id., *ibid.*, p. 35.

em direito reflexivo, em direito pós-moderno, em direito mite, em direito desregulado, ele está a falar, em suma, de uma etapa que muito pouco – para não dizer absolutamente nada – tem a ver com aquela pela qual passa atualmente o Brasil e os demais países da América Latina<sup>17</sup>.

Dito de outro modo, ao considerar a necessidade de uma teoria da Constituição pós-moderna, na qual não existe centro e em que os Estados nacionais tornaram-se apenas uma parcela de outro esquema organizativo, Canotilho evidencia que sua preocupação está voltada exclusivamente para a realidade europeia<sup>18</sup>, ao reconhecer que

Estamos a esquecer que no Brasil a centralidade é ainda do Estado de direito democrático e social, que a centralidade é ainda do texto constitucional, que é a carta de identidade do próprio país, que são estes direitos, apesar de pouco realizados, que servem como uma espécie de palavra ordem para a própria luta política.<sup>19</sup>

Assim sendo, parece que razão assiste a Eros Grau quando refere que “a morte decretada da Constituição dirigente é, como se vê, muito, extremamente relativa – se é que se pode morrer não em termos absolutos”<sup>20</sup>, haja vista que, segundo o próprio Canotilho, “as Constituições dirigentes existirão enquanto forem historicamente necessárias”<sup>21</sup>.

Ora, é necessário, portanto, dar-se conta para o fato de que, quando se discute a problemática da Constituição dirigente – a Constituição que define fins e objetivos para o Estado e a sociedade –, é preciso que se fixe, sempre, ao texto de uma determinada Constituição, tendo em vista que o texto constitucional é aquele que regula uma ordem histórica e concreta, de modo que a definição da Constituição só pode ser obtida a partir de sua inserção na realidade histórica<sup>22</sup>.

---

<sup>17</sup>Contudo, ao contrário do atual cenário econômico-político-jurídico da União Europeia, onde se arquiteta – não obstante o fracasso dos referendos – um projeto de *supraconstituição dirigente*, cumpre referir que, sobretudo nos países periféricos, a cessão do lugar da *lei dirigente ao contrato* pode acarretar o sacrifício da própria democracia, isso para não falar das nefastas conseqüências decorrentes dos processos de *desconstitucionalização* e *desregulamentação*, que reduziriam ainda mais os poucos espaços de cidadania e, ainda, contribuiriam para o aumento dos privilégios e desigualdades sociais. Ver, para tanto, NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. Dados – *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 37, n° 2, p. 253-276, 1994.

<sup>18</sup>Sobre o modo como os europeus preocupam-se unicamente com seus problemas, desconsiderando, por exemplo, as dificuldades verificadas nos países periféricos, vale lembrar a observação de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho no sentido de que “é preciso parar de brincar de seguir o chefe; vamos tratar de construir alguma coisa que seja mesmo nossa, porque eles têm toda a razão”. Cf. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

<sup>19</sup>Cf. CANOTILHO, *Videoconferência...*, op. cit., p. 35.

<sup>20</sup>Cf. GRAU, *op. cit.*

<sup>21</sup>Cf. CANOTILHO, *Videoconferência...*, op. cit., p. 40.

<sup>22</sup>Id., *Constituição dirigente...*, op. cit., p. 154-158; e, ainda, BERCOVICI, *A problemática da Constituição dirigente...*, op. cit., p. 35. Aliás, segundo Grau (op. cit.), “não existe a Constituição, do Brasil, de 1988, pois o que realmente existe, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, esta sendo interpretada/aplicada”.

Nesse sentido, a advertência feita por Dieter Grimm, que serve tanto para legitimar a revisão operada por Canotilho, em face do contexto europeu, como, também, para justificar a persistência na idéia de uma Constituição dirigente em países como o Brasil, em face necessidade da concretização dos direitos fundamentais mais elementares:

A bondade das Constituições não se deixa determinar de uma forma absoluta e universal, mas apenas segundo um contexto histórico-concreto. O que tem êxito em um país, não serve necessariamente para um outro. O que era razoável no passado, pode perder seus objetivos no presente. Constituições apontam para o resultado no futuro e afirmam-se (historicamente) no tempo. Seu êxito depende por isso também dos problemas que se opõem a elas no curso do tempo. Tais problemas conclusivamente apenas podem ser previstos pelos autores da Constituição de forma limitada. Por conseguinte, as soluções também quase sempre não se encontram dispostas prontamente na Constituição. A diferença entre normas abstratas e problemas concretos precisa ser ultrapassada, pelo contrário, através do significado e aplicação das normas. Nesse ponto, o êxito de uma Constituição também [depende das] respostas que são extraídas pelos intérpretes das normas constitucionais e que são determinadas definitivamente pelo teor da Constituição.<sup>23</sup>

Desse modo, em que pese a referida morte da Constituição dirigente e a subscrição de tal tese por parte de alguns juristas brasileiros<sup>24</sup>, parece evidente que a Constituição brasileira é – e tem sido – uma Constituição dirigente<sup>25</sup>. Em outras palavras, a manutenção de um constitucionalismo dirigente-compromissário mostra-se indispensável no Brasil, “porque somos a sociedade que hoje somos”, como diz Eros Grau<sup>26</sup>.

Mais, e esse é o ponto que – para o presente estudo – parece ser o mais relevante: se a Constituição brasileira é dirigente e, além disso, ainda vincula o

---

<sup>23</sup>GRIMM, *op. cit.*, p. 295.

<sup>24</sup>Entre aqueles que calorosamente recepcionaram a guinada proposta por J. J. Gomes Canotilho, destacam-se, sobretudo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

<sup>25</sup>Nesse sentido, ver STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 95-145, e, especialmente, STRECK, Lenio Luiz. A concretização de direitos e a validade da tese da Constituição dirigente em países de modernidade tardia. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Orgs.). *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 301-371. onde o autor defende o desenvolvimento de uma *Teoria da Constituição Dirigente adequada a países de modernidade tardia*, tendo em vista que, consideradas as peculiaridades européias – locus da preocupação fundamental de Canotilho – e as diferenças entre o caráter revolucionário originário do texto constitucional português e o caráter social e (não-revolucionário) da Constituição brasileira, é possível afirmar que continuam perfeitamente sustentáveis as teses relacionadas ao caráter dirigente e compromissário do texto constitucional brasileiro. Na mesma linha, SCAFF, Fernando Facury. Mesa redonda. In: COUTINHO Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 88-89, entende que “ele [Canotilho] apenas retirou da sua dimensão de Constituição dirigente o aspecto revolucionário. Acho que este é o grande ponto. E a dimensão revolucionária foi ampliada, não mais sendo colocada dentro de um país soberano, mas sim dentro de um tratado internacional, de convenções internacionais”.

<sup>26</sup>Cf. GRAU, *op. cit.*

legislador e, também, o juiz e o administrador, que não têm liberdade absoluta de conformação, mas, sim, devem mover-se dentro do enquadramento constitucional<sup>27</sup>, não é mais possível admitir que a doutrina tradicional e a jurisprudência majoritária do País ainda defendam, com base na separação de poderes, uma larga margem de discricionariedade do administrador, a blindagem do mérito administrativo e a necessidade de conceitos jurídicos indeterminados, sob o argumento de que, apenas assim, a Administração Pública pode atender às exigências de uma sociedade complexa e em constante transformação<sup>28</sup>.

Segundo Krell, nos principais manuais de direito administrativo ainda prevalece a clássica distinção entre atos administrativos vinculados, definidos como aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização, os preceitos legais não deixam para o órgão nenhuma liberdade de decisão; e atos administrativos discricionários, definidos como aqueles que a Administração pode praticar com liberdade de escolha do seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização<sup>29</sup>.

Cumprir referir, aqui, que o advento da Lei da Ação Popular (Lei nº 4 717/65) contribuiu sobremodo para os (des)caminhos da doutrina administrativista brasileira, mediante a subdivisão de atos administrativos que estabeleceu e conceituou. Seguindo a referida legislação, a doutrina considera sempre vinculadas: a competência do ato (atribuição legal de um órgão administrativo habilitado para produzir o ato), a sua forma (revestimento exterior do ato) e a sua finalidade (resultado a ser alcançado com a prática do ato, o interesse público específico). De outro lado, entende que o motivo e o objeto do ato constituem a residência natural da discricionariedade administrativa e podem, portanto, agasalhar o mérito da decisão<sup>30</sup>.

<sup>27</sup>Segundo Canotilho (*Constituição dirigente...*, *op. cit.*, p. 174-175, 294-295 e 363-380), o destinatário das imposições constitucionais – que se diferenciam das normas programáticas por serem imposições concretas, ao invés de abstratas – não é apenas o Parlamento (leia-se legislador), mas também o Governo, (leia-se administrador).

<sup>28</sup>Cf. KRELL, Andreas. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – (Neo)constitucionalismo*, Porto Alegre, nº 2, p. 33-78, 2004, para quem: “No antigo Estado de Polícia da Europa dos séculos XVI a XVIII, a discricionariedade ainda era considerada genuína expressão da soberania do monarca. Somente após muitos anos de debate, em face da desconfiança inerente à Revolução Francesa, a discricionariedade passou a ser aceita com verdadeira necessidade para habitar a Administração Pública a agir com mais eficiência na organização dos serviços públicos e do atendimento das múltiplas demandas e reivindicações das sociedades industrializadas. Ficou evidente que, perante a dinâmica do mundo moderno, onde sempre vêm surgindo situações novas e imprevistas, que exigem uma atuação célere e eficaz da Administração, o legislador está impossibilitado de regulamentar todos os possíveis casos de modo antecipado e em detalhes” (id., *ibid.*, p. 36).

<sup>29</sup>Id., *ibid.*, p. 38. Nesse sentido, ver MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 125, onde refere que é “frequente encontrar-se na doutrina imagem utilizada para caracterizar o poder vinculado em contraposição ao poder discricionário: o poder vinculado teria seu exercício comparado ao da funcionária de um teatro a quem o espectador mostra sua entrada numerada, cabendo a ela somente indicar o lugar marcado no bilhete; o poder discricionário seria comparado à funcionária do teatro quando as entradas não são numeradas e então encaminha o espectador para onde quiser”.

<sup>30</sup>Cf. KRELL, A recepção das teorias..., *op. cit.*, p. 41-42.

Contudo, ao contrário do sustentado pela maioria da doutrina e da jurisprudência, é necessário chamar a atenção para o fato de que tal distinção não subsiste. A vinculação dos agentes administrativos aos termos empregados pela lei apresenta, com efeito, uma variação meramente gradual: os atos vinculados não possuem uma natureza diferente daquela dos atos discricionários, de modo que a diferença, relativa ao grau de liberdade de decisão concedida pelo legislador, é apenas quantitativa, e não qualitativa<sup>31</sup>.

A técnica legislativa do emprego de conceitos vagos, abertos e fluidos, que conferem à Administração a responsabilidade para avaliar questões técnicas, ponderar interesses contraditórios e decidir sobre quais políticas realizar, aponta, necessariamente, para a discricionariedade do administrador.

Observa-se, assim, que aquilo que ocorre é a transferência de parte da liberdade de conformação do legislador para o âmbito da Administração Pública, resultando a discricionariedade em uma espécie de “ferramenta jurídica que a ciência do direito entrega ao administrador para que a gestão dos interesses sociais se realize correspondendo às necessidades de cada momento”<sup>32</sup>.

Os problemas aparecem, todavia, no momento em que a discricionariedade administrativa torna-se uma verdadeira carta branca da qual dispõe o administrador e cujo controle é demasiadamente restrito em razão da blindagem criada em torno do mérito administrativo.

Dito de outro modo, tudo indica que, no Brasil, ainda se justifica a metáfora de Hans Huber de que a discricionariedade administrativa representaria no Estado de direito um verdadeiro Cavalo de Tróia, tendo em vista que os conceitos indeterminados, a discricionariedade administrativa e o mérito administrativo servem, até hoje, para encobrir as arbitrariedades da Administração Pública<sup>33</sup>.

Ora, é necessário levar em consideração – retomando a idéia principal –, que o administrador, em que pese disponha de certa margem de liberdade de conformação, encontra-se vinculado, acima de tudo, ao projeto e à principiologia constitucional<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup>Id., *ibid.*, p. 40-41: “A qualificação de um ato administrativo como *plenamente vinculado* – ainda comum na doutrina e jurisprudência do Brasil – parece remontar aos equívocos da Escola da Exegese, que pregava que normas legais serviriam de prontuários repletos e não lacunosos para dar solução aos casos concretos, cabendo ao aplicador um papel subalterno de autonomamente aplicar os comandos prévios e exteriores de sua vontade. Ao mesmo tempo, a *idéia de conceitos tecnicamente precisos* constitui um legado da *Jurisprudência de Conceitos*, que acreditava na definição da única solução correta do caso específico”.

<sup>32</sup>Cf. FIORINI apud DI PIETRO, Maria Zanella. Legalidade e regulação. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n° 3, p. 59-68, 2003.

<sup>33</sup>Cf. KRELL, *A recepção das teorias...*, *op. cit.*, p. 65.

<sup>34</sup>Nesse sentido, ver OHLWEILER, Leonel Pires. Teoria versus prática: em busca da função social da dogmática jurídica. O exemplo privilegiado do direito administrativo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Crítica à dogmática*, Porto Alegre, n° 3, p. 129-164, 2005.

Nesse sentido, não se pode olvidar que, nesta nova quadra da história, o princípio da legalidade deve estar em harmonia com a noção de Estado social e democrático de direito<sup>35</sup>. Se, na fase inauguração do Estado de direito, o princípio da legalidade restringia-se à forma, na medida em que se limitava a proteger os indivíduos da atuação do Estado, através da submissão da Administração aos aspectos formais da lei, pode-se afirmar que, atualmente, o princípio da legalidade também abarca o conteúdo, a substância, devendo se mostrar, sobretudo, em consonâncias com as orientações constitucionais<sup>36</sup>.

Dito de outro modo, a idéia de legalidade estrita como único dogma do Estado de direito apresenta-se absolutamente insuficiente; hoje, vive-se a legalidade que instrumentaliza ações políticas como o grande fator legitimador da ação político-legal:

Faz sentido hoje pensarmos no controle das leis único e exclusivamente a partir da sua adequação formal ao texto constitucional? Faz sentido buscarmos avaliar o controle de constitucionalidade colocando no oblióvio, jogando no esquecimento, a circunstância particularíssima de que a legalidade de hoje, para usar uma expressão italiana, serve-nos como *indirizzo*, como um veículo conformador, transformador das estruturas sociais numa perspectiva essencialmente dinâmica, diversa daquela perspectiva estática da legalidade do final do século XVIII<sup>37</sup>?

Partindo deste pressuposto – de que o princípio da legalidade evoluiu e, atualmente, detém um caráter substancial, que transcende a mera formalidade –, resta mais uma vez evidente a vinculação do administrador à Constituição (dirigente).

Todavia, alheia a isso, a discussão, no Brasil, continua a girar, compulsivamente, em torno da finalidade do ato administrativo, sendo pautada pela clássica doutrina francesa da teoria do “desvio do poder”<sup>38</sup>.

Ocorre que esse tipo de controle – do desvio do poder – não resolve o problema da possibilidade de revisão das mais diversas decisões administrativas, tendo em vista que a grande maioria da doutrina e da jurisprudência sustenta a impossibilidade de o

<sup>35</sup>Ver, para tanto, OHLWEILER, Leonel Pires. Administração pública e a materialização dos direitos fundamentais: contributo da fenomenologia hermenêutica. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Em busca dos direitos perdidos*, Porto Alegre, n.º 1, p. 147-172, 2003; e, também, TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Controle judicial da regulamentação de políticas públicas. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n.º 3, p. 185-194, 2003.

<sup>36</sup>Ver, pra tanto, GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 3.ª ed. Madrid: Alianza, 1995.

<sup>37</sup>Cf. TOJAL, *op. cit.*, p. 190-191.

<sup>38</sup>Cf. DI PIETRO, Maria Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001; FRANÇA, Vladimir da Rocha. Vinculação e discricionariedade nos atos administrativos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 38, n.º 151, p. 109-123, jul./set. 2001.

controle adentrar no mérito do ato administrativo, esfera esta que delimita o núcleo da discricionariedade, em que se dá o resultado de considerações extrajurídicas – juízos de oportunidade ou conveniência –, que seriam blindadas à revisão judicial<sup>39</sup>.

É necessário, portanto, dar-se conta de que o Administrador não pode continuar a utilizar-se da discricionariedade administrativa, dos conceitos jurídicos indeterminados e do mérito administrativo como álibis para legitimar arbitrariedades, pois

O que já está definido (está-se a referir aos direitos, princípios e objetivos). O como (como satisfazer os direitos, princípios e objetivos fundamentais), este, sim, é matéria residente no âmbito de decisão de natureza política. Alguns buscarão técnicas com determinada fisionomia, outros preferirão mecanismos dotados de natureza diversa. Mais intervencionistas ou menos intervencionistas, esses mecanismos decorrem de políticas que terão como compromisso último a satisfação dos direitos fundamentais, a consecução dos objetivos da República Federativa do Brasil e, ao mesmo tempo, o respeito aos princípios fundamentais.<sup>40</sup>

A grande questão, no entanto, é que a ineficácia dos direitos fundamentais sociais não se deve à falta de leis ordinárias, mas sim à ausência da prestação real dos direitos mais básicos pelo Poder Público. O problema, em síntese, reside fundamentalmente na formulação, implementação e manutenção de políticas públicas a serem prestadas pela Administração, nos termos do compromisso firmado na Constituição (dirigente) brasileira<sup>41</sup>.

### 3 O controle jurisdicional das políticas públicas e as condições de possibilidade para o acontecer do Estado social e democrático de direito

Visto que as tarefas e fins do Estado inseridos no texto constitucional são propostas de legitimação material da Constituição de um país, que a compreensão material da Constituição passa pela materialização dos fins e tarefas constitucionais e que o Estado constitucional de direito não se identifica mais com o Estado de direito formal, mas quer legitimar-se como Estado social, aparece o problema do papel da

---

<sup>39</sup>Cf. KRELL, *A recepção das teorias...*, *op. cit.*, p. 43. Destaque-se, ainda, que a origem da imunidade da *conveniência* e da *oportunidade*, invocadas pela Administração Pública, remete a longa data. A Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, em seu art. 13, § 9º, alínea “a”, já estabelecia que: “a autoridade judiciária fundar-se-á em razões jurídicas, abstendo-se de apreciar o *merecimento* dos atos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniência ou oportunidade”.

<sup>40</sup>Cf. CLÉVE, Clémerson Merlin. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, nº 3, p. 289-300, 2003, p. 293. Ver, ainda, a lição de Canotilho (Constituição dirigente..., *op. cit.*, p. 316-317) em relação ao “se”, ao “quê” e ao “como”.

<sup>41</sup>Nesse sentido, ver KRELL, Andréas. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE*, Recife, nº 10, p. 25-62, 2000, p. 30-31. A respeito da composição – federativa – dos gastos nos orçamentos da União, dos Estados e dos Municípios, remete-se o leitor ao recente estudo desenvolvido por BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

Constituição dirigente na transformação da realidade social, mormente se se considerar que uma Constituição programática – que deixa de ser apenas do Estado, passando a ser também da sociedade – torna mais transparente a vinculação dos órgãos de direção política na medida em que lhes fornece as linhas de direção<sup>42</sup>.

Ora, destaque-se, aqui, que não se quer dizer, com isso, que a Constituição dirigente estabelece uma única linha de atuação para a política, reduzindo a direção política à execução dos preceitos constitucionais. Muito pelo contrário: o que a Constituição dirigente pretende, antes de mais nada, é estabelecer um fundamento constitucional para a política, que deverá mover-se dentro dos limites que caracterizam esse projeto constitucional. A Constituição dirigente, na esteira do que ensina Bercovici, não substitui a política, mas se torna a sua premissa material<sup>43</sup>.

Dito de outro modo, ao contrário da nomocracia estática do Estado liberal, a legitimidade do Estado contemporâneo encontra-se diretamente atrelada à capacidade de realizar – com ou sem a participação ativa da sociedade – os objetivos estabelecidos na Constituição<sup>44</sup>.

Nesse contexto, a reorganização da atividade estatal, em razão das finalidades coletivas, torna-se indispensável, de modo que a progressiva constituição de condições básicas para o alcance da igualdade material e social exsurge como a maior das prioridades dos poder público, conforme aponta Comparato:

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.<sup>45</sup>

Com isso, pode-se afirmar seguramente que, se o constitucionalismo liberal voltava-se para o Legislativo, poder ao qual competia a tarefa de dar expressão legal à soberania popular, restando o Executivo e o Judiciário responsáveis tão-somente pela mera execução das normas legais, sem nenhuma iniciativa ou impulso próprios, as coisas mudaram de forma especialmente no século XX. Quando a legitimidade do Estado passou a fundar-se na realização de finalidades coletivas a serem alcançadas programadamente, o critério classificatório das funções estatais deslocou-se para a esfera das políticas públicas, alçando o Executivo à condição de ordenador das múltiplas estratégias e atividades estatais<sup>46</sup>.

<sup>42</sup>Cf. BERCOVICI, A problemática da Constituição dirigente..., *op. cit.*, p. 38.

<sup>43</sup>Id., *ibid.*, p. 40.

<sup>44</sup>Ver COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n.º 138, p. 39-48, abr./jun. 1998, p. 43.

<sup>45</sup>Id., *ibid.*, p. 43.

<sup>46</sup>Id., *ibid.*, p. 44. Na mesma linha, Karl Loewenstein desenvolve, em *Political Power and the Governmental Process* (1957), uma nova tripartição de poderes, ou reclassificação das funções do Estado, representada do seguinte modo: *policy determination, policy execution e policy control*.

Observa-se, assim, que o Estado social não se legitima pela simples produção de direito, como ocorria com o Estado liberal, mas sim pela execução de políticas públicas, isto é, pela realização de programas de ação, que materializem os direitos fundamentais sociais:

Os direitos fundamentais sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do Poder Público certas prestações materiais. O Estado, através de leis, atos administrativos e da criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas políticas sociais (de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos.<sup>47</sup>

Entretanto, e aqui residem as dificuldades, não se pode olvidar que, de um lado, a definição dos fins do Estado não pode – nem deve – derivar da vontade política conjuntural dos governos, pois os fins políticos supremos e as tarefas do Estado encontram-se normatizados na Constituição; enquanto, de outro, o programa constitucional não pode tolher a liberdade do legislador – e tampouco a do administrador –, nem impedir a renovação da direção política e a confrontação partidária. Cabe, portanto, ao governo selecionar e especificar sua atuação a partir dos fins constitucionais, indicando os meios ou instrumentos adequados para a sua realização<sup>48</sup>.

Nesse contexto, governar deixou de ser a simples gerência de fatos conjunturais e tornou-se, sobretudo, o planejamento do futuro, com o estabelecimento de políticas a médio e longo prazo: com o Estado social, o *government by policies* substituiu o *government by law*, típico do liberalismo<sup>49</sup>. Todavia, em terrae brasilis, o que ainda mais se verifica é que:

Ao invés de buscar efetividade dos direitos fundamentais, a promoção do desenvolvimento e a construção de um Estado social, o Governo Federal patrocina a desfiguração do texto da Constituição. Em tese, a Constituição não poderia ser modificada para adaptar-se aos planos de governo dos governantes. O Governo está vinculado à Constituição, não o contrário. A pergunta que se faz é qual é o motivo desta sanha por reformar e desfigurar a Constituição? E a resposta é simples: apesar de todos os problemas, a Constituição de 1988 é um instrumento capaz de promover, por meio da atuação do Estado, a transformação social<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup>Cf. KRELL, *Realização dos direitos fundamentais sociais...*, *op. cit.*, p. 27.

<sup>48</sup>Ver CANOTILHO, *Constituição dirigente...*, *op. cit.*, p. 462-471; e, ainda, BERCOVICI, *A problemática da Constituição dirigente...*, *op. cit.*, p. 40.

<sup>49</sup>Cf. BERCOVICI, *A problemática da Constituição dirigente...*, *op. cit.*, p. 40.

<sup>50</sup>Cf. BERCOVICI, Gilberto. Dilemas da concretização da Constituição de 1998. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – (Neo)constitucionalismo*, Porto Alegre, n.º 2, p. 101-120, 2004, p. 102.

Partindo, portanto, das premissas de que o governo é que se encontra vinculado à Constituição, e não o contrário, e de que, não obstante a persistência em desfigurar o texto constitucional, ele deve ser visto como um instrumento capaz de promover a transformação da realidade social, exsurge inevitavelmente a questão de como fazer isso.

A resposta, entretanto, advém da própria Constituição de 1988, que não só estabeleceu os direitos fundamentais sociais a serem prestados pelo Estado, mas<sup>51</sup> também forneceu os mecanismos necessários para garantir e efetivar tais direitos, como, por exemplo, o mandado de injunção, a ação de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de segurança coletivo, dentre outros instrumentos<sup>52</sup>.

O problema é que, atualmente, ainda se encontra, no Brasil, considerável resistência ao controle jurisdicional do mérito dos atos administrativos, que reservam um amplo e blindado espaço de atuação discricionária, com base nos standards da conveniência e da oportunidade. Basta, para isso, observar que o Supremo Tribunal Federal, até não muito tempo atrás, assumia nitidamente uma atitude de auto-restrição judicial (*judicial self-restraint*), recusando-se a controlar pressupostos constitucionais da edição de medidas provisórias e negando-se a criar as normas necessárias para resolver os casos concretos, nos termos do mandado de injunção.

Dito de outro modo, em que pese a necessidade de um efetivo controle jurisdicional das políticas públicas<sup>53</sup>, o Judiciário brasileiro ainda não assumiu o papel de arquiteto social a ele atribuído no modelo das contemporâneas democracias constitucionais.

É imprescindível, pois, a revisão do clássico princípio da separação de poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços sociais básicos, visto que os poderes Legislativo e Executivo, no Brasil, vêm se mostrando incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais<sup>54</sup>:

Onde o processo político (Legislativo, Executivo) falha ou se omite na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nelas implicados, cabe ao Poder judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correção da prestação dos serviços sociais básicos.<sup>55</sup>

<sup>51</sup>Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 210.

<sup>52</sup>Ver LEAL, Rogério Gesta. Controle da administração pública no Brasil: anotações críticas. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Crítica à dogmática*, Porto Alegre, nº 3, p. 241-262, 2005.

<sup>53</sup>Sobre o tema, consultar APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa*. Curitiba: Juruá, 2001; FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999; MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999; mas, sobretudo, OHLWEILER, Leonel Pires. O contributo da jurisdição constitucional para a formação do regime jurídico administrativo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – (Neo)constitucionalismo*, Porto Alegre, nº 2, p. 285-328, 2004; e OHLWEILER, Leonel Pires. *Direito administrativo em perspectiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

<sup>54</sup>Cf. KRELL, *Realização dos direitos fundamentais sociais...*, *op. cit.*, p. 49.

<sup>55</sup>Id., *ibid.*, p. 56.

Assim sendo, as questões ligadas à concretização das tarefas sociais, como a formulação das respectivas políticas públicas, não estão relegadas à arbitrariedade dos governos ou à vontade da Administração, mas têm o seu fundamento nas próprias normas constitucionais sobre direitos sociais, cuja observação pelo poder Executivo pode – e deve – ser controlada pelo Legislativo e, também, pelo Judiciário<sup>56</sup>.

<sup>56</sup>Nesse exato sentido, em consonância com o até aqui exposto, alguns exemplos que demonstram nem tudo estar perdido. Em *primeiro lugar*, merece destaque a liminar concedida pelo Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Joinville (SC), Alexandre Moraes da Rosa, em ação civil pública (processo nº 038.03.008229-0), ajuizada pelo Ministério Público contra o Município, na qual o Promotor de Justiça requereu fosse determinado à Secretaria Municipal de Educação e Cultura a criação de 2 948 vagas para as crianças em lista de espera por matrícula, após notícia, divulgada por propaganda oficial, que o Município destinara R\$1.750.000,00 (um milhão e setecentos e cinquenta mil reais) para a desapropriação de área destinada à construção de estádio de futebol dito municipal, mas cuja utilização dar-se-ia em proveito da sociedade desportiva privada local (Joinville Esporte Clube, que disputava, à época, a Série “C” do Campeonato Brasileiro de Futebol). Em *segundo lugar*, em que pese tenha restado prejudicada a apreciação do mérito, cumpre referir a decisão monocrática prolatada na ADPF nº 45: “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração)” (ADPF nº 45, Rel. Min. Celso de Mello, Supremo Tribunal Federal, j. 29/04/04, DJ 04/05/04). Por fim, em *terceiro lugar*, para que não se cometam injustiças/esquecimentos, vale lembrar importante decisão, mesmo que ainda isolada, proferida no Superior Tribunal de Justiça: “Direito Constitucional à absoluta prioridade na efetivação do direito à saúde da criança e do adolescente. Norma constitucional reproduzida nos arts. 7. e 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Normas definidoras de direitos não programáticas. Exigibilidade em juízo. Interesse transindividual atinente às crianças situadas nessa faixa etária. Ação civil pública. Cabimento e procedência. 1. Ação civil pública de preceito cominatório de obrigação de fazer, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina tendo [em] vista a violação do direito à saúde de mais de 6 000 (seis mil) crianças e adolescentes, sujeitas a tratamento médico-cirúrgico de forma irregular e deficiente em hospital infantil daquele Estado. [...] 4. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à saúde, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria que assola o país. O direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado. [...] 6. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quicá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pética. [...] 8. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional. 9. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação. 10. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que, para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária. 11. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional” (REsp nº 577836/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Superior Tribunal de Justiça, j. em 21/10/04, DJ 28/02/05, p. 200, RDDP, v. 26, p. 189).

Na esteira de Comparato, pode-se dizer, então, que o Judiciário possui competência, não obstante o princípio da separação de poderes, para julgar questões políticas, haja vista que a clássica – e falsa – objeção à judiciabilidade das políticas governamentais decorre de mau entendimento da *political question doctrine* da Suprema Corte norte-americana<sup>57</sup>.

Com isso, o que se pretende é demonstrar que, ao contrário do que entende a maioria da doutrina e da jurisprudência, há a possibilidade de o poder Judiciário exercer um controle de jurisdição *latu e stricto sensu* sobre a Administração Pública, alcançando inclusive os elementos constitutivos das ações e atos administrativos, isto é, a valoração administrativa que envolve os juízos de motivação, objeto, forma, oportunidade e conveniência para a prática do ato, bem como suas bases fundantes de moralidade, proporcionalidade e razoabilidade<sup>58</sup>.

Tem-se, desse modo, que todo e qualquer ato praticado pelo governo, seja político ou não, sujeita-se à Constituição, subordinando-se aos requisitos formais e materiais nela estabelecidos. Em consequência, levando em conta que ao poder Judiciário compete velar pela constitucionalidade das ações estatais, nenhuma questão atinente à consecução dos direitos e garantias da sociedade brasileira pode ser subtraída de sua apreciação<sup>59</sup>.

Nesse sentido, pode-se afirmar que, no modelo do Estado Democrático de Direito adotado e assumido pelo país,

resta inadmissível atividade isenta de controle jurisdicional, não só quando viola direitos, mas também – ante a garantia da constitucionalidade – quando contraria princípios fundamentais e preceitos constitucionais. Portanto, impõe-se afirmar que não há ato estatal insuscetível pelo Poder Judiciário ou pelas formas institucionais de controle existentes, desde que viole direitos ou represente potencial risco às garantias asseguradas pelo sistema jurídico pátrio – através de suas regras e princípios fundacionais.<sup>60</sup>

<sup>57</sup>Ver COMPARATO, *op. cit.*, p. 46: “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)”.

<sup>58</sup>Cf. LEAL, *op. cit.*, p. 255.

<sup>59</sup>Id., *ibid.*, p. 258.

<sup>60</sup>Id., *ibid.*, p. 258.

A pergunta que fica, porém, é se está o poder Judiciário brasileiro ciente daquilo até então exposto e preparado para exercer um papel mais expressivo no controle das políticas públicas, a fim de garantir e concretizar os direitos fundamentais sociais.

Com efeito, a compreensão assume aqui um lugar de destaque<sup>61</sup>, aparecendo como um elemento central na busca do comprometimento efetivo dos atores jurídicos – e também do administrador – com a realização do Estado social e democrático direito.

Contudo, o estudo da hermenêutica jurídica ainda é, sobretudo, deficiente no Brasil, tendo em vista que continua, predominantemente, vinculado aos cânones da hermenêutica clássica.

Mergulhado – e conformado – no horizonte de sentido (pro)posto pela dogmática jurídica, os juízes, via de regra, não conseguem dar-se conta da radical transformação – virada ou guinada lingüística – ocorrida no campo da hermenêutica há mais de século<sup>62</sup>.

Com a superação da ontologia clássica e da filosofia da consciência pelo paradigma da filosofia da linguagem, esta deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito cognoscente e o objeto a ser conhecido, tornando-se condição de possibilidade de todo o processo interpretativo.

Interpretar passa, então, a ser um ato de atribuição de sentido (*Sinngebung*) – e não um ato de reprodução de sentido (*Auslegung*) –, abandonando-se a idéia de mero processo de subsunção, que nada mais é do que a repriminção metafísica de um dedutivismo-silogístico<sup>63</sup>.

Rompe-se, assim, com o pensamento metafísico – de que a linguagem é um instrumento que fica à disposição do intérprete –, a partir da idéia de antecipação de sentido, que ocorre no interior do círculo hermenêutico, em que o intérprete fala e diz o ser na medida em que o ser se diz a ele.

Desse modo, pode-se afirmar que, para interpretar, é necessário compreender; e, para que se possa compreender, ensina Gadamer, é preciso ter uma pré-compreensão, que é o produto da relação intersubjetiva do intérprete com o mundo, isto é, sua tradição, situação hermenêutica, historicidade, temporalidade, faticidade<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup>Ver, nesse sentido, STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do *Ontological Turn*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, São Leopoldo, p. 223-271, 2003; e, também, STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: Edipuers, 1996.*

<sup>62</sup>STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 51.

<sup>63</sup>Id., *Jurisdição constitucional...*, *op. cit.*, p. 180.

<sup>64</sup>Em face da impossibilidade de desenvolver, aqui, maiores considerações a respeito da matriz da hermenêutica filosófica, remete-se o leitor às obras de GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método I*. 10. ed. Salamanca: Sígueme, 2003; GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método II*. 5. ed. Salamanca: Sígueme, 2002; e, entre nós, STRECK, *Jurisdição constitucional...*, *op. cit.*; e OHLWEILER, *Direito administrativo...*, *op. cit.*

Isto significa que é a condição de ser-no-mundo que vai determinar a forma como os juízes irão exercer as suas funções, com todas as implicações de responsabilidade que compõem, inevitavelmente, o seu horizonte de sentido.

Ocorre que, refratários aos avanços decorrentes do *linguistic turn*, os juristas continuam a falar (d)o Direito a partir do seu “já-sempre-sabido” sobre o Direito, ou seja, de como o Direito “sempre-tem-sido”<sup>65</sup>. Assim, são os pré-juízos do intérprete que acarretam prejuízos à compreensão do novo papel – e, portanto, da nova responsabilidade – que os mesmos assumem com a consolidação do neoconstitucionalismo.

De modo mais contundente, Streck refere que os juristas – e, entre eles, os juízes –, imersos na crise do paradigma da filosofia da consciência, como já referido, parecem não ter se apercebido do próprio advento do Estado Democrático de Direito:

Não houve a devida compreensão do sentido do Estado Democrático de Direito, ou seja, o Estado Democrático de Direito não foi compreendido como (esse como é o hermenêutico als). Em face de uma baixa constitucionalidade, o ser do ente *Estado Democrático de Direito* – e suas possibilidades da realização da função social do Direito – ficou difuso, diluído, mal-compreendido.<sup>66</sup>

Ignora-se, portanto, aquilo que se entende por *revolução copernicana* do direito público, em que os Estados soberanos, com a redemocratização ocorrida após a Segunda Guerra Mundial, instituíram em suas cartas magnas uma série de valores e princípios vinculantes que representam o acordo e o consenso de uma comunidade política e moldam o denominado Estado constitucional, cujas bases estão fundadas nos ideais democráticos e no respeito aos direitos fundamentais<sup>67</sup>.

Supera-se, desse modo, a concepção liberal de um Estado ordenador, no qual o que não é proibido é permitido, e cujo poder central é o Legislativo, bem como a concepção social de um Estado promovedor, em que se investe em políticas públicas e se intervém na economia, e cujo poder central é o Executivo<sup>68</sup>.

Assim, o Estado Democrático de Direito, muito mais do que um novo modelo, é uma proposta emancipatória – e civilizatória –, visto que ultrapassa as formulações anteriores, impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo de transformação da realidade (social) através do direito<sup>69</sup>, que passa a ser um instrumento de ação concreta do Estado:

---

<sup>65</sup>STRECK, *Jurisdição constitucional...*, *op. cit.*, p. 217.

<sup>66</sup>Id., *ibid.*, p. 43-44.

<sup>67</sup>Id., *ibid.*, p. 18.

<sup>68</sup>Id., *Hermenêutica jurídica...*, *op. cit.*, p. 44-45.

<sup>69</sup>Ver STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 94.

O Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado social. É nesse sentido, que ele é um *plus* normativo em relação ao direito promovedor-intervencionista próprio do Estado social de direito.<sup>70</sup>

Em outras palavras, no Estado Democrático de Direito, há um sensível deslocamento da esfera do poder Executivo e do poder Legislativo para o poder Judiciário<sup>71</sup>, que é guindado a um *locus* de destaque perante os demais, transcendendo a clássica – e moderna – teoria da separação de poderes<sup>72</sup>.

Como se vê, todas estas questões encontram-se implicadas no alerta formulado por Cappelletti no sentido de que, mais cedo ou mais tarde, o Poder Judiciário terá de aceitar a realidade da transformada concepção do direito e da nova função do Estado.

Todavia, para isso, os atores jurídicos deverão controlar e exigir o cumprimento do dever do Estado de intervir ativamente na esfera social. A atividade de interpretação e realização das normas de carácter social previstas na Constituição implica, necessariamente, um alto grau de criatividade do juiz, o que, por si só, destaque-se, não o torna legislador<sup>73</sup>.

Nesse contexto, a jurisdição constitucional desempenha função imprescindível para a concretização do Estado Democrático de Direito. Isso significa dizer que compete, sobretudo, ao poder Judiciário, tornar efetivo o texto constitucional e fazer com que a Constituição deixe de ser uma simples carta de declarações, intenções e propósitos, ou, pior ainda, uma mera folha de papel.

Em síntese, frente ao panorama descrito, resta evidente que a responsabilidade social dos juízes está diretamente atrelada à latente necessidade de superação da trilogia moderna indivíduo, liberalismo e democracia (formal), tendo em vista que, contemporaneamente, ao Poder Judiciário se atribui o papel de verdadeiro fiador dos direitos fundamentais e do regime democrático<sup>74</sup>.

#### **4 O problema da legitimidade da jurisdição constitucional na concretização dos direitos fundamentais sociais**

O século XX, muito embora possa parecer um período de revoluções anticonstitucionais<sup>75</sup> – em razão sobretudo do surgimento dos regimes totalitários –, é

---

<sup>70</sup>STRECK, *Hermenêutica jurídica...*, *op. cit.*, p. 39.

<sup>71</sup>STRECK; MORAIS, *op. cit.*, p. 98.

<sup>72</sup>STRECK, *Hermenêutica jurídica...*, *op. cit.*, p. 43-45.

<sup>73</sup>CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Safe, 1993, p. 41-42 e 92.

<sup>74</sup>Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia. O paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 6 e 316.

<sup>75</sup>Cf. ACKERMAN, Bruce. O novo constitucionalismo mundial. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.). 1988-1998. Uma década de Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 18.

marcado, a partir do segundo pós-guerra, pelo advento dos Estados democráticos de direito<sup>76</sup> e pelo desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo<sup>77</sup>.

Segundo Jorge Miranda, com a redemocratização ocorrida após a Segunda Guerra Mundial, houve uma verdadeira revolução copernicana no direito público<sup>78</sup>, de modo que os Estados soberanos instituíram em suas Cartas magnas uma série de valores e princípios vinculantes, representando o acordo e o consenso de uma comunidade política e fundando o denominado Estado constitucional<sup>79</sup>, cujas bases são os ideais democráticos e o respeito aos direitos fundamentais<sup>80</sup>.

Assim, não bastassem as dificuldades decorrentes da necessidade dos ordenamentos jurídicos passarem pelo devido processo de constitucionalização<sup>81</sup>, os textos constitucionais assumem um conteúdo político diferente, bem como têm seu campo ampliado para abranger não só o Estado, mas toda a sociedade<sup>82</sup>.

<sup>76</sup>Ver MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 43-102; LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. 5ª ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 212-231; STRECK; BOLZAN, *op. cit.*, p. 92-99.

<sup>77</sup>Tal constitucionalismo está impulsionando uma nova Teoria do Direito, cujas características que se sobressaem são: mais princípios do que regras; mais ponderação do que subsunção; a onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, no lugar de espaços isentos em favor da opção legislativa ou regulamentadora; a onipotência judicial no lugar da autonomia do legislador ordinário; e, por último, a coexistência de uma constelação plural de valores, às vezes tendencialmente contraditórios, no lugar da homogeneidade ideológica relacionada a um conjunto de princípios coerentes entre si e em torno, sobretudo, das sucessivas opções legislativas. Ver, para tanto, SANCHIS, Luis Pietro. **Neoconstitucionalismo y ponderación judicial**. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 131-132.

<sup>78</sup>Cf. MIRANDA, **Teoria do Estado...**, *op. cit.*, p. 49-54.

<sup>79</sup>O Estado constitucional de direito é marcado pelas seguintes características: “a) por la pertenencia de las normas vigentes a niveles diversos y jerárquicamente ordenados, cada uno de los cuales se configura como normativo respecto del inferior y como fáctico en la relación con el superior; b) por la incorporación a las normas superiores de obligaciones y prohibiciones que disciplinan la producción de las normas inferiores y cuya observancia es condición de la efectividad de las primeras y de la validez de las segundas; c) por las antinomias producidas por las violaciones de las normas superiores por parte de las inferiores y por la simultánea vigencia de unas, aun cuando inefectivas, y de las otras, no obstante su invalidez; d) por la consiguiente ilegitimidad jurídica que en alguna medida afecta siempre a los poderes normativos, legislativo y judicial y que es tanto mayor cuanto más amplia pero inefectiva resulte la incorporación limitativa de los deberes a los niveles más altos del ordenamiento”. Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del Estado de derecho**. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 13-14 e 18-20; FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2000, p. 872; e, no mesmo sentido, a leitura feita por CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade. Uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

<sup>80</sup>Cf. STRECK, **Jurisdição constitucional...**, *op. cit.*, p. 18.

<sup>81</sup>Segundo Guastini, “un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”, sendo condições para tal fenômeno: (a) a existência de uma Constituição rígida; (b) a garantia jurisdicional da Constituição através do controle de constitucionalidade das leis; (c) o caráter vinculante da Constituição; (d) uma sobreinterpretação das disposições constitucionais; (e) a aplicação direta e imediata das normas constitucionais pelos juízes comuns; (f) a realização de uma interpretação da legislação ordinária conforme a Constituição; e (g) a influência direta da Constituição nas relações políticas. Cf. GUASTINI, Riccardo. **La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano**. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 50-58.

<sup>82</sup>Ver FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la antigüedad a nuestros días**. Madrid: Trotta, 2001; e, também, BERCOVICI, Gilberto. **A Constituição dirigente e a crise da Teoria da Constituição**. In: BERCOVICI, Gilberto et al. **Teoria da Constituição**. Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 75-150.

Neste contexto, conforme ensina Bonavides, o atual problema constitucional torna-se a ausência de uma fórmula que venha a combinar as dimensões jurídica e política da Constituição, pois, sempre que uma delas ocupa todo o espaço da reflexão e da análise, os danos e as insuficiências de compreensão do fenômeno constitucional tornam-se evidentes<sup>83</sup>.

Aliás, parece indiscutível que, no Estado democrático de direito, a relação entre o direito e a política configura-se como uma das mais tensas<sup>84</sup>, mormente quando se debate sobre o papel da jurisdição constitucional<sup>85</sup> – através do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis<sup>86</sup> – na garantia da supremacia e da efetivação da Constituição<sup>87</sup>.

Se o Estado liberal tem como protagonista o poder Legislativo, em face da institucionalização do triunfo da burguesia; e o Estado social exige a intervenção do poder Executivo, em razão da necessidade de realização de políticas públicas; é necessário reconhecer, como já referido, que o Estado democrático de direito deposita, sobretudo, no poder Judiciário os mecanismos capazes de assegurar as promessas incorporadas pelos novos textos constitucionais<sup>88</sup>.

Dito de outro modo, a existência de uma jurisdição constitucional – confiada a tribunais constitucionais – passou a ser considerada elemento necessário da própria definição de Estado democrático de direito, tornando-se requisito de legitimação e de credibilidade políticas dos novos regimes constitucionais<sup>89</sup>.

Contudo, em que pese a História – em especial a dos dois últimos séculos, nos quais ocorreram a inauguração do *judicial review*, através da célebre sentença da Suprema Corte Americana, no caso *Marbury v. Madison* (1803), baseado na doutrina de Sir Edward Coke<sup>90</sup>, e a criação do Tribunal Constitucional Austríaco (1920), que introduziu o controle concentrado de constitucionalidade – demonstrar não haver mais sentido questionar-se acerca da legitimidade da jurisdição constitucional<sup>91</sup>, muito a doutrina ainda debate sobre o tema<sup>92</sup>.

---

<sup>83</sup>Cf. BONAVIDES, *op. cit.*, p. 77.

<sup>84</sup>Ver, nesse sentido, MORAIS, José Luis Bolzan de; AGRA, Walber de Moura. A jurisprudencialização da Constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – (Neo)constitucionalismo*, Porto Alegre, n° 2, p. 217-242, 2004, p. 222.

<sup>85</sup>Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003; e, entre nós, STRECK, *Jurisdição constitucional...*, *op. cit.*

<sup>86</sup>Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Safe, 1984; e MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. v. 1.

<sup>87</sup>Cf. CANOTILHO, *Direito constitucional...*, *op. cit.*, p. 890; e, ainda, CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 45-46.

<sup>88</sup>Cf. STRECK, *Hermenêutica jurídica...*, *op. cit.*, p. 33-40; id., *Jurisdição constitucional*, *op. cit.*, p. 101-106.

<sup>89</sup>Cf. MOREIRA, Vital. *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional*. In: MOREIRA, Vital *et al.* *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 178.

<sup>90</sup>Nesse sentido, ver MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Madrid: Trotta, 1998, p. 89-97; CAPPELLETTI, *O controle judicial...*, *op. cit.*; STRECK, *Jurisdição constitucional...*, *op. cit.*, p. 330-337; OHLWEILER, *O contributo da jurisdição...*, *op. cit.*, p. 292-295.

<sup>91</sup>Cf. MOREIRA, *op. cit.*, p. 177.

<sup>92</sup>Ver, por todos, STRECK, *Jurisdição constitucional...*, *op. cit.*, p. 95-196.

Como é possível que juízes – não escolhidos pelo povo – possam controlar as leis elaboradas pelo Legislativo e aplicadas pelo Executivo, poderes estes que representam a vontade geral? Ou ainda: por qual razão devem os democráticos princípios da maioria, da soberania popular e da separação de poderes ceder diante do princípio da supremacia da Constituição?

Por trás de tais questões, a toda evidência, exsurge o problema relativo à judicialização da política<sup>93</sup>, matéria que dividiu analiticamente a doutrina em dois eixos – substancialistas e procedimentalistas –, que, muito embora reconheçam o poder Judiciário como uma instituição estratégica às democracias contemporâneas, divergem a respeito do papel a ser desempenhado pelas modernas Constituições e, conseqüentemente, acerca da intervenção dos tribunais<sup>94</sup>.

Por um lado, a corrente substancialista<sup>95</sup> defende ser a Constituição uma norma diretiva fundamental<sup>96</sup> – repleta de princípios, valores e conteúdos substantivos –, que orienta os poderes públicos e condiciona os particulares de tal maneira que assegura a realização das promessas constitucionais.

Contudo, Cappelletti sustenta ser necessário, para tanto, que o poder Judiciário abdique da concepção tradicional, típica do século XIX, acerca dos limites da função jurisdicional e eleve-se ao nível dos outros poderes, erigindo-se em um verdadeiro terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador<sup>97</sup>.

<sup>93</sup>Cf. BERCOVICI, 2004; VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999; CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 17-42; e, ainda, BERCOVICI, Dilemas da concretização, *op. cit.*

<sup>94</sup>Cf. STRECK, **Jurisdição constitucional...**, *op. cit.*, 147-196; e VIANNA, **A judicialização da política...**, *op. cit.*, p. 23-38.

<sup>95</sup>Postura assumida por Paulo Bonavides, Dalmo Dallari, Lenio Streck, Ingo Sarlet, Clèmerson Clève, Eros Grau, Fábio Comparato, Celso Antonio Bandeira de Mello, entre outros, no Brasil; e Bruce Ackerman, Dominique Rousseau, García Herrera, Jorge Miranda, Konrad Hesse, Laurence Tribe, Luigi Ferrajoli, Mauro Cappelletti, Ronald Dworkin, Robert Alexy, no exterior.

<sup>96</sup>Ver, para tanto, FIORAVANTI, *op. cit.*; e STRECK, **Jurisdição constitucional...**, *op. cit.*.

<sup>97</sup>Cf. CAPPELLETTI, **Juizes legisladores?**, *op. cit.*, p. 47 e 56-61. Nesse sentido, ainda, o jurista italiano radicaliza ao elencar os seguintes argumentos em favor de um *ativismo judicial*: (a) lideranças legislativa e executiva são complexa estrutura política na qual variados grupos procuram vantagem, não o retrato de organismos democráticos e majoritários que dão voz à vontade populares e são responsáveis perante ela; (b) a forma como ocorre a indicação e nomeação permite aos demais poderes certo controle da filosofia política da Corte, de forma que esta nunca estará em contraste, por muito tempo, com a filosofia prevalecente nas maiorias políticas; (c) os tribunais podem dar importante contribuição à representatividade geral do sistema, isto é, podem permitir o acesso ao *judicial process* e, desse modo, dar proteção a grupos que, pelo contrário, não estariam em condições de obter acesso ao *political process*; (d) o democrático “sentimento de participação” do povo, muito embora pareça ocorrer tão-somente através do sistema de governo, constituiu característica substancial da jurisdição, que se desenvolve com as partes interessadas – as quais podem não só iniciar o processo jurisdicional como também determinar o seu conteúdo, cabendo-lhes ainda o direito de ser ouvidas –, sem que haja aparelhos burocráticos longínquos e inacessíveis como acontece com os demais processos da atividade pública; (e) apenas em sistemas democráticos de governo os direitos do homem têm chance de ser preservados, e, conseqüentemente, a democracia não pode sobreviver em um sistema em que fiquem desprotegidos os direitos e as liberdades fundamentais (id., *ibid.*, p. 94-107).

Merece destaque, ainda nesse sentido, que a legitimidade dos tribunais constitucionais advém da própria Constituição – não sendo nem maior, nem menor do que a dos demais órgãos políticos –, e que as suas composições decorrem da escolha indireta realizada pelos poderes democraticamente legitimados para tal<sup>98</sup>.

Desse modo, é possível afirmar que os tribunais desempenham o papel de regulador da própria identidade cultural da República e, ao exercerem a guarda da Constituição, assumem uma dimensão normativo-constitutiva dos compromissos pluralísticos nela pactuados, com a qual se relacionam questões político-constitucionais como a defesa das minorias perante a onipotência da maioria parlamento-governo, a primazia hierárquico-normativo da Constituição e do legislador constituinte perante a onipotência da maioria parlamento-governo, a prevalência do dogma tradicional da presunção de constitucionalidade dos atos legislativos e a legitimidade do desenvolvimento do próprio direito constitucional através da interpretação dada às normas da Constituição pelos juízes constitucionais<sup>99</sup>.

Com efeito, não se pode olvidar que a determinação do conteúdo das normas constitucionais decorre diretamente daquilo que se entende por jurisprudencialização da Constituição<sup>100</sup>, fenômeno este que, ao possibilitar uma mutação das normas constitucionais, permite que o direito acompanhe as constantes modificações das relações sociais, através das sentenças interpretativas proferidas pelos tribunais<sup>101</sup>.

Por outro lado, a corrente procedimentalista<sup>102</sup> aduz que a Constituição não deve ser entendida como diretriz que regule materialmente a relação do Estado com os cidadãos, isto é, como ordem jurídica global que imponha à sociedade uma determinada forma de vida; mas, ao contrário, deve limitar-se a garantir os procedimentos políticos – através de regras de organização e de competência<sup>103</sup> – necessários para que os cidadãos, exercitando igualmente sua liberdade e seus direitos de autodeterminação, possam desenvolver os projetos de estabelecer formas justas de vida, haja vista que apenas as

<sup>98</sup>Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, v. 6, p. 117-121; id., **Teoria do Estado...**, *op. cit.*, p. 533-536; e, também, SARLET, Ingo Wolfgang. O papel da jurisdição constitucional na realização do Estado social. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba**, nº 3, p. 355-365, 2003, p. 361.

<sup>99</sup>Cf. CANOTILHO, **Direito constitucional...**, *op. cit.*, p. 681-682.

<sup>100</sup>Ver, para tanto, MORAIS; AGRA, *op. cit.*; e, ainda, ROUSSEAU, Dominique. Une résurrection: la notion de constitution. **Reveu du Droit public et de la Science politique en France et a l'Étranger**. Paris, nº 1, p. 5-22, 1990.

<sup>101</sup>Cf. GUASTINI, *op. cit.*, p. 63-67.

<sup>102</sup>Postura atribuída a Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Menelick de Carvalho Netto, Álvaro Ricardo de Souza Cruz, Rogério Gesta Leal, entre outros, no Brasil; e a Jürgen Habermas, John Hart Ely, Antonie Garapón, Ingeborg Maus, Christian Starck, Roberto Gargarella, no exterior.

<sup>103</sup>Cf. STARCK, Christian. La légitimité de la justice constitutionnelle. In: STARCK, Christian *et al.* **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 69-70.

condições procedimentais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito estabelecido<sup>104</sup>.

Dito de outro modo, trata-se de um modelo de democracia constitucional que não se fundamenta apenas em valores compartilhados e, tampouco, em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que assegurem a formação democrática da opinião e da vontade e que exigem uma identidade política calcada em uma verdadeira “nação de cidadãos”<sup>105</sup>.

A ampliação e expansão da atuação da jurisdição constitucional, sob tal perspectiva, mostram-se como uma ameaça contra o regime democrático<sup>106</sup>, tendo em vista que confere aos juízes, em detrimento dos poderes Legislativo e Executivo, o poder supremo de definir para o resto da sociedade os valores fundamentais<sup>107</sup>.

Sob essa perspectiva, o “monopólio” do Judiciário em precisar o significado do texto constitucional, mediante o exercício do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, equipara os tribunais ao próprio poder constituinte<sup>108</sup>, bem como enseja, a partir da valorização da Constituição como norma<sup>109</sup>, o surgimento da criticada “jurisprudência de valores”<sup>110</sup> e do “positivismo jurisprudencial”<sup>111</sup>.

Em suma, pode-se dizer que o debate apresentado encontra-se polarizado entre forma e substância, democracia liberal e democracia social, Constituição entendida como conjunto de disposições normativas procedimentais da gênese democrática e Constituição entendida como ordem concreta de valores intrínsecos à realização das promessas sociais constitucionalizadas<sup>112</sup>.

Ademais, muito embora seja bastante provável que a legitimidade da atividade de controle exercida pelos tribunais constitucionais possa nunca deixar de ser objeto

<sup>104</sup>Ver HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. Entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1 e 2, autor que, desde o início, sempre destacou ter como fio condutor de sua análise a teoria de Dworkin, nunca recaindo sua preocupação sobre países cuja realidade mostra-se radicalmente distinta daquele que se encontra nos países desenvolvidos, como, por exemplo, os Estados Unidos e a Alemanha. Sobre a postura procedimentalista, consultar as análises de STRECK, **Jurisdição constitucional...**, *op. cit.*; CITTADINO, *op. cit.*; e, ainda, VIANNA, **A judicialização da política...**, *op. cit.*

<sup>105</sup>Cf. HABERMAS, **Direito e democracia II**, *op. cit.*, p. 170-190.

<sup>106</sup>Ver, para tanto, MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE**, Recife, n° 11, p. 125-156, 2000.

<sup>107</sup>Ver ELY, John Hart. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980; e HABERMAS, **Direito e democracia I**, *op. cit.*

<sup>108</sup>Cf. LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. Jurisdição constitucional: um problema da Teoria da Democracia Política. In: BERCOVICI, Gilberto et al. **Teoria da Constituição**. Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 199-261; e, ainda, MAUS, *op. cit.*

<sup>109</sup>Ver, nesse sentido, ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 3ª ed. Madrid: Civitas, 1994.

<sup>110</sup>Cf. MAUS, *op. cit.*, p. 134-140.

<sup>111</sup>Cf. GARCIA apud BERCOVICI, **Dilemas da concretização...**, *op. cit.*, p. 107-108.

<sup>112</sup>Cf. MORAIS, Jose Luiz Bolzan de *et al.* A jurisprudencialização da Constituição. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**, São Leopoldo, p. 297-349, 2002, p. 331.

de discussão para as Teorias da Democracia e da Constituição, tal questão já não é o tema central da controvérsia, passando o debate a girar em torno, atualmente, do sentido, alcance e limites da jurisdição constitucional<sup>113</sup>.

Todavia, não se pode olvidar que não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos – modelos inglês, francês, americano, por exemplo –, o que levou Canotilho a optar por dizer que existem diversos “movimentos constitucionais”<sup>114</sup>, cada qual com suas especificidades e com alguns momentos de aproximação entre si<sup>115</sup>.

Aliás, não se pode esquecer que, muito embora a revolução francesa possa ser considerada uma revolução antijudiciária<sup>116</sup>, em face da submissão sem reservas do juiz à lei – *le juge est la bouche de la loi*, nas palavras de Montesquieu<sup>117</sup> –, que representa o dogma francês da vontade geral, é justamente com a *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen*<sup>118</sup> que se funda a idéia de Constituição como constituição da sociedade e, posteriormente, se desenvolvem a clássica Teoria Geral do Estado e, após o Debate de Weimar, aquilo se entende, mais contemporaneamente, por Teoria da Constituição<sup>119</sup>.

Desse modo, em que pesem as incertezas a respeito do adequado lugar teórico da Teoria da Constituição<sup>120</sup>, sabe-se que não é possível referir-se à Teoria Geral da Constituição. No constitucionalismo contemporâneo, entender a existência histórica e concreta de cada Estado soberano – especificidades factuais, identidade cultural e inserção no cenário internacional, por exemplo – configura verdadeiro pressuposto indispensável, ou melhor, a própria condição de possibilidade para que se compreenda a sua respectiva Constituição<sup>121</sup>.

Contudo, a admissão de tal premissa aponta, inevitavelmente, para a necessidade da construção de uma “Teoria da Constituição Dirigente adequada a países de modernidade tardia”, nos termos propostos por Lenio Luiz Streck<sup>122</sup>.

---

<sup>113</sup>Cf. MOREIRA, *op. cit.*, p. 180.

<sup>114</sup>Cf. CANOTILHO, *Direito constitucional...*, *op. cit.*, p. 51.

<sup>115</sup>Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, v. 1, p. 103-244.

<sup>116</sup>Cf. AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 43; CAPPELLETTI, *O controle judicial...*, *op. cit.*, p. 27-29 e 94-100; STRECK, *Jurisdição constitucional...*, *op. cit.*, p. 342-352.

<sup>117</sup>Sobre o tema, ver CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 40, p. 15-49, 2001.

<sup>118</sup>Art. 16. *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution* (*Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen*, 26/08/1789).

<sup>119</sup>Cf. BERCOVICI, *A Constituição dirigente...*, *op. cit.*, p. 85-86 e 102-103.

<sup>120</sup>Cf. CANOTILHO, *Direito constitucional...*, *op. cit.*, p. 1333-1336.

<sup>121</sup>Cf. STRECK, *Jurisdição constitucional...*, *op. cit.*, p. 133-134; e, ainda, BERCOVICI, *A Constituição dirigente...*, *op. cit.*, p. 132-137.

<sup>122</sup>Cf. STRECK, *Jurisdição constitucional...*, *op. cit.*, p. 114-145.

Não obstante as críticas realizadas recentemente às insuficiências da Teoria da Constituição<sup>123</sup> – especialmente a anunciada “morte da Constituição dirigente”<sup>124</sup> –, em consonância com as teses que sustentam o desenvolvimento de um direito de cunho reflexivo capaz de corresponder à complexidade das demandas oriundas da sociedade pós-moderna, deve-se ter sempre presente os riscos que se corre ao aplicar teorias científicas e posições transladadas dos países centrais a países periféricos, cuja realidade é absolutamente diversa e sem precedente<sup>125</sup>.

No Brasil, a compreensão da Constituição de 1988 e do Estado democrático de direito, bem como o desenvolvimento de uma adequada Teoria da Constituição Dirigente exigem, portanto, que se leve em conta pelo menos três aspectos relativos à realidade brasileira<sup>126</sup>: (a) diferentemente do ocorrido nos países desenvolvidos, na América Latina houve o que se pode denominar simulacro de modernidade<sup>127</sup>, eis que o Estado nunca se empenhou, efetivamente, em cumprir com as promessas de reduzir as desigualdades, fazer justiça social, implementar os direitos fundamentais sociais etc.<sup>128</sup>; (b) em que pese as fortes influências da Constituição portuguesa de 1976, o texto constitucional brasileiro não contém uma função normativo-revolucionária capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias, o que significa dizer que, no Brasil, ainda é necessário que se conserve o seu caráter social, dirigente, compromissário e vinculante<sup>129</sup>; (c) a Constituição brasileira de 1988, além de elencar os objetivos da República, oferece inúmeros instrumentos capazes de concretizar as promessas da modernidade – mandado de injunção, mandado de segurança coletivo, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, arguição de descumprimento de preceito fundamental, por exemplo –, atribuindo ao Judiciário a tarefa de efetivar os direitos fundamentais<sup>130</sup>.

<sup>123</sup>Cf. BERCOVICI, *A Constituição dirigente...*, *op. cit.*, p. 77 e 119; e, especialmente, CANOTILHO, J. J. Gomes. O Estado adjectivado e a Teoria da Constituição. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, v. 3, p. 453-474, 2003.

<sup>124</sup>Cf. COUTINHO, *Canotilho e a Constituição dirigente...*, *op. cit.*

<sup>125</sup>Ver, para tanto, KRELL, Andréas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Safe, 2002.

<sup>126</sup>Cf. STRECK, Lenio Luiz. Análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). *Constitucionalizando direitos*. 15 anos da Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 125-173.

<sup>127</sup>Segundo Hobsbawm, o Brasil, além de principal “candidato a campeão mundial de desigualdade econômica”, representa um “monumento à negligência social”, ficando atrás de países como o Sri Lanka em inúmeros indicadores sociais, como, por exemplo, analfabetismo e mortalidade infantil. Cf. HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos*. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 334, 397 e 555.

<sup>128</sup>Cf. STRECK, *Jurisdição constitucional...*, *op. cit.*, p. 62-63; id., *Hermenêutica jurídica...*, *op. cit.* p. 21-32.

<sup>129</sup>Id., *Jurisdição constitucional...*, *op. cit.*, p. 133-145.

<sup>130</sup>Id., *ibid.*, p. 15, 85 e 135; BERCOVICI, *Dilemas da concretização...*, *op. cit.*, p. 102; e, ainda, OLIVEIRA NETO, Francisco Rodrigues. O poder judiciário na concretização do Estado democrático de direito após 1988. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). *Constitucionalizando direitos*. 15 anos da Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 70-71.

Diante de tal cenário, resta indagar: é possível que se deixe de assumir uma postura substancialista acerca do papel a ser desempenhado pela jurisdição constitucional em um país periférico como o Brasil, onde as positivadas promessas da modernidade ainda não foram cumpridas pelo Estado?

Ora, o dilema brasileiro passa pelo fato de, por um lado, não se ter sufragado a tese substancialista, haja vista que o Judiciário ainda não demonstra estar preparado para corresponder às expectativas criadas desde o advento do Estado democrático de direito; e, por outro, também não se ter optado pela tese procedimentalista, em face da democracia delegativa, no interior da qual o Executivo legisla através de constantes medidas provisórias<sup>131</sup>.

Os tribunais no Brasil, em especial o Supremo Tribunal Federal<sup>132</sup>, no argumento – alicerçado na clássica separação de poderes – de que não podem invadir a seara da política<sup>133</sup>, historicamente assumiram uma posição passiva no transcorrer da evolução constitucional brasileira, limitando-se a uma atuação de *judicial self-restraint*<sup>134</sup>, fator este que, agregado às crises do direito e do ensino jurídico<sup>135</sup>, bem demonstra a existência de uma baixa compreensão acerca do sentido da Constituição e, conseqüentemente, implica aquilo que Lenio Streck denomina baixa constitucionalidade<sup>136</sup>.

Neste contexto, pode-se afirmar, categoricamente, que a jurisdição constitucional, em que pese tenha sido alçada à condição de possibilidade do Estado democrático de direito, disponibilizando um dos mais ricos modelos de controle de constitucionalidade do mundo, ainda não tem desempenhado a função que lhe é atribuída de concretizar as promessas da modernidade previstas no texto constitucional<sup>137</sup>.

Dito de outro modo, é necessário perceber que, com a promulgação da Constituição de 1988, na qual se positivou um novo projeto social para o país, o papel

---

<sup>131</sup>STRECK, *Jurisdição constitucional...*, *op. cit.*, p. 190.

<sup>132</sup>Não se pode olvidar, aqui, os tremendos prejuízos causados pela generosidade do processo constituinte, que poupou o Judiciário, especialmente o STF, mantendo nas mesmas funções juizes e ministros nomeados e identificados com o regime militar que se encerrava (cf. LIMA, *op. cit.*, p. 233-234). Na mesma linha, Ackerman (*op. cit.*, p. 19) destaca que houve uma certa fraqueza dos tribunais no Brasil, mormente no cenário de recomeço inaugurado pela Carta de 1988, que marca uma verdadeira ruptura na experiência da sociedade brasileira.

<sup>133</sup>OLIVEIRA NETO, *op. cit.*, p. 68-70.

<sup>134</sup>STRECK, *Jurisdição constitucional...*, *op. cit.*, p. 387-453.

<sup>135</sup>Id., *Hermenêutica jurídica...*, *op. cit.*; e, também, FARIA, José Eduardo. *A reforma do ensino jurídico*. Porto Alegre: Safe, 1987.

<sup>136</sup>Cf. STRECK, *Hermenêutica jurídica...*, *op. cit.* p. 217-220. A respeito, por exemplo, da inoportunidade da devida filtragem constitucional do ordenamento jurídico brasileiro, passados já quase dezoito anos desde o advento da Constituição de 1988, ver CANOTILHO; MOREIRA, *op. cit.*, p. 45-46; e, ainda, SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional. Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Safe, 1999.

<sup>137</sup>Cf. ADEODATO, João Maurício. *Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites*. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – (Neo)constitucionalismo*, Porto Alegre, n.º 2, p. 169-188, 2004.

do Judiciário alterou-se significativamente em relação às tradicionais atribuições e competências que lhe eram delegadas nos modelos constitucionais anteriores, de matriz eminentemente liberal-individualista, passando da posição de mero aplicador da lei – e, quando muito, de contralegislador – à posição de protagonista na transformação social quando da inércia dos demais poderes.

Ademais, pode-se inclusive afirmar que, no caso do cenário brasileiro – onde, repita-se, ao contrário dos países desenvolvidos, as promessas da modernidade ainda não foram cumpridas –, o legislador e o administrador gozam de uma margem ainda muito restrita de liberdade de conformação<sup>138</sup>, estando intrinsecamente vinculados aos ditames estabelecidos na Constituição, em especial à implementação dos direitos fundamentais sociais.

Entretanto, sustentar que a jurisdição constitucional goze de uma legitimidade ainda maior – adquirindo novo sentido e alcance – nos países periféricos, não significa dizer que ela também não se encontra limitada pela própria Constituição<sup>139</sup>. Da mesma forma como o legislador e o administrador, o juiz também se encontra vinculado à Constituição, de tal modo que a tarefa de concretizar o texto constitucional e de, conseqüentemente, efetivar as promessas da modernidade não autoriza os juízes a agir discricionariamente e, tampouco, significa admitir qualquer espécie de voluntarismo ou decisionismo judicial<sup>140</sup>.

## 5 Considerações finais

**5.1** Muito embora as tendências de cunho global e reflexivo que vêm ganhando força no cenário político-jurídico europeu, o constitucionalismo dirigente e compromissário permanece válido, sobretudo nos países periféricos – como o Brasil, cuja realidade social carece de precedentes –, onde os direitos fundamentais sociais ainda estão por se materializar, o que demonstra a cada vez mais evidente necessidade da construção de uma teoria da Constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia, capaz de concretizar as promessas positivas no texto constitucional e, até então, não cumpridas pelo Estado.

**5.2** Em permanecendo válida a tese da Constituição dirigente, é de se reconhecer que o administrador – da mesma forma que o legislador – também está vinculado à

<sup>138</sup>Cf. CANOTILHO, *Constituição dirigente...*, *op. cit.*, p. 215-287 e 487-488; e, ainda, MOREIRA, *op. cit.*, p. 181.

<sup>139</sup>Nesse sentido, a célebre frase do Justice Hugues – “a Constituição é aquilo que os Juizes da Suprema Corte que dizem que ela é” – deve ser relida, haja vista que os Juizes da Suprema Corte apenas dizem o que é a Constituição dentro dos limites permitidos pela própria Constituição.

<sup>140</sup>Ver, para tanto, QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

Constituição, dispondo de uma margem muito estreita de liberdade de conformação, tendo em vista a necessidade de concretização dos direitos fundamentais sociais. Dito de outro modo, os princípios, os objetivos e os direitos fundamentais vinculam os órgãos estatais como um todo: vinculam o Executivo (leia-se administrador), que terá não só que respeitar os direitos de defesa, mas, ao mesmo tempo, propor e realizar as políticas públicas necessárias à satisfação dos direitos prestacionais; vinculam o Legislador, que haverá de legislar para proteger e preservar, normativamente, os valores constitucionais e, ainda, fiscalizar, eventualmente, a atuação dos demais poderes; e, por fim, vinculam também o Judiciário, que, ao decidir, há certamente de levar em conta os princípios, os objetivos e os direitos fundamentais.

**5.3** Estando os agentes públicos brasileiros comprometidos – absolutamente vinculados – com os parâmetros constitucionais, visto que a Constituição, desde logo, retirou do mundo político, da esfera da disputa política, aquilo que é nuclear para a sociedade brasileira, é de se concluir que, no Estado social e democrático de direito, não há mais espaços para as arbitrariedades cometidas pela Administração Pública sob o alibi da discricionariedade administrativa, da blindagem do mérito administrativo e da abertura proporcionada pelos conceitos jurídicos indeterminados.

**5.4** Ademais, com a passagem do Estado liberal para o Estado social, ocorre um verdadeiro deslocamento das esferas do poder. Da centralidade do Legislativo, representante por excelência da soberania popular, passa-se à centralidade do Executivo, ordenador das múltiplas estratégias e programas de ação, isto é, responsável pela realização de políticas públicas que concretizem os direitos fundamentais sociais, promovam a igualdade material e consolidem a democracia substancial.

**5.5** Nesse contexto, parece indispensável que se faça a devida distinção entre Estado e Governo: o primeiro é permanente e constituído pelo texto constitucional, no qual se encontram previstos os seus fins e as suas tarefas; o segundo é passageiro e vinculado às diretivas e imposições estabelecidas na Constituição. Isso significa dizer que os governos não dispõem de uma carta branca capaz de lhes permitir, uma vez no poder, desenvolverem a política que bem entenderem. A Constituição – do Estado e, repita-se, da sociedade – deve ser compreendida como o bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem diretivas e estatuem imposições, de modo que a política deverá mover-se, obrigatoriamente, dentro dos limites que caracterizam o projeto constitucional. A Constituição dirigente, desse modo, vincula o governo, e não o contrário; ao invés de substituir a política, é sua premissa material; é, paradoxalmente, seu ponto de partida e seu ponto de chegada.

**5.6** Diante dos históricos fracassos, falhas e omissões dos poderes Legislativo e Executivo, o controle jurisdicional da Administração Pública assume lugar de destaque em um Estado que se diz social e democrático de direito – mormente com o crescimento do Judiciário, verificado no período subsequente à Segunda Guerra Mundial –, sendo, contudo, imprescindível a compreensão (hermenêutica) daquilo que este novo paradigma inaugura. Assim, ao contrário do que sustenta grande parte da doutrina e da jurisprudência, o Judiciário pode – e deve – controlar os atos editados pela Administração Pública, garantindo, sempre que necessária, a efetividade dos direitos fundamentais sociais.

**5.7** É preciso, portanto, que se inverta a lógica do Estado brasileiro para que se compatibilize a sua ação com os princípios fundamentais, com os objetivos constitucionais e com a idéia de satisfação, ainda que progressiva dos direitos fundamentais sociais. Encontra respaldo constitucional a política fiscal adotada pelos governos brasileiros através da qual o Estado continua a funcionar, exclusivamente, como uma máquina de expropriação dos recursos públicos para pagar a dívida externa? Tudo indica que não. E mais: tal vinculação apenas impossibilita a realização de políticas públicas, inviabilizando o projeto constitucional do Estado social e democrático de direito. O Estado deveria, antes disso, funcionar como uma máquina voltada, eminentemente, para a implementação dos direitos fundamentais sociais mais básicos (saúde, educação, moradia, trabalho, previdência, etc.), em consonância com aquilo que foi consagrado no art. 3º da Constituição Federal como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalidade e diminuir as desigualdades sociais e regionais).

**5.8** Uma alternativa para a realização progressiva desses direitos está nos mecanismos inseridos no texto constitucional – ação civil pública, por exemplo –, mediante os quais é possível compelir o Poder Público a adotar as políticas públicas, a fim de que, dentro de um universo temporal determinado, possam ser implementados os direitos fundamentais sociais mais elementares. Não se desconhece, aqui, o problema relativo ao pacto federativo e, sobretudo, às reservas orçamentárias. No entanto, deve-se exigir – judicialmente, se necessário – que o Poder Público contemple no orçamento dotações específicas para tais finalidades e, também, exigir que o Poder Público cumpra a lei orçamentária, evitando os remanejamentos de recursos. É necessário, portanto, desmi(s)tificar a idéia de que o orçamento é meramente autorizativo; o orçamento é programa, ou seja, é lei que precisa ser cumprida pelo Executivo.

**5.9** Ocorre que o Judiciário, alicerçado no *judicial self-restraint* e na *political questions doctrine*, parece ainda não ter se dado conta da realidade social que o país vive. Ora, é preciso que o Judiciário assumisse verdadeiramente a condição de fiador dos direitos fundamentais e do regime democrático, à qual foi erigido no Estado social e democrático de direito.

**5.10** Por fim, cumpre referir que a manutenção da tese de dirigismo constitucional encontra-se indissociavelmente ligada a uma postura substancialista, no que diz respeito ao papel da Constituição e da jurisdição constitucional. Assim sendo, mostra-se necessário fortalecer a legitimidade da jurisdição constitucional, mormente nos países de modernidade tardia, como o Brasil. Dito de outro modo, impõe-se uma análise profunda acerca da capacidade de se transformar a realidade social através da atividade exercida pelos tribunais. Todavia, não se pode olvidar que a ampliação do raio de ação do poder Judiciário não pode representar qualquer incompatibilidade com os ideais democráticos. Para que o surgimento deste novo espaço da esfera pública – construído em torno do direito – e o redimensionamento do clássico princípio da separação dos poderes não impliquem concorrência com o sistema de representação política, mas complemente os novos regimes democráticos, deve-se, além de estabelecer o sentido e o alcance da jurisdição constitucional em países como o Brasil, fixar os seus limites, a fim de que a judicialização da política não se transforme em uma espécie de ditadura do poder Judiciário, ao qual simplesmente se transfira as discricionariedades legislativa e administrativa aqui combatidas.

## 6 Referências

ACKERMAN, Bruce. **O novo constitucionalismo mundial**. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.). 1988-1998. Uma década de Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 11-31.

\_\_\_\_\_. **We the People**. Foundations. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – (Neo)constitucionalismo**. Porto Alegre, n.º 2, p. 169-188, 2004.

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 31-47.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In: ANDRADE, José Carlos Vieira de *et al.* **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Colóquio no 10<sup>o</sup> Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 75-84.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 107-137.
- BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado federal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- \_\_\_\_\_. Dilemas da concretização da Constituição de 1998. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – (Neo)constitucionalismo**. Porto Alegre, n<sup>o</sup> 2, p. 101-120, 2004.
- \_\_\_\_\_. A Constituição dirigente e a crise da Teoria da Constituição. In: BERCOVICI, Gilberto et al. **Teoria da Constituição**. Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 75-150.
- \_\_\_\_\_. A problemática da Constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n<sup>o</sup> 142, p. 35-51, abr./jun., 1999.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa**. Curitiba: Juruá. 2001.
- CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**. Uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- \_\_\_\_\_. Videoconferência. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a Constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 13-57.
- \_\_\_\_\_. O Estado adjectivado e a Teoria da Constituição. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, v. 3, p. 453-474, 2003.

- \_\_\_\_\_. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- \_\_\_\_\_. Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n.º 15, p. 7-17, abr./jun. 1996.
- \_\_\_\_\_; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- \_\_\_\_\_. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.
- CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, n.º 40, p. 15-49, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Safe, 1993.
- \_\_\_\_\_. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Safe, 1984.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Devido processo legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 165-211.
- CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 17-42.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n.º 3, p. 289-300, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 35, n.º 138, p. 39-48, abr./jun. 1998.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a Constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- \_\_\_\_\_. O papel da jurisdição constitucional na realização do Estado social. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n.º 3, p. 405-423, 2003.

- DI PIETRO, Maria Zanella. Legalidade e regulação. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n.º 3, p. 59-68, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.
- ELY, John Hart. **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 3.ª ed. Madrid: Civitas, 1994.
- FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Justiça**. A função social do judiciário. 3. ed. São Paulo: Ática, 1997.
- \_\_\_\_\_. **A reforma do ensino jurídico**. Porto Alegre: Safe, 1987.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. Vinculação e discricionariedade nos atos administrativos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 38, n.º 151, p. 109-123, jul./set. 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 13-29.
- \_\_\_\_\_. **Derecho y razón**. 4.ª ed. Madrid: Trotta, 2000.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Constituição e governabilidade**: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2001.
- FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 2.ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método I**. 10. ed. Salamanca: Sígueme, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Verdad y método II**. 5. ed. Salamanca: Sígueme, 2002.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. 3.ª ed. Madrid: Alianza, 1995.
- GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**. Barcelona: Ariel, 1996.
- GRAU, Eros Roberto. Resenha do Prefácio da 2.ª ed. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a Constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

- GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 49-73.
- GUEDES, Néviton. Prefácio. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a Constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-12.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. Entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.
- \_\_\_\_\_. **Direito e democracia. Entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.
- HERRERA, Miguel Ángel García. Poder judicial y Estado social: legalidad y resistencia constitucional. In: IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción**. Madrid: Trotta, 1996.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Safe, 1991.
- HOBBSAWM, Eric. **Era dos extremos**. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- KRELL, Andreas. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – (Neo)constitucionalismo**, Porto Alegre, n° 2, p. 33-78, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Safe, 2002.
- \_\_\_\_\_. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE**, Recife, n°10, p. 25-62, 2000.
- LEAL, Rogério Gesta. Controle da administração pública no Brasil: anotações críticas. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Crítica à dogmática**, Porto Alegre, n° 3, p. 241-262, 2005.
- LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. Jurisdição constitucional: um problema da Teoria da Democracia Política. In: BERCOVICI, Gilberto *et al.* **Teoria da Constituição. Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 199-261.
- LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. 5ª ed. Madrid: Tecnos, 1995.

- MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Madrid: Trotta, 1998.
- MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE**, Recife, n.º 11, p. 125-156, 2000.
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- \_\_\_\_\_. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. v. 1.
- \_\_\_\_\_. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. v. 6.
- MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999.
- MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. v. 1.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; AGRA, Walber de Moura. A jurisprudencialização da Constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – (Neo)constitucionalismo**, Porto Alegre, n.º 2, p. 217-242, 2004.
- \_\_\_\_\_. *et al.* A jurisprudencialização da Constituição. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**, São Leopoldo, p. 297-349, 2002
- MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: MOREIRA, Vital *et al.* **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional. Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 177-198.
- NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. Dados – **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 37, n.º 2, p. 253-276, 1994.
- OHLWEILER, Leonel Pires. Teoria *versus* prática: em busca da função social da dogmática jurídica. O exemplo privilegiado do direito administrativo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Crítica à dogmática**, Porto Alegre, n.º 3, p. 129-164, 2005.
- \_\_\_\_\_. O contributo da jurisdição constitucional para a formação do regime jurídico administrativo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – (Neo)constitucionalismo**, Porto Alegre, n.º 2, p. 285-328, 2004.

- \_\_\_\_\_. Administração pública e a materialização dos direitos fundamentais: contributo da fenomenologia hermenêutica. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Em busca dos direitos perdidos**, Porto Alegre, n.º 1, p. 147-172, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Direito administrativo em perspectiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- OLIVEIRA NETO, Francisco Rodrigues. O poder judiciário na concretização do Estado democrático de direito após 1988. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Constitucionalizando direitos**. 15 anos da Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 55-74.
- QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- ROUSSEAU, Dominique. Une résurrection: la notion de constitution. **Reveu du Droit public et de la Science politique en France et a l'Etranger**, Paris, n.º 1, p. 5-22, 1990.
- SANCHIS, Luis Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 123-158.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- \_\_\_\_\_. O papel da jurisdição constitucional na realização do Estado social. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n.º 3, p. 355-365, 2003.
- SCAFF, Fernando Facury. Mesa redonda. In: COUTINHO Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a Constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 55-57 e 88-90.
- SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional. Construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Safe, 1999.
- SERRANO, José Luis. **Validez y vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica**. Madrid: Trotta, 1999.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**. O paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- STARCK, Christian. La légitimité de la justice constitutionnelle. In: STARCK, Christian *et al.* **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 59-73.

- STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: Edipucrs, 1996.
- STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- \_\_\_\_\_. A concretização de direitos e a validade da tese da Constituição dirigente em países de modernidade tardia. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Orgs.). **Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 301-371.
- \_\_\_\_\_; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- \_\_\_\_\_. Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do *Ontological Turn*. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**, São Leopoldo, p. 223-271, 2003.
- \_\_\_\_\_. A jurisdição constitucional e as possibilidades hermenêuticas de efetivação da Constituição: um balanço crítico. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n.º 3, p. 367-404, 2003.
- \_\_\_\_\_. Análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Constitucionalizando direitos. 15 anos da Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 125-173.
- TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Controle judicial da regulamentação de políticas públicas. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n.º 3, p. 185-194, 2003.
- TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law**. 2ª ed. New York: The Foundation Press, 1988.
- VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- \_\_\_\_\_. *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.