

BREVES REFLEXÕES SOBRE O CONTROLE JUDICIAL DA ATIVIDADE ESTATAL

Orlando Faccini Neto*

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO 1. Reflexões sobre uma dualidade: procedimentalismo X substancialismo 2. Discutindo o dirigismo constitucional 3. O novo paradigma do controle judicial sobre a atividade estatal CONSIDERAÇÕES FINAIS Referências

RESUMO: São diversos os obstáculos por que se tem engendrado a crítica à atividade judicial de controle sobre os atos emanados do Estado e, também, sobre as suas omissões. Embora algumas delas contenham inequívoca pertinência e os limites de inserção dos juízes em tal campo ainda careçam de maior densidade teórica, vários dogmas se foram criando, a partir de falsas premissas, que, neste trabalho, implicarão breve reflexão. Por isso que será examinada a dualidade entre as correntes procedimentalistas e substancialistas, para firmar-se o alvitre de que, em países como o Brasil, a assunção da última parece necessária; assim, fixar-se-á que a premissa majoritária é em tudo insuficiente para a concepção constitucional de democracia e, depois, não obstante a conhecida inflexão de seu principal defensor, pretender-se-á analisar a viabilidade do dirigismo constitucional nos dias brasileiros atuais, para, ao final, indicar-se que a assunção eletiva à chefia do(s) poder(es) executivo(s), em si, não empecem o desenvolvimento de uma atividade judicial de controle, fundada no paradigma constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Atividade Estatal. Controle Judicial.

ABSTRACT: Diverse are the obstacles why it has been engendered the critical to the judicial activity of control above the acts emanated from the State and also above its omissions. Although some of them contain unequivocal pertinence and the limits of judges insertion in such area still lack of bigger theoretical density, several dogmas had been created from false premises that will imply a brief reflection in this paper. For this reason the duality between the procedural and substantive positions to brace the proposal that in countries like Brazil, the assumption of the last it seems necessary; then it will be fixed that the majoritarian premise it is, in a whole, insufficient to the constitutional conception of democracy and, later, despite the inflection of its defender, it will be analyzed the viability of the constitutional directionism on the Brazilian days nowadays, to indicate, at the end, that the elective assumption to the leadership of the executive power itself, in a whole, do not deadlock the development of a judicial control activity, established on the constitutional paradigm.

KEYWORDS: Democracy. State activity. Judicial control.

INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento do constitucionalismo e da compreensão de que as suas normas encetaram um novo modelo de Estado, não se pode alhear que novas luzes foram lançadas sobre a atividade empreendida pela administração pública e, consequentemente, sobre o Direito Público, de uma forma geral.

Pontuado o debate entre aqueles que tomam os dispositivos constitucionais apenas no enfoque da fixação de procedimentos, sem caráter substantivo, e os que apregoam a necessidade de materializar-lhe, ou fazer concreto, o seu conteúdo, pretende-se, já agora, sinalizar que, em um país como o nosso, com uma Constituição com as feições como a que temos em vigor, a perspectiva do alcunhado *substancialismo* se apresenta como um conseqüência.

* Mestre em Direito Público – UNISINOS-RS, Especialista em Direito Constitucional – ULBRA-RS, Professor de Direito Constitucional dos cursos de Pós Graduação e Graduação da Faculdade Anhanguera-RS, Professor de Direito Penal da Escola Superior da Magistratura – AJURIS-RS, Juiz de Direito. Email: ofneto@tjrs.jus.br

Dá que toda a atividade estatal estará dirigida à satisfação dos direitos e interesses plasmados na Carta, exigindo-se, então, no controle desta atividade, mormente pelo Poder Judiciário, atenção sobre se os órgãos e agentes públicos convergiram, em seu agir, para o caminho traçado constitucionalmente.

Em outras palavras, pretende-se apontar que o controle judicial da atividade público-administrativa não mais se satisfaz à análise de atendimento da legalidade, até porque, agora, não mais se trata de atuação que se pautar apenas na lei, mas, sobretudo, na Constituição e em suas diretivas.

Dito de outra forma, o momento é de revelar o salto paradigmático alusivo ao controle judicial da atividade administrativa e de como isso não representa afronta ao princípio democrático ou da separação dos poderes, antes os atendendo.

Sobretudo porque os óbices apontados, a partir de uma limitada visão de democracia, que se estriba apenas na premissa majoritária e na falta de legitimação eleitoral dos juízes e tribunais, não se comprazem ao modelo constitucional, e de Estado, que nossa Constituição houve por encetar.

1. REFLEXÕES SOBRE UMA DUALIDADE: PROCEDIMENTALISMO X SUBSTANCIALISMO

A análise dos novos paradigmas de controle judicial da atividade administrativa há de compreender, inicialmente, a discussão que se estabelece entre a(s) corrente(s) procedimentalista(s) e substancialista(s), as quais, em última análise, indicam compreensão diversa a respeito do que se espera dos órgãos públicos, no concernente ao cumprimento da Constituição.

Cada uma das compreensões aludidas retumbará, em última análise, na diversidade de papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário, quando se trata de formular respostas judiciais em tema de controle da atividade pública estatal.

Concordando com Streck (2008, p. 24), portanto, é de se fixar que parece não haver dúvidas de que este debate é de fundamental importância para a definição do papel a ser exercido pela jurisdição constitucional.

Em breve síntese, o procedimentalismo concebe que a Constituição garante tão-somente um procedimento justo para a tomada de decisões substantivas pelos órgãos democráticos, e não um conjunto de direitos morais intangíveis pela soberania popular (MELLO, 2004, p. 39). Isto é, quando se parte da vertente procedimentalista, está-se a alvitar que cabe à Constituição garantir o funcionamento adequado do sistema de participação popular, no que ficará a cargo da maioria a definição de valores e opções políticas a serem seguidas em cada quadra da história.

De maneira que se impõe obstáculo à atuação judicial, pois, como assinala Ely (1980, p. 07):

thus the central function, and it is at same time the central problem, of judicial review : a body that is not elected or otherwise politically responsible in any significant way is telling the people's elected representatives that they cannot govern as they'd like ¹.

Sustenta, ainda, esse modo de pensar, que o valor constitucional supremo é a democracia, cabendo, somente, ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, a escolha

¹ Ou seja: “a função principal, e que é ao mesmo tempo o problema central, do controle judicial : um corpo que não é eleito ou responsável de outra forma significativa está dizendo aos representantes eleitos pelo povo que não podem governar como desejam”.

dos valores substantivos, uma vez que lhes seria legitimada a atuação pela ostentação de representação democrática, o que não ocorreria com o Poder Judiciário, que, portanto, deveria se ater exclusivamente a proteger e estender os direitos constitucionais que reforçam a participação nas decisões políticas.

Tal perspectiva, como se sabe, conduz à redução de campo da atuação judicial, tanto que Habermas (2003, p. 236) menciona que a revisão judicial é uma anomalia do regime democrático, ao assentar que os valores materiais devem ser viabilizados pelos poderes com representação popular.

Somente mediante processos públicos de discussão permitir-se-ia chegar às melhores decisões, com a criação de normas aceitas por todos que por elas sejam atingidos.

A eventual incompatibilidade entre a norma e a Constituição não permite a atuação judicial, e, assim, as alterações destas decisões (normas), da mesma forma, ficariam ao encargo da mesma instância democrática.

Em suas palavras:

somente o legislador político tem o poder ilimitado de lançar mãos de argumentos normativos e pragmáticos, inclusive os constituídos através de negociações eqüitativas, isso, porém, no quadro de um procedimento democrático amarrado à perspectiva de fundamentação de normas. A justiça não pode dispor arbitrariamente dos argumentos enfeixados nas normas legais. (HABERMAS, 2003, p. 239).

Habermas (2003, p. 298), inclusive, sustenta que a existência de tribunais constitucionais não é auto-evidente, por isso que a legitimidade do Direito decorre do princípio democrático, cabendo ao tribunal atuar, apenas, em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política de opinião e de vontade.

De maneira que se admitiria a atuação judicial apenas como forma de garantir a igualdade de participação no jogo democrático, cujos integrantes, com base na maioria, encarregar-se-ão da disciplina dos valores substanciais para a sociedade.

É certo que a redução do campo de atuação judicial e a materialização de valores a partir de instâncias que potencialmente brotem da sociedade civil apresentam a virtude de viabilizar grupos organizados, associações de pessoas, tendentes à defesa de seus interesses, evitando-se a acomodação que pode suceder quando a solução de toda e qualquer contenda parece dependente de sua transferência à instância judicial.

Por isso que é, em certo sentido, pertinente a crítica de Lobo Torres (1999, p. 291), que assenta ser a excessiva judicialização da política e das relações sociais propensa ao efeito de “desestimular a face libertária e reivindicatória da cidadania social”.

Quer dizer, o argumento seria o de que fazer com que a efetividade dos direitos sociais seja subsumida ao campo do direito, por fora, portanto, do terreno livre da sociedade civil, conduziria a uma sociedade passiva de clientes, em nada propícia a uma cultura cívica e às instituições da democracia (WERNECK VIANNA, 1999, P. 23).

Ocorre que, em um quadro como o brasileiro, é notável que um contingente expressivo de pessoas não ostenta, ao menos na quadra atual, condições necessárias para a expressão política de seus interesses ou daquilo que os procedimentalistas, à moda de Habermas, chamam de *local ideal de fala*.

Não se fazem ouvir e, por essa razão é que se compreende possa o Poder Judiciário contribuir para o aumento da capacidade de incorporação ao sistema político, de grupos marginais, destituídos de capacidade de acesso, por exemplo, ao parlamento.

Disso deriva, ademais, a necessidade de se perceber como a mera importação de modelos, mormente os europeus, a uma sociedade com as características da brasileira, pode se revelar problemática.

Em muitos aspectos, por circunstâncias históricas de que aqui não cabe falar, muito devemos caminhar para alcançar os níveis de atendimento de direitos sociais que, na Europa, já se fizeram presentes há largo interregno.

Essa percepção a teve, também, Souza de Oliveira (2010, p. 95), que indica ser necessário “ notar para quem ou para onde a fala habermasiana é dirigida ”. Explica o autor:

as suas lições têm por terreno o mundo ocidental e, neste, são voltadas, como informa o próprio autor, para o conjunto das sociedades do capitalismo avançado, leiam-se, primeiramente, países europeus, e, no continente americano, estados Unidos e Canadá. Esta a circunscrição essencial da sua doutrina. Com efeito, as suas produções não possuem por objeto o coletivo do capitalismo tardio [...] Neste aspecto, Habermas fala para a Alemanha, não para o Brasil (SOUZA DE OLIVEIRA, 2010, p. 95).

O que seria explicado por estar a teoria alicerçada num pressuposto de coesão social e sustentação cultural, bem assim de equanimidade dos bens e de sua distribuição, que formam as condições necessárias à assunção de um protagonismo que, entre nós, ainda não se viu suscetível de realizar-se.

Além disso, a partir da atuação judicial, muitas vezes no sentido destoante do que poderíamos chamar de maioria parlamentar, é que se farão efetivos os direitos pertinentes às minorias que não lograram, ainda, as condições de que depende a expressão de seus interesses.

Não se pode, neste ponto, olvidar a admoestação de Dworkin (2006, p. 25), no sentido de que a maioria não deve ser sempre a juíza suprema de quando o seu próprio poder deve ser limitado para protegerem-se os direitos individuais. Ao analisar este ponto da obra do americano, aponta Bongiovanni (2000, p. 223):

la visione dei sistemi politici contemporanei come ‘democrazie costituzionali’ è perciò strettamente legata alla presenza, quali fondamenti della comunità politica, dei principi e dei diritti. La democrazia non è vista, infatti, quale ‘governo della maggioranza’ ma quale sistema che ha quale sua premessa *individual legal rights that the dominant legislature does not have the power to override or compromise*. La maggioranza non ha perciò il potere di intaccare i diritti che sono espressi dai principi del sistema giuridico e che godono della *constitutional protection of individual rights*².

Noutras palavras, a premissa majoritária muitas vezes há de ceder passo diante daquilo que se pode conceber como *concepção constitucional de democracia*, cujo objetivo deve ser o de que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito.

Por isso que, e o apontamento bem serve à justificação da jurisdição constitucional, não se há de opor objeção alguma ao emprego deste ou daquele

² Em livre tradução : “ a visão dos sistemas políticos contemporâneos como democracias constitucionais é por isso estreitamente ligada à presença, como fundamentos da comunidade política, dos princípios e dos direitos. A democracia não é vista, de fato, como ‘governo da maioria’ mas como sistema que tem como sua premissa direitos individuais que o legislativo dominante não tem o poder de sobrepujar ou comprometer. A maioria não tem por isso o poder de danificar os direitos que são expressos ou decorrentes dos princípios do sistema jurídico e que gozam da proteção constitucional sobre os direitos individuais ”.

procedimento não-majoritário em ocasiões especiais nas quais tal procedimento poderia proteger ou promover a igualdade que, segundo essa concepção, é a própria essência da democracia (DWORKIN, 2006, p. 26).

Em *A Virtude Soberana*, com efeito, Dworkin trabalha a idéia da democracia constitucional sob a concepção que denomina de co-participativa, segundo a qual o povo, os cidadãos, hão de ser vistos como parceiros agindo em conjunto com o empreendimento coletivo do governo.

Reconhece-se que “essa é uma concepção mais abstrata e problemática do que a majoritarista” (DWORKIN, 2005, p. 502), todavia, evita que, por exemplo, governos populistas aprovelem leis ou exerçam políticas a partir de majorias forjadas aleatoriamente. Nas palavras do americano (2005, p. 510), o governo da maioria não é justo nem valioso em si. Só é justo e valioso quando atende a determinadas condições, entre elas as exigências de igualdade entre os participantes do processo político, por meio da qual se definirá a maioria³.

Ora, se passássemos a levar em conta apenas as “condições comunicativas que legitimam o processo político de formação da vontade e da opinião públicas” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 38), como o faz Habermas, sobretudo numa sociedade multifacetada como a brasileira, em muitos aspectos teríamos a suplantação de todos os interesses de grupos minoritários, em favor da premissa majoritária, detentora de melhores meios de expressão de suas vocações.

É, aliás, o próprio Habermas (2002, p. 294) quem dirá que os cidadãos só podem fazer um uso adequado de sua autonomia pública quando são independentes o bastante, em razão de uma autonomia privada, que esteja equanimemente assegurada.

De outro lado, para a perspectiva substancialista a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal, como norma dirigente, impondo ao Poder Judiciário uma postura ativa, desempenhando um papel de absoluta relevância, mormente na jurisdição constitucional.

Com efeito, segundo Dworkin (2002, p. 36), a legitimidade dos julgamentos constitucionais deve levar em conta argumentos de princípios e não de política, considerando princípios como um padrão que deve ser observado não por promover um bem estar, mas sim por ser uma “*exigência de justiça e equidade*”. Isto é, não se trata de juízes atuando politicamente, uma vez que as suas decisões não são tomadas a partir de argumentos de política.

Defende, ainda, o autor, que o *ativismo judicial* não é antidemocrático, porque rejeita, como sendo a única, a visão majoritária da democracia, distinguindo argumentos de princípio e argumentos de política, pontuando que as decisões do Legislativo e do Executivo não são necessariamente melhores, por possuírem origem democrática – que, como veremos, é discutível em se tratando do último -, do que as proferidas pelo Judiciário no exercício da revisão judicial. É que tal argumento somente seria verdadeiro “quando pensarmos o direito como política”, mas não teria “força alguma contra um argumento de princípio” (DWORKIN, 2002, p. 132-3).

Também Cappelletti (1993, p. 92) refuta a tese de que a criação jurisprudencial seria antidemocrática, por suposta invasão judicial à seara de outros poderes. Em sua

³ Ao encetar crítica ao argumento de que o controle de constitucionalidade, exercido pelos tribunais, arrefeceria a democracia, reafirma Dworkin (2010, p. 190) que “democracia significa autogoverno com a participação de todas as pessoas, que atuam conjuntamente como membros de um empreendimento comum, em posição de igualdade. Em minha opinião, trata-se de um modo muito mais atraente de entender a força da democracia do que aquele representado pela regra da maioria. A regra da maioria só é democrática quando certas condições prévias – as condições democráticas de igualdade dos membros – são atendidas e mantidas. (...) Portanto, caso se adote essa concepção coparticipativa de democracia, o argumento de que o controle de constitucionalidade é, por natureza, incompatível com a democracia, cai por terra”.

visão, Legislativo e Executivo nem sempre representam os anseios do povo, porque, não raras vezes, estão à frente de interesses de certos grupos que não coincidem com o interesse da maioria, supostamente buscada pela representação democrática⁴.

Ademais, sustenta Capelletti que o Judiciário não é totalmente desprovido de representatividade, máxime nos países em que há tribunais constitucionais, cujos integrantes são nomeados pelo chefe do Executivo com aval do Legislativo. Além disso, será o Judiciário destinado a acolher as pretensões das minorias, dos grupos marginalizados, que não conseguem acesso aos poderes políticos.

Ferrajoli (1997, p. 100), por seu turno, menciona a necessidade de um reforço do papel da jurisdição e uma nova e mais forte legitimação do poder judicial e da sua independência, tendo em conta os desníveis entre as normas e a incorporação, em nível constitucional, dos direitos fundamentais, fazendo com que se altere a relação entre o juiz e a lei, de forma que a jurisdição exercerá um papel de garantia do cidadão contra as violações da legalidade, a qualquer nível, por parte dos poderes públicos.

Além disso, ao abordar os direitos fundamentais sob a perspectiva da democracia substancial, diz Ferrajoli (2008, p. 19) que:

si vuol garantire un bisogno o un interesse come fondamentali, li si sottrae sia al mercato che alle decisioni di maggioranza. Nessun contratto, si è detto, può disporre della vita. Nessuna maggioranza politica può disporre delle libertà e degli altri diritti fondamentali⁵.

É que, em certo sentido, a previsão constitucional dos direitos fundamentais – no caso brasileiro, inclusive com a intangibilidade decorrente da previsão sobre serem insuscetíveis de supressão -, presta-se a condicionar os governos e as maiorias parlamentares eventuais – sempre efêmeras, ao contrário destes direitos, perenes. Por isso que prossegue Ferrajoli (2008, p. 19):

se le regole sulla rappresentanza e sul principio di maggioranza sono norme formali in ordine a ciò che dalla maggioranza è decidibile, i diritti fondamentali circoscrivono quella che possiamo chiamare la sfera dell'indecidibile⁶.

⁴ Norberto Bobbio, referindo-se à formação do governo italiano, em alusão pertinente a nosso caso, a par de ser cediça a adoção do parlamentarismo lá e do presidencialismo aqui, registra que a formação de governos é marcada pela realização de coalizões e acordos, semelhante a uma verdadeira relação contratual. Segundo diz: “quando estoura uma crise, costuma-se invocar para a formação do governo o famigerado art. 92, segundo parágrafo, com base no qual a escolha dos ministros a serem propostos pelo presidente da república deve ser feita pelo presidente do conselho designado: uma norma que jamais pôde ser aplicada porque a distribuição dos vários ministérios entre os partidos e no interior de um mesmo partido, e inclusive os nomes de cada um dos ministros, é estabelecida através de acordos entre os partidos, os quais, mais uma vez, mostram ser mais fortes do que a própria Constituição”. No mesmo sentido é o registro de Shapiro, ao analisar o sistema norte americano: “o que realmente emerge da análise do Congresso e da Presidência não é o simples retrato de organismos democráticos e majoritários, que dão voz à vontade popular e são responsáveis perante ela, mas antes a complexa estrutura política na qual grupos variados procuram vantagem, manobrando entre vários centros de poder. O que daí resulta não é necessariamente a enunciação da vontade da maioria (...), e, sim, frequentemente, o compromisso entre grupos com interesses conflitantes.” (apud CAPPELLETTI, 1993, p. 95).

⁵ Em livre tradução: “se quer-se garantir uma necessidade ou um direito como fundamentais, devem ser subtraídos do mercado consistente nas decisões da maioria. Nenhum contrato, diga-se, pode dispor da vida. Nenhuma maioria política pode dispor das liberdades e dos outros direitos fundamentais”.

⁶ Em livre tradução: “se as regras sobre a representação e sobre a maioria são normas formais, em ordem a isso que pela maioria é suscetível de decisão, os direitos fundamentais circunscrevem aquela que poderíamos chamar de esfera do indecidível”.

Parece evidente que, com a previsão dos direitos sociais fundamentais na Constituição, seja inexorável que a jurisdição constitucional passe a ter um papel de relevância, inclusive contra as maiorias eventuais, dando-se conta dos valores e promessas contidos nos textos constitucionais (STRECK, 2005, p. 46).

É que os direitos fundamentais, em tal ordem de ideias, serão os limites – se consistentes em estabelecer restrições e parâmetros à atuação estatal – e os vínculos, quando geradores de expectativas positivas, de maneira que assim ficará subordinada a produção das normas ordinárias.

Ou seja, já não se afiguram os direitos fundamentais, nesta quadra, como apenas :

un'autolimitazione sempre revocabile del potere sovrano, ma al contrario un sistema di limiti e di vincoli ad esso sopraordinato; non dunque 'diritti dello Stato' o 'per lo Stato' o 'nell'interesse dello Stato' [...], ma diritti verso e, se necessario contro lo Stato, ossia contro i poteri pubblici sia pure democratici o di maggioranza. (FERRAJOLI, 2008, p. 20)⁷.

A configuração de tais limites e vínculos, deve-se ressaltar, jamais poderá ser qualificada como um entrave à democracia política fundamentada no princípio da maioria, porquanto sem a dimensão substancial de direitos alvitados como fundamentais, sem a fixação do paradigma de que a produção legislativa há de estar subordinada à Constituição, ou, noutro enfoque, sem a compreensão de que o produto legislativo há de ser controlado, quanto ao atendimento de normas superiores, que o direcionam também em termos de conteúdo, por órgão diverso do próprio parlamento e que, efetivamente, não se mostre jungido às maiorias eventuais – daí a grande importância da atuação judicial -, sem isso, é a própria democracia política que corre sério risco.

Com efeito :

sarebbe sempre possibile alla maggioranza decidere democraticamente la sua dissoluzione. Non è un'ipotesi di scuola. È quanto è avvenuto con il fascismo e con il nazismo, che hanno preso il potere con regolari elezioni. E non è un caso che le costituzioni rigide siano state introdotte, in Itália e in Germania, proprio in seguito alle nefaste esperienze del loro passato (FERRAJOLI, 2008, P. 323)⁸.

Não se trata, destarte, de uma disputa para a qual se deva apontar um vencedor.

A questão está em que, em nosso quadro constitucional, diante de um texto que apregoa, inequivocamente, o primado dos direitos fundamentais, não há como deixá-lhes ao olvido, com a adoção de ideias de caráter meramente procedimental. Isto equivaleria a uma consideração meramente abstrata do texto constitucional e, destarte, afastar-se-ia de um comprometimento, que há de advir das decisões judiciais, com a concretização daquilo que estabelecido pela Carta.

⁷ “ uma autolimitação sempre revogável do poder soberano, mas ao contrário um sistema de limites e de vínculos a ele ordenado; não então 'direito do estado' ou 'para o Estado' ou 'no interesse do Estado' (...), mas direitos em direção e, se necessário contra o Estado, ou seja contra os poderes públicos sejam mesmo democráticos ou majoritários ”.

⁸ Em livre tradução : “ seria sempre possível à maioria decidir democraticamente a sua dissolução. Não é uma hipótese escolar. É o que aconteceu com o fascismo e com o nazismo, que obtiveram o poder com eleições regulares. E não é por acaso que constituições rígidas foram estabelecidas, na Itália e na Alemanha, logo em seguida à nefasta experiência de passado que tiveram ”.

No paradigma constitucional não se pode descurar da submissão das leis e das decisões judiciais “ai vincoli non più solo formali ma sostanziali imposti dai principi e dai diritti fondamentali espressi dalle costituzioni ” (FERRAJOLI, 2008, p. 34).

Melhor dizendo, ainda com Ferrajoli (2008, p. 36): “la giurisdizione non è più semplice soggezione del giudice alla legge, ma è anche analisi critica del suo significato onde controllarne la legittimità costituzionale⁹”.

Num outro enfoque, há de se assentar que tem razão Streck (2004, p. 133), quando registra que não se pode falar, modernamente, em teoria geral da Constituição. Ou seja, a Constituição deve ser analisada diante de uma realidade concreta e delimitada, dentro das especificidades de um cenário nacional e de sua inserção no cenário internacional. Com isso, o seu caráter dirigente e compromissário também deve ser analisado frente à realidade em que está inserido cada Estado Nacional.

No Brasil, se a Constituição coloca o modo – e isto parece ser a mais notável demonstração de que estamos diante de uma constituição dirigente e compromissária –, isto é, os instrumentos para dar efetividade aos direitos de segunda e terceira dimensão: “é porque no contrato social – do qual a Constituição é a explicitação – há uma confissão de que as promessas da realização da função social do Estado não foram (ainda) cumpridas” (STRECK, 2004, p. 85).

Quer dizer, é preciso situar – diria situar-se – na concretude a que se direciona a Constituição, evitando-se a mera importação de modelos, algumas vezes descompassados da realidade pertinente a um país com as características do nosso.

Noutras palavras, a interpretação da Constituição deve levar em conta a realidade de cada Estado, e o perfilhar-se o substancialismo, no quadro brasileiro, intui-se como uma contingência, quase uma necessidade, tendente à afirmação de direitos ainda não efetivados¹⁰.

Com efeito, nas palavras de Krell (2000, p. 36), não é possível transportar simplesmente os conceitos de um Estado para outro e é neste aspecto, também, que deve ser compreendido o dirigismo constitucional. Igualmente Bercovici (2003, p. 136) sustenta que o Estado não é uma entidade imutável, mas histórica, de modo que uma estrutura estatal que existe em determinada sociedade é intransferível para qualquer outra situação histórica.

Em texto mais recente, reafirma Streck (2008, p. 113) a necessidade de superar as generalidades próprias de uma teoria geral do constitucionalismo, traçando as diretrizes para albergar as especificidades de um país periférico como o Brasil. Quer dizer, é também a nossa realidade que condiciona o papel que se dará à Constituição, em especial à sua perspectiva transformadora, de efetivação de direitos ainda não realizados e de avanços democráticos.

2. DISCUTINDO O DIRIGISMO CONSTITUCIONAL

A compreensão do dirigismo constitucional, na perspectiva de Canotilho (1994, p. 28), consiste em conceber que a Constituição, além de organizar os poderes e delimitar competências, também estabelece tarefas, estabelece programa e define fins, devendo se apresentar como um *estatuto jurídico do político*, um plano global normativo do Estado e da Sociedade.

⁹ “a jurisdição não é mais a simples sujeição do juiz à lei, mas é também análise crítica de seu significado onde se há de controlar a sua legitimidade constitucional ”.

¹⁰ É ainda de Streck a assertiva que segue : “entendo difícil sustentar as teses processuais-procedimentais em países como o Brasil, em que parte considerável dos direitos fundamentais-sociais continua incumprida, passados dezoito anos da promulgação da Constituição” (2008, p. 26).

De tal modo que os governos eventuais, sempre efêmeros, hão de ditar a sua atividade a partir de diretrizes já estabelecidas constitucionalmente.

Ou seja, há de se evitar que o Direito Constitucional se torne refém de uma lógica mercadológica da política, transformando as constituições em prolongamento subserviente dos programas de governo e rompendo com seu caráter estabilizante e sua pretensão de certa perenidade – sem que isto signifique um engessamento do real, ou uma vinculação estrita do ser ao dever-ser – bem como destroçando conquistas sociais consolidadas (BOLZAN DE MORAIS, 2000, p. 22).

Este caráter dirigente, destarte, indica que as normas constantes na Constituição não se apresentam apenas como simples programas e exortações morais, sem qualquer vinculatividade.

Ao contrário, a partir da edição da Constituição, além da instituição de limites à atividade estatal, são impostas formas de atuação e objetivos a serem perseguidos, pelo conjunto de suas normas.

Tanto assim que, para Canotilho (1998, p. 1102):

a positividade jurídico constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: (1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (*imposição constitucional*); (2) vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como *directivas materiais permanentes*, em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislação, execução e jurisdição); vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação os actos que as contrariam.

Entre tantos aspectos importantes, alusivos à tese do constitucionalismo dirigente, sobressai a perspectiva por que se busca conferir normatividade às normas constitucionais. Daí que se haveria de afastar a alusão a meras exortações empreendidas pelo constituinte, e, sobretudo, vincava-se a importante discussão sobre a discricionariedade do legislador, porque o compreender-se a Constituição como vinculativa está a ensejar limitações inequívocas à atividade parlamentar, como parece evidente.

Como anota Cunha Jr. (2004, p. 60-2), embora Canotilho¹¹ tenha mais recentemente defendido, aparentemente, a *morte* da Constituição Dirigente, propondo um *constitucionalismo moralmente reflexivo*, isto se deu em razão da nova situação em que se encontra Portugal, com a criação da União Europeia, não mitigando o alvitre do dirigismo constitucional em textos como o de nossa Constituição Federal de 1988.

Essa é a mesma percepção que teve Krell (2000, p. 46), ao referir que a mudança na compreensão de Canotilho deveu-se à forte influência da doutrina tradicional alemã, bem como à integração de Portugal no seio da comunidade europeia, que lhe garantiu prosperidade e estabilidade econômicas, antes precárias.

Quer dizer, houve, de veras, uma alteração no pensamento do principal articulador da tese do dirigismo constitucional, que se há de referir. Ou seja:

¹¹ A reformulação de sua posição e o abandono da Teoria da Constituição Dirigente fica visível em texto de Canotilho, em que afirma que a “Constituição dirigente” não é a melhor teoria da Constituição de uma comunidade assente numa imposição de valores, mais ou menos comunitariamente partilhados. É “uma proposta de conformação normativa da política; não é um código moral do ‘bem’ e do ‘mal’ de uma comunidade. Dirigismo constitucional e demonologia constitucional não se casam bem”. Canotilho, ainda, acusa aqueles que o criticam pela mudança, neles vislumbrando “alguns laivos de nacionalismo republicano de esquerda e de patriotismo constitucional” (CANOTILHO, 2002, p. 25-40).

embora Canotilho reconheça, v.g., que o texto constitucional continue a constituir uma dimensão básica da legitimidade moral e material e, por isso, possa continuar sendo um elemento de garantia contra a deslegitimação ética e desestruturação moral de um texto básico através da desregulamentação etc, por outro lado considera que esse texto básico (a Constituição) não mais pode servir de fonte jurídica única e nem tampouco ser o alfa e o ômega da constituição de um Estado (BOLZAN DE MORAIS; STRECK, 2010, p. 107).

Disso não se extrai a invalidade do que sustentava o autor português¹².

A realidade existente no Brasil, de notável déficit de direitos, máxime os sociais, inspirou a Constituição e o seu texto, que há de ser concebido como um projeto “social integrado por um conjunto de valores compartilhados, que traduz um compromisso com certos ideais” (CITADINO, 2000, p. 09).

Da mesma forma, Souza Neto (2003, p. 12-28) destaca o caráter dirigente da Constituição Federal de 1988, pela circunstância de se ter um amplo rol de direitos sociais, que atua como uma *resistência progressista* sobre o discurso neoliberal, além do que se formula um projeto de futuro, estabelecendo-se compromissos constitucionais, a cuja efetivação não se pode alhear o Estado-Juiz.

Também Bonavides (2004, p. 236-245) realça a necessidade de se incutir força vinculante às normas constitucionais, mesmo as denominadas programáticas, sem deixar dúvida acerca da importância da constituição dirigente para o futuro dos países que ainda não atingiram um grau mais elevado de desenvolvimento.

Neste sentido :

a constituição governante, vinculante e programática não é arcaísmo do pensamento político, qual intentam fazer crer os neoliberais, mas diretriz e argumento de conservação do pálido estado de Direito que ainda resguarda, na medida do possível, a ordem e a liberdade nos Estados da periferia. Enquanto Carta prospectiva ela acena para o futuro e é, como não poderia deixar de ser, garantia formal, ou pelo menos promessa de construção de um Estado livre, robusto, independente (...) a única, aliás, que se compadece com o destino e as aspirações desenvolvimentistas dos Estados do Segundo e Terceiro Mundos (BONAVIDES, 2001, p. 174).

Noutras palavras, impõe-se contextualizar o dirigismo constitucional, e a sua necessidade em países com as particularidades do Brasil, porquanto a afastar o constitucionalismo dirigente estaria uma compreensão de que o dirigismo constitucional dar-se-ia como normativismo constitucional revolucionário¹³, capaz de, por si só, operar

¹² A história também apresenta os seus efeitos. O contexto de elaboração da Constituição Portuguesa de 1976 foi bastante diverso do que encetou nossa Carta. Lá, ao contrário daqui, o movimento político que resultou na conformação de um novo Estado pode se qualificar de revolucionário – a Revolução dos Cravos, de 1974 -, da qual, aliás, decorreu uma verdadeira Assembleia Constituinte. Como se sabe, a Constituição Portuguesa notabilizou-se por um texto constitucional de políticas marcadamente socialistas, que encetaram forte reação conservadora. Essa conjuntura, de certo modo, forneceu as bases para o desenvolvimento de uma teoria que acentuasse “ a unidade substancial da Constituição, o valor normativo e o caráter vinculante do conjunto de suas proposições normativas, assim como a necessidade de uma interpretação e aplicação integrada e dinâmica de seus preceitos ” (CANOTILHO, 1998, p. 32). De notar-se, ainda, que somados os votos atribuídos ao Partido Socialista e ao Partido Comunista português, teve-se que mais de cinquenta por cento dos assentos da Constituinte fez-se ocupar por forças da esquerda política portuguesa (SOUZA DE OLIVEIRA, 2010, p. 178).

¹³ Que, de resto, por decorrência das suas variadas revisões, já não compõem o panorama da Constituição de Portugal. Neste sentido : “ a Constituição portuguesa, depois das sete revisões, chega aos dias atuais bastante diferente da sua versão originária. É preciso reconhecer que houve uma profunda alteração do perfil do Estado e da visão de sociedade traçados pelo Constituinte de 1976. Não há mais

transformações emancipatórias. Todavia não é possível falar, hoje, de uma teoria geral da Constituição. A Constituição (e cada Constituição) depende de sua identidade nacional, das especificidades de cada Estado nacional e de sua inserção no cenário internacional. Do mesmo modo, não há um constitucionalismo, e, sim, vários constitucionalismos (BOLZAN DE MORAIS; STRECK, 2010, p. 108).

Somente a força normativa, compromissária e dirigente da Constituição Federal permite o resgate das promessas da modernidade, na concepção da Constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia, conforme assinalado por Streck (2004, p. 133-4).

É dizer, insere-se no contexto brasileiro o enfoque, necessário, de que os dispositivos constitucionais, muito mais do que fixarem procedimentos, estabelecem comandos que concretamente devem ser alcançados, entre outros, pela via da atuação administrativa.

Sintetizando, refere Streck (2008, p. 119) que mais do que assegurar os procedimentos da democracia – que são absolutamente relevantes –, é preciso entender a Constituição como algo substantivo, porque contém direitos fundamentais, sociais, coletivos, que o pacto constituinte estabeleceu como passíveis de realização; o constitucionalismo dirigente-compromissório não está esgotado.

Na apresentação do livro *Canotilho e a Constituição Dirigente*, Guedes (2003, p. 07) também aduz que em Portugal, inclusive por conta das diversas mudanças empreendidas na Constituição local, que lhe subtraíram o caráter socializante, talvez o constitucionalismo dirigente já tenha cumprido o seu papel. Com efeito, inegáveis avanços houve na sociedade portuguesa desde então, mormente pela integração continental.

Essa situação, todavia, em nosso país, ainda parece longe de se mostrar apta a acontecer.

A Constituição, de todo modo, passa a ser o paradigma de atuação dos órgãos estatais¹⁴, que se incumbirão pela efetivação de suas normas.

A asserção, aliás, há de ser entendida como pertinente a todos os poderes de Estado; vinculação do legislador, vinculação no exercício da atuação administrativa e vinculação na produção de decisões judiciais.

Esse dirigismo constitucional, pode-se dizer, no Brasil não morreu¹⁵.

comprometimento com o socialismo. As cláusulas de *metanarrativas* (Canotilho) já não constam da Carta Magna. (...) Neste sentido, é possível afirmar que as modificações empreendidas foram mais fundamentais ou intensas do que aquelas implementadas à Carta brasileira, mesmo porque a Constituição do Brasil em nenhum momento proclamou uma definição ideológica, tal como o fez a Constituição portuguesa de 1976” (Souza de Oliveira, 2010, p. 189). No mesmo sentido, Vital Moreira (2001, p. 271): “as sucessivas revisões constitucionais aliviaram grandemente o excesso de diretividade constitucional, e a doutrina e a jurisprudência constitucionais encarregaram-se de descarnar a força normativa das diretrizes e programas constitucionais, sobretudo daquelas que estavam formuladas em termos mais genéricos”.

¹⁴ Mesmo Canotilho (2003, p. 15), nas discussões já citadas, aludiu à sobrevivência de algumas dimensões importantes do dirigismo constitucional, sobretudo no concernente à “limitação dos poderes de questionar do legislador, da liberdade de conformação do legislador, de vinculação deste aos fins que integram o programa constitucional”. E segue: “nesta medida, penso que continuamos a ter algumas dimensões de programaticidade: o legislador não tem absoluta liberdade de conformação, antes tem de mover-se dentro do enquadramento constitucional. Esta a primeira sobrevivência da Constituição dirigente, em termos jurídico-programáticos”.

¹⁵ Aliás, *de como a Constituição Dirigente não Morreu* é exatamente o subtítulo da apresentação de Streck, à obra de Souza de Oliveira, anteriormente citada.

Cittadino (2000, p. 12) registra que parece não haver dúvida de que o sistema de direitos fundamentais “se converteu no núcleo básico do ordenamento constitucional brasileiro, com o que cresce de importância a adoção do dirigismo constitucional”.

Também Barroso (2009, p. xix)¹⁶ assinala:

em muitos países desenvolvidos do mundo, o desfazimento das redes de proteção aos desfavorecidos se deu após um estágio socioeconômico de satisfação do mínimo existencial da população em geral. Não foi, portanto, uma atitude de abandono dos excluídos, dos desempregados, dos iletrados. Dos que não são competitivos porque não podem ser. Todavia, nas partes do mundo onde a modernidade e o processo civilizatório ainda não completaram o ciclo de atendimento das necessidades fundamentais da maioria, o Estado conserva deveres dos quais não pode se demitir.

Daí porque também o Direito Público adquire nova roupagem. Passa-se do primado da legalidade, em que à idoneidade da ação executiva bastava o cumprimento da lei, para o atendimento da Constituição e de toda a gama de direitos fundamentais por ela estabelecido.

O contrário disso encetar-se-á a atuação corretiva pelo Poder Judiciário.

Cunha Jr (2004, p. 353) é preciso no ponto, ao assentar que:

quando os Poderes Legislativo e Executivo mostram-se incapazes ou totalmente omissos em garantir o cumprimento adequado dos direitos fundamentais sociais, em violação evidente de seus deveres constitucionais, cabe inevitavelmente a intervenção do Judiciário, como o *terceiro gigante* no controle das omissões do poder público. Noutras palavras, quando os poderes políticos (Legislativo e Executivo) falham ou se omitem na implementação de políticas públicas destinadas à efetivação dos direitos sociais, cumpre ao Poder Judiciário – co-responsável no processo de construção da sociedade do bem-estar – adotar uma posição *ativa e dinâmica* na realização das finalidades do Estado Social, desenvolvendo e efetivando diretamente os preceitos constitucionais definidores desses direitos sociais.

De modo que é importante ter-se marcado que, como ressalta Grau (2001, p. 37), a Constituição Federal define um modelo econômico que impõe tarefas e vincula o Poder Executivo. O desatendimento deste ao estabelecido na Carta impõe a atuação do Poder Judiciário. No mesmo sentido é a posição de Streck (2005, p. 56), ao assentar que em face do quadro que se apresenta – ausência de cumprimento da Constituição, mediante a omissão dos poderes públicos, que não realizam as devidas políticas públicas determinadas pelo pacto constituinte –, a via judiciária se apresenta como a via possível para a realização dos direitos que estão previstos nas leis e na Constituição.

Assim, o juiz passa a desempenhar importante papel na tarefa de verificação da conformação constitucional do círculo de negociação política, objetivando garantir as políticas públicas, tendo, assim, uma função ativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça distributiva (CAMPILONGO 2002, p. 49).

A partir daí, pois, a atividade administrativa adquire novos contornos, sob as luzes da Constituição; o controle desta atividade, igualmente, também passa a ser exercido sob novo paradigma, isto é, sob a perspectiva da ordem constitucional vigente.

São inúmeras as situações que, levadas aos tribunais, impõem aos juízes a tomada de decisões potencialmente corretivas de atos emanados de administradores públicos. É desnecessário, aqui, partir-se à enumeração de exemplos. Mas há um argumento que devemos combater, qual seja o de que remanesceria carente de

¹⁶ Cuida-se de texto que serve de prefácio ao livro de Souza de Oliveira.

legitimação popular, neste aspecto, o exercício da atividade judicial. Tal é o intento das últimas linhas deste trabalho.

3. O NOVO PARADIGMA DO CONTROLE JUDICIAL SOBRE A ATIVIDADE ESTATAL

Denominar-se-á, aqui, de visão clássica a respeito do controle judicial dos atos administrativos, a perspectiva segundo a qual, reconhecida embora a atuação judicial, a essa se estabelecem limites rigorosos, sob o fundamento de que a inserção do Poder Judiciário em certas diretrizes administrativas colimaria em violação à separação dos poderes.

É o que se vê, por exemplo, em autores como Hely Lopes Meirelles (1998, p. 577/8), que revela a visão então predominante, de que o paradigma da atuação judicial estava na verificação de cumprimento, pela administração, do princípio da legalidade. Literalmente, sustenta o autor “o que o Judiciário não pode é ir além do exame da legalidade, para emitir um juízo de mérito sobre os atos da administração” (grifo nosso).

Também neste sentido, assentava a lição clássica de Seabra Fagundes (1967, p. 148) que:

o mérito administrativo, relacionando-se com conveniências do governo ou com elementos técnicos, refoge do âmbito do Poder Judiciário, cuja missão é a de aferir a conformação do ato com a lei escrita, ou, na sua falta, com os princípios gerais do direito.

Ao abordar os limites do controle judicial sobre os atos emanados do Poder Executivo, igualmente Di Pietro (2001, p. 604) mostra-se aferrada ao paradigma. É que, segundo explana, o Poder Judiciário pode examinar os atos da administração pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da legalidade.

Do alvitre não destoa Gasparini (1995, p. 545):

o objetivo do controle jurisdicional é o exame da legalidade do ato ou atividade administrativa, confirmando um e outra, se legais, ou os desfazendo, se contrários ao direito. Não lhes cabe, portanto, qualquer apreciação de mérito, isto é, de conveniência, oportunidade ou economicidade da medida ou ato da administração.

Ocorre que tal maneira de focar o problema mostra-se em descompasso com o modelo constitucional concebido a partir de 1988, em que se pretende o estabelecimento de um Estado Democrático de Direito¹⁷.

Já não é mais o cumprimento da lei o norte a guiar a atividade administrativa, senão que o atuar estatal há de mostrar-se conforme com o preceituado pela Constituição, especialmente no que essa direciona para a satisfação dos direitos fundamentais.

Um obstáculo inicial há de ser suplantado, e é o que reside no argumento de que o incremento da atividade judicial de controle importaria em violação à separação

¹⁷ Ao analisar especificamente o controle das políticas públicas, pelo Poder Judiciário, apercebeu-se Figueiredo (2007, p. 64) que “no Brasil, a Constituição de 1988, que coroou o processo de redemocratização, e que do ponto de vista simbólico superou o modelo anterior, adotou um figurino programático e dirigente, sendo pródiga na formulação de direitos fundamentais de defesa e de prestação de deveres ao Estado e aos particulares”. Esses direitos, continua: “exigem comportamentos ativos (proteção e promoção) dos vários poderes públicos da federação brasileira (...)”.

dos poderes e ao princípio democrático, mormente pela razão de que o Poder Executivo estaria legitimado, pela ascensão derivada de eleição de seu titular, sem que tal predicado se encontre nos integrantes do Judiciário.

De diversos pontos de vista García de Enterría (1997, p. 50) mostra o equívoco de tal compreensão.

Em primeiro lugar, porque:

el mecanismo de la representación política tiene su aplicación característica en las Cámaras Legislativas; no resulta propiamente de aplicación como consecuencia de la elección democrática de los titulares del Ejecutivo o de las entidades territoriales – mucho menos a toda la miríada de funcionarios a quines con la fórmula ‘directa’ o ‘indirectamente’ democráticos parece aún pretender extenderse el mismo principio representativo.

Quer dizer, como reafirma o autor (1997, p. 52), onde verdadeiramente o povo atua o seu poder é no parlamento e a expressão desse poder estará materializada precisamente na lei, sob cujo império deverão atuar os demais órgãos do Estado.

Cabe ao Poder Executivo, pois, a tarefa de fazer cumprir a lei editada pelo parlamento, não lhe alcançando o predicado de representação do povo, de maneira assim tão evidente.

Sintetiza García de Enterría (1997, p. 64) que:

la representación política se localiza precisamente en el parlamento como fuente de la ley, y no en el Ejecutivo. Este ejerce un simple *trust*, en los términos clásicos de Locke, una *autorité commise*, en la expresión de carré de Malberg. Con ella ejercen un poder de gestión.

De maneira que não é correto que a administração pública e seus gestores se possam beneficiar da ideia de representação política, porquanto essa concerne, sobretudo, aos detentores de mandatos parlamentares.

Tanto mais quando se sabe que a ocupação de cargos na estrutura estatal-administrativa não se dá pela via eleitoral e, de muitos destes postos, são emanadas diretrizes e modos de atuar públicos que, portanto, não se podem fazer infensos ao controle judicial sob o argumento de afronta à vontade popular, manifestada em eleição.

É apenas o chefe do Poder Executivo quem ascende à sua condição a partir do voto, e aquilo que García de Enterría (1997, p. 79) denomina de colonização do Estado pelos partidos políticos bem o revela.

Com efeito:

los partidos dominantes se apresuran a situar hombres de su confianza, no solo en los centros políticos relevantes, que ha sido una tradición en el sistema de partidos, sino en los sucesivos niveles de la Administración, hasta haberse consolidado una verdadera regresión de la independencia, neutralidad y objetividad de los funcionarios, hoy gobernados en buena parte más que por la regla constitucional del ‘mérito y la capacidad’, por el criterio de la ‘confianza’ política.

E é neste quadro que o argumento de violação ao princípio democrático, como forma de mitigar o controle judicial, arrefece.

Conforme Souza de Oliveira (2010, p. 424) é importante que se reforce que a aferição jurisdicional das políticas públicas não traduz a substituição do legislador ou do administrador pelo juiz, nem que sustenta a superioridade dos juízos (técnicos, valorativos) provenientes do Judiciário sobre os juízos dos demais poderes. Como já

dito, é certo que a atuação jurisdicional pode se revelar incapaz ou ser perniciosa. Trata-se, muito embora com os riscos inerentes, de preconizar a supremacia da Constituição, a possibilidade de recurso ao procedimento judicial como mais um mecanismo de controle, como um veículo à disposição da cidadania.

Claro, parte-se de um sofisma, qual seja o de que o processo eleitoral estaria a legitimar a atuação administrativa estatal, sem, entretanto, referir-se que, de vários pontos de vista, a ocupação de cargos em tudo e por tudo relevantes faz-se por critérios bastante diversos. Noutros termos, vários escalões da administração pública estão entregues a indivíduos não eleitos, no que o afastar-se a atuação judicial por essa razão apenas se revela pouco convincente.

Acrescente-se, ainda, que já não mais se tratará de um controle fincado na tão-somente obediência ou não do princípio da legalidade, por parte da administração e seus agentes.

A consagração do Estado Democrático de Direito enceta novos paradigmas de controle, mormente judicial, sobre a atividade exercida pelo Poder Executivo. É que ao estabelecê-lo como modelo conformador do Estado brasileiro, a Constituição direciona a atividade de todos os órgãos públicos, no caminho de sua plena efetivação.

Com efeito, sabe-se, na trilha do que explana Barroso (2004, p. 326), que o constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e direito. Esses valores, em suas palavras, compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente.

Tal a envergadura da compreensão do Estado Democrático de Direito. Que passa a ser a síntese dos comandos que hão de nortear a atuação pública, inclusive numa perspectiva transformadora, de realização dos valores constitucionais.

Em que pesem as variações em torno do núcleo essencial do conceito de Estado Democrático de Direito, tema, aliás, que não é o caso de aprofundar aqui, parece indubitável que se o pode relacionar à forma de organização política em que o poder emana do povo, mas, mais ainda, segundo a lição de Mendes (2007, p. 139) :

já agora no plano das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo, não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos.

Por isso que na órbita administrativa para além de exigir-se a investidura legítima no poder, requer-se, também, que o seu exercício seja legítimo e, sobretudo, que os resultados do emprego do poder sejam legítimos, sempre em direção à satisfação dos direitos fundamentais proclamados pela Carta.

Noutras palavras, mostra-se insuficiente a legitimação do governante-administrador apenas no ensejo da disputa eleitoral que o leva ao posto maior; o exercício da atividade administrativa há de, outrossim, legitimar-se, pela sua aproximação aos comandos constitucionais; também nos resultados obtidos, que devem ser aqueles apregoados constitucionalmente, deve ser aferida e, portanto, controlada, a atividade estatal.

Destarte, essa, por assim dizer, constitucionalização da atividade executiva do Estado gera, na dicção de Moreira Neto (2008, p. 27), uma visão material do direito público, voltada à eficiência e aos esperados resultados da aplicação constitucional

informados pelo conceito de legitimidade e iluminados por uma nova visão do Estado, do Poder e das relações entre sociedade e Estado¹⁸.

Portanto, a legitimidade da atuação estatal deve estar também nos fins e não apenas nos procedimentos, e os resultados também só podem ser considerados suficientemente satisfatórios se atenderem eficientemente as finalidades constitucionalmente cometidas ao Estado¹⁹.

Neste enfoque, afirma Moreira Neto (2008, p. 44):

a revolução *juspolítica* introduzida pelos direitos fundamentais, ao portar valores afetos ao próprio homem, passa a ser essencial para o exame do significado e dos efeitos da expansão da Constituição no campo do Direito Administrativo.

Ora, esse incremento, decorrente do quadro constitucional atual, às expectativas dos indivíduos frente à atuação estatal, carece, para que não resulte em frustração, de mecanismos de controle, os quais, já em tal perspectiva, não se bastam com o respeito à só legalidade; os resultados alcançados devem convergir, eles também, aos fins constitucionais. Como assevera Dromi (2005, p. 09), há, de veras, uma “impossibilidad de que exista una gestión eficaz, mantenida en el tiempo, sin su sometimiento a un sistema de control efectivo”.

Ou seja, não há como supor que esteja a atividade estatal adstrita a novos paradigmas, sem que o controle judicial desta mesma atividade também tenha em mira as novas perspectivas constitucionais e o direcionamento que elas estabelecem para o agir do Estado.

É que, como anota Moreira Neto (2008, p. 45), evolui-se do conceito de poder de Estado, para o de função de Estado e, neste sentido, a atividade administrativa funcionaliza-se, para a efetiva, eficiente e legítima realização dos direitos das pessoas.

Em tal ordem de ideias, diante do modelo adotado por nossa Constituição, no exercício do controle da atividade administrativa, o Poder Judiciário, conforme Werneck Vianna (1999, p. 21), é exigido a estabelecer o sentido ou a completar o significado da legislação constitucional e ordinária, que já nasce com motivações distintas às da certeza jurídica, o que lhe dá o papel, por assim dizer, de legislador implícito, redefinindo a relação entre os poderes de Estado, no que se adjudica ao Poder Judiciário funções de controle dos poderes políticos. Não é outra a conclusão de Kreeel (2002, p. 100), que reconhece que as questões ligadas ao cumprimento das tarefas sociais, como a formulação das respectivas políticas, não estão relegadas somente ao governo e à administração pública, porque têm o seu fundamento nas próprias normas

¹⁸ Nas palavras de Suárez (2006, p. 560): “la exigencia del intervencionismo del Estado en la mejora de las condiciones de vida del mayor número de ciudadanos generará no sólo un aumento de la burocracia sino también un cambio en el papel que el derecho debe desempeñar en la sociedad. El derecho será visto no solo como un instrumento para señalar los límites del ejercicio de la libertad de cada uno y un freno frente a los posibles excesos del poder, sino también como el mecanismo que servirá para el progreso y la promoción de la vida social, económica y cultural de todos los ciudadanos. Los distintos derechos que se proclaman formalmente en los textos constitucionales demandan, para hacerlos valer en práctica, no solo la vigilancia del estado sino la actuación e intervención positiva, poniendo los medios necesarios que hagan posible su realización”.

¹⁹ Insista-se não ser escopo deste texto descer à difícil análise sobre os limites da atuação judicial a partir deste novo paradigma, senão de revelá-lo: o novo paradigma; mas não há dúvida de que é no debate judicial sobre as políticas públicas que o tema apresentará maior repercussão. Com tal enfoque, expõe Dallari Bucci (2006, p. 22) que: “nesse debate se revela, como em nenhum outro, a característica ontologicamente particular dos direitos sociais, cuja implementação justifica que se considere que o seu surgimento define um novo paradigma no cenário jurídico”.

constitucionais sobre direitos sociais, razão por que a sua observação pode e deve ser controlada pelos tribunais.

Afastar-se de tal constatação, limitando-se a atuação do Poder Judiciário à mera avaliação sobre a legalidade, antes de representar violação ao novo paradigma, já em si grave, culminaria por despir de eficácia, no que tem de mais relevante, a própria Constituição. A Constituição, em suma, dirige o atuar estatal, dá-lhe norte, mas não apenas isso; suas normas estabelecem os direitos e as posições jurídicas, a partir dos quais a administração do Estado deixa de prestar reverência apenas à lei, pois sobeja-a as normas constitucionais.

Daí que a compreensão a respeito dos limites e do parâmetro de controle judicial sobre a administração pública sofre profunda alteração, de relevante implicação, mormente num país com as características do nosso, em que uma postura substancialista e a manutenção do ideário sobre o dirigismo constitucional se afiguram quase como uma necessidade, um conseqüência.

As vetustas lições sobre a atuação judicial, neste ponto, situando-a a partir do controle da legalidade dos atos administrativos, já não mais se sustentam. Aliás, o dogma da legalidade é caro a um modelo que compreende o Direito tão-somente a partir de regras.

Em nosso caso, todavia, é a Constituição que há de balizar a atuação estatal e, conseqüentemente, a ela Constituição jungir-se-á o parâmetro de controle judicial dessa mesma atuação.

É sobre essa base, portanto, que está estabelecido o novo paradigma, agora constitucional, de controle judicial da administração pública. Pode ser uma revelação do óbvio, que, entretanto, nisto não se vê desmerecido, pois, muitas vezes, o óbvio há de ser revelado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A talvez inequívoca constatação de que o Estado passa por uma situação de crise comporta diversos pontos de vista. De certa maneira, aqui se pretendeu refletir, sempre brevemente, a respeito das intrincadas relações que se estabelecem entre a função judicial e executiva, máxime em conta das retumbantes inovações que, desde o advento de nossa Constituição, permeiam nossa realidade.

Assim é que se retomou a conhecida discussão entre as correntes procedimentalistas e substancialistas, mormente com o fim de melhor analisar as fragilidades da adoção da premissa majoritária como sustentáculo maior de uma democracia; ademais, buscou-se alinhar a necessidade de manutenção dos ideais do constitucionalismo dirigente, sobretudo em conta da realidade social em que está inserido um país como o Brasil; por fim, pretendeu-se afastar o alvitre de que, a ausência de legitimidade popular, pelo voto, dos quadros do Poder Judiciário, estaria a afastar-lhe a possibilidade de maior inserção no controle da atividade estatal, a qual, a par de se revelar uma necessidade da democracia, há de suceder a partir de parâmetros ditados pela Constituição, não se reduzindo, portanto, à vetusta concepção que o restringia, somente, à legalidade.

Seguramente, muito mais se poderia dizer a respeito de cada um dos pontos aqui levantados; de maior consistência, certamente, está a carecer o estudo a respeito dos limites potenciais a tal atividade judicial; estes, entretanto, devem-se fazer afastando-se certos dogmas, como os de que ao judiciário cabe apenas a análise da regularidade dos procedimentos, a atenção às majorias, a análise legalista, e o combate a estes dogmas, isto sim, é o que aqui se pretendeu encetar.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, 1. ed. São Paulo: 2010.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva 2003.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e política: uma relação difícil**. Lua Nova, São Paulo, n. 61, 2004.

_____. **Teoria da Constituição**. Estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. A Constituição Dirigente e a crise da Teoria da Constituição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2003.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

_____. **A Era dos Direitos: Direitos do Homem e Sociedade**: Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Constituição ou barbárie: perspectivas constitucionais**. In: A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Ingo Wolfgang Sarlet (organizador). Porto alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade, São Paulo: Malheiros, 2001.

BONGIOVANNI, Giorgio. **Teoria “costituzionalistiche” del diritto: morale, diritto e interpretazione** in R. Alexy e R. Dworkin. Bologna: CLUEB, 2000.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Os Desafios do Judiciário: Um enquadramento teórico**. In: FARIA, José Eduardo (org), Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. O Estado adjetivado e a teoria da Constituição. In: **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**. v. 25, n. 56, 2002.

_____. El Derecho Constitucional como un compromiso permanentemente renovado. In: **Anuário de Derecho Constitucional y Parlamentario**, 1998.

CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** . Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1993, Reimpressão 1999.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, Política e Filosofia** : contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

- CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea, 2. ed., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2000.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org). **Canotilho e a Constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CUNHA JÚNIOR, Dyrlei da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DALLARI BUCCI, Maria Paula. O Conceito de Política Pública em Direito. In **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Ed. Atlas, 2001.
- DROMI, Roberto. **Modernización del Control Público**. Hispania Libros, 2005.
- DWORKIN, Ronald. **A Justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- _____. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana**. Martins Fontes, 2006.
- _____. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. **A Virtude Soberana**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- ELY, John Hart. Democracy and distrust: a theory of a judicial review. **Harvard University Press**, 1980.
- FERRAJOLI, Luigi. **Diritti Fondamentali: um dibattito teórico**. Roma: Editori Laterza, 2008.
- _____. O Direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de (org), **O Novo em Direito e Política**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo poder judiciário no Brasil: uma visão geral. **Revista de Interesse Público**, Porto Alegre, v.9, 2007.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Democracia, Jueces y Control de la Administración**. 3. ed. Madri: Editorial Civitas, 1997.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1995.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, v. 1, 2. ed., trad: Flávio Beno Seibeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- _____. **A inclusão do outro**. São Paulo: Loyola, 2002.
- KREEL, Andréas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Os (dê)s caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- _____. Controle Judicial dos Serviços Públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição Concretizada. Construindo Pontes com Público e o Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000.

- LOBO TORRES, Ricardo. **A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos**, in Teoria dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro, Renovar: 1999.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Ed. Malheiros, 1998.
- MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.
- MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra, 1996.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados**. Rio de Janeiro: Editora Fórum, 2008.
- MOREIRA, Vital. Constituição e democracia na experiência portuguesa. In: MAUÉS, Antonio Gomes (org.). **Constituição e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1967.
- SOUZA DE OLIVEIRA, Fábio Corrêa. **Morte e vida da Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria da Constituição**. Estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. A Constituição Dirigente e a crise da Teoria da Constituição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.
- STRECK, Lenio Luiz. _____. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. Porto Alegre: Lúmen Júris, 2008.
- _____. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2004.
- _____. Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 97, mar. 2005.
- SUÁREZ, Jesús Aquilino. La crisis de la ley: control judicial de la legalidad. In: **El positivismo jurídico a examen, estudios en homenaje a José Delgado Pinto**. Universidade de Salamanca, 2006.
- WERNECK VIANNA, Luís; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manoel Palácios Cunha. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1999.