

PIERRE ANDRÉ DA ROCHA ANDRADE

**CONTROLE MATERIAL DE
CONSTITUCIONALIDADE DO ORÇAMENTO:
A POLÍTICA FISCAL E AS PERSPECTIVAS PARA UM
DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**

Rio de Janeiro

2005

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	3
2.	DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: Um direito constitucional	5
3.	DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL: Uma mudança paradigmática	8
4.	A CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE E O COMPROMISSO COM AS TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS	13
5.	HERMENÊUTICA FILOSÓFICA: Um caminho seguro para o desenvolvimento sustentável	18
6.	O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E A LEGALIDADE ESTRITA: O DOGMA DA DISCRICIONARIEDADE	26
7.	A POLÍTICA FISCAL COMO INSTRUMENTO DE ESTÍMULO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: Possibilidades de controle material de constitucionalidade do orçamento público	32
7.1.	O CONTROLE MATERIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS ORÇAMENTÁRIAS	33
7.2.	O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA	36
8.	CONCLUSÕES	38
9.	REFERÊNCIAS	43

1. INTRODUÇÃO

A época atual se caracteriza por um sem número de paradoxos que, se por um lado, geram grande perplexidade social, por outro, demandam a adoção – cada vez mais urgente – de medidas capazes de adequar realidades e indivíduos.

Certamente que a compreensão desta nova modernidade passa necessariamente pela evolução histórica da sociedade e do Estado. Entretanto, deve ir além dessa historicidade e pressupor a identificação dos principais problemas decorrentes da multiplicidade e complexidade das relações contemporâneas.

Tais complexidades são expressas especialmente pelas inúmeras desigualdades geradas a partir dos primeiros processos de industrialização que caracterizaram o início da era moderna. A exacerbação do individualismo, a concentração de riquezas e o aumento do consumo sem qualquer preocupação com as conseqüências daí decorrentes, geraram uma situação de insustentabilidade ecológica diante da manutenção do modelo social fundamentado no capitalismo individualista.

Decorre daí um dos principais paradoxos da modernidade que é a questão relativa ao desenvolvimento sustentável. Significa dizer que o modelo social vigente traz uma demanda crescente pela produção, pelo consumo e pelo emprego e, ao mesmo tempo, tal movimento deve se pautar pela política de não agressão ao meio-ambiente.

Tal concepção surgiu da noção de que a ação humana implica no risco da ocorrência de danos ao meio-ambiente e à própria humanidade. Ressaltando-se que o conceito de meio ambiente deve ser visto de forma mais ampla, incorporando a ação humana com todas suas repercussões para o meio ambiente natural e para a vida humana.

José Afonso da Silva ensina que:

O ambiente integra-se, realmente, de um conjunto de elementos naturais e culturais, cuja interação constitui e condiciona o meio em que se vive. Daí por que a expressão 'meio ambiente' se manifesta mais rica de sentido (como conexão de valores) do que a simples palavra 'ambiente'. Esta exprime o conjunto de elementos; aquela expressa o resultado da interação desses elementos. O conceito de meio ambiente há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a Natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico. "O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas.

A integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente, compreensiva dos recursos naturais e culturais.

"Por isso é que a preservação, a recuperação e a revitalização do meio ambiente não de constituir uma preocupação do Poder Público e, conseqüentemente, do Direito, porque ele forma a ambiência na qual se move, desenvolve, atua e se expande a vida humana." (SILVA, 2002, p. 20-21)

Ocorre que, conforme explicitado pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, o processo de produção decorrente da crescente industrialização gera uma série de riscos. Daí decorre o conceito de sociedade de risco designando um "estágio da modernidade em que começam a tomar corpo as ameaças produzidas até então no caminho da sociedade industrial" (BECK, 1997, p. 17).

Como o próprio Beck (1992) afirma, os riscos não se restringem apenas ao meio ambiente, já que as mudanças devem atingir as relações sociais, os modelos de emprego e consumo, as relações trabalhistas e a renda, pondo em risco, inclusive o Estado como conhecido atualmente.

Ressalte-se, ainda, que além dos riscos que podem atingir a geração presente, outros mais devem ser considerados tendo em vista seus efeitos no que se refere às gerações futuras, sempre lembrando que vivemos em um mundo real onde todos os seres vivos estão conectados entre si e com os demais elementos existentes, desenvolvendo-se no mesmo padrão em rede, como procurou sistematizar Capra (2002), ao relacionar as dimensões biológica, cognitiva e social de todas as formas de vida, demonstrando a interligação entre todos os fenômenos humanos e naturais.

Em sua obra, o físico mostra a irreversível ligação dos seres humanos à teia da vida em nosso planeta, ficando cada vez mais caracterizada a necessidade de organizarmos o mundo segundo um conjunto de crenças e valores que não tenha o acúmulo de dinheiro por único sustentáculo e isso não só para o bem estar das organizações humanas, mas para a sobrevivência e sustentabilidade da humanidade como um todo.

Todas as ações humanas têm repercussões de conseqüências muitas vezes imprevisíveis.

Não há, portanto, como continuar a ignorar as inúmeras dimensões do mundo, bem como as possíveis implicações de nossos atos.

É certa a necessidade de uma mudança de paradigma de forma que sejam priorizados os valores da dignidade da pessoa humana e da sustentabilidade ecológica.

Portanto, em primeiro lugar, se impõe a correta percepção de quais os riscos – presentes e futuros – associados às mais diversas atividades humanas. Uma vez identificados tais riscos e com o intuito de minimizar os efeitos daí decorrentes, impõe-se necessária a adoção de uma série de medidas de caráter regulatório.

É neste contexto que se insere o Estado como agente transformador da realidade social, devendo tal papel ser exercido através dos instrumentos de que dispõe. Um destes instrumentos – considerado o poder estatal de cobrar tributos, restringir ou estimular determinadas atividades econômicas – é a correta utilização da política fiscal.

Portanto, cabe a este novo Estado utilizar as diversas possibilidades relacionadas à política fiscal para estimular as ações voltadas ao desenvolvimento sustentável.

Sob esta perspectiva, o presente trabalho parte do conceito de desenvolvimento sustentável e sua disciplina constitucional para, posteriormente, identificando o papel social do Estado a partir da sua evolução histórica, demonstrar a necessidade de controle do orçamento público enquanto instrumento de implementação de políticas públicas tidas como prioritárias pela Constituição da República, especialmente no que se refere à política fiscal enquanto instrumento de viabilização e estímulo de ações ecologicamente sustentáveis.

A proposta ora defendida é que a política fiscal se constitua instrumento efetivo de estímulo às atividades socialmente responsáveis e ecologicamente adequadas.

Para tanto, se faz necessário o controle material do conteúdo das normas orçamentárias, especialmente no que se refere à receita.

Não basta, portanto, que se proponha uma fórmula mágica para observância de determinadas regras na elaboração da política fiscal. A idéia central do presente trabalho é apresentar fundamentos constitucionais sólidos para que a política fiscal seja formulada em atendimento aos princípios constitucionais e, caso contrário, como se dará a correção através do efetivo controle.

2. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: Um direito constitucional

É certo que nem mesmo o conceito de desenvolvimento sustentável é algo que já esteja pacificado. Consideradas as variações correntes na doutrina, parece razoável o entendimento de

Giddens (2001, p. 613) para quem “desenvolvimento sustentável significa que o crescimento deveria ser conduzido, pelo menos idealmente, de forma a reciclar os recursos físicos em vez de os esgotar e a manter os níveis de poluição no mínimo possível”. Conforme explicita o mesmo autor, o termo “desenvolvimento sustentável” foi introduzido, pela primeira vez em 1987 no relatório “O nosso futuro comum”, encomendado pela Organização das Nações Unidas.

Tendo em vista a contradição acerca do conceito de desenvolvimento sustentável, seus limites e possibilidades, vale citar as variações sintetizadas por Veiga (2005, p. 163):

“A atual retórica sobre o desenvolvimento sustentável oscila entre essa sinistra visão de futuro, delineada por Georgescu, e a confiante crença de que surgirão, em tempo, os novos mercados e as inovações tecnológicas capazes de evitar, ou contornar, as catástrofes ambientais. Por isso, além de ter surgido a já mencionada distinção entre a sustentabilidade forte e fraca, também surgiu um sério debate sobre o caráter “objetivo” ou “subjetivo” do “conceito” de sustentabilidade (Hueting e Reijnders, 1998). E há ainda quem diga ser absolutamente necessário ir além da sustentabilidade para que seja possível abordar a atual desordem existente no relacionamento humano com a natureza (Jamieson, 1998)”.

Considerando o atual estágio da humanidade, os diversos desastres ambientais, a proliferação da pobreza e das doenças daí decorrentes, o aumento exacerbado do consumo, com a conseqüente produção de lixo, as perspectivas de esgotamento de muitos recursos naturais, especialmente no que se refere à escassez de água, não parece razoável a relativização do conceito de desenvolvimento sustentável.

Há quem chegue a afastar a idéia de desenvolvimento sustentável. Tal posicionamento decorre da enorme relativização do que seria a sustentabilidade ambiental inerente ao próprio conceito.

Assim, as possibilidades de degradação ambiental – conforme defendido por aqueles que entendem que as futuras tecnologias serão suficientes para minimizar os efeitos danosos decorrentes das ações humanas – devem ser rejeitadas sob pena de se inviabilizar o efetivo desenvolvimento sem prejuízo do meio ambiente e da própria condição humana.

É neste sentido que se encaminha o estudo elaborado por Alier (1998), intitulado "Da economia ecológica ao ecologismo popular", que, entre outros aspectos, discute o conceito de desenvolvimento sustentável. Certamente, a crítica ao que se denomina desenvolvimento

sustentável se dá pela incompatibilidade entre o modelo capitalista predatório voltado para o consumo e sustentabilidade ambiental global.

Não restam dúvidas acerca da necessidade de se adotar uma visão mais restritiva sobre as possibilidades de desenvolvimento, tendo em vista a preservação do meio ambiente. Ressalte-se, ainda, que a própria questão do desenvolvimento deve ser abordada de forma diversa daquela até hoje tratada sob a perspectiva liberal individualista.

Portanto, os próprios indicadores de desenvolvimento devem observar especialmente a qualidade de vida da população e os índices de conservação ambiental. Ta afirmação decorre da conscientização, cada vez maior, de que o simples desenvolvimento econômico não pode ser considerado como objetivo a ser alcançado pelo Estado ou por uma Sociedade que se proponha justa, solidária e ecologicamente sustentável.

A Constituição da República, em seu art. 225, dispõe que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações". Daí decorrem alguns aspectos que não jamais devem ser ignorados:

O primeiro deles é que o direito ao meio ambiente equilibrado, que deve ser conceituado como o equilíbrio entre uma sadia qualidade de vida, desenvolvimento econômico e social e sustentabilidade ambiental, foi elevado à categoria de direito constitucional do cidadão.

Além disso, decorre do referido mandamento constitucional um dever imposto ao Poder Público, à Sociedade e ao Cidadão, no sentido de atuar de forma efetiva para garantir a efetivação de tal direito.

A outra questão primordial decorrente do ideal constitucional é que as ações devam ser projetadas tendo sempre em vista o futuro da humanidade. Decorre daí a necessidade de que todas as ações individuais, sociais ou estatais, sejam voltadas para a preservação do meio ambiente a longo prazo, de forma a não comprometer a qualidade de vida das gerações futuras.

Portanto, o desenvolvimento econômico não pode ser fundado na exploração predatória que produza o desequilíbrio ecológico ou comprometa a sadia qualidade de vida não só para as gerações de hoje mas também para as futuras.

Ocorre que a nova modernidade ou “segunda modernidade” nos dizeres de Beck (1992), impõe uma mudança paradigmática para o enfrentamento dos principais problemas decorrentes da “primeira modernidade”, conforme registrado por Assmann (2000, p. 1):

No meu livro *Sociedade do Risco*, que apareceu na Alemanha em 1986, havia proposto a distinção entre uma primeira e uma segunda modernidade. Havia caracterizado a primeira modernidade nos seguintes termos: uma sociedade estatal e nacional, estruturas coletivas, pleno emprego, rápida industrialização, exploração da natureza não "visível". O modelo da primeira modernidade - que poderíamos denominar também de simples ou industrial - tem profundas raízes históricas. Afirmou-se na sociedade européia, através de várias revoluções políticas e industriais, a partir do século XVIII. Hoje, no fim do milênio, encontramos-nos diante daquilo que eu chamo "modernização da modernização" ou "segunda modernidade", ou também "modernidade reflexiva". Trata-se de um processo no qual são postas em questão, tornando-se objeto de "reflexão", as assunções fundamentais, as insuficiências e as antinomias da primeira modernidade. E com tudo isso estão vinculados problemas cruciais da política moderna. A modernidade iluminista deve enfrentar o desafio de cinco processos: a globalização, a individualização, o desemprego, o subemprego, a revolução dos gêneros e, *last but not least*, os riscos globais da crise ecológica e da turbulência dos mercados financeiros. Penso que se estão consolidando um novo tipo de capitalismo e um novo estilo de vida, muito diferentes daqueles das fases anteriores do desenvolvimento social. E é por este motivo que necessitamos urgentemente de novos quadros de referência, seja no plano sociológico, seja naquele político.

Certamente que a mudança paradigmática citada está diretamente relacionada à evolução estatal, já que o Estado mínimo do liberalismo deve dar lugar ao Estado Democrático e Social de Direito.

3. DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL: Uma mudança paradigmática

A partir do século XI, na Europa Ocidental, iniciou-se a decadência do feudalismo com a centralização do poder político. Neste contexto, em 1215, foi editada a *Magna Charta* britânica que, embora tenha contribuído, em um primeiro momento para reforçar o regime feudal, determinava, a longo prazo, a definitiva destruição desse regime, sendo considerada o embrião da democracia moderna, conforme consignado por Comparato (2001, p. 76):

Graças a essa primeira limitação institucional dos poderes do rei, pode-se dizer que a democracia moderna desponta em embrião nesse documento do século XIII.

Nada a ver com a *demokratia* grega. Esta se caracteriza, com efeito, pela soberania popular ativa, com o *demos* exercendo conjuntamente as funções legislativa e judiciária, além da tomada das grandes decisões políticas, como a paz e a guerra.

Na democracia moderna, a soberania popular é meramente passiva ou formal, pois o governo é representativo. Em compensação, os poderes governamentais são sempre limitados e as liberdades individuais solenemente afirmadas.

No ano de 1689, portanto um século antes da Revolução Francesa, foi promulgado o *Bill of Rights* que estabeleceu, pela primeira vez, a institucionalização da separação dos poderes do Estado à medida que o Parlamento passou a deter os poderes de legislar e criar tributos (COMPARATO, Idem, p. 88).

Inaugurava-se, portanto, uma nova fase histórica caracterizada pela limitação ao poder de tributar e pela necessidade de contrapartida estatal. Significa dizer que a política fiscal deixa de ser simples poder arbitrário do monarca e passa a ser uma atividade estatal vinculada a uma finalidade de interesse social.

A Constituição Americana de 1787, sucedânea à independência, declarada onze anos antes e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada em 1789 com a Revolução Francesa constituem o marco histórico da submissão do Estado ao Povo, expressando o ideal de Rousseau de que todo poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido.

A Declaração de Direitos de 1787, entretanto, levou a efeito a teoria da tripartição dos poderes preconizada no “Espírito das Leis” de Montesquieu. O sistema de *checks and balances* institucionalizado significou o controle jurisdicional do Estado contra as violações aos direitos individuais, simbolizando, nas palavras de Bonavides (2004, p.63), o “esteio sagrado do liberalismo”.

Pode-se dizer que o Estado Liberal foi marcado pelos ordenamentos constitucionais que, efetivamente, acolheram os direitos de liberdade, igualdade formal e participação política, a partir do pós-guerra, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948.

Nos três últimos séculos, portanto, o mundo experimentou grandes revoluções sociais representadas, especialmente, pela queda do absolutismo e sua substituição pelo Estado Liberal e, posteriormente, pela tentativa de criação de um Estado Socialista. Certamente, estes movimentos foram impulsionados por ideais de liberdade e igualdade, muito embora, na prática, tenha se verificado que a concretização de ambos se deu apenas formalmente. Com a ascensão e difusão

cada vez maior do Estado Liberal de cunho individualista, com ênfase na acumulação de capital, nota-se o crescimento de fortes desigualdades sociais, em especial nos países subdesenvolvidos.

Posteriormente, de maneira generalizada, teve início o movimento em que se defendia maior participação do Estado no direcionamento da sociedade, isto é, de criação de um Estado Social, institucionalizado pelas chamadas constituições programáticas. Nesse elenco de países, inclui-se o Brasil, que, de forma um tanto quanto tardia, fez coro com aqueles que defendiam a necessidade de encontrar meios mais efetivos de concretização do que estava previsto nas Declarações de Direitos.

A estruturação do Estado Social denota a evolução dos direitos fundamentais e a instrumentalização dos direitos sociais, sendo a promulgação da Constituição da República em 1988, tendo em vista o contexto social de efetiva estruturação de um Estado Democrático, considerada como marco histórico brasileiro. Com relação às especificidades do Estado Liberal e do Estado Social, vale citar os ensinamentos de BONAVIDES (2004, p.32)

O Estado liberal e o Estado socialista, frutos de movimentos que revolveram e abalaram com armas e sangue os fundamentos da Sociedade, buscavam, sem dúvida, ajustar o corpo social a novas categorias do exercício do poder concebidas com o propósito de sustentar, desde as bases, um novo sistema econômico adotado por meios revolucionários.

Já o Estado social propriamente dito – não o do figurino totalitário, quer de extrema esquerda, quer de extrema direita – deriva do consenso, das mutações pacíficas do elemento constitucional da Sociedade, da força desenvolvida pela reflexão criativa e, enfim, dos efeitos lentos, porém seguros, provenientes da gradual acomodação dos interesses políticos e sociais, volvidos, de último, ao seu leito normal

Note-se que a implantação do Estado Social, conforme preconizado na Constituição, foi sabotado por uma série de governos, de viés eminentemente neoliberal, que promoveram um sem número de emendas constitucionais, além da alienação de um enorme patrimônio público – na maioria das vezes financiado pelo próprio Estado, através do BNDES – pregando que, assim, o Estado passaria a ser eficiente naquilo que se propunha essencial, como no caso da saúde, educação, saneamento básico, segurança e habitação.

Obviamente, o discurso mostrou-se completamente dissociado da prática, já que o Estado reduziu efetivamente a sua atuação e, mesmo assim, os direitos sociais mais básicos ainda não foram implementados.

Verifica-se que, mesmo após vinte anos de promulgação da Constituição do Brasil e mudanças ideológicas no comando do Poder Executivo Federal, o referido “Banco de Desenvolvimento Econômico e Social” ainda continua a financiar projetos dos mesmos grandes capitalistas nacionais que se apropriaram do patrimônio público outrora alienado pelo outro governo neoliberal. Os investimentos em saúde pública, educação e saneamento básico, principalmente se considerada a evolução da arrecadação tributária, mostram-se totalmente insuficientes – tanto no que se refere ao volume de recursos, quanto à eficácia e eficiência de sua utilização.

A política fiscal continua alienada da realidade e dissociada das prioridades constitucionais. A tributação ainda representa um pesado fardo a ser indevidamente suportado pelas atividades relacionadas ao desenvolvimento sustentável, enquanto o capital especulativo regozija-se com altos lucros tributados de forma insignificante.

O resultado disso é que os grandes bancos brasileiros, em plena crise financeira mundial, esbanjam lucros altíssimos, enquanto a política fiscal inviabiliza atividades socialmente e ecologicamente responsáveis.

Tal distorção decorre do fato de que, quase vinte anos após a promulgação da Constituição brasileira, ainda se percebe uma crise de efetividade das suas normas. Essa crise tem suas raízes em um sistema que ainda insiste na reprodução de um modelo positivista que esgotou suas contribuições para uma sociedade caracterizada por relações cada vez mais complexas, não sendo capaz, portanto, de trazer respostas adequadas aos grandes dilemas da modernidade.

Neste contexto, se faz cada vez mais necessária a criação de uma teoria orçamentária adequada às prioridades constitucionais.

É certo que uma nova e adequada teoria orçamentária esbarra em verdadeiros dogmas, como a discricionariedade e o mérito dos atos administrativos – reproduzidos através de um discurso ideológico que os fundamenta metafisicamente de forma a afastar a realidade do mundo jurídico – além de outras falácias, como é o caso da questão da “reserva do possível”, diretamente relacionada ao orçamento público e suas limitações – além das argumentações acerca do “mínimo existencial”.

Considerando a insuficiência de respostas, dadas pelo modelo vigente à complexidade das múltiplas relações contemporâneas, recorreu-se à hermenêutica filosófica, tal como formulada

por GADAMER (2007), em especial a partir da “Crítica Hermenêutica do Direito” ou “Nova Crítica do Direito” elaborada por STRECK (2005) – em contraposição à hermenêutica tradicional de caráter eminentemente procedimental, na qual a linguagem é uma terceira coisa interposta entre o sujeito e o objeto – com a finalidade de demonstrar que, no Estado Democrático e Social de Direito, apenas pode haver um caminho constitucionalmente adequado no direcionamento das políticas públicas, especialmente no que se refere à política fiscal.

Trata-se de superar as teorias ornamentais do direito para, ultrapassando a aparência, criar uma teoria adequada à realidade social, conforme preconizado por Streck (2004, p.11):

Numa palavra: essa (nova) crítica deve ser entendida como um a peculiar maneira de compreender o Direito, ou seja, essa (nova) perspectiva crítica, rompendo com a idéia da subsunção do caso sob uma regra (“categoria” primordial fundante) que lhe corresponde e da possibilidade da autonomia do texto, deve ser vista não como um emaranhado sofisticado de palavras, mas, sim, como uma ferramenta metateórica e transmetodológica a ser aplicada no processo de des-construção do universo conceitual e procedimental do edifício jurídico, nascido no paradigma metafísico, que o impediu (e ainda continua impedindo) de submetê-los às mudanças que há muito tempo novas posições teóricas – não mais metafísicas – nos põem à disposição!

Portanto, partindo do pressuposto de que a ausência de uma teoria do orçamento constitucionalmente adequada vem causando enormes malefícios à efetiva institucionalização do Estado Democrático e Social de Direito fundado no desenvolvimento sustentável, o presente estudo direciona-se no sentido da identificação de mecanismos, limites e possibilidades para garantir que o orçamento público, em especial a política fiscal, seja direcionada ao atendimento dos ideais constitucionais.

4. A CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE E O COMPROMISSO COM AS TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS

Uma das questões mais delicadas alusivas ao tema ora tratado é o que se refere à legitimidade da Constituição da República, exigindo, necessariamente, a consolidação de uma

teoria da constituição adequada à realidade brasileira, que enfatize o caráter vinculante de todas as suas normas, apesar – ou principalmente – por seu caráter compromissário e dirigente. Ou, como convencionou STRECK (2004, p. 133 e segs.), uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia (TCDAPMT).

Como lembra BERCOVICI (1995, p. 35), com propriedade, ao analisar a problemática da constituição dirigente, deve ser observado o texto de determinada constituição. Não se trata de uma análise metafísica, dissociada do contexto histórico e das condições reais de uma realidade, mas de uma sociedade específica: a sociedade brasileira e sua Lei Maior:

Ao debruçarmo-nos sobre a problemática da Constituição dirigente, ou seja, a constituição que define fins e objetivos para o Estado e a sociedade, precisamos fixar-nos ao texto de uma determinada constituição. Isso porque o texto constitucional é o texto que regula uma ordem histórica concreta, e a definição da Constituição só pode ser obtida a partir de sua inserção e função na realidade histórica. Esse é, nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho, o “conceito de constituição constitucionalmente adequado”.

Ao contrário do que poderiam concluir, apressadamente – a partir da afirmação de CANOTILHO (2001) de que “a constituição dirigente está morta” – os inconformados com a transformação, introduzida pela Constituição de 1988, do Brasil em um Estado Democrático e Social de Direito, tal afirmação nem sequer tangencia a experiência brasileira. É certo que o constitucionalista lusitano fez suas considerações tendo em vista uma conjuntura muito específica, especialmente em razão das grandes mudanças ocorridas nos Estados Nacionais Europeus com a criação da Comunidade Econômica Européia.

Além do mais, o estágio de desenvolvimento social brasileiro nem de perto se equipara ao dos países europeus, razão pela qual se mostra totalmente inadequada a adoção da teoria do direito reflexivo nos moldes defendidos por CANOTILHO para o sistema português em um país como o Brasil, onde vige o capitalismo predatório e as elites, com o apoio das estruturas do Estado, se mostram deveras eficientes em seu projeto de manutenção de poder e de concentração de riqueza (e terras).

Com relação à teoria do direito reflexivo, vale citar a lição de BERCOVICI (1999, p. 142):

Grosso modo, essa teoria tem por fundamento o postulado de que o Estado e seus instrumentos jurídico-normativos não mais têm a capacidade de regular a complexidade da sociedade contemporânea. Diante dessa incapacidade do Estado, a própria sociedade busca reduzir a sua complexidade por meio da diferenciação interna em vários sistemas, cada um deles atuando em áreas determinadas e auto-organizando suas estruturas, ordenamento, etc. Essa diferenciação da sociedade em vários sistemas faz com que não haja mais necessidade das normas gerais e padronizadoras do Estado.

Ao tratar da questão relativa à Constituição Dirigente, STRECK (2004, p. 134) chama atenção para a necessidade de contextualização da afirmação do mestre lusitano, além de deixar claro que uma teoria da constituição adequada deve observar o conteúdo fático e histórico de cada Estado.

O filósofo explica que a contextualização da tese da Constituição dirigente e compromissária dizia respeito, originariamente, à Constituição portuguesa, de traços nitidamente revolucionários, a ponto de prever, inclusive a “transformação do modo de produção rumo ao socialismo”. Ressalta, ainda, que as revisões constitucionais eliminaram esse “caráter revolucionário”. No caso brasileiro, a Constituição promulgada em 1988, “limitou-se a apontar para a transformação do modelo de Estado (Estado Democrático de Direito), restringindo-se, no plano econômico, a estabelecer as bases (núcleo político) de um Estado Social (*Welfare State*).”

É neste contexto que se faz mais contundente a necessidade de assimilação das diversas dimensões da Constituição, não apenas no sentido formal, de organização político-jurídica – enquanto reprodutora do *status quo* – mas especialmente no seu conteúdo material, axiológico, principalmente no que se refere ao seu caráter produtor, transformador. Conforme afirmou o próprio Canotilho (*in* GRAU, 2003, p. 432), “as Constituições dirigentes existirão enquanto forem historicamente necessárias.”

Certamente que, na esteira dos ensinamentos de STRECK (2004, p. 135), uma teoria da constituição dirigente adequada aos países de modernidade tardia (ou TCDAPMT), deve comportar um “conteúdo compromissário mínimo”, criando condições materiais de realização dos direitos fundamentais sociais ou, nas palavras do filósofo, “construção das condições de possibilidade para o resgate das promessas da modernidade incumpridas”.

A equivocada e limitada compreensão que a imensa maioria dos operadores do direito tem da constituição acabam por ensejar uma aplicação bem aquém da das suas reais possibilidades.

Ora, a Constituição brasileira – que permanece compromissária e dirigente – é clara quando determina que os objetivos fundamentais da República são: “construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos”. Trata-se do próprio desenvolvimento sustentável.

Obviamente que, caso as desigualdades tivessem efetivamente diminuído (ao contrário da crescente concentração de riqueza), caso a pobreza tivesse sido erradicada, o que não é, nem de longe, compatível com a realidade, poder-se-ia argumentar acerca da adaptação das normas constitucionais. Afinal, não precisaríamos mais de normas que determinassem a atuação do Estado sobre algo que não existe. É neste sentido que deve ser interpretada a afirmação de CANOTILHO, já que, para o mestre lusitano, a Constituição não pode permanecer alheia às mudanças sociais, a uma nova realidade. Ora, não há mudança operada, no Brasil, que determine a mudança dos objetivos fundamentais da República.

O que acontece, na realidade, é que a Sociedade e o Governo não atuam pautados pela vontade constitucional: quer dizer, a cada novo governante eleito, buscam-se mudanças constitucionais para adequar a Carta Magna aos ideais pessoais e transitórios. Trata-se de uma tentativa de processo de deslegitimação da Constituição.

É o que se verifica através do posicionamento de renomados juristas, ao defenderem a tese de que cada governante tem a possibilidade de formular as próprias políticas públicas, sem a necessidade de atender aos ditames constitucionais, como se esta fosse a real democracia. Parece ser este o caso de MOREIRA NETO (1997, p. 195) para quem:

O caminho do desenvolvimento institucional só estará aberto quando as fórmulas impositivas de políticas públicas forem varridas da Constituição, abrindo espaço para que se possa praticar uma autêntica democracia de escolhas de como queremos ser governados e não apenas de escolha de quem queremos que nos governe.

Por um lado, é bom que fique claro que até mesmo entre os que assumem uma posição reacionária ao caráter dirigente da Constituição, na forma expressa, nota-se o reconhecimento de que a Carta Magna determina “fórmulas impositivas de políticas públicas”, razão pela qual, os

governantes devem pautar-se por essas diretrizes; em caso contrário, cometem inconstitucionalidades.

Por outro lado, devem ser consignados: 1) que o interesse público não se confunde com o interesse particular do governante, confusão corriqueira, e 2) é de se lamentar que, no Brasil, não há norma que vincule a atuação dos governantes às suas propostas de campanha enquanto candidatos, o que faz com que, invariavelmente, as ações concretas do governante distanciem-se sobremaneira dos programas de governo do candidato.

Assim, mesmo que o povo escolha como será governado, uma vez “varridas da Constituição” as “fórmulas impositivas de políticas públicas”, como proposto pelo administrativista, não haverá qualquer garantia de que as propostas do candidato serão convertidas em políticas públicas do governante, como é comum ocorrer.

Além disso, a crise é agravada pelo fato de que, mesmo com uma Constituição extremamente avançada no que se refere às possibilidades de conquistas sociais – traduzidas especialmente pelas normas impositivas de atuação no sentido do desenvolvimento sustentável e redução das desigualdades por meio da efetivação dos direitos fundamentais sociais – ainda se insiste na reprodução do direito fundado no império da lei ordinária, como se as normas constitucionais não fossem dotadas de eficácia plena e como se coubesse ao legislador ordinário dispor sobre que normas constitucionais seriam dignas de conteúdo jurídico.

Essa importância secundária conferida ao direito constitucional é o que STRECK (2004, p. 215) convencionou chamar de “baixa constitucionalidade”.

A crise é agravada pela equivocada cisão entre o mundo real e o mundo jurídico, entre realidade e norma e pela conseqüente prevalência do procedimento sobre a substância, da liberdade formal sobre a igualdade material, do método sobre a verdade.

As normas constitucionais apenas passarão a ter eficácia à medida que as dimensões jurídica e social sejam compreendidas conjuntamente. Em outras palavras: vinte anos após a promulgação da Constituição, ainda não assistimos ao seu acontecer.

Segundo lição de CANOTILHO (2002, p. 1186), “realizar a Constituição significa tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais”. Todas as normas constitucionais, especialmente aquelas definidoras de direitos sociais, não apenas aquelas que favorecem a manutenção do *status quo*.

Ora, a Constituição determina que o Estado brasileiro adote políticas públicas que impliquem o desenvolvimento sustentável com a expressa sustentabilidade ecológica, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais.

No entanto, à exceção de alguns poucos paliativos, as decisões que emanam do poder central apenas fazem com que os ricos fiquem cada vez mais ricos e os pobres cada vez mais pobres.

A política fiscal é um bom exemplo disso. Até hoje não foi implementada qualquer ação no sentido da tributação das grandes fortunas, conforme previsto na Constituição. Ao contrário, cada miserável deste país, ao consumir produtos da cesta básica, está contribuindo para engordar a arrecadação de tributos, que, diga-se de passagem, bate recordes após recordes.

A proposta ora defendida é que a política fiscal se constitua instrumento efetivo de estímulo às atividades socialmente responsáveis e ecologicamente adequadas.

Para tanto, se faz necessário o controle material do conteúdo das normas orçamentárias, especialmente no que se refere à receita.

Não basta, portanto, que se proponha uma fórmula mágica para observância de determinadas regras na elaboração da política fiscal. A idéia central do presente trabalho é apresentar fundamentos constitucionais sólidos para que a política fiscal seja formulada em atendimento aos princípios constitucionais e, caso contrário, como se dará a correção através do efetivo controle.

5. HERMENÊUTICA FILOSÓFICA: Um caminho seguro para o desenvolvimento sustentável

Certamente que o desenvolvimento sustentável de uma sociedade de maneira segura deve estar fundamentado em uma base sólida. Para tanto, se faz necessária uma revolução paradigmática na forma de entender e aplicar o direito.

A necessidade da criação de uma teoria jurídica e filosófica adequada aos fins propostos se justifica na medida que a política fiscal brasileira é tradicionalmente desvinculada das prioridades constitucionais, sendo quase que pacífica a discricionariedade do Administrador Público ao estabelecer as diretrizes das políticas públicas de modo geral. Assim, a

fundamentação teórica para a vinculação da política fiscal deve vir acompanhada, obrigatoriamente, do respectivo fundamento do controle jurisdicional para correção dos possíveis desvios.

Neste sentido, torna-se obrigatória a desconstrução do discurso que fundamenta a discricionariedade administrativa, de forma a vincular a atuação do Poder Público no sentido de adequar a política fiscal às prioridades constitucionais.

A proposta de construção de um caminho seguro para o referido controle supera a simples substituição da discricionariedade do Administrador Público pela do Juiz. A discricionariedade judicial, por conseguinte a possibilidade de diversas respostas, constitui a base do positivismo jurídico exegético-normativista – ou dos neopositivismos – fundado no esquema sujeito-objeto que pensa o direito metafisicamente, através de conceitos universais que desvinculam o direito do mundo prático, acabando por isolar o direito da sociedade.

Vale citar, neste sentido, o pensamento de STRECK (2005, p. 300):

Numa palavra: se o direito é um saber prático, a tarefa de qualquer teoria jurídica é buscar as condições para: a) a concretização de direitos – afinal a Constituição (ainda) constitui – e, b) ao mesmo tempo evitar decisionismos e arbitrariedades interpretativas. Trata-se, pois, de entender que, se o primeiro problema metodológico tem uma resposta a partir da superação do paradigma representacional, uma vez que não mais cindimos interpretação de aplicação, *o segundo parece bem mais difícil de resolver, isto é, como evitar decisionismos, ativismos, etc, e alcançar uma resposta correta em cada caso.* Este é o cerne da discussão hermenêutica, pois

A implementação dos ideais constitucionais depende, sem dúvida, da superação da resistência positivista que se faz ao novo paradigma instituído pelo Estado Democrático e Social de Direito, como ensina STRECK (2005, p. 150) ao se referir ao que convencionou denominar a revolução copernicana do direito:

[...] o novo constitucionalismo – que exige uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma e um novo modo de compreender o direito – ainda não aconteceu em *terrae brasilis*. Ainda não compreendemos o cerne da crise, isto é, que o novo paradigma do direito, instituído pelo Estado Democrático de Direito, é nitidamente incompatível com a velha teoria das fontes, com a plenipotenciariade dos discursos de fundamentação, sustentada no predomínio da regra e no desprezo pelos discursos de aplicação, e, finalmente, com o modo de interpretação fundado (ainda) nos paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência. Assim, a teoria positivista das fontes vem a ser superada pela

Constituição; a velha teoria da norma dará lugar à superação da regra pelo princípio; e o velho *modus* interpretativo subsuntivo-dedutivo – fundado na relação epistemológica sujeito-objeto – vem a dar lugar ao giro lingüístico-ontológico, fundado na intersubjetividade.

Para que se atinja tal desiderato, a Constituição deve ser observada em toda a sua potencialidade e eficácia. Para tanto, deve ser ultrapassado o império positivista das regras vigente nos tribunais – que insistem em interpretar a Constituição conforme a lei ordinária – o que o filósofo convencionou denominar de “baixa constitucionalidade” (STRECK, 2005, p. 151)”

É certo que, praticamente vinte anos após a promulgação da Constituição do Brasil, ainda sofremos uma crise de efetividade, embora boa parte dos juristas venha trabalhando no sentido de conferir eficácia às normas constitucionais.

Essa crise deve-se, fundamentalmente, à reprodução do pragmatismo positivista de cunho liberal-individualista que ignora a realidade, criando fórmulas pretensamente universais aplicadas através do velho esquema sujeito-objeto e do método subsuntivo/dedutivo, conforme ensina Streck (2003, p. 79):

Em termos metodológicos, predomina o dedutivismo, a partir da reprodução inconsciente da metafísica relação sujeito-objeto. Nesse contexto, o próprio ensino jurídico é encarado como uma terceira coisa, no interior do qual o professor é um outsider do sistema. A doutrina que sustenta o saber jurídico resume-se a um conjunto de comentários resumidos de ementários de jurisprudência, desacompanhados dos respectivos contextos. Cada vez mais a doutrina doutrina menos; isto é, a doutrina não mais doutrina; é, sim, doutrinada pelos tribunais. É nisto que se baseia o casuismo didático: a partir da construção de “categorias”, produzem-se raciocínios “dedutivos”, como se a realidade pudesse ser aprisionada no “paraíso dos conceitos do pragmatismo positivista dominante”.

No entanto, parece que os caminhos traçados pela doutrina jurídica nacional não vêm surtindo os efeitos pretendidos. A simples importação de teorias jurídicas totalmente alheias à realidade brasileira, sem qualquer observância da realidade fática – fundadas em um paradigma metafísico que se pretende universal – vem, comprovadamente, mostrando-se inadequada.

Tal afirmação é dirigida, em especial, às teorias procedimentais do discurso e da argumentação – Habermas e Alexy, apenas para citar os mais festejados por aqui – que cindem, metafisicamente, discursos de fundamentação (prévios) e discursos de aplicação; interpretação de aplicação.

Mesmo em DWORKIN (2001), autor cuja tese encontra pontos em comum com a hermenêutica filosófica – em especial na proposta da existência da “única resposta correta” (*the one right answer*) e na impropriedade da cisão do ato de interpretar; quer dizer, para o autor não há a separação entre interpretação e aplicação, da mesma forma que não há distinção entre discursos de aplicação e de fundamentação – observa-se um descompasso com a realidade brasileira.

O referido pensador estabelece a indevida distinção entre casos fáceis e casos difíceis e defende a necessidade de se recorrer a princípios que estão situados fora do ordenamento jurídico. No entanto, tal premissa não se aplica ao caso brasileiro, já que nossa Constituição é permeada por princípios morais.

Em outras palavras:, no caso brasileiro– como de resto em diversas constituições de caráter compromissário e dirigente – foram os princípios morais (como o da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da solidariedade, da justiça social, da igualdade) incorporados ao sistema jurídico, criando obrigações para o Estado, sendo, nas palavras de BERCOVICI (*in* GRAU (org.), 2003, p. 75-107), “marcos do desenvolvimento do ordenamento, apontando objetivos e proibindo o retrocesso, funcionando como parâmetro essencial para a interpretação e concretização da Constituição”, razão pela qual não subsiste a necessidade de busca de princípios morais fora do sistema positivo.

Parece-nos, enfim, que o direito deva ser entendido juntamente com a sociedade e não como algo que transcende faticidade e historicidade, sendo de primordial importância para este fim, o estudo da aplicabilidade da hermenêutica filosófica de matriz gadameriana.

[...]Por isto Gadamer vai dizer que a hermenêutica como teoria filosófica diz respeito à totalidade de nosso acesso ao mundo (*Weltzugang*). Pois é modelo da linguagem e sua formação de realização – ou seja, o diálogo – que suporta não somente o entendimento entre os homens, senão também o entendimento sobre as coisas de que é feito nosso mundo. (STRECK, 2003, p. 185)

Parece claro o equívoco da posição positivista dos tribunais que, salvo raras exceções, ainda insistem na pretensão de interpretação genérica e abstrata da norma jurídica. Ora, quando o intérprete imagina determinado signo lingüístico, seu pensamento imediatamente o remete – considerando a universalidade, sua vivência, seus pré-juízos, linguagem, tradição – à concretização de um objeto específico, e não a um conceito universal. Assim, se penso em cadeira, p. ex., imagino uma cadeira de determinado tipo, cor, tamanho, etc., um objeto em si mesmo, e não uma cadeira conceitual, flutuante no espaço, que abarca todas as possíveis formas existentes de cadeiras.

O mesmo deve acontecer com a norma. Sua interpretação deve se dar quando da aplicação, observada não apenas a norma genérica e abstrata em si e a simples subsunção do caso concreto a esta norma, mas toda a universalidade de fatores que incidem sobre aquela situação, garantindo a resposta constitucionalmente adequada ao caso concreto.

Portanto, o caminho mais adequado parece ser, como sustenta STRECK, em sua *Crítica Hermenêutica do Direito*, a introdução da “diferença ontológica, *locus* do mundo prático”, na relação texto-norma, com a superação do esquema sujeito-objeto e dos dualismos sustentados por este (“consciência e mundo, linguagem e objeto, sentido e percepção, teoria e prática, texto e norma, vigência e validade, regra e princípio, casos simples e casos difíceis, discursos de justificação e discursos de aplicação”). Trata-se não de método, mas de filosofia, do modo-de-ser-no-mundo, de ordem jurídica acoplada à realidade:

A concepção hermenêutica que introduzo a partir da Nova Crítica do Direito procura ir além da cisão/separação entre texto e norma. Texto não é um enunciado lingüístico; texto é evento; norma é produto da interpretação desse texto; portanto, a norma é a condição de possibilidade do sentido do texto. A diferença ontológica estará na tensão entre texto e norma, que, assim, não existirão isoladamente, do mesmo modo que um ente só é no seu ser, e o ser é sempre o ser de um ente. Normas não são, pois, “capas de sentido”. Isso faz com que não se possa atribuir qualquer norma a um texto. É nisso que reside a superação do esquema sujeito-objeto; não há um sujeito que terá o objeto à sua disposição. O sentido de algo exsurgirá, assim, de uma síntese hermenêutica, que – por estar superado o esquema sujeito-objeto – não se dá subsuntiva ou dedutivamente. (STRECK, 2006, p. 272)

Ocorre, entretanto, que o pensamento moderno ainda continua dominado pelas proposições cartesianas, o que é determinante para o estreitamento da compreensão da problemática do mundo. Com relação à discussão hermenêutica da ontologia cartesiana de mundo, vale citar a afirmação de Heidegger, para quem:

Descartes radicalizou o estreitamento da questão do mundo, reduzindo-a à questão sobre a coisalidade da natureza enquanto intramundano acessível numa primeira aproximação. Consolidou a opinião de que o conhecer ôntico de um ente, pretensamente o mais rigoroso, também constitui a via de acesso possível para o ser primário do ente que se descobre nesse conhecimento.[...] Com a explicitação radical da *extensio* como *praesuppositum* de toda determinação da *res corporea*, Descartes preparou a compreensão de um *a priori*, cujo conteúdo foi fixado posteriormente por Kant de maneira mais penetrante. Dentro de certos limites, a análise da *extensio* independe da falta de uma interpretação explícita do ser deste ente dotado de extensão. O ponto de partida da extensão como determinação fundamental do “mundo” possui a sua razão fenomenal, embora nem a espacialidade do mundo, nem a espacialidade primeiramente descoberta dos entes que vêm ao encontro do mundo circundante e, sobretudo, a espacialidade da própria presença possam por ela ser compreendidas ontologicamente. HEIDEGGER (2007, p. 152)

Acontece, porém, que as coisas não são estanques no “mundo”, não podem ser vistas ou interpretadas de forma isolada ou através de conceitos universalizantes, senão dentro de um contexto específico ou, nas palavras de Heidegger, a compreensão do “ser-no-mundo” como um “fenômeno de unidade”.

Para que se compreenda bem o pensamento cartesiano, basta que se relembre a célebre metáfora do relógio, onde Descartes procura estabelecer uma comparação entre a referida máquina e tudo mais que existe na terra, inclusive o homem.

Ocorre, entretanto, que, ao contrário do que pregava Descartes, o mundo não é feito de peças e engrenagens que podem ser vistas, examinadas e tratadas de forma autônoma. Certamente que essa visão – em razão de seu caráter extremamente anti-ecológico, por ignorar as necessárias conexões entre tudo e todos no mundo – foi responsável por termos chegado a essa “grande encruzilhada”:

Havendo assumido a pilotagem do processo evolutivo no planeta, em que rumo o homem irá afinal conduzi-lo: no sentido da plenitude da Vida, ou reversivelmente, em inesperada involução, na direção da Morte?

Essa indagação crucial vai aos poucos se abrindo a todos nós no presente, à medida que a humanidade, usufruindo de outra qualidade excepcional que a espécie humana introduziu no mundo – a reflexão –, começa a ter consciência de si mesma, e passa a se enxergar como o novo e supremo agente coletivo da História. Com efeito, o futuro da humanidade não comporta uma via única de solução dentro do processo evolutivo. Há mais de uma opção à nossa frente. A nossa espécie vive agora o momento decisivo, em que já se sente perfeitamente responsável por si mesma e capaz de determinar em definitivo o seu porvir. (COMPARATO, 2006, P. 410)

A despeito de toda a evolução da humanidade, o ideal liberal de cunho individualista que tem predominado – em clara oposição ao que preconiza o Estado Social instituído pela Constituição do Brasil – é responsável pelo aumento da pobreza, das imensas desigualdades sociais e da constante exploração predatória do meio ambiente.

É dentro dessa visão de mundo que deve ser observada a Constituição enquanto representação da vontade de um povo específico – o povo brasileiro – vontade de superação das desigualdades, da realização de justiça social através da implementação de políticas públicas direcionadas para esse fim, sendo inconstitucional qualquer decisão em sentido diverso. É o que STRECK convencionou chamar de “resposta constitucionalmente adequada”.

Numa palavra, essa resposta constitucionalmente adequada é o ponto de estofamento em que exsurge o sentido do caso concreto (da coisa mesma). Na coisa mesma (*Sache selbst*), enfim, nessa síntese hermenêutica, está o que se pode denominar de a resposta hermeneuticamente correta – porque mais adequada à Constituição; e que é dada sempre e somente na situação concreta. (STRECK, 2006, p. 210)

É dentro dessa necessidade gerada a partir da insuficiência de respostas, dadas pelo modelo vigente à grande complexidade das relações contemporâneas, que recorreremos à hermenêutica filosófica de GADAMER, em especial a partir da “Crítica Hermenêutica do Direito” ou “Nova Crítica do Direito” elaborada por STRECK, de forma a demonstrar a adequação dessa nova forma de entender o mundo ao Estado Democrático e Social de Direito.

Obviamente que a proposta aqui defendida no sentido de garantir o controle efetivo das políticas públicas – especialmente no tocante à política fiscal – deverá se dar no caso concreto.

Seria um contra-senso pretender estabelecer alguma espécie de procedimento que visasse garantir regras genéricas para o controle jurisdicional das políticas públicas.

No entanto, a se considerar os objetivos do Estado Democrático e Social de Direito estabelecidos na Constituição do Brasil – de caráter nitidamente compromissário e dirigente – e o atual estágio de desenvolvimento social brasileiro, caracterizado por um sistema de saúde pública agonizante, educação pública caótica, e ausência de sistemas de saneamento básico na imensa maioria dos municípios brasileiros, aliados a uma das maiores cargas tributárias do mundo, não fica difícil a análise da constitucionalidade das políticas públicas adotadas no País; principalmente porque, via de regra, as ações administrativas não são voltadas ao atendimento dos ideais constitucionais.

Não se trata, portanto, de uma proposta de controle procedimental genérico e abstrato, mas do controle das ações e omissões administrativas levando-se em consideração o mundo prático.

É necessário, para tanto, que se supere a visão positivista que insiste na separação que se procura estabelecer com absoluto rigor, entre o plano jurídico do plano dos fatos. Tal separação é, nos dizeres de ADEODATO (2002, p. 80), “excessivamente mecanicista quanto ao processo de aplicação da norma aos fatos, como se existisse uma nítida linha divisória entre o plano jurídico e o plano dos fatos e como se o direito não resultasse de um processo inter-integrativo ou de uma tensão dialética entre norma e fato”.

No mesmo sentido, ensina STRECK(2005, p.296) ao afirmar que:

o discurso exegético-positivista, ainda dominante no plano da dogmática jurídica praticada cotidianamente, representa um retrocesso, porque, de um lado, continua a sustentar discursos objetivistas, identificando texto e sentido de texto (norma), e, de outro, busca, nas (diversas) teorias subjetivistas, uma axiologia que submete o texto à subjetividade assujeitadora do intérprete, transformando o processo interpretativo em uma subsunção dualística do fato à norma, como se fato e direito fossem coisas cindíveis e os textos fossem meros enunciados lingüísticos.

GADAMER explica que o problema hermenêutico se dividia em *subtilitas intelligendi*, compreensão e *subtilitas explicandi*, a interpretação, e durante o pietismo se acrescentou como terceiro componente a *subtilitas applicandi*, a aplicação. Deixa claro, entretanto, que o nome

subtilitas mostra que os três se compreendem “menos como um método sobre o qual se dispõe do que como uma aptidão que requer uma particular finura de espírito”. Portanto, o filósofo afirma a necessidade de se compreender que o método de interpretação é *applicatio*.

Entretanto, deixa claro que “a aplicação é um momento tão essencial do processo hermenêutico como a compreensão e a interpretação” e “compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão”. Sobre a questão da linguagem e da interpretação, vale citar o filósofo alemão:

Ora, como vimos, o problema hermenêutico recebeu seu significado sistemático no momento em que o romantismo reconheceu a unidade interna de *intelligere* e *explicare*. A interpretação não é um ato posterior e ocasionalmente complementar à compreensão. Antes, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão. Relacionado com isso está também o fato de que a linguagem e a conceptualidade da interpretação foram reconhecidas como um momento estrutural interno da compreensão; com isso, o problema da linguagem que ocupava uma posição ocasional e marginal passa a ocupar o centro da filosofia. (GADAMER, 2007, p. 406-407)

Ou, conforme afirma STRECK (2005, p. 315) ao citar o filósofo alemão, “ao contrário do que se diz, não interpretamos para, depois, compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar, sendo a interpretação a explicitação do compreendido, nas palavras de Gadamer”.

Portanto, se o intérprete deve explicitar as condições relativas à compreensão, sendo que, nos dizeres de Streck, “essa explicitação é o espaço ‘epistemológico’ da hermenêutica” e devem ser levados em consideração todos os aspectos relativos ao caso concreto, observadas as peculiaridades da realidade e os compromissos da Constituição, fica descartada qualquer hipótese de adoção de múltiplas respostas, o que deverá simplificar sobremaneira o controle das diversas políticas públicas, em especial a política fiscal, à medida que se identifique aquelas contrárias aos ideais constitucionais.

Trata-se de uma questão moral, já que a Constituição está impregnada de princípios que impõem um dever ser de uma sociedade justa e solidária, cujas ações de desenvolvimento econômico e social sejam pautadas pelos princípios de sustentabilidade ecológica.

Portanto, considerando que o “caso concreto representa a síntese do fenômeno hermenêutico-intepretativo” (STRECK, 20205, p. 317), cada ato relacionado às políticas públicas

deve estar fundamentado nos valores constitucionais presentes, enquanto ideal de uma sociedade específica.

É neste contexto que a hermenêutica filosófica se mostra a solução mais adequada à construção de um caminho sólido para o controle jurisdicional de políticas públicas de forma a garantir o cumprimento dos ideais constitucionais, livre de decisionismos e discricionariedades, característica essencial do positivismo que já demonstrou seu esgotamento no que se refere à solução dos problemas da modernidade.

6. O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E A LEGALIDADE ESTRITA: O DOGMA DA DISCRICIONARIEDADE

Certamente que a interferência na formulação de qualquer política pública, como é o caso da proposta aqui defendida – de vinculação da política fiscal aos ideais constitucionais de desenvolvimento sustentável – deve superar o dogma da discricionariedade administrativa.

O posicionamento conservador dos nossos tribunais, no sentido de que os atos administrativos apenas podem ser fiscalizados no que se refere à sua legalidade estrita, tem sofrido severas críticas por boa parte da doutrina em razão do efeito nefasto que a imunidade ao controle tem produzido à sociedade.

Certamente, tal efeito decorre de vários fatores, sendo um deles – talvez o mais importante – o discurso ideológico fundamentador da discricionariedade, que impede que a realidade social possa ser simbolizada e considerada para fins de elaboração e controle de políticas públicas.

Esse discurso é resultado de uma “abstração jurídico-conceitual objetificante”, que decorre do próprio pensamento metafísico que ignora a diferença entre o ser e o ente:

A metafísica pensa o ser e de detém no ente; ao equiparar o ser ao ente, entifica o ser, através de um pensamento objetificador. Ou seja, a metafísica, que na modernidade recebeu o nome de teoria do conhecimento (filosofia da consciência), faz com que se esqueça justamente da diferença que separa o ser do ente. (STRECK, 2006, p. 131)

A discricionariedade administrativa é idealizada como conceito metafísico, resultado de fatores igualmente alienados – conveniência e oportunidade – que, é utilizada como verdadeira barreira à análise do caso concreto.

Assim, a dita “discricionariedade” é visualizada como conceito em-si-mesmo, “descolado” da faticidade e historicidade que lhe são inerentes de forma que nunca seja ultrapassada a sua superficialidade ou seu des-velamento.

A simples argumentação de que determinada escolha está circunscrita ao mérito administrativo, sendo, portanto, discricionária, é suficiente para que nossos tribunais afastem qualquer possibilidade de controle.

Ocorre que esse pensamento é reproduzido justamente em razão da equivocada visão cartesiana de mundo que ignora a diferença entre sujeito e objeto, tendo suas raízes fincadas na Idade Média, intensamente identificada no pensamento de Descartes.

A compreensão do fenômeno passa, entretanto, pela compreensão de suas origens, contexto histórico e evolução dentro da sociedade no decorrer dos tempos.

A discricionariedade era considerada, no Absolutismo, a pura expressão do poder do Rei, tendo sido, a partir da Revolução Burguesa, em 1789, que trazia os novos ideais liberais – em especial no que se refere às liberdades individuais e à propriedade privada – crescentemente limitada.

Com isso, o eixo da legitimidade foi deslocado do Poder Executivo – de quem foi extraída a competência para a elaboração de leis – para o Poder Legislativo. Portanto, ficou consolidada a idéia de que a vontade do povo substituíra a vontade do monarca, até então tida como absoluta.

Neste novo contexto caracterizado pelo Estado Democrático de Direito, a discricionariedade administrativa passa a ser vista como algo que deve ser extirpado, por ser incompatível com o novo regime de submissão geral à lei – expressão da vontade popular e limite do poder administrativo.

É aí que também se insere a teoria dos “freios e contrapesos” idealizada na separação dos poderes de Montesquieu, como instrumento de limitação do poder estatal e do mútuo controle, objetivando o impedimento do exercício de arbitrariedades.

Após anos de árduas batalhas entre defensores e críticos desse resquício do absolutismo, a discricionariedade administrativa passou a ser aceita, excepcionalmente, como margem de

atuação do administrador público em face da impossibilidade prática de previsão legal de toda e qualquer hipótese de possível ocorrência.

Ocorre que essa excepcionalidade foi, aos poucos, sendo cada vez mais aceita à medida que se justificava a escolha administrativa como um meio para se atingir aquele fim traçado na norma.

Já como afirma KRELL (2004, p. 23-24), ao tratar dos conceitos jurídicos indeterminados e da discricionariedade daí decorrente, as “normas-objetivo” ou “normas de criação” (*Gestaltungsnormen*), para o moderno Estado Intervencionista, “servem de base jurídica na implementação de políticas públicas”, deixando que este eleja, com “larga margem de discricionariedade”, os meios adequados a se atingirem os referidos fins:

Somente após muitos anos de debate, a discricionariedade passou a ser aceita como verdadeira necessidade para habilitar 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, no qual 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.

Com base neste raciocínio, a Administração passou a atuar com uma liberdade cada vez maior nas suas escolhas – de acordo com critérios de conveniência e oportunidade – para o alcance dos fins previstos na lei.

A partir daí, o conceito de discricionariedade administrativa ganha contornos de dogma à medida que a compreensão do fenômeno, de forma crescente, se afasta da realidade – em especial no que se refere à utilização dos ditos “conceitos jurídicos indeterminados”.

Levando em consideração a existência de tais conceitos no texto legal, estaria ampliada a margem de atuação do administrador público. Se as referidas “normas-objetivo” ou “normas de criação” traçam os objetivos a serem atingidos pela Administração, a esta cabe eleger os melhores e mais adequados meios para a realização das políticas públicas necessárias à realização destas finalidades.

Ora, não há como conceber a existência de “conceitos jurídicos indeterminados”, salvo sob uma ótica metafísica alienada das condições de mundo. Tais conceitos não existem senão dentro de uma realidade específica. Afinal, termos como “interesse público”, “idoneidade moral”, “notória especialização”, “elevado saber”, “boa-fé”, “preço justo”, “miséria”, não representam nada enquanto simples signos. Não podem, portanto, ser interpretados segundo o paradigma metafísico-objetificante, quer dizer, os conceitos em-si-mesmos não podem ser tratados como objetos separados do mundo social pelo intérprete.

Conforme ensina BANDEIRA DE MELLO (1998, p. 52), essa “indeterminação só existirá em abstrato”, ou, nas palavras de GARCIA DE ENTERRÍA

(...) no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación...” já que “al estar refiriéndose a supuestos concretos y no vaguedades imprecisas o contradictorias es claro que la aplicación de tales conceptos ala calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto: o hay buena fé o no la hay; o el precio es justo o no lo es; o se há faltado a la probidad o no se há faltado. Tertium non datur. Esto es el esencial del concepto indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce em uma indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales solo permiten una ‘unidad em cada caso. (in BANDEIRA DE MELLO, 1998, p. 52)

No entanto, tais conceitos são utilizados com vistas à ampliação do alcance da discricionariedade administrativa, de forma que esta atinja não somente os atos políticos por natureza, mas também outros que estariam fundados em normas caracterizadas por conterem os ditos “conceitos jurídicos indeterminados”.

Ao discorrer sobre a recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil, KRELL (2004, p. 21-49) contextualiza a criação das referidas teorias no período do pós-guerra, já que o controle judicial da Administração Pública, nesse período, aumentou consideravelmente tendo em vista “a amarga experiência do regime nazista, que erradicou o controle judicial dos atos do Governo e da Administração do regime totalitário.”

Certamente que a teoria acerca da discricionariedade administrativa desenvolveu-se em razão da situação peculiar pela qual passava a Alemanha do pós-guerra, o que demonstra a importância de se levar em consideração as peculiaridades da sociedade na elaboração de uma teoria jurídica que se pretenda legítima e válida.

Neste contexto, mostra-se cada vez mais necessária a criação de uma teoria do controle da administração pública que observe a evolução histórica e situação a que chegou a sociedade brasileira, que convive com as mais variadas formas de desvio de poder, além de uma crescente situação de desigualdade social, e exploração predatória do meio ambiente, enquanto o Estado continua trabalhando no sentido de favorecer as mesmas elites que, há séculos, vêm obtendo as maiores benesses estatais.

Um bom exemplo dessa afirmação é a política de concessão de créditos do Banco Nacional de Desenvolvimento Social – BNDES, que, invariavelmente, continua a financiar grandes projetos dos maiores capitalistas nacionais que não têm qualquer compromisso com o desenvolvimento social. É o caso das grandes privatizações ocorridas a partir dos anos noventa, quando se iniciava, no Brasil, o projeto de Estado Neoliberal, pregando a existência de um Estado mínimo. Mesmo atualmente, o referido banco, que deveria priorizar investimentos na área do desenvolvimento social, vem atuando de forma a “salvar” empresas que se encontram em difícil situação econômica.

No mesmo sentido manifestou-se CLÈVE (2008, p. 7) ao comentar o desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais, indicando a possibilidade de controle das políticas públicas de financiamento do BNDES que venham a contrastar com as disposições constitucionais:

Pode o Poder Judiciário, eventualmente, fulminar políticas públicas que estejam contrastando com as disposições constitucionais, como por exemplo as políticas de financiamento desenvolvidas há algum tempo pelo BNDES, para modernizar as indústrias, políticas que implicavam um desemprego em massa, sem nenhuma preocupação com aqueles que ficariam à margem da sociedade por conta da modernização. Ninguém nega a utilidade de uma política de modernização (problema da produtividade) do parque industrial brasileiro. Neste caso, porém, se o aumento de produtividade implica demissão, por conta do princípio constitucional do pleno emprego, parece certo que o acesso aos recursos públicos deveria implicar a adoção de políticas amortecedoras do trauma do desemprego (capacitação profissional, por exemplo). Há aqui a possibilidade de atuar como legislador negativo. E como legislador positivo se não é possível atuar, é possível pelo menos, por meio de vários mecanismos, inclusive imposição de multas, nos termos do que dispõe o art. 14 do CPC, para os agentes públicos e não para o Estado, para obrigar as autoridades a encaminhar as propostas legislativas e administrativas (especialmente no campo orçamentário) necessárias para a satisfação desses direitos.

Ao abordar o controle da Administração Pública, FREITAS (1995, p. 324-337) faz menção ao conceito dos “atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios”, conforme proposto por DWORKIN, afirmando que o administrador “jamais desfruta de liberdade legítima e lícita para agir em desvinculação com os princípios constitucionais do sistema, ainda que sua atuação guarde – eis o ponto focal – uma menor subordinação à legalidade estrita do que na concretização dos atos ditos plenamente vinculados.”

De acordo com esse posicionamento, qualquer ato administrativo editado em descompasso com algum dos princípios constitucionais deve ser anulado, posto que irregular. No mesmo sentido tem se manifestado BANDEIRA DE MELLO ao afirmar, com frequência, que um ato administrativo que fere um princípio é muito mais grave que um outro que fere a lei.

Portanto, sem qualquer temor, pode-se afirmar que não existe ato discricionário, já que todos os elementos do ato serão sempre vinculados, em especial porque a finalidade e o motivo – principais elementos constitutivos de todo e qualquer ato administrativo – devem estar respaldados na Constituição.

Ao criticar a corrente e simplificada distinção entre atos discricionários e atos vinculados – que será propositadamente ignorada neste estudo, posto que incompatível com seus objetivos – BANDEIRA DE MELLO (1998, p. 55) chega a afirmar que tais fórmulas “induzem a uma errônea compreensão do fenômeno jurídico em causa, distorcem-lhe a fisionomia, obstaculizam seu entendimento e ocultam aspectos capitais dele. Daí que terminam por induzir a conclusões inteiramente falaciosas das quais resulta o danosíssimo efeito de arredar o Poder Judiciário do exame completo da legalidade de inúmeros atos e conseqüente comprometimento da defesa de direitos individuais.”

É certo que o discurso ideológico fundamentador da discricionariedade criou, através de uma “abstração jurídico-conceitual objetificante” uma categoria jurídica completamente dissociada do mundo real: um dogma. Ocorre, entretanto, que a aplicação desse conceito deve se dar justamente nesse mundo real, o que gera um descompasso entre o mundo prático e o mundo jurídico, afastando as reais possibilidades de controle.

Assim, o que deveria ser – como tolerado no início de sua inclusão no Estado Democrático de Direito – uma ferramenta posta nas mãos do administrador para atingir, da melhor forma as finalidades previstas na lei, passa a ser um poderoso artifício para aqueles que

atuam com desvio de poder ou arbitrariedade, principalmente em razão da ausência de controle judicial neste sentido.

7. A POLÍTICA FISCAL COMO INSTRUMENTO DE ESTÍMULO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: Possibilidades de controle material de constitucionalidade do orçamento público

O presente capítulo, destinado ao estudo do orçamento público, tem a pretensão de abordar a problemática do orçamento público de maneira bastante diversa daquela que vem sendo usualmente tratada pela doutrina jurídica, principalmente tendo em vista que as principais obras acerca do tema se ocupam de aspectos meramente formais. Quer dizer, se limitam a estudar a matéria isoladamente sob pontos de vista financeiro ou orçamentário, ignorando o conteúdo material das principais leis relativas à destinação dos recursos públicos e sua adequação às diretrizes traçadas na Constituição.

Portanto, o que se pretende aqui, partindo da atual ordem constitucional estabelecida, é estudar outras dimensões do orçamento público para, a partir daí, identificar elementos que possibilitem o seu controle material de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade material do orçamento e da execução das políticas públicas que o compõem deve prescindir, entretanto, de uma mudança de paradigma de forma que o direito seja trazido para o mundo real, através da superação do discurso positivista metafísico de pretensões de universalidade.

Neste aspecto, deve ser considerado que, para fins do presente trabalho, será adotada a nomenclatura “orçamento” em sentido amplo, tendo em vista a total ausência de implicação prática na referida distinção (plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual), já que o controle de constitucionalidade ora proposto tem a pretensão de alcançar o conteúdo – material – das referidas leis e a sua adequação às prioridades constitucionais.

A principal dimensão ora tratada se refere ao orçamento enquanto diretriz não apenas dos gastos públicos, e, como consequência, principal meio de materialização das políticas públicas de uma maneira geral, mas especialmente da receita pública, tendo em vista que a política fiscal se

mostra como poderoso instrumento de viabilização de ações voltadas ao desenvolvimento sustentável.

Portanto, a principal questão que deve ser respondida, neste aspecto, é: A que interesses serve o Orçamento Público?

Aspecto de fundamental importância para os fins deste estudo é a demonstração da necessidade de que o orçamento, bem como das políticas públicas que o compõem, seja encarado como instrumento de estímulo às ações social e ecologicamente responsáveis, conforme preconizado na Constituição do Brasil.

Este deve ser o ponto de partida para o controle orçamentário que deverá se dar em duas etapas distintas, mas não menos importantes:

A primeira delas deve observar o conteúdo material de todos os programas, projetos e atividades – no que se refere à despesa pública – além de toda e qualquer natureza de receita previstos no orçamento público.

A outra etapa se refere à execução orçamentária propriamente dita, quer dizer, ao *modus operandi* do Poder Executivo na condução das políticas públicas previstas nas leis orçamentárias, já que, muitas das vezes – para não dizer na maioria esmagadora delas – o orçamento público executado não guarda qualquer relação com aquele aprovado pelo Poder Legislativo.

São estas as duas etapas que, a seguir, passarão a ser examinadas em suas possibilidades.

7.1. O CONTROLE MATERIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS ORÇAMENTÁRIAS

A primeira etapa objeto da presente proposta de controle orçamentário leva em consideração o conteúdo das normas orçamentárias e sua compatibilidade com as prioridades constitucionais.

Neste aspecto, é bom que fique consignado com absoluta clareza que o orçamento público não deve ser alvo de controle apenas no que se refere à despesa pública, mas especialmente no que concerne ao aspecto da arrecadação, ou seja, a receita também deve ser alvo de controle.

Embora os poucos estudos existentes acerca do controle orçamentário indiquem, em sua maioria, a necessidade de controle dos gastos públicos, ou seja, da despesa, a receita pública não

pode ser ignorada, posto que a política fiscal pode significar tanto o sucesso quanto o fracasso de medidas que visem à evolução de ações voltadas ao desenvolvimento sustentável.

Certamente, ao fixar as alíquotas relativas a tributos, o Poder Público deve levar em conta as suas conseqüências, de forma que estimule ações privadas no sentido do atendimento das prioridades constitucionais.

Tal aspecto ganha especial relevância se observado o contexto brasileiro, onde se tem uma das maiores cargas tributárias do mundo que chega, inclusive, a inviabilizar uma série de atividades produtivas e ecologicamente responsáveis.

Exemplificando, seria o caso de um orçamento público que contemplasse a previsão de receitas levando em consideração uma determinada carga tributária a incidir sobre as variadas etapas da construção civil. A julgar pelo peso desta carga, estar-se-ia inviabilizando ações privadas fundamentais para a construção e popularização de habitações, contrariando, por conseguinte, a norma constitucional que prevê a moradia como um direito social.

Não significa dizer, com isso, que o Poder Público esteja impedido de tributar todas as ações que impliquem no atendimento dos ideais constitucionais.

Entretanto, toda a fixação de alíquotas deve ser precedida de um estudo que justifique, tendo em vista a necessidade de implementação de políticas públicas que viabilizem a popularização da moradia (como no caso exposto), qual a tributação adequada de forma que não prejudique a receita e, ao mesmo tempo, estimule a construção civil a ponto de atender à norma constitucional.

Obviamente que tais estudos acerca da previsão de receitas devem se dar em toda a amplitude orçamentária de forma a garantir que as atividades relacionadas aos ideais constitucionais recebam tratamento tributário que favoreça a sua implementação.

No entanto, o que acontece, via de regra, em todos os níveis da Federação, é que a previsão de receitas é feita sem qualquer compromisso com a realidade, fazendo com que, invariavelmente, a execução seja algo totalmente distinto daquilo que foi traçado na Lei Orçamentária.

Portanto, além do compromisso que a previsão de receitas deve ter com aquilo que realmente se espera da arrecadação – fundamentada em estudos que justifiquem a adoção dos referidos números – o aspecto mais importante a ser observado é se estes estudos foram direcionados no sentido de priorizar o atendimento das prioridades constitucionais.

Caso contrário, o orçamento público continuará a ser mera peça de ficção com a simples previsão de receita e fixação de despesas públicas, inclusive no que diz respeito ao controle de constitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento no sentido de que a lei orçamentária somente poderá sofrer controle de constitucionalidade no seu aspecto formal, ou seja, quando houver dispositivos alheios à previsão de receita ou fixação de despesa, com base no chamado princípio da exclusividade.

Assim, partimos do pressuposto que toda a receita prevista no orçamento público obedeceu a rígidos estudos que comprovaram ser aquela política pública de arrecadação tributária compatível com as prioridades constitucionais.

Certamente que, na prática, o que ocorre atualmente é que a política fiscal favorece os setores que, embora representem uma parcela ínfima da população brasileira, têm grande poder de decisão quando se trata do direcionamento das políticas públicas, já que, na maioria das vezes, foi responsável pelo financiamento das campanhas políticas que resultaram na eleição daqueles “representantes do povo”.

Assim, o sistema eleitoral brasileiro possibilita que pequenos grupos de pessoas, porém de grande poder econômico, exerçam fortes pressões para o direcionamento das políticas públicas, o que determina que tais políticas sejam encaminhadas não no sentido do que determina a Constituição, mas para favorecer às mesmas classes que vêm, há longo tempo, se beneficiando dos recursos – que não são poucos – expropriados de toda a sociedade.

É neste contexto que a Constituição deve ser vista como um remédio contra as “maiorias eventuais”, devendo o Poder Judiciário atuar no sentido de garantir que os gastos públicos sejam direcionados às prioridades constitucionais, e não às prioridades de pequenos grupos de pessoas que há muito se deleitam em farto banquete preparado às custas da miséria da imensa maioria da população brasileira.

Portanto, o presente estudo direciona-se no sentido de indicar a possibilidade de controle do orçamento público como um todo, especialmente no que se refere à previsão de receitas.

O que se pretende é que o conteúdo material do orçamento seja objeto de controle amplo, de forma a garantir que suas normas expressem a garantia da efetividade dos valores protegidos constitucionalmente.

O orçamento – enquanto diretriz, tanto da receita quanto dos gastos públicos – deve ser um instrumento de efetivação dos direitos sociais como forma de exercício da cidadania e de

estímulo à implementação de ações ecologicamente responsáveis, sem as quais não se atinge o pleno Estado Democrático e Social de Direito.

É neste sentido que caberá sempre o controle da constitucionalidade material do conteúdo das normas constantes do orçamento, ou seja, se os programas e as metas nele contemplados traduzem efetivamente os valores tidos como prioritários na Constituição, caso contrário, a correção do desvio poderá se dar por meio da intervenção da justiça constitucional através de mecanismos adequados.

7.2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA

Certamente que o controle material do conteúdo das normas orçamentárias é o ponto de partida para a garantia da eficácia de um orçamento constitucional.

No entanto, tal aspecto, por si só, não é o suficiente para garantir, através de uma política fiscal adequada, o cumprimento das prioridades constitucionais, especialmente no que se refere à efetividade das ações voltadas ao desenvolvimento sustentável.

Caso não haja o controle da execução orçamentária – tanto no que se refere à sua despesa, ou seja, no que concerne à destinação das verbas públicas, quanto no tocante aos meios e fins relacionados à previsão da receita – corre-se o risco de continuar com a prática, invariavelmente adotada em todos os níveis da Federação, de um orçamento executado totalmente dissociado daquele efetivamente aprovado pela lei respectiva.

A falta de compromisso do Poder Público com o orçamento chega a ponto de, em muitos casos, ocorrer a execução de um orçamento paralelo. Quer dizer, não chega a haver sequer um ponto de tangência entre o orçamento efetivamente executado e aquele outrora aprovado.

Acontece que, muito embora a Constituição determine que os Tribunais de Contas devem operacionalizar a fiscalização (contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial) não apenas no que se refere à legalidade, mas especialmente no que se refere à legitimidade das escolhas administrativas, nota-se que, tanto no que se refere ao acompanhamento da execução orçamentária, quanto no que diz respeito à apreciação e julgamento das prestações de contas, são observados principalmente os aspectos formais.

Portanto, mesmo que o orçamento tenha sido elaborado com observância das prioridades constitucionais, de nada vale se a sua execução não se der nos moldes previstos originariamente.

Neste sentido, vale ressaltar a importância do papel que os Tribunais de Contas – que contam com corpo técnico especializado – podem desempenhar em auxílio ao Ministério Público e ao Poder Judiciário no que se refere ao controle de constitucionalidade da execução orçamentária.

Ora, de nada vale uma lei orçamentária aprovada em consonância com as prioridades constitucionais caso sua execução esteja em descompasso com as normas ali estabelecidas.

A idéia, portanto, é de que os Tribunais de Contas – que têm a competência constitucional para fiscalizar não só a legalidade, mas também a legitimidade não apenas do destino dado aos recursos públicos, mas especialmente da previsão e execução da receita pública, como já foi dito – atuem, *mutatis mutandis*, como os *special masters* nos casos das reformas judiciais produzidas nos sistemas penitenciário e educacional norte-americanos, conforme lembra GOUVÊA (2003, p. 16):

As reformas judiciais levadas a cabo no sistema educacional e penitenciário norte-americano caracterizaram-se por uma complexidade que, no mais das vezes, inviabilizava sua supervisão pelo magistrado isoladamente. A maioria dos juízes valia-se de auxiliares – os *special masters* ou *compliance coordinators* – regamente financiados e especializados, cujas funções abrangiam desde o acompanhamento diuturno das obras nos presídios até a discussão de planos e a elaboração de regulamentos visando a aclarar pontos obscuros das sentenças ou dos acordos.

Em sua pioneira obra sobre o controle jurisdicional das omissões administrativas, o Promotor carioca questiona se, no Brasil, seria possível o dispêndio com os chamados *special masters*, já que “o atendimento aos direitos prestacionais mais essenciais periga por falta de verbas.”

Certamente que a preocupação é bastante válida, principalmente no sentido de que as verbas públicas não são destinadas, prioritariamente, ao atendimento dos direitos fundamentais sociais preconizados na Constituição.

No entanto, é bom que se esclareça a diferenciação entre “falta de verbas” e destinação equivocada, ou inconstitucional, de verbas.

Aliás, o próprio GOUVÊA, ao analisar a auto-aplicabilidade enquanto atributo dos direitos fundamentais condicionada pela “reserva do possível”, refere-se ao “predicado de prioridade”.

Conforme já foi dito anteriormente, não há que se falar em falta de verbas para saneamento público, saúde e educação, por exemplo, em um orçamento que contemple – e efetivamente execute – quantias superiores a duzentos milhões de reais para gastos em publicidade, quando a soma de todos os recursos destinados à área social não alcança a mesma cifra.

O que se verifica, na prática, é a inconstitucionalidade não apenas da despesa pública, mas também da receita, razão pela qual deve ser feita esta pequena ressalva ao excelente trabalho referido.

Já no que se refere aos gastos públicos com a contratação de especialistas no acompanhamento da execução orçamentária, parece que a solução mais adequada seria a atuação conjunta do Ministério Público, do Poder Judiciário e dos Tribunais de Contas.

8. CONCLUSÕES

A época atual se caracteriza por um sem número de paradoxos que, se por um lado, geram grande perplexidade social, por outro, demandam a adoção – cada vez mais urgente – de medidas capazes de adequar realidades e indivíduos.

Certamente que a compreensão desta nova modernidade passa necessariamente pela evolução histórica da sociedade e do Estado. Entretanto, deve ir além dessa historicidade e pressupor a identificação dos principais problemas decorrentes da multiplicidade e complexidade das relações contemporâneas.

Tais complexidades são expressas especialmente pelas inúmeras desigualdades geradas a partir dos primeiros processos de industrialização que caracterizaram o início da era moderna. A exacerbação do individualismo, a concentração de riquezas e o aumento do consumo sem qualquer preocupação com as conseqüências daí decorrentes, geraram uma situação de

insustentabilidade ecológica diante da manutenção do modelo social fundamentado no capitalismo individualista.

Decorre daí, um dos principais paradoxos da modernidade que é a questão relativa ao desenvolvimento sustentável. Significa dizer que o modelo social vigente traz uma demanda crescente pela produção, pelo consumo e pelo emprego e, ao mesmo tempo, tal movimento deve se pautar pela política de não agressão ao meio-ambiente.

I) Considerando que as ações humanas implicam a ocorrência cada vez maior de riscos desconhecidos, em primeiro lugar, se impõe a correta percepção e identificação destes riscos – presentes e futuros – associados às mais diversas atividades humanas. Uma vez identificados, e no intuito de minimizar os efeitos daí decorrentes, impõe-se necessária a adoção de uma série de medidas de caráter regulatório.

É neste contexto que se insere o Estado como agente transformador da realidade social, devendo tal papel ser exercido através dos instrumentos de que dispõe. Um destes instrumentos – considerado o poder estatal de cobrar tributos, restringir ou estimular determinadas atividades econômicas – é a correta utilização da política fiscal.

Portanto, cabe a este novo Estado utilizar as diversas possibilidades relacionadas à política fiscal para estimular as ações voltadas ao desenvolvimento sustentável.

Sob esta perspectiva, o presente trabalho procurou, partindo do conceito de desenvolvimento sustentável e sua disciplina constitucional, identificar o papel social do Estado a partir da sua evolução histórica, demonstrar a necessidade de controle do orçamento público enquanto instrumento de implementação de políticas públicas tidas como prioritárias pela Constituição da República, especialmente no que se refere à política fiscal enquanto instrumento de viabilização e estímulo de ações ecologicamente sustentáveis.

A proposta ora defendida é que a política fiscal se constitua instrumento efetivo de estímulo às atividades socialmente responsáveis e ecologicamente adequadas.

II) Tendo em conta o atual estágio da humanidade, os diversos desastres ambientais, a proliferação da pobreza e das doenças daí decorrentes, o aumento exacerbado do consumo, com a conseqüente produção de lixo, as perspectivas de esgotamento de muitos recursos naturais, especialmente no que se refere à escassez de água, não parece razoável a relativização do conceito de desenvolvimento sustentável.

Não restam dúvidas acerca da necessidade de se adotar uma visão mais restritiva sobre as possibilidades de desenvolvimento, tendo em vista a preservação do meio ambiente. Ressalte-se, ainda, que a própria questão do desenvolvimento deve ser abordada de forma diversa daquela até hoje tratada sob a perspectiva liberal individualista.

Portanto, os próprios indicadores de desenvolvimento devem observar especialmente a qualidade de vida da população e os índices de conservação ambiental. Ta afirmação decorre da conscientização, cada vez maior, de que o simples desenvolvimento econômico não pode ser considerado como objetivo a ser alcançado pelo Estado ou por uma Sociedade que se proponha justa, solidária e ecologicamente sustentável.

III) Para que se alcance o efetivo estágio de desenvolvimento sustentável, há que se superar o Estado Liberal de cunho individualista, com ênfase na acumulação de capital, responsável pelo crescimento de fortes desigualdades sociais, em especial nos países subdesenvolvidos.

É neste sentido que se propõe uma maior participação do Estado no direcionamento da sociedade, isto é, de criação de um Estado Social.

IV) Considerando a insuficiência de respostas, dadas pelo modelo vigente à complexidade das múltiplas relações contemporâneas, recorreu-se à hermenêutica filosófica, tal como formulada por GADAMER (2007), em especial a partir da “Crítica Hermenêutica do Direito” ou “Nova Crítica do Direito” elaborada por STRECK (2005) – em contraposição à hermenêutica tradicional de caráter eminentemente procedimental, na qual a linguagem é uma terceira coisa interposta entre o sujeito e o objeto – com a finalidade de demonstrar que, no Estado Democrático e Social de Direito, apenas pode haver um caminho constitucionalmente adequado no direcionamento das políticas públicas, especialmente no que se refere à política fiscal.

V) A necessidade da criação de uma teoria jurídica e filosófica adequada aos fins propostos se justifica na medida que a política fiscal brasileira é tradicionalmente desvinculada das prioridades constitucionais, sendo quase que pacífica a discricionariedade do Administrador Público ao estabelecer as diretrizes das políticas públicas de modo geral. Assim, a fundamentação teórica para a vinculação da política fiscal deve vir acompanhada, obrigatoriamente, do respectivo fundamento do controle jurisdicional para correção dos possíveis desvios.

Neste sentido, torna-se obrigatória a desconstrução do discurso que fundamenta a discricionariedade administrativa, de forma a vincular a atuação do Poder Público no sentido de adequar a política fiscal às prioridades constitucionais.

A proposta de construção de um caminho seguro para o referido controle supera a simples substituição da discricionariedade do Administrador Público pela do Juiz. A discricionariedade judicial, por conseguinte a possibilidade de diversas respostas, constitui a base do positivismo jurídico exegético-normativista – ou dos neopositivismos – fundado no esquema sujeito-objeto que pensa o direito metafisicamente, através de conceitos universais que desvinculam o direito do mundo prático, acabando por isolar o direito da sociedade.

VI) O discurso ideológico fundamentador da discricionariedade criou, através de uma “abstração jurídico-conceitual objetificante” uma categoria jurídica completamente dissociada do mundo real: um dogma. Ocorre, entretanto, que a aplicação desse conceito deve se dar justamente nesse mundo real, o que gera um descompasso entre o mundo prático e o mundo jurídico, afastando as reais possibilidades de controle.

Assim, o que deveria ser – como tolerado no início de sua inclusão no Estado Democrático de Direito – uma ferramenta posta nas mãos do administrador para atingir, da melhor forma as finalidades previstas na lei, passa a ser um poderoso artifício para aqueles que atuam com desvio de poder ou arbitrariedade, principalmente em razão da ausência de controle judicial neste sentido.

VII) Considerando a necessidade de controle material do orçamento público, há que se ressaltar a importância da receita pública, já que a política fiscal pode significar tanto o sucesso quanto o fracasso de medidas que visem à evolução de ações voltadas ao desenvolvimento sustentável.

Certamente, ao fixar as alíquotas relativas a tributos, o Poder Público deve levar em conta as suas conseqüências, de forma que estimule ações privadas no sentido do atendimento das prioridades constitucionais.

Tal aspecto ganha especial relevância se observado o contexto brasileiro, onde se tem uma das maiores cargas tributárias do mundo que chega, inclusive, a inviabilizar uma série de atividades produtivas e ecologicamente responsáveis.

Não significa dizer, com isso, que o Poder Público esteja impedido de tributar todas as ações que impliquem no atendimento dos ideais constitucionais.

Entretanto, toda a fixação de alíquotas deve ser precedida de um estudo que justifique, tendo em vista a necessidade de implementação de políticas públicas que viabilizem a popularização da moradia (como no caso exposto), qual a tributação adequada de forma que não prejudique a receita e, ao mesmo tempo, estimule as ações voltadas ao desenvolvimento sustentável.

Obviamente que tais estudos acerca da previsão de receitas devem se dar em toda a amplitude orçamentária de forma a garantir que as atividades relacionadas aos ideais constitucionais recebam tratamento tributário que favoreça a sua implementação.

Portanto, além do compromisso que a previsão de receitas deve ter com aquilo que realmente se espera da arrecadação – fundamentada em estudos que justifiquem a adoção dos referidos números – o aspecto mais importante a ser observado é se estes estudos foram direcionados no sentido de priorizar o atendimento das prioridades constitucionais.

Dessa forma, a receita prevista no orçamento público deve obedecer a rígidos estudos que comprovem que aquela política pública de arrecadação tributária é compatível com as prioridades constitucionais.

VIII) Da mesma forma que o conteúdo material das normas orçamentárias, torna-se imprescindível para o controle jurisdicional de políticas públicas a verificação da compatibilidade da execução orçamentária com as normas originariamente aprovadas.

Caso contrário, mesmo que o orçamento público tenha sido elaborado com observância das prioridades constitucionais, tendo sido observados rígidos estudos na previsão das receitas e fixação das despesas, de nada vale caso a efetiva execução se dê de maneira diversa.

Neste contexto se inserem os Tribunais de Contas – que têm a competência constitucional para fiscalizar não só a legalidade, mas também a legitimidade do destino dado aos recursos públicos, como já foi dito – atuem, *mutatis mutandis*, como os *special masters* nos casos das reformas judiciais produzidas nos sistemas penitenciário e educacional norte-americanos.

9. REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**: para uma Teoria da Dogmática Jurídica. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

Alier, Joan Martínez. **Da economia ecológica ao ecologismo popular**. Blumenau: FURB, 1998.

AMARAL, Gustavo. **Interpretação dos Direitos Fundamentais e o conflito entre os Poderes**: Teoria dos Direitos Fundamentais. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critério jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Controle Judicial dos Atos Administrativos. **Revista de Direito Público**, ano 16, n. 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. Desvio de Poder. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 89.

_____. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 57/58.

_____. Relatividade da Competência Discricionária. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212.: 1998, p. 49-56.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Administração Pública e a Ação Popular. **Revista e Direito Público do Estado da Guanabara**, Rio de Janeiro, n. 2, 1967.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os Direitos Sociais. **Boletim de Ciências Econômicas**, Coimbra, v. 46, p. 117-140, 2003.

_____. Interpretação Constitucional e Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 203, p. 11-23, jan/mar, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Temas de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BECK, Ulrich. A Reinvenção da Política. In: GIDDENS, A., BECK, U. e LASH, S. (Orgs.) **Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: UNESP. p. 45-69.

_____. **Risk Society: towards a new modernity**. Sage Publications: Great Britain, 1992.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Superação das Desigualdades Regionais. In: GRAU, Eros Roberto (Org.); GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 75-107.

_____. A Problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 142, 1999, p. 35-51

BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização**. Rio de Janeiro. Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Estado, Governo, Sociedade: por uma teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7.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)**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. As Políticas Públicas e o Direito Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 13, 1996.

CANOTILHO, J.J.Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993.

_____. Repudiando Montesquieu? A Expansão e a Legitimidade da Justiça Constitucional. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 366, 2003.

_____; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

CAPRA, Fritjof. **Conexões Ocultas**. São Paulo : Cultrix. 2002.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 35, n. 138, 1998.

_____. **Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

_____. O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: GRAU, Eros Roberto (Coord.); CUNHA, Sérgio Sérulo da. (Coord.). **Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 244-260.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A Evolução do Princípio da Legalidade e o Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa. **Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal**, Curitiba, ano 3, n. 25, p. 14-30, ago. 2003.

_____. Algumas Considerações Acerca do Controle Jurisdicional do Mérito Administrativo. **Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal**, ano 3, n. 35, p. 1235-1246, jun. 2004.

_____. Breves Considerações sobre o Conceito de Políticas Públicas e seu Controle Jurisdicional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 797, 8 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=724>>. Acesso em: 29 out. 2007.

CUNHA, Armando Santos Moreira (Coord.); SILVA, Fernando Antônio Rezende da.(Coord). **Contribuintes e cidadãos: compreendendo o Orçamento Federal**. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado de Direito e Cidadania. In: GRAU, Eros Roberto (Org.); GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 194-200.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Ação Civil Pública. Ação Popular. A Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos. Posição do Ministério Público. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 208, p. 35-53, abr./jun. 1997.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional. In: GRAU, Eros Roberto (Org.); GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 226-248.

_____. Os Atos Administrativos de Discricionariedade Vinculada aos Princípios. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 324-337, jun. 1995.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo Max Limonad, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. 8. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2007.

_____. **Verdade e Método II: Complementos e Índice**. Trad. Enio Paulo Giachini. 2. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2004.

_____. **O problema da consciência histórica**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

GALDINO, Flávio. **O Custo dos Direitos**. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.), Legitimação dos Direitos Humanos, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 139-250.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 4. ed. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O Controle Judicial das Omissões Administrativas – Novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRAU, Eros Roberto. Crítica da Discricionariedade e Restauração da Legalidade, in: ROCHA, Carmen Lúcia A.. **Perspectivas do Direito Público – Estudos em Homenagem a M. Seabra Fagundes**, Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 307-335.

_____. Resenha de um “Prefácio” (Canotilho, Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, 2. edição). In: **Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. 1. ed. Org. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 423-436..

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – entre Facticidade e Validade**. Trad. Flávio Beno Siebenichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2. vol.

HEIDEGGER, Martin. **Que é Metafísica**. Trad. e notas de Ernildo Stein. In Conferências e Escritos Filosóficos. São Paulo : Nova Cultural, 1989. p. 54 e segs.

_____. **Ser e Tempo**, Trad. Rev. Márcia Sá Cavalcanti Schuback. 2. ed. . Petrópolis, Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2007.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre, Fabris Editor, 1991.

HÖFFE, Otfried. **Justiça Política – Fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado**. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KLIKSBERG, Bernardo. **Repensando o Estado para o Desenvolvimento Social: Superando dogmas e convencionalismos**. Trad. Joaquim Ozório Pires da Silva São Paulo: Cortez, 1998.

_____. **Desigualdade na América Latina: O debate adiado**. São Paulo: Cortez; Brasília: UNESCO, 2001.

KRELL, Andréas J. **A Recepção das Teorias Alemãs sobre “Conceitos Jurídicos Indeterminados” e o Controle da Discricionariedade no Brasil**. Interesse Público, n. 23. Rio de Janeiro: 2004. p.21-49.

_____. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (Des)caminhos de Um Direito Constitucional “Comparado”**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. **Teoria do Estado: Cidadania e poder político na modernidade**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no Brasil: possibilidades materiais**. In: **Jurisdição e Direitos Fundamentais: Anuário 2004/2005 / Escola Superior de Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS**; coord. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 157-178.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Tutela Inibitória: individual e coletiva**. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Maracho. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Desafios Institucionais Brasileiros**. In: MARTINS, Ives Gandra (org.). **Desafios do Século XXI**, São Paulo, Pioneira / Academia Internacional de Direito e Economia, 1997.

NEVES, Marcelo. **A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito**. In: **Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. 1. ed. Org. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 226-248.

OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes: Três Modelos de Juez** (trad. I. Linfante Vidal), Doxa 14, 1993.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. A Theory of Justice/ Trad. Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. *In: Revista Diálogo Jurídico*, ano 1. v.1. Salvador, Centro de Atualização Jurídica, 2001.

_____. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, v. V*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000, pp. 131-150.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 7.ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Garantias Econômicas, Políticas e Jurídicas da Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Disponível da Internet: www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 12.10.07.

_____. **Direito ambiental constitucional**. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Concretização de Direitos e Interpretação da Constituição**. Boletim da Faculdade de Direito, v.LXXXI, Coimbra: Universidade de Coimbra, p. 291-323, 2005.

_____. **Constituição ou Barbárie? A Lei como Possibilidade Emancipatória a partir do Estado Democrático de Direito. A Resistência Constitucional como Compromisso Ético**. Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001/2002). Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 199-210. 2002.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Súmulas Vinculantes: em busca de algumas projeções hermenêuticas.** *In:* Jurisdição e Direitos Fundamentais: Anuário 2004/2005 / Escola Superior de Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS; coord. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 107-129.

_____. **La Jurisdicción Constitucional Y Las Posibilidades de Concretización de Los Derechos Fundamentales-Sociales;** Conferencia; Aula Magna no Programa de Doutorado; Universidad de Valladolid. Facultad de Directo; Valladolid. Espanha. 2004. Impresso.

_____. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de., LIMA, Martonio Mont´Alverne Barreto Lima. **A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação Constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional.** p. 22. Disponível em www.leniostreck.com.br. Acesso em: 12.01.2008.

TOMELIN, Georghio Alessandro. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: instrumento para uma Remodelada “Interpretação Autêntica” dos Direitos Fundamentais. *In:* GRAU, Eros Roberto (Coord.); CUNHA, Sérgio Sérvulo da. (Coord.). **Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva.** São Paulo: Malheiros, 2003, p. 659-694.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais.** Revista de Direito Administrativo, 177. Rio de Janeiro, 1989, p. 29-49.

VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento Sustentável – o desafio do século XXI.** Rio de Janeiro: Garamond, 2005.