

DIREITO CONSTITUCIONAL

O CONTRIBUTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PARA A FORMAÇÃO DO REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

Leonel Ohlweiler

Procurador de Justiça (RS)
Mestre e Doutor em Direito pela UNISINOS
Professor da UNISINOS

Introdução

A Jurisdição Constitucional possui função primordial no Estado Democrático de Direito, sendo-lhe atribuída a guarda – no sentido de acontecer hermenêutico – do texto constitucional, em sua amplitude de regras, princípios e valores materiais, além da concretização dos Direitos Fundamentais. No entanto, cada vez mais, em razão da complexidade do Estado Moderno, vem surgindo o que se pode chamar de Direito Constitucional material, ou seja, um direito essencialmente jurisprudencial, caracterizado pela potencialidade de abertura, ultrapassando-se, assim, posturas singularizadas pelo agir dogmático-formal. Outro fenômeno digno de nota é o da constitucionalização crescente dos ramos do Direito e, no caso desta pesquisa, será referida a constitucionalização do Direito Administrativo.

Partindo destas premissas, é viável trabalhar com a idéia de um regime jurídico-administrativo hermeneuticamente mais aberto e com um caráter dialógico? A experiência da Jurisdição Constitucional pode ser aplicada para ultrapassar a visão formalista preponderante no senso comum teórico do Direito Administrativo? Estes são alguns dos questionamentos que serão feitos ao longo deste estudo. Deve-se advertir, aqui não será o momento propício para realizar um exame

do qual regime administrativo ao qual deve estar submetida a Administração Pública, mas apenas problematizar as potencialidades do labor hermenêutico desenvolvido pela Jurisdição Constitucional.

É possível sustentar, a tarefa de compreensão do fenômeno jurídico-administrativo exige, por exemplo, a superação do paradigma liberal-individualista que tanto tem predominado no âmbito da atividade dos operadores jurídicos do Brasil, bem como, cada vez mais, construir um pensar não objetificador, melhor dizendo, aquele que supera o modo-de-ser metafísico e remete a pergunta originária para a questão do ser. Outrossim, faz-se mister que o material normativo seja ampliado, buscando-se desenvolver um trabalho de estudo da dimensão fenomenológica da Constituição, e que pode ser desvelada por intermédio de toda uma gama de princípios e objetivos de valor constitucional.

Na primeira parte deste estudo serão explicitadas algumas indicações para a compreensão da Jurisdição Constitucional, a sua legitimidade na tarefa de criação do Direito, bem como suas funções. Destarte, é salientada a necessidade de compreensão do Direito Constitucional como importante instrumento de desenvolvimento econômico e social. Aqui são referidos diversos exemplos de atuação da Jurisdição Constitucional de outros países, no sentido de ser plenamente possível a estruturação de um espaço normativo-constitucional mais dialógico, capaz de abarcar as complexidades do contexto histórico e social.

Na segunda parte do estudo, o processo de formação do regime jurídico-administrativo é posto em debate, sendo examinada, inicialmente, a matriz clássica do Direito Administrativo, permeada pelo paradigma liberal da Revolução Francesa, bem como o crescente processo de constitucionalização da Administração Pública. Também fará parte da investigação a necessidade de entender o regime jurídico-administrativo dentro de uma outra perspectiva hermenêutica, na qual os valores materiais e os princípios fundamentais da Constituição podem ser úteis, como indicações do acontecer constitucionalizante, sendo que a Jurisdição Constitucional, a exemplo do que ocorre em outros países, pode desempenhar um papel fundamental de desenvolvimento da dimensão material do regime da Administração Pública.

Certamente, o objetivo principal é ensejar novos debates sobre a forma de regulação da atividade administrativa e a função primordial do Poder Judiciário, como uma das instâncias que deve contribuir para o resgate das promessas da modernidade.

1. A Jurisdição Constitucional e o “Acontecer” (Hermenêutico) das Normas Jurídicas:

O tema relativo à Jurisdição Constitucional está diretamente relacionado com o Estado Democrático de Direito, entendido este como aquele estágio de evolução do ente estatal no qual se busca o respeito aos direitos fundamentais e a regulação dos poderes públicos pelo Direito. Compreendido como Estado Constitucional de Direito, o importante é vislumbrá-lo também como um acontecer que incorpora uma série de elementos, fins e valores, imperativos ou exigências que o definem de modo constitutivo¹. Inserida neste paradigma, a Jurisdição Constitucional, dentro de suas funções, contribui decisivamente para a formação e transformação do modo-de-ser jurídico, surgindo, assim, o debate sobre a amplitude, ou não, e em que medida, de suas funções para atuar de forma construtiva no Estado Constitucional, considerando a tradicional concepção jacobina da preponderância da regra da maioria. No Brasil, a Jurisdição Constitucional pode mostrar-se como a instância responsável pelo “Acontecer” do regime administrativo? Não se pode olvidar, como aludia Martin Heidegger, já na “*Carta sobre o Humanismo*”, o acontecimento-apropriação (*Ereignis*) constitui-se como o âmbito no qual se dá a relação de co-pertença entre Ser e o homem. Para o Filósofo da Floresta Negra, o homem é o primeiro que, aberto ao ser, deixa que este venha a ele como presença e tal chegada à presença necessita do aberto de uma clareira². Assim, “o acontecimento-apropriação é o âmbito em que homem e ser atingem unidos sua essência, conquistam seu caráter historial, enquanto perdem aquelas determinações que lhe emprestou a metafísica”³. Desta forma, a

¹ Cf. PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, Madrid: Trotta, 1997, p. 38.

² *Identidade e Diferença*. Trad. de Ernildo Stein. In: Conferências e Escritos Filosóficos. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 182.

³ *Identidade e Diferença*, p. 185.

responsabilidade do Poder Judiciário residiria em criar condições de possibilidade para que os entes jurídico-administrativos desvelem-se no seu ser, no livre e aberto pelo *Dasein*. Tal proposta, inexoravelmente, como já aludido, remete para a problematização do que se pode entender por Jurisdição Constitucional, bem como suas funções.

1.1. O constitucionalismo moderno como modo-de-ser histórico da democracia: funções da Jurisdição Constitucional.

A idéia de Jurisdição Constitucional está ligada ao próprio desenvolvimento do constitucionalismo, entendido este como “*un mouvement tendant à soumettre le fonctionnement des pouvoirs publics à un ensemble de règles établies une fois pour toutes, dont le respect s'impose à tous, qui ont une force juridique supérieure à toutes les autres règles et qui sont réunies normalement dans un texte unique appelé précisément constitution*”⁴. Com efeito, o debate surge exatamente das possibilidades de imposição de limites formais e materiais aos poderes públicos⁵, de modo a que haja a prevalência do pacto social retratado no texto da Constituição. Dentro desta

⁴ Cf. FROMONT, Michel. *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris: Dalloz, 1996, p.1. Para MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 319, desde o Século XVIII “a Constituição é encarada como um conjunto de regras jurídicas definidoras das relações (ou da totalidade das relações) do poder político, do estatuto de governantes e de governados; e é esse o alcance inovador do constitucionalismo moderno”. Também MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder. Historia del Constitucionalismo Moderno*. Trad. Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trota S. A., 1998, p. 23. Muito embora adotando uma acepção mais ampla relativamente à expressão “constitucionalismo”, pois ao utilizá-la estar-se-ia fazendo referência não a um período histórico mas a um tipo ideal para refletir sobre a realidade histórica, ou uma categoria analítica para trazer a luz e mostrar aspectos particulares da experiência política, alude que “*lo original del constitucionalismo moderno consiste en su aspiración a una constitución escrita, que contenga una serie de normas jurídicas orgánicamente relacionadas entre ellas, en oposición a la tradición medieval, que se expresaba en << leyes fundamentales >> consuetudinarias*”.

⁵ Conforme será posteriormente examinado este papel é fundamental para a construção do que se chama de regime jurídico-administrativo e que, em última análise, constitui-se no conjunto de princípios e regras tendentes a controlar a atuação da Administração Pública, estruturando a diversidade de seus limites e prerrogativas.

concepção que, em sentido amplo, a Jurisdição Constitucional, é definida como “*todo procedimiento judicial de control de constitucionalidad de los actos estatales*”⁶. O caráter de procedimento mencionado tem por finalidade retratar o aspecto prático da Jurisdição Constitucional, no sentido de operacionalizar formas de controle dos atos oriundos do ente público. Aliás, imbuído de tal espírito é que surgiu o *judicial review*, o qual só podia dar-se em um sistema prático de Direito como a *common law* anglo-americana⁷. Dentro de tal ponto de vista, a Jurisdição Constitucional assume um verdadeiro papel de garantia, direcionando a sua atividade para o funcionamento da democracia e equilíbrio do exercício das atividades estatais com o objetivo de defender a Constituição.

É importante ressaltar, por atos estatais, devem ser entendidos aqueles atos emanados de todos os poderes do Estado. Sobre tais atos é que vai incidir a atividade da Jurisdição Constitucional, ou seja, o depuramento de normas inconstitucionais, a garantia de direitos e liberdades fundamentais, bem como a manifestação sobre o exercício de competências fixadas constitucionalmente pelos entes federativos. Outrossim, há de ser referida outra importante função, primordial para esta pesquisa e que foi bem detectada por José Acosta Sánchez, *a constitucionalização dos ramos do Direito*, representando uma importante mudança na natureza do Direito Constitucional: “...*la posición central que ocupa el juez constitucional en el Estado democrático de Derecho implica la judicialización del Derecho supremo, y ésta tiende a la constitucionalización de todo el Derecho. Esos dos procesos de doble dirección están decidiendo un cambio en la naturaleza del Derecho Constitucional, la consumación quizá de la tercera revolución jurídica, tras las revoluciones que representaron*

⁶ Cf. SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de La Constitución y Jurisdicción Constitucional: fundamentos de la democracia constitucional*, Madrid: Tecnos, 1998, p. 341.

⁷ Cf. SÁNCHEZ, José Acosta. *Op. cit.*, p. 346. Esta forma de visualizar a Jurisdição Constitucional é importante para, desde já, fixar a pré-compreensão de que a sua estruturação tem como elemento finalístico a construção de uma instância de controle-uma espécie de interdição fundamental -, de regulação, cujo objetivo final há de ser a fixação de um verdadeiro “sentido de constituição”. Tal elemento será essencial para legitimar a atuação da Jurisdição Constitucional.

*la implantación del imperio de la ley, era del positivismo, y la de la Ley suprema, era del constitucionalismo normativo*⁸.

A Jurisdição Constitucional, com efeito, sempre esteve ligada à própria idéia de constitucionalismo, o que demanda questionar o acontecer histórico deste movimento. Por óbvio, não se busca aqui esgotar todos os elementos históricos do movimento constitucionalizador, mas apenas ressaltar o mais significativo para os propósitos desta pesquisa, qual seja, evidenciar a importância da via do constitucionalismo moderno para a criação de condições de possibilidade do desvelamento democrático do regime administrativo. Não se pode olvidar o referido por Lenio Streck, de que *“o constitucionalismo, pelas suas características contratualistas, vai se firmar como uma teoria que tem a Constituição como lei fundamental apta a limitar o poder, mas, mais do que isto, limitar o poder em benefício dos direitos, os quais, conforme a evolução histórica, vão se construindo no engate das lutas políticas (direitos de primeira, segunda e terceira dimensões, que demonstram as diversas fases pelas quais passou o Estado de Direito a partir da revolução francesa até os dias atuais)”*⁹.

É importante ressaltar, até mesmo pelo modo-de-ser histórico do constitucionalismo como acontecimento, não é possível falar em um único constitucionalismo, mas, como *movimento constitucional*, expressão utilizada por J. J. Gomes Canotilho, afigura-se preferível falar em movimentos constitucionais, cada um com algumas características locais peculiares, exurgindo como *“teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”*¹⁰. A partir da perspectiva teórica aqui adotada, perguntar pelo constitucionalismo não está direcionado para a formação de uma gama de conceitos para aplicar ao regime

⁸ *Op. cit.*, p. 355.

⁹ *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 225.

¹⁰ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1.414p., p. 47.

da Administração Pública. Antes de tudo, os movimentos constitucionais são capazes de denotar um conjunto de vivências constitucionais. É no modo-de-ser-constitucional que se dá a compreensão da constituição por um *Dasein* que é histórico e fático. Daí a importância de ressaltar a tradição do constitucionalismo, pois o conjunto de regras e princípios constitucionais, direitos, bens e valores também acontece no mundo da vida. Aqui reside um problema do pensamento objetificador, pois olvida este aspecto do constitucionalismo, direcionando suas investigações, basicamente, para o *locos* abstrato dos enunciados, corolário da própria separação metafísica entre mundo fático e mundo jurídico. Por tal razão, Vital Moreira menciona que “*o futuro do Constitucionalismo não pode deixar de ser determinado pela evolução da Constituição desde a sua origem e pela detecção das linhas de força do seu desenvolvimento no momento presente*”¹¹. A partir desta pré-compreensão, é possível dizer não se sustentar o entendimento segundo o qual o constitucionalismo e a própria idéia de constituição não teriam mais espaço no atual momento vivido pelo Estado, considerando os processos de globalização, enfraquecimento da soberania, perda da capacidade de regulação, etc.¹² Pode-se afirmar, no entanto, o “mundo do Direito Constitucional” não é uma realidade objetiva precedente, até porque o viver se faz explícito e presente como um viver *em* algo, *de* algo, *para* algo e *com* algo¹³. Não há como estabelecer uma separação ôntica entre mundo-da-vida e Constitucionalismo-Constituição, pois entre eles há uma relação de mútua pertença e não são dois entes soltos no ar e que existem por si.

¹¹ *O Futuro da Constituição*. In: Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 313.

¹² Sobre a atual importância do constitucionalismo e da Constituição, especialmente de cariz dirigente ver o interessante debate travado com J. J. Gomes Canotilho. *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho(org.) Rio de Janeiro: RENOVAR, 2003, 130p.

¹³ Cf. VII.LALIBRE, Modesto Berciano. *La Revolución Filosófica de Martin Heidegger*. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 2001. p. 23.

Com o intuito de desvelar a via do constitucionalismo como *locus* privilegiado para o acontecer da democracia, apresenta-se relevante a experiência inglesa, na qual há uma formação calcada em objetivos práticos, derivada da circunstância de ser um Direito de processualistas e práticos¹⁴, devendo-se destacar como momentos marcantes de sua construção histórica a fase dos primórdios, iniciada em 1215 com a concessão da Magna Carta; a fase de transição, iniciada no Séc. XVII, caracterizada pelas disputas entre o Rei e o Parlamento, surgindo a *Petition of Right* (1628) e o *Bill of Rights* (1689); e, finalmente, a fase contemporânea construída a partir de 1832 pelas reformas eleitorais, conforme assinala Jorge Miranda¹⁵. Muito embora o constitucionalismo britânico não esteja fundado em uma Constituição formalizada – documento escrito –, tal afirmação deve ser contextualizada, pois deve-se destacar a proeminência desempenhada pelo costume, sendo crível dizer estar presente no modo-de-ser Inglês a idéia de superioridade normativa¹⁶.

No interior desse movimento constitucional a figura do Juiz assume relevância como o defensor da *common law*, sendo imperioso para os fins desta pesquisa assentar a importância do famoso Juiz Coke. *Sir Eduard Coke* (1552-1634) presidiu a *Common Pleas* de 1603 até 1613 e, após, foi presidente do *King's Bench* até 1616. No entendimento de Nicola Matteucci, “*la política de Coke puede ser sintetizada en una célebre afirmación de las Institutes: el common law há redimensionado*

¹⁴ Cf. DAVID, René. Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986, p. 281 e ss.

¹⁵ *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 71.

¹⁶ Cf. STRECK, Lenio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*, p. 237. Sobre o tema, afirma MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 75: “*Diz-se muitas vezes que a Constituição inglesa é uma Constituição não escrita (unwritten Constitution). Só em certo sentido este asserto se afigura verdadeiro: no sentido de que uma grande parte das regras sobre organização do poder político é consuetudinária; e, sobretudo, no sentido de que a unidade fundamental da Constituição não repousa em nenhum texto ou documento, mas em princípios não escritos, assentes na organização social e política dos Britânicos. Além das regras consuetudinárias, existem ainda as Conventions of the Constitution – versando sobre o funcionamento do Parlamento, as relações entre as Câmaras e entre Governo e Oposição ou o exercício dos poderes do Rei; e que parecem ser mais que meros usos*”.

*tanto las prerrogativas del rey, que éstas no pueden usurpar ni prejuzgar el patrimonio de nadie; y el mejor patrimonio que el ciudadano tiene es la ley de su reino*¹⁷. Portanto, representou ao longo de sua trajetória a defesa de mecanismos de controle do poder, ressaltando a necessidade de compreender a questão da soberania a partir da concepção do *rule of law*, pois com a supremacia da lei estaria salvaguardando a Constituição inglesa. Coke entendia que os juízes eram os leões que deveriam custodiar, frente ao rei, os direitos dos cidadãos. Objetivando tal mister, o seu labor não importara, por óbvio, em retirar poderes do soberano, mas em desenvolver a interpretação restritiva das prerrogativas régias que considerava arbitrárias e sem fundamento¹⁸.

Um dos casos mais famosos do Juiz Coke foi o processo *Bonham*¹⁹ e que gerou profundos debates sobre como teria determinado o surgimento do controle de constitucionalidade, chegando-se a afirmar a supremacia de um direito superior à lei do parlamento, considerando a sua validade formal em virtude de ser editada pelo parlamento, podendo-lhe ser atribuída validade substancial quando fosse racional, cujo controle caberia aos juízes da *common law*²⁰. A projeção do Juiz Coke constitui-se em exemplo ilustrativo das condições de possibilidade de como um projeto

¹⁷ *Organización del Poder y Libertad. Historia del Constitucionalismo Moderno*, p. 87.

¹⁸ Cf. MATTEUCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad. Historia del Constitucionalismo Moderno*, p.89.

¹⁹ Segundo SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional. Fundamentos de la Democracia Constitucional*. Madrid: Tecnos, 1998, 378p., p. 35, o Dr. Bonhams recorreu à *Court of Common Pleas*, presidida por Coke, das decisões do *Royal College os Physicians*, proibindo-lhe do exercício da medicina e logo encarcerando-o, sendo que a decisão do Tribunal fundou-se em duas teses: a) a jurisdição do *Royal College* não se estendia ao caso e b) se a lei lhe tivesse atribuído este poder, ela seria nula. Vale referir, muito embora para a presente pesquisa não haja maior interesse em aprofundar tal discussão, haver um debate sobre a possibilidade ou não de considerar esta decisão como elemento determinante de um controle judicial de constitucionalidade das leis, pois tal sequer poderia ser colocado na época. Outrossim, a decisão de Coke, em última análise, apenas dirigia-se contra a antiga concepção do rei legislando por meio do parlamento, o que seria inaceitável.

²⁰ Cf. MATTEUCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad. Historia del Constitucionalismo Moderno*, p. 91.

constitucional necessita de uma tradição de vivências para determinar um modo-de-ser. Muito embora a doutrina de Coke restou fincada na concepção abstrata de razão oriunda de um direito natural, não se pode olvidar que a importância da *common law* estava calcada na sua longa tradição do direito inglês, ou seja, uma vivência voltada para salvaguardar determinados ideais e que cada vez mais afirmava-se na medida em que era vivenciada. Obviamente, a referência a este precedente remoto, apenas busca evidenciar a importância de voltar o olhar para as vivências(constitucionais) e sem perder o caráter de compreensão originária, ou seja, possibilitar que os entes sejam no modo-de-ser e não fundados pelo pressuposto objetivista e abstrato, pois tal importaria, exatamente, em perda das vivências como tal.

Outro exemplo digno de nota, importante para ilustrar a dimensão fenomenológica de materialização da Constituição, pode ser retirado do direito norte-americano, cujo Direito Constitucional brota do sistema jurídico inglês e do pensamento político do Século XVIII. A Constituição dos Estados Unidos da América é de 1878 e no seu artigo VI, seção segunda, formulou o princípio de que a Constituição é o “supremo direito da terra” e estaria a vincular os juizes não obstante disposição contrária das constituições ou das leis dos Estados-membros (*supremacy clause*). No entanto, como adverte Jorge Miranda, compreender o Direito Constitucional norte-americano é bastante complexo, pois o integram como princípios e valores ou símbolos a Declaração de Independência, a Declaração de Virgínia e as outras Declarações dos primeiros Estados, bem como os 26 “*Amendments*” aprovados e que modificam a Constituição e a completam em outros aspectos no domínio dos direitos fundamentais²¹.

Para os fins deste estudo, o exemplo norte-americano assume relevância em virtude do papel preponderante atribuído ao labor jurisdicional na realização da Constituição e a superioridade desta em relação aos demais atos da Federação e dos Estados Federados. O constitucionalismo dos Estados Unidos, muito embora apresente características próprias do sistema americano, também foi resultado de um processo gradual, sendo apontados como elementos importantes em 1761 o início da “pequena revolução” contra os *Writts of assistance*,

²¹ *Teoria do Estado e Da Constituição*, p. 83.

quando retomando a doutrina de Coke, declarou-se que os tribunais deveriam considerar nulos e sem eficácia os Estatutos do Parlamento contrários à lei fundamental e, em 1803, o grande Juiz Marshall afirmou que era dever do Tribunal Supremo examinar as leis do Congresso, julgando-as de acordo com a Constituição²². Trata-se do famoso caso *Marbury v. Madison*²³, cuja origem remonta aos numerosos procedimentos para nomeação de juizes. Em decorrência de algumas nomeações tardias, a administração do Presidente Jefferson, na pessoa do Secretário da Justiça Madison, deixou de proceder à nomeação de alguns juizes, sendo que William Marbury ingressou judicialmente exigindo sua nomeação. A administração anterior do Presidente Adams tinha o objetivo de preencher 67 vagas de juiz, criadas pelos federalistas, sendo que o Presidente republicano Jefferson não possuía maior interesse em tais nomeações. Como refere José Alfredo de Oliveira Baracho, ao analisar uma lei federal de 1789 sobre organização judiciária, que estaria conferindo a prerrogativa de nomeação ao ministro, “a Corte recusa, entendendo que a lei federal era contrária à Constituição. Pela primeira vez ocorre o controle de constitucionalidade de uma lei federal. Consolida-se a tática do Chief of Justice Marshall que inspira esta decisão. Sem dispor seu poder, em lugar de aceitar as prerrogativas que eram dadas pela lei federal de 1789, no que toca à nomeação de juizes, a Corte abriu um novo campo de competência, em proveito do poder judiciário. O juiz americano passou a poder recusar a aplicação de uma lei federal, que não respeitasse a Constituição”²⁴.

²² Cf. MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad. Historia del Constitucionalismo Moderno*, p.162.

²³ Cf. MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad. Historia del Constitucionalismo Moderno*, p.168-169. Ver ainda GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*, p. 421 e ss. Para este autor, “el Tribunal Supremo, por boca de su famoso presidente Marshall, y mediante un razonamiento exclusivamente lógico e sin referencia a ningún precedente o autoridad, establece los fundamentos en virtud de los cuales corresponde a la Judicatura decidir sobre la constitucionalidad las leyes” (p. 422). No entanto, deve ser salientado não ser pacífico o entendimento sobre a real importância deste caso para a implementação do “judicial review”. Neste sentido, ver ACOSTA SÁNCHEZ, José. *Formación de La Constitución y Jurisdicción Constitucional. Fundamentos de la Democracia Constitucional*, p. 93 e ss.

²⁴ *As Especificidades e os Desafios Democráticos do Processo Constitucional*. In: *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional. Estudos em Homenagem ao Prof. José Alfredo*

Por óbvio, o controle de constitucionalidade desenhado pela concepção do caso *Marbury vs. Madison* exigiu posteriormente um trabalho de assimilação por parte da jurisprudência da Suprema Corte, sendo que dois outros casos contribuíram para tal, a decisão do caso *Fletcher vs. Peck*, em 1810, ao reconhecer a necessidade de as legislações dos Estados também serem limitadas pela supremacia da Constituição, sujeitas ao controle de constitucionalidade, bem como a decisão do caso *Martin vs. Hunter 's*, de 1816, na qual foi afirmada a supremacia da Suprema Corte sobre as cortes estaduais no que se refere ao controle de constitucionalidade, devendo prevalecer as interpretações dadas por aquela e o juiz constitucional seria o intérprete supremo da Constituição, mesmo no que se refere ao federalismo²⁵.

A idéia de Constituição e de Jurisdição Constitucional, em razão da diversidade de circunstâncias políticas, históricas e sociais, acabou tomando um rumo diferenciado na Europa. Na França exerceram influência os pensamentos de Rosseau sobre o contratualismo e de Montesquieu da separação de poderes, havendo a nítida desconfiança relativamente à função dos juizes, proclamando-se, desta forma, que no exercício de suas atividades deveriam ser “*la bouche de la loi*”. Outrossim, não se pode olvidar o que representou a Revolução Francesa, um processo de ruptura com a ordem anterior do “*Ancien Regime*”, prolongando-se por vários anos. Como bem ressalta Jorge Miranda, “*as Constituições francesas foram elaboradas sucessivamente*

de Oliveira Baracho. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 98. Ver também GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*, p. 423 e STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional. Uma Nova Crítica do Direito*, p. 264. A argumentação desenvolvida pelo Juiz Marshall gira em torno dos seguintes tópicos: a) o princípio da limitação dos poderes e a supremacia da constituição escrita; b) a função dos Tribunais, pois para ele como o Tribunal deve observar a Constituição, quando uma lei entra em conflito com a Constituição, considerando o caráter superior desta última, a Constituição é que deverá prevalecer para regular o caso e c) a revisão constitui-se como poder implícito e poderia ser compreendida a partir dos artigos 3º, sec. 2.1.; 6º, 3 e 6º, 2. Sobre o processo de argumentação utilizado ver GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*, p. 422-424 e STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional. Uma Nova Crítica do Direito*, p. 264-265.

²⁵ Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *As Especificidades e os Desafios Democráticos do Processo Constitucional*. In: *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*, p. 99-100.

*em muitos diversos momentos: a revolução; o consulado e o 1º império; a restauração; a 2ª república e o 2º império; a 3ª, a 4ª e a 5ª repúblicas. A cada momento correspondem diferentes Constituições que espelham transformações histórico-sociais distintas*²⁶.

Um dos aspectos determinantes do constitucionalismo francês foi a grande valorização da supremacia da lei, diversamente, por exemplo, do ocorrido nos Estados Unidos quando durante a independência das Treze Colônias Inglesas houve o processo de construção de uma lei suprema para a defesa das classes populares e da burguesia. Em França o labor de ultrapassar uma ordem absolutista anterior determina o direcionamento para o “império da lei”, constituindo-se na arma decisiva da Revolução, como refere José Acosta Sánchez²⁷. O controle de constitucionalidade, diversamente do modelo norte-americano, não está a cargo do Judiciário, mas do Conselho Constitucional que a partir da Constituição de 1958, artigo 61, teve a incumbência de exercer tal mister, controle este exercido de modo preventivo. No entendimento de Jorge Miranda, este sistema que subtrai dos tribunais judiciais a apreciação da constitucionalidade das leis é oriundo (1) da idéia de lei (ordinária) ou do seu primado, como expressão da vontade geral formada através de assembléias soberanas; (2) do entendimento dado à teoria da separação dos poderes, não se admitindo que órgãos estranhos à função legislativa, os tribunais, venham a apreciar a validade das leis; e (3) da reação contra a prática dos parlamentos (judiciais) do *Ancien Régime*, levando, inclusive, à proibição por lei da apreciação jurisdicional de constitucionalidade²⁸.

A consagração da idéia de supremacia da Constituição, com um sistema de controle de constitucionalidade, acaba sendo tardio na Europa, salientando-se como marco 1919-1920, através da obra de Hans Kelsen, mas cuja teorização apresenta diferenças estruturais básicas em relação ao *judicial review*, na medida em que concentrava a jurisdição constitucional de controle de constitucionalidade das leis em um só Tribunal, consagrando-se o chamado sistema de jurisdição

²⁶ *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 97.

²⁷ *Formación de La Constitución y Jurisdicción Constitucional. Fundamentos de la Democracia Constitucional*, p. 149.

²⁸ *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 102.

concentrada, em oposição ao sistema de jurisdição difusa. De outra banda, o Tribunal propugnado por Kelsen não seria um Tribunal propriamente dito, com atribuições de uma atividade jurisdicional, uma vez que não estaria a julgar conflitos, mas apenas a compatibilidade em abstrato de duas normas, quais sejam, a Constituição e a lei. Logo, o Tribunal Constitucional, dentro desta concepção, não seria um órgão jurisdicional, mas um órgão legislativo, ou seja, *“un órgano que abroga Leyes hasta esse momento perfectamente eficaces, efecto abrogatorio que es el que asigna y explica la fuerza erga omnes de las sentencias anulatorias de los Tribunales Constitucionales, fuerza erga omnes que tiene, pues, una naturaleza puramente legislativa. Es, en consecuencia, el Tribunal Constitucional un legislador, solo que no un legislador positivo, sino un legislador negativo...”*²⁹.

Pode-se dizer, esta idéia de Kelsen refletiu um debate da época e que começou a ser aceito pela doutrina, a chamada Escola do Direito Livre, com a pretensão de possibilitar certa flexibilidade na relação dos juízes com as leis. O entendimento do jurista acima referido, com efeito, representa a reafirmação da postura de submeter os juízes a todas às leis, evitando-se o “governo dos juízes”. Tal preocupação acabou passando pelo questionamento da legitimidade da Jurisdição Constitucional e adquire especial importância na medida em que, como já salientado, uma das funções primordiais da Jurisdição Constitucional é o de verdadeiramente “construir o Direito”.

²⁹ Cf. ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional*. 3ª ed. Madrid: Civitas, 1991, p. 132. Para ACOSTA SÁNCHEZ, José. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional. Fundamentos de la Democracia Constitucional*, p. 176 e ss. existem alguns fatores que a partir da 2ª Guerra Mundial influenciam a Europa para adotar um modelo de Constituição normativa jurisdicionalmente protegida. Como fatores dominantes, aponta o autor a forte influência dos Estados Unidos para a adoção de um modelo de *judicial review*, a obsessão das maiorias de então na Alemanha, Itália e Áustria pela estabilidade e o contexto da guerra fira no qual a necessidade de fortalecer o sistema ocidental passava pela consagração das jurisdições constitucionais (p.176-177). Destarte, aponta como fatores de fundo a defesa dos direitos humanos e soberania popular. Os direitos humanos passaram a ser incorporados em textos constitucionais, deixando, de serem meros direitos subjetivos e defensivos, convertendo-se em bases de legitimidade e validade, junto com a soberania popular, dos poderes públicos. Ainda, são fatores determinantes a crise do positivismo e a concepção formal do Estado de Direito e o restabelecimento dos estados federais e desenvolvimento do Estado regional (p. 177-184).

1.2. A legitimidade da Jurisdição Constitucional no Estado Democrático de Direito.

Os debates que surgem sobre a legitimidade da Jurisdição Constitucional, em última análise, estão na origem das relações entre o poder e o Direito, sendo que a consagração do Estado de Direito importou em uma modificação significativa nesta relação, pois, na medida em que passou a prevalecer a idéia do *princípio da legalidade*, fala-se, então, de um governo *per leges*, ou seja, um governo que se expressa mediante leis predominantemente gerais e abstratas e não através de atos particulares, privilégios ou estatutos pessoais, conforme Antonio Manuel Penã Freire³⁰, consubstanciando-se a opção pela interdição da arbitrariedade. Destarte, o governo *sub lege* equivale em submeter todo o poder ao Direito, desde o nível mais baixo até os superiores, através do processo de legalização de toda a ação do governo. Deve ser referido que nesta versão clássica do Estado de Direito, de cunho liberal, a questão da legitimidade do exercício do poder estatal encontra-se fulcrada na idéia de “vontade geral”, cuja expressão máxima seria a lei³¹. No entanto, na passagem do Estado legislativo para o Estado Constitucional há um fenômeno importantíssimo que é a consagração da supremacia normativa da Constituição: “*El paso del Estado legislativo al constitucional presupone la afirmación del carácter normativo de las constituciones, que pasarán a integrar un plano de juridicidad superior, vinculante e indisponible, en línea de principio, para todos los poderes del Estado*”³². Este fenômeno será fundamental para melhor compreender a questão da legitimidade da Jurisdição Constitucional e os entendimentos clássicos formulados por Hamilton, Sieyès e Kelsen³³. Tais explicações possuem

³⁰ *Op. cit.*, p.48.

³¹ Daí a grande dificuldade em possibilitar que um Juiz, despidido de legitimidade política, no sentido clássico da política liberal, pudesse invalidar uma lei, pois, como será examinado, em última análise, estaria a desconsiderar a própria vontade da população.

³² Cf. FREIRE, Antonio Manuel Penã. *Op. cit.*, p. 59.

³³ Para o primeiro, a tarefa de interpretação das leis é uma incumbência própria dos tribunais, sendo que uma Constituição, efetivamente, é uma lei fundamental, cabendo aos juizes determinar o seu significado e, na hipótese de eventual colisão, devem preferir a aplicação da Constituição. De qualquer sorte, como menciona José Acosta Sánchez(*Op. cit.*, p. 356) Hamilton não pediu nunca a positivação do controle de constitucionalidade das leis, ou

em comum o fato de que a nova ordem constitucional, uma vez fundada, rompe com sua matriz, a nação, o povo. É claro que este questionamento, hodiernamente, deve ser bem entendido, na medida em que não se interroga mais sobre as conveniências ou inconveniências da instituição de um controle de constitucionalidade das leis, considerando as vantagens de tal sistemática. Logo, o que ainda é objeto de debate, e mais interessa para a presente pesquisa, diz respeito com a atividade de interpretação criadora dos Juízes³⁴ constitucionais, na medida em que há um forte pensamento tradicional que preleciona a necessidade deles ficarem subjugados a uma aplicação estrita do Direito pré-existente, vinculados a uma “*original intent*” da Constituição. Em contrapartida, há posicionamentos diferentes no sentido de defesa de um ativismo judicial a favor da proteção dos indivíduos, como Ronald Dworkin, que apresenta uma teorização “*de um certo construtivismo interpretativo de um living approach na concretização da Constituição. Dworkin defende que o fundamento do judicial review*

legitimação constitucional da jurisdição constitucional, nem fundamentou esta em algum preceito da Constituição Federal, pois, assim como posteriormente o Juiz Marshal, dava por implícita e inquestionável tal jurisdição na *common law* funcionando dentro do Estado Constitucional. Enmanuel Sieyès, por sua vez, em 1795, formulou uma idéia do *jury constitutionnaire* e que seria “*comme un tribunal de cassation dans l’ordre constitutionnel*”, isto é, o guardião da Constituição. No seu entendimento a nação não sai jamais do estado de natureza, sendo que nos momentos revolucionários atribui o poder de representação a alguns representantes. A soberania seria um lugar mágico e que acaba sendo alienada aos seus representantes. Tal representação estaria em todas as partes, tanto na ordem privada, como na ordem pública. Portanto, “*la soberanía misma de la nación no existe antes de ser representada*”, sendo que também o constitucionalismo é representação (Cf. Jose Acosta Sánchez, *Op. cit.*, p. 357). Logo, a guarda da Constituição estaria diretamente relacionada não com a supremacia de um texto constitucional em si, mas com o sistema de representação que seria autônomo e pensado para controlar o exercício do poder político. Finalmente, a concepção de Hans Kelsen de controle de constitucionalidade das leis mediante uma jurisdição concentrada em um Tribunal Constitucional, primordialmente, estaria a funcionar como um elemento do sistema de medidas técnicas, que teria como função assegurar o exercício regular das funções estatais. O jurista não busca a necessidade de garantir a constituição porque o povo o quer, devendo prevalecer a vontade popular, uma vez que isto somente poderia interessar para a existência da Constituição e não para a sua validade.

³⁴ Cf. ESTEVES, Maria da Assunção. *Legitimação da Justiça Constitucional e Princípio Maioritário*, In: Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional, p. 127.

*é a proteção dos direitos dos indivíduos e das minorias e sustenta a prioridade dos argumentos of principle sobre as polices, ou seja, a prioridade dos direitos individuais sobre os fins colectivos, assumindo deste modo uma concepção liberal-democrática de constitucionalismo*³⁵.

Destarte, os complexos problemas políticos que acabam sendo submetidos à Jurisdição Constitucional podem ser resolvidos com os métodos tradicionais de resolução de questões jurisdicionais?

Não se pode desconhecer, como referido pelo juiz americano Marlan, os Tribunais Constitucionais acabam desempenhando uma tarefa de “*amending power*”, ou seja, “*um poder de emendar o revisar la Constitución, o al menos de suplementarla, de construir preceptos constitucionales nuevos, que ni pudieron estar siquiera en la intención del constituyente*”³⁶. Conforme será posto em debate, uma das causas da dificuldade de entender a Jurisdição Constitucional, na atualidade, reside no atrelamento a alguns pressupostos tradicionais do Estado liberal-individualista e na incapacidade de algumas construções teóricas ultrapassarem o pensamento objetificador, metafísico, calcado na lógica-formal do mundo dos enunciados.

Portanto, os debates sobre a questão da legitimidade da Jurisdição Constitucional acabam sendo soterrados pela própria história, na medida em que são diversos os exemplos de uma atividade capaz de contribuir para a consolidação do Estado Democrático de Direito. Outrossim, o elemento justificador de sua atuação – suficiente para lhe conferir legitimidade – é a garantia da supremacia da Constituição, como referido por Christian Starck³⁷, referindo este mesmo autor que “*La suprématie de la constitution est une conquête de la culture juridique americano-européenne. La représentation théorique d’une primauté de la constitution se lie avec la volonté du pouvoir constituant de garantir effectivement cette primauté au moyen de la juridiction constitutionnelle*”.

³⁵ *Idem*, p. 128.

³⁶ Cf. ENTERRIA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, p. 158.

³⁷ *La Legitimite de La Justice Constitutionnelle et le Pricipe Democratique de Majorite*. In: Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional, p. 67.

1.3. Jurisdição Constitucional e a judicialização das Constituições:

No entanto, para que a Jurisdição Constitucional possa cumprir o seu mister de guardar a Constituição, cada vez mais é imprescindível o dar-se conta de que a própria aplicação do Direito exige o redimensionamento da atividade jurisdicional, de modo a localizá-la no atual momento pelo qual passa o Estado Moderno. Destarte, efetivamente, analisando a atividade de alguns Tribunais Constitucionais, pode-se chegar à conclusão segundo a qual o constitucionalismo está passando por uma fase de mudanças paradigmáticas, o que deverá refletir em outros ramos do Direito que não somente o Direito Constitucional.

De tudo que até agora foi explicitado, pode-se concluir, o constitucionalismo moderno possui a potencialidade de assumir-se como via de acesso para o acontecer (hermenêutico) do regime administrativo, figurando a Jurisdição Constitucional como o *locus* privilegiado para o que inicialmente foi referido como *Ereignis* (acontecimento-apropriação), dentro da perspectiva teórica aqui adotada. Mas, por óbvio, a Constituição não pode ser compreendida metafisicamente, de modo objetificado. Neste aspecto, adota-se a concepção de Lenio Luiz Streck, ao afirmar: “*é necessário ter claro que a Constituição não é um elemento objetivo do qual se deduz outros elementos objetivos. Se assim pensássemos, a Constituição seria transformada em um elemento objetificador. Quando interpretamos um texto infraconstitucional (que é um ente no seu ser), o fazemos não deduzindo o sentido a partir de uma categoria ou substrato geral, mas sim, a partir de uma co-originariade. Não percebemos as coisas primeiramente em seu ‘ser-objeto’. As vivências sempre se dão em um mundo circundante (Umwelt)*”³⁸. Assim, o constitucionalismo moderno é erigido como verdadeira vivência democrática, responsável pelo modo-de-ser dos juristas, mas sem impor à Constituição uma compreensão categorial e sim o texto fundamental que reflete o ser-no-mundo de uma dada sociedade.

O labor do intérprete da Constituição envolve um projetar de sentidos, construídos a partir do conjunto de pré-compreensões,

³⁸ *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*, p. 446.

desvelados no âmbito de um modo-de-ser-no-mundo. A compreensão, com efeito, possui uma dimensão ôntico-ontológica, não podendo ser resumida a mera utilização de variadas regras formais, de métodos. É imperioso reafirmar: o método sempre chega tarde. Para Eduardo Garcia de Enterría, o Direito não pode ser vislumbrado, e nem que se quisesse assim poderia ser, como o texto da lei e nada mais, senão como o texto de lei com toda a sua textura de princípios e conceitos capazes de uma vida própria, possuindo a necessária flexibilidade para a imprescindível matização na articulação social de interesses a que serve o Direito, determinando uma atividade judicial descobridora e nunca petrificada, nem esgotada³⁹.

Defende-se, por conseguinte, o posicionamento segundo o qual a hermenêutica jurídica tem exercido um papel fundamental para esta forma diferenciada de entender o fenômeno jurídico e a materialização do texto das Constituições. Basta fazer a problematização do horizonte histórico para detectar a sua importância, e quanto o labor da Jurisdição Constitucional tem contribuído para autenticamente “dizer a Constituição” pois, ao fazê-lo, acaba sempre por recriá-la, como bem aludido por José Acosta Sánchez⁴⁰. A modernidade, desse modo, há de conviver cada vez mais com um Direito Constitucional de caráter material, aberto e dotado de maior flexibilidade, em detrimento da diminuição do papel centralizador do Direito Constitucional Formal. A Jurisdição Constitucional deve deixar de entender a Constituição como algo fechado em seus preceitos. Anteriormente já foi referida a importância do constitucionalismo norte-americano, devendo, mais uma vez, ser lembrado que, a partir da Emenda XIV, a maior parte do Direito Constitucional tem girado em torno da interpretação judicial dela, que a recria⁴¹, culminando em um Direito Constitucional informal, material e aberto, de natureza jurisprudencial.

O fenômeno supra citado também tem se manifestado nas Jurisdições Constitucionais da Europa, havendo a prevalência de uma Constituição necessitada de permanente atualização por parte do Tribunal Constitucional, bem como o debate sobre a insuficiência dos

³⁹ *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, p. 224.

⁴⁰ *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional. Fundamentos de la Democracia Constitucional*, p. 188.

⁴¹ Cf. SÁNCHEZ, José Acosta, op. cit., p. 62.

métodos formais da hermenêutica jurídica para a apreciação das questões atinentes à inconstitucionalidade das leis. No entendimento de José Acosta Sánchez, *“en suma, en Europa se há desarrollado en menos de medio siglo el bisecular fenómeno de la judicialización del Derecho supremo. Junto a las Constituciones, surge un Derecho Constitucional que es material por su modo de creación, forma de operar y teleología garantista, conjunto de normas constitucionales, en definitiva, no emanadas de ninguna de las dos únicas fuentes formalmente legitimadas para crearlas, el poder constituyente y el poder de reforma constitucional”*⁴².

O Tribunal Federal Suíço⁴³, por exemplo, foi um dos primeiros a acolher o fenômeno americano de ampliação da Constituição por via jurisprudencial, influenciado pela própria expansão dos direitos humanos e a Convenção Européia, bem como pelo Direito Constitucional da Alemanha, resultado de sua atribuição constitucional de “proteção sobre direitos constitucionais violados”, mas que não estão explicitados no texto da Constituição. A Jurisdição Constitucional Suíça desenvolveu um papel de agente gerador da Constituição, consagrando normas constitucionais não escritas, como a leitura que vem sendo feita do artigo 4º da Constituição, consagrador da igualdade de todos os Suíços perante a lei. No entendimento de Jean-François Aubert, *“el Tribunal federal há montado literalmente una construcción jurisprudencial del mismo que ni la lectura más atenta de esa disposición y de las deliberaciones constituyentes de las que surgió permite en absoluto descubrir”*⁴⁴.

Outra referência interessante e digna de nota é a do Tribunal Constitucional Austríaco, pois em que pese ser uma das mais antigas referências em matéria de Jurisdição Constitucional, demorou até ser

⁴² Op. cit., p. 67.

⁴³ Cf. SÁNCHEZ, José Acosta. Op. cit., p. 68.

⁴⁴ *Traité de Droit Constitutionnel suisse*, vol. I, 1967, p. 123/125, apud SÁNCHEZ, José Acosta. Op. cit., p. 69. Como exemplo o constitucionalista suíço refere que em maio de 1960 o Tribunal federal declarou que a garantia da propriedade privada pertencia à propriedade privada; já em maio de 1961 que a liberdade de expressão constitui um princípio fundamental do direito federal e cantonal e, por fim, que em maio de 1963 que a liberdade pessoal é um elemento indispensável no ordenamento jurídico de um Estado de Direito como é a Confederação e que tal liberdade pertenceria às normas não escritas de direito constitucional.

afetado pelo papel criador do Tribunal Constitucional, decorrência da preponderância da postura positivista, originária da participação de Hans Kelsen. Uma postura diferenciada, no entanto, começou a ser desenhada, em especial, no que concerne aos direitos fundamentais, referindo José Acosta Sánchez que *“la sustitución del método formal-kelseniano (desarrollado por vez primera por Adolf Merk em 1917) por outro que atiende a contenidos axiológicos y materiales también se debe a la importante y creciente influencia de la Convención Europea de derechos del Hombre y la jurisprudencia correspondiente, que incitan al Tribunal constitucional austriaco a tener una percepción de las garantías constitucionales más material y atenta a su contenido”*⁴⁵.

O Tribunal Constitucional Alemão, por sua vez, tem elaborado uma jurisprudência suficiente para comprovar que o juiz constitucional reconhece a existência de princípios constitucionais além do texto positivado, bem como defende a existência da competência para controlar o direito positivo com fundamento em tais princípios⁴⁶. Dentro desta linha de raciocínio, figura como máxima expressão desta postura axiológica o disposto no artigo 1º, primeira alínea, que estabelece a dignidade do homem, inatingível, sendo este um conceito chave, considerado como direito fundamental, constituindo-se em elemento básico sobre o qual repousam os diferentes direitos fundamentais⁴⁷. O Tribunal Constitucional Alemão, com efeito, tem atuado como uma fábrica permanente da Constituição, concebendo a construção constitucional como um processo.

Não se poderia deixar de fazer referência ao Conselho Constitucional Francês que, efetivamente, em razão do dogma da lei, da preponderância da soberania do parlamento, até 1965 interpretava de modo muito restritivo sua própria competência. Nesta época já havia uma certa tendência de ampliar o conceito de constituição através da noção de “bloco de constitucionalidade”, sendo englobadas aí as leis orgânicas, possibilitando um controle de constitucionalidade mais amplo que o simples texto constitucional. A tendência do Conselho

⁴⁵ Op. cit., p. 74.

⁴⁶ Cf. SÁNCHEZ, José Acosta. Op. cit., p. 75.

⁴⁷ Cf. SÁNCHEZ, José Acosta. Op. cit., p. 76.

Constitucional para trabalhar com um Direito Constitucional material foi consolidada com a decisão de 16 de julho de 1971: “*!He aquí, de un solo golpe, la Delcaración de 1789, el Preámbulo de 1946 y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República formando parte de la Constitución, sin que el constituyente de 1958 lo hubiera querido así! La Constitución francesa há doblado su volumen por la sola voluntad del Consejo constitucional*”⁴⁸. Como aludido por François Luchatre⁴⁹, esta decisão seria considerada vinte anos depois como um acontecimento quase revolucionário, contribuindo para a mudança do Conselho Constitucional que veio a ocorrer posteriormente com a reforma constitucional de 1974.

A Constituição Francesa, portanto, se tem feito mais e mais jurisprudencial⁵⁰, devendo ser mencionado o aludido por Dominique Rousseau: “*La Constitución francesa se convierte así en un espacio vivente, un acto abierto a la creación continua de derechos y libertades... Cada año, o casi, el Consejo atribuye valor constitucional a un nuevo derecho o a una nueva libertad, generando una constitucionalización continua de derechos y libertades clásicas y de derechos económicos y sociales, así como una ampliación constante del principio constitucional más solicitado, el de igualdad*”⁵¹. Destarte, no ano de 1994, o Conselho Constitucional da França reconheceu a normatização de um importante princípio, o princípio da dignidade da pessoa humana, ao exercer o controle de constitucionalidade de uma lei sobre bioética, em que pese tal princípio não estar explicitado na Declaração de 1789, no preâmbulo de 1946 ou na Constituição de 1958, bem como na Convenção Européia de Direitos do Homem, mostrando-se claro o papel de criação do Conselho Constitucional.

Dos exemplos supra citados, é crível compreender que a Jurisdição Constitucional pode e deve assumir um papel criador, tomando para si a tarefa de estruturar um verdadeiro Direito Constitucional judicializado,

⁴⁸ Cf. SÁNCHEZ, José Acosta. Op. cit., p. 85.

⁴⁹ *La décision du 16 de Juillet 1971*, In: Annuaire International de Justice constitutionnelle, vo. VII, 1991, Paris: Economica/PUAM, 1993, p. 77.

⁵⁰ Cf. PONTTHOREAU, Marie-Claire. *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Paris: Economica, 1994, p. 140, *apud*, SÁNCHEZ, José Acosta, Op. cit., p. 88.

⁵¹ Cf. SÁNCHEZ, José Acosta. Op. cit., p. 89.

material e aberto. No entanto, para a emergência desta concepção devem ser ultrapassados alguns dogmas impostos pelo pensamento jurídico tradicional. Os operadores devem estar dispostos a um contínuo processo de suspensão dos seus pré-juízos e ao desenvolvimento de uma linguagem hermenêutica capaz de abarcar as projeções fenomenológicas do constitucionalismo moderno. Uma concepção fenomenológica-hermenêutica da Constituição há de contar com um jurista disposto a lançar-se no curso da história constitucional, possibilitando, assim, o entendimento de que a norma constitucional não é uma norma-em-si, mas um texto a ser significado, contextualizado, inserido em uma determinada história. O compreender fenomenológico da Constituição que se defende é aquele capaz de brotar do mundo-da-vida (Lenio Luiz Streck) e responsável pela construção de relações de sentido abertas e sempre novas que, em última análise, são formas de expressão da vida, uma vida que é histórica. Neste sentido, Modesto Berciano Villalibre, fazendo referência a Heidegger, tem razão quando alude que “...*comprender tiene condiciones necesarias que no se fundan en axiomas o en proposiciones, sino en el vivir situaciones vitales concretas por el sujeto*”⁵².

2. As possibilidades de um regime administrativo material: a atividade da Juristição Constitucional

Com efeito, quando se fala em *supremacia da constituição*, deve-se compreendê-la como uma vivência na qual a Constituição, enquanto amálgama de regras, princípios e valores de uma dada sociedade, constitui-ação dos cidadãos e dos poderes públicos, criando as condições de possibilidade para um *Dasein* de coordenação dos entes jurídicos, ou seja, como alude Cristina Queiroz, o paradigma constitucional remete não para uma hierarquia entre normas e princípios constitucionais, mas uma coordenação⁵³. Aqui adota-se a concepção mais substancial de Constituição e de Estado, ou seja, não apenas como mero instrumento regulador de procedimentos, mas universo normativo no qual são definidas tarefas, programas e fins

⁵² *La Revolución Filosófica de Martin Heidegger*, p. 70.

⁵³ *Interpretação Constitucional e Poder Judicial. Sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000, p.30.

para o Estado e para a sociedade⁵⁴. Ademais, trata-se de concepção teórica que prima pelo desenvolvimento de um labor não objetificador da Constituição, pois os diversos casos antes mencionados, sobre o acontecer da Constituição no exercício da Jurisdição Constitucional, evidencia o pressuposto hermenêutico aqui adotado, segundo o qual o caráter de fundamento de uma dada ordem jurídica não está no enunciado, mas no existir (*Dasein*) como tal.

2.1.O Estado Moderno e o Regime Jurídico-Administrativo: rumo ao processo de constitucionalização.

A doutrina do Direito Administrativo, em que pese algumas divergências, estabelece como o marco mais importante, responsável pelo nascimento deste ramo do Direito, a Revolução Francesa. Como menciona Carmen Chinchilla Marín, “*en el modelo liberal burgués que impusieron los revolucionarios de 1789 estaban los principios y, por tanto, el germen de lo que hoy llamamos Derecho Administrativo, aunque no, logicamente, el Derecho Administrativo entera y cabalmente construido*”⁵⁵. No entanto, é claro que não se pode colocar o movimento revolucionário como único acontecimento responsável pela superação do Antigo Regime, considerando que a instauração do Estado Liberal na Europa foi o produto de múltiplas e renovadas revoluções ocorridas em todos os setores⁵⁶. No plano ideológico, efetivamente, pode-se dizer ter havido uma mudança

⁵⁴ Cf. BERCOVICI, Gilberto. *A Problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro*. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília a.36, n. 142, abr./jun. 1999, p. 37. Por óbvio fugiria das finalidades desta pesquisa examinar todo o debate sobre as linhas de uma Teoria da Constituição e de uma Teoria do Estado. Sobre o tema ver HFSSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1992; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. Coimbra: Coimbra Ed., 1994; STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*, p. 127 e ss. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda(org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2003, 144p.

⁵⁵ *Reflexiones em Torno a La Polemica sobre el Origen Del Derecho Administrativo*, In: Nuevas Perspectivas del Derecho Administrativo, Madrid: Civitas, 1992, p. 21.

⁵⁶ Cf. SOUSA, António Francisco de. *Fundamentos Históricos de Direito Administrativo*, Lisboa: Edição i-Editores Lda., 1995, p. 149.

radical em relação aos pressupostos do regime absolutista anteriormente vivido. Mas, com relação à forma de atuação estatal, a modificação foi gradual, sendo que o Direito Administrativo, com a formulação de alguns princípios basilares, acabou sendo responsável por esta nova ação do ente público. Dentre os princípios chamados revolucionários são destacados: soberania estatal, direitos dos cidadãos, divisão de poderes e legalidade⁵⁷.

A consequência de tais elementos foi que a Administração Pública, dentro da gênese do Estado liberal, estava definitivamente subordinada à lei⁵⁸. O regime administrativo, com efeito, apresentava-se fortemente marcado pela idéia de racionalização da atividade do Estado, havendo uma atribuição específica de funções administrativas a órgãos determinados, independentes do Legislativo e do Judiciário.

O Direito Administrativo Francês acabou por influenciar a formação deste ramo do Direito no restante da Europa. No caso de Portugal, cuja matriz determinou a estruturação administrativa brasileira, em razão de sua instabilidade política e econômica desde o início do Século XIX, constituiu-se em terreno fértil para a divulgação dos ideais liberais que chegavam da França pós-revolucionária⁵⁹. Os reflexos no Brasil foram marcantes, contribuindo para que aqui também fossem ultrapassados paulatinamente os pressupostos absolutistas⁶⁰.

No entanto, assim como o regime liberal foi importante para que restasse olvidado o antigo regime, de cunho absolutista, deve-se dizer que o regime administrativo tradicional apresenta um forte componente positivista, cujo papel preponderante foi conferido ao legislador, de onde devem emanar os principais comandos capazes de controlar a prática dos atos administrativos.

⁵⁷ *Idem*, p. 153.

⁵⁸ Quando se fala na separação de poderes e na legalidade, não se pode deixar de contextualizar o momento histórico em que foram construídos. Como assevera FARACO, Plauto. *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 43, a reserva dos revolucionários franceses ao Poder Judiciário tem contornos históricos do Antigo Regime, os chamados Parlamentos. Inclusive, a Revolução Francesa pode ser tida como antijudiciária, sendo que houve um enfraquecimento político deste poder nos regimes posteriores a 1791.

⁵⁹ Cf. SOUSA, Antônio Francisco de. *Op. cit.*, p. 162.

⁶⁰ Cf. VASCONCELOS, Edson Aguiar de. *Direito Administrativo Brasileiro: origem, evolução e perspectiva*, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 88.

É fundamental visualizar que na passagem do Estado do tipo Liberal para o Estado Social há, igualmente, uma modificação na atividade administrativa e, por conseqüência, do seu regime jurídico. Este último tipo de Estado caracteriza-se por assumir constitucionalmente uma gama diversa de funções e objetivos, o que impõe uma estruturação jurídica para dar conta desta forma de atuação. Destarte, a Administração Pública deixa de ser compreendida como uma instância de ameaça ou uma restrição à liberdade dos indivíduos para converter-se, no Estado Social, em pressuposto de bem estar e fundamental para a efetividade dos chamados direitos sociais⁶¹.

Um dos fenômenos da modernidade é a chamada “constitucionalização da Administração Pública”. É preciso lembrar que as Constituições do Século XIX ignoraram a Administração Pública, sendo que um ou outro preceito isolado encontra-se nesses textos⁶². Modificação substancial passou a ocorrer somente a partir da primeira grande guerra, quando a atividade administrativa aparece em plena expansão e cada vez mais constitucionalizada, como ocorreu nas constituições italiana de 1947, portuguesa de 1976 e espanhola de 1978. Segundo mencionado por Odete Medauar, *“em 1964 Giannini acenava com a tendência à maior ligação do direito constitucional e direito administrativo, com a inserção nas constituições de normas que antes estariam em leis administrativas. Além das recentes orientações doutrinárias, as constituições contemporâneas demonstram a realização dessa tendência, pelo modo mais amplo e profundo com que se ocupam da Administração Pública. Assim, a Constituição portuguesa de 1976 lhe reserva um título específico com sete artigos dotados de itens, num total de vinte e três dispositivos, sem contar outros difusos referentes à Administração. A Constituição espanhola de 1978, no título ‘Do Governo e da Administração’, contém igualmente preceitos sobre a Administração, num total de onze, nessa parte.”*⁶³ Dentro da linha deste processo, a Constituição Brasileira, igualmente, dedicou um capítulo completo para a Administração

⁶¹ Cf. FREIRE, Antonio Manuel Peña. *Op. cit.*, p. 268.

⁶² Cf. MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p.162.

⁶³ *Idem*, p. 163.

Pública, passando a constitucionalizar algumas indicações do modo-de-ser da atividade administrativa (Administração Pública Direta e Indireta), bem como uma diversidade de princípios aptos a orientar a atuação do Poder Público (artigos 37 e seguintes da CF)⁶⁴.

As conseqüências deste fenômeno são muito bem colocadas por Umberto Allegretti: *“o pressuposto de que o caráter democrático de um Estado, assim declarado na Constituição, deverá influir sobre a configuração da Administração e esta, por sua vez, incidirá positiva ou negativamente sobre o caráter democrático do ordenamento; os princípios da democracia não podem limitar-se a reger a função legislativa e a jurisdicional, mas devem informar também a função administrativa; inexistente democracia sem democracia da Administração; ao se implantar nova Constituição, ao se estabelecer novo nível de liberdade é de relevo considerar a Administração como fator fundamental de inovação”*⁶⁵.

Pode-se dizer, com efeito, que na órbita de um Estado Constitucional, busca-se o desvelar hermenêutico-constitucional do conjunto de limites e prerrogativas da Administração Pública, adotando-se uma compreensão mais substancial de Constituição, mediante o permanente modo-de-ser dos entes jurídico-administrativos a partir da multiplicidade de valores, princípios e regras constitucionais. A Constituição, como norma de parâmetro, possibilita *“oferecer uma imagem unitária dos processos jurídicos que asseguram o seu desenvolvimento conforme um conjunto de valores e princípios vinculantes a todos os poderes do Estado e a redução ou correção das práticas desviantes que se puderem produzir”*⁶⁶. A Administração Pública, portanto, estará submetida, inicialmente, à dimensão de sentido do Estado retratada no texto constitucional. No caso brasileiro, a Carta

⁶⁴ Descabe, neste estudo, fazer uma análise do conteúdo deste regime jurídico-administrativo, mas, podem ser referidos que a Administração Pública Brasileira está submetida a uma gama variada de princípios, como o do interesse público, legalidade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, motivação, impessoalidade, publicidade, moralidade e responsabilidade do Estado por atos administrativos.

⁶⁵ *Publica amministrazione e ordinamento democratico*, In: Il foro italiano, jul-ago, 1984, p. 3-4, apud, MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 164.

⁶⁶ Cf. FREIRE, António Manuel Peña. *Op. cit.*, p. 274.

de 1988 buscou implementar um Estado Democrático de Direito, sendo que ao longo dos preceitos, princípios e valores elencados foram normatizados diversos fins políticos e jurídicos a serem alcançados e que devem funcionar como critérios de orientação hermenêutica do Poder Público⁶⁷. A constitucionalização do regime jurídico-administrativo importa em vislumbrar de uma maneira diferenciada a própria questão da legalidade, considerando os pressupostos oriundos de sua matriz liberal, bem como possibilita a atuação da Jurisdição Constitucional como instância que dinamiza a forma e o conteúdo da atuação administrativa. Aliás, conforme a seguir será examinado, a jurisprudencialização do Direito Administrativo constitui-se em via necessária e possível para a atualização deste ramo do Direito de modo a fazer frente às complexidades da sociedade.

2.2. O papel da jurisprudência na construção dos caminhos (hermenêuticos) do regime jurídico-administrativo: rumo ao processo de desobjetificação.

Na primeira parte deste estudo foi ressaltada a importância do modo de atuação da Jurisdição Constitucional em alguns países, demonstrando-se o crescente fenômeno da jurisprudencialização do Direito Constitucional, ou seja, um Direito material e mais aberto, capaz de absorver em seu bojo as constantes mudanças da realidade histórica e social. Logo, há de se questionar a plausibilidade de um regime administrativo igualmente mais dialógico, considerando que atualmente o que se tem verificado é uma crise no Direito Administrativo Brasileiro, cujas causas são variadas, mas, dentre elas, sempre esteve em debate o excessivo formalismo, bem como o apego exacerbado aos postulados do positivismo jurídico, impedindo os operadores do Direito de laborarem no seu dia-a-dia com concepções teóricas antimetafísicas. Guardadas as devidas reservas, em face da pré-compreensão hermenêutica que não vislumbra a Constituição como um repertório de categorias, é sempre útil referir

⁶⁷ Por esta razão é que “a conexão com o sentido político do ordenamento permite localizar os limites à atividade administrativa em todo o direito e não somente na norma habilitante”, cf. FREIRE, António Manuel Peña. *Op. cit.*, p. 278.

as palavras de Eduardo Garcia de Enterría para quem: “*Del mismo modo que el legislador, y aun con más energía, porque es servidor y no señor del Derecho, el Juez mismo está sometido a la Constitución (artículo 9.1 de ésta) y, por tanto, dando su rango relevante dentro de ella, a esse mismo ‘sistema de valores’ materiales. Esta vinculación es incluso ‘más fuerte’ que a las propias Leyes, porque la Constitución, además de sobreponerse a éstas, constituye la base y el fundamento de todo ordenamiento de modo que las Leyes mismas han de interpretarse ‘de conformidad con la Constitución’*”⁶⁸.

A conclusão é que o regime administrativo há de ser construído dentro desta dimensão constitucional dos valores materiais fundantes da ordem jurídica, sendo que as sujeições e prerrogativas da Administração Pública devem ser concretizadas de modo a atribuir a máxima efetividade a este modo-de-ser constitucional. Aqui, como mencionado por Eduardo Garcia de Enterría, é fundamental a efetiva atuação da Jurisdição Constitucional, buscando sempre assegurar a primazia normativa da Constituição, que deixa de ser vista como simples articulação formal de poderes para compreender-se “*como um parâmetro de valores materiais de todo o ordenamento*”, ultrapassando-se o Estado puramente legal para que a atividade administrativa venha a ser concretizada no âmbito de um Estado ordenado por princípios básicos constitucionais, rompendo com uma jurisprudência puramente formal⁶⁹. A Constituição, desse modo, longe de impor um positivismo legalista, possibilita a atuação construtiva por parte do Juiz para a aplicação dos preceitos estruturantes do regime jurídico-administrativo, uma atividade construtiva orientada pelo conjunto de indícios formais⁷⁰ obtidos pela aplicação constitucional.

⁶⁸ *Idem*, p. 95.

⁶⁹ *Reflexiones sobre la Ley y Los Principios Generales Del Derecho*. Madrid: Civitas, 1996, p. 96-97.

⁷⁰ Sobre a nominada Teoria dos Indícios Formais ver STEIN, Ernildo. “Pensar é pensar a diferença”, p. 159 e ss. Nesta obra o autor traz um texto fundamental para a compreensão adequada do tema, *Os Indícios Formais e a Base Não-Inferencial para o Conhecimento*, relatando que a introdução dos existenciais pode ser feita, exatamente, com a descrição dos indícios formais. Trata-se de um pensamento não objetificador, pois não há um universo pronto, chegando-se aos indícios formais fenomenologicamente. Descrever os indícios formais, com efeito, importa buscar as diversas características do *Dasein* e que

As possibilidades de um Direito Administrativo material e hermeneuticamente ponderado, podem ser detectadas através do próprio sistema administrativista francês, em que pese ser o berço da consagração dos pressupostos liberais deste ramo do Direito. Michel Fromont⁷¹ faz alusão à influência da justiça constitucional sobre os poderes públicos, referindo possuir a importante função de fazer penetrar os valores proclamados pela Constituição no funcionamento cotidiano do Estado. Outrossim, para George Vedel, uma das características gerais do Direito Administrativo é “*un droit essentiellement fait par le juge*”⁷², considerando que não se trata de um direito codificado, possuindo um conjunto de normas legais reagrupadas por matérias. No entanto, a atividade do Juiz mostra-se fundamental para a concretização de princípios gerais, segundo ressalta o administrativista francês supra citado⁷³.

Não se pode desconhecer, um dos momentos importantes do Direito Administrativo Francês foi quando passou a haver a utilização dos fundamentos de Direito Público para a resolução de casos de

revelam o próprio modo-de-ser-no-mundo (Idem, p. 160). Assim, refere expressamente, “o existencial é posto no lugar do transcendental como elemento organizador. O existencial não é uma simples remissão ao empírico, ao existente - os espanhóis traduzem por existitivo-, mas é uma dimensão que não tem justamente esse caráter de categoria, mas de qualidade existencial” (Idem, p. 160-61). A tarefa do intérprete passaria pela necessária descrição dos indícios formais como modo de chegar ao máximo número de atos exercidos e que, dentro da perspectiva fenomenológica, são as dimensões existenciais (p. 163). Vale aduzir, é imperioso para este pensar o que Heidegger chamou de educação fenomenológica, pois este exercício do descrever fenomenológico importa em possibilitar ver aquilo que normalmente está encoberto. Aqui entra em jogo o caráter ambivalente do estar encoberto e aquilo que se mostra. Segundo Heidegger, a fenomenologia é o exercício de tentar mostrar, naquilo que se mostra, aquilo que de si não se mostra e que, só num exercício de explicitação dos indícios formais, irá mostrar-se” (Idem, p. 164). Este, portanto, seria o significado de ir às coisas mesmas possibilitado pela Teoria dos Indícios Formais.

⁷¹ “La justice constitutionnelle dans le monde”, Paris: Dalloz, 1996, p. 81 e ss.

⁷² *Droit administratif*, Tome 1, Paris: Presses Universitaires de France, 12ª ed, 1992, p. 88.

⁷³ *Droit administratif*, Tome 1, p. 89. Menciona o autor expressamente: “*Bien plus, le droit administratif est en grande partie non législatif. En certains cas, le législateur pose des principes tellement généraux (par exemple, principe de séparation des autorités administratives et judiciaires) que leur contenu est en réalité déterminé par le juge. Dans d’autres cas, il ne règle que des hypothèses particulières, laissant une grande masse de cas litigieux hors du champ d’application des textes*”.

responsabilidade extracontratual. A concretização do regime administrativo nesta matéria foi feita por intermédio de uma decisão do Tribunal de Conflitos, em 8 de fevereiro de 1873, no famoso Caso Agnès Blanco. No entendimento de Jean-Claude Ricci, esta decisão, muito embora não tivesse sido a primeira sobre o tema, foi importante porque ela fixou regras novas em matéria de responsabilidade extracontratual da Administração, apresentando-se como uma responsabilidade de princípio, devendo a Administração responder pelos danos que causar, regendo-se a atividade administrativa por regras próprias⁷⁴.

Posteriormente, o trabalho da jurisprudência francesa continuou incessantemente para a estruturação do Direito Administrativo, sendo comum qualificar-se como a Idade de ouro deste ramo do Direito o período compreendido entre 1870-1970, considerando que antes de 1870 o Direito Administrativo não tinha sido trabalhado como ciência, sendo que a França contribuiu em termos de trabalhos doutrinários para a sua construção dogmática. No entendimento de António Francisco de Sousa, pode-se dizer que em França, na realidade, a Idade de ouro vai até a 1ª Grande Guerra⁷⁵. Poderiam ser mencionados também o Caso Terrier (Rec. 94) do Conselho de Estado, de 06 de fevereiro de 1903, em que restou fundada mais explicitamente a competência do juiz administrativo sobre o serviço público; o Caso Tomaso Grecco (Rec. 139) do Conselho de Estado, de 10 de fevereiro de 1905, em que se abandonou antiga jurisprudência que recusava toda responsabilidade do Estado em razão do funcionamento defeituoso do serviço de polícia; o Caso Martin (Rec. 749) do Conselho de Estado, que declarou inaceitável o recurso por excesso de poder não apenas

⁷⁴ *Mémento de la Jurisprudence Administrative*, Paris: Hachette Livre, 1995, p. 9: “*la décision Blaco est importante en ce qu’elle fixe des règles nouvelles en matière de responsabilité extra-contractuelle de l’administration. En premier lieu, c’est une responsabilité de principe: désormais, l’administration doit répondre des dommages qu’elle cause. C’en est fini du système antérieur qui limitait les hypothèses de responsabilité administrative aux seuls où une loi en décidait expressément ainsi. En deuxième lieu, on l’a vu, cette responsabilité n’est pas régie, normalement, par les principes et les règles fixés aux art. 1382 et suivants du code civil. Elle est régie par des règles propres au droit administratif*”.

⁷⁵ Op. cit., p. 408.

diretamente contra um contrato, mas também contra todo ato unilateral preparatório do contrato; o Caso Deplanque (Rec.513) do Conselho de Estado, de 31 de maio de 1907, que trata do princípio do poder de sanção como uma prerrogativa exorbitante; o Caso Compagne des Chemins de Fer de L'est et Autres (Rec. 913) do Conselho de Estado, de 06 de dezembro de 1907, em que restou fixada uma noção de ato administrativo unilateral, bem como o estatuto do poder regulamentar, e muitos outros que aqui poderiam ser referidos.

No que diz respeito à atuação específica da Jurisdição Constitucional, é digno de nota o Caso Liberté D'Association (71-44 DC, Rec. 29), de 16 de julho de 1971, relativo a um projeto de lei que tratava da instituição de um controle judiciário prévio sobre certas associações, sendo que esta decisão é importante em razão de reconhecer o valor jurídico do preâmbulo da Constituição de 04 de outubro de 1958 e os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República; o Caso Droit de Grève à la Radio et à La Télévision (79-105 DC, Rec. 33), de 25 de julho de 1979, sobre a teoria constitucional do direito de greve, que seria um direito constitucional não absoluto e que deveria ser conciliado com outras exigências constitucionais. Outro aspecto importante de tal decisão é sobre a constitucionalização do princípio da continuidade do serviço público e a sua não aplicação sobre as atividades privadas. Já no Caso da Validação D'Actes Administratifs (80-119 DC, Rec. 46), de 22 de julho de 1980, o Conselho Constitucional estabeleceu o princípio que uma lei pode possuir características retroativas, salvo em matéria penal e em matéria de sanções punitivas. Outrossim, tratou de dois elementos essenciais da teoria constitucional da justiça administrativa: a dualidade de jurisdições e o princípio da independência do juiz administrativo. No entanto, uma decisão de grande importância foi a do Caso Conseil Supérieur De L'Audiovisuel (88-248, DC, Rec. 18), de 17 de janeiro de 1989, em que o Conselho Constitucional estabelece a noção de autoridade administrativa independente, reconhecendo-a como um organismo administrativo sem personalidade jurídica, desprovida de caráter jurisdicional e submetida aos controles administrativo e jurisdicional, conforme o caso.

É possível verificar que a Jurisdição Constitucional francesa desenvolveu um trabalho de contínua construção do próprio Direito Administrativo, em especial na fixação de regras atinentes à competência

do Juiz administrativo, além de princípios de ordem geral e de valor constitucional que acabou por refletir na esfera administrativa. Segundo mencionado por José Acosta Sánchez, o Conselho Constitucional utiliza uma gama variada de normas de referência não escritas, como os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República, os princípios particularmente necessários ao nosso tempo e os objetivos de valor constitucional⁷⁶. Esta ampliação da abrangência do texto constitucional reflete sobre diversos ramos do Direito e, em especial, no caso, sobre o Direito Administrativo que passa a ter uma possibilidade de adaptação maior.

No entanto, o exemplo francês não é o único significativo e importante para a construção de um regime administrativo. As decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão, em especial com relação aos princípios estruturadores do Estado de Direito, refletem na própria forma de compreensão do Direito Administrativo. É conhecido o trabalho desenvolvido por este Tribunal relativamente ao princípio da proporcionalidade, sendo o Direito Administrativo uma de suas áreas de atuação, como no caso das regulações legais do exercício da profissão, havendo decisões no sentido de que o legislador somente pode limitar o exercício da profissão no interesse do bem-estar comum e para a solução daquelas tarefas objetivas, além de ser necessário haver considerações apropriadas e razoáveis para justificar a intervenção neste direito (BverfGE 30, 292(316))⁷⁷. Outrossim, em matéria de desapropriação, dentro do princípio da proporcionalidade, na propriedade, como é protegida pelos direitos fundamentais, só poderia haver interferência através da desapropriação se o projeto servir ao bem público, sendo que a desapropriação deve ser estritamente necessária para que o projeto possa ser executado (BverfGE 24, 367(404))⁷⁸. São significativas também decisões entendendo que a atividade das autoridades administrativas nunca é completamente livre e está vinculada a preceitos gerais, como a proibição da arbitrariedade e o preceito da proporcionalidade

⁷⁶ Op. cit., p. 91.

⁷⁷ Cf. Heck, Luís Afonso. *Op. cit.*, p. 181.

⁷⁸ *Idem*, p. 182.

(BverfGE 69, 161(169))⁷⁹. No que tange ao preceito da precisão legal, o *Bundesverfassungsgerichtsentscheidung* já decidiu no sentido de que o legislador estaria obrigado “*a circunscrever os elementos típicos de uma multa de maneira tão concreta que o alcance e o âmbito de aplicação do tipo legal sejam reconhecíveis e que se deixem determinar por meio de interpretação*”⁸⁰. Outro conjunto de decisões importantes diz respeito à necessidade de incidência dos chamados conceitos gerais no Direito Administrativo, havendo o reconhecimento de que devem ser utilizados porque a “*multiplicidade das tarefas econômicas nem sempre se deixa apreender em conceitos de contornos claros*”⁸¹. Finalmente, uma última referência poderia ser feita no que tange à proibição da arbitrariedade, que vem sendo reconhecida pelo Tribunal Alemão como uma limitação às autoridades administrativas, não apenas com relação às suas decisões, mas, igualmente, relativamente ao processo de formação e ao desenvolvimento do processo administrativo (BverfGE 69, 161(169))⁸².

É claro, muitos outros exemplos poderiam ser citados para justificar a tese de ser imprescindível na modernidade um regime jurídico-administrativo material e voltado para ultrapassar o pensamento objetificador. A abertura do regime administrativo, no entanto, necessita da constante e forte participação da Jurisdição Constitucional, bem como da superação da forma predominante de compreensão do fenômeno jurídico como algo que decorre da simples subsunção da norma ao caso concreto. Aqui, afigura-se importante desvelar um novo modo-de-ser da atividade hermenêutica do regime da Administração Pública, por certo, indo além do viés dogmatista que vislumbra a hermenêutica jurídica como um conjunto de “técnicas” interpretativas. Martin Heidegger, em estudo intitulado “A pergunta pela técnica”,⁸³ faz uma análise crítica sobre a manifestação moderna pelo fascínio da técnica e a postura ingênua das ciências de a conceberem

⁷⁹ Cf. HECK, Luís Afonso. *Op. cit.*, p. 183.

⁸⁰ *Idem*, p. 203.

⁸¹ BverfGE 49, 168(181), cf. HECK, Luís Afonso. *Op. cit.*, p. 207.

⁸² Cf. HECK, Luís Afonso. *Op. cit.*, p. 229.

⁸³ *La Pregunta por la Técnica*. Trad. Eustaquio Barjau. In: Conferencias y artículos. Barcelona: Ediciones del Serbal, 1994, p. 9-37.

como algo neutro, despido de sentido. No modo-de-ser do pensamento tecnificado, busca-se objetivar as coisas do mundo a partir de uma perspectiva utilitária, impondo-se a drástica redução no *como* de acesso aos entes. Para o Filósofo da Floresta Negra, a técnica ameaça não apenas o homem, mas as condições de possibilidade de desvelar o próprio ser, pois **a técnica é a época do extremo esquecimento do ser**. Compreender o fenômeno jurídico, desta forma, impõe superar o esquema sujeito-objeto, quer dizer, a postura do operador do Direito segundo a qual existem entes jurídico-administrativos a serem apreendidos por uma espécie de “razão superior”. A interpretação constitucional deve deixar de lançar o olhar exclusivo sobre a metodologia para mergulhar na ontologia.

No intuito de que se possa caminhar para uma compreensão ôntico-ontológica⁸⁴ do regime administrativo, inicialmente, faz-se mister ter como pressuposto que a atividade administrativa não está sujeita a uma legalidade-em-si, mas ao Direito construído, desvelado e aberto a partir da pluralidade de indícios formais-constitucionais, materializados em valores, princípios e preceitos constitucionais. Também, há de ser superada a *teoria dos atos políticos de governo*, quer dizer, na medida em que, como referido por Antonio Manuel Peña Freire, todos os atos de governo que sejam praticados pela administração devem ser controláveis, sem que seu conteúdo político seja motivo que justifique a ausência de controle⁸⁵.

⁸⁴ Sobre a compreensão ôntico-ontológica e sua aplicação no Direito ver STRECK, Lenio Luiz. “Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito”. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, Capítulo V. Relativamente ao tema deste estudo, o regime administrativo há de ser compreendido por meio de uma Teoria da Significação Ôntico-Ontológica, conforme exposto em “A Ponderação no Regime Administrativo Brasileiro: contributo da fenomenologia hermenêutica”, Capítulo III, ou seja, é preciso remontar às raízes do *Dasein* para que seja possível a realização da distinção entre ente e ser (sentido). Para as ciências, e no caso o Direito Administrativo, tal distinção (diferença ontológica), apresenta-se como inacessível, muito embora, como alude E.ildo Stein seja incontornável, *Diferença e Metafísica*, p. 96-97. Como corolário, não se chega aos entes administrativos como um “*algo-em-si*”, puro e livre de sentido, pois o ente somente acontece no seu ser e o ser é sempre ser “*do ente*”. O próprio Direito Administrativo, e isto parece ter sido bem explicitado ao longo deste estudo, somente apresenta-se como ente que é a partir daquilo que lhe é aberto pelo *Dasein*, daí surgindo as condições de possibilidade de ultrapassar o pensamento objetificador, formalista, calcado na lógica da subsunção.

⁸⁵ *Op. cit.*, p. 279.

Inclusive, o artigo 5º, inciso XXXV, CF, estaria a possibilitar uma atuação mais interventiva e transformadora por parte da Jurisdição Constitucional, na medida em que nenhuma lesão ou ameaça de lesão pode ser afastada do Poder Judiciário. Um dos grandes dogmas do direito administrativo diz respeito à criação de uma zona de imunidade de controle, o chamado *mérito do ato administrativo*⁸⁶. Para que seja possível a construção de um regime administrativo desobjetificado, faz-se mister que o Poder Judiciário supere este dogma, através do constante labor de suspensão dos pré-juízos⁸⁷ liberais-individualistas que impedem o desvelamento do autêntico modo-de-ser democrático.

⁸⁶ Vários argumentos são utilizados para justificar a permanência de uma zona de exclusão de controle jurisdicional, por exemplo, que a Administração é que possuiria melhores condições técnicas para aplicar a norma em determinadas situações especiais; a falta de especialização do Poder Judiciário em determinadas matérias ou, até mesmo, a intenção legislativa de delegar a resolução de casos concretos ao Poder Executivo. De qualquer sorte, em última análise, sempre acaba-se utilizando como argumento último o princípio da separação de poderes.

⁸⁷ Relativamente à questão dos pré-juízos e o papel por eles exercido no processo de compreensão, ver GADAMER, Hans-Georg, “Verdad y Método”, I, p. 336 e ss. Deve-se ressaltar, a finalidade da teorização de Gadamer não é propor evitar a presença dos juízos prévios, mas que o intérprete dê-se conta do caráter de inevitabilidade, a fim de que possa percebê-los e controlá-los. É importante o reconhecimento do caráter essencialmente preconceituoso de toda a compreensão. A obra “Verdade e Método” busca reabilitar a noção de preconceito e que foi obscurecida pelo Iluminismo, sendo que Gadamer vislumbra nesta categoria a chave de todo o processo interpretativo, ou seja, uma verdadeira condição de possibilidade (p. 337). Segundo OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. “Reviravolta Lingüístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea”. São Paulo: Loyola, 1996, p. 228, n. 7, “Para Gadamer, esse ponto é fundamental, pois a exigência de superação de todo e qualquer pré-conceito, que constitui o ideal do iluminismo, se revela como um pré-conceito que precisa ser questionado, a fim de abrir espaço à finitude humana. A razão só existe para nós homens, diz Gadamer, enquanto história, e isso significa dizer: ela não é simplesmente senhora de si mesma, mas depende de dados históricos. A idéia de autoconstrução absoluta da razão – o preconceito basilar do iluminismo – é também uma realidade histórica”. Com efeito, considerando os pré-conceitos como realidades históricas, não há como, através de um processo de abstração, eliminá-los da compreensão mesma, sob pena de a compreensão ocorrer sem o elemento histórico. A eliminação do pré-conceito importaria em olvidar a história e a circunstância do homem como ser histórico, ou seja, um ser que se dá na histórica e somente pode ser com ela.

Aliás, este trabalho, há algum tempo, já vem sendo defendido pela doutrina⁸⁸.

O regime jurídico-administrativo, com efeito, necessita ter incorporado em sua materialização jurisprudencial os chamados *objetivos de valor constitucional*, como vem sendo trabalhado, por exemplo, pelo Direito Francês. Tais elementos normativos são capazes de abrir novos horizontes hermenêuticos na atuação discricionária dos Poderes Públicos, possibilitando, inclusive, um controle jurisdicional⁸⁹ através da confrontação dos atos administrativos com a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, CF); justiça (artigo 3º, inciso I, CF); solidariedade (artigo 3º, inciso I, CF) e bem comum (artigo 3º, inciso IV, CF). No entanto, no direito pátrio, os chamados princípios fundamentais não podem ser transformados em elementos de subsunção para controlar as práticas administrativas. Como principais opções político-constitucionais⁹⁰, possuem uma significação de experiências constitucionais para fazer acontecer o Estado Democrático de Direito, melhor dizendo, não simples experiências, mas uma autêntica postura do homem frente ao mundo. Uma atividade hermenêutica de concretização de tais indicações constitucionais no regime da Administração Pública, efetivamente, pode contribuir para a manifestabilidade do modo-de-ser constitucionalizante.

Não há dúvida, o trabalho que o Poder Judiciário, no exercício da Jurisdição Constitucional, vem desenvolvendo com relação à construção do regime jurídico-administrativo é importante. Mas o que se pode verificar é, ainda, um atrelamento ao modelo liberal-individualista e ao pensamento objetificador, assumindo o primado

⁸⁸ Sobre tal questão ver OHLWEILER, Leonel. *Direito Administrativo em perspectiva: os termos indeterminados à luz da hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 109 e ss.

⁸⁹ Cf. FAURE, Bertrand. *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, In: *Reveu française de Droit Constitutionnel*, n° 21, 1995, p.48. O autor reconhece que os objetivos de valor constitucional possuem uma natureza teleológica, finalística, e que foge das formas jurídicas tradicionais.

⁹⁰ Sobre a importância do artigo 3º da Constituição Federal como opção político-constitucional do Estado Democrático de Direito ver BERCOVICI, Gilberto. "Desigualdades Regionais, Estado e Constituição". São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 291 e ss.

da lei-em-si um fator preponderante sobre o modo originário de compreensão do fenômeno jurídico, hermeneuticamente aberto e voltado para “*ir às coisas mesmas*”. Vale referir como um exemplo típico da forma de compreensão formalista do fenômeno jurídico, não havendo a opção pela força normativa da Constituição em seus valores e princípios, a decisão proferida no RE 197.807-RS, rel. Min. Octavio Galloti, j. 30.05.2000, que entendeu ser inaplicável o artigo 7º, inciso XVIII, CF, que assegura a licença à gestante, sem prejuízo e do salário, com duração de 120 dias, por analogia, às mães adotivas, afirmando a Turma não ser admissível aplicação analógica da Constituição.

Denota-se do precedente acima mencionado o encobrimento daquilo que vem expresso no artigo 102, CF: a incumbência do Supremo Tribunal Federal pela “*guarda*” da Constituição. Guardar a Constituição, a partir da perspectiva teórica aqui adotada, está diretamente relacionada com o existencial heideggeriano “*Cuidado*” (Sorge). Trata-se do fenômeno ontológico que para o filósofo seria capaz de possibilitar a analítica do próprio fundamento do ser em geral e que vai proporcionar a situação de estar lançado-para. Logo, é imperiosa a construção de um Cuidado-Constitucional, estando o exercício da Jurisdição Constitucional lançado-para-o-sentido-de-Constituição. Este existencial, por sua vez, é capaz de gerar uma espécie de “*angústia do estranhamento*”, aquele modo de ser caracterizado pela postura de estranhamento frente o senso comum inautêntico, que contribui para o velamento do ser (constitucional) do regime jurídico-administrativo.

O exercício da Jurisdição Constitucional, ao lidar com o regime administrativo deve vislumbrá-lo como uma estrutura deliberadamente incompleta e indeterminada, exigindo-se a construção de um Direito Administrativo fundado a partir da já aludida diferença ontológica entre ser e ente, ou seja, no âmbito do que Lenio Luiz Streck vem denominando de Nova Crítica do Direito: “A Nova Crítica do Direito, aqui proposta, deve ser entendida como processo de desconstrução da metafísica vigente no pensamento dogmático do Direito (sentido comum teórico). A tarefa da NCD é a de ‘desenraizar aquilo que tendencialmente encobrimos’ (Heidegger-Stein). A metafísica pensa o ser e se detém no ente; ao equiparar o ser ao ente, entifica o ser através do 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 ser e ente. *No campo jurídico, esse esquecimento corrompe a atividade interpretativa, mediante uma espécie de extração de mais valia do sentido do ser do Direito.* O resultado disso é o predomínio do método, dos dispositivos, da tecnicização e da especialização, que na sua forma simplificada redundou em uma cultura jurídica estandarizada, onde o Direito (texto jurídico) não é mais pensado em seu acontecer”⁹¹.

Considerações Finais

A título de aportes finais, cabe dizer, conforme Menelik de Carvalho Neto⁹², a imperiosidade de o Direito, especialmente o Direito Constitucional, ser uma efetividade viva, isto é, que se traduza na vivência cotidiana de todos nós, apresentando-se como desafio tomar a Constituição formal como um processo permanente, e portanto mutável, de afirmação da cidadania. Partindo-se de tais elementos de compreensão, o presente estudo buscou, em última análise, continuar a evidenciar a abertura do regime jurídico-administrativo para o *âmbito das vivências de cidadania, da democracia como modo-de-ser no mundo*. Cada vez mais é preciso ressaltar: o Direito Administrativo *precisa de filosofia*, até mesmo como modo de possibilitar o ingresso em seu campo de conhecimento de outras problematizações não abarcadas pelo projeto dogmático tradicional.

O labor da Jurisdição Constitucional, com certeza, é capaz de assumir a relevante função neste modo-de-ser que procura ultrapassar o pensar objetificador, até porque o regime da Administração Pública, no âmbito das vivências constitucionais, está permeado pela experiência fundante dos princípios constitucionais fundamentais, experiência que se dá na temporalidade e constitui-se o ponto de partida para a problematização de qualquer fundamentação originária.

⁹¹ *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*, p. 669.

⁹² *A Hermenêutica Constitucional e os Desafios Postos aos Direitos Fundamentais*. In: *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. José Adércio Leite Sampaio (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 141.

A linguagem do constitucionalismo moderno assume-se como instauradora e desveladora do novo, do impensado, manifestada pela explicitação do conjunto de indícios formais e que aproxima a tarefa do operador do Direito de *ir às coisas mesmas* do Direito Administrativo. Buscou-se aqui não a construção de respostas absolutas e definitivas, mas a abertura de novas sendas na teorização do regime administrativo, caminhos, por certo, há algum tempo encobertos pelo véu do senso comum teórico, mas que, nem por isso, deixaram de ser um caminho.

Referências Bibliográficas

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *As Especificidades e os Desafios Democráticos do Processo Constitucional*. In: *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Estudos em Homenagem ao Prof. José Alfredo de Oliveira Baracho. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- _____. *A Problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro*. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a.36, n. 142, abr./jun. 1999.
- BRITO, José Geraldo de. *Jurisdição Constitucional e Princípio Democrático*, In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho(org.) Rio de Janeiro: RENOVAR, 2003.
- _____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina.
- CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida: uma aproximación histórico-teórica al estudio de derecho y del Estado*, Madrid: Trotta, 1997.
- DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986.
- ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional*. 3ª ed. Madrid: Civitas, 1991.
- _____. *Reflexiones sobre la Ley y Los Principios Generales Del Derecho*. Madrid: Civitas, 1996.
- _____. *Curso de Derecho Administrativo, Volume I*, Madrid: Civitas, 1995.
- ESTEVEZ, Maria da Assunção. *Legitimação da Justiça Constitucional e Princípio Maioritário*, In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

- FARACO, Plauto. *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FAURE, Bertrand. *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, In: *Reveu française de Droit Constitutionnel*, nº 21, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta, 1995.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.
- FROMONT, Michel. *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris: Dalloz, 1996.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Método I. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*. 5ª ed. Salamanca: Sígueme, 1993.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1999.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *La Justicia Constitucional. Garantías, Proceso y Tribunal Constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1994.
- HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais: contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.
- HEIDEGGER, Martin. *Identidade e Diferença*. Trad. de Ernildo Stein. In: *Conferências e Escritos Filosóficos*. São Paulo: Abril Cultural, 1979,
- _____. *La Pregunta por la Técnica*. Trad. Eustaquio Barjau. In: *Conferencias y artículos*. Barcelona: Ediciones del Serbal, 1994, p. 9-37.
- HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1992.
- LLORENTE, Francisco Rubio. *Tendencias Actuales de la Jurisdicción Constitucional em Europa*, In: *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid: McGraw-Hill, 1998.
- MARIN, Carmen Chinchilla. *Reflexiones em Torno a La Polemica sobre el Origen Del Derecho Administrativo*, In: *Nuevas Perspectivas del Derecho Administrativo*, Madrid: Civitas, 1992.
- MATTEUCCI, Nicola. *Oorganización del Poder. Historia del Constitucionalismo Moderno*. Trad. Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trota S. A., 1998,
- MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MEILLO, Celso A. Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira. et il. *Hermenéutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

- MOREIRA, Vital. *O Futuro da Constituição*. In: Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta Lingüístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996.
- PENA FREIRE, Antonio Manuel. *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, Madrid: Trotta, 1997
- RICCI, Jean-Claude. *Mémento de la Jurisprudence Administrative*, Paris: Hachette Livre, 1995.
- ROUSSEAU, Dominique. *Une résurrection: la notion de constitution*. In: *Reveu Du Droit Public*, Jane-Fev, 1990 – 1.
- SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de La Constitución y Jurisdicción Constitucional: fundamentos de la democracia constitucional*, Madrid: Tecnos, 1998.
- _____. Transformaciones de la Constitución em el Siglo XX. In: *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 100, Abril-Junho, 1998.
- SOUSA, António Francisco de. *Fundamentos Históricos de Direito Administrativo*, Lisboa: Edição i-Editores Ltda., 1995.
- STARCK, Christian. *La Legitimite de La Justice Constitutionnelle et le Pricipe Democratique de Majorite*, In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí, Rio Grande do Sul: UNIJUÍ, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m)Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- _____. *Jurisdicção Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- VASCONCELOS, Edson Aguiar de. *Direito Administrativo Brasileiro: origem, evolução e perspectiva*, Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- VEDEL, George. *Droit administratif*, Tome 1, Paris: Presses Universitaires de France, 12ª ed, 1992.
- VILLALIBRE, Modesto Berciano. *La Revolución Filosófica de Martin Heidegger*. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 2001.