

RODRIGO GARCIA SCHWARZ

Série

Direitos Fundamentais Sociais

*Os Direitos Fundamentais Sociais e a sua Judicialização:
As Garantias Judiciais dos Direitos Sociais*



Editora Unoesc



RODRIGO GARCIA SCHWARZ

ISBN 978-85-8422-048-9

Série

Direitos Fundamentais Sociais

*Os Direitos Fundamentais Sociais e a sua Judicialização:
As Garantias Judiciais dos Direitos Sociais*



Editora Unoesc

Editora Unoesc

Coordenação
Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva

Revisão metodológica: Talita Varella da Silva
Projeto Gráfico: Simone Dal Moro
Capa: Daniely A. Terao Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

S411d Schwarz, Rodrigo Garcia.
Os direitos fundamentais sociais e a sua
judicialização: as garantias judiciais dos direitos sociais
/ Rodrigo Garcia Schwarz. - Joaçaba: Editora Unoesc,
2016. - (Série Direitos Fundamentais Sociais)
124 p. ; il. ; 30 cm.

ISBN 978-85-8422-048-9

1. Direitos fundamentais. 2. Garantia (Direito). I.
Titulo. II. Série

Doris 341.27

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor
Aristides Cimadon

Vice-reitores de *Campi*
Campus de Chapecó
Ricardo Antonio De Marco
Campus de São Miguel do Oeste
Vitor Carlos D'Agostini
Campus de Videira
Antonio Carlos de Souza
Campus de Xanxerê
Genesio Téo

Pró-reitor de Graduação
Ricardo Marcelo de Menezes

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão
Fábio Lazzarotti

Diretora Executiva da Reitoria
Lindamir Secchi Gadler

Conselho Editorial

Fabio Lazzarotti
Débora Diersmann Silva Pereira
Andréa Jaqueline Prates Ribeiro
Jovani Antônio Steffani
Lisandra Antunes de Oliveira
Eliane Salete Filipim
Luiz Carlos Lückmann
Carlos Luiz Strapazzon
Gilberto Pinzetta
Marilda Pasqual Schneider
Claudio Luiz Orço
Maria Rita Nogueira
Daniele Cristine Beuron
Marceli Maccari

Comissão Científica

Rogério Gesta Leal (UNOESC, Brasil)
Carlos Luiz Strapazzon (UNOESC, Brasil)
Christian Courtis (UBA, Argentina)
Eduardo Biacchi Gomes (UNIBRASIL, Brasil)
Elda Coelho Bussinguer (FDV, Brasil)
Francesco Saitto (Sapienza-Università di Roma, Itália)
Ivan Obando Camino (Universidad de Talca, Chile)
Mercè Barceló i Serramallera (Universitat Autònoma de Barcelona, Espanha)

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	7
CAPÍTULO I	
A SEGURANÇA JURÍDICA E O PRINCÍPIO DA “SEPARAÇÃO DE PODERES” NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES OU DIVISÃO DE RESPONSABILIDADES	13
CAPÍTULO II	
ATIVISMO OU PODER-DEVER JUDICIAL: O JUIZ É UM ATOR POLÍTICO?	39
CAPÍTULO III	
SOBRE O ARGUMENTO DO DÉFICIT DEMOCRÁTICO DOS JUÍZES	47
CAPÍTULO IV	
SOBRE O ARGUMENTO DA FALTA DE COMPETÊNCIA TÉCNICA DOS JUÍZES.....	55
CAPÍTULO V	
A QUESTÃO DOS “CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS”.....	61
CAPÍTULO VI	
A QUESTÃO DA “RESERVA DO POSSÍVEL”	65
CAPÍTULO VII	
O REDIMENSIONAMENTO DO DEVER ADMINISTRATIVO DE MOTIVAR: UM DESDOBRAMENTO VIRTUOSO DA SINDICABILIDADE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS	73
CAPÍTULO VIII	
A JUDICIALIZAÇÃO COMO POSSIBILIDADE DE ACESSO DA CIDADANIA À ESFERA POLÍTICA .	79
CAPÍTULO IX	
RUMO ÀS CONCLUSÕES: OS LIMITES DO JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS	87
CONCLUSÃO	95
REFERÊNCIAS	101

APRESENTAÇÃO

A presente obra é resultado parcial do Projeto de Pesquisa “Arranjos Inovadores de Garantia do Trabalho Decente e dos Pisos Universais de Seguridade Social”, vinculado à Linha de Pesquisa “Direitos Fundamentais Sociais: Relações de Trabalho e Seguridade Social”, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina.

Esta Linha de Pesquisa promove o aprofundamento investigativo e formativo das conexões entre direitos sociais, humanos e Constituição. Reconhece as tradicionais objeções opostas à eficácia dos direitos sociais quanto à sua natureza jusfundamental e quanto à finitude de recursos. Atenta a isso, dedica-se aos problemas analítico-conceituais da teoria dos direitos fundamentais em face dos direitos sociais, às políticas públicas de efetivação e a duas modalidades específicas de direitos sociais: os das relações de trabalho e os atribuídos à seguridade social.

Nesse contexto, parte-se, na presente obra, da percepção de que a rapidez com que se alteram os cenários político, econômico e social, aliada à crescente complexidade da sociedade contemporânea, tem exigido um profundo redimensionamento do papel da política e das instituições jurídicas no corpo social. Aquele modelo jurídico de cunho marcadamente conservador, no mais das vezes indiferente às pressões das massas populares e às lutas pelo direito a ter direitos, vem sendo paulatinamente superado por um (novo) modelo de Estado, mais democrático, socializante e inclusivo, que assume obrigações prestacionais e onerosas - de intervenção - e que, ao buscar efetivá-las, dialoga com os anseios dos mais diferentes conjuntos de atores sociais, concertando-os.

E, nesse contexto de redimensionamento do papel do Estado, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas tem sustentado que os poderes públicos têm a obrigação de assegurar, em todo o momento, inclusive em épocas de crises ou de dificuldades fáticas, e mesmo diante da reserva do possível, ao menos os conteúdos essenciais de cada um dos direitos fundamentais, impondo aos Estados membros das Nações Unidas e às diversas esferas desses Estados um dever de não regressividade em matéria de direitos fundamentais. Da mesma forma, diferentes ordenamentos consagram a obrigação dos Estados, de respeito ao conteúdo mínimo/essencial dos direitos reconhecidos como fundamentais em constituições ou em convenções e tratados internacionais - sejam eles categorizados como civis, políticos ou sociais -, conteúdo que está condicionado apenas pelo contexto em que se aplica o direito e que admite permanente atualização histórica, que não pode ser delegada, contudo, ao alvedrio dos agentes políticos e administrativos de turno. Esse mínimo/essencial, “núcleo duro” dos direitos fundamentais relacionado ao mínimo existencial e à dignidade humana, será, sempre, uma barreira intransponível, que obriga a uma permanente delimitação e demanda certa integração entre justiça e política, entre juízes e administradores públicos.

Admite-se, assim, a existência de um *continuum* entre uns e outros direitos axiologicamente categorizados como fundamentais - civis, políticos e sociais -, direitos que têm um papel funcional específico no ordenamento jurídico do Estado democrático de direito, sem que nem as obrigações que eles contêm, nem o caráter de sua formulação possa convertê-los em direitos de livre configuração legislativa, tampouco em direitos cuja efetividade fica sujeita ao alvedrio dos agentes políticos e/ou administrativos de turno.

Os direitos fundamentais sociais são, assim, direitos exigíveis, conquanto para a sua vigência (eficácia) plena seja imprescindível - de uma forma ou de outra - a intervenção legislativa e a ação do Poder Executivo, inclusive através de formulação, aplicação, avaliação e controle de políticas públicas sociais. São direitos plenamente jurisdicionáveis, portanto, ou seja, direitos que podem ser exigidos diante de um tribunal e que devem ser por ele tutelados.

Nesse contexto, a presente obra insere-se em uma proposta investigativa que pretende problematizar a configuração contemporânea dos direitos fundamentais sociais e a sua efetividade.

Por se tratar de resultado parcial do Projeto de Pesquisa “Arranjos Inovadores de Garantia do Trabalho Decente e dos Pisos Universais de Seguridade Social”, vinculado à Linha de Pesquisa “Direitos Fundamentais Sociais: Relações de Trabalho e Seguridade Social”, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina, esta obra foi escrita com a finalidade de consubstanciar referência bibliográfica obrigatória das disciplinas pertinentes, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O controle judicial sobre a administração pública consubstancia, na atualidade, uma das principais características do Estado democrático (constitucional e social) de direito - e, talvez, o seu traço mais fundamental -, pois o controle efetivo sobre os atos da administração pública possibilita a vigência pragmática de outros predicados inerentes ao Estado de direito, como o império da lei - o princípio da legalidade, ou seja, a efetiva submissão da administração pública ao ordenamento jurídico, sobretudo à Constituição -, a separação de funções - ou divisão de responsabilidades -, etc., proporcionando um maior respeito às liberdades e aos direitos fundamentais dos cidadãos/administrados.

A existência de uma cláusula geral de revisão judicial da totalidade da função administrativa, de hierarquia constitucional, que institui uma proteção jurisdicional sem fissuras ou lacunas, constitui um notável e substancial avanço em favor da liberdade na luta permanente contra as imunidades - e arbitrariedades - do poder da administração pública.¹ O Estado nasce da Constituição, com as características, atribuições e objetivos que esta fixa; o Estado está *dentro* da Constituição, de forma que esta não é um produto daquele, mas, ao contrário, aquele é produto desta. Daí que a submissão de toda a organização estatal a um regime jurídico preestabelecido é, no sentido jurídico-formal, um dos principais elementos que tipificam o Estado de direito (GORDILLO, 1977).

Por isso, existe uma relação imanente entre o efeito direto e imediato das normas constitucionais e os controles, pois são eles que possibilitam o caráter vinculante da Constituição. Assim, no marco do Estado democrático de direito, existe uma relação necessária entre a Constituição e os controles: os controles são elementos imanentes ao conceito de Constituição, imprescindíveis para a operatividade desta.² As ideias-chave de força normativa da Constituição ou de Estado constitucional de direito seriam realmente inconcebíveis se não se assentassem sobre a pedra angular dos controles: estes viabilizam a eficácia dos direitos subjetivos dos cidadãos/administrados, assegurando, ademais, a vigência (eficácia) das próprias normas, princípios e valores constitucionais. É evidente, portanto, a importância dos controles, pois, em última instância, a própria vigência (eficácia) da Constituição dependerá de sua capacidade de realização, ou seja, de sua efetividade normativa, para o que constitui condição necessária - *sine qua non* - a existência de controles: os controles, instrumentos destinados a fazer efetivas e concretas as limitações ao poder, são, portanto, elementos inerentes à Constituição.³

O controle que nos interessa, nesta obra, é, sobretudo, o controle *jurídico*, ou, mais especificamente, o controle judicial ou jurisdicional; um controle que tem caráter objetivo (compulsório, fundamentado em razões jurídicas, de exercício necessário), que é confiado a um órgão imparcial e independente, dotado de singular competência para dirimir conflitos jurídicos, e que

¹ Nesse sentido, Enterría (1983, p. 97) afirma que “*El poder administrativo es de suyo un poder, esencial y universalmente justiciable.*”

² Segundo Aragón (1987, p. 16), “*El control no forma parte únicamente de un concepto ‘político’ de Constitución [...] sino de su concepto jurídico, de tal manera que sólo si existe control de la actividad estatal puede la Constitución desplegar su fuerza normativa y sólo si el control forma parte del concepto de Constitución puede ser entendida ésta como norma.*”

³ Por isso, pode-se afirmar que “*sin control las garantías constitucionales resultan enervadas, y lo que es más grave, no hay Constitución.*” (ARAGÓN, 1987, p. 51-2).

fiscaliza e reprime as arbitrariedades e os abusos de poder. Em síntese, o controle é, por si só, substancial mesmo ao poder exercido pela administração pública, pois este não existe sem aquele - o controle se impõe para enclausurar a função administrativa dentro das margens permitidas, previamente delineadas pelo direito e, assim, assegurar-se a consecução dos fins públicos. É, também, verdadeira garantia da probidade e da moralidade administrativas, porque a finalidade dos diversos sistemas e procedimentos de controle é verificar a conformidade (adequação) da função administrativa ao ordenamento jurídico e aos princípios da boa administração.

Diferentemente do caráter geral e difuso dos controles extrainstitucionais (sociais), e ao contrário do controle político, subjetivo e voluntário, o controle judicial é objetivo e necessário; daí que a eventual limitação da atuação administrativa pelo Poder Judiciário não resulta de um choque de vontades, mas de uma norma abstrata, e o órgão de controle - o Judiciário - não é, na verdade, um órgão limitador, mas atualizador e garantidor de uma limitação previamente estabelecida pela Constituição, e, dessa forma, esse órgão de controle não se relaciona com o órgão limitado - a administração pública - verticalmente, hierarquicamente, a partir de uma posição de supremacia. O Poder Judiciário não atua, em síntese, em uma posição de supremacia em relação à administração pública, tampouco limita, ele mesmo, por si só, o poder da administração pública; apenas cuida de assegurar que os limites previamente estabelecidos ao exercício do poder da administração sejam observados e resguardados. O Judiciário não limita, e sequer controla, nesse sentido, a administração pública - quem o faz é a própria lei; a Constituição, em última análise -, de forma que o Judiciário apenas zela pela regularidade das atividades da administração pública, com o objetivo de que essas se mantenham nos limites previamente delineados pela Constituição.⁴

Historicamente, a situação do cidadão/administrado frente ao poder do Estado, sobretudo do Poder Executivo, se resume a problemáticos dualismos - liberdade/autoridade, abstenção/intervenção e/ou subsidiariedade/razões de Estado. Nessa tensão dialética, os amplos atentados, por parte dos poderes públicos, contra a esfera de direitos e liberdades do cidadão/administrado se produziram, se produzem ou podem se produzir quase que rotineiramente. Isso não apenas devido aos privilégios posicionais ínsitos à administração pública, mas também, e cada vez em maior grau, devido à hipertrofia e ao intervencionismo próprios à administração pública, e em geral à extensão e à intensificação das funções administrativas, fenômenos que têm delineado a onipresença da administração pública, de forma direta ou indireta, em todos os campos da ordem social (PÉREZ, 1971, p. 19).⁵

É, portanto, precisamente no âmbito do direito administrativo que se dá com maior força o conflito entre autoridade e liberdade, entre Estado e indivíduo. Daí que a busca de um ponto

⁴ Segundo Dromi (1986, p. 96-97), o controle tem por objetivo “*verificar la legitimidad (razón jurídica) y oportunidad (razón política) de la forma (procedimiento) y el fin (causa final) de la actuación, como modo de constatar la correspondencia entre antecedente y consecuente, entre ‘forma prevista y fin propuesto’ como ‘forma ejecutada y finalidad realizada’.*”

⁵ Esse redimensionamento da função administrativa é tributário do fenômeno conhecido como “surto de juridificação” (*Verrechtlichungsschub*), que consiste na expansão e na diversificação e sofisticação dos mecanismos jurídicos pelos quais o poder público passou a interferir em relações sociais, histórica e originariamente concebidas como pertencentes ao domínio do mercado ou dos costumes, fenômeno que, embora tenha se intensificado no curso da expansão do *welfare state* europeu, e possa ser visto como seu subproduto necessário, faz-se presente em toda a experiência jurídica contemporânea. Como já afirmamos, Dean (1997, p. 3), analisando o processo através do qual concessões inicialmente discricionárias da administração pública deram lugar a benefícios concretos, correspondentes a direitos exigíveis pelos cidadãos - direitos subjetivos -, refere-se a uma “juridificação do bem-estar”.

de equilíbrio na tensão dinâmica entre os dois conceitos é uma das principais tarefas dogmáticas dessa disciplina (GORDILLO, 1977).

O direito administrativo assumiu, com o Estado democrático de direito, como seu objetivo fundamental, a proteção das liberdades humanas frente aos privilégios do poder. Por isso, a evolução do direito administrativo corresponde, ela mesma, à história da luta reiterada pela redução das imunidades do poder, contra essa constante resistência que a administração pública tem oposto à exigência de um controle judicial de seus atos através da constituição de redutos isentos e não sindicáveis de sua própria atuação, infensos ao controle externo (ENTERRIA, 1983).

Na busca do equilíbrio dinâmico entre prerrogativas e garantias, do equilíbrio entre a autoridade e a obediência⁶, o direito administrativo tem a tarefa de constituir um conjunto de garantias que efetivamente impeça a administração pública de desbordar o ordenamento jurídico, acompanhando as prerrogativas daquela de um sistema eficaz de garantias a tutelar os direitos subjetivos e interesses legítimos do cidadão/administrado.

Nesse contexto, cumprem um papel de primeira ordem as garantias relativas aos modos ou formas de fiscalização da função administrativa: a problemática primordial do direito administrativo tem sido a de instrumentalizar um sistema de garantias para que a administração pública efetivamente se submeta ao ordenamento jurídico; o despojo de suas prerrogativas e a justiciabilidade de seus atos tem implicado um intenso trabalho, forjado durante longos anos.

O fortalecimento de um controle jurisdicional da administração pública não supõe, obviamente, a instauração de um “governo dos juízes”; ao contrário, o exercício da função jurisdicional, além de não interferir na atuação administrativa quando esta se realiza em conformidade à lei, contribui para a sua realização, assegurando, sobretudo, o império da lei, como produto do Legislativo e expressão da vontade geral. Apesar das muitas críticas à judicialização da função administrativa, não se pode negar o alto grau de relevância, especialização e aperfeiçoamento técnico dos mecanismos pelos quais se dá o controle judicial sobre a administração pública - ao ponto de poder afirmar-se, mesmo, que, historicamente, a melhor fiscalização da atividade administrativa, a que reúne maiores garantias jurídicas para os cidadãos/administrados, ainda é a realizada pelos tribunais (REBOLLO, 1987).

Isso se revela, inclusive, na tendência manifestamente expansiva - com uma potencialização do controle judicial sobre a atividade materialmente administrativa - do controle judicial sobre outros poderes além do Executivo, tendência que tende a reduzir substancialmente, cada vez mais, os espaços infensos ao controle judicial.⁷ Em síntese, a proteção jurisdicional do cidadão/administrado constitui um dos pilares básicos do direito administrativo, pois a jurisdição se instaura para proteger o indivíduo - a pessoa, o cidadão, o administrado - contra a administração pública - e não o contrário -, compensando as amplas prerrogativas concedidas à administração. Daí que se deve evitar, até o máximo possível, a instauração - ou reinstauração - de espaços infensos a essa proteção e controle, para que não se desfaça esse delicado equilíbrio dinâmico entre garantias e privilégios: em sistemas em que corresponde ao Judiciário o controle da função e da

⁶ Dromi (1983, p. 170) afirma que “*La autoridad sin límites es muerte de la libertad. La libertad sin límites es muerte de la autoridad y de la propia libertad. Allí surge precisamente la función del derecho para fijar con responsabilidad y prudencia las riberas de ese río eterno llamado poder.*”

⁷ É o caso, v.g., do controle judicial sobre a atuação administrativa do Poder Legislativo e do próprio Poder Judiciário.

atividade administrativas, o juiz constitui um “contrapeso” fundamental da administração pública (GORDILLO, 1977).

O princípio de “separação de poderes” - ou, melhor, de separação de funções ou de divisão de responsabilidades - tem um papel fundamental na ideia de controle jurisdicional da administração pública, pois foi concebido como uma garantia das liberdades, como uma forma privilegiada de contenção do poder político (através do controle mútuo - recíproco - dos diversos órgãos de Estado). O princípio da separação ou divisão das funções estatais⁸ possui por chave em sua estrutura a contenção do poder, para o que é necessário arbitrar um sistema de pesos, contrapesos, freios e limites recíprocos - *cheks and balances* -, de forma a obter-se um equilíbrio harmônico de poderes/funções capaz de garantir a liberdade cidadã: dessa forma, a separação de funções (divisão de responsabilidades) se completa com a garantia dos direitos fundamentais para levantar barreiras ao poder arbitrário e/ou absoluto.⁹

De fato, a coexistência, no seio do Estado, de diversos órgãos independentes entre si e com uma função específica provém de uma concepção filosófico-jurídica, historicamente construída, cujo substrato ideológico é o debilitamento recíproco e conjunto dos governantes - a fragmentação do poder - com o objetivo de evitarem-se os abusos no exercício do poder. Uma das consequências desse princípio é a separação e a independência do Poder Judiciário frente à administração pública.¹⁰

Em essência, os tribunais exercem uma função transcendental que incide sobre o exercício do poder político: controlam os governantes para que estes atuem nos limites do direito, ou seja, conforme a legalidade, segundo regras preestabelecidas. Em síntese, a separação de funções (divisão de responsabilidades), não só característica ao Estado de direito, mas imprescindível ao Estado democrático de direito, supõe a existência de um Poder Judiciário independente, que controla a atuação da administração pública e dos poderes públicos em geral e, em consequência, garante aos cidadãos/administrados o exercício dos respectivos direitos.

O controle jurisdicional da administração está, assim, intimamente vinculado ao princípio da legalidade, cânone do Estado de direito. O princípio da legalidade aporta uma justificação racional para o - além de ser o elemento nuclear do - controle jurisdicional da administração pública, pois supõe uma hierarquia de órgãos e normas, onde as inferiores devem conformar-se às superiores, e desse modo, o controle de legalidade se traduz em observar essa conformidade ou desconformidade e suas consequências.¹¹

Não se pode negar, pois, o papel central cumprido, desde a ótica das instituições políticas, pela jurisdição ao exercer um controle de legalidade sobre os atos das autoridades públicas, pois

⁸ Princípio consagrado na Constituição brasileira de 1998, que, por um lado, dispõe, no seu art. 2.º, que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”; e, por outro, dispõe, no seu art. 60, § 4º, inc. III, que “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir [...] a separação dos Poderes.”

⁹ Trata-se de um princípio não apenas de *limitação*, mas, mais apropriadamente, de um princípio de *cooperação* entre os poderes - é um princípio de constituição, racionalização, estabilização e eficiência do poder do Estado, e concomitantemente um princípio básico da organização constitucional. Traz em si um específico sentido de garantia da liberdade aos cidadãos/administrados, e não de mera distribuição de poderes entre os governantes.

¹⁰ Assim, v.g., a Constituição brasileira de 1988 dota o Poder Judiciário de “autonomia administrativa e financeira” (art. 99) e os seus membros de uma série de prerrogativas, como vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos (art. 95), vedando a eles, contudo, entre outras coisas, “dedicar-se à atividade político-partidária” (art. 95, parágrafo único, inc. III).

¹¹ Nesse sentido, ver Duverger (1976).

assim assegura-se a subordinação jurídica da administração pública ao Poder Legislativo - ou seja, à lei e, sobretudo, ao Poder Constituinte, à Constituição, expressão suprema da vontade popular.

É princípio consagrado do Estado democrático de direito que a administração pública deve atuar submetida ao ordenamento jurídico. A conformidade substancial - e não apenas formal - da atuação administrativa, não só com a lei, mas também - e sobretudo - com a Constituição e seus princípios, impõe-se como uma exigência inarredável e um dos méritos mais relevantes da Constituição e do constitucionalismo: o controle da legalidade da administração pública significa, concomitantemente, na atualidade, controle de constitucionalidade da administração pública, ou seja, controle sobre o cumprimento, pela administração pública, do sistema de valores consagrado pela Constituição;¹² nesse contexto, podemos concluir que a Constituição impõe uma nova dimensão ao Judiciário na sua tarefa de controle sobre a administração pública.

O controle jurisdicional da função administrativa é, em síntese, uma consequência transcendental da aplicação do princípio da legalidade - o império da lei - à administração pública, pois se funda na submissão desta ao bloco de legalidade, ao direito, parâmetros permanentes da atuação administrativa, fora de cujas margens a administração atua irregularmente. O âmbito administrativo é permeado pelo direito, com o que não existem espaços infensos à sua influência (PASTOR, 1990).

Sobretudo no Estado democrático de direito, que corresponde à cristalização histórica de uma antiga aspiração humana - a supressão da arbitrariedade e do despotismo -, supõe-se o governo das leis e a consequente autolimitação do Estado através do direito (BOBBIO, 1995b). Uma de suas características - ou, mesmo, dos seus pressupostos necessários - é o controle judicial (jurisdição) sobre a função administrativa, ou seja, aquele conceito não se esgota na legalidade da função administrativa (submissão da administração pública ao ordenamento jurídico), mas supõe uma série de instrumentos e mecanismos de fiscalização (COMA, 1978).

É aqui que o Poder Judiciário tem desempenhado uma função fundamental, de dar plena e permanente vigência ao Estado democrático de direito. É no controle da atividade administrativa que o Judiciário mostra com maior força sua virtuosidade para manter e ampliar a própria definição do Estado democrático de direito, como conquista e como tendência - o Estado democrático de direito repousa sobre a pedra angular do controle judicial, o que permite, por sua vez, que aquele seja uma realidade e possa configurar-se como um “Estado jurisdicional de direito.”¹³

Por fim, o controle judicial da administração pública não só é um elemento ínsito ao Estado democrático de direito, mas é, também, um elemento de primeira ordem no Estado social, esse Estado moderno que assume tarefas econômico-sociais irrenunciáveis, porque é ínsito a esse modelo de Estado que um órgão independente possa tutelar os interesses e os direitos sociais fundamentais dos prejudicados pela atuação irregular da administração pública, garantindo aos cidadãos/administrados uma série de prestações estatais devidas no marco da justiça social (MELLO, 1986).¹⁴

¹² Nesse sentido, ver Bachof; Wolff; Stober (2006).

¹³ A expressão é de Aragón (1987, p. 135). O controle judicial sobre os atos da administração pública não abarca, logicamente, todos os problemas do moderno Estado de direito, que aspira a instrumentalizar-se como um “Estado de justiça”; no entanto, constitui um inarredável elemento constitutivo deste.

¹⁴ Segundo Alfonso (1983, p. 264), a jurisdição “*es, en efecto, la base necesaria no sólo para la garantía real de los derechos fundamentales o libertades públicas, sino también para la efectividad de los deberes de acción positiva en que se traduce el Estado social [...] y de los derechos que de esta acción resulten*”. É nesse sentido que, no prefácio brasileiro à carta de Princípios de Conduta Judicial de Bangalore (princípios elaborados pelo Grupo de Integridade

Efetivamente, o controle judicial é mesmo mais imperioso no Estado social, pois a este é inerente uma corrente recíproca de *socialização* do Estado e de *estatização* da sociedade - uma expansão da zona de influências da juridificação da vida - que demanda a efetividade das limitações e do controle sobre o exercício do poder (ARAGÓN, 1987). O controle judicial da administração pública, inequivocamente, constitui, assim, um meio para manter o Estado social de direito, pois garante ao cidadão/administrado uma série de direitos e prestações, protegendo-o da inação estatal, e, concomitantemente, combate as arbitrariedades e abusos da administração pública em sua função intervencionista.

Por isso, pode-se afirmar, a respeito do controle judicial sobre os atos da administração pública em sede de políticas públicas sociais, que sindicar os atos da administração pública contribui decisivamente para uma melhor administração pública (FERNÁNDEZ, 1992). - julgar a administração pública, ressaltamos, não é, nem deve ser, *administrar*, mas auxiliar a própria administração a atingir os seus fins como organização a serviço da comunidade, protegendo, ademais, os direitos fundamentais dos cidadãos/administrados.¹⁵

É nesse contexto que refutamos a ideia dos direitos sociais como direitos não jurisdicionáveis, ou seja, como direitos que não poderiam ser exigidos diante de um tribunal, nem tutelados por ele. A questão de ser um direito jurisdicionável, ou não, não é absoluta - sim ou não, absolutamente positiva ou negativa -, mas encerra um conceito gradual. A justiciabilidade de um direito deve ser sempre analisada sob diversos aspectos, preventivos, sancionatórios ou de controle, ainda que todos eles tenham por objetivo evitar que a vulneração de um direito permaneça impune, estabelecendo algum mecanismo que, de uma forma ou de outra, obrigue os órgãos legislativos ou administrativos a justificar publicamente as razões de certo descumprimento, e, assim, a sua legitimidade ou ilegitimidade.¹⁶

Judicial, constituído sob os auspícios das Nações Unidas), Gilson Dipp afirma que “[...] o Judiciário, um dos três pilares da democracia, é o último refúgio do cidadão contra leis injustas e decisões arbitrárias. Se aos jurisdicionados lhes falta a confiança em sua Justiça, restará ferido o próprio Estado democrático de Direito, cujo fundamento é a aplicação, a todos os atos e atores sociais, de leis e regras preestabelecidas” (BRASIL, 2008).

¹⁵ No prefácio da carta de Princípios de Conduta Judicial de Bangalore, C. G. Weeramantry, Presidente do Judicial Integrity Group, afirma que “Um Judiciário de incontestável integridade é a instituição base, essencial, para assegurar a conformidade entre a democracia e a lei. Mesmo quando todas as restantes proteções falham, ele fornece uma barreira protetora ao público contra quaisquer violações de seus direitos e liberdades garantidos pela lei” (BRASIL, 2008).

¹⁶ É, além disso, um princípio básico de garantia de todos os direitos que *a todo direito corresponde uma ação* (ou seja, a possibilidade de acionar o Poder Judiciário), *que o assegura*. Assim, onde houver violação ou ameaça de violação a um direito subjetivo do cidadão/administrado (qualquer direito), haverá espaço para a atuação do Judiciário. Na Constituição brasileira de 1988, o art. 5º, que trata dos direitos e garantias fundamentais – garantias e direitos dotados de eficácia imediata (§ 1º do art. 5º) –, dispõe que “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: [...] o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder” (inc. XXXIV, “a”) e que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (inc. XXXV); a Constituição Espanhola dispõe que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico” (art. 9º) e que “*todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*” (art. 24).

Capítulo I

A segurança jurídica e o princípio da "separação de poderes" no estado democrático de direito: separação de funções ou divisão de responsabilidades

Há, na atualidade, nos países ocidentais, uma concepção bastante consolidada do Estado de direito como um ideal jurídico-político articulado e coerente de instituições e valores diversos que se sedimentaram na cultura constitucional democrática - e, com ela, nos ordenamentos jurídicos - ao longo de mais de dois séculos. O Estado de direito, como produto dessa evolução histórica a partir de suas origens no iluminismo, não seria já, como verificamos anteriormente, apenas um Estado formalmente submetido a normas jurídicas, mas um Estado que haveria incorporado - e no qual se desenvolveriam com cada vez maior ênfase - exigências cada vez mais definidas sobre os direitos civis e políticos, o processo democrático e a igualdade econômico-social dos cidadãos/administrados (os direitos sociais).

Nesse contexto, tendemos a conceber o Estado de direito como um universo dentro do qual se contém quase todos aqueles princípios éticos e políticos que constituem os cânones da legitimidade dos ordenamentos jurídicos: uma sociedade *bem ordenada*, com um *direito justo*, seria aquela que se articula institucionalmente de acordo com essas exigências do Estado (democrático) de direito. Portanto, Estado democrático de direito, sociedade justa e legitimidade política vêm a ser, todos, conceitos com um alcance axiológico equivalente.¹⁷

Tratamos, agora, de um desses princípios peculiares, o primeiro e principal a partir de um ponto de vista lógico - aquele que se denomina ou categoriza, sobretudo a partir de uma tradição anglo-saxã, como “império da lei.”¹⁸ O Estado de direito é, antes de tudo, um Estado - uma sociedade política - no qual a *lei* como fonte de normas jurídicas tem uma posição dominante. O que em sua origem histórica pode haver sido, talvez, um ideal em favor da submissão do poder do rei ou da nobreza ao direito comum (*common law*) baseado no costume ou aos direitos pactuados nos parlamentos medievais, transformou-se através de um processo de racionalização,¹⁹ em uma clara exigência de que a fonte primária do direito e de superior hierarquia seja a lei - as leis. É, portanto, às leis assim concebidas que se deve submeter o poder político e social segundo essa concepção de Estado de direito.²⁰

Para possibilitar a identificação, o conhecimento e a proeminência dessa fonte superior do direito que é a lei é que surge no pensamento dos grandes teóricos do Estado de direito²¹ o desenho institucional da separação de poderes, uma construção artificial destinada a definir com clareza e segurança o órgão legislativo - destacando a função legislativa das demais funções do Estado - que é a origem dessa lei, dessa norma hierarquicamente superior da ordem jurídica.

Com o funcionamento do aparato da “separação de poderes” - na verdade, separação de funções ou divisão de responsabilidades -, expressa-se plasticamente a subordinação de todos os poderes do Estado ao Poder Legislativo, ou seja, à lei:²² o Poder Executivo, exercido sobretudo através da administração pública, deve se submeter ao princípio da legalidade e o Poder Judiciário

¹⁷ Nesse sentido, ver Böckenförde (1991), Díaz (1975) e Ferrajoli (1995).

¹⁸ A tradução de *Rule of Law* como império da lei (ou governo da lei) é discutida por aqueles que pensam que o termo *Law* concerne ao direito em geral. A tradução mais precisa, de acordo com essa posição, seria “império do direito”. Na realidade nas origens anglo-saxãs do conceito, a referência se fazia à *common law* de origem predominantemente jurisprudencial, mas, posteriormente, com o dogma da soberania do parlamento, se traslada às normas criadas por este. Na Europa continental, ao contrário, tradicionalmente o “império da lei” foi pensado em sentido estrito, e assim passou à semântica revolucionária francesa como *regne de la loi* e chegou à Alemanha como *Herrschaft des Gesetzes*.

¹⁹ Sobre a relação entre a lei e a legitimidade racionalizada, ver Weber (1964, p. 173).

²⁰ É claro que, sendo o Estado democrático de direito um Estado constitucional, o império da lei é, antes de tudo, o império da Constituição, lei maior, e das leis que se produzem de acordo com aquela.

²¹ Por exemplo, Locke (1990), Montesquieu (1951) e Rousseau (1962).

²² Em última análise, à *vontade popular* consubstanciada no Poder Constituinte.

deve motivar sempre nessa mesma legalidade as suas decisões. Nada há, pois, acima da lei; daí que, quando se fala, historicamente, em “império da lei”, se pretende cumprir a aspiração de alcançar um sistema político em que se vive sob um “governo de leis” e não sob um “governo de homens.”²³

O documento histórico fundamental para contemplar em sua origem esse ingrediente primário do Estado de direito é a declaração francesa de 1789; nela, a Lei, *la Loi* (assim, grifada com maiúscula), à qual se apela explicitamente doze vezes em um breve texto de dezessete artigos, aparece como a norma decisiva. Os aspectos mais importantes da vida do cidadão/administrado na comunidade política são estabelecidos pela lei. Só a lei pode definir os limites comuns dos direitos individuais, o que está permitido e o que está proibido, o que é delito e o que é pena. À lei está reservada a tarefa de desenhar o círculo da liberdade em torno dos indivíduos; nenhuma obrigação e nenhuma carga pode fazer-se gravitar sobre eles sem a existência de uma lei prévia que as defina. Ao estabelecer-se assim, com caráter excludente, à lei a função de definir todos esses âmbitos de convivência, desenha-se outra das instituições constitucionais derivadas do império da lei: a *reserva da lei*.

Por que se atribui à lei essas tão altas e exclusivas competências? A resposta vem de modo imediato ao pensamento de Rousseau²⁴ e está refletida na declaração de 1789: a lei é a expressão da vontade geral.²⁵ E a vontade geral é soberana. A partir da elaboração moderna da noção de soberania como poder superior de uma república, em 1576, por Jean Bodin²⁶, se relaciona a esse soberano como primeiro atributo o poder de dar leis a todos em geral e a cada um em particular (BODIN, 1996).²⁷ Assim, poder superior e lei se encontram no mesmo plano e aparecem como duas dimensões de uma mesma realidade: a dimensão política, que reflete o poder máximo, e a dimensão jurídica, que se expressa na fonte do direito de superior hierarquia. Naturalmente, quando se atribui esse poder soberano à vontade do *demos*, a lei passa a ser a expressão normativa dessa vontade soberana.

Com isso se desenharam os perfis que deve possuir a lei para que se postule dela essa superioridade: (a) ser formalmente a “linguagem” através da qual fala o soberano e ser por isso mesmo o único instrumento normativo que pode interferir na liberdade e na propriedade dos cidadãos/administrados; e (b) ter uma posição formalmente superior e possuir a capacidade de estabelecer as condições para o exercício dos direitos básicos. Esses dois perfis permanecerão ao longo do século XIX como as *duas almas*, os *dois espíritos* da lei, e se fará referência a eles como *lei em sentido*

²³ Atribui-se a primeira intuição dessa ideia a Platão (1872): se a lei verdadeira é aquela que visa ao bem comum, e se é essa lei que deve ter primazia em um regime digno deste nome, os homens mais aptos aos postos de comando na cidade serão aqueles que se revelarem como os mais obedientes e devotados àquilo que essas leis prescrevem. Esses homens, na verdade, deverão ser qualificados não de governantes, mas de servidores das leis, e isso, não por um gosto qualquer pelas inovações linguísticas, mas em virtude da compreensão de uma questão vital, da qual depende a ruína ou salvação da cidade: nas cidades onde a lei é subordinada e sem força, a perdição se mostra como certa; mas naquelas onde a lei é despota e senhora das autoridades, e as autoridades, escravas da lei, temos aí a salvação e todos os bens que os deuses concedem às cidades. Mas a fórmula explícita moderna aparece pela primeira vez em 1656, na Oceana de Harrington (1992, p. 8): “*Government (to define it de jure or according to ancient prudence) is an art whereby a civil society of men is instituted and preserved upon the foundation of common right or interest or (to follow Aristotle and Livy) it is the empire of laws and not of men*”. O Estado constitucional é, assim, e em primeiro lugar, o Estado com uma Constituição limitadora do poder através do império do direito — o “governo das leis e não dos homens” (BOBBIO, 1995b, p. 169 e ss), o “Estado submetido ao direito” (CANOTILHO, 2002, p. 98).

²⁴ Nesse sentido, ver Rousseau (1962).

²⁵ “*La Loi est l’expression de la volonté générale*” (art. VI).

²⁶ Nesse sentido, ver Bodin (1966).

²⁷ “*poder de dar leyes a todos en general y a cada uno em particular*”.

formal e lei em sentido material. Ao lado desses perfis básicos se predica também das leis toda uma sorte de propriedades estruturais que formam parte de uma larga tradição conceitual ou têm uma conexão direta ou indireta com eles.

As leis, v.g., tendem a ser assim consideradas apenas se são gerais, ou seja, se têm como destinatários todos os cidadãos/administrados, sem distinções ou privilégios. Aqui se unem um pensamento tradicional - o rei ou imperador pode governar a todos, pois está acima dos senhores territoriais - e uma ideia nova - todos são iguais perante a lei, sem que se possam estabelecer regimes particulares ou privilégios frente a ela.

Ou também, as leis devem ter certa estabilidade, dada a sua importância e solenidade, porque do contrário essas leis se contagiariam de debilidade e volatilidade do arbítrio caprichoso. Uma vez mais se unem aqui virtuosamente ideias antigas - as leis concernem à razão e à justiça, que são, por natureza, pautas que tendem à imobilidade - e ideias novas - os cidadãos/administrados devem ter garantias (previsibilidade) sobre o futuro da sua liberdade e dos seus direitos.

Como consequência de sua importância para o cidadão/administrado, as leis devem ser discutidas e aprovadas publicamente e devem ser promulgadas por escrito, em uma linguagem razoavelmente clara e precisa. Essa natureza de instrumento normativo público e escrito que se dirige à conformação das relações entre os cidadãos/administrados dá à lei um sabor racional, de projeção para o futuro, reflexivo, artificial e deliberado, diferentemente da regulação tradicional ancorada nos usos e costumes, que olha para o passado e quer imobilizar a memória jurídica para guardar a normatividade “sedimentada”, inviolável e quase natural. A lei moderna é, ao contrário, um instrumento, uma alavanca de reforma e inclusive de educação cidadã, uma construção deliberada para possibilitar a emancipação humana, um fruto da racionalidade que interfere no imobilismo da tradição.²⁸

Nesse sentido, não sem tensões e diferenças segundo os tempos e lugares, ela (a lei) luta para impor-se como fonte superior de direito frente aos veículos tradicionais de normas jurídicas, como o costume, o direito jurisprudencial ou as velhas recopilações pré-modernas que incluíam assistematicamente grande parte das normas de séculos atrás.

A época moderna que vê desenvolver-se a noção de Estado de direito é, pois, a época em que a vigência normativa por excelência aspira ser a vigência da lei. E como consequência do fato dessa vigência normativa das leis, afirma-se que se alcança - ou se realiza, ou se cumpre - certo objetivo, valor ou bem, tanto de natureza individual quanto de natureza pública, que se denomina tradicionalmente “segurança jurídica” ou “certeza do direito”. O império da lei como ideal vincula-se, assim, à meta de assegurar a certeza do direito (o predicado da previsibilidade) e, com ela, a segurança jurídica dos cidadãos/administrados.

Nesse contexto, da certeza do direito e da segurança jurídica, em primeiro lugar, temos que recordar o que queremos sinalizar quando afirmamos que uma lei está *vigente* em determinada sociedade. De forma simples, podemos elencar algumas condições que necessariamente devem estar presentes para que se possa afirmar que uma regra existe em um grupo social:²⁹

²⁸ A lei, portanto, não se submete à natureza, à realidade; a lei, fruto da vontade soberana do *demos*, impregnada dos valores eleitos por esta vontade, modifica, transforma a realidade. Por isso, a lei é, necessariamente, vertida em linguagem prescritiva - *dever-ser*: é orientada para incidir *sobre a* realidade, orientando, assim, a disciplina da convivência social.

²⁹ Nesse sentido, ver Hart (1961). O esquema a seguir é dado por Bayón (1991, p. 449 e ss).

- a) Existe - de fato - uma regularidade nos comportamentos dos membros dessa sociedade sempre que se dão determinadas circunstâncias ou condições.
- b) Quando se produz algum desvio a respeito desse comportamento regular, tende a dar-se, entre os destinatários dessas expectativas, certa reação crítica.
- c) Essas reações críticas frente aos desvios consideram-se justificadas.
- d) Os membros do grupo social recorrem a normas (regras) formuladas em termos linguísticos e normativos para justificar tanto a regularidade de comportamentos - as expectativas - quanto as críticas aos desvios.

Quando essas quatro condições encontram-se presentes, podemos dizer que uma regra social existe ou está em vigor nesse grupo humano. Sobre a tela de fundo dessas condições, que são verdadeiros fatos sociais complexos, há de iniciar-se a reflexão sobre o que se denomina ou categoriza como “segurança jurídica”. Ao fazê-lo, veremos, passo a passo, como vão aparecendo ingredientes, mecanismos e dimensões que vão perfilando cada vez mais delineadamente essa ideia e algumas outras conectadas a ela.

O momento imediato em que se suscita a possibilidade de podermos começar a falar em segurança jurídica produz-se pela mera existência dessas condições: sobretudo a da regularidade constante nas condutas da maioria dos membros do grupo. Como ocorre com qualquer regra social, o conhecimento da mesma (da regra) e a existência de fato de uma regularidade conforme a ela no comportamento dos membros de um grupo social (da conduta) trazem consigo a possibilidade de contar com um dado sobre o seu atuar futuro (expectativa). Poder ter em conta o que provavelmente vai acontecer a partir do conhecimento do que habitualmente acontece - ou seja, poder utilizar esse conhecimento como critério para prever uma conduta “esperada” e suas consequências - é algo que configura o núcleo do que são as condições de possibilidade da própria vida social. A expectativa mais ou menos certa sobre a conduta dos demais membros da coletividade introduz em nossas vidas um primeiro grau de segurança, sem o qual seria virtualmente impossível (con) viver harmoniosamente.

Aqui aparece a dimensão fundamental da ideia de segurança que vamos desenhar: trata-se, basicamente, de uma *certeza*, de uma sorte de conhecimento prévio do que (provavelmente) acontecerá em determinadas situações/condições. Muitas das atividades e circunstâncias que empreendemos na nossa vida social quotidiana têm essa certeza na sua base.³⁰ Simplesmente lidamos facilmente - quase inconscientemente - com essas certezas em virtude do nosso conhecimento a respeito das regras sociais, implícitas ou explícitas, da nossa comunidade. A existência empírica de múltiplas regras na nossa sociedade nos poupa de indagações ou cálculos. Como a conduta dos seres humanos não está submetida a “leis naturais” suscetíveis de conhecimento público e prévio, temos que subordiná-la a normas ou regras generalizadas (generalizáveis) para que possamos prevê-la no nosso dia-a-dia. A existência da regra como mera regularidade de comportamento nos permite, assim, arriscar todos os dias contando com um prognóstico suficientemente exato a respeito do que vai

³⁰ De fato, se ela não existisse, seria virtualmente impensável fazer algumas coisas tão quotidianas como caminhar pelas ruas, almoçar em um restaurante, fazer compras, participar de uma reunião social, etc. Se a cada vez que estivéssemos diante dos outros tivéssemos que fazer conjecturas primárias sobre os eventuais cursos de conduta de cada um daqueles com os quais nos deparamos, nossa vida social harmônica seria inviável.

acontecer no nosso entorno quotidiano (LAPORTA, 2002).³¹ Essa “segurança” fática é o primeiro grau de certeza que subministra, por si só, a mera existência de regras sociais e jurídicas.³²

Para avançar um segundo passo nessa reflexão, vamos além da mera existência de regras sociais ou jurídicas, acrescentando a essa realidade uma série de exigências em forma de cânones e propriedades estruturais, que essas regras devem ter e que nos aproximam mais do território do jurídico *stricto sensu* e da sua relação com essa maior certeza, essa certeza especialmente qualificada que é a segurança jurídica.

O primeiro desses cânones é o de que essas regras devem ser públicas e, assim, devem ser promulgadas. Ou seja, que, ao invés de nos vermos obrigados a observar e a estudar empiricamente a repetição fática de condutas no nosso meio social para que possamos saber a quais condutas nos devemos ater, possamos dispor de uma formulação pública das regras. Isso significa que elas - as regras - devem ser dadas a conhecer a todos os seus destinatários, de forma que esses possam saber de sua existência de um modo certo e que lhes seja acessível a formulação linguística do seu conteúdo e do seu alcance. Ter a possibilidade de consultar e conhecer as regras assim codificadas permite ter ciência *ex ante* da probabilidade daquelas reações críticas da comunidade; e isso incrementa de novo a segurança que produzem essas regras ao prover para cada cidadão uma espécie de “guia” dos comportamentos esperados no âmbito de uma comunidade. Nos sistemas jurídicos contemporâneos, exige-se, por isso, que as leis sejam publicadas, ou seja, que não sejam inacessíveis, reservadas, ocultas ou secretas.

Mas para que se alcance esse nível maior de segurança, essas regras não só têm que ser formuladas publicamente e têm que ser promulgadas; também devem ter certa tendência à generalidade e à abstração. Por “generalidade”, normalmente, temos a propriedade segundo a qual as normas estão dirigidas a um amplo universo de destinatários definidos por certas características em comum; quanto mais amplo é esse universo, mais gerais são as normas. Por outro lado, o que se chama de “abstração” normalmente diz respeito ao conteúdo normativo dessas normas, ou seja, ao fato, ação ou conduta a que se aplicam. A abstração das normas é uma propriedade também gradual, que consiste em regular ou normatizar um conteúdo definido mediante características típicas, e não mediante caracteres particulares. Quando as normas sociais têm essas duas características, especialmente a segunda, são habitualmente chamadas de “regras”. No direito, uma larga tradição une essas duas características à norma ou regra que juridicamente se chama de “lei.”³³

Examinemos agora a relação que têm essas características com a segurança. Uma norma particular e concreta (oposta à geral e abstrata) é aquela que identifica o seu destinatário por seu próprio nome (ou por uma descrição exhaustiva) e a ação que regula com uma descrição espaço-temporal muito precisa. Se pudéssemos conceber que todas as normas sociais e jurídicas fossem

³¹ É claro que essa previsibilidade, essa certeza, jamais será absoluta.

³² Nesse sentido, Díaz (1971, p. 44) afirma que “*La legalidad engendra seguridad: el derecho establece y delimita el campo dentro del cual, en una determinada sociedad, los ciudadanos pueden sentirse seguros, sabiendo con certeza a qué atenerse en relación con sus derechos y deberes*”.

³³ Nas *Noites áticas*, de Aulo Gelio (Aulus Gellius), encontra-se um primeiro testemunho, datado da época de Augusto (século II), dessa assimilação do conceito de lei (*lex*) com a propriedade de ser geral: “*Oigo preguntar qué es ley, qué es plebiscito, qué rogación, qué es privilegio. Capitón, muy versado en derecho público y privado, ha definido de esta manera la ley: ‘La ley es un decreto general del pueblo o de la plebe a petición de un magistrado’. Si esta definición es exacta, no debe darse el nombre de leyes a los decretos bajo el mando de Pompeyo acerca del regreso de Cicerón, del asesinato de P. Clodio, ni a tantos otros decretos del pueblo o de la plebe, que no fueron generales, sino solamente particulares. Más bien hay que llamarles privilegios, de la antigua palabra priva, a la que hemos sustituido singular*” (AULO GELIO, 1959).

normas particulares e concretas nos encontraríamos em uma situação surpreendente; cada um seria sujeito de normas que lhe prescreveriam ações concretas e, por assim dizer, personalizadas - todo destinatário teria um pacote normativo privativo dele e de suas condutas -, de forma que somente quem conhecesse previamente o conteúdo desse pacote normativo poderia antecipar como iria comportar-se esse destinatário em particular. E assim com todos e cada um³⁴. Não é necessário dizer que tal situação é puramente imaginária. Somente se as normas sociais forem suficientemente gerais e abstratas o nosso conhecimento de sua existência nos permitirá antecipar com segurança as constantes fáticas da nossa convivência. Por isso, não apenas a publicidade, mas também a generalidade e a abstração reafirmam esse núcleo da segurança que consiste em poder conjecturar com certeza quais vão - ou quais não vão - ser as reações e condutas da maioria.

Mas não só necessitam as normas sociais e jurídicas serem públicas, gerais e abstratas para transmitir essa dose de informação que demanda nossa segurança. Também devem ter certa estabilidade. A estabilidade é uma propriedade que as normas sociais baseadas em usos e tradições costumam ter quase que por definição, pois tanto quanto se criam e se consolidam lentamente, costumam oferecer certa resistência às mudanças. Ao contrário, no direito moderno, as normas podem ser razoavelmente instáveis porque é possível alterá-las deliberadamente. É verdade que a noção de estabilidade, como as anteriores - generalidade e abstração -, é vaga e gradual, mas é possível afirmar que, com ela, refutamos dois estados de coisas que são extremos opostos.

O primeiro, uma normatividade extremamente efêmera. Pense-se em uma situação imaginária na qual a autoridade emite normas gerais e abstratas, mas as altera, modifica ou revoga - derroga ou ab-roga - quotidianamente, habitualmente, de forma tal que o cidadão/administrado a que estejam dirigidas essas normas se vê na situação insustentável de ter que consultar todas as manhãs *quais são e qual é o conteúdo* das leis que lhe concernem. O próprio *status* jurídico do cidadão/administrado se alteraria incessantemente até o ponto de este não saber que(m) é de acordo com o direito vigente. Em uma situação assim, não se realiza sequer aquele grau mais elementar de segurança, porque quase poderíamos afirmar que essas normas não estão vigentes senão de forma momentânea e/ou intermitente - faltaria a elas aquela regularidade nos comportamentos a que nos referíamos quando tratamos da vigência, ou da existência, de regras sociais. E também, por isso, é necessário distinguir entre a mera publicação de uma lei (no diário oficial) e a sua vigência (eficácia) como norma em uma sociedade.

A segunda situação imaginária seria aquela em que as normas jurídicas estão petrificadas a ponto de não se alterarem nunca, nem em sua formulação pública, nem em sua interpretação e/ou aplicação quotidiana. Como a sociedade vai se transformando e os cidadãos/administrados precisam criar *status* novos para colocar em marcha os seus planos de vida, essas normas começam a se tornar inservíveis para fazer frente às novas realidades que vão surgindo, que, por isso, ficarão à margem de toda a normalização.

Entre esses dois extremos anteriores situa-se a exigência de estabilidade normativa: uma estabilidade que permita ao destinatário conhecer as normas vigentes, sabendo que as normas vigentes ontem seguem, em geral, vigentes hoje e que, contudo, possa facultar a interrupção e/ou modificação dessas normas após um processo de deliberação pública para enfrentar novas situações fáticas, políticas, econômicas, sociais e culturais.

³⁴ Nesse sentido, ver MacCormick (1989, p. 309).

Além dessas propriedades formais há outras que subministram também um grau maior de segurança e que adquirem perfis próprios quando se trata dos conteúdos ou da estrutura das normas jurídicas, como a exigência de que essas regras sejam claras. Com essa demanda de clareza não se pretende que as normas jurídicas sejam inteligíveis para todo mundo. Essa pretensão é demasiadamente ingênua, embora se repita de forma recorrente ao longo da história: de acordo com ela, as leis deveriam ser poucas (em termos quantitativos) e simples (em termos qualitativos), para que absolutamente todos os seus destinatários conheçam-nas e compreendam-nas. No entanto, com normas escassas e simples só se podem organizar grupos humanos muito pequenos, com relações intersubjetivas muito elementares e pouco dinâmicas. A atual complexidade social dos grupos humanos e a sofisticação de suas interações e demandas exigem muitas normas jurídicas e normas de conteúdos muito especializados e técnicos - ou seja, cada vez mais normas e mais complexas normas.

Com a pretensão de clareza não podemos, pois, fazer referência à simplicidade, mas a evitemos problemas de obscuridade e imprecisão. No que diz respeito à segurança, uma norma obscura equivale mesmo a uma norma inexistente - se não se pode decifrar o significado de um enunciado normativo, a reação diante dele pode ser qualquer uma, dependendo da interpretação que se der aos símbolos do seu conteúdo. Mas a obscuridade não se confunde com a complexidade. A linguagem jurídica atual é uma mescla, em proporções variadas, de termos da linguagem natural e de linguagens técnicas de elaboração doutrinária. É uma linguagem densa e complexa, e nem agora, e provavelmente jamais será totalmente acessível ao leigo. E tampouco seria desejável que renunciasse verdadeiramente às suas ferramentas linguísticas técnicas. Além disso, os ordenamentos jurídicos contemporâneos têm muitas vezes que tratar da regulação de problemas e questões sofisticadas sob os pontos de vista científico e técnico.³⁵ Não é pouco frequente, por isso, encontrar textos legais que recolhem e incorporam conceitos e termos que provêm das ciências e técnicas modernas. Por tudo isso, a linguagem das normas jurídicas não pode ser simples: há de ser especializada e complexa. Mas isso, insistimos, não corresponde à obscuridade. A linguagem das normas jurídicas pode e deve ser, concomitantemente, complexa e clara.

Em toda a linguagem jurídica, inclusive - e mesmo especialmente - naqueles signos que têm também a linguagem natural, pode aparecer o problema da imprecisão. Na linguagem natural (e também, ainda que em menor medida, na linguagem técnica), o significado dos termos, dos conceitos, dos enunciados, etc. costuma ter um grau maior ou menor de indeterminação que seguramente é impossível de eliminar. Mas isso não corresponde a afirmar que esse grau de indeterminação não possa ser limitado ou superado concretamente. A utilização deliberada de conceitos de grande grau de fluidez, de termos ambíguos, de expressões de significado aberto, de cláusulas sem fundo (*open-ended clauses*), de conceitos indeterminados, etc. produz imediatamente um efeito que a segurança exige minimizar: a falta de certeza sobre a aplicabilidade de uma norma a um suposto fático-jurídico. Se a aplicabilidade prévia das normas não pode ser determinada razoavelmente, estamos em uma situação clara de insegurança a respeito de quais são as pautas que devemos acatar. Deixar a decisão sobre essa aplicabilidade a uma autoridade que decida caso

³⁵ Basta que pensemos, v.g., em questões como as concernentes ao direito ambiental, à genética e às patentes da indústria bioquímica e farmacêutica.

a caso (um juiz, v.g.) supõe privar-nos de conhecer de antemão essas pautas e ver-nos forçados a desenvolver nossos comportamentos sem poder tomá-las em conta.³⁶

Outra propriedade que se menciona em relação à segurança é - e isso é bastante óbvio, mas é relevante ressaltarmos tal aspecto para as nossas ulteriores considerações a respeito da “reserva do possível”³⁷ - que as normas imponham ações e condutas que sejam *possíveis*. Se uma regra social ou jurídica exige de seu destinatário uma conduta impossível, podemos afirmar que se está diante de um mecanismo destinado a impor sanções sem que estas possam ser evitadas. Nesse sentido, a premissa parece contrária a qualquer ideia de segurança normativa. Um corolário dessa propriedade, de serem possíveis, é que as normas não sejam contraditórias. E isso porque, quando estamos em presença de duas normas contraditórias que nos são igualmente aplicáveis em tese, é impossível cumprir as duas simultaneamente, já que, ao cumprir uma delas, necessariamente teremos que descumprir a outra. Em lógica, diz-se que, a partir de enunciados contraditórios, pode-se derivar qualquer conclusão. Isso, aplicado às normas sociais ou jurídicas, levaria à conclusão de que, a partir de duas normas contraditórias, qualquer conduta seria possível, o que equivale a dizer que tais normas não servem para orientar condutas.³⁸

Ainda mais importante, talvez, como exigência interna ao conteúdo da norma, mais claramente referenciada à ideia de segurança, é a propriedade da norma de *não ser retroativa*, mas *prospectiva*. Define-se usualmente a norma retroativa como aquela que impõe uma sanção a uma conduta realizada antes de sua promulgação. Claro é que existem normas retroativas que premiam em lugar de sancionar, mas essas naturalmente não ameaçam a segurança jurídica. As normas sancionatórias retroativas são uma fonte de insegurança porque, se as aceitamos, não saberíamos se a ação que estamos desenvolvendo no presente não será sancionada no futuro: chegaríamos, assim, ao absurdo de obrigar alguém *hoje* que faça algo *ontem* (FULLER, 1964).³⁹ A situação insólita na qual alguém se encontra sob a égide de uma norma retroativa consiste em que, antes que apareça a norma, a conduta não está proibida, nem é obrigatória, nem está sancionada sua realização ou

³⁶ Trataremos, mais adiante, do problema dos “conceitos jurídicos indeterminados” (conceitos fluídos).

³⁷ Trataremos, mais adiante, do problema da “reserva do possível”.

³⁸ Trata-se, portanto, de um caso de *antinomia*. Antinomia, contudo, que no sistema jurídico é aparente, e não real, pois o direito não tolera antinomias (BOBBIO, 1994, p. 81). A regra jurídica contida na lei (fórmula literal legislativa) é a resultante lógica de um complexo de ações e reações que se processam no sistema jurídico onde foi promulgada. A lei age sobre as demais leis do sistema; estas, por sua vez reagem - a resultante lógica é a verdadeira regra jurídica da lei que provocou o impacto inicial. Essas ações e reações processam-se tanto no plano vertical (interpretação histórica) quanto no plano horizontal (interpretação sistemática). Essa fenomenologia da regra jurídica é observada à luz do cânone hermenêutico da totalidade do sistema jurídico, que consiste, em síntese, em extrair a regra jurídica contida na lei, relacionando esta com as demais leis do sistema jurídico vigente (plano horizontal) e sistemas jurídicos antecedentes (plano vertical). O cânone hermenêutico da totalidade do sistema jurídico tanto serve para revelar a existência da regra jurídica (lei válida) quanto para acusar a inexistência da regra jurídica (lei inválida e, portanto, inexistente). O intérprete constata a inexistência de regra jurídica quando o referido cânone hermenêutico o conduz à antinomia (contradição entre duas ou mais leis) ou à inconstitucionalidade (violação de regra jurídica criada pelo Poder Constituinte). Mas não é a interpretação que invalida a lei; na verdade, como afirma Becker (1972), o que o intérprete faz é a “necropsia” da lei morta - morte da lei antiga pelo impacto da nova ao se embutir no sistema jurídico; ou morte da nova lei pela reação do sistema jurídico; ou morte de ambas em virtude daquela ação e reação. Quando, por outro lado, a (aparente) antinomia envolve normas constitucionais em (aparente) conflito, ressaltada a hipótese de invalidade de normas constitucionais emanadas do Poder Constituinte derivado, como, v.g., quando estas se chocam com normas primárias, definidoras de garantias fundamentais, deve o intérprete apelar para a técnica da *ponderação*: a Constituição possui um núcleo ideológico irreduzível, uma “vontade” (HESSE, 1991), que dá consistência, validade e unidade ao sistema jurídico como um todo, ou seja, ela “constitui, vincula e estabelece as condições do agir político e as condições de compreensão do direito, em sua totalidade” (STRECK, 2009), de forma que o intérprete da Constituição deve buscar, na interpretação das normas constitucionais, a conciliação possível entre os seus diversos preceitos, sem que jamais um anule completamente o outro.

³⁹ No mesmo sentido, Luño (1996, p. 483).

sua omissão e, quando aparece a norma, a conduta em questão é impossível já de ser realizada (se a norma futura e retroativa a tem como obrigatória) ou omitida (se a norma futura e retroativa a tem como proibida). Ninguém ousaria dizer que isso não determinaria uma clara insegurança.⁴⁰

Na medida em que falávamos na vigência efetiva das normas, e essas normas eram também públicas, gerais, abstratas, de razoável estabilidade, claras, coerentes e não retroativas, íamos alcançando paulatinamente quotas de maior segurança, entendida como certeza de fato sobre acontecimentos e reações futuras do nosso entorno social. Embora tais características atribuam a essas normas uma aparência de normas jurídicas, pode-se dizer, contudo, que com elas ainda estamos em um estágio de segurança “pré-jurídico”, pois o panorama que desenham e a certeza que (re)produzem podem estar conformados tanto por normas jurídicas criadas deliberadamente quanto por normas sociais de outro tipo, de origem não formal (não estatal), que são obedecidas de forma mecânica no seio de um grupo social. Ao final, poder-se-ia mesmo dizer que até as mais simples formas (regras) de urbanidade criam certas expectativas recíprocas e, portanto, essa certeza de saber a que atentar - ou o que esperar - em relação às condutas alheias.

As propriedades de que tratamos são, sem dúvida, condições necessárias para que possamos falar também de segurança jurídica em sentido estrito, mas não são suficientes. A partir delas, começamos a alcançar os primeiros territórios da segurança jurídica *stricto sensu* quando acrescentamos a tais propriedades outro componente institucional de maior complexidade. A esse primeiro nível de segurança normativa há que dar uma dimensão jurídica.

Em primeiro lugar, é necessário prever o que ocorrerá quando surgirem discrepâncias sobre as normas existentes ou conflitos de interesses entre os membros do grupo. E, a esse respeito, a segurança jurídica em sentido estrito começa a desenhar-se quando, no caso de alguém sentir-se prejudicado por uma conduta alheia que considera desviada das normas (antijurídica), possa ele invocar um remédio jurídico diante de uma agência centralizada de aplicação dessas normas. Em segundo lugar, essa agência centralizada, ou seja, esse conjunto de órgãos identificados e conhecidos de aplicação das normas jurídicas, deve tomar as decisões contrárias às condutas desviadas apelando explicitamente a essas mesmas normas. E, em terceiro lugar, essa agência centralizada de aplicação de normas deve ser capaz de recorrer ao uso da força para fazer prevalecer as suas decisões.⁴¹

⁴⁰ Laporta (2002, p. 130) faz uma breve e oportuna descrição técnica da retroatividade: “[...] *las normas jurídicas se emiten en un tiempo determinado T1, y establecen, por ejemplo, que si se dan ciertas condiciones de aplicación Ca, está prohibido o es obligatorio realizar una acción de un cierto tipo A, en el ámbito temporal Tx-Ty, bajo la amenaza de una sanción S. Pues bien, estamos en presencia de una norma retroactiva sólo cuando la acción A que se prohíbe o que se impone bajo sanción ha sido realizada u omitida ya antes del tiempo T1 en el que se emite la norma, es decir, que el ámbito temporal en el que se prohíbe o se declara obligatoria la conducta es anterior al momento de su emisión. Pero no se debe pensar que una norma es retroactiva simplemente porque cuando se emite existían ya las condiciones de aplicación Ca que prevé. La diferencia entre la acción prescrita y la condición de aplicación para prescribirla es crucial para poder identificar cuándo estamos en presencia de una norma retroactiva y cuándo no, y ello porque la retroactividad se refiere sólo a la conducta prescrita, no a las condiciones de aplicación. De lo contrario no podríamos utilizar las normas jurídicas para cambiar las cosas*”.

⁴¹ Desde Hobbes, com o *Leviatã* (publicado em 1651), a identificação do direito moderno com a organização da força é uma constante, embora Hobbes também faça referência aos dois outros elementos que citamos: “*Pues sin la decisión de controversias no hay protección de un súbdito frente a las injurias de otro; las leyes concernientes al Meum y al Tuum son vanas, y en cada hombre permanece, por el apetito natural necesario de su propia conservación, el derecho a protegerse a sí mismo mediante su fuerza privada, lo cual constituye la condición de guerra. Cosa contraria al fin para el que se instituye toda república*” (HOBBS, 1979, p. 274). Para Hobbes, isso constitui, inclusive, uma *lei natural*: “*Y dado que aunque los hombres estén deseosos de observar estas leyes pueden no obstante surgir cuestiones que conciernan a la acción de un hombre, como, en primer lugar, se obró o no obró, en segundo lugar (si obró) si fue contra la ley o no contra la ley, de lo que lo primero es llamado cuestión de hecho, y lo último cuestión de derecho, su consecuencia salvo que las partes en cuestión acuerden mutuamente aceptar la sentencia de un tercero, están tan lejos de la paz como al*

Quando introduzimos essa maior complexidade institucional, as normas das quais falávamos vertem-se em pautas para a administração da força em situações conflitivas, de disputas e/ou de incertezas. À segurança que obteríamos a partir da observância espontânea das normas se une agora um incremento qualitativo de segurança e certeza, porque sabemos, agora, também que todo o possível desvio de comportamento que pode ameaçar a qualquer pessoa resulta potencialmente - pode resultar - neutralizado mediante o uso legítimo e organizado da força. Aquele conjunto de regras sociais define-se agora como uma organização identificada e centralizada para administrar o uso da força - e isso é o que se considera como a característica mesma do que é o direito, a ordem jurídica. A existência dessa ordem jurídica é o que gera essa certeza institucional que é a segurança jurídica.

Mas o mesmo que ocorria com a mera existência/vigência das normas sociais em geral ocorre agora com a mera existência de órgãos institucionais de aplicação de normas. Da mesma forma que aquela proporcionava certa certeza *de fato*, também esta pode incrementar nossa segurança jurídica no sentido de que sabemos que, em casos conflitivos, obteremos sempre uma solução - mas, por si só, isso é ainda insuficiente. Quando se fala de segurança jurídica, não se fala da mera existência, v.g., de juízes e tribunais, mas dessa certeza qualificada que se obtém quando, ao lado disso, se satisfazem certas exigências em três grandes predicados: acessibilidade, imparcialidade e racionalidade. Trataremos de ver, sumariamente, em que consistem esses predicados relacionados aos juízes e tribunais.

Em primeiro lugar, naturalmente, essa dimensão da segurança jurídica exige a acessibilidade, ou seja, a possibilidade de acesso e petição por parte dos membros do grupo aos órgãos de aplicação das normas.⁴² Mas a acessibilidade não consiste apenas no mero acesso aos órgãos decisórios de natureza judicial: exige um acesso qualificado. Há todo um arcabouço de requisitos e princípios que têm assento nesse princípio da acessibilidade à justiça. Podemos mencionar a respeito, assim, não apenas a remoção dos obstáculos mais propriamente legais, mas também a superação de situações econômicas que obstaculizem esse acesso, e a falta de cultura ou a não disponibilidade de uma representação técnica suficiente para superar as complexidades e os formalismos próprios ao processo judicial. Conectadas com esses obstáculos, estão considerações como a preocupação com a rápida solução dos conflitos, porque a excessiva duração dos procedimentos de resolução tende a dar a impressão de que esta - a solução do conflito - por vezes chega demasiadamente tarde e o dano e/ou a injustiça não são assim evitados, tampouco satisfatoriamente compensados. Além disso, o que poderíamos chamar de princípio de acessibilidade ao juiz impõe a articulação de uma comunicação fluída e clara entre o destinatário das normas e a agência que deve resolver os equívocos, os conflitos e as violações que se suscitam concretamente em torno dessas mesmas normas.

principio. Este tercero a cuya sentencia se someten es llamado árbitro. Y por tanto, es ley de naturaleza que aquellos que están en controversia sometan su derecho al juicio de un tercero" (HOBBS, 1979, p. 251).

⁴² Nesse sentido, Locke, no *Segundo tratado sobre o governo civil* (publicado em 1690), afirmou que: "*Pues allí donde haya dos hombres que no tengan una norma establecida y un juez común al que apelar en esta tierra para determinar las controversias legales que puedan surgir entre ellos, esos hombres seguirán permaneciendo en un estado de naturaleza y sujetos a todas las inconveniencias que ello lleva consigo*" (LOCKE, 1990, p. 106). A Declaração Universal dos Direitos Humanos articula, no seu art. 8.º, como fundamental, o direito de toda pessoa a "receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei".

Por outro lado, essa dimensão da segurança jurídica também se ancora no princípio da imparcialidade, ou com esse conjunto de princípios que orbitam em torno da “justiça natural” ou do “juiz natural”, os princípios mais básicos da administração de justiça, sem os quais nenhuma segurança jurídica pode-se ter.

O primeiro e mais evidente desses princípios é a necessidade de que sejam evitados os juízos tendenciosos e os preconceitos em favor de uma solução (pre)determinada. Aqui se trata de reconhecer o princípio *nemo iudex in re sua*, que deve ser interpretado não somente no sentido restrito e claro de que os juízes não devem decidir assuntos em que estão envolvidos os seus próprios interesses ou inclinações pessoais (relação de parentesco com uma das partes, interesse econômico imediato, etc.), ou seja, assuntos que constituem sua própria “causa” (*nemo iudex in causa sua*), mas, em sentido mais amplo, de que os juízes não devem introduzir nos conflitos de que conhecem fatores personalíssimos ou convicções e/ou crenças próprias que podem tender a um prejulgamento verdadeiramente ajurídico do caso concreto. Distingue-se, assim, entre uma parcialidade objetivada em um conjunto de causas taxadas que habilitam as partes a colocar em questão a idoneidade do julgador (parentesco, interesses financeiros imediatos, etc.), e uma parcialidade mais subjetiva, que tem os efeitos de transmitir publicamente a impressão de que o juiz está condicionado por fatos ou crenças anteriores ao caso, que determinarão sua decisão⁴³.

⁴³ Nesse sentido, o Código de Processo Civil brasileiro dispõe que “É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário: I - de que for parte; II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha; III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão; IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau; V - quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau; VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa” (art. 134), e que “Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando: I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes; II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau; III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes; IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio; V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes” (art. 135). Sobre a imparcialidade do órgão jurisdicional, é importante citar, em termos de direitos fundamentais, o art. 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (“Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial”), o art. 14.1 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (“Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei”), e os Princípios Básicos das Nações Unidas para a Independência do Judiciário, adotados pelo 7º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento dos Réus (1985), em Milão, e aprovados pela Assembleia-Geral das Nações Unidas através da Resolução n. 40/32, de 29 de novembro de 1985, entre os quais a “independência do Judiciário”, que se desdobra nos seguintes enunciados: “1. A independência do Judiciário deverá ser garantida pelo Estado e incorporada à Constituição e às leis do país. É dever de todos os governos e de outras instituições respeitar e observar a independência do Judiciário. 2. O Judiciário deverá decidir as questões com imparcialidade, baseado em fatos e de acordo com a lei, sem quaisquer restrições, influências indevidas, induções, pressões, ameaças ou interferências diretas ou indiretas de qualquer direção ou por qualquer razão. 3. O Judiciário terá jurisdição sobre todas as matérias de natureza jurídica e terá exclusiva autoridade para decidir se uma matéria submetida à sua decisão está dentro de sua competência legal. 4. Não haverá nenhuma interferência indevida ou injustificada no processo judicial nem serão as decisões judiciais proferidas pelas cortes objetos de revisão. Esse princípio não prejudica a revisão judicial ou a mitigação ou a comutação de sentenças impostas pelo Judiciário pelas autoridades competentes, de acordo com a lei. 5. Toda pessoa terá direito a ser julgada por cortes ordinárias ou tribunais, mediante o uso de procedimentos estabelecidos. Tribunais que não usem procedimentos devidamente estabelecidos não serão criados para deslocar a jurisdição pertencente às cortes ordinárias e aos tribunais judiciais. 6. O princípio da independência do Judiciário dá o direito e exige que o Judiciário assegure que os processos judiciais serão conduzidos imparcialmente e que os direitos das partes serão respeitados. 7. É dever de cada Estado Membro prover os recursos adequados para habilitar o Judiciário a desempenhar corretamente suas funções”. Entre os Princípios de Conduta Judicial de Bangalore, elaborados pelo Grupo de Integridade Judicial, constituído sob os auspícios das Nações Unidas, figura, nesse sentido, o seguinte valor (n. 2): “A imparcialidade é essencial para o apropriado cumprimento dos deveres do cargo de juiz. Aplica-se não somente à decisão, mas também ao processo de tomada de decisão.”

Essa parcialidade *aparente* é difícil de se estabelecer, mas é, contudo, verificada a partir de todo um conjunto de pautas em torno das quais orbitam o tipo de vida e as atividades quotidianas dos juízes, que muitas vezes se vêem impedidos de desenvolver condutas que seriam perfeitamente admissíveis em pessoas não investidas de tal poder de julgar e que conformam um espectro de atividades que lhes são vedadas explícita ou implicitamente. Sua razão de ser é impedir que a personalidade do juiz e as circunstâncias da sua vida ofusquem, ceguem ou condicionem a sua decisão.⁴⁴

É por isso que os ordenamentos “blindam”, em maior ou menor grau, os cargos dos magistrados diante de potenciais ameaças externas, sobretudo daquelas de natureza política. A “blindagem” política mais importante é a inamovibilidade do juiz - a proibição ao Estado de destituir, transferir, suspender e/ou jubilar os juízes senão por motivos específicos e previamente arrolados na lei, com uma série de garantias, garantindo-lhes a independência tanto no seu aspecto individual quanto no aspecto institucional.⁴⁵

Mas a imparcialidade não se manifesta apenas nisso. Também se manifesta na atitude de julgar com respeito às partes, ou seja, de atentar para toda uma gama de possibilidades de comunicação, atentando para o caráter concomitantemente dialógico e polifônico do processo⁴⁶: escutar a todas as partes em conflito, *audiatur et altera pars*. As partes de um processo devem dispor de oportunidades suficientes, segundo um procedimento previamente conhecido, generalizado, de argumentar racionalmente, provar os fatos que aduzem e sustentar sua posição em relação às normas que lhes são aplicáveis, e fazê-lo, ainda, em condições de igualdade.

Por último, é preciso abordar o que é chamado de predicado de *racionalidade* no procedimento de decisão. Tal racionalidade projeta-se tanto sobre a consideração dos fatos ponderáveis que são contemplados como sobre a consideração das premissas mesmas sobre as quais deverá basear-se a argumentação do juiz. No que diz respeito aos fatos que devem ser conhecidos pelo juiz, ou seja, os fatos condicionantes da aplicação de uma norma ao caso, devem ser empiricamente verificáveis, e as partes devem ter a oportunidade de provar que tais fatos tiveram ou não lugar mediante procedimentos probatórios ou métodos em que acreditem suficientemente e com razoável confiança. Isso quer dizer que os meios de prova devem ser facultados segundo uma sucessão de argumentos e controles que levam a uma conclusão que possa ser considerada racionalmente, de acordo com os critérios vigentes de conhecimento, “verdadeira” ou “falsa.”⁴⁷

⁴⁴ Esta é, talvez, a ideia que norteia Montesquieu ao afirmar que o poder do juiz deveria ser “invisível e nulo” (MONTESQUIEU, 1951, p. 404): essa *invisibilidade*, ou *transparência*, concerne à concepção de que a solução normativa *passa* através do julgador sem que nenhuma circunstância pessoal deste desvie o curso daquela (por isso, o juiz é concomitantemente *nulo*, ou seja, *neutro*); reporta-se, portanto, à ideia de *imparcialidade* do juiz.

⁴⁵ Entre os Princípios de Conduta Judicial de Bangalore, elaborados pelo Grupo de Integridade Judicial, constituído sob os auspícios das Nações Unidas, figura, nesse sentido, o seguinte valor (n.º 1): “A independência judicial é um pré-requisito do estado de Direito e uma garantia fundamental de um julgamento justo. Um juiz, conseqüentemente, deverá apoiar e ser o exemplo da independência judicial tanto no seu aspecto individual quanto no aspecto institucional”.

⁴⁶ Sobre as ideias de *polifonia* (várias vozes falando simultaneamente, sem que uma delas tenha preponderância sobre as outras, no discurso ao destinatário) e de *duplo dialogismo* (várias vozes cruzadas elaborando a tessitura do discurso voltado ao destinatário), ver Bakhtin (1988).

⁴⁷ Quando afirmamos que isso deve se dar em conformidade com as exigências atuais do conhecimento, queremos enfatizar que os métodos probatórios “mágicos” ou religiosos, baseados na superstição ou na crença subjetiva, não devem jamais integrar o itinerário de averiguação dos fatos - a persuasão do juiz, que se persegue, é uma persuasão racional, que inclusive o obriga a motivar também racionalmente os fundamentos da sua razão de decidir.

Os métodos de prova, portanto, devem ser caminhos aptos para chegar a conclusões que sejam capazes de “descrever” racionalmente os fatos relevantes que tiveram lugar “realmente.”⁴⁸ E esse princípio de racionalidade cognitiva convida também a excluir procedimentos probatórios que possam manipular o resultado. Por isso o princípio de racionalidade convida também o juiz a limitar ao máximo os métodos de prova puramente formalistas, que declaram sobre a existência de fatos com base em rituais ou exigências que não necessariamente estabelecem um vínculo de verossimilhança entre o “provado” por eles e o realmente ocorrido.

É evidente o papel que joga a racionalidade da prova dos fatos na segurança das partes, pois qualquer indagação probatória desses fatos que ignore ou deprecie a exigência de aproximar-se ao máximo da ideia de *verossimilhança* na descrição do que ocorreu na realidade é uma ameaça latente às partes do caso ou a qualquer membro da comunidade, de serem sancionados por condutas ou fatos inexistentes, ou de não encontrarem defesa diante de fatos lesivos efetivamente levados a cabo por outrem.

O predicado de racionalidade projeta-se sobre outro componente do processo que leva à decisão: a premissa ou as premissas normativas que se aplica(m) ao caso em questão. A primeira exigência que é ínsita à lógica do processo decisório é a de que as normas ou regras que vão ser aplicadas sejam aquelas mesmas regras ou normas vigentes na comunidade. Seria um contrassenso demandar dos cidadãos/administrados que se comportassem de acordo com determinadas pautas e permitir, *a posteriori*, que essas mesmas pautas fossem ignoradas por aqueles que devem resolver os conflitos e desacordos concretos que se geram em torno delas. Se a decisão de um conflito se toma sem apelação às regras jurídicas vigentes na comunidade, não haverá, por parte de seus destinatários, nenhuma razão para aceitá-las.

A segunda exigência da racionalidade diz respeito aos processos de identificação e de interpretação das normas para a configuração e a construção dessa premissa normativa. Trata-se de atividades em geral muito complexas, e particularmente intrincadas no que se refere ao direito, mas são atividades que também devem estar presididas pela racionalidade.⁴⁹ Quando a premissa normativa, ou seja, a regra a aplicar, é evidente e indiscutível, a atividade interpretativa pode iniciar-se diretamente, mas há casos em que essa premissa normativa não está previamente posta à disposição do julgador; este deve construí-la ou reconstruí-la. Se não houvesse exigências de racionalidade nessa tarefa, qualquer norma que “inventasse” quem toma a decisão seria idônea, mas isso produziria uma grande incerteza.

Quanto a esse momento interpretativo, trata-se de atribuir significado aos símbolos que compõem os enunciados de normas ou regras, ou seja, uma prática que consiste em aplicar ou seguir umas regras - em concreto, as regras vigentes no universo de falantes dessa linguagem sobre a significação desses símbolos.⁵⁰ E, a esse respeito, a racionalidade consistiria em não outorgar a um símbolo ou a um conjunto de símbolos um significado que vá de encontro com as demais regras utilizadas por esse conjunto de falantes, de forma tal que resulte que a interpretação que oferece

⁴⁸ Nesse sentido, ver Gascón (1999).

⁴⁹ Nesse sentido, ver Atienza (1991).

⁵⁰ É claro que, dada a dupla natureza da linguagem jurídica como linguagem técnica e linguagem natural, o universo dos seus “falantes” também está constituído dualmente, com um segmento de falantes profissionais que atribuem aos termos o seu sentido técnico e com um segmento de falantes leigos que tendem a identificá-los através do seu significado natural, de forma que, com frequência, se produzem equívocos e mal-entendidos.

o juiz seja uma interpretação contrária aos usos mais elementares dos falantes e/ou com aspecto de injusta arbitrariedade. Ainda que nesse tema os problemas que exurgem são complexos, podemos afirmar que a “indeterminação radical” da linguagem jurídica, ou seja, a ideia de que uma formulação linguística de uma norma é suscetível de qualquer atribuição de significado, representa a irracionalidade em tema de interpretação e a impossibilidade de utilizar a linguagem como via de comunicação. Pelo contrário, a suposição de que a premissa normativa construída pelo juiz expressa ao menos uma consequência logicamente possível (previsível) a partir do material normativo contido nas formulações linguísticas preestabelecidas no conjunto das normas vigentes resulta muito mais plausível e, naturalmente, em termos de segurança jurídica, proporciona às partes um grau maior - ainda que, naturalmente, não pleno ou absoluto - de certeza.

Assim, tanto no que concerne à qualificação dos fatos, ou seja, à subsunção do suposto fático na condição de aplicação da norma, quanto no que concerne à interpretação da solução normativa, a atividade de aplicar normas deve estar restringida por exigências de racionalidade interna que são as únicas que podem avalizar que a premissa normativa assim construída esteja justificada e seja válida. A partir daí o enunciado em que se concretiza a decisão final do caso teria que ser um enunciado que, de alguma forma, estivesse já previsto ou contido na conjunção das premissas fáticas e normativas. Essa previsibilidade possível da solução é um elemento central da segurança jurídica, pois implica dizer que, com o conhecimento das normas em vigor, podemos conjecturar com certa plausibilidade qual será o conteúdo das decisões que tomam os juízes em uma ampla gama de casos.

Mas essa previsibilidade, de estar “contida” de antemão nas premissas fáticas e normativas, configura a atividade de aplicação do direito como uma atividade, se não equivalente, ao menos muito próxima à racionalidade dedutiva. É óbvio que a complexidade atual do sistema jurídico torna muito difícil ter em conta todas as variáveis normativas que podem entrar em consideração em um caso concreto, e também que aqueles que tomam as decisões, como seres humanos que são, mesclarão nesse processo também, em maior ou menor grau, suas convicções pessoais, o que contribuirá muitas vezes para modular ou mesmo distorcer a solução final - no entanto, é importante destacar que, se essa complexidade torna verdadeiramente impossível inferir com certo grau de precisão, de antemão, uma solução ou um conjunto de soluções possíveis em um caso, e/ou se essa interferência pessoal do juiz chega a ser condição determinante do conteúdo da decisão do caso, à margem das premissas normativas, então já estamos no terreno da arbitrariedade, infenso ao império da lei e, conseqüentemente, da segurança jurídica.

Quando falamos em império da lei, um corolário lógico desse princípio é que não apenas os cidadãos/administrados estão sob o império da lei, mas também, e sobretudo, as autoridades e as agências de poder, que também devem se submeter a normas jurídicas preestabelecidas. O império da lei é, sobretudo, e em seu significado mais relevante, *a submissão do poder ao direito*: (LAPORTA, 2002)⁵¹ a ideia da submissão de todos à lei é, também e, sobretudo, a ideia da submissão das autoridades à lei. O que nos interessa, em particular, na associação entre império da lei e segurança jurídica, é esse contraste com a arbitrariedade: o sentido imediato que se pode extrair do império da lei concerne a que todo ato de exercício de poder ou autoridade realize-se segundo a lei.

⁵¹ Segundo Dicey (1982, p. 110), “*the rule of law is contrasted with every system of government based on the exercise by persons in authority of wide, arbitrary, or discretionary powers of constraint*”.

É importante recordar que o direito não concerne apenas a um conjunto de normas de conduta, mas corresponde à união de normas de conduta com normas de competência ou normas que conferem poderes.⁵²

O império da lei exige que a autoridade esteja prefigurada e identificada mediante normas jurídicas desse tipo (normas de competência): todo o poder deve ser articulado de acordo com um conjunto preestabelecido de normas jurídicas de competência. Essa função, de definir os órgãos dotados de autoridade, é desde logo a primeira função que cumprem as normas de competência, mas não é a única; assim, quando falamos em normas de competência - normas sobre a produção jurídica -, não estamos falando de um só tipo de norma, mas de uma variedade de normas ou de um conjunto de normas diferenciadas.⁵³

- a) normas que conferem competências normativas;
- b) normas que disciplinam o exercício dessas competências;
- c) normas que circunscrevem o objeto das diversas competências normativas;
- d) normas que reservam competências normativas;
- e) normas que põem limites substanciais às várias competências normativas.

Essa categorização, assim exposta, parece falar por si mesma. Quando falamos de normas que conferem poderes estamos falando de um mundo com muitos habitantes. E não é, seguramente, possível reduzir todos eles a uma formulação unitária. Mas, se tivéssemos que dar uma definição mais depurada do que é a noção de império da lei em seu sentido mais estrito, talvez pudéssemos fazê-lo a partir da afirmação generalizante de que há império da lei quando os poderes políticos estão submetidos a todo esse aparato de normas preestabelecidas de competência e atuam na conformidade delas.

Em primeiro lugar, naturalmente, falamos de normas que definem ou “constituem” quem pode exercer a competência, seja ele o chefe de Estado, um tribunal, o parlamento, etc. Ou seja, normas que definem a pessoa, natural ou jurídica, o órgão, a agência ou a instituição que tem o poder e/ou a competência para ditar normas: que propriedades deverá ter, como se constituirá, etc. Uma norma jurídica anterior determina, assim, quem é o titular do poder e como se ascende a ele. E aquelas pessoas, órgãos e agências que não tenham sido constituídas conforme as exigências dessa norma jurídica anterior simplesmente não detêm um título para exercer esse poder. Na reflexão política tradicional, isso se aplica a quem pretende governar sem haver sido nomeado conforme a lei - o próprio conceito de império da lei exclui tal forma de acesso ao poder, pois requer, para legitimar a investidura do poder na origem, a (pre)existência de uma norma jurídica segundo a qual se leve a cabo essa mesma investidura.

Em segundo lugar, e seguindo uma tradição de pensamento que identifica como *tiranos*⁵⁴ aos que usurpam o poder pela violência, essa mesma tradição inclui, em sua tipologia, os tiranos *ex parte exercitii*, ou seja, aqueles que exercem o poder extrapolando as suas competências, ain-

⁵² Nesse sentido, ver Hart (1961).

⁵³ A categorização a seguir é de Guastini (1998).

⁵⁴ Nesse sentido, segundo a *Política*, de Aristóteles (1951, p. 1295), denomina-se *tiranus ex defectu tituli*, ou seja, déspota que ascende ao poder sem título jurídico algum, ao que governa sem ter sido investido legalmente desse poder. Sobre o pensamento *político* de Aristóteles, ver, também, Aristóteles (2011).

da que tenham ascendido legitimamente a ele. O império da lei exige que o objeto ou a matéria de competência de todo poder esteja circunscrito e delimitado com razoável precisão, de forma que se possa saber, em todo o momento, se a decisão que se toma ou a norma que se cria pode habitar no âmbito previsto ou se o extrapolou ao ocupar-se de matérias estranhas à competência atribuída, ou seja, se o poder em questão, qualquer que seja a sua natureza e o seu titular, atuou dentro dos limites de sua habilitação ou atuou *ultra vires*.

Essa exigência vale para todo e qualquer poder. Um órgão judicial, assim, há de atuar sempre com submissão à lei. Mas essa ideia foi desenvolvida, sobretudo, para limitar o poder do governo e da administração pública.⁵⁵ Por isso, especialmente no âmbito do direito administrativo, adverte-se que o propósito primeiro deste mesmo é manter os poderes do Estado dentro dos seus limites legais, de forma a proteger-se o cidadão/administrado (WADE, 1992).

Em terceiro lugar, todas essas agências que exercem o poder, configuradas por normas jurídicas prévias e no âmbito material das competências por elas estabelecido, devem atuar sempre submetidas a regras jurídicas de procedimento previstas para a tomada de decisões ou para a criação das normas jurídicas correspondentes. Esta é uma formulação muito simples e breve de uma exigência muito complexa, que nos remete a toda essa natureza *procedimental* que é imprescindível no direito moderno. Porque é evidente que a percepção meramente estática do direito como conjunto cristalizado de normas é seguramente mais alheia à realidade do que a percepção de sua evidente dimensão dinâmica como aparato incessante de criação, modificação e revogação de normas. E, a partir dessa perspectiva, o sistema jurídico nos aparece como uma ordem estruturalmente procedimental: procedimento legislativo, procedimento administrativo, procedimento judicial.⁵⁶

As normas de competência nunca atribuem o poder de criar normas sem a observância de qualquer procedimento, seja qual for a forma em que isso se faça; ao contrário, exurgem como conjuntos complexos de diretivas que determinam como se deverá proceder, passo a passo, para que se crie cada nova norma. A submissão estrita a esses procedimentos é também uma dimensão fundamental da ideia de império da lei - todo poder que se produza à margem das normas de procedimento que governam a sua atividade viola, pois, os seus princípios.

Nesse sentido, o império da lei, em sua dimensão mais genuína, consiste em exigir dos poderes políticos e jurídicos que atuem sempre submetidos à lei. Não só que o poder aplique aos cidadãos/administrados as normas jurídicas de que sejam eles destinatários, mas que também aplique a si mesmo as normas de que ele é o destinatário, todas aquelas normas, em síntese, pelas quais se pretende que o direito controle o poder. A teoria do direito elaborou o conceito de *nulidade* para descrever o que sucede quando os órgãos que exercem o poder ignoram qualquer uma dessas normas: simplesmente, o produto que criam não é uma norma jurídica vinculante - é nulo, ou seja, vazio, não chega a incorporar-se ao conjunto de normas em vigor e os afetados por elas devem ter acesso a um procedimento para que assim sejam declaradas.⁵⁷

⁵⁵ Segundo Hierro (1998, p. 63), “*La Administración tiene que realizar los fines de interés público o general dentro de los límites establecidos por las leyes. Este sometimiento era, sin embargo, compatible en su formulación inicial con amplios márgenes de discrecionalidad. Pero esta doctrina, llamada de la ‘vinculación negativa’, está hoy mayoritariamente sustituida, a partir de Kelsen, por la doctrina de la ‘vinculación positiva’ que supone que la actuación administrativa no sólo tiene como origen y límite la legalidad, sino que se encuentra positivamente condicionada por la legalidad: toda actuación administrativa ha de estar habilitada por una cobertura legal previa*”.

⁵⁶ Nesse sentido, ver Hart e Sacks (1994).

⁵⁷ Nesse sentido, ver Kelsen (1998, p. 192 e ss), “*Nulidade e anulabilidade*”.

Não parece necessário sublinhar o importante aspecto de segurança jurídica que isso leva consigo. A ameaça à própria segurança não provém só dos demais concidadãos, mas também e em ampla medida de todas aquelas agências legislativas, administrativas e judiciais que podem afetar com seus atos normativos nossos projetos de vida. Saber de antemão quem são, o que podem e o que não podem fazer-nos, como devem atuar e quais são os trâmites e mecanismos que temos a nosso alcance para nos defendermos delas, supõe um alto grau de segurança e previsibilidade. Dispor desses mecanismos imparciais, que são os juízes e os tribunais, para declarar nulas suas atuações e defender, assim, também os nossos interesses frente a esses poderes, é uma conquista civilizatória cujo alcance não pode ser ignorado.

Do dito anteriormente, sobre a necessidade de que todo poder esteja submetido ao direito, podemos inferir naturalmente que o governo e a administração pública podem ver, também, os seus diversos atos impugnados ante os tribunais. E, assim, um dos elementos mais característicos do Estado de direito tem sido a exigência de controle judicial da administração pública, que não é senão uma dimensão mais, e muito qualificada, da ideia de império da lei. Para levá-la à prática com toda a sua plenitude se desenvolveu historicamente uma luta por submeter todos os atos da administração pública a esse controle judicial, tratando de evitar sempre que subsista a possibilidade de atos ou decisões da administração não controláveis, infensos à apreciação do Poder Judiciário.⁵⁸

Isso supõe, evidentemente, a articulação de todo um subsistema jurídico, procedimental e jurisdicional para levar a cabo esse controle: possibilidade de impugnação tanto de atos particulares como das disposições de caráter geral, para submetê-los ao cânone das normas legais superiores; recursos aos quais tenham acesso os particulares; controles jurisdicionais tanto da competência como dos procedimentos e dos aspectos materiais das decisões e normas emanadas da administração; e, especialmente, ampla motivação das decisões administrativas - em especial no âmbito da chamada *competência discricionária administrativa*.

Se acolhemos a ideia de que os atos administrativos resultantes de competência discricionária são todos aqueles que a administração pública deve praticar, mediante juízos de conveniência e/ou de oportunidade, na busca da melhor alternativa (não a única) adequada ao direito, sem que se revele indiferente à escolha das conseqüências, no plano concreto,⁵⁹ é óbvio que o agente público não tem que alcançar a única opção correta, mas tem que apresentar motivação racionalmente aceitável para a sua escolha concreta dentro de um leque de alternativas *a priori* igualmente válidas.⁶⁰

Mas tudo isso produz também como resultado uma intensa concentração das tarefas de realização da ideia de império da lei sobre o Judiciário. Império da lei e controle judicial são ideias tão intimamente relacionadas que é verdadeiramente impossível pensarmos na primeira (império da lei) sem a segunda (controle judicial).⁶¹ O Judiciário apresenta-se, assim, como o máximo ga-

⁵⁸ Nesse sentido, ver Enterría (1983).

⁵⁹ Essa categorização é dada por Freitas (2009, p. 34) e Bacellar Filho (2005, p. 61).

⁶⁰ Nesse sentido, ver Freitas (2007, pp. 83-111) e França (2007, p. 228). Para Sarlet (2005, p. 365-366), importa, aqui, que “os direitos fundamentais vinculam os órgãos administrativos em todas as suas formas e atividades”, de forma que se deve “frisar a necessidade de os órgãos públicos observarem nas suas decisões os parâmetros contidos na ordem de valores da Constituição, especialmente dos direitos fundamentais, o que assume especial relevo na esfera da aplicação e interpretação de conceitos abertos e cláusulas gerais, assim como no exercício da atividade discricionária”. Daí que “não merece prosperar o anacronismo das escolhas administrativas não-fundamentáveis no sistema” (FREITAS, 2009, p. 34).

⁶¹ É importante ressaltar, contudo, que a mera judicialização, por si só, não é, necessariamente, realização do império da lei ou do Estado de direito.

rante do império da lei, e suas decisões nos litígios intersubjetivos, entre particulares, e, sobretudo, no exame, frente aos direitos dos cidadãos/administrados, da juridicidade do comportamento governamental - da administração pública, em particular - são a expressão máxima da própria ideia de que o direito deve se impor (sobrepor) ao poder.

Ocorre, contudo, que os órgãos judiciais, juízes e tribunais, são também agências de poder. E imediatamente surge, então, a questão: como se controla o poder dos juízes e dos tribunais? Ou seja, como se consegue que os juízes apliquem as regras preestabelecidas com aquela imparcialidade e racionalidade de que falávamos? A ideia que fundamenta a posição ímpar do chamado “Poder Judiciário” na estrutura do mecanismo institucional da “separação de poderes” - separação de funções ou divisão de responsabilidades - é seguramente a de que o juiz não deve exercer nenhum poder, mas simplesmente deve deixar passar *através de si* a força normativa das regras que aplica (MONTESQUIEU, 1951). Nisso - e apenas nisso - consiste o seu poder. Essa é a razão pela qual o Poder Judiciário não se articula institucionalmente em um órgão supremo de poder, como pode ser o parlamento para o Poder Legislativo e o governo para o Poder Executivo. Não há um Poder Judiciário orgânico e institucional para a aplicação genérica do direito que se imponha também sobre os juízes e dite normas para regular as suas decisões. O chamado “Poder Judiciário” é, por assim dizer, *unipessoal*: cada magistrado individual, cada tribunal, é o titular de um poder único e irremovível para decidir, conforme a lei, o problema que lhe é singularmente submetido. Nenhum outro poder pode imiscuir-se nesse exercício. Mas não é um exercício de poder a *judicatura* como entidade coletiva, mas um exercício da função de aplicar a lei ao caso concreto para que o poder normativo da lei se expresse na resolução do litígio. Isso é o que se transmite com a noção de *independência* dos juízes.

A par disso, nossa questão segue sem respostas. Como se controla esse *poder* que exerce o juiz em cada uma de suas decisões? E a resposta só pode ser uma: por outro juiz. É por essa razão que a estrutura da jurisdição tende a ser piramidal e desenhada em graus (“níveis” ou “instâncias”) diferentes. Para que o império da lei se concretize plenamente, deve haver mecanismos que permitam a impugnação das resoluções judiciais com o objetivo de que se ofereçam aos cidadãos remédios contra os abusos e/ou erros no exercício da jurisdição. Os juízes não só têm o dever de aplicar a lei material que serve de amparo e proteção às partes; eles também estão constituídos, delimitados e governados por normas de competência que devem respeitar. E para controlar que isso seja assim, o exercício da jurisdição se articula em várias instâncias, ou níveis verticalizados, que têm muitas e muito complexas derivações nos ordenamentos jurídicos desenvolvidos, mas que podem ser formuladas genericamente através do princípio de que as resoluções judiciais podem ser corrigidas por um órgão judicial estruturalmente “superior”. Um complexo sistema de recursos oferece aos cidadãos/ administrados a possibilidade, portanto, de acudirem a tribunais estruturalmente “superiores”, para verem protegidos os seus direitos também frente aos juízes e aos eventuais erros e/ou abusos destes.

Com isso completa-se, de alguma forma, o círculo virtuoso do império da lei como uma luta incessante de controle do poder pelo direito, como intenção institucional de que as leis governem sempre as ações das agências de poder. É claro que essa mesma tensão poderia, em tese, produzir o efeito negativo de trair a ideia mesma que a apoia, pois se toda decisão judicial estivesse sempre aberta, infinitamente, a uma instância superior de controle, os litígios e as diferenças, os abusos e as irregularidades não encontrariam nunca uma solução final, e o cidadão/administrado

que acudisse aos tribunais teria a sua questão indefinidamente postergada, pendente - a obsessão pela segurança jurídica acabaria na institucionalização da própria incerteza.

Para evitar-se esse efeito perverso, os sistemas jurídicos arbitram *cláusulas de fechamento*, como a *decisão final* e a *coisa julgada*. Produz-se o que chamamos de decisão final quando as leis estabelecem que sobre um tema que foi decidido por um órgão judicial não cabe nenhum recurso ulterior, quer seja porque as partes interessadas no recurso não o interpuseram a tempo, quer seja porque não quiseram interpô-lo, quer seja porque desistiram de interpô-lo, quer seja, ainda, porque o sistema julga que se deve operar nesse momento a cláusula de fechamento que impossibilita a revisão judicial do caso. A decisão torna-se então última e definitiva e o problema resolve-se nos termos dessa decisão. Essas decisões últimas costumam se dar, ao menos nos casos mais relevantes, como consequência de decisões de órgãos jurisdicionais “superiores” - os tribunais superiores. Por outro lado, a coisa julgada, ou coisa julgada material, é a negação da possibilidade de voltar-se a demandar, junto a um tribunal, a respeito de um assunto já decidido com uma decisão última (final) por qualquer órgão judicial, mediante o expediente de reapresentá-lo não como um recurso, mas como um novo conflito (uma nova ação). Dessa forma, impede-se o recomeço do trâmite judicial, ainda que com o objetivo de obter-se outra decisão, mais correta ou mais justa.

Decisão final (ou *coisa julgada formal*) e coisa julgada (ou *coisa julgada material*) concernem a cláusulas de fechamento que estabelecem, assim, um final à possibilidade de acesso aos tribunais para fazer efetivo o império da lei. E, em ambos os casos, pode perfeitamente dar-se que, concretamente, as soluções obtidas nessas sentenças sejam decisões incorretas ou mesmo concretamente injustas - e isso porque as soluções finais são finais, mas não são infalíveis, tampouco são necessariamente justas. Contudo, nelas se detém a marcha do ideal do império da lei. Isso nos coloca uma última questão, neste tópico: o que tem a ver o ideal do império da lei com a justiça?

Se as decisões judiciais obtidas em virtude do funcionamento impecável de todos os mecanismos institucionais que demanda a noção de império da lei podem ser injustas, para que queremos semelhante ideal? A resposta é simples: porque com o império da lei é possível, de fato, uma sociedade injusta; sem o império da lei, contudo, é impossível uma sociedade justa. Ou seja, o império da lei é sempre uma condição necessária, mas não necessariamente suficiente, de uma sociedade justa, porque, ainda que não verse sobre o conteúdo material da justiça, recolhe e institucionaliza o que se tem reconhecido como “as restrições formais do conceito do justo.”⁶²

Por isso, afirmamos que o império da lei é apenas um dos ingredientes do Estado de direito se entendemos este - o Estado de direito - como um conjunto articulado de critérios de legitimidade e/ou justiça. O império da lei não é, pois, necessária e incondicionalmente, o império da lei justa. O império da lei, v.g., por si só, não anula as desigualdades econômicas, sociais e culturais existentes no âmbito de uma comunidade política. O império da lei exige, como vimos, a presença de certa estrutura formal nas normas jurídicas e a atribuição de um amplo conjunto de direitos de acesso e de defesa nos tribunais; e também traz, em si, certa tendência à ideia de igualdade diante da lei. Mas tudo isso é compatível com grandes doses de injustiça.⁶³

⁶² Nesse sentido, ver Rawls (1980).

⁶³ Segundo Raz (1979, p. 211), mesmo um sistema não democrático poderia, em tese, adequar-se às exigências mais elementares do império da lei. Para exasperar ainda mais as coisas, poderíamos mesmo conceber a possibilidade lógica de uma situação política ou jurídica na qual o teor das leis fosse tão injusto e lesivo para seus destinatários que a simples

Quando falamos de “condição necessária”, ou de “restrição formal”, queremos afirmar que o estado de coisas que podemos reputar como “justo” é impossível de se alcançar se não se dá essa condição ou se não se cumprem essas formalidades. Se, como é usual, definimos os conteúdos da justiça mediante a apelação a exigências de natureza ético-política como as de autonomia pessoal, liberdade, igualdade, etc., o que podemos afirmar é que nem a liberdade, nem a igualdade podem ser satisfeitas em grau razoável em uma comunidade política que não esteja governada segundo os princípios e mecanismos do império da lei.

Ou seja, com o império da lei pode ser que não existam certas liberdades e que haja desigualdades; mas, sem ele, as liberdades e a igualdade são ilusórias. A existência prévia de todo esse tecido institucional que põe em relevo o império da lei é o que lhes faz possíveis (as liberdades e a igualdade), através da segurança, o componente de certeza - previsibilidade - que faz com que os cidadãos/administrados possam projetar e pensar suas vidas no tempo, que lhes permite a consciência de que não têm liberdades fugazes e garantidas simplesmente por decisões judiciais pontuais, justas, mas isoladas - mas de que podem operar com a certeza de que essas liberdades lhes serão asseguradas porque se acham blindadas por normas jurídicas anteriores a qualquer tribunal.

E o mesmo se dá com a igualdade entendida como igualdade de recursos⁶⁴. Não basta, para a construção de uma sociedade justa, que decisões pontuais corrijam injustiças, (re)aloquem recursos ou tratem de penúrias em situações concretas; é necessário que os cidadãos/administrados possam saber que todo um tramado complexo de normas jurídicas estáveis, que se projetam para o futuro, está a garantir-lhes esses recursos, hoje e amanhã. O ideal ético do império da lei serve, assim, como *prótese institucional* que subministra certeza e projeta para o futuro os conteúdos de justiça, mas não os substitui jamais.

Um corolário de tudo o que vimos, como já afirmamos, é o princípio da *separação de funções* ou *divisão de responsabilidades*. Como vimos, a limitação do poder político constitui uma exigência nuclear do Estado de direito e integra a gênese do constitucionalismo moderno desde a sua formação originária, ao final do século XVIII. Não podemos, obviamente, falar seriamente em *divisão do poder*, em *divisão de poderes*, em *separação de poderes*, pois isso o destruiria - ao poder - como unidade de dominação, de vigor e de capacidade de agir ou de impor obediência, mas sim de *controle de poder*, de *organização do poder*, de *fragmentação prudente das diferentes funções decorrentes do poder*.⁶⁵

Referimo-nos, portanto, ao poder como capacidade ou faculdade de dominar, de agir nos mais diversos setores da vida. Assim, quando referimos o fenômeno, ou a técnica, da *divisão do poder* estamos, na realidade, frente à *divisão dos encargos e das responsabilidades* daqueles que o exercem (o poder) no âmbito da arquitetura das funções estatais típicas (legislativas, executivas e judiciárias).

De forma mais restrita, quando confrontamos as relações sociais no âmbito das sociedades constituídas, a tônica da divisão do poder é a primeira condição procedimental do seu exercício,

certeza de que essas leis lhes serão aplicadas seguindo as pautas do império da lei não lhes traga absolutamente nenhum benefício ou melhora sobre uma situação em que tal império da lei fosse ignorado.

⁶⁴ Nesse sentido, ver Miguel (2002).

⁶⁵ *Separación, división e distribución* de poderes são expressões com um núcleo conceitual comum. Nesse sentido, a proposição contida no art. 49 da Constituição mexicana parece ser a que melhor ilustra a situação: “*El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial*”.

pois o que se busca é a sua organização, que passa a ser compartilhada entre os diversos atores, bem como a forma e modo como eles se inter-relacionam para exercê-lo⁶⁶.

O núcleo conceitual da divisão do poder (poderes/funções) reside, portanto, na prudência e no controle comum, pois a divisão havida no compartilhamento do poder, a separação de suas funções, as divisões de responsabilidades relacionadas ao exercício do poder, têm assento na prevenção dos abusos e das arbitrariedades; por outro lado, na atualidade, mais do que nunca, a “separação de poderes” (separação de funções ou divisão de responsabilidades) opera também para aperfeiçoar a capacidade de rendimento e inovação das organizações. Não importa, já, se essas organizações são estatais ou não, porque o que se persegue são os instrumentos e os mecanismos mais confiáveis e eficientes para o exercício de funções cada vez mais amplas e complexas, exercidas por competências heterogêneas e segmentadas.

De modo abreviado, a “separação de poderes” (funções, competências ou habilidades) no âmbito do Estado tem por objeto a manutenção de alguma simetria estrutural de controle mútuo entre os processos sociais emancipatórios - o percurso institucional na busca dos bens indispensáveis para suprir as necessidades - e os processos estatais regulatórios - ou, de outra forma, a pavimentação do percurso que possibilite a igualdade de acesso aos bens, assim com a perenidade daquelas conquistas emancipatórias.⁶⁷ Manter alguma simetria torna possível a convivência social e também mais estável o “projeto de poder” que efetivamente sustenta o Estado social, constitucional e democrático de direito como ideal e como instituição, e como conformação possível de objetivos comuns daqueles que compartilham aquele projeto.⁶⁸

Historicamente, o direito administrativo assumiu, com o Estado democrático de direito, como seu objetivo fundamental, a proteção das liberdades humanas (dos cidadãos/ administrados) frente aos privilégios do poder. Por isso, a evolução do direito administrativo corresponde, ela mesma, à história da luta reiterada pela redução das imunidades do poder, contra essa constante resistência que a administração pública tem oposto à exigência de um controle judicial de seus atos através da constituição de redutos isentos e não sindicáveis de sua própria atuação, infensos ao controle externo (ENTERRIA, 1983).

Na busca do equilíbrio dinâmico entre prerrogativas e garantias, do equilíbrio entre a autoridade e a obediência,⁶⁹ o direito administrativo tem a tarefa de constituir um conjunto de garantias que impeça efetivamente a administração pública de desbordar o ordenamento jurídico, acompanhando as prerrogativas daquela de um sistema eficaz de garantias a tutelar os direitos subjetivos e interesses legítimos dos cidadãos/administrados. Nesse contexto, cumprem um papel de primeira ordem as garantias relativas aos modos ou às formas de fiscalização da função administrativa: a problemática primordial do direito administrativo tem sido a de instrumentalizar um

⁶⁶ Nesse sentido, ver Pariente (2006).

⁶⁷ A separação dos poderes, uma das pedras de toque do constitucionalismo, inspiraria a declaração francesa de 1789 (art. 16): “*Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n’est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution*”.

⁶⁸ Para Wroe (2001, p. 34), a grande premissa da “separação de poderes” é o potencial lesivo do poder quando este se concentra em uma pessoa, facção ou instituição. Portanto, na “separação de poderes”, o principal objetivo é evitar a tirania e promover a salvaguarda da liberdade através de garantia que impeça a qualquer de acumular poderes despóticos.

⁶⁹ Dromi (1983, p. 170) afirma que “*La autoridad sin límites es muerte de la libertad. La libertad sin límites es muerte de la autoridad y de la propia libertad. Allí surge precisamente la función del derecho para fijar con responsabilidad y prudencia las riberas de ese río eterno llamado poder*”.

sistema eficiente de garantias para que a administração pública efetivamente se submeta ao ordenamento jurídico; o despojo de suas prerrogativas e a justiciabilidade de seus atos tem implicado um intenso trabalho, forjado durante longos anos.

O princípio de “separação de poderes” - ou, melhor, de separação de funções ou de divisão de responsabilidades - tem um papel fundamental na ideia de controle jurisdicional da administração pública, pois foi concebido como uma garantia das liberdades, como uma forma privilegiada de contenção do poder político (através do controle mútuo - recíproco - dos diversos órgãos de Estado). O princípio da separação ou de divisão das funções estatais⁷⁰ possui como chave de sua estrutura a contenção do poder, para o que é necessário arbitrar um sistema de pesos, contrapesos, freios e limites recíprocos - *cheks and balances* -, de forma a obter-se um equilíbrio de poderes capaz de garantir a liberdade cidadã. Dessa forma, a separação de funções (divisão de responsabilidades) se completa com a garantia dos direitos para levantar barreiras ao poder arbitrário e/ou absoluto.⁷¹

Não se pode negar, pois, o papel central cumprido, desde a ótica das instituições políticas, pela jurisdição ao exercer um controle de legalidade sobre os atos das autoridades públicas, pois assim assegura-se a subordinação jurídica da administração pública ao Poder Legislativo - ou seja, à lei e, sobretudo, à Constituição, expressão suprema da vontade geral, da vontade popular, do titular da soberania.

É princípio consagrado do Estado democrático de direito que a administração pública deve atuar submetida ao ordenamento jurídico. A conformidade substancial - e não apenas formal - da atuação administrativa, não só com a lei, mas também - e sobretudo - com a Constituição e os seus princípios, impõe-se como uma exigência inarredável e como um dos méritos mais relevantes da Constituição e do constitucionalismo:⁷² o controle da legalidade da administração pública significa, concomitantemente, portanto, na atualidade, o controle de constitucionalidade da administração pública, ou seja, o controle sobre o cumprimento, pela administração pública, do sistema de valores consagrado pela Constituição⁷³ - nesse contexto, podemos concluir que a Constituição impõe uma nova dimensão ao Judiciário na sua tarefa de controle sobre a administração pública.

O controle jurisdicional da função administrativa é, em síntese, uma consequência transcendental da aplicação do princípio da legalidade - o império da lei - à administração pública,

⁷⁰ Princípio consagrado na Constituição brasileira de 1998, que, por um lado, dispõe, no seu art. 2º, que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”; e, por outro, dispõe, no seu art. 60, § 4º, inc. III, que “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir [...] a separação dos Poderes”.

⁷¹ Trata-se de um princípio não apenas de *limitação*, mas, mais apropriadamente, de um princípio de *cooperação* entre os poderes - é um princípio de constituição, racionalização, estabilização e eficiência do poder do Estado, e concomitantemente um princípio básico da organização constitucional. Traz em si um específico sentido de garantia da liberdade aos cidadãos/administrados, e não de mera distribuição de poderes entre os governantes.

⁷² Segundo Barroso (2007, p. 32), a Constituição “figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema”. Por isso, a constitucionalização: (a) para o Legislativo, “(i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais”; (b) para a administração pública, “além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário”; e (c) para o Judiciário, “(i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema” (BARROSO, 2007, p. 23).

⁷³ Nesse sentido, ver Bachof, Wolff e Stober (2006).

pois se funda na submissão desta ao bloco de legalidade, ao direito, parâmetros permanentes da atuação administrativa, fora de cujas margens a administração atua irregularmente. O âmbito administrativo é permeado pelo direito, pelo que não existem espaços infensos à sua influência (PASTOR, 1990).

Sobretudo no Estado de direito, que corresponde à cristalização histórica de uma antiga aspiração humana - a supressão da arbitrariedade e do despotismo -, supõe-se o governo das leis e a conseqüente autolimitação do Estado através do direito (BOBBIO, 1995b). Uma de suas características - ou, mesmo, dos seus pressupostos mais necessários - é o controle judicial (jurisdição) sobre a função administrativa, ou seja, aquele conceito não se esgota na legalidade da função administrativa (submissão da administração pública ao ordenamento jurídico), mas supõe uma série de instrumentos e mecanismos de fiscalização (COMA, 1978).

É aqui que o Poder Judiciário tem desempenhado uma função fundamental, de dar plena e permanente vigência ao Estado democrático de direito. É no controle da atividade administrativa que o Poder Judiciário mostra com maior força sua virtuosidade para manter e ampliar a própria definição do Estado de direito, como conquista e como tendência - o Estado de direito repousa sobre a pedra angular do controle judicial, o que permite, por sua vez, que aquele seja uma realidade e possa configurar-se como um “Estado jurisdicional de direito.”⁷⁴

É claro que, em pleno século XXI, não mais são autorizadas as articulações que promovam uma rígida separação de poderes - funções e competências - cometidos ao Estado, aos órgãos estatais, às suas agências e aos seus agentes: vigoram e imperam princípios de colaboração e de subsidiariedade. Ademais, a “separação de poderes”, na atualidade, está submetida a variantes multidimensionais - contexto global, nacional, regional e local -, pois os poderes se comunicam e necessitam cada vez mais de interação e de velocidade no tráfico de informações necessárias para as articulações políticas.⁷⁵ Assim, as questões que envolvem as diversas esferas de poder exigem procedimentos de blindagem de valores de determinados segmentos sociais, notadamente dos “menos favorecidos”, bem como alguma ousadia para confrontar pretensões de dominação sustentadas por outros interesses, especialmente dos “mais favorecidos”. Em qualquer caso, a “separação de poderes” tem como “núcleo duro” a proteção e a promoção da liberdade, bem maior da cidadania e condição indispensável para pensar-se uma sociedade democrática, ordenada por fins que promovam a dignidade e o desenvolvimento humano, individual e social.

O princípio da separação de funções - ou de divisão de responsabilidades -, portanto, não representa um fim em si mesmo, mas se destina a assegurar que a divisão do poder observe o - seja efetivamente útil ao - interesse de diferentes pretensões da cidadania.⁷⁶ É aí que reside o seu sentido permanente, no qual o princípio da “separação de poderes” é destinado a servir de parâmetro na alteração de forças políticas e instituições em todo o Estado (ZIPPELIUS, 1999).

⁷⁴ A expressão é de Aragón (1987, p. 135). O controle judicial sobre os atos da administração pública não abarca, logicamente, todos os problemas do moderno Estado de direito, que aspira a instrumentalizar-se como um “Estado de justiça”; no entanto, constitui um inarredável elemento constitutivo deste.

⁷⁵ Embora não se possa mais encontrar uma eficaz sustentação política na concepção clássica e absoluta da “tripartição dos poderes do Estado”, esta, largamente desenvolvida, tem traços ainda significativos no âmbito da ciência política e do direito público. É através dela que são identificadas as funções do Estado, exercidas por diferentes agências e agentes políticos.

⁷⁶ Nesse sentido, a afirmação de Madison no *The federalist*: “[...] defense must [...] be made commensurate to the danger of attack. Ambition must be made to counteract ambition” (HERRING, 2005).

No constitucionalismo contemporâneo, o princípio da separação de funções - ou de divisão de responsabilidades - supõe uma garantia para o próprio Estado e para a cidadania (que fica protegida por um marco legal que impede - ou dificulta - o abuso de poder e as possíveis atuações arbitrárias das instituições públicas). A ideia que permanece fragmenta funcionalmente o poder do Estado (as suas funções ou responsabilidades) entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.⁷⁷ A este último, como vimos, compete velar pelo império da lei, a expressão, pela Constituição e pelas normas fundamentais nela inscritas, máxima da vontade geral - em última análise, pelo império do direito como império da vontade soberana do *demos*.

⁷⁷ Assim, no texto da Constituição brasileira de 1988, a “separação de poderes” é elencada como garantia perpétua (cláusula pétrea), nos termos do seu art. 60, § 4.º, inc. III, segundo o qual “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] a separação dos Poderes”.

Capítulo II

Ativismo ou poder-dever judicial: o juiz é um ator político?

Uma hermenêutica constitucional realmente comprometida com as questões sociais,⁷⁸ a expansão, a diversificação e a sofisticação dos mecanismos jurídicos pelos quais o poder público - em especial, a administração pública - passou a interferir amplamente nas relações econômicas e sociais, com o redimensionamento da função administrativa do Estado,⁷⁹ e a irradiação do fenômeno jurídico e do princípio democrático para todos os setores da vida social,⁸⁰ acabam por produzir um fenômeno novo: uma original forma de acesso aos direitos fundamentais, com a crescente busca da realização plena desses direitos pela via da prestação jurisdicional, pontuada por uma atuação estatal socializante que objetiva, materialmente, a redução das desigualdades econômicas, sociais e culturais.

Essa nova conformação dada ao Estado, na sua dimensão de Estado-juiz, parece que, por vezes, hipertrofia e invade as tradicionais atividades dos demais poderes-funções a ele alocados. Essa questão, de certa forma, põe (ao menos aparentemente) em cheque o discurso mais tradicional da independência e harmonia de poderes (funções) do Estado. O problema parece girar em torno, contudo, da interpretação dada a esses dois predicados (independência e harmonia de poderes - funções - do Estado): o primeiro, concerne à ausência de uma relação de subordinação entre os distintos poderes/funções do Estado; o segundo, concernente a uma combinação bem articulada de elementos diferentes e individualizados para cada poder/função, unidos por uma relação de pertinência.⁸¹

Nessa perspectiva, a independência refere-se à soberania (a soberania popular, ou seja, aquela que atribui legitimidade ao Estado) e a harmonia concerne a um conjunto de regras que formata o sistema. Ora, o poder do Estado é uno, independente e afirmado pela sua soberania. É dessa unidade de poder que emana a autoridade estatal, autoridade que se organiza para o cumprimento de funções e competências delineadas e sistematizadas no texto constitucional.

Em qualquer plano, pensando estruturalmente na separação dos poderes - na verdade, como já afirmamos, separação de funções ou divisão de responsabilidades -, constatamos a existência de uma plêiade de órgãos, agências, setores, instituições e agentes que estão investidos de funções estatais bem definidas, o que conduz a uma perspectiva de divisão horizontal e vertical de “poderes” - ou melhor, de competências. Há separação horizontal na ausência de hierarquia e existência de posições previamente destacadas na Constituição com a finalidade de fixar recíprocos e simétricos condicionamentos da ação de quaisquer órgãos empoderados.⁸² De outro modo, podemos descobrir uma separação vertical nas relações que se desenvolvem entre o Estado e os indivíduos ou grupos de indivíduos, confrontadas com os sistemas de regulação.

⁷⁸ Identificada, como já afirmamos, à ideia de “Estado social”.

⁷⁹ Como já afirmamos, esse redimensionamento da função administrativa é tributário do fenômeno conhecido como “surto de juridificação” (*Verrechtlichungshüb*), que consiste na expansão e na diversificação e sofisticação dos mecanismos jurídicos pelos quais o poder público passou a interferir em relações sociais, histórica e originariamente concebidas como pertencentes ao domínio do mercado ou dos costumes, fenômeno que, embora tenha se intensificado no curso da expansão do *welfare state* europeu, e possa ser visto como seu subproduto necessário, faz-se presente em toda a experiência jurídica contemporânea. Como já afirmamos, Dean (1997, p. 3), analisando o processo através do qual concessões inicialmente discricionárias da administração pública deram lugar a benefícios concretos, correspondentes a direitos exigíveis pelos cidadãos - direitos subjetivos -, refere-se a uma “juridificação do bem-estar”.

⁸⁰ Associado, como já afirmamos, ao plexo de políticas identificadas com a fórmula do “Estado de bem-estar social” (*welfare state*).

⁸¹ Pertinência que não é contrária à ideia de um sistema de *checks and balances*.

⁸² Nesse sentido, o art. 2º da Constituição brasileira de 1988: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Na realidade, há uma aparente - mas só aparente - hipertrofia da função jurisdicional, do protagonismo do Estado-juiz. Parece que as suas decisões invadem todos os segmentos da vida social e política. Contudo, na realidade, essa “hipertrofia” nada mais é do que a singeleza da operação do direito, preconizada pela própria Constituição. O Estado-juiz é o mesmo Estado-administrador ou Estado-legislador, também ele incorpora o poder na sua unidade e unicidade total do Estado. Todos os agentes políticos atribuídos por esse Estado, no limite de suas funções e competências, exercem papéis bem delineados, sem que um se sobreponha necessariamente aos demais, na produção dos objetivos nacionais, objetivos que não são só meros programas políticos, mas que estão simetricamente harmonizados com os fundamentos do Estado democrático de direito e com o pacto social instituinte.

Portanto, na busca da plena realização desses mandamentos, não pode ser vista nenhuma intrusão de uma função em - sobre a - outra, nenhuma ampliação de poder ou autoridade, mas sim o estrito cumprimento dos deveres constitucionais cometidos ao Estado e o império da lei.⁸³

O Estado-juiz, o Poder Judiciário, no exercício das suas funções e competências, age por intermédio do seu agente político: o juiz. Cuida-se, nada mais, nada menos, da atuação do próprio Estado (mandatário do poder popular soberano) na plena concretização dos objetivos constitucionais e na afirmação dos direitos fundamentais na sua dimensão individual e social, esta última como expressão máxima dos próprios objetivos constitucionais. Nesse sentido, e somente nesse sentido, o juiz, ao expressar e exercer a jurisdição, confunde-se com o próprio poder do Estado, ou, em **última** instância, com o próprio poder soberano do *demos*.

O juiz, portanto, legitima-se apenas pelo exercício da sua função, por si só, a partir do delineamento dado à função jurisdicional no pacto social instituinte (na Constituição) pelo próprio titular da soberania.

Tal situação conduziu a uma teorização, possível, de um protagonismo do juiz na condução e concreção dos anseios da cidadania (única soberana de fato, pois dela decorre o poder), que foi denominado, entre outras acepções possíveis, de “ativismo judicial.”⁸⁴ O magistrado afirma a autonomia do Estado-juiz afirmando a sua própria autonomia e também aquela autonomia à qual está vinculado, autodeterminação que colabora para a democracia e para a realização dos fins do

⁸³ O controle jurisdicional da administração está, assim, intimamente vinculado ao princípio da legalidade, cânone do Estado de direito. O princípio da legalidade aporta uma justificação racional para o - além de ser o elemento nuclear do - controle jurisdicional da administração pública, pois supõe uma hierarquia de órgãos e normas, onde as inferiores devem conformar-se às superiores, e desse modo, o controle de legalidade se traduz em observar essa conformidade ou desconformidade e suas consequências. Nesse sentido, ver Duverger (1976).

⁸⁴ Na concepção filosófica, “ativismo” pode ser descrito como qualquer doutrina ou argumentação que privilegie a prática efetiva de transformação da realidade em detrimento da atividade exclusivamente especulativa. Embora não haja um consenso a respeito do alcance da expressão “ativismo judicial”, esta parece relacionar-se, de diversas formas, ao fim do constitucionalismo liberal e ao florescimento do constitucionalismo social, ganhando espaço após a Segunda Guerra Mundial, com a ascensão dos direitos fundamentais e dos princípios que regem as constituições sociais, identificando-se com um projeto que objetiva tornar efetivo o projeto de Estado democrático de direito traçado pelas constituições. Guarda estreita relação com a participação ativa dos juizes na proteção dos princípios constitucionais, através do controle da atividade dos demais poderes (notadamente sobre suas omissões e excessos), por meio do viés constitucional. Alguns autores (no nosso ponto de vista equivocadamente) chegam a comparar o ativismo judicial do Poder Judiciário a uma espécie de “poder moderador”. Para algumas formulações sobre a noção de “ativismo judicial”, ver Barroso (2007) e Ramos (2010).

Estado⁸⁵ - autonomia e/ou autodeterminação do Estado-juiz que possibilita uma igualdade sem fronteiras para todos nos tribunais.⁸⁶

Enveredando para a seara dos direitos sociais, em especial, surgem com intensidade ações que poderiam ser qualificadas como “ativismo judicial”. No entanto, além do termo “ativismo judicial” não nos parecer adequado, sendo manifesto o seu emprego com sentido pejorativo, relacionado à crítica conservadora aos juízes notoriamente mais sensíveis, no exercício das suas funções institucionais, às questões sociais,⁸⁷ a atuação do Estado-juiz na efetivação dos direitos fundamentais, se é concomitantemente política e jurídica, não se confunde, na sua essência mesmo, com as atividades estritamente políticas dos demais agentes e instituições do Estado, tampouco ultrapassa os limites constitucionais atribuídos às funções e competências estatais.⁸⁸

Essa compreensão constitucionalmente adequada do ativismo judicial no Estado democrático de direito procede, logicamente, das seguintes conclusões:

- a) os direitos sociais dependem, para a sua efetividade, da articulação entre o direito e a política, uma vez que é por meio de políticas públicas sociais emancipadoras - tarefa precípua da administração pública democrática - que é possível transformar as premissas e os valores da Constituição e dos tratados de direitos humanos em realidade;
- b) a formulação, a aplicação, a avaliação e o controle das políticas públicas sociais devem poder basear-se em procedimentos que garantam a formação discursiva da vontade pública;
- c) os atos normativos definidores de políticas públicas sociais e de sua aplicação prática devem observar os parâmetros traçados a partir dos compromissos assumidos pelo Estado nos tratados de direitos humanos ou, no mínimo, pelo seu direito constitucional, razão pela qual são suscetíveis de controle judicial;

⁸⁵ Nesse sentido, entre os Princípios de Conduta Judicial de Bangalore, elaborados pelo Grupo de Integridade Judicial, constituído sob os auspícios das Nações Unidas, encontra-se, como primeiro princípio, a afirmação de que “A independência do Judiciário deverá ser garantida pelo Estado e incorporada à Constituição e às leis do país. É dever de todos os governos e de outras instituições respeitar e observar a independência do Judiciário” (BRASIL, 2008).

⁸⁶ Nesse sentido, os Princípios n. 2 e 6 de Bangalore: “O Judiciário deverá decidir as questões com imparcialidade, baseado em fatos e de acordo com a lei, sem quaisquer restrições, influências indevidas, induções, pressões, ameaças ou interferências direta ou indireta de qualquer direção ou por qualquer razão.” “O princípio da independência do Judiciário dá o direito e exige que o Judiciário assegure que os processos judiciais serão conduzidos imparcialmente e que os direitos das partes serão respeitados” (BRASIL, 2008).

⁸⁷ Esse “ativismo”, contudo, nem sempre é próprio de juízes “revolucionários”, de forma que se pode identificar claramente um “ativismo” judicial conservador ou reacionário. Nos Estados Unidos, v.g., nas primeiras décadas do século vinte, a Suprema Corte declarou inconstitucionais diversas leis federais editadas sob o signo do *New Deal*, que, de uma forma ou outra, garantiam direitos sociais mínimos para os trabalhadores, como a limitação da jornada de trabalho e o estabelecimento de pisos salariais, a partir da ideia de que a *livre iniciativa* e a *liberdade contratual* eram direitos assegurados constitucionalmente e que, por isso, o legislador não poderia interferir nessas liberdades, ainda que a pretexto de efetivar direitos sociais e/ou incentivar o desenvolvimento econômico, sob pena de violar o *due process of law* em seu sentido material; a Suprema Corte estabelecia, então, em um processo marcadamente ideológico, uma nítida hierarquia entre esses direitos de “primeira geração” (individuais; liberdade) e de “segunda geração” (sociais; igualdade), submetendo rigidamente estes àqueles em decisões que não se resumiam ao jurídico, mas que, solucionando questões controversas de grande repercussão e delineando o marco dos programas de governo (o marco constitucional-político ao qual os programas de governo deveriam se ajustar), eram também essencialmente políticas.

⁸⁸ É claro que, ao contrário, não haverá “ativismo”, mas desvio e, portanto, verdadeiro arbítrio quando o juiz ultrapassar esses limites ou valer-se da jurisdição, ainda que dentro desses limites, como plataforma política. É nesse sentido que Pérez (1979, p. 92) afirma que “*lo grave no es un gobierno de los jueces, sino una justicia de los políticos o un toga que oculte un político para que utilice la sagrada función de administrar justicia como plataforma política*”.

- d) os direitos sociais fundamentais não são meras normas programáticas, mas direitos subjetivos que reclamam realização (concretização), suscetíveis, portanto, de serem exigidos e de serem judicialmente tutelados; e
- e) as constituições democráticas contemporâneas estabelecem uma série de mecanismos para a garantia da efetividade dos direitos sociais no caso de omissão dos poderes públicos, sendo que, diante dessas omissões, compete ao Poder Judiciário garantir os direitos sociais no caso concreto.

É claro que o juiz é, assim, também um agente político, comprometido com o controle dos atos estatais, inclusive - ou mesmo sobretudo - daqueles oriundos do Poder Executivo, relacionados às políticas públicas sociais, meios políticos de promoção concreta dos direitos fundamentais, devendo avaliar a juridicidade dos atos - todos, sem que se admita a existência de espaços absolutamente infensos à sindicabilidade judicial dos atos administrativos - da administração pública, sindicando-os, sem, contudo, desviar-se da sua precípua finalidade constitucional, substituindo *ultra vires* a tarefa de julgar a administração pela de administrar e, assim, usurpar as competências constitucionais da administração pública em detrimento do próprio Estado de direito. Isso é importante porque o juiz só é legitimado pelo exercício da sua própria função nos marcos fixados pela Constituição.

Portanto, esse controle, obviamente, tem limites.⁸⁹ Isso não importa dizer, contudo, que há, no ordenamento jurídico, um espaço para atos administrativos insindicáveis. Não só aqueles atos vinculados propriamente ditos, mas também, e sobretudo - porque é nesse espaço que habitualmente se instalam a inação, os desvios e as arbitrariedades que frustram os direitos fundamentais do cidadão/administrado -, aqueles atos de discricionariedade vinculada ao sistema (atos de competência administrativa discricionária) devem ser sindicados a partir da sua adequação não apenas formal, mas material à lei - à Constituição - a partir da sua motivação de fato e de direito, à semelhança e por analogia da requerida na prática de atos judiciais, nos termos expressos da Constituição (FREITAS, 2005; MELLO, 2009)⁹⁰, sem que se permita, contudo, a partir daí, a substituição da competência discricionária do administrador por uma espécie de competência discricionária do juiz: julgar a administração pública, ressaltamos, não é, nem deve ser, *administrar*, mas auxiliar a própria administração a atingir os seus fins como organização a serviço da comunidade, protegendo os direitos fundamentais dos cidadãos/administrados⁹¹.

⁸⁹ No final desta obra, trataremos de tentar delinear os limites do Poder Judiciário no controle das políticas públicas sociais.

⁹⁰ Conforme Freitas e Mello, na Constituição brasileira de 1988, os arts. 5º, incisos XXXIII e XXXIV, “b”, e 93, incisos IX e X: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”; “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: [...] a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal”; “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (redação dada pela Emenda Constitucional n.º 45/2004); “as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros” (redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004).

⁹¹ No prefácio da carta de Princípios de Conduta Judicial de Bangalore, C. G. Weeramantry, Presidente do Judicial Integrity Group, afirma que “Um Judiciário de incontestável integridade é a instituição base, essencial, para assegurar a

Em síntese, o controle judicial da administração pública não só é um elemento ínsito ao Estado de direito, mas é, também, um elemento de primeira ordem no Estado social, esse Estado moderno que assume tarefas econômico-sociais irrenunciáveis, porque é ínsito a esse modelo de Estado que um órgão independente possa tutelar os interesses e os direitos sociais fundamentais dos prejudicados pela atuação irregular - arbitrária, pelo excesso de ação, ou insuficiente, pela ação aquém do necessário - da administração pública, garantindo aos cidadãos/administrados uma série de prestações estatais devidas no marco da justiça social (MELLO, 1986).⁹²

Efetivamente, o controle judicial é mesmo mais imperioso no Estado social, pois a este é inerente uma corrente recíproca de *socialização* do Estado e de *estatização* da sociedade - uma expansão da zona de influências da juridificação da vida - que demanda a efetividade das limitações e do controle sobre o exercício do poder (ARAGÓN, 1987). O controle judicial da administração pública, inequivocamente, constitui, assim, um meio para manter o Estado social de direito, pois garante ao cidadão/administrado uma série de direitos e prestações, protegendo-o da inação estatal, e, concomitantemente, combate as arbitrariedades e abusos da administração pública em sua função intervencionista.

Por isso, pode-se afirmar, a respeito do controle judicial sobre os atos da administração pública em sede de políticas públicas sociais - sua formulação, aplicação, avaliação e controle -, que syndicar os atos da administração pública contribui decisivamente para uma melhor administração pública⁹³ - e, conseqüentemente, para uma mais densa e melhor qualificada expressão do próprio postulado democrático.

O fortalecimento de um controle jurisdicional da administração pública não supõe, obviamente, a instauração de um “governo dos juízes”; ao contrário, o exercício da função jurisdicional, além de não interferir na atuação administrativa quando esta se realiza em conformidade à lei, contribui para a sua realização, assegurando, sobretudo, o império da lei, como produto do Poder Legislativo e expressão da vontade geral. Apesar das muitas críticas à judicialização da função administrativa, não se pode negar o alto grau de relevância, especialização e aperfeiçoamento técnico desses mecanismos pelos quais se dá o controle judicial sobre a administração pública - ao ponto de poder afirmar-se que, historicamente, a melhor fiscalização da atividade administrativa, a que reúne maiores garantias jurídicas para os cidadãos/administrados, ainda é a realizada pelos tribunais (REBOLLO, 1978).

Isso se revela, inclusive, na tendência atual, manifestamente expansiva - com uma potencialização do controle judicial sobre a atividade materialmente administrativa - do controle judicial sobre outros poderes além do Executivo, tendência que tende a reduzir substancialmente, cada vez mais, os espaços infensos ao controle judicial.⁹⁴ Em síntese, a proteção jurisdicional do

conformidade entre a democracia e a lei. Mesmo quando todas as restantes proteções falham, ele fornece uma barreira protetora ao público contra quaisquer violações de seus direitos e liberdades garantidos pela lei” (BRASIL, 2008).

⁹² Segundo Alfonso (1983, p. 264), a jurisdição “*es, en efecto, la base necesaria no sólo para la garantía real de los derechos fundamentales o libertades públicas, sino también para la efectividad de los deberes de acción positiva en que se traduce el Estado social [...] y de los derechos que de esta acción resulten*”. É nesse sentido que, no prefácio brasileiro à carta de Princípios de Conduta Judicial de Bangalore (princípios elaborados pelo Grupo de Integridade Judicial, constituído sob os auspícios das Nações Unidas), Gilson Dipp afirma que “[...] o Judiciário, um dos três pilares da democracia, é o último refúgio do cidadão contra leis injustas e decisões arbitrárias. Se aos jurisdicionados lhes falta a confiança em sua Justiça, restará ferido o próprio Estado democrático de Direito, cujo fundamento é a aplicação, a todos os atos e atores sociais, de leis e regras preestabelecidas.” (BRASIL, 2008).

⁹³ Nesse sentido, ver Férnandez (1992).

⁹⁴ É o caso, v.g., do controle judicial sobre a atuação administrativa do Poder Legislativo e do próprio Poder Judiciário.

cidadão/administrado constitui um dos pilares básicos do direito administrativo, pois a jurisdição se instaura para proteger o indivíduo - a pessoa, o cidadão, o administrado - contra a administração pública, e não o contrário, compensando as amplas prerrogativas concedidas à administração. Daí que se deve evitar, até o máximo possível, a instauração - ou reinstauração - de espaços infensos a essa proteção e controle, para que não se desfaça esse delicado equilíbrio dinâmico entre garantias e privilégios: Em sistemas nos quais corresponde ao Judiciário o controle da função e atividade administrativas, o juiz constitui um “contrapeso” fundamental da administração pública (GORDILLO, 1977)⁹⁵.

De fato, a coexistência, no seio do Estado, de diversos órgãos independentes entre si e com uma função específica provém de uma concepção filosófico-jurídica, historicamente construída, cujo substrato ideológico é o debilitamento recíproco e conjunto dos governantes - a fragmentação do poder - com o objetivo de evitarem-se os abusos no exercício do poder: uma das consequências desse princípio é a separação e a independência do Poder Judiciário frente à administração pública.⁹⁶

Em essência, os tribunais exercem uma função transcendental que incide sobre o exercício do poder político: controlam os governantes para que estes atuem nos limites do direito, ou seja, conforme a legalidade, segundo regras preestabelecidas. Em síntese, a separação de funções (divisão de responsabilidades), característica ao Estado de direito, supõe a existência de um Poder Judiciário independente, que controla a atuação da administração pública e dos poderes públicos em geral para que ela se conforme à lei (à Constituição) e que, em consequência, garante aos cidadãos/administrados o exercício dos respectivos direitos.

Os tribunais, em consequência, podem e devem controlar a razoabilidade das respostas dos poderes públicos às demandas sociais, respeitando o princípio da “divisão dos poderes” - na verdade, separação de funções ou divisão de responsabilidades - e atentando para as consequências de suas decisões, mas sempre sem afastarem-se do seu dever de dar efetividade aos direitos civis, políticos e sociais reconhecidos pela Constituição. Nesse contexto, as diversas práticas de “ativismo judicial” são fruto, mesmo, de uma necessidade institucional quando os demais órgãos do Estado - especialmente a administração pública - não atuam de forma a atingir os seus fins como organização a serviço da comunidade e/ou violam, por ação ou omissão, os direitos fundamentais dos cidadãos/administrados.

⁹⁵ Pérez (1979, p. 399) afirma, nesse sentido, que *“No existe ni ha existido otra institución que pueda parangonarse al juez [...] en la salvaguarda de los derechos fundamentales”* (no âmbito do direito administrativo). *“Porque en él, a diferencia de otros procesos, se intenta la composición de un litigio producido entre partes situadas en planos de manifiesta desigualdad. No es ya la desigualdad económica o social que puede darse – y de hecho se da – en otros procesos. Es la desigualdad sustancial entre un sujeto desprovisto de toda prerrogativa pública y otro investido de todos los poderes”*.

⁹⁶ Assim, v.g., a Constituição brasileira de 1988 dota o Poder Judiciário de “autonomia administrativa e financeira” (art. 99), e os seus membros de uma série de prerrogativas, como vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos (art. 95), vedando a eles, contudo, entre outras coisas, “dedicar-se à atividade político-partidária” (art. 95, parágrafo único, inc. III).

Capítulo III

*Sobre o argumento do déficit democrático dos
juízes*

Quando falamos em justiciabilidade de direitos fundamentais, sobretudo dos direitos sociais, habitualmente nos deparamos com o argumento da falta de legitimidade democrática dos órgãos jurisdicionais.⁹⁷ Segundo esse argumento, admitir a exigibilidade judicial dos direitos sociais fundamentais, com a respectiva sindicabilidade judicial das políticas públicas sociais setoriais, introduziria, nos sistemas participativos de representação popular, um inadmissível elemento antidemocrático, pois os representantes eleitos, nesse contexto, veriam as suas ações potencialmente suplantadas, no âmbito das políticas públicas, por funcionários -os juízes - que não têm responsabilidade política⁹⁸ (*accountability*), ou seja, que não prestam contas ao eleitorado, e que, em última análise, dão a palavra final sobre essas questões.

Além disso, esse controle desvirtuaria a função que as constituições desempenham nas complexas sociedades pluralistas contemporâneas: ao intervir em certas políticas públicas sociais, os órgãos jurisdicionais estariam, na realidade, “constitucionalizando”, de maneira indireta, certo modelo econômico e social de desenvolvimento concreto, de modo que a Constituição deixaria, assim, de conter um mandado aberto e pluralista,⁹⁹ no qual cabem doutrinas políticas diversas, para converter-se, de fato, na expressão daquelas doutrinas que contariam com a simpatia dos magistrados.

A partir de uma perspectiva que pretende valorizar todas as vias possíveis de garantia dos direitos sociais fundamentais, não podemos deixar de refutar tais críticas.

A falta de legitimidade democrática dos juízes, no mais das vezes, não se revela um argumento verdadeiro; os tribunais, quando atuam na tutela dos direitos sociais fundamentais, controlando as ações ou omissões dos demais poderes públicos ou mesmo de atores privados, vulneradoras de direitos, não apenas atuam de acordo com o princípio democrático, mas tendem mesmo a reforçá-lo, assegurando o cumprimento das leis e, sobretudo, das próprias previsões constitucionais, protegendo-as de atuações desviadas ou arbitrárias. Assim, a atuação dos tribunais demonstra-se legítima em múltiplas situações.¹⁰⁰

É, insistimos, da própria Constituição, ou seja, dessa manifestação ímpar, virtuosa e substancialmente democrática do poder soberano do *demos*, que emana o mandado que pauta a

⁹⁷ Sobre a carência democrática do Poder Judiciário, a propósito da Suprema Corte dos Estados Unidos, ver Bickel (1986).

⁹⁸ Essa ausência de responsabilidade política dos juízes diz respeito ao fato de que os juízes não são eleitos diretamente pelo povo (com pequenas exceções em alguns países) e, portanto, não têm o dever político de prestar contas ao eleitorado, diferentemente do que ocorre com o chefe do Poder Executivo e com os membros do Poder Legislativo.

⁹⁹ Sobre a ideia de “Constituição aberta”, ver Revorio (1997, p. 3).

¹⁰⁰ Por exemplo, no caso *Himachal Pradesh State v. Sharma* (1986), o Tribunal Supremo da Índia ordenou ao governo a construção de uma estrada a respeito da qual já existia uma decisão administrativa, corroborando a tese de que o governo (Poder Executivo) assume compromissos prestacionais pelo fato de não poder atuar contra os seus próprios atos (*venire contra factum proprium non valet*). Na ocasião, o tribunal decidiu: “*No se discute si el gobierno estatal pretendía construir la carretera, ya que se aprobó la partida para hacerlo. El deber legal y constitucional del estado de proporcionar carreteras a los habitantes de la zona no está en discusión. Por lo tanto, esta demanda no necesita examinar hasta dónde llega la obligación de construir carreteras*”. Em 1997, o Tribunal Supremo da Finlândia confirmou a decisão de outro tribunal, que condenou certo governo municipal a indenizar uma pessoa desempregada por muito tempo, por não haver lhe conseguido um emprego por seis meses, como havia se comprometido. Na Argentina, no caso *Viceconte* (1998), a Câmara Nacional de Apelações determinou ao Estado que concretizasse, fixando sanções para a sua inexecução, uma decisão política previamente adotada, pela qual o Estado fabricaria uma vacina contra uma doença endêmica e epidêmica. No Brasil, duas sentenças demonstram claramente a interferência do Poder Judiciário na formulação e/ou aplicação de políticas públicas: nessas ocasiões, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por um lado, determinou ao Poder Executivo que realizasse a duplicação de uma rodovia federal no estado de Santa Catarina (BR-101), no Sul do país, diante da responsabilidade do Estado por mortes e mutilações, consequências de frequentes acidentes de trânsito nesta rodovia; por outro lado, determinou que o Executivo passasse a exigir, nos rótulos de todas as bebidas alcoólicas vendidas no país, a expressão “o álcool pode causar dependência e seu excesso é prejudicial à saúde”, baseando-se no Código de Defesa do Consumidor. Sobre essas decisões, ver Pisarello (2007, p. 91) e Broliani (2005, p. 130).

atuação do Judiciário, não como um órgão limitador, mas atualizador e garantidor de uma limitação previamente estabelecida por ela própria (a Constituição) para garantir a sua supremacia (da Constituição) e, portanto, a prevalência de um pacto social concertado em termos políticos, econômicos, sociais e culturais através dela expressado - e, em síntese, a supremacia da vontade soberana do *demos* consubstanciada no pacto social instituinte.¹⁰¹

O Poder Judiciário não atua em uma posição (vertical) de supremacia em relação à administração pública, tampouco limita, ele mesmo, por si só, o poder da administração pública; apenas cuida de assegurar que os limites previamente estabelecidos ao exercício do poder sejam observados e resguardados: é para controlar que o próprio Estado mantenha-se nos marcos do pacto social instituinte, subordinando-se aos ditames do Poder Constituinte (supremo poder soberano), que este mesmo Poder Constituinte engendra uma agência estatal especializada no controle - o Poder Judiciário -, que zela pela regularidade das atividades da administração pública, com o objetivo de que essas se mantenham nos limites previamente delineados pela Constituição.¹⁰²

Ademais, a extensão do controle jurisdicional, realidade irrefutável, longe de pautar-se pela falta de legitimação democrática, vem, ao contrário, efetivar o paradigma democrático, superando a chamada dificuldade contramajoritária.¹⁰³ Assim, ao menos conjunturalmente, na verdadeira democracia representativa, a tutela dos direitos fundamentais e dos princípios relacionados ao próprio Estado social e democrático de direito não pode estar adstrita, apenas, a órgãos executivos e legislativos, naturalmente sensíveis às pressões majoritárias (da maioria conjuntural) e escassamente sensíveis a demandas que não veiculam possíveis benefícios eleitorais imediatos, ou ainda àquelas demandas que escapam à pauta das prioridades políticas estabelecidas por certa “lógica de partido.”¹⁰⁴

Nesse contexto, é exatamente o suposto elemento “antidemocrático” - a falta de responsabilidade política e a relativa independência que daí advém - que torna o Poder Judiciário instrumento “idôneo” (se bem que não o único, tampouco necessariamente o principal, pois este não pode supor o arredamento antidemocrático de meios de controle social) a certo controle sobre os demais poderes, politicamente sensíveis, em matéria de direitos fundamentais, especialmente no que diz respeito aos interesses politicamente pouco visíveis e audíveis das “minorias” - às vezes,

¹⁰¹ É da essência mesmo do iluminismo político, e da concepção moderna de democracia que é tributária deste, a ênfase dada ao papel dos magistrados, de resguardo do poder soberano do povo: “*That all power is vested in, and consequently derived from, the people; that magistrates are their trustees and servants, and at all times amenable to them*” (Declaração de Direitos de Virgínia).

¹⁰² É portanto, a própria Constituição que reserva, ao Poder Judiciário, a tarefa de “guarda da Constituição”, para assegurar o império da lei (dessa mesma Constituição) no Estado democrático de direito, confiando ao Judiciário a proteção dos direitos fundamentais do cidadão/administrado. Na Constituição brasileira de 1988, v.g., isso está claro em pelo menos três momentos: (a) o art. 102 estabelece expressamente que “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”; (b) o art. 5.º, inc. XXXV, estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; e (c) o art. 85, incs. II e III, estabelece que são *crimes de responsabilidade* os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra o livre exercício do Poder Judiciário e “o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais”.

¹⁰³ Sobre a chamada “dificuldade contramajoritária” (*countermajoritarian difficulty*), ver Bickel (1986).

¹⁰⁴ A noção de democracia não se resume ao princípio majoritário, do governo da maioria; é, até, essencialmente oposta a ele: o Estado democrático de direito instaura-se para proteger também - ou sobretudo - os direitos civis, políticos e sociais das chamadas “minorias”. Existem princípios axiologicamente fundamentais que devem ser preservados independentemente da noção política do que é ou não é majoritário ou da opinião pública de turno, que pode envolver interesses transitórios, de ocasião, ou comprometidos com ideais francamente autoritários e excludentes, e, portanto, antidemocráticos.

verdadeiras maiorias - marginalizadas à luz dos canais representativos tradicionais.¹⁰⁵ É o caso, v.g., dos imigrantes, dos indígenas e dos presos, que não poucas vezes encontram no âmbito dos tribunais a proteção que os demais órgãos políticos lhes denegam.¹⁰⁶

Por outro lado, em um contexto de descrédito social com os mecanismos tradicionais de desenvolvimento da democracia, principalmente com os partidos políticos, evidenciado por altos - e crescentes - índices de abstenção eleitoral,¹⁰⁷ pelo prestígio popular personalíssimo (carismático) de determinadas lideranças políticas, à margem dos partidos,¹⁰⁸ e pelo repúdio à própria política (de inconformidade popular com a configuração atual da política), para a qual parecem convergir o conflito sobre os próprios limites do espaço do *político*,¹⁰⁹ os conflitos sociais que exsurtem a partir do respeito institucional às distintas expressões das distintas diversidades sociais e culturais e, com isso, concomitantemente, da ampliação dos espaços sociais de mobilização da autonomia e da liberdade pessoal,¹¹⁰ e a própria consciência de que os arranjos institucionais da atualidade, não sendo mais o Estado um grande provedor de utopias, embora proclamem formalmente a redução das desigualdades, seguem (re)produzindo clivagens e desigualdades econômicas, sociais e culturais, (BRESSER-PEREIRA; GRAU, 1999) o Judiciário tem exercido um importante papel para revitalizar a participação popular e a *res publica*.¹¹¹

¹⁰⁵ Os processos de definição de políticas sociais para uma sociedade são resultado de complexos jogos de interesses em conflito, de arranjos feitos nas esferas de poder, que passam por instituições estatais e não estatais. No entanto, se os fins do próprio Estado podem ser descritos como a materialização da dignidade humana e a promoção dos direitos humanos fundamentais, inclusive os direitos sociais, programa que não se submete ao alvedrio dos poderes de turno, está claro que o Poder Judiciário não apenas pode, mas deve intervir sobre essas políticas inclusive, se for o caso, contra a opção do Poder Executivo ou do Poder Legislativo, pois há, consagrados no próprio texto constitucional, bens jurídicos mínimos que devem ser disponibilizados - garantidos - com prioridade, de forma que, enquanto esses bens não forem disponibilizados - garantidos -, outras políticas não prioritárias deveriam aguardar a concretização primeira dos direitos fundamentais. Além disso, para a administração pública, devem ser eliminadas as opções comprovadamente ineficientes para o atingimento dos fins constitucionais. Nesse sentido, ver Barcellos (2005).

¹⁰⁶ “*Refiriéndose a estos supuestos en Estados Unidos, el juez Brennan, miembro del Tribunal supremo, constataba que ‘las cortes han emergido como una fuerza crítica detrás de los esfuerzos para mejorar las condiciones inhumanas’. E intentando explicar las razones de ese papel, argumentaba: ‘Aisladas, como están, de las presiones políticas, e investidas con el deber de aplicar la Constitución, las cortes están en la mejor posición para insistir en que las cuestiones inconstitucionales sean remediadas, incluso si el costo financiero es significativo’*” (UPRIMNY, 2001, p. 164-165).

¹⁰⁷ Sendo, embora, obrigatório o voto, o índice de abstenção no segundo turno da última eleição brasileira (2010) - 21,5% - foi o maior desde a redemocratização do país. Para uma ideia do aumento de abstenções eleitorais, em 2006 esse número foi de 18,9%.

¹⁰⁸ O “populismo” do Estado-Executivo marcou indelevelmente a América Latina: centrando-se o poder político nas mãos de um líder carismático, à margem dos partidos, normalmente com vocação autoritária e paternalista, o líder populista, favorecendo, embora, mais as elites do que os setores mais vulneráveis da sociedade, passava ao povo a falsa ideia de que a sua vontade (a vontade do povo), que coincidia sempre com a vontade personalíssima daquele líder carismático, era soberana, sobrepondo-se às instituições democráticas. Assim, podemos destacar, v.g., os governos de Vargas no Brasil, Péron na Argentina e Cárdenas no México. O fenômeno, na atualidade, continua presente no continente, travestido de um neopopulismo que tende a centrar as ações do Estado em um quase messiânico Estado-Executivo personalizado: v.g., os governos de Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff no Brasil, de Néstor e Cristina Kirchner na Argentina, de Evo Morales na Bolívia e de Hugo Chávez na Venezuela. Exemplo dessa liderança carismática, personalíssima, evidencia-se a partir do cruzamento de dados paradoxais: enquanto o índice de confiança da população em Dilma Rousseff, em junho de 2012, segundo dados do IBOPE (CNI, 2012), era de 72%, o índice de confiança no Executivo era ínfimo: dos três poderes, o que detinha maior índice de confiança era o Poder Judiciário. Além disso, embora 72% da população afirme confiar em Dilma, 54% da população desaprova as políticas públicas de educação do governo Dilma e 66% da população desaprova as políticas públicas de saúde do governo Dilma, verificando-se uma espécie de “blindagem” à pessoa de Dilma no imaginário popular, que não é “responsabilizada” pelas insuficiências da sua própria gestão em matéria de direitos sociais fundamentais como a educação e a saúde.

¹⁰⁹ Nesse sentido, ver Lechner (1986).

¹¹⁰ Nesse sentido, ver Held (1993).

¹¹¹ Paradoxalmente, embora o discurso conservador venha a apontar o Judiciário como um poder politicamente irresponsável - sem *accountability* - e, por isso, antidemocrático, ou, ao menos, com um déficit democrático em relação ao Executivo e ao Legislativo, pesquisas revelam que, entre os três poderes, é o Judiciário o que tem merecido a confiança

Assim, v.g., o Judiciário tem atuado:

- a) forçando as diversas agências e os agentes de Estado a atuarem de forma mais transparente, dando a saber aos cidadãos/administrados *o porquê* da prática ou da falta de prática de determinados atos, facilitando, ademais, o acesso dos cidadãos/administrados às informações sobre a gestão pública em suas diferentes dimensões;¹¹²
- b) fomentando a participação social nas suas próprias decisões através de audiências públicas;¹¹³
- c) ampliando o espaço para o reclamo dos direitos fundamentais e do controle social pela via de ações judiciais, através de expedientes como a ação popular e a ação civil pública por danos a interesses difusos ou coletivos, e, sobretudo, pela *coletivização* dessas ações, reconhecendo às associações civis legitimidade para a proposição de ações coletivas;¹¹⁴
- d) suprimindo, ele próprio, excepcionalmente, a mora dos demais poderes, através de expedientes extremamente qualificados em termos constitucionais, como o mandado de injunção.¹¹⁵

do povo brasileiro, bem à frente do Executivo e do Legislativo. Com índices de confiança popular inferiores, embora, a instituições como as forças armadas, a igreja católica e a imprensa, os números do Judiciário (56% da confiança do povo) são gigantescos se comparados aos do Poder Legislativo e dos partidos políticos: só 22% dos brasileiros confiam em algum partido político e apenas 26% nas Câmaras de Vereadores, o órgão legislativo mais bem colocado nesse *ranking*. A pesquisa, encomendada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), foi realizada pelo Instituto de Pesquisas Sociais, Políticas e Econômicas (2008).

¹¹² Do controle que o Poder Judiciário exerce sobre os seus atos resulta, para a administração pública, um dever de *explicar*, ou seja, um dever primário de *informar* e de *motivar a priori* todos os seus próprios atos, que, por sua vez, expande virtuosamente não só as possibilidades do controle judicial, mas as possibilidades de controle social sobre tais atos - e, portanto, da verificação, pelos próprios destinatários das políticas públicas sociais, da sua maior ou menor legitimidade.

¹¹³ O Supremo Tribunal Federal brasileiro, v.g., tem promovido audiências públicas prévias ao julgamento de algumas questões de amplo impacto social - a constitucionalidade de políticas de ação afirmativa de acesso ao ensino superior (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186 e Recurso Extraordinário n. 597.285/RS), a saúde (Agravos Regimentais nas Suspensões de Liminares n. 47 e 64, nas Suspensões de Tutela Antecipada n. 36, 185, 211 e 278, e nas Suspensões de Segurança n. 2361, 2944, 3345 e 3355), a proibição do uso industrial de amianto ou asbesto (Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.937), a proibição da venda de bebidas alcoólicas à beira das rodovias federais ou em terrenos contíguos à faixa de domínio com acesso direto às rodovias federais (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4103) e a interrupção da gravidez no caso de feto anencefálico (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54). Seguindo essa tendência, no ano de 2011 o Tribunal Superior do Trabalho brasileiro realizou a sua primeira audiência pública, sobre a *terceirização* de mão de obra, um dos temas mais polêmicos na Justiça do Trabalho.

¹¹⁴ Nesse sentido, ver a nossa nota n. 213 (p. 85).

¹¹⁵ No Brasil, o Mandado de Injunção, previsto no art. 5º, inc. LXXI, da Constituição de 1988, é um dos remédios/garantias constitucionais, constituindo-se em uma ação constitucional de rito sumário usada em um caso concreto, individual ou coletivo, com a finalidade de que o Poder Judiciário, através do Supremo Tribunal Federal (STF), notifique ao Poder Legislativo a sua omissão de regulamentação de direitos e garantias constitucionais, omissão que torne inviável o exercício daqueles direitos e garantias e/ou as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. A premissa para a ação, portanto, é não haver regulamentação sobre um direito constitucionalmente garantido, cabendo exclusivamente contra o poder público, pois diz respeito à omissão do Poder Legislativo, de legislar sobre esse direito. Até 2007, o STF normalmente se limitava a declarar a omissão legislativa. Contudo, atualmente o STF dá sinais de que não se satisfaz mais em ser um mero espectador e que está disposto a aplicar o direito adotando uma posição concreta. Um marco na evolução jurisprudencial do STF é dado pelo Ministro Marco Aurélio de Mello, no MI n. 721: "É tempo de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo, tendo em vista a separação e harmonia entre os Poderes. É tempo de se perceber a frustração gerada pela postura inicial, transformando o mandado de injunção em ação simplesmente declaratória do ato omissivo, resultando em algo que não interessa, em si, no tocante à prestação jurisdicional, tal como consta no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, ao cidadão. Impetra-se este mandado de injunção não para lograr-se simples certidão da omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes a nacionalidade, à soberania e à cidadania. Busca-se o Judiciário na crença de lograr a supremacia da Lei Fundamental, a prestação jurisdicional que afaste as nefastas consequências da inércia do legislador. Conclamo, por isso, o Supremo, na composição atual, a rever a óptica inicialmente formalizada, entendendo que, mesmo assim, ficará aquém da atuação dos tribunais do trabalho, no

Por outro lado, em alguns casos, como o brasileiro, embora os magistrados não sejam eleitos diretamente pelo povo, estabelecem-se, além de regras rígidas para a investidura nos respectivos cargos, extremamente profissionalizados, mecanismos de certo controle social na composição interna dos tribunais: no Brasil, além do concurso público de provas e títulos, com a participação fiscalizadora da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases (art. 93, I, da Constituição brasileira de 1988), são reservados lugares específicos (um quinto) na composição dos Tribunais Federais, dos Estados e do Distrito Federal para membros oriundos do Ministério Público e advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes (art. 94).¹¹⁶

Além disso, sendo, embora, nomeados pelo Presidente da República (Chefe do Poder Executivo da União) os membros do Supremo Tribunal Federal (art. 101 da Constituição brasileira de 1988), estes devem ser aprovados previamente, por voto secreto, após arguição pública, pelo Senado Federal (art. 52, III, “a”), preceito também aplicável aos membros de outros tribunais superiores, indicados, em parte, pelo próprio tribunal, em parte pelos órgãos de representação das classes dos membros do Ministério Público e dos advogados (arts. 104, parágrafo único, e 111-A, v.g., na redação dada à Constituição brasileira de 1988 pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004).¹¹⁷

que, nos dissídios coletivos, a eles a Carta reserva, até mesmo, a atuação legiferante, desde que, consoante prevê o § 2º do artigo 114 da Constituição Federal, sejam respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho. Está-se diante de situação concreta em que o Diploma Maior recepciona, mesmo assim de forma mitigada, em se tratando apenas do caso vertente, a separação dos Poderes que nos vem de Montesquieu. Tenha-se presente a frustração gerada pelo alcance emprestado pelo Supremo ao mandado de injunção. Embora sejam tantos os preceitos da Constituição de 1988, apesar de passados dezesseis anos, ainda na dependência de regulamentação, mesmo assim não se chegou à casa do milhar na impetração dos mandados de injunção”. No dia 25 de outubro de 2007, a mudança de posição do Supremo Tribunal Federal se concretizou. Naquele dia, o STF decidiu três mandados de injunção de uma só vez (MI n. 670, 708 e 712). O tema central de todos eles era um só: o direito à greve dos servidores públicos, cujo exercício encontrava-se impossibilitado diante da falta de regulamentação, por parte do Poder Legislativo, do disposto no art. 37, inc. VII, da Constituição de 1988, que condicionava o exercício do direito de greve dos servidores públicos à edição de lei específica. O tribunal reconheceu a mora do Congresso Nacional; mas, além disso, determinou que, até que o Poder Legislativo viesse a editar a regulamentação, fosse aplicada, no que coubesse, aos servidores públicos a Lei n. 7.783/89, aplicável aos empregados de empresas privadas. Ao formular de forma suplementar - e provisoriamente - a regulamentação, o Poder Judiciário exerceu uma função normativa e não legislativa; por isso, segundo o STF, a alegação de lesão à “separação de poderes” não poderia ser substancialmente considerada.

¹¹⁶ O “quinto” constitucional consubstancia um saudável mecanismo democrático de “renovação” dos tribunais, evitando, pois, o isolamento endógeno dos magistrados. Naturalmente, esse mecanismo será mais democrático e revitalizante onde mais democrático e aberto for o processo de elaboração das listas de indicação pelos órgãos de representação das classes dos membros do Ministério Público e dos advogados.

¹¹⁷ Parte-se, na Constituição brasileira, portanto, da ideia de *checks and balances* na própria formação do tribunal supremo, destinado à guarda da Constituição: a cúpula do Judiciário é formada a partir de um ato complexo, para o qual concorrem o Executivo e o Legislativo (Senado Federal); um ato complexo, e não composto, porque o Senado não tem um papel meramente acessório à nomeação pelo Presidente da República, conjugando-se, no ato, as vontades independentes do Executivo e do Legislativo. Apesar de algumas críticas ao modelo brasileiro, que levaria, segundo alguns, a uma “politização do Judiciário”, ou, mais especificamente, a uma “politização do Supremo Tribunal Federal”, não inferimos que tal critério de escolha seja necessariamente viciado politicamente falando. Trata-se de um mecanismo robustamente democrático que objetiva impedir que o Judiciário se torne autorreferente e elitista, fechando-se em si mesmo, em uma espécie de nova “casta” aristocrático-burocrática, e, assim, infenso ao político: também o Judiciário, como agência de poder, não é infenso à política, já afirmamos. O problema, insistimos, não reside nos mecanismos constitucionalmente articulados para provimento dos cargos da cúpula do Judiciário, mas no eventual uso da jurisdição, pelos membros do Supremo Tribunal Federal, como plataforma política. Em certas discussões, o Supremo torna-se palco para atuações políticas que absolutamente se sobrepõem ao jurídico e que nos leva a questionar qual seria o verdadeiro interesse contido nos argumentos de um Ministro do Supremo Tribunal Federal, a não ser os de manter o ordenamento jurídico intacto, preservando a segurança jurídica do Estado democrático de direito no Brasil. É nesse sentido que Pérez (1979, p. 92) afirma que *“lo grave no es un gobierno de los jueces, sino una justicia de los políticos o un toga que oculte un político para que utilice la sagrada función de administrar justicia como plataforma política”*.

O controle jurisdicional sobre as políticas econômicas e sociais não se revela, portanto, uma expressão restritiva à democracia; ao contrário, revela-se uma verdadeira condição para a sua manutenção no tempo e para a adequação da ação dos poderes políticos aos princípios do próprio Estado social. O controle de constitucionalidade, sobretudo, apresenta-se, assim, como um paradoxal instrumento de desbloqueio das instâncias representativas de tomadas de decisões, garantindo o correto funcionamento dos procedimentos democráticos e evitando a submissão das obrigações políticas em termos de direitos fundamentais (civis, políticos e sociais) à tecnocracia ou ao partidarismo.¹¹⁸

Cai por terra, assim, o mito da imunidade dos poderes discricionários no campo das políticas públicas sociais, que outorga prestígio “democrático” ao político em detrimento do jurídico e fomenta a resistência ao controle judicial sobre as políticas públicas sociais: tanto a partir da releitura contemporânea da “separação de poderes” - muito mais separação constitucional de funções ou divisão constitucional de responsabilidades -, quanto pela emergência do conceito material - e não meramente procedimental - de democracia, não se justifica uma independência que dê ao Poder Executivo - à administração pública - uma imunidade absoluta, nem se pode falar que apenas o controle democrático formal, pela via das urnas, legitima as suas decisões. A plenitude da normatividade constitucional democrática exige, como vimos, uma multiplicação de controles, externos e internos, sobre as atividades dos poderes do Estado, não como uma substituição do político e do administrador pelo juiz, mas a partir do reconhecimento de que ao Poder Judiciário compete velar pelo direito.¹¹⁹

Por outro lado, a introdução de controles jurisdicionais sobre as maiorias legislativas conjunturais, com vistas à tutela dos direitos sociais, em favor das minorias em situações de vulnerabilidade ou de verdadeiras maiorias marginalizadas, não fragilizaria o caráter “aberto” da Constituição, nem o pluralismo político, tampouco o próprio princípio democrático. Ao contrário, esses controles apenas assentariam sua maior possibilidade real de concretização, de forma adequada ao princípio do Estado social¹²⁰.

¹¹⁸ Ressaltamos, todavia, que uma justificação desse tipo para a intervenção jurisdicional sobre as políticas econômicas e sociais não pode ser vista como uma justificação *tout court* para as intervenções jurisdicionais. Tratamos, aqui, apenas de oferecer cobertura àquelas intervenções dirigidas à efetivação normativa dos direitos que estão na base dos procedimentos democráticos, inclusive os direitos sociais básicos, refutando outras, que tendem, com frequência, a restringir o alcance desses direitos.

¹¹⁹ Nesse sentido, ver Enterría (1983).

¹²⁰ Segundo Canotilho (1995, p. 9 e ss), a “abertura” constitucional não equivale à neutralidade, e se queremos prolongá-la no tempo temos que ser capazes de preservar as bases materiais que sustentam os processos de democratização: uma Constituição que reconhece direitos sociais ou que, em nome do princípio do Estado social, impõe deveres, positivos e negativos, aos poderes públicos e ao mercado não pode ser “neutra” em termos econômicos, do mesmo modo que uma Constituição que proíbe a tortura e garante o devido processo não é “neutra” em matéria de política criminal. Assim, segundo Uprimny (2001, p. 190 e ss), as maiorias legislativas não podem, v.g., invocar o princípio democrático para justificar uma estratégia de atuação contra o crime baseada na tortura sistemática e no desconhecimento massivo dos direitos dos cidadãos/administrados, do mesmo modo que não podem fazê-lo para justificar a eliminação do direito de greve ou a regressão deliberada em matéria de direitos sociais.

Capítulo IV

*Sobre o argumento da falta de competência
técnica dos juízes*

Outro argumento habitualmente oposto à justiciabilidade dos direitos sociais diz respeito à incompetência técnica dos juízes para lidar com questões econômicas (FABRE, 2000; ABRAMO-VICH; COURTIS, 2002). Segundo esse argumento, seria verdadeiramente perigoso deixar que os juízes viessem a intervir em questões complexas, dada a falta de conhecimento sobre questões específicas em matéria econômico-social.

Além disso, tais intervenções tenderiam a desconhecer restrições fáticas de ordem orçamentária e a ser irresponsáveis do ponto de vista do impacto financeiro dessas decisões, levando a uma espécie de “populismo” judicial, contexto em que a própria participação popular resultaria debilitada, pois levaria virtualmente os cidadãos/administrados a abandonarem ou, ao menos, menosprezarem as disputas eleitorais e as diversas formas de mobilização social, privilegiando a interposição de ações judiciais.¹²¹

Por fim, os tribunais ainda careceriam de ferramentas e mecanismos processuais adequados para que pudessem efetivar uma tutela como a que os direitos sociais fundamentais normalmente exigem.

Essas críticas não são absolutamente infundadas. Contudo, a partir de uma perspectiva que pretende valorizar todas as vias possíveis de garantia dos direitos sociais fundamentais, não podemos considerá-las conclusivas.

Os tribunais se veem, habitualmente, chamados a resolver lides que envolvem expressivas questões econômicas - assim, as soluções jurisdicionais em matéria de direito do trabalho, direito tributário, direito das obrigações, direito das sucessões e direito empresarial-falimentar, v.g., contêm muitas questões que envolvem a gestão de bens, a estipulação de danos e prejuízos, cálculos de interesses e de lucros cessantes e outras questões de irrefutável complexidade, que, na sua maioria, demandam certo conhecimento técnico e que, nem por isso, são imunes à intervenção jurisdicional.

Por outro lado, demandas que usualmente são submetidas aos tribunais, envolvendo, v.g., o direito à vida na sua expressão mais elementar, tratam, também, de questões extremamente complexas sob o ponto de vista científico (assim, v.g., as questões concernentes à viabilidade fetal e ao aborto, à distanásia e à ortonásia), e não admitem o *non liquet*. Na resolução de questões complexas, que envolvam dados técnicos que possam ser esclarecidos por especialistas, o juiz pode valer-se de peritos, ainda que não esteja adstrito às conclusões destes.¹²²

Ademais, os tribunais vêm adotando, atualmente, na resolução de questões complexas de altíssima repercussão social, audiências públicas, onde vários segmentos representativos da sociedade e, especialmente, do meio técnico-científico podem oferecer publicamente ao juiz subsídios a decisão a ser tomada.¹²³

Assim, o Supremo Tribunal Federal brasileiro tem promovido audiências públicas prévias ao julgamento de algumas questões de amplo impacto social: a constitucionalidade de políticas de

¹²¹ Sobre esta possível “fetichização” do uso dos direitos, ver Brown e Williams (2003).

¹²² Nesse sentido, os arts. 420-39 do Código de Processo Civil brasileiro.

¹²³ A realização de audiências públicas está prevista, v.g., no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal brasileiro (art. 21, inc. XVII), para propiciar o debate com a sociedade sobre temas de grande complexidade, repercussão e interesse público. Seguindo essa tendência, no ano de 2011, também o Tribunal Superior do Trabalho brasileiro realizou uma audiência pública, sobre a terceirização de mão de obra, um dos temas mais polêmicos na Justiça do Trabalho.

ação afirmativa de acesso ao ensino superior,¹²⁴ a saúde,¹²⁵ a proibição do uso industrial de amianto ou asbesto,¹²⁶ a proibição da venda de bebidas alcoólicas à beira das rodovias federais ou em terrenos contíguos à faixa de domínio com acesso direto às rodovias federais¹²⁷ e a interrupção da gravidez no caso de feto anencefálico.¹²⁸

No caso da proibição do uso industrial de amianto ou asbesto, v.g., foram ouvidos, em audiência pública, trinta e cinco expositores, cientistas, representantes da indústria, do governo e de entidades de apoio aos trabalhadores e vítimas expostas ao amianto.¹²⁹

Não se pode exigir do juiz, certamente, o domínio prévio de todo o conhecimento técnico-científico implicado nas diferentes lides. Isso, no entanto, não impede o juiz, como visto, de decidir com base em critérios técnicos fornecidos pela ciência. Mas a competência que se exige de um juiz, nesse quadro, é aquela concernente ao conhecimento adequado do direito a interpretar e ao domínio necessário da técnica para o aplicar. O juiz pode valer-se dos meios necessários para esclarecê-lo (o fato), e usualmente o faz, quando a prova do fato depender de conhecimento técnico-científico, mas a subsunção do fato provado à norma, a interpretação da regra, ou seja, a tomada da decisão (decisão compreendida como ato de aplicação do direito, incidência, momento da produção da norma individual e correspondente) é ato que compete ao juiz - e, nesse ato, de tomar a decisão jurídica, o juiz deve prescindir da intervenção de terceiros, o que tornará mais segura e mais independente a sua decisão.¹³⁰

Isso porque cada magistrado individual, cada tribunal, é o titular de um poder único e irreprimível para decidir, conforme a lei, o problema que lhe é singularmente submetido: o exercício da função de aplicar a lei ao caso concreto para que o poder normativo da lei se expresse na resolução do litígio, independentemente da complexidade técnico-científica dos fatos. Isso é o que se transmite com a noção de *independência* e de *competência* dos juízes.

Como já expomos, a ideia que fundamenta a posição ímpar do chamado “Poder Judiciário” na estrutura do mecanismo institucional da “separação de poderes” - separação de funções ou divisão de responsabilidades - é seguramente a de que o juiz não deve exercer nenhum poder, mas simplesmente deve deixar passar *através de si* a força normativa das regras que aplica (MONTESQUIEU, 1951). Nisso - e apenas nisso - consiste o seu poder. O Judiciário aparece assim como o máximo garante do império da lei, e suas decisões nos litígios intersubjetivos, entre particulares,

¹²⁴ Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186 e Recurso Extraordinário n. 597.285/RS.

¹²⁵ Agravos Regimentais nas Suspensões de Liminares n. 47 e 64, nas Suspensões de Tutela Antecipada n. 36, 185, 211 e 278, e nas Suspensões de Segurança n. 2.361, 2.944, 3.345 e 3.355.

¹²⁶ Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.937.

¹²⁷ Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.103.

¹²⁸ Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54.

¹²⁹ A programação da audiência envolvia a participação de 35 expositores, entre eles: o Diretor do Departamento de Vigilância em Saúde Ambiental e Saúde do Trabalhador da Secretaria de Vigilância da Saúde, a Diretora de Qualidade Ambiental da Secretaria de Mudanças Climáticas e Qualidade Ambiental, o Secretário de Geologia, Mineração e Transformação Mineral do Ministério de Minas e Energia, o Coordenador-Geral de Monitoramento do Benefício por Incapacidade do Ministério da Previdência Social, a Gerente da Divisão de Toxicologia, Genotoxicidade e Microbiologia Ambiental da CETESB, pela Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo, a Diretora Técnica da Divisão de Vigilância Sanitária do Trabalho da Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo, o Presidente da Fundacentro, médicos especialistas em pneumologia, saúde pública, toxicologia e medicina do trabalho, professores universitários, pesquisadores, engenheiros químicos, higienistas, químicos, auditores-fiscais do trabalho, representantes dos fabricantes e vítimas do amianto.

¹³⁰ Por isso mesmo, também não se pode opor ao controle judicial o tema da *discricionariedade técnica*. No caso da discricionariedade técnica, não há discricionariedade propriamente dita: não há um efetivo leque de soluções igualmente válidas a serem levadas em conta segundo critérios de oportunidade e conveniência, mas uma solução única a ser adotada com base em critérios técnicos fornecidos pela ciência. Daí que “não existe muita dúvida quanto à possibilidade de ser exercido controle judicial sobre os aspectos técnicos do ato administrativo” (DI PIETRO, 2007, p. 15).

e, sobretudo, no exame, frente aos direitos dos cidadãos/administrados, da juridicidade do comportamento governamental - da administração pública, em particular - são a expressão máxima da própria ideia de que o direito deve se impor (sobrepôr) ao poder.

Isso não torna o juiz, naturalmente, insensível às questões econômicas. Mas o juiz não se deve levar pela opinião pública de turno, ou por meras dificuldades fáticas de recursos, no mais das vezes meramente alegadas e não comprovadas, sendo mesmo “corajoso” (ou seja, verdadeiramente independente) nas suas decisões: é justamente o elemento que é apontado pela crítica conservadora como o elemento antidemocrático do Judiciário (a inexistência de *accountability*) que se destina a garantir ao cidadão/administrado uma tutela judicial independente e comprometida com o império da lei, ou seja, da Constituição - da expressão originária máxima da “vontade geral” consubstanciada no pacto social instituinte, e, portanto, do império do direito nas questões contramajoritárias ou diante de conflitos alocativos¹³¹.

Ademais, esse *poder* que exerce o juiz em cada uma de suas decisões é controlado. É por essa razão que a estrutura da jurisdição tende a ser piramidal e desenhada em graus (“níveis” ou “instâncias”) diferentes. Para que existam mecanismos que permitam a impugnação das decisões judiciais com o objetivo de que se ofereçam aos cidadãos remédios contra os abusos e/ou erros no exercício da jurisdição. Os juízes não só têm o dever de aplicar a lei material que serve de amparo e proteção às partes; eles também estão constituídos, delimitados e governados por normas de competência que devem respeitar. E para controlar que isso seja assim, o exercício da jurisdição se articula em várias instâncias, ou níveis verticalizados, que têm muitas e muito complexas derivações nos ordenamentos jurídicos desenvolvidos, mas que podem ser formuladas genericamente através do princípio de que as decisões judiciais podem ser corrigidas por um órgão judicial “superior”. Um complexo sistema de recursos oferece aos cidadãos/administrados a possibilidade, portanto, de acudirem a tribunais superiores, para verem protegidos os seus direitos também frente aos juízes e aos seus eventuais erros e/ou abusos.

Por fim, é meramente ideológica a afirmação de que os direitos sociais são direitos de tutela debilitada, que não contam com mecanismos de proteção e com garantias similares àqueles concernentes aos direitos civis e políticos. Não são, de fato, as garantias concretas de um determinado direito que permitem categorizá-lo como fundamental ou não. Ao contrário, é precisamente a inclusão de um direito, no ordenamento positivo, como *fundamental* que obriga os operadores jurídicos a maximizarem os mecanismos necessários à sua garantia e proteção. Portanto, se, de alguma forma, a maior parte dos esforços da atividade legislativa, jurisdicional e doutrinária está voltada para a tutela dos direitos civis e políticos, para os mecanismos que permitem concretizá-los, em detrimento dos direitos sociais, isso não corresponde a uma questão estrutural dos direitos sociais, mas a uma opção deliberada e claramente ideológica em um universo marcadamente patrimonialista, no qual se opta por aperfeiçoar em primeiro lugar, e com maior eficiência, os mecanismos de garantia de direitos individuais patrimoniais.

¹³¹ No âmbito das decisões do Poder Judiciário, não há - não deveria haver - espaços para um “populismo”, ou seja, para a *demagogia*, pois o juiz não deve decidir de acordo com a vontade pontualmente manifestada de determinado segmento do povo, ainda que seja simpático a ela e ainda que ela se demonstre conjunturalmente majoritária - deve decidir comprometido com a “vontade geral” do *demos* (*democracia*), manifestada no âmbito do pacto social instituinte consubstanciado na Constituição.

Nesse sentido, a experiência tem demonstrado que a relação estabelecida entre o acesso à justiça pelos cidadãos/administrados e as políticas públicas sociais pode ter um efeito benéfico na responsabilização do Estado em desenvolver procedimentos adequados às demandas sociais (BAPTISTA; MACHADO; LIMA 2009). Em muitos casos, a atuação do Judiciário, longe de levar a cidadania a desprezar as diversas formas de mobilização social no reclamo de direitos fundamentais, tem, ao contrário, propiciado o estabelecimento de mecanismos de comunicação, debate e diálogo sociais através dos quais a cidadania recorre aos poderes públicos, sobretudo à administração pública, os compromissos assumidos, forçando-os a incorporarem às prioridades de governo a tomada de medidas razoáveis e possíveis, concretamente destinadas ao cumprimento das suas obrigações em matéria de direitos sociais. É especialmente relevante, nesse contexto, que seja o Poder Judiciário que “comunique”, de forma qualificada, a pedido da cidadania, aos poderes políticos o descumprimento das suas obrigações.

Por outro lado, é possível ainda verificar que o caminho judicial empreendido por organizações da sociedade civil - sindicatos, associações civis, como as de consumidores, etc. - tem compensado a inoperância das instâncias de fiscalização do próprio Estado e, assim, contribuído até mesmo para ativar politicamente importantes debates sociais que até então não conseguiam ascender à pauta política - por exemplo, a pauta contramajoritária das políticas de “minorias”. Em outras ações, cuida o Judiciário de garantir o acesso à informação sobre os atos de governo, que permitem à cidadania monitorar políticas públicas sociais em diversos aspectos, pondo a descoberto a ilegitimidade de certas políticas ou a falta delas.¹³² Muitas modalidades de intervenção judicial, portanto, longe de debilitarem a dinâmica política, contribuem efetivamente para a sua revitalização, ativando processos de tomada de decisões sobre políticas públicas sociais, abrindo ou ampliando canais de diálogo e garantindo novas vias de participação comunitária e um mais qualificado controle social sobre a administração pública.¹³³

¹³² Nesse sentido, ver Abramovich e Courtis (2000).

¹³³ Essas questões serão mais bem tratadas mais adiante.

Capítulo V

A questão dos "conceitos jurídicos indeterminados"

A existência dos chamados conceitos jurídicos “indeterminados”, ou fluídos, não constitui um impedimento a que o Poder Judiciário lhes reconheça, *in concreto*, o âmbito significativo (MELLO, 2009a): não se pode, ademais, confundir a discricionariedade administrativa com os casos em que as normas de competência administrativa contêm conceitos jurídicos “indeterminados”, ou fluídos (v.g., urgência, relevância, interesse público, etc.), pois tais circunstâncias produzem a necessidade de um juízo de interpretação - e não de escolha, como ocorre na discricionariedade.

Certo grau de indeterminação, inclusive em termos semânticos, como já destacamos, é inerente não só à linguagem jurídica, mas à própria linguagem natural. No caso de direitos tidos por fundamentais, consagrados em tratados internacionais ou no plano constitucional, essa indeterminação pode decorrer, mesmo, de uma exigência derivada do pluralismo jurídico, pois uma regulação excessiva do conteúdo e das obrigações decorrentes de um direito poderia mesmo cercar o espaço democrático do diálogo social a respeito do seu alcance.¹³⁴ Assim, nem a abertura relativa na formulação dos direitos sociais fundamentais tem o efeito de torná-los ininteligíveis, nem a indeterminação supõe um limite insuperável (PISARELLO, 2007).

Termos caros aos direitos civis clássicos, como honra, propriedade e liberdade de expressão, não são menos obscuros ou mais precisos do que aqueles usualmente encontrados no âmbito dos direitos sociais. Todos os direitos vêm eivados de um “núcleo de certeza”¹³⁵, delineado por convenções linguísticas e práticas hermenêuticas que absolutamente não são estáticas, mas dinâmicas, e que, por isso mesmo, inclusive contemplam, a qualquer tempo, a possibilidade de desenvolvimento interpretativo, e de “zonas cinzentas”. Nesses contextos, se a maior parte dos esforços elucidativos da atividade legislativa, jurisdicional e doutrinária está voltada para os direitos civis e políticos, isso não corresponde a uma maior obscuridade estrutural dos direitos sociais, mas a uma opção deliberada e claramente ideológica (ALEXY, 1994).¹³⁶

A linguagem jurídica atual é uma mescla em proporções variadas de termos da linguagem natural e de linguagens técnicas de elaboração doutrinária. É, pois, uma linguagem densa e complexa, e nem agora, e provavelmente jamais será totalmente acessível ao leigo. E tampouco seria desejável que renunciasse verdadeiramente às suas ferramentas linguísticas técnicas. Além disso, os ordenamentos jurídicos contemporâneos têm muitas vezes que tratar da regulação de problemas e questões extremamente sofisticadas sob os pontos de vista científico e técnico.¹³⁷ Não é pouco frequente, por isso, encontrar textos legais que recolhem e incorporam conceitos e termos que provêm das ciências e técnicas modernas. Por tudo isso, a linguagem das normas jurídicas não pode ser simples - há de ser especializada e complexa. Mas isso, como já afirmamos, não correspondente à obscuridade. A linguagem das normas jurídicas pode e deve ser, concomitantemente, complexa e clara.

Em toda a linguagem jurídica, inclusive - e mesmo especialmente - naqueles signos que têm também de linguagem natural, pode aparecer o problema da imprecisão. Na linguagem natural (e também, ainda que em menor medida, na linguagem técnica), o significado dos termos, dos conceitos, dos enunciados, etc. costuma ter um grau maior ou menor de indeterminação que

¹³⁴ Nesse sentido, ver o informe preparado por Daly para o Comitê Europeu para a coesão social (DALY, 2003).

¹³⁵ Nesse sentido, ver Hart (1961).

¹³⁶ No mesmo sentido, Mello (2009a, p. 28), afirma que “É puramente ideológica - e não científica - a tese que faz depender de lei a fruição dos poderes ou direitos configurados em termos algo fluidos”.

¹³⁷ Basta que pensemos, v.g., em questões como as concernentes ao direito ambiental, à genética e às patentes da indústria bioquímica e farmacêutica.

seguramente é impossível de eliminar. Mas isso não corresponde a afirmar que esse grau de indeterminação não possa ser limitado ou superado concretamente.

Nada impede, portanto, o desenvolvimento de critérios ou indicadores que delimitem o significado mais adequado a determinado direito social.¹³⁸ Antes, o estabelecimento desses parâmetros ou indicadores é, mais do que desejável, imprescindível para o controle sobre o cumprimento das obrigações do Estado em matéria de direitos sociais fundamentais, inclusive para distinguir, v.g., se o descumprimento de uma obrigação decorre de falta de capacidade ou de verdadeira falta de vontade política.¹³⁹ Ou mesmo para que se possa verificar se, em um dado ordenamento jurídico concreto, foi produzida, num certo período de tempo, uma situação de regressão, estancamento ou progressão em matéria de direitos sociais.

Muitos desses critérios são o que denominamos *soft law*, ou seja, constituem pautas meramente interpretativas, que, apesar de possuírem estrutura jurídica, não têm caráter obrigatório. No entanto, sua invocação pelos destinatários do direito e a sua tomada em consideração pelos poderes públicos poderia contribuir, de forma eficiente, para a definição de um conteúdo dos direitos sociais e das obrigações que deles decorrem, quer para os poderes públicos, quer para os particulares.

Nesse sentido, v.g., diversos tribunais têm desenvolvido a tese da existência de marcos mínimos ou essenciais em matéria de direitos sociais, obrigatórios tanto para os poderes públicos, quanto para os atores privados, a partir do direito internacional ou dos marcos consagrados nos próprios ordenamentos constitucionais. O Tribunal Constitucional alemão, assim, entendeu que, apesar de não estarem consagrados direitos sociais, de forma explícita, na Lei Fundamental de Bonn, é possível derivar dela o direito a um mínimo vital existencial, quer vinculado ao princípio da dignidade da pessoa,¹⁴⁰ quer vinculado a um princípio de igualdade material,¹⁴¹ quer vinculado ao princípio do Estado social.¹⁴² Da mesma forma, a Corte Constitucional colombiana deduziu, do texto constitucional, o direito a um “mínimo vital”, integrado por aqueles bens e serviços necessários a uma vida digna, sobretudo em situações de urgência,¹⁴³ estendendo o alcance deste “mínimo” à definição de direitos como à saúde, à moradia e à seguridade social. Assim, nem a determinação do conteúdo dos direitos sociais, nem a estipulação das ações que a sua satisfação exige, tampouco a identificação dos sujeitos obrigados, são questões que se colocam fora do alcance dos órgãos jurisdicionais.¹⁴⁴

¹³⁸ Segundo Mello (2009a, p. 28), “a imprecisão ou a fluidez das palavras constitucionais não lhes retiram a imediata aplicabilidade dentro do campo invidioso de sua significação.”

¹³⁹ Ademais, dados inexatos, incorretos ou mesmo falseados tendem a ser elementos determinantes em muitas violações de direitos sociais. A existência, ou não, de *recursos suficientes* para o financiamento de uma política pública, e a sustentação de critérios de elaboração, aplicação e avaliação de políticas, pautados por argumentos como *razoabilidade* e *adequação*, são questões sujeitas a comprovação, inclusive através de dados estatísticos, e a cujos argumentos sempre é possível opor outros.

¹⁴⁰ “1. *Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt*” - *A dignidade da pessoa humana é intangível. Todos os poderes públicos estão obrigados a respeitá-la e a protegê-la* (trad. do a.).

¹⁴¹ 2.2: “*Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden*” - *Cada um tem o direito à vida e a integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. A limitação a tal direito não pode ser feita senão através da lei* (trad. do a.).

¹⁴² 20.1: “*Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat*” - *A República Federal da Alemanha é um Estado federal democrático e social* (trad. do a.). Nesse sentido, ver Alexy (1994, p. 414-494 *passim*).

¹⁴³ Segundo Ávila (2002, p. 163), “*Esta vinculación entre el concepto de mínimo vital y las situaciones de urgencia constitucional fue analizada por la Corte, por ejemplo, en su Sentencia T-1150, de 2000, sobre desplazamiento forzoso*”.

¹⁴⁴ Nesse sentido, Mello (2009a, p. 57) afirma que “A existência dos chamados conceitos vagos, fluidos ou imprecisos nas regras concernentes à Justiça Social não é impeditiva a que o Judiciário lhes reconheça, *in concreto*, o âmbito signifi-

Capítulo VI

A questão da "reserva do possível"

Da mesma forma, ressaltamos que eventuais impactos das decisões jurisdicionais em matéria de direitos sociais, em questões financeiras e orçamentárias, não podem ser usados como obstáculo absoluto à justiciabilidade dos direitos sociais. Por um lado, como já tratamos de expor, muitas das atuações jurisdicionais relacionadas à tutela de direitos sociais não têm, por si só, maiores repercussões financeiras ou orçamentárias: podem consistir, assim, em medidas cautelares contra despejos ou em mandamentos direcionados ao legislador ou à administração pública, no sentido de que completem o marco regulatório de algum direito social.¹⁴⁵ Por outro lado, se é inevitável que muitas das decisões jurisdicionais pertinentes a direitos sociais tenham repercussões financeiras e orçamentárias, a verdade é que isso também acontece em relação à tutela de outros direitos, civis e políticos, inclusive na tutela dos tradicionais direitos patrimoniais, tutela que por vezes inclui compensações monetárias e desembolsos não previstos no orçamento.¹⁴⁶

Na realidade, é inevitável o impacto financeiro e orçamentário das atuações do poder Judiciário na tutela dos direitos civis, políticos e sociais se aceitamos as condições que, ao menos no plano formal, caracterizam uma democracia constitucional. A existência de certos interesses básicos, indisponíveis para os poderes de turno, implica a existência de um limite intransponível para a livre configuração dos gastos públicos. Ademais, a limitação da livre configuração dos gastos públicos é um corolário do respeito ao conteúdo mínimo ou essencial dos direitos (ARANGO, 2002).

Parece-nos claro, todavia, que o fato de que a livre configuração dos gastos públicos não seja absoluta não queira dizer que as intervenções jurisdicionais nunca devam levar em conta as consequências não apenas orçamentárias e financeiras, mas também políticas e sociais de suas ações. Mas certa sensibilidade em face das consequências de sua própria atuação não pode ser confundida com o ideário pragmático segundo o qual toda a intervenção do Poder Judiciário com repercussões econômicas põe em perigo, naturalmente, o equilíbrio orçamentário, ou constitui uma intervenção ilegítima em um campo reservado à política.¹⁴⁷ Na prática, ademais, os tribunais têm pautado a sua ação, nesse contexto, pela busca da mediação possível entre a garantia dos direitos civis, políticos e sociais básicos e o princípio da divisão dos poderes e o equilíbrio orçamentário (LANGFORD, 2005).

De fato, a ideia da reserva do possível vem acompanhada habitualmente de três falácias, empregadas para justificar a denegação de direitos sociais fundamentais ao cidadão/ administrado¹⁴⁸.

ficativo. Esta missão é realizada habitualmente pelo juiz nas distintas áreas do Direito e sobretudo no direito privado. Além disso, por mais fluido que seja um conceito, terá sempre um núcleo significativo indisputável”.

¹⁴⁵ Sobre o mandado de injunção, v. a nossa nota n. 535 (p. 210).

¹⁴⁶ Segundo Langford (2005, p. 91), *“En Estados Unidos, por ejemplo, la protección de ciertos derechos patrimoniales ligados al common law es considerada una pieza esencial de un más o menos difuso marco normativo de fondo. Lo que con frecuencia permanece oculto cuando se invoca ese marco es que la garantía del derecho de propiedad y de las libertades contractuales exige numerosas intervenciones estatales y que dichas intervenciones constituyen, en realidad, la estructura sobre la que reposa la moderna sociedad capitalista”*.

¹⁴⁷ Um dos cânones do chamado “Consenso de Pequim”, expressão formulada pelo economista Joshua Cooper Ramo para qualificar uma espécie de receituário aos países em desenvolvimento pautada pelo modelo chinês, em contraponto ao Consenso de Washington (receituário de medidas neoliberais formulado na década de 1990 para países em desenvolvimento), num quadro de superconcentração das políticas públicas no Poder Executivo como expressão de um Estado-Executivo forte e regulamentador, é o de que as decisões judiciais devem ser cumpridas “desde que haja disponibilidade de numerário” - a pergunta que fica é se esse receituário é compatível com o pacto social instituinte, ou seja, se realmente interessa ao *demos*, ao cidadão/administrado na expressão singular deste, um Judiciário inerte, fragilizado e controlado em sua função judicial (SCHMIDT; SALOMÃO, 2012, p. 40-41).

¹⁴⁸ Nesse sentido, ver Barreto (2003, p. 118 e ss).

A primeira dessas falácias, já amplamente refutada, apoia-se no argumento de que os direitos sociais seriam direitos de segunda ordem - de segunda geração e/ou de segunda dimensão, ou mesmo de “segunda mão”. A este argumento contrapõe-se, além de uma revisão que demonstra que a tese que vê o reconhecimento dos direitos sociais a partir de um processo linear, harmônico, institucionalmente unívoco e posterior, no tempo, aos direitos civis e políticos é realmente pouco fecunda, o fato de que os direitos sociais não se justificam simplesmente para compensar desigualdades sociais, mas correspondem a núcleos integradores e legitimadores do bem comum, pois será através deles - dos direitos sociais - que se poderá garantir a segurança, a liberdade, a sustentação democrática e a continuidade da sociedade humana (BARRETO, 2003).

A segunda falácia está relacionada com o argumento de que a exigibilidade dos direitos sociais está condicionada ao vigor econômico estatal. No entanto, o certo é que a existência de recursos públicos disponíveis para possibilitar esses direitos está associada a escolhas que definirão a destinação dos recursos por meio de políticas públicas sociais. Dessa forma, o argumento da necessidade de uma economia forte, por si só, não é verdadeiro, pois bastaria alguma vontade política para destinar os recursos necessários proporcionalmente, de acordo com o tamanho da economia, e racionalmente, de acordo com as prioridades reais da sociedade.

A terceira falácia está mais diretamente relacionada ao argumento da reserva do possível.¹⁴⁹ Não se pode, contudo, vincular a realização - ou não - dos direitos sociais à existência de recursos ignorando que os custos são inerentes à realização de todos os direitos, inclusive dos direitos civis e políticos, de forma que o estabelecimento de uma relação de continuidade entre a escassez de recursos e a afirmação dos direitos acabe resultando em uma ameaça virtual à existência de todos os direitos. Além disso, a reserva do possível não é uma espécie normativa, pois não determina um estado de coisas a ser alcançado, nem é um mandado de otimização. Na verdade, sequer pode ser identificada como um princípio: o que se pondera, na realidade, sequer é a “reserva do possível”, mas a escassez de recursos que esta suporia.¹⁵⁰

No entanto, existe uma diferença substancial entre inexistência de recursos e eleição de prioridades na distribuição dos recursos existentes. Se é no cumprimento da função orçamentária do Estado que as teorias dos custos dos direitos e seu corolário da reserva do possível se apresentam de forma mais evidente, o que ocorre é que o argumento da reserva do possível pode ser refutado a partir da perspectiva de que não há recursos inexistentes, mas que a realização de certos direitos sociais não se dá em virtude de questões econômicas como o pagamento de juros e ajudas ao capital especulativo, subsídios e renúncias fiscais destinadas a beneficiar a atividade de certas empresas e/ou outras escolhas realizadas a partir dos interesses das elites (KRELL, 2002). Existe, pois, a necessidade de diferenciar o que não é possível fazer porque não existem meios suficientes, inclusive com a observância das normas constitucionais que determinam a alocação de recursos a áreas sensíveis, como a educação e a saúde, e o que não é possível fazer porque os meios disponíveis foram alocados em outras prioridades.¹⁵¹

¹⁴⁹ Sobre a reserva do possível como limite à eficácia dos direitos sociais, ver Bigolin (2006).

¹⁵⁰ Segundo Gouvêa (2003, p. 20), é nos países mais pobres que a questão da alocação de recursos se traduz, efetivamente, em uma eleição dramática, quando deliberar sobre a realização de determinadas despesas, concernentes a determinados projetos, importa, realmente, reduzir - ou suprimir - os recursos necessários para outras atividades.

¹⁵¹ Assim, não há falta de recursos, mas há decisões a respeito de onde aplicar os recursos disponíveis quando milhões de dólares são doados, sob a forma de pacotes de ajuda, a bancos e outras empresas em consequência de crises das economias mundiais. No Brasil, através do PROER (Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sis-

Na medida, portanto, que todos os direitos dependem, em maior ou menor grau, de recursos financeiros para a sua concretização, a questão da alocação desses recursos, ou seja, de determinar quais são os bens jurídicos que serão prioritariamente promovidos, demonstra-se relevante e possível de ser judicializada. Assim, impõe-se distinguir um argumento relacionado à inexistência de recursos necessários para a realização de um dever constitucional da alocação de recursos efetuada contrariamente aos mandamentos e às disposições constitucionais.

O argumento da falta de recursos e da reserva do possível não pode ser considerado um argumento absoluto e definitivo a afastar o controle jurisdicional. Ao contrário, em muitas oportunidades os tribunais têm demonstrado que a atuação pública requerida não era tão complexa ou onerosa como sustentavam os órgãos políticos, têm se utilizado de números e dados alternativos, que demonstram a falácia de certas impossibilidades, ou têm incluído nesses números e dados, v.g., custos deliberadamente excluídos, como os custos que a postergação de determinada política pode gerar para o futuro.¹⁵²

Por outro lado, muitas vezes as decisões em questão não são unilaterais, dos tribunais, mas têm sido entabuladas a partir de um diálogo não necessariamente condescendente com os demais poderes públicos, instando-os à reparação de ações e omissões inconstitucionais, relacionadas aos direitos sociais.¹⁵³ Assim, os tribunais têm emitido, em alguns países, como no Brasil e em Portugal, declarações pelas quais afirmam que uma política tem elementos inconstitucionais, mas, para evitar consequências econômicas ou sociais indesejadas, deixam de anulá-la de imediato, determinando ao legislador ou à administração pública, em um tempo razoável, a sua adequação ao ditado constitucional.¹⁵⁴

Por vezes, a tradicional atuação dos tribunais frente a graves vulnerações de direitos tem dado lugar a sentenças não meramente declaratórias da inconstitucionalidade, mas a verdadeiras *structural injunctions*,¹⁵⁵ decisões que determinam as medidas concretas a serem adotadas pelos poderes públicos, fixam um cronograma de implantação e determinando outras medidas que assegurem a efetividade das próprias decisões.¹⁵⁶ Nesses casos, a gravidade e a complexidade da

tema Financeiro Nacional), no período de 1995 a 2000, foram destinados mais de R\$ 30 bilhões a bancos brasileiros, aproximadamente 2,5% do PIB (Produto Interno Bruto) brasileiro.

¹⁵² Nesse sentido, Langford (2005, p. 94) cita o caso *Auton*, de 2000. Nesse caso, o governo da Columbia britânica, no Canadá, utilizou-se do argumento da *reserva do possível* para não financiar um programa de tratamento de crianças autistas. O tribunal supremo provincial rechaçou o argumento, considerando a vulneração do direito básico de não ser discriminado das pessoas afetadas pelo autismo. Para justificar sua decisão, o tribunal valeu-se de dois critérios que levavam em conta o orçamento público. Por um lado, sustentou que os gastos demandados pelo programa, para a assistência de menores em idade de desenvolvimento educacional e social, seriam consideravelmente menores do que aqueles necessários ao seu tratamento em longo prazo, se o referido programa não fosse implantado. Por outro, opôs à argumentação do governo provincial o fato de que outras regiões do território canadense haviam implantado programas semelhantes, enfraquecendo o argumento de que o valor científico do programa não justificava um gasto semelhante.

¹⁵³ Sobre a experiência europeia, ver Aja (1998).

¹⁵⁴ No Brasil e em Portugal, essas declarações ou reenvios permitiram o surgimento do controle sobre situações de inconstitucionalidade oriundas de omissões legislativas. Nesse sentido, v. Rodríguez (1998) e Menéndez (1997).

¹⁵⁵ No Brasil, como já afirmamos, o Supremo Tribunal Federal, julgando os Mandados de Injunção n. 670, 708 e 712, nos quais se discutia a legitimidade do exercício do direito de greve pelos servidores assumiu um protagonismo legislativo para realizar o direito previsto constitucionalmente. A Constituição brasileira de 1988 reconheceu o direito à greve para os servidores públicos; contudo, estabeleceu que esse direito seria exercido nos limites definidos por uma lei específica, que o legislador ordinário nunca tratou de engendrar. Nesse contexto, o tribunal, além de declarar a omissão legislativa em relação ao dever constitucional de editar a lei que regulamentasse o exercício do direito de greve no setor público, comunicando ao Poder Legislativo a sua mora, tomou a iniciativa de tornar provisoriamente aplicável ao setor público, no que lhe fosse compatível, a lei de greve vigente para o setor privado.

¹⁵⁶ Segundo Fiss (2003), as *structural injunctions* têm uma larga tradição nos Estados Unidos, onde foram utilizadas, v.g., para introduzir reformas penitenciárias e políticas de erradicação de discriminação racial nas escolas.

situação justifica, inclusive, um amplo diálogo entre os tribunais, os poderes públicos e os próprios sujeitos afetados, que se prolonga também à fase de execução da sentença.¹⁵⁷

É claro que a “reserva do possível”, contudo, não concerne apenas a um problema de ordem econômico-financeira, embora esta seja a sua mais visível evidência. A dimensão prestacional dos direitos sociais fundamentais, que não pode ser negada,¹⁵⁸ leva à imposição, por vezes, de outras dificuldades técnico-fáticas, ou mesmo jurídico-administrativas,¹⁵⁹ que independem, diretamente, de questões econômico-financeiras, mas impõem limites à imediata concretização de um direito, ainda que ordenada judicialmente. É claro que, para além das previsões orçamentárias e a disponibilidade financeira para cobrir as despesas com decisões judiciais, que merecem tratamento diferenciado, a reserva do possível poderá, nesses casos, demandar também um amplo diálogo entre os tribunais, os poderes públicos e os próprios sujeitos afetados, que se prolonga à fase de execução da sentença, para que se viabilize o cumprimento da decisão judicial, sem que, contudo, a alegação dessas reservas fáticas ou jurídicas autorize a postergação indefinida, ou seja, o descumprimento da decisão judicial.

Assim, v.g., se, quando, no Brasil, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região determinou ao Executivo que passasse a exigir nos rótulos das bebidas alcoólicas vendidas no país a expressão “o álcool pode causar dependência e seu excesso é prejudicial à saúde”, não foram opostas a esta decisão maiores dificuldades fáticas, bastando ao Ministério da Saúde delinear um marco regulatório específico para os produtores ou importadores de bebidas alcoólicas à venda no país,¹⁶⁰ ao contrário, quando este Tribunal determinou ao Executivo que realizasse a duplicação de uma rodovia federal no estado de Santa Catarina, no Sul do país, várias foram as objeções opostas à execução da decisão judicial, de impedimentos de ordem econômico-financeira a questões de ordem técnica e de ordem jurídica - estudos topográficos e de engenharia civil e de trânsito, licitações, alvarás,

¹⁵⁷ A corte constitucional colombiana, v.g., desenvolveu o conceito de *estado de cosas inconstitucional* para descrever “aquellas situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general - en tanto que afectan a multitud de personas - y cuyas causas sean de naturaleza estructural - es decir, que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades.” (SENTENCIA T-153, 1988).

¹⁵⁸ Ponderada, embora, a ideia de que todos os direitos, inclusive os direitos civis e os direitos políticos, têm uma dimensão prestacional. Apenas para exemplificar, imagine-se uma situação em que determinada decisão judicial, com o objetivo de garantir o exercício do direito de voto dos presos provisórios e dos adolescentes infratores entre os 16 e 18 anos de idade, cidadãos que não têm seus direitos políticos suspensos, determinasse a instalação de urnas eleitorais em todas as casas prisionais e estabelecimentos de internação juvenis do país. Além dos recursos financeiros estritamente necessários ao cumprimento da decisão judicial, uma série de outros recursos, humanos, tecnológicos, logísticos, de tempo, etc., seriam necessários à sua efetivação.

¹⁵⁹ Logicamente, o fato de uma aquisição de medicamentos ser concretizada para atender uma determinação judicial, v.g., não exime a administração pública de cumprir rigorosamente as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos.

¹⁶⁰ Iniciativa do Ministério Público Federal que evoluiu consideravelmente, após a decisão judicial, no âmbito do próprio Ministério da Saúde e das políticas públicas de consumo e de saúde: hoje, além de exigir-se a impressão, nos rótulos das bebidas alcoólicas vendidas no país, da expressão “Evite o consumo excessivo de álcool”, exige-se que a mensagem publicitária concernente ao consumo de bebidas alcoólicas seja acompanhada da mensagem “Beba com moderação”. Além disso, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) passou a regulamentar a mensagem publicitária desse setor, de forma que o apelo de *marketing* ao consumo do álcool, sobretudo sobre as crianças e os adolescentes, mais vulneráveis aos apelos da mídia, não neutralizasse totalmente os avisos de “Beba com moderação” (ainda que a regulamentação demonstre-se ainda tímida e bastante distante dos alcances da proposta inicial da Anvisa, que pretendia banir das propagandas todas as cenas, ilustrações, áudios ou vídeos que apresentassem ou simulassem a ingestão do produto, ou que associassem o efeito decorrente do seu consumo a estereótipos de sucesso ou integração social, associando as bebidas alcoólicas a ideias de êxito ou sexualidade).

licenciamentos ambientais, implicações com comunidades indígenas e quilombolas, reassentamentos populacionais, etc.¹⁶¹

Tais questões, contudo, não são absolutamente invencíveis. Vejamos, por exemplo, o caso de decisões liminares que estabelecem um prazo para que determinado medicamento seja fornecido ao cidadão/administrado.

- a) É importante que, tratando-se de prazo absolutamente inexecutável, a administração pública solicite, fundamentadamente, dilação do mesmo ao Judiciário. Isso pode ocorrer, v.g., quando se trata de medicamentos não padronizados, que não integrem nenhum programa previamente existente e, portanto, não estejam disponíveis nos estoques das unidades de saúde, nem possam ser adquiridos com facilidade.
- b) As formas mais utilizadas para adquirir o medicamento, cumprindo o prazo estabelecido, no caso de liminares, concernem à dispensa de licitação por emergência, ou seja, àqueles casos em que a administração pública poderia, em tese, licitar, mas que isso não se demonstra conveniente ao interesse público, caracterizada a urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança do cidadão/administrado, para a primeira aquisição do medicamento (impondo-se, quando viável, a licitação para as aquisições subsequentes, se for o caso), ou, demonstrando-se concretamente inviável a competição, à inexigibilidade de licitação por exclusividade.¹⁶²
- c) Tanto para os casos de determinações decorrentes de ações civis públicas quanto de ações individuais, é recomendável que as aquisições sejam feitas pelo Sistema de Registro de Preços. Isso porque, nesse sistema, a administração estima um quantitativo anual e, ao final da licitação, é assinada uma Ata de Registro de Preços e não um contrato de aquisição. Na medida em que há necessidade de adquirir o medicamento, utiliza-se a Ata de Registro de Preços para efetuar as contratações. Esse procedimento dá agilidade ao andamento do processo e permite que se atenda o Judiciário, diminuindo-se, embora, o número de aquisições emergenciais. Além de possibilitar economia de escala, não há necessidade de manutenção de estoques elevados, evitando-se os custos decorrentes do armazenamento e o risco de perdas ou desperdício.

Em síntese, os poderes públicos não podem, de fato, ser levados a fazer o impossível. No entanto, o que é possível - ou impossível - na esfera econômica, social e cultural deve ser provado, e não apenas presumido. Assim, como já ressaltamos, os órgãos políticos devem sempre demonstrar que estão empregando o máximo de seus esforços, até o máximo de seus recursos, para satisfazer os direitos em questão; que estão divulgando informações suficientes e claras, e ouvindo os destinatários dos direitos em questão; que estão esforçando-se para controlar e monitorar o efetivo cumprimento das políticas e programas já existentes, além de planejar para o futuro; e que, no cerne das políticas e programas que estão sendo planejados ou executados, está

¹⁶¹ Sobre essas decisões, ver Pisarello (2007, p. 91) e Broliani (2005, p. 130).

¹⁶² Conforme os arts. 24, inc. IV, e 25, inc. I, da Lei n. 8.666/93.

a solução, a curto, médio ou longo prazo, para os problemas que afetam, sobretudo, os grupos em situação de maior vulnerabilidade, mais necessitados.

Capítulo VII

O redimensionamento do dever administrativo de motivar: um desdobramento virtuoso da sindicabilidade judicial das políticas públicas sociais

Do dito anteriormente, sobre a necessidade de que todo poder esteja submetido ao direito, pode-se inferir que o governo e a administração pública podem ver os seus distintos atos - sejam eles categorizados como *atos administrativos* ou *atos de governo* - impugnados ante os tribunais, com exceção daqueles atos estritamente políticos e constitucionalmente delineados, que não requerem motivação¹⁶³ (pois onde houver necessidade de motivação, não haverá distinção, sob o ponto de vista do controle, entre os atos administrativos e os atos de governo), tratando-se de evitar sempre que subsista a possibilidade de atos ou decisões da administração não controláveis, infensos à apreciação do Poder Judiciário: essa cláusula geral de revisão judicial da totalidade da função administrativa impede que se distingam, sem seu seio, *atos administrativos* e *atos de governo*, ambos igualmente sindicáveis¹⁶⁴.

Na realidade, não há uma separação precisa entre as funções política e administrativa no âmbito de atuação do governo - entre os *atos administrativos* e os *atos de governo* -, ao menos no plano da sua sindicabilidade, pois, se existe uma vinculação e uma reponsabilidade constitucional na tomada de decisões políticas, estas, devendo respeitar as prioridades constitucionalmente delineadas, poderão ser sindicadas pelo Judiciário. Os chamados *atos de governo*, portanto, devem receber tratamento similar àquele atribuído aos atos administrativos produzidos no exercício da competência discricionária, respeitada, portanto, apenas aquela margem remanescente de liberdade, no que diz respeito à sua sindicabilidade judicial.¹⁶⁵

Toda a atuação material ou técnica orientada à preparação ou à execução de um ato administrativo e/ou à prestação de um serviço público deve ser judicialmente sindicável. E, para que se garanta a supremacia da Constituição, esse controle judicial estende-se à inação da administração, quando esta esteja obrigada a agir (VITA, 1978). Isso supõe, evidentemente, a articulação de todo um subsistema jurídico, procedimental e jurisdicional para levar a cabo esse controle; mas, sobretudo, exige a ampla motivação das decisões administrativas e de governo - em especial no âmbito da chamada *competência discricionária administrativa*.

Se acolhemos a ideia de que os atos administrativos resultantes de competência discricionária são todos aqueles que a administração pública deve praticar, mediante juízos de conveniência e/ou de oportunidade, na busca da melhor alternativa (não a única) adequada ao direito, sem que se revele indiferente à escolha das consequências, no plano concreto¹⁶⁶, é certo, como já afirmamos, que o agente público não tem que alcançar a única opção correta, mas tem que

¹⁶³ Nesses, o controle limita-se à *forma* do ato, ou seja, a verificar se o ato observou a formalidade delineada na Constituição como suposto de sua validade, sendo, contudo, o seu *conteúdo político* - ou seja, a sua motivação - absolutamente infenso ao controle judicial. É o caso, v.g., do ato - complexo - de nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal brasileiro, que, sendo, embora, nomeados pelo Presidente da República (art. 101 da Constituição brasileira de 1988), devem ser aprovados previamente, por voto secreto, após arguição pública, pelo Senado Federal (art. 52, III, "a"). A indicação de um nome pelo Presidente da República, e a aceitação ou recusa deste, pelo Senado Federal, consubstanciam verdadeira competência política exclusiva insindicável, tanto que a própria Constituição estabelece o escrutínio secreto. Também é o caso, v.g., da aprovação, por maioria absoluta e por voto secreto, pelo Senado, de exoneração, de ofício, do Procurador-Geral da República antes do término de seu mandato (art. 52, XI).

¹⁶⁴ Nesse sentido, ver Enterría (1983; 1991).

¹⁶⁵ Nesse sentido, ver Di Pietro (2003, p. 56). Ressaltamos que a própria Constituição brasileira de 1988 parece não querer distinguir tais atos quanto à sua sindicabilidade, pois, além de prever a ação popular e a ação civil pública, ampliando, em relação a esta última, o rol dos legitimados à interposição e dos interesses por meio dela passíveis de defesa, permite que todo esse especial aparato seja utilizado pela cidadania tanto contra atos administrativos concretos quanto contra *atos de governo*, e inclusive para a tutela de interesses transindividuais, afastando, com isso, v.g., a ideia de que os atos de governo somente seriam sindicáveis quando viessem a ferir interesses (direitos e garantias) individuais (nesse sentido, ver, também, Ferreira Filho, 2003, p. 207-213).

¹⁶⁶ Essa categorização é dada por Freitas (2009, p. 34) e Bacellar Filho (2005, p. 61).

apresentar motivação racionalmente aceitável para a sua escolha concreta dentro de um leque de alternativas *a priori* igualmente válidas.¹⁶⁷

E, logicamente, embora não possa o Judiciário sindicá-lo diretamente o merecimento de atos derivados dessa competência discricionária reconhecida à administração pública, poderá, obviamente, verificar se há injusta omissão administrativa, ordenando a providência, ou se há legitimidade e razoabilidade no agir administrativo: o exame de adequação da obrigatória motivação dos atos praticados no exercício da competência discricionária da administração pública é tarefa indeclinável do Judiciário (FREITAS, 2005) - a discricionariedade não vinculada a princípios e a avaliações e ponderações sobre bens e valores é, na realidade, arbitrariedade.¹⁶⁸

A discricionariedade, portanto, não se encontra desvinculada dos próprios princípios constitutivos do sistema jurídico delineado pela Constituição, verdadeiros cânones que balizam a atuação dos agentes públicos, e, portanto, dos direitos fundamentais. Nesse contexto, pode-se estabelecer, mesmo, um paralelo entre a atividade do administrador e a do julgador, que leva à conclusão de que, a exemplo das decisões judiciais, também as decisões administrativas devem ser sempre motivadas¹⁶⁹: mesmo os atos mais vinculados guardam um mínimo de discricionário (RIVERO, 1973), inclusive os atos judiciais (ZAVASCKI, 1997), de forma que, diante da inafastável margem de subjetividade remanescente mesmo no mais vinculado dos atos, ainda quando se admitam os juízos de equidade ou de oportunidade e/ou conveniência, estarão ambos, o administrador e o juiz, vinculados a um dever fundamental de indicar explicitamente os fundamentos de fato e de direito que embasam - e, portanto, legitimam - as suas decisões¹⁷⁰.

É, pois, precisamente na esfera da competência discricionária da administração pública, onde esta parece ter maior liberdade, que se deve cobrar, com máximo rigor, a devida fundamentação da sua conduta.¹⁷¹

Assim, como já afirmamos, do controle que o Poder Judiciário exerce sobre os atos da administração pública resulta, para ela, um dever constante de *explicar*, ou seja, um dever primário de *informar* e de *motivar a priori* todos os seus atos, o que, por sua vez, expande virtuosamente não só as possibilidades do próprio controle judicial, mas as possibilidades de controle social sobre tais atos - e, portanto, da verificação, pelos próprios destinatários das políticas públicas sociais, da sua maior ou menor legitimidade.

¹⁶⁷ Nesse sentido, ver Freitas (2007, p. 83-111) e França (2007, p. 228).

¹⁶⁸ Para Sarlet (2005, pp. 365-6), importa, aqui, que “os direitos fundamentais vinculam os órgãos administrativos em todas as suas formas e atividades”, de forma que se deve “frisar a necessidade de os órgãos públicos observarem nas suas decisões os parâmetros contidos na ordem de valores da Constituição, especialmente dos direitos fundamentais, o que assume especial relevo na esfera da aplicação e interpretação de conceitos abertos e cláusulas gerais, assim como no exercício da atividade discricionária”. Enterría e Fernández (1990, p. 409-412 *passim*) afirmam que “Os princípios gerais do Direito [...] oferecem uma última possibilidade de controle da discricionariedade. [...] Não tem sentido por isso pretender amparar-se em uma potestade discricional para justificar uma agressão administrativa à ordem jurídica, aos princípios gerais, que não só formam parte desta, senão muito mais, a fundamentam e a estruturam”. A discricionariedade, ressalta Figueiredo (1994, p. 124), “deve provir da valoração do intérprete dentro de critérios de razoabilidade e da principiologia do ordenamento”. Portanto, como afirma Freitas (2009, p. 34) “não merece prosperar o anacronismo das escolhas administrativas não-fundamentáveis no sistema”.

¹⁶⁹ Conforme o art. 93, inc. X, da Constituição brasileira de 1988.

¹⁷⁰ Nesse sentido, Mello (1979, pp. 527-28), já afirmava que tanto os atos administrativos *discricionários* como os vinculados deveriam ser motivados, vinculando-se o administrador aos fundamentos assim externados.

¹⁷¹ Como afirma Freitas (2005, p. 26-27), “Afirmar-se a *discricionariedade vinculada* não significa dizer que nunca haverá juízo de conveniência, visto retrospectivamente [...]. Simplesmente quer-se afirmar que há uma porção de vinculação que precisa acompanhar a discricionariedade, a qual não se desfaz por esta presença, senão que se *legitima*, por não se auto-referenciar nem correr o risco de fixar residência no espaço fluído das vontades meramente particulares, incompatíveis, nessa condição, com a índole do Direito democrático, mormente em sua raiz publicista”.

Isso, por fim, impõe à administração pública um dever de manter plena transparência em seus comportamentos. Mais do que *explicar*, indicando explicitamente os fundamentos de fato e de direito que embasam - e, portanto, legitimam - as suas decisões, a administração pública deve *informar* verdadeiramente, ou seja, velar pela *disponibilização* de informações aos cidadãos/administrados, primando pela qualidade, acessibilidade e inteligibilidade dessas informações.

A informação plena sobre os atos do governo constitui um bem indispensável para o controle e a crítica sobre a atividade estatal, para a existência de um debate público sobre as políticas, para o controle da corrupção e para a responsabilização política dos poderes de turno.

Capítulo VIII

A judicialização como possibilidade de acesso da cidadania à esfera política

É possível, de fato, associarmos, em certo grau, o acesso ao Judiciário com a qualidade da democracia se admitimos que a via judicial constitui uma possibilidade de ação de certos grupos sociais na própria esfera política: o direito à jurisdição poderia, portanto, ser integrado ao catálogo das liberdades políticas necessárias à democracia. Alguns direitos e garantias têm, assim, uma inequívoca dimensão política, como o direito à informação, o direito à associação e a liberdade de expressão; dessa forma, a possibilidade de que se possa invocar a tutela de tais direitos, diante da sua virtual violação, vincula o acesso à jurisdição à capacidade de ação na esfera política. Esse vínculo se estabelece a partir, portanto, de uma articulação instrumental da jurisdição como garantia indispensável para o exercício efetivo de direitos civis e políticos fundamentais - direitos de informação, participação, petição, associação, expressão, etc.¹⁷²

Por outro lado, a concretização dos direitos sociais fundamentais, garantida pelo Poder Judiciário, é, também e concomitantemente, verdadeira condição necessária para viabilizar essas liberdades políticas, pois sem direitos sociais básicos os direitos civis e políticos têm o seu conteúdo real esvaziado¹⁷³ - a efetividade de quaisquer direitos humanos fundamentais, vinculados à dignidade humana e relacionados à liberdade e à autonomia da pessoa, não é possível sem a garantia, para ela, do mínimo existencial, condicionado econômica, social e culturalmente. Assim, como já demonstramos, v.g., o direito à liberdade, inclusive à liberdade ideológica e de expressão, não prescinde, para a sua concretização, do direito à educação crítica e de qualidade: a violação aos direitos sociais gera uma violação reflexa aos direitos civis e políticos.¹⁷⁴

Mas também é necessário que reconheçamos outro vínculo possível entre a esfera judicial e a esfera política, no qual a judicialização apresenta-se como possibilidade de acesso da cidadania à esfera política, vínculo que exsurge do reconhecimento legal de novos mecanismos processuais de representação de interesses sociais e do protagonismo de certos grupos ou segmentos que ascendem ao Judiciário para fazer visíveis conflitos sociais até então invisibilizados, ou em relação aos quais os tradicionais agentes mantiveram-se politicamente insensíveis, pautando-os também na agenda política, econômica, social e cultural do Estado, ou questionando os processos vigentes de formulação, aplicação, avaliação e controle de políticas públicas sociais setoriais, ou o próprio conteúdo dessas políticas e seus impactos sociais, ou questionando, ainda, a própria ausência de políticas, ativando, ante a inação do Estado, processos de tomada de decisões em matéria de direitos sociais difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Aqui, é precisamente através da jurisdição que certos atores sociais demandam o Estado-Executivo, fiscalizam e/ou impugnam os seus atos e dialogam com suas diferentes instâncias ou mesmo com os demais protagonistas de disputas sociais. O franco acesso à jurisdição, dessa forma, atua como um qualificado e sofisticado

¹⁷² Nesse sentido, ver O'Donnell (2000, p. 519-568).

¹⁷³ Nesse sentido, ver Pisarello (2007, p. 40-41), Thome (2012, pp. 107-8) e Bucci (1997; 2001; 2002).

¹⁷⁴ Como já afirmamos, o maior ou menor grau de exercício da cidadania, na sua acepção integral, sempre está, de fato, vinculado à solidez de uma estrutura tripartite, formada a partir do reconhecimento amplo dos direitos civis e políticos, das garantias dos direitos sociais - e, portanto, de uma distribuição mais equitativa dos recursos econômicos, sociais e culturais - e das regras procedimentais que envolvem a participação popular: cada um desses elementos tem um papel fundamental, de suporte aos demais, e, ao mesmo tempo, estabelece um equilíbrio, ou ponderação, razoável ao conjunto. Os direitos civis e políticos demandam, assim, direitos sociais e também regras de procedimento para a participação popular; mas, ao mesmo tempo, também em sua inter-relação esses direitos, interesses e regras estabelecem limites entre si, de modo que nenhum deles se imponha aos demais. Quanto mais harmoniosa, equilibrada e sinérgica essa relação, maior será a densidade de acesso e exercício da cidadania plena; quanto menos harmoniosa, equilibrada e sinérgica essa relação, menor será a densidade de acesso e exercício da real cidadania, e, conseqüentemente, maior será a desigualdade e a exclusão das pessoas.

mecanismo de acesso à esfera política, que abre novos canais de participação social ou amplia os canais preexistentes, desbloqueando, complementando ou revitalizando os tradicionais canais institucionais próprios à democracia.¹⁷⁵

Ademais, em muitos casos, as demandas de direitos sociais, ainda que individuais, têm contribuído decisivamente como “um sinal de alerta” à administração pública, quanto a uma situação generalizada de descumprimento de uma obrigação em matéria de direitos sociais fundamentais. Nesses casos, embora um enfoque conservador tenha privilegiado, de forma geral, mais fortemente os efeitos supostamente negativos dessas demandas na governabilidade e na gestão das políticas públicas sociais setoriais, na medida em que necessidades individuais ou de grupos muito determinados seriam atendidas em potencial prejuízo das necessidades de outros grupos e indivíduos,¹⁷⁶ podemos afirmar que a relação estabelecida entre o acesso à jurisdição e as políticas públicas sociais pode ter um efeito benéfico na responsabilização do Estado em desenvolver procedimentos adequados às demandas sociais (BAPTISTA; MACHADO; LIMA, 2009), reorientando para o marco dos direitos fundamentais as políticas públicas setoriais, auxiliando a administração pública a atingir os seus fins como organização posta a serviço da comunidade.

Assim, por exemplo, no âmbito das políticas públicas de saúde, no Brasil, o processo de judicialização parece ter o seu início nos anos 1990, com as reivindicações de portadores do vírus HIV, contra o Estado, por medicamentos e assistência médica, fundadas no direito constitucional à saúde, que inclui o dever estatal de prestar assistência à saúde individual, de forma integral, universal e gratuita, através do Sistema Único de Saúde (SUS), sob a responsabilidade conjunta da União Federal, estados, Distrito Federal e municípios. A ampla mobilização de organizações não governamentais, combinada ao acesso à jurisdição, levou, então, ao surgimento de uma jurisprudência amplamente favorável à responsabilização dos entes federativos no cumprimento imediato daquela prestação estatal,¹⁷⁷ o que redundou em notáveis avanços nas políticas públicas de saúde às pessoas com HIV/Aids, em especial o acesso universal e gratuito, via SUS, aos medicamentos antir-retrovirais¹⁷⁸, estabelecendo-se, nesse segmento, uma relação amplamente positiva entre o acesso à jurisdição e a efetividade dos direitos sociais não só pelo produto final da ação judicial, mas pela reorientação do marco das políticas públicas sociais setoriais, com a alteração dos procedimentos da administração pública que, por omissão, afrontavam tais direitos sociais fundamentais. De fato, posta em ordem a política pública social setorial, a intensidade da demanda judicial das pessoas com HIV/Aids sofreu acentuada redução no Brasil, se comparada à de outras doenças.¹⁷⁹

¹⁷⁵ Segundo Abramovich (2006), “*Cuando los canales institucionales tradicionales se obturan o se estrechan, las demandas sociales y la práctica de incidencia política de los actores sociales, buscan nuevos cauces institucionales, que al mismo tiempo pueden afectar y modificar las formas tradicionales de la acción social y política. Dicho de otro modo, la debilidad de los actores políticos y de ciertos espacios de mediación social transforma los escenarios y los protagonistas de la práctica política. [...] el camino judicial emprendido por organizaciones de la sociedad civil apunta a compensar la inoperancia de las instancias de fiscalización del propio Estado, y en ocasiones a activar debates sociales que no han sabido nutrir los tradicionales actores políticos. Si bien la intervención judicial puede en ocasiones debilitar o acotar aún más la dinámica política, no se trata de una consecuencia fatal. En ocasiones, es posible encontrar diversas formas de articulación entre ambas instancias, e incluso modalidades de intervención judicial, que lejos de opacar la actividad política, pueden activar procesos de toma de decisión sobre políticas de estado, abriendo canales de diálogo entre los poderes, garantizando nuevas vías de participación comunitaria y vigorizando una lánguida esfera pública*”.

¹⁷⁶ Nesse sentido, ver Barata e Chieffi (2009), Marques e Dallari (2007) e Vieira e Zucchi (2007).

¹⁷⁷ Nesse sentido, ver Rios (2003), Ventura (2003) e Scheffer, Salazar e Grou (2005).

¹⁷⁸ Nesse sentido, ver Loyola (2008).

¹⁷⁹ Nesse sentido, ver Messeder, Osorio-de-Castro e Luiza (2005).

Por outro lado, essas demandas levaram a reivindicação judicial a ser largamente utilizada como mecanismo de garantia de direitos fundamentais e de ampliação de políticas públicas sociais, ampliando, inclusive, a atuação do Ministério Público neste âmbito.¹⁸⁰ A judicialização no setor da saúde tem levado a administração pública a tratar mais seriamente as questões concernentes não só à alocação de recursos para a aquisição de medicamentos, mas também à alocação de recursos públicos para a pesquisa e a assistência, ao uso racional das novidades tecnológicas e científicas na prática médica e nos sistemas de saúde e à propriedade intelectual, destacando-se um esforço, neste âmbito, para o estabelecimento de padrões claros de assistência e/ou de critérios bem delineados de incorporação e acesso aos procedimentos e insumos na assistência pública à saúde que conduzam à equidade e à integralidade no acesso dos cidadãos/administrados a esse bem,¹⁸¹ tornando o direito à saúde mais efetivo, suprimindo severas deficiências que decorrem da própria administração pública.¹⁸²

Logicamente, a intervenção judicial nas políticas públicas sociais deve estar fundada em regras claras, intervindo o Judiciário através da verificação da validade - ou seja, da legalidade/constitucionalidade - das políticas públicas sociais também segundo critérios de razoabilidade, adequação e equidade, ou através do reconhecimento de conteúdos mínimos para os direitos fundamentais. Por isso, não compete ao Judiciário, em termos jurisdicionais, a tarefa de formular políticas públicas sociais, mas a de confrontar o delineamento das políticas formuladas com os marcos jurídicos aplicáveis e, no caso de haver divergências entre estes, reenviar a questão aos poderes pertinentes para que eles ajustem os marcos dessas políticas ao previamente delineado legal e constitucionalmente, ou mesmo, diante de omissões, para que a política pública social pertinente seja formulada. Essa dimensão da atuação do Judiciário pode ser vista como a participação qualificada em um “diálogo” entre os distintos poderes do Estado - na verdade, entre as suas distintas funções - para a necessária concretização do programa jurídico-político previamente estabelecido pela Constituição:¹⁸³ portanto, apenas em circunstâncias excepcionais, quando a magnitude da violação ou a falta completa de ação e de colaboração dos poderes políticos o justifica, têm os juízes avançado na determinação concreta de medidas a adotar segundo critérios judicialmente traçados.¹⁸⁴

¹⁸⁰ Nesse sentido, ver Vianna e Burgos (2005).

¹⁸¹ As demandas judiciais não podem ser consideradas como o principal instrumento deliberativo na gestão da assistência farmacêutica no SUS, mas devem ser admitidas como um elemento importante na tomada de decisão dos gestores da saúde e, muitas vezes, na franca melhoria do acesso aos medicamentos no âmbito do SUS.

¹⁸² No entanto, mesmo no setor da saúde, provavelmente o mais influenciado pela judicialização, ainda há severas dificuldades de acesso da população aos medicamentos necessários à assistência integral à saúde. Em 2000, estimou-se que, no Brasil, 70 milhões de pessoas não tinham acesso a medicamentos, o que correspondia a aproximadamente 41% da população brasileira (VIEIRA; ZUCCHI, 2007). A “Pesquisa Mundial da Saúde” (PMS) no Brasil de 2003 (SZWARCOWALD et al., 2004) e a “Avaliação da Assistência Farmacêutica no Brasil”, realizada em 2004 (Brasil, 2005) apontam para um acesso - público e privado - de, respectivamente, 87,0% e 89,6% dos medicamentos prescritos na última consulta; no entanto, em ambos os estudos, a falta de recurso financeiro constou como a principal alegação entre os que não conseguiram obter seus medicamentos (55,0% e 62,8%, respectivamente).

¹⁸³ Nesse sentido, ver Habermas (1994, p. 311 e ss) e Fiss (1999, p.137-159).

¹⁸⁴ Abramovich (2006) afirma que “*Así ha ocurrido en los mencionados litigios de reforma estructural. Resulta útil remarcar en respuesta a las objeciones apuntadas sobre la incapacidad de la administración de justicia para resolver cuestiones técnicas, o las limitaciones del proceso judicial para tratar cuestiones complejas o con múltiples actores, que muchos analistas han valorizado el rol judicial de avanzar en el diseño de políticas y el cambio de prácticas institucionales ante la poca predisposición de la administración o de las legislaturas a reconocer y modificar sus políticas y acciones ilegales, lo que determinara la estricta necesidad de que la cuestión fuera abordada y resuelta por un tribunal imparcial e independiente*”. Nesse sentido, ver, também, Wayne (1992, p. 61).

Nesse contexto, podemos identificar basicamente quatro classes de intervenções do Poder Judiciário nas políticas públicas sociais.

- a) Intervenções por meio das quais o Judiciário, sem valorar o merecimento da política pública preexistente, transforma-se em garante de sua execução, transformando o seu caráter, de decisão discricionária, em obrigação legal, que vincula a administração pública à execução da referida política. Os tribunais, nesses casos, não fixam comportamentos ou políticas, senão a obrigação da administração pública de executar o que está estabelecido nas leis ou nos atos emanados da própria administração, dos quais exsurtem obrigações jurídicas para esta.¹⁸⁵
- b) Intervenções por meio das quais o Judiciário examina a compatibilidade da política pública preexistente com o marco jurídico aplicável ao seu objeto, a partir de *standards* como a sua razoabilidade, a sua adequação, a sua progressividade e/ou não regressividade, a sua transparência, a observância ao princípio da não discriminação, etc., e, assim, a sua validade e a sua idoneidade para satisfazer efetivamente o direito em questão. Os tribunais, nesses casos, quando consideram que essa política, no todo ou em parte, é incompatível com esse marco jurídico, reenviam a questão aos poderes competentes, para reformulá-la.¹⁸⁶
- c) Intervenções por meio das quais o Judiciário valora ele mesmo o tipo de medida a ser adotado, diante da inexistência da política pública ou da manifesta insuficiência da política pública preexistente. Os tribunais, nesses casos, diante da inação dos demais poderes frente à vulneração de um direito social fundamental, verificando a existência de uma única medida de política pública social adequada, ou seja, a inexistência de alternativas para a plena satisfação do direito em questão, ordenam a sua realização.¹⁸⁷ Trata-se, talvez, da mais radical forma de intervenção, pois, nesta, o juiz, de

¹⁸⁵ Em muitos desses casos, a pretensão veiculada na ação judicial coincide exatamente com a política pública social formulada pelo Estado, estando os demandantes apenas a reclamar a execução de tal política pública. São exemplos dessas situações os já citados casos *Viceconte*, na Argentina, e *Himachal Pradesh State v. Sharma*, na Índia. No primeiro caso, a Câmara Nacional de Apelações argentina determinou ao Estado que concretizasse, fixando sanções para a sua inexecução, uma decisão política previamente adotada, concernente à fabricação de uma vacina contra uma doença endêmica e epidêmica; no segundo caso, a Corte Suprema da Índia ordenou ao governo a construção de uma estrada a respeito da qual já existia uma decisão administrativa, corroborando a tese de que o governo assume compromissos prestacionais pelo fato de não poder atuar contra os seus próprios atos (*venire contra factum proprium non valet*).

¹⁸⁶ Nesses casos, normalmente, os tribunais não substituem os demais poderes no delineamento das políticas públicas adequadas a esses marcos jurídicos. Se a atuação dos poderes políticos ajusta-se ao *standard*, o Poder Judiciário não analisa se seria mais viável a adoção de outra política alternativa; se a atuação não se ajusta ao *standard*, no todo ou em parte, a atuação do Poder Judiciário não implica imposição compulsória de uma condenação *stricto sensu*, ou seja de uma ordem específica, detalhada e autossuficiente, mas de uma instrução fixada em termos gerais, cujo conteúdo concreto vai-se construindo no curso do processo através de um “diálogo” entre o juiz e a autoridade administrativa - a sentença opera como um ponto de inflexão que determina ao Estado modificar o sentido da sua atuação, mas será a administração que redesenhará as suas políticas para adequá-las às instruções gerais do juiz, limitando-se o Judiciário a controlar a adequação das medidas concretas adotadas a partir da sentença. São exemplos dessas situações os já citados casos *Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom and Others*, *Mahlaule versus Minister of Social Development* e *Khosa vs. Minister of Social Development*, na África do Sul. No primeiro caso, a Corte Constitucional decidiu que o Estado não havia tomado as medidas razoáveis necessárias, dentro dos recursos disponíveis, para concretizar progressivamente o direito à moradia, pois os programas habitacionais oferecidos não previam nenhuma espécie de auxílio emergencial àqueles que não possuíam acesso a um abrigo básico; nos demais casos, declarou a inconstitucionalidade da exclusão dos migrantes dos planos de benefícios da seguridade social.

¹⁸⁷ Diferentemente dos casos anteriores, neste caso o Judiciário assume a eleição da medida a adotar e, portanto, da conduta devida pela administração. São exemplos desses casos a judicialização da assistência farmacêutica a portadores do vírus HIV no Brasil, a que já nos referimos. À semelhança dos casos brasileiros de judicialização da assistência farma-

certa forma, *substitui* o administrador omissivo na decisão, quando verifica a existência de uma única medida adequada para a satisfação de uma legítima pretensão dos cidadãos/administrados (ORTIZ, 1993).

- d) Intervenções por meio das quais o Judiciário limita-se a declarar que a omissão do Estado é ilegítima. Os tribunais, nesses casos, não estabelecem quaisquer medidas concretas de reparação, declarando, apenas, que o Estado não está cumprindo as obrigações assumidas em matéria de direitos sociais.¹⁸⁸

Essas distintas classes de intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas sociais permitem diferentes estratégias e possibilidades de estabelecimento de articulações sociais. O que queremos enfatizar, contudo, é que não há uma verdadeira oposição das estratégias legais a outras estratégias de incidência política, ou seja, entre atuar nos tribunais e atuar em outros espaços da esfera política. Todo o reclamo de direitos fundamentais, e as suas estratégias, têm um sentido político, especialmente naquelas demandas que reclamam direitos fundamentais difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Compete à cidadania articular virtuosamente os diferentes campos de reclamo de direitos sociais fundamentais, de forma que a resolução judicial de um caso contribua para arredar as múltiplas deficiências institucionais e/ou transformar as políticas públicas sociais, as situações sociais e as expectativas que estão em conflito.

Em um sistema institucional com fortes fissuras e com amplas desigualdades, como o brasileiro, nem as conquistas judiciais, nem as conquistas políticas são definitivas em matéria de direitos sociais. Como já afirmamos, não existem direitos sem deveres, nem podem existir sujeitos obrigados sem sujeitos capazes de obrigar. Assim, ainda que o papel das garantias institucionais (políticas e jurisdicionais) demonstre-se essencial para dotar de eficácia os direitos civis, políticos e sociais, todo e qualquer programa constitucional de garantias, por mais exaustivo que seja, demonstra-se incompleto e, assim, incapaz de dotar de efetividade e eficácia, por si só, os meios destinados à realização da cidadania integral, sem a existência concorrente de múltiplos espaços de pressão popular capazes de assegurá-los não apenas através dos poderes estatais, mas além do Estado, ou mesmo, em último caso, diante de graves vulnerações de direitos civis, políticos e/ou sociais, contra ele (HÄBERLE, 1997).

É nesse aspecto que se destaca uma última possibilidade de intervenção judicial de especial relevância. A intervenção judicial, em alguns momentos, pode ser provocada apenas para complementar, garantindo-as, as outras frentes abertas para canalizar demandas sociais sobre as instâncias administrativas, a partir de um enfoque essencialmente *procedimental* - não se demanda certa prestação material, tampouco impugna-se uma política pública social, ou parte dela, por afetar direitos fundamentais, mas se busca uma garantia para as condições que tornam possível a

cêutica, na Argentina, v.g., no caso *Beviacqua* (2000), o Judiciário determinou a entrega de medicamentos específicos aos pais de uma criança portadora de uma patologia na medula extremamente grave, cuja aquisição estes não tinham condições de custear. Em outro caso, no Brasil, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como sendo uma unidade familiar para determinar à Previdência Social a inclusão de companheiros homossexuais como dependentes previdenciários preferenciais dos segurados do Regime Geral de Previdência Social.

¹⁸⁸ Essas decisões, contudo, podem ser importantes como veículos de canalização de reclamos populares e de abertura da agenda pública através de uma semântica dos direitos, e não apenas através de *lobbies* ou demandas de natureza político-partidária.

adoção de processos deliberativos realmente democráticos, abertos, complementando-se, assim, as ações de incidência política.

Nessas ações, busca-se, no Judiciário, a abertura de espaços institucionais de diálogo, o estabelecimento dos seus marcos legais e dos seus procedimentos ou a garantia de efetiva participação nesses espaços e procedimentos, sob condições igualitárias, dos atores sociais virtualmente afetados; ou, ainda, o acesso à informação pública, indispensável para avaliar e controlar as políticas adotadas e, assim, a sua legitimidade.

Especialmente o direito à informação, como já afirmamos, constitui uma ferramenta imprescindível ao controle social sobre as políticas públicas sociais, contribuindo, de forma concomitante e virtuosa, para que o próprio Estado possa efetivamente acompanhar o grau de efetividade dessas políticas. Para isso, o Estado deve empenhar-se em disponibilizar para os cidadãos/administrados os meios adequados a garantir-lhes o acesso, em condições de igualdade, à informação pública.¹⁸⁹

¹⁸⁹ Segundo Abramovich e Courtis (2000), sobretudo em matéria de direitos sociais, “*el Estado debe producir y poner a disposición de los ciudadanos, como mínimo, información sobre: a) el estado de la situación de las diferentes áreas concernidas, en especial cuando su descripción requiera de mediciones expresadas mediante indicadores, y b) el contenido de las políticas públicas desarrolladas o proyectadas, con expresa mención de sus fundamentos, objetivos, plazos de realización y recursos involucrados. Las acciones de acceso a la información suelen actuar como vías legales que sostienen el trabajo de monitoreo de políticas sociales y la documentación de violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales*”.

Capítulo IX

Rumo às conclusões: os limites do judiciário no controle das políticas públicas sociais

O Estado democrático de direito, na atualidade, deve ser concebido como resultado e concomitantemente condicionado a uma ordem superior vinculada à soberania popular e à democracia como valor (e não apenas como processo), ou seja, como um Estado constitucional, Estado que, na tomada das decisões administrativas, precisa zelar pelo isento dever de oferecer legítimas e boas razões de fato e de direito, atentando para o direito dos cidadãos/administrados à participação efetiva na formação democrática da vontade política e para as garantias e os direitos *fundamentais*, garantias e direitos dotados de *força vinculante* para todo o ordenamento jurídico, que institucionaliza e, em consequência, limita e legitima o exercício do poder estatal e, em última análise, a própria existência do Estado.

Onde houver lesão ou ameaça de lesão a um direito fundamental, seja pela ação ou pela omissão do Estado, e independentemente de reservas fáticas, haverá espaço para a judicialização das correspondentes políticas públicas: o Poder Judiciário tem, no controle da atividade administrativa, uma função fundamental, de dar plena e permanente vigência ao Estado democrático de direito, o que permite, por sua vez, que este se concretize como realidade e possa configurar-se como um “Estado jurisdicional de direito”, constituindo-se o controle judicial da administração pública não só é um elemento ínsito ao Estado democrático de direito, mas, na realidade, um elemento de primeira ordem no Estado social de direito, porque é ínsito a este que um órgão independente possa tutelar os interesses e os direitos sociais fundamentais dos prejudicados pela atuação irregular ou insuficiente da administração pública, garantindo aos cidadãos/administrados uma série de prestações estatais devidas no marco da justiça social.

Estado de direito, pois, é aquele que se pauta pelo respeito aos direitos fundamentais e promove a expansão das liberdades e garantias públicas em todas as áreas, cumprindo com os deveres que lhe são atribuídos e adotando o império da lei na sua mais elevada fórmula, a supremacia da Constituição, além de concretizar e syndicar a sua mais harmoniosa aplicação.

O controle judicial sobre a administração pública consubstancia, na atualidade, como já afirmamos, uma das principais características do Estado democrático (constitucional e social) de direito - e, talvez, o seu traço mais fundamental -, pois o controle efetivo sobre os atos da administração pública possibilita a vigência pragmática de outros predicados inerentes ao Estado de direito, como o império da lei (o império do direito) - o princípio da legalidade, ou seja, a efetiva submissão da administração pública ao ordenamento jurídico, sobretudo à Constituição como norma fundamental e, portanto, ao próprio direito -, a separação de funções (ou divisão de responsabilidades), etc., proporcionando um maior respeito às liberdades e aos direitos fundamentais dos cidadãos/administrados.

A existência de uma cláusula geral de revisão judicial da totalidade da função administrativa, de hierarquia constitucional, que institui uma proteção jurisdicional sem fissuras ou lacunas, constitui um notável e substancial avanço em favor da liberdade na luta permanente contra as imunidades - e arbitrariedades - do poder da administração pública. O Estado nasce da Constituição, com as características, atribuições e objetivos que esta fixa; o Estado está *dentro* da Constituição, de forma que esta não é produto daquele, mas, ao contrário, aquele é produto desta. Daí que a submissão de toda a organização estatal a um regime jurídico preestabelecido é, no sentido jurídico-formal, um dos principais elementos que tipificam o Estado de direito, impedindo que a *criatura* (Estado) volte-se contra o *criador* (Constituição).

Por isso, a eventual limitação da atuação administrativa pelo Poder Judiciário não resulta de um choque de vontades, mas de uma norma abstrata, e o órgão de controle - o Judiciário - não é, na verdade, um órgão limitador, mas atualizador e garantidor de uma limitação previamente estabelecida pela Constituição, e, dessa forma, esse órgão de controle não se relaciona com o órgão limitado - a administração pública - verticalmente, hierarquicamente, a partir de uma posição de supremacia.

O Poder Judiciário não atua, portanto, em uma posição de supremacia em relação à administração pública, tampouco limita, ele mesmo, por si só, o poder da administração pública; apenas cuida de assegurar que os limites previamente estabelecidos ao exercício do poder da administração sejam observados e resguardados. O Judiciário não limita, e sequer controla, nesse sentido, a administração pública - quem o faz é a própria lei; a Constituição, em última análise -, de forma que o Judiciário apenas zela pela regularidade das atividades da administração pública, com o objetivo de que essas se mantenham nos limites previamente delineados pela Constituição.

O controle judicial da atividade administrativa não elimina, logicamente, as margens de ação estrutural/epistêmica do administrador público, que pode e deve decidir quais são os meios mais convenientes para a satisfação dos direitos sociais entre todos aqueles meios legítimos, juridicamente válidos e eficientes, de forma que o fortalecimento de um controle jurisdicional da administração pública não supõe, obviamente, a instauração de um “governo dos juizes”, nem a eliminação das competências discricionárias do administrador público, mas o reconhecimento dessas margens de ação jamais poderá dar causa à insindicabilidade absoluta dessas suas decisões, a espaços infensos a essa proteção e controle judicial, pois a configuração jurídica e política dos meios de proteção dos direitos sociais deve sempre atentar para o conteúdo mínimo ou essencial desses direitos fundamentais segundo os ditames da justiça social constitucional, preceitos que vinculam o merecimento das decisões administrativas em matéria de políticas públicas sociais.

Esse controle judicial sobre os atos da administração pública, obviamente, tem limites. O juiz não pode, por exemplo, sindicá-los diretamente o merecimento de atos derivados da competência discricionária reconhecida à administração pública. E há atos estritamente políticos, assim delineados pela Constituição, que não estão sujeitos à apreciação sequer da sua motivação pelo juiz. No entanto, além de tais atos estarem sempre passíveis de controle nos seus aspectos formais pelo Judiciário, este poderá, obviamente, verificar se há injusta omissão administrativa, ordenando a providência, ou se há legitimidade e razoabilidade no agir administrativo, se há correta aplicação e interpretação de conceitos abertos e cláusulas gerais, e se a discricionariedade é realmente válida, e se mantém vinculada àqueles direitos fundamentais que, segundo os parâmetros contidos na ordem de valores estabelecidos na Constituição, vinculam o administrador público em todas as suas decisões: o exame de adequação da obrigatória motivação dos atos praticados no exercício da competência discricionária da administração pública é tarefa indeclinável do Judiciário.¹⁹⁰

Isso importa afirmar, portanto, que não há, no ordenamento jurídico, um espaço para atos administrativos insindicáveis. Não só aqueles atos vinculados propriamente ditos, mas também, e sobretudo - porque é nesse espaço que habitualmente se instalam a inação, os desvios e

¹⁹⁰ Nesse sentido, Ruy Barbosa (apud FERREIRA FILHO, 2003, p. 193) já afirmava que “Se o governo se serviu, conveniente ou inconvenientemente de faculdades que se supõem suas, cabe ao Congresso julgar. É a questão política. Se cabem, ou não, ao governo as atribuições de que se serviu, ou se, servindo-se delas, transpôs, ou não, os limites legais, pertence à justiça decidir. É a questão jurídica”.

as arbitrariedades que frustram os direitos fundamentais do cidadão/administrado -, aqueles atos de discricionariedade vinculada ao sistema (atos de competência administrativa discricionária) devem ser sindicados a partir da sua adequação não apenas formal, mas material à lei - à Constituição - a partir da sua motivação de fato e de direito, à semelhança e por analogia da requerida na prática de atos judiciais, nos termos expressos da Constituição.

Isso não permite, contudo, a substituição da competência discricionária do administrador por uma espécie de competência discricionária do juiz: julgar a administração pública não é, nem deve ser, *administrar*, mas auxiliar a própria administração a atingir os seus fins como organização a serviço da comunidade, protegendo os direitos fundamentais dos cidadãos/administrados. Não pode, portanto, a pretexto de fazê-lo, o Judiciário atuar *ultra vires*, fora dos limites de sua habilitação institucional.

Enfim, a pergunta a respeito da legitimidade da atuação judicial sobre as políticas públicas, e conseqüentemente dos seus limites, não pode ser respondida absolutamente, em abstrato, considerando-se apenas variáveis normativas - v.g., a implicação do Poder Judiciário em uma teoria da democracia ou o poder-dever dos juízes. A pergunta pela legitimidade da intervenção judicial nas políticas públicas sociais requer informações empíricas sobre o funcionamento do sistema político e sobre a atuação concreta dos juízes. Nesse sentido, a análise da legitimidade da atuação do Judiciário supõe a necessária comparação com a análise da legitimidade de atuação dos demais poderes - a experiência demonstra que uma “magistratura democrática” funciona de modo melhor e mais coerente precisamente no marco sempre aberto e crítico de uma legislatura democrática e de uma administração democrática.

É nesse contexto que se destacam alguns exemplos concretos da atuação recente dos tribunais na experiência brasileira, mencionados no curso desta obra, que vêm demonstrar como pode o Poder Judiciário contribuir, de forma concreta, para a tutela dos interesses e dos direitos sociais fundamentais dos prejudicados pela atuação irregular ou insuficiente dos demais poderes, sobretudo da administração pública (mas também do Poder Legislativo), garantindo aos cidadãos/administrados os direitos sociais devidos no marco constitucional da justiça social.

- a) O Supremo Tribunal Federal, julgando improcedente, por unanimidade de votos, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 186, considerou constitucional a política de quotas étnico-raciais para a seleção de estudantes ao ingresso no ensino superior na Universidade de Brasília (UnB). Na ocasião, o ministro Celso de Mello afirmou: “O desafio não é apenas a mera proclamação formal de reconhecer o compromisso em matéria dos direitos básicos da pessoa humana, mas a efetivação concreta no plano das realizações materiais dos encargos assumidos” (DJe de 04/05/2012’).
- b) O Supremo Tribunal Federal, julgando procedente, por maioria de votos, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 54, declarou a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal. No julgamento, o que estava em questão era não somente o direito à vida, mas à saúde da mãe e à própria maternidade (DJe de 24/04/2012).

- c) O Supremo Tribunal Federal, julgando procedente, por maioria de votos, o Mandado de Injunção (MI) n.º 670, reconheceu a mora legislativa na regulamentação do disposto no art. 37, inc. VII, da Constituição de 1988, que condiciona o exercício do direito de greve dos servidores públicos à edição de lei específica, propondo a solução para a omissão legislativa com a aplicação, para os servidores públicos, até que o Poder Legislativo venha a editar tal regulamentação, no que couber, da Lei n.º 7.783/89, destinada à regulamentação do exercício do direito de greve dos empregados de empresas privadas. Trata-se de importante precedente porque, até então, o STF normalmente limitava-se a declarar a omissão legislativa, demonstrando, contudo, a partir desta decisão, que não se satisfaz mais em ser um mero expectador e que está disposto a aplicar o direito adotando uma posição concreta diante da mora legislativa (DJe de 06/11/2007).
- d) O Supremo Tribunal Federal, julgando procedente, por unanimidade de votos, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 1946/DF, deu, ao art. 14 da Emenda Constitucional n.º 20, interpretação conforme à Constituição, vedando um retrocesso histórico (limitação do valor do benefício previdenciário), para deixar expresso que o teto do salário-de-benefício não se aplica à licença maternidade, respondendo a previdência social pela integralidade do pagamento da referida licença (DJ de 03/06/2003).
- e) o Supremo Tribunal Federal, julgando improcedente o RE/AgR 410715/SP (2005), decidiu que “A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. [...] revela-se possível [...] ao Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sem estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional” (DJ de 03/02/2006).
- f) o Tribunal Regional Federal da 4.ª Região, no julgamento da Ação Civil Pública n. 2000.71.00.009347-0/RS, reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como sendo uma unidade familiar e considerou os companheiros homossexuais dependentes previdenciários preferenciais dos segurados do Regime Geral de Previdência Social (DJ de 10/08/2005).

- g) O Tribunal Regional Federal da 4.^a Região, no julgamento da Ação Civil Pública n.º 94.00.11681-0/PR, condenou a União a exigir, na rotulagem de todas as bebidas alcoólicas produzidas ou comercializadas no território brasileiro, a informação do respectivo teor alcoólico e do alerta, em expressão gráfica adequada, de que “O ÁLCOOL PODE CAUSAR DEPENDÊNCIA E EM EXCESSO É PREJUDICIAL À SAÚDE” (DJ de 04/06/2003).

E também assim se destacam, ainda, alguns exemplos concretos da atuação recente dos tribunais estrangeiros, mencionados no curso desta obra.

- a) Na África do Sul, a Corte Constitucional decidiu, no caso *Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom and Others*, que o Estado não havia tomado as medidas razoáveis necessárias, dentro dos recursos disponíveis, para concretizar progressivamente o direito à moradia, pois os programas habitacionais oferecidos não previam nenhuma espécie de auxílio emergencial àqueles que não possuíam acesso a um abrigo básico; ordenou ao Estado, no caso *Minister of Health and Others vs. Treatment Action Campaign and Others*, a implantação de um programa oficial para a prevenção da transmissão, de mãe para filho, do vírus HIV; declarou a inconstitucionalidade da exclusão dos imigrantes dos planos de benefícios da seguridade social (*Mahlaule vs. Minister of Social Development, Khosa vs. Minister of Social Development*); e emitiu sucessivas ordens para impedir deslocamentos urbanos e assegurar o pleno acesso de pessoas a programas de reassentamento (*Port Elizabeth vs. Various Occupiers; Jaftha vs. Schoeman and Others; President of RSA and Another vs. Modderklip Boerdery (Pty) Ltd and Others; Van Rooyen vs. Stoltz and Others; Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township And Or. vs. City of Johannesburg and Others*).
- b) Na Alemanha, o Tribunal Constitucional entendeu que, apesar de não estarem consagrados direitos sociais, de forma explícita, na Lei Fundamental de Bonn, é possível derivar dela o direito a um mínimo vital existencial, quer vinculado ao princípio da dignidade da pessoa, quer vinculado a um princípio de igualdade material, quer vinculado ao princípio do Estado social.
- c) Na Argentina, no caso *Viceconte* (1998), a Câmara Nacional de Apelações determinou ao Estado que concretizasse, fixando sanções para a sua inexecução, uma decisão política previamente adotada, pela qual o Estado fabricaria uma vacina contra uma doença endêmica e epidêmica.
- d) Na Bélgica, a Corte de Arbitragem vem interpretando o art. 23 da Constituição belga, concernente a direitos econômicos, sociais e culturais, como se este impusesse um efeito “congelante” (*standstill effect*), vedando o retrocesso significativo na proteção desses direitos conferidos pelas leis no momento da adoção da Constituição. Em um caso alusivo à redução de benefícios assistenciais, a Corte belga decidiu que, no que tange ao direito à assistência social, esse efeito “congelante” veda o retrocesso significativo na proteção conferida pela legislação no momento da entrada em vigor do art. 23 da Constituição.
- e) No Canadá, no caso *Auton*, o Tribunal Supremo da Columbia refutou o argumento da administração provincial, que decidiu não financiar um programa de tratamento de

crianças autistas com base na “reserva do possível”, considerando a vulneração do direito básico de não ser discriminado das pessoas afetadas pelo autismo. Para justificar sua decisão, o tribunal valeu-se de dois critérios que levavam em conta o orçamento público: por um lado, sustentou que os gastos demandados pelo programa, para a assistência de menores em idade de desenvolvimento educacional e social, seriam consideravelmente menores do que aqueles necessários ao seu tratamento em longo prazo, se o referido programa não fosse implantado; por outro, opôs à argumentação do governo local o fato de que outras regiões do território canadense haviam implantado programas semelhantes, enfraquecendo o argumento de que o valor científico do programa não justificava um gasto semelhante.

- f) Na Colômbia, a Corte Constitucional deduziu, do texto constitucional, o direito a um “mínimo vital”, integrado por aqueles bens e serviços necessários a uma vida digna, sobretudo em situações de urgência, estendendo o alcance deste “mínimo” à definição de direitos como à saúde, à educação, à moradia e à seguridade social. A Corte Constitucional colombiana já declarou inconstitucionais, assim, leis que foram consideradas regressivas em áreas como pensões, acesso aos serviços de saúde, educação e moradia.
- g) Na Índia, a Corte Suprema, no caso *Ratlam vs. Vardhichand and Others*, determinou a um município que fornecesse água e saneamento básico a todos os municípios; no caso *Himachal Pradesh State v. Sharma*, ordenou ao governo a construção de uma estrada a respeito da qual já existia uma decisão administrativa, corroborando a tese de que o governo assume compromissos prestacionais pelo fato de não poder atuar contra os seus próprios atos (*venire contra factum proprium non valet*).
- h) Na Finlândia, o Tribunal Supremo confirmou a decisão de outro tribunal, que condenou um governo municipal a indenizar uma pessoa desempregada por muito tempo, por não haver lhe conseguido um emprego por seis meses, como havia se comprometido.
- i) Na França, o Conselho Constitucional francês tem feito uso, ainda que de forma irregular, do chamado *cliquet anti-retour*.
- j) Na Inglaterra, as políticas do governo Thatcher, de fechamento de escolas do sistema público de ensino secundário e de proibição administrativa à formação de sindicatos no serviço público, sofreram intervenção judicial.
- k) Na Itália, um maior protagonismo judicial a partir do final da década de 1960 demonstrou-se decisivo à defesa de interesses difusos e à repressão ao terrorismo e à corrupção.
- l) em Portugal, o Tribunal Constitucional, a pretexto de vedar o retrocesso, declarou inconstitucional uma lei que abolia o serviço nacional de saúde preexistente, decidindo que “Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa - a criação de uma dada instituição, uma determinada alteração na ordem jurídica -, então, quando ela é levada a cabo, o resultado passa a ter a proteção direta da Constituição”; em outro caso, declarou inconstitucional uma nova lei sobre a garantia do benefício de renda mínima, que, alterando a lei anterior, mudou o limite mínimo de idade para a percepção do benefício de 18 para 25 anos, excluindo, assim, virtualmente, do benefício as pessoas menores de 25 anos que já haviam sido previamente beneficiadas por ele.

CONCLUSÃO

Nesta obra, tratamos, em síntese, de colocar em evidência os fundamentos democráticos e constitucionais implicados na busca da ampla concretização dos direitos sociais, direitos que, como *direitos humanos fundamentais*, concomitantes meio e condição para a promoção do desenvolvimento humano, da real liberdade e da autonomia da pessoa e de outros objetivos fundamentais do Estado democrático de direito, atuam como verdadeiras premissas materiais para o próprio exercício real de outros direitos, como os direitos civis e políticos.

O progressivo reconhecimento das expectativas relacionadas aos direitos sociais no plano constitucional e em tratados internacionais, com suas variações econômicas, sociais e culturais, não se vem demonstrando, assim, apto a convertê-los em expectativas plenamente exigíveis, tampouco em instrumentos realmente aptos à satisfação das necessidades dos seus destinatários. É essa falta de efetividade dos direitos sociais, que são justamente aqueles que guardam mais estreita relação com esse amplo quadro de desigualdade, vem sendo justificada a partir de diferentes argumentos conservadores que tendem a endossar uma percepção ideológica - política e jurídica - depreciativa dos direitos sociais e, por extensão, das políticas públicas sociais e do papel redistributivo do Estado democrático de direito, argumentos que precisam ser fundamentadamente refutados.

Assim, a par da extraordinária expansão das atuações institucionais devotadas ao desenvolvimento humano, com o estabelecimento de sistemas de compensação e inclusão ao largo do último terço do século dezenove e, sobretudo, dos dois primeiros terços do século vinte sob a égide do chamado “Estado social” e/ou das políticas (*policies*) do “Estado de bem-estar social” (*welfare state*), permanece bastante consolidado um ponto de vista conservador, acentuado pelas contrarreformas neoliberais iniciadas nos anos 1990, segundo o qual as políticas públicas sociais - e, portanto, a utilização do poder do Estado com o propósito de equilibrar situações de desigualdade material ou de excluir determinados bens do livre jogo do mercado - seriam inevitável fonte de indesejável burocratização, e os direitos a elas relacionados, os sociais, além de onerosos e, portanto, *caros*, verdadeiras *armadilhas* que tenderiam a cercear a eficácia econômica, as liberdades pessoais e as liberdades de mercado, quando não direitos realmente incompatíveis com os de liberdade, ou meramente programáticos, impondo, a par da vigência formal e, inclusive, da extensão dos direitos sociais em muitas constituições e tratados internacionais, uma (nova) *lex mercatoria*, cada vez mais global, que debilita a eficácia vinculante dos direitos sociais e, com isso, o alcance real do princípio democrático e da atuação social/socializante do Estado democrático de direito.

Dessa maneira, o Estado democrático de direito tradicional, longe de converter-se em autêntico Estado social de direito, tem operado, normalmente, de forma meramente residual, como simples Estado legislativo/administrativo, com prestações limitadas à complementação e à correção das ações alocativas dos mercados e atuação orientada a disciplinar a pobreza e a assegurar, sobretudo a serviço desses mercados, a ordem e a segurança pública.

Com poucas exceções, o “núcleo duro” das políticas públicas sociais que vêm sendo adotadas após a crise, nos anos setenta, dos tradicionais Estados sociais e das políticas de bem-estar do *welfare state* não está relacionado à garantia de direitos sociais generalizáveis, ou seja, de expectativas estáveis subtraídas à conjuntura política e, portanto, indisponíveis aos poderes de turno: as políticas públicas sociais têm sido pautadas por intervenções seletivas, relacionadas à

capacidade de reivindicação de certos segmentos, que, mais do que igualar os desiguais, tendem a operar como efetivas concessões discricionárias e, portanto, revogáveis, quando não como autênticas medidas de controle dos pobres, que tendem a institucionalizar a exclusão social.

Nossas conclusões, portanto, nesta obra, podem ser assim sintetizadas e enunciadas:

1 - O Judiciário tem, no controle da atividade administrativa, uma função fundamental, de dar plena e permanente vigência ao Estado democrático de direito, o que permite, por sua vez, que este se concretize como realidade e possa configurar-se como um “Estado jurisdicional de direito”, constituindo-se o controle judicial da administração pública não só um elemento ínsito ao Estado democrático de direito, mas, na realidade, um elemento de primeira ordem no Estado social de direito, porque é ínsito a esse modelo de Estado que um órgão independente possa tutelar os interesses e os direitos sociais fundamentais dos prejudicados pela atuação irregular ou insuficiente da administração pública, garantindo aos cidadãos/administrados uma série de prestações estatais devidas no marco da justiça social.

1.1 - É da natureza mesma da organização do Estado que sejam formuladas regras que concernem à sua própria estrutura (a estrutura do Estado), e também regras que concernem à regulação das relações entre o Estado e os cidadãos/administrados. Daí que não basta, ao Estado, a edição de normas, pelo Poder Legislativo, mas também gerir, administrar e formular, implantar e avaliar políticas públicas sociais que atendam efetivamente os desejos e as necessidades da cidadania, segundo essas normas previamente editadas. Além disso, pela função judicial, defende-se o corpo normativo em questão.

Estado de direito, pois, é aquele que se pauta pelo respeito aos direitos fundamentais, sejam eles civis, políticos ou sociais, e promove a expansão das liberdades e garantias públicas em todas as áreas, cumprindo com os deveres que lhe são atribuídos e adotando o império da lei na sua mais elevada fórmula, a supremacia da Constituição, além de concretizar e syndicar a sua mais harmoniosa aplicação.

1.2 - O controle judicial sobre a administração pública consubstancia, na atualidade, uma das principais características do Estado democrático (constitucional e social) de direito - e, talvez, o seu traço mais fundamental -, pois o controle efetivo sobre os atos da administração pública possibilita a vigência pragmática de outros predicados inerentes ao Estado de direito, como o império da lei - o princípio da legalidade, ou seja, a efetiva submissão da administração pública ao ordenamento jurídico, sobretudo à Constituição -, a separação de funções - ou divisão de responsabilidades -, etc., proporcionando um maior respeito às liberdades e aos direitos fundamentais dos cidadãos/administrados.

A existência de uma cláusula geral de revisão judicial da totalidade da função administrativa, de hierarquia constitucional, que institui uma proteção jurisdicional sem fissuras ou lacunas, constitui um notável e substancial avanço em favor da liberdade na luta permanente contra as imunidades - e arbitrariedades - do poder da administração pública. O Estado nasce da Constituição, com as características, atribuições e objetivos que esta fixa; o Estado está *dentro* da Constituição, de forma que esta não é produto daquele, mas, ao contrário, aquele é produto desta. Daí que a submissão de toda a organização estatal a um regime jurídico preestabelecido é, no sentido jurídico-formal, um dos principais elementos que tipificam o Estado de direito.

1.3 - Diferentemente do caráter geral e difuso dos controles extrainstitucionais (sociais), e ao contrário do controle político, subjetivo e voluntário, o controle judicial é objetivo e neces-

sário; daí que a eventual limitação da atuação administrativa pelo Poder Judiciário não resulta de um choque de vontades, mas de uma norma abstrata, e o órgão de controle - o Judiciário - não é, na verdade, um órgão limitador, mas atualizador e garantidor de uma limitação previamente estabelecida pela Constituição, e, dessa forma, esse órgão de controle não se relaciona com o órgão limitado - a administração pública - verticalmente, hierarquicamente, a partir de uma posição de supremacia.

O Poder Judiciário não atua, em síntese, em uma posição de supremacia em relação à administração pública, tampouco limita, ele mesmo, por si só, o poder da administração pública; apenas cuida de assegurar que os limites previamente estabelecidos ao exercício do poder da administração sejam observados e resguardados. O Judiciário não limita, e sequer controla, nesse sentido, a administração pública - quem o faz é a própria lei; a Constituição, em última análise -, de forma que o Judiciário apenas zela pela regularidade das atividades da administração pública, com o objetivo de que essas se mantenham nos limites previamente delineados pela Constituição.

1.4 - O Poder Judiciário tem uma função fundamental, de dar plena e permanente vigência ao Estado democrático de direito. É no controle da atividade administrativa que o Judiciário mostra com maior força sua virtuosidade para manter e ampliar a própria definição do Estado democrático de direito, como conquista e como tendência - o Estado democrático de direito repousa sobre a pedra angular do controle judicial, o que permite, por sua vez, que aquele seja uma realidade e possa configurar-se como um “Estado jurisdicional de direito”.

Dessa forma, o controle judicial da administração pública não só é um elemento ínsito ao Estado democrático de direito, mas é, também, um elemento de primeira ordem no Estado social, esse Estado moderno que assume tarefas econômico-sociais irrenunciáveis, porque é ínsito a esse modelo de Estado que um órgão independente possa tutelar os interesses e os direitos sociais fundamentais dos prejudicados pela atuação irregular da administração pública, garantindo aos cidadãos/administrados uma série de prestações estatais devidas no marco da justiça social.

1.5 - Uma compreensão constitucionalmente adequada do chamado “ativismo judicial” no Estado democrático de direito procede, logicamente, das seguintes conclusões:

- a) os direitos sociais dependem, para a sua efetividade, da articulação entre o direito e a política, uma vez que é por meio de políticas públicas sociais emancipadoras - tarefa precípua da administração pública democrática - que é possível transformar as premissas e os valores da Constituição e dos tratados de direitos humanos em realidade;
- b) a formulação, a aplicação, a avaliação e o controle das políticas públicas sociais devem poder basear-se em procedimentos que garantam a formação discursiva da vontade pública;
- c) os atos normativos definidores de políticas públicas sociais e de sua aplicação prática devem observar os parâmetros traçados a partir dos compromissos assumidos pelo Estado nos tratados de direitos humanos ou, no mínimo, pelo seu direito constitucional, razão pela qual são suscetíveis de controle judicial;
- d) os direitos sociais fundamentais não são meras normas programáticas, mas direitos subjetivos que reclamam realização (concretização), suscetíveis, portanto, de serem exigidos e de serem judicialmente tutelados; e

- e) as constituições democráticas contemporâneas estabelecem uma série de mecanismos para a garantia da efetividade dos direitos sociais no caso de omissão dos poderes públicos, sendo que, diante dessas omissões, compete ao Poder Judiciário garantir os direitos sociais no caso concreto.

2 - O controle judicial da atividade administrativa não elimina, logicamente, as margens de ação estrutural/epistêmica do administrador público, que pode e deve decidir quais são os meios mais convenientes para a satisfação dos direitos sociais entre todos aqueles meios legítimos, juridicamente válidos e eficientes, de forma que o fortalecimento de um controle jurisdicional da administração pública não supõe, obviamente, a instauração de um “governo dos juízes”, nem a eliminação das competências discricionárias do administrador público, mas o reconhecimento dessas margens de ação jamais poderá dar causa à insindicabilidade absoluta dessas suas decisões, a espaços infensos a essa proteção e controle judicial, pois a configuração jurídica e política dos meios de proteção dos direitos sociais deve sempre atender para o conteúdo mínimo ou essencial desses direitos fundamentais segundo os ditames da justiça social constitucional, preceitos que vinculam o merecimento das decisões administrativas em matéria de políticas públicas sociais.

2.1 - Todo poder deve estar submetido ao direito, de forma que o governo e a administração pública podem ver, também, os seus diversos atos impugnados ante os tribunais. Um dos elementos mais característicos do Estado de direito tem sido a exigência de controle judicial da administração pública. Para levá-la à prática com toda a sua plenitude se desenvolveu historicamente uma luta por submeter todos os atos da administração pública a esse controle judicial, tratando de evitar sempre que subsista a possibilidade de atos ou decisões da administração não controláveis, infensos à apreciação do Poder Judiciário.

Isso supõe, evidentemente, a articulação de todo um subsistema jurídico, procedimental e jurisdicional para levar a cabo esse controle: possibilidade de impugnação tanto de atos particulares como das disposições de caráter geral, para submetê-los ao cânone das normas legais superiores; recursos aos quais tenham acesso os particulares; controles jurisdicionais tanto da competência como dos procedimentos e dos aspectos materiais das decisões e normas emanadas da administração; e, especialmente, ampla motivação das decisões administrativas - em especial no âmbito da chamada *competência discricionária administrativa*.

Se acolhemos a ideia de que os atos administrativos resultantes de competência discricionária são todos aqueles que a administração pública deve praticar, mediante juízos de conveniência e/ou de oportunidade, na busca da melhor alternativa (não a única) adequada ao direito, sem que se revele indiferente à escolha das consequências, no plano concreto, é óbvio que o agente público não tem que alcançar a única opção correta, mas tem que apresentar motivação racionalmente aceitável para a sua escolha concreta dentro de um leque de alternativas *a priori* igualmente válidas.

2.2 - O fortalecimento de um controle jurisdicional da administração pública não supõe, obviamente, a instauração de um “governo dos juízes”; ao contrário, o exercício da função jurisdicional, além de não interferir na atuação administrativa quando esta se realiza em conformidade à lei, contribui para a sua realização, assegurando, sobretudo, o império da lei, como produto do Legislativo e expressão da vontade geral.

Apesar das muitas críticas à judicialização da função administrativa, não se pode negar o alto grau de relevância, especialização e aperfeiçoamento técnico dos mecanismos pelos quais se dá o controle judicial sobre a administração pública - ao ponto de poder afirmar-se, mesmo, que, historicamente, a melhor fiscalização da atividade administrativa, a que reúne maiores garantias jurídicas para os cidadãos/administrados, ainda é a realizada pelos tribunais.

2.3 - Esse controle judicial sobre os atos da administração pública, obviamente, tem limites. Isso não importa dizer, contudo, que há, no ordenamento jurídico, um espaço para atos administrativos insindicáveis. Não só aqueles atos vinculados propriamente ditos, mas também, e sobretudo - porque é nesse espaço que habitualmente se instalam a inação, os desvios e as arbitrariedades que frustram os direitos fundamentais do cidadão/administrado -, aqueles atos de discricionariedade vinculada ao sistema (atos de competência administrativa discricionária) devem ser sindicados a partir da sua adequação não apenas formal, mas material à lei - à Constituição - a partir da sua motivação de fato e de direito, à semelhança e por analogia da requerida na prática de atos judiciais, nos termos expressos da Constituição.

Isso não permite, contudo, a substituição da competência discricionária do administrador por uma espécie de competência discricionária do juiz: julgar a administração pública, ressalvamos, não é, nem deve ser *administrar*, mas auxiliar a própria administração a atingir os seus fins como organização a serviço da comunidade, protegendo os direitos fundamentais dos cidadãos/administrados. Não pode, portanto, a pretexto de fazê-lo, o Judiciário atuar *ultra vires*, fora dos limites de sua habilitação institucional, pois aí estará atuando de forma ilegítima.

2.4 - Não há uma verdadeira oposição entre as estratégias legais e as estratégias de incidência política no reclamo de direitos fundamentais. Compete à cidadania articular virtuosamente os diferentes campos de reclamo de direitos sociais fundamentais, de forma que a resolução judicial de um caso contribua para arredar as múltiplas deficiências institucionais e/ou transformar as políticas públicas sociais, as situações sociais e as expectativas que estão em conflito.

Por isso, ainda que o papel das garantias institucionais (políticas e jurisdicionais) demonstre-se verdadeiramente essencial para dotar de eficácia os direitos fundamentais dos cidadãos/administrados, todo e qualquer programa constitucional de garantias, por mais exaustivo que seja, demonstra-se incompleto e, assim, incapaz de dotar de efetividade e eficácia, por si só, os meios destinados à realização da cidadania integral, sem a existência concorrente de múltiplos espaços de pressão popular capazes de assegurá-los não apenas através dos poderes estatais, mas além do Estado, ou mesmo, em último caso, diante de graves vulnerações de direitos civis, políticos e/ou sociais, contra ele.

É nesse aspecto que se destaca uma possibilidade qualificada de intervenção judicial, que pode ser provocada também apenas para complementar, garantindo-as, as outras frentes abertas para canalizar demandas sociais sobre as instâncias administrativas. O Judiciário, assim, pode e deve contribuir efetivamente para a abertura de espaços institucionais de diálogo, para garantir a efetiva participação nesses espaços e procedimentos, sob condições igualitárias, dos atores sociais virtualmente afetados pelas políticas públicas sociais, e para garantir o acesso igualitário à informação pública, indispensável para que os próprios cidadãos/administrados possam avaliar e controlar as políticas públicas sociais.

Enfim, a pergunta a respeito da legitimidade da atuação judicial sobre as políticas públicas, e conseqüentemente dos seus limites, não pode ser respondida absolutamente, em abstrato,

considerando-se apenas variáveis normativas - v.g., a implicação do Poder Judiciário em uma teoria da democracia ou o poder-dever dos juízes. A pergunta pela legitimidade da intervenção judicial nas políticas públicas sociais requer informações empíricas sobre o funcionamento do sistema político e sobre a atuação concreta dos juízes. Nesse sentido, a análise da legitimidade da atuação do Judiciário supõe a necessária comparação com a análise da legitimidade de atuação dos demais poderes - a experiência demonstra que uma “magistratura democrática” funciona de modo melhor e mais coerente precisamente no marco sempre aberto e crítico de uma legislatura democrática e de uma administração democrática.

O que é vedado, portanto, ao Judiciário, nesse controle, é a usurpação da competência administrativa. Não compete ao juiz administrar concretamente, substituindo, portanto, a discricionariedade da administração pela discricionariedade judicial na eleição, mediante juízos de conveniência e/ou de oportunidade, da melhor alternativa para a concretização de um direito social fundamental, quando se admite a existência de um leque de alternativas *a priori* igualmente válidas para tanto. Contudo, além de competir ao Judiciário sindicarem a adequação da conduta da administração às razões de fato e de direito invocadas na tomada das decisões administrativas, e a legitimidade dessas razões de fato e de direito segundo a força vinculante dos direitos fundamentais - a adstrição dessas razões e da conduta administrativa ao projeto consubstanciado pela cidadania no pacto social instituinte -, compete ao Judiciário aferir concretamente se há, realmente, uma pluralidade de alternativas *a priori* igualmente válidas ao administrador público na tarefa de concretização de um direito social fundamental, protegendo, assim, os interesses fundamentais dos cidadãos/administrados das arbitrariedades do poder e assegurando a primazia da vontade geral consubstanciada na Constituição, ou seja, que a *criatura* (Estado, governo) não se volte contra o *criador* (Constituição, vontade geral).

Em síntese, os tribunais podem e devem controlar a razoabilidade das respostas dos poderes públicos às demandas sociais, respeitando, no entanto, o princípio da “divisão dos poderes” - na verdade, separação de funções ou divisão de responsabilidades - e atentando para as consequências fáticas de suas decisões, inclusive atentando para o princípio da proporcionalidade, mas sempre sem afastarem-se do dever de dar efetividade aos direitos fundamentais, civis, políticos e sociais, reconhecidos aos cidadãos/administrados pela Constituição.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, V. Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política. In: BIRGIN, H.; KOHEN, B. (Orgs.). *Acceso a la justicia como garantía de igualdad: instituciones, actores y experiencias comparadas*. Buenos Aires: Biblos, 2006.
- ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. El acceso a la información como derecho. In: DUHALDE, E. L. (Org.). *Anuario de derecho a la información*. Buenos Aires: Eudeba, 2000.
- ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.
- ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. AJA, E. (Org.). *Las tensiones entre el tribunal constitucional y el legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel, 1998.
- ALEXY, R. Derechos fundamentales y estado constitucional democrático. In: CARBONELL, M. (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, 2003.
- ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.
- ALFONSO, L. P. *Estado social y administración pública: los postulados constitucionales de la reforma administrativa*. Madrid: Civitas, 1983.
- Aparelhos ideológicos de estado*. 7.ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998.
- ALTHUSSER, L. *Posiciones*. Barcelona: Anagrama, 1977.
- ALVAREZ, L. G. D. *Anatomía del intelectual reaccionario: Joseph de Maistre, Vilfredo Pareto y Carl Schmitt*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2007.
- ÁLVAREZ, S. Derechos humanos de las mujeres y relativismo cultural. In: CANTÓ, P; POSTIGO, E. (Org.). *Autoras y protagonistas*. Madrid: IUEM-Universidad Autónoma de Madrid, 2000.
- AMARAL, G. *Direito, escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ANDERSSON, J. *Investment or cost? The role of the metaphor of productive social policies in welfare state formation in Europe and the US: 1850-2000*. World Congress in Historical Sciences. Sydney: [s.n.], 2005.
- ANNAN, A. Administrative law in a global era: progress, deregulatory change, and the rise of the administrative presidency. *Cornell Law Review*, n. 73, Ithaca (NY), 1988.
- AÑÓN, M. J. Ciudadanía social: la lucha por los derechos sociales. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 6, Valencia, 2002. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=306394>>. Acesso em 30 nov. 2009.
- AÑÓN, M. J.; AÑÓN, J. G. (Org.). *Lecciones de derechos sociales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.
- ANSUATEGUI, F. J. *Poder, ordenamiento jurídico y derechos*. Madrid: Dykinson, 1997.
- APEL, K.-O. *Hacia una macroética de la humanidad*. México: UNAM, 1992.

APEL, K.-O. The problem of philosophical foundations in light of a transcendental pragmatics of language. In: BAYNES, K.; BOHMAN, J.; MCCARTHY, T. (Org.). *After philosophy: end or transformation?* Cambridge: MIT, 1987.

APEL, K.-O.; KETTNER, M. (Org.). *Die eine Vernunft und die vielen Rationalitäten*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

ARAGÓN, M. El control como elemento inseparable del concepto de constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 19, Madrid, 1987.

ARAGUREN, J. L. *Ética*. Madrid: Trotta, 1994.

ARANGO, R. Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial. *El Otro Derecho*, n. 28, Bogotá, 2002.

ARAÚJO, F. R.; VARGAS, L. A. MALLMANN, M. H.; FRAGA, R. C. Direito como signo - vinte anos. In: MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (Org.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.

ARENDT, H. *On revolution*. New York: Hortsseiner, 1989.

ARISTÓTELES. *Obras completas*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ARISTÓTELES. *Política*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1951.

ASSIER-ANDRIEU, L. *O direito nas sociedades humanas*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ATIENZA, M. *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

AULO GELIO. *Las noches áticas*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europea-América, 1959.

AUSTIN ASIS. *Quem é quem no mercado de saúde no Brasil*. Pesquisa. 2010.

ÁVILA, J. T. *El mínimo vital en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Bogotá: Cinep-Diakonia, 2002.

BACELLAR FILHO, R. F. *Direito administrativo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BACHOF, O.; WOLFF, H.; STOBER, R. *Direito administrativo*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

BAKHTIN, M. *Marxismo e filosofia da linguagem*. 3.ed. São Paulo: Hucitec, 1988.

BALDASARRE, A. *La déclaration des droits sociaux*. Paris: J. Vrin, 1946.

BALDASARRE, A. *Los derechos sociales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

BALIBAR, É. *Les frontières de la démocratie*. Paris: La Découverte, 1992.

BAPTISTA, T. W. F.; MACHADO, C. V.; LIMA, L. D. Responsabilidade do estado e direito à saúde no Brasil: um balanço da atuação dos poderes. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 14, n. 3, Rio de Janeiro, 2009.

- BARATA, R.; CHIEFFI, A. L. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. *Cadernos de Saúde Pública*, n. 25, Rio de Janeiro, 2009.
- BARCELLOS, A. P. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARCELLOS, A. P. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, n. 240, Rio de Janeiro, 2005.
- BARRETO, V. P. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, I. W. (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, n. 2, São Paulo, 2007.
- BARROSO, L. R. Vinte anos da constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. In: MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (Org.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.
- BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, L. R. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARUKI, L. V. R.; BERTOLIN, P. T. M. Violência contra a mulher: a face mais perversa do patriarcado. In: ANCREUCCI, A. C. P.; BERTOLIN, P. T. M. (Org.). *Mulher, sociedade e direitos humanos*. São Paulo: Rideel, 2010.
- BAUMAN, Z. *Modernidade e holocausto*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- BAUMAN, Z. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.
- BAYNES, K. Democracy and the Rechtsstaat: Habermas's Faktizität und Geltung. In: WHITE, S. K. (Org.). *The Cambridge companion to Habermas*. Cambridge: Cambridge University, 1995.
- BAYÓN, J. C. Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. In: BAYÓN, J. C. et al. *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- BAYÓN, J. C. *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- BEARD, C. A. *An economic interpretation of the constitution of the United States*. Mineola: Dover, 2004.
- BECKER, A. A. *Teoria geral do direito tributario*. São Paulo: Saraiva, 1972.
- BERLIN, I. Dos conceptos de libertad. In: BERLIN, I. *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza, 1998.

- BERTOMEU, M. J. et al. *Republicanism y democracia*. Buenos Aires: Miño y Dávila, 2005.
- BICKEL, A. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New York: Yale University, 1986.
- BIELEFELDT, H. Menschenrechte - universaler Normkonsens oder eurozentrischer Kulturimperialismus? In: BROCKER, M.; NAU, H. (Org.). *Ethnozentrismus*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1997.
- BIGOLIN, G. A reserva do possível como limite à eficácia dos direitos sociais. *Revista de Doutrina da Quarta Região*, s.n., Porto Alegre, 2006. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/Constitucional/giovani-bigolin.htm>>. Acesso em: 22 abr. 2006.
- BOBBIO, N. *Derecha e izquierda: razones y significados de una distinción política*. Madrid: Taurus, 1995a.
- BOBBIO, N. *Il futuro della democrazia*. Torino: Einaudi, 1995b.
- BOBBIO, N. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995c.
- BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. 5.ed. Brasília: UnB, 1994.
- BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Staat, Gesellschaft, Freiheit*. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1976.
- BÖCKENFÖRDE, E.-W. Demokratie als Verfassungsprinzip. In: ISENSEE, J.; KIRCHHOF, P. (Org.). *Handbuch des Staatsrechts*. Vol. I. Heidelberg: C. F. Müller, 1987.
- BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Recht, Freiheit, Staat: Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.
- BODIN, J. *Los seis libros de la república*. Caracas: Instituto de Estudios Políticos, 1966.
- BONAVIDES, P. A globalização e a soberania: aspectos constitucionais. In: FIOCCA, D.; GRAU, E.R. (Org.). *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- BONAVIDES, P. *Constituinte e constituição: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BONAVIDES, P. *Do estado liberal ao estado social*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BOROWSKI, M. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- BOURDIEU, P. *Cuestiones de sociología*. Madrid: Istmo, 2000.
- BOURDIEU, P. *Langage et puoivir symbolique*. Paris: Seuil, 2001.
- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Comentários aos princípios de Bangalore de conduta judicial*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008.
- BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Sinopse do censo demográfico 2010*. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2011.

- BRASIL. Ministério da Saúde. OPAS/OMS. *Avaliação da assistência farmacêutica no Brasil: estrutura, processo e resultados*. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.
- BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. *I relatório brasileiro sobre o cumprimento do pacto internacional de direitos econômicos, sociais e culturais*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2001.
- BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. *II relatório brasileiro sobre o cumprimento do pacto internacional de direitos econômicos, sociais e culturais*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2006.
- BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. *Consideração dos relatórios submetidos por países membros conforme artigos 16 e 17 do pacto. Observações finais do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2009.
- BRAVO, M. I. S.; CORREIA, M. V. C. Desafios do controle social na atualidade. *Serv. Soc. Soc.*, n. 109, São Paulo, 2012.
- BRESSER-PEREIRA, L.C; GRAU, N. C. Entre o estado e o mercado: o público não-estatal. In: BRESSER-PEREIRA, L.C; GRAU, N. C. (Org). *O público não-estatal na reforma do estado*. Rio de Janeiro: FGV, 1999.
- BRITO, C. A. Poder constituinte versus poder reformador. In: MAUÉS, A. *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- BROLIANI, J. N. O controle judicial nas omissões no planejamento financeiro. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, n. 21, Belo Horizonte, 2005.
- BROWN, W.; WILLIAMS, P. *La crítica de los derechos*. Bogotá: Universidad de Los Andes, 2003.
- BUCCI, M. P. D. Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos. In: BUCCI, M. P. D. et al. *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo: Pólis, 2001.
- BUCCI, M. P. D. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BUCCI, M. P. D. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, n. 133, Brasília, jan/mar 1997.
- CALAMANDREI, P. *La illegittimitá costituzionale delle leggi nel processo civile*. Padova: Cedam, 1950.
- CALLINICOS, A. *Igualdad*. Madrid: Siglo XXI, 2003.
- CAMPERO, G. Trabajo y ciudadanía. In: CALDERÓN, F. (Org.). *Ciudadanía y desarrollo humano*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CANOTILHO, J. J. G. Metodología “Fuzzy” y “camaleones normativos” en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. *Derechos y Libertades*, n. 6, Madrid, 1998.
- CANOTILHO, J. J. G. ¿Revisar/la o romper con la constitución dirigente? *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 43, Madrid, 1995.

- CAPLAN, L. Direitos sociais da constituição cidadã e as armadilhas ideológicas que levam à sua inefetividade: uma leitura a partir da teoria crítica. In: MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (Org.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.
- CARA, J. C. G. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- CARBONELL, M.; PARCERO; J. A. C.; VÁZQUEZ, R. (Org.). *Derechos sociales y derechos de las minorías*. 2. ed. México: Porruá-UNAM, 2001.
- CARÍAS, A. B. *Política, estado y administración pública*. Caracas: Ateneo, 1979.
- CARNOY, M. *Estado e teoria política*. 11. ed. Campinas: Papirus, 2005.
- CARTER, I. *La libertà eguale*. Milano: Feltrinelli, 2005.
- CARVALHO, P. B. *Direito tributário, linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.
- CASTEL, R. *Les métamorphoses de la question sociale: une chronique du salariat*. Paris: Fayard, 1995.
- CASTRO, J. L. C. *La tutela constitucional de los derechos sociales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- CASTRO, M. F. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 34, São Paulo, 1996.
- CAVALCANTE, P. M. R. A compreensão político-jurídica atual da função jurisdicional: a omissão legislativa e os direitos sociais em aberto - do juiz burocrata ao juiz concretizador. A mediação judicativa-decisória dos princípios jurídicos. In: MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (Org.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.
- CERQUEIRA, M. Várias são as formas de luta. A defesa da Constituição é uma delas. In: FIOCCA, D.; GRAU, E.R. (Org.). *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- CHEVALLIER, J. *Institutions publiques*. Paris: L.G.D.J, 1996.
- CHURCHILL, W. *Churchill: his complete speeches, 1897-1963*. London: Chelsea, 1974.
- COHEN, G. The currency of egalitarian justice. *Ethics*, n. 99, Chicago, 1989.
- COMA, M. Los principios del estado de derecho y su aplicación a la administración en la constitución. *Revista de Administración Pública*, n. 87, Madrid, 1978.
- COMPARATO, F. K. Réquiem para uma Constituição. In: FIOCCA, D.; GRAU, E.R. (Org.). *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. *Pesquisa CNI-IBOPE: avaliação do governo*. Brasília: CNI, 2012.

- CORREIA, M. V. C. *Desafios para o controle social: subsídios para capacitação de conselheiros de saúde*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005.
- COSTA, F. D. C. A função realizadora do poder judiciário e as políticas públicas no Brasil. In: MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (Org.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.
- COURTIS, C. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- COURTIS, C. (Org.). *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: CELS, 2006.
- CRAVEN, M. *The international covenant on economic, social and cultural rights: a perspective on its development*. Oxford: Clarendon, 1995.
- CRUZ, A. R. S. Um olhar crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no estado democrático de direito. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- DALLARI, D. A. Os direitos fundamentais na Constituição brasileira. In: FIOCCA, D.; GRAU, E. R. (Org.). *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- DALY, M. *Acesso aos direitos sociais na Europa: relatório do Conselho da Europa*. Lisboa: Ministério da Segurança Social e do Trabalho, 2003.
- DEAN, H. The juridification of welfare: strategies of discipline and resistance. In: KJØNSTAD, A.; WILSON, J. V. (Org.). *Law, power and poverty*. Bergen: CROP, 1997.
- DELFINO, D. M. A Rússia antes da revolução. *História Viva - Grandes Temas*, n. 18, São Paulo, 2007.
- DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- DI PIETRO, M. S. Z. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 9, Salvador, 2007.
- DI PIETRO, M. S. Z. Participação popular na administração pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 1, São Paulo, 1993.
- DIAS, E. F. Hegemonia: racionalidade que se faz história. In: DIAS, E. F. et al (Org.). *O outro Gramsci*. São Paulo: Xamã, 1996.
- DÍAZ, A. O. Castillar la disidencia: el movimiento de ocupación en el ordenamiento jurídico. *Jueces para la democracia*, n. 54, Madrid, 2005.
- DÍAZ, E. *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2004.
- DÍAZ, E. *De la maldad estatal y la soberanía popular*. Madrid: Debate, 1984.
- DÍAZ, E. Estado de derecho y legitimidad democrática. In: DÍAZ, E.; COLOMER, J. L. (Org.). *Estado, justicia, derechos*. Madrid: Alianza, 2002.

DÍAZ, E. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid: Cuadernos para el Diálogo, 1975.

DÍAZ, E. *Sociología y filosofía del derecho*. Madrid: Taurus, 1971.

DICEY, A. V. *Introduction to the study of the law of the constitution*. 8. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1982.

DIMENSTEIN, G. *Democracia em pedaços: direitos humanos no Brasil*. São Paulo: Schwarcz, 2006.

DRAIBE, S. Qualidade de vida e reformas de programas sociais: o Brasil no cenário latino-americano. *Lua Nova*, n. 31, São Paulo, 1993.

DRIVER, S. S. *A declaração de independência dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

DROMI, J. R. *Constitución, gobierno y control*. Mendoza: Ciudad Argentina, 1983.

DROMI, J. R. *Introducción al derecho administrativo*. Madrid: Grouz, 1986.

DUGUIT, L. *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*. Paris: F. Alcan, 1922.

DUVERGER, M. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. Paris: Presses Universitaire France, 1976.

DWORKIN, R. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, R. *Is democracy possible here? (principles for a new political debate)*. Princeton: Princeton University, 2006.

EDELSTEIN, W.; NUNNER-WINKLER, G. (Org.). *Moral in Kontext*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

EIDE, A. et al (Org.). *Economic, social and cultural rights*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1995.

ENTERRÍA, E. G. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1991.

ENTERRÍA, E. G. *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

ENTERRÍA, E. G. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1983.

ENTERRÍA, E. G.; FERNÁNDEZ, T. R. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: RT, 1990.

ESPING-ANDERSEN, G. *The three worlds of welfare capitalism*. Princeton: Princeton University, 1998.

FABRE, C. *Social rights under the constitution*. Oxford: Clarendon, 2000.

FAGUNDES, M. S. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

- FAVELA, J. O. (Org.). *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupos*. México: UNAM, 2004.
- FERNÁNDEZ, E. G.; SOTOMAYOR, C. A. *Democracia y presupuestos participativos*. Barcelona: Icaria, 2003.
- FERNÁNDEZ, T. R. Juzgar a la administración contribuye también a administrar mejor. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 76, Madrid, 1992.
- FERRAJOLI, L. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995.
- FERRAJOLI, L. Derechos fundamentales. In: FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.
- FERRAJOLI, L. *Diritto e ragione*. Roma: Laterza, 1990.
- FERRAJOLI, L. *Garantismo: una discusión sobre democracia y derecho*. Madrid: Trotta, 2006a.
- FERRAJOLI, L. *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2006b.
- FERRAJOLI, L. et al. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.
- FERRAZ JUNIOR, T. S. *Direito constitucional*. São Paulo: Manole, 2007.
- FERREIRA FILHO, M. G. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FIGUEIREDO, L. V. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- FIOCCA, D.; GRAU, E.R. (Org.). *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- FISS, O. Grupos y cláusula de igual protección. In: GARGARELLA, R. (Org.). *Derecho y grupos desaventajados*. Barcelona: Gedisa, 1999.
- FISS, O. *The law and it could be*. New York: New York University, 2003.
- FLORES, J. H. Hacia una visión compleja de los derechos humanos. In: FLORES, J. H. *El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.
- FONTANA, J. *Historia: análisis del pasado y proyecto social*. Barcelona: Crítica, 1982.
- FONTES, P. G. *O controle da administração pelo ministério público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- FORMOSA, P. All politics must bend its knee before right: Kant on the relation of morals to politics. *Social Theory and Practice*, s.n., Charlottesville, 2008. Disponível em: <http://findarticles.com/p/articles/mi_hb6395/is_2_34/ai_n31505767/?tag=content;col1>. Acesso em: 23 set. 2011.
- FRAGA, R. C.; VARGAS, L. A. Greve de servidores públicos: o direito de greve dos servidores públicos após a decisão do Supremo Tribunal Federal. In: THOME, C. F.; SCHWARZ, R. G. (Org.). *Direito coletivo do trabalho: curso de revisão e atualização*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

FRAGALE FILHO, R. Nem a lei liberta: a constituição de 1988 e os direitos sociais vinte anos depois. In: MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (Org.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.

FRANÇA, P. G. *Fundamentos constitucionais do controle da regulamentação econômica*. Dissertação (Mestrado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007.

FRANCO, A. *Pobreza & desenvolvimento local*. Brasília: AED, 2002.

FRASER, N. *Justice Interruptus*. Critical reflections on the “postsocialist” condition. New York: Routledge, 1997.

FREIRE, A. M. P. *La garantía en el estado constitucional*. Madrid: Trotta, 1997.

FREITAS JÚNIOR, A. R.; ZAPPAROLLI, C. R. *Mediação de conflitos e promoção da cultura da paz*. São Paulo: [s.n.], 2007.

FREITAS, J. A melhor interpretação constitucional versus a única resposta correta. In: BASTOS JUNIOR, L. M.; LEITE, R. B.; LOIS, C. C. (Org.). *A constituição como espelho da realidade*. São Paulo: LTr, 2007.

FREITAS, J. Controle dos atos vinculados e discricionários à luz dos princípios fundamentais. In: GERMANO, L. P. R.; GIORGIS, J. C. T. (Org.). *Lições de direito administrativo: estudos em homenagem a Octavio Germano*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FREITAS, J. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FRISCHEISEN, L. C. F. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o ministério público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

FULLER, L. *The morality of law*. London-New Haven: Yale University, 1964.

GALLARDO, H. *Política y transformación social: discusión sobre derechos humanos*. Quito: SERPAJ/ Tierra Nueva, 2000.

GANDINI, J. A. D.; BARIONE, S. F.; SOUZA, A. E. A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial - critérios e experiências. In: SCHWARZ, R. G. (Org.). *Direito administrativo contemporâneo*. Administração pública, justiça e cidadania: garantias fundamentais e direitos sociais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GARGARELLA, R. *El derecho a la protesta: el primer derecho*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2005.

GASCÓN, M. *Los hechos en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

GAZOLA, P. M. *Concretização do direito à moradia digna: teoria e prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GENRO, T. Constituição social e direitos efetivos. In: MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (Org.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.

- GENRO, T.; SOUZA, U. *El presupuesto participativo: la experiencia de Porto Alegre*. Buenos Aires: EUDEBA- IEFCTA, 1998.
- GERMANO, L. P. R.; GIORGIS, J. C. T. (Org.). *Lições de direito administrativo: estudos em homenagem a Octavio Germano*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- GIDDENS, A. *Sociology*. Oxford: Polity, 1990.
- GODOI, M. S. Tributo e solidariedade social. In: GRECO, M. A.; GODOI, M. S. (Org.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.
- GOMES, J. B. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. In: SANTOS, R. E.; LOBATO, F. (Org.). *Ações afirmativas. Políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.
- GORDILLO, A. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Macchi, 1977.
- GORTER, H. *Het imperialisme, de wereldoorlog en de sociaal-democratie*. Amsterdam: Brochurehandel Sociaal-Democratische Partij, 1914.
- GOUVÊA, M. M. *O controle judicial das admissões administrativas: novas perspectivas de implementação de direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GRAHAM, M. A.; VEGA, J. C. (Org.). *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*. Buenos Aires: Astrea, 1996.
- GRAJEW, O. Responsabilidade social empresarial. In: PINSKY, J. (Org.). *Práticas de cidadania*. São Paulo: Contexto, 2004.
- GRAMSCI, A. Antonio. *Cadernos do cárcere*. Vol. III. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.
- GRASELLI, O. Efetividade judicial de direitos sociais. In: MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (Org.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.
- GRAU, A. B. *Derecho del trabajo: un modelo para armar*. Madrid: Trotta, 1991.
- GRAU, A. B. *Sindicalismo y derecho sindical*. Madrid: Bomarzo, 2004.
- GRAU, E. R. As relações entre os poderes no décimo aniversário da Constituição de 1988. In: FIOCCA, D.; GRAU, E.R. (Org.). *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- GRAU, E. R.; BELLUZZO, L. G. M. Direito e mídia, no Brasil. In: FIOCCA, D.; GRAU, E.R. (Org.). *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- GRECO, M. A. Solidariedade social e tributação. In: GRECO, M. A.; GODOI, M. S. (Org.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.
- GROETHUYSEN, B. *Philosophie de la révolution française*. Paris: Gallimard, 1956.
- GROTTI, D. A. M. A arbitragem e a administração pública. In: GUILHERME, L. F. V. (Org.). *Novos rumos da arbitragem no Brasil*. São Paulo: Fiuza, 2004.

GUARESCHI, N. et al. Problematizando as práticas psicológicas no modo de entender a violência. In: STREY, M. N.; AZAMBUJA, M. P.; JAEGER, F. P. *Violência, gênero e políticas públicas*. Porto Alegre, Edipucrs, 2004.

GUARNIERI, C. Magistratura e política: il caso italiano. *Rivista Italiana di Scienza Politica*, n. 1, Siena, 1991.

GUASTINI, R. Teoria e dogmatica delle fonti. In: GUASTINI, R. *Trattato de diritto civile e commerciale*. Milano: Dott A. Giuffrè, 1998.

GURVITCH, G. *L'idée du droit social*. Paris: Sirey, 1932.

GUSTIN, M. B.; DIAS, M. T. *(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUTIÉRREZ, I. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

HÄBERLE, P. *Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HÄBERLE, P. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003.

HABERMAS, J. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003-b.

HABERMAS, J. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003-a.

HABERMAS, J. *Erkenntnis und Interesse*. Frankfurt am Main: Verlag, 1973.

HABERMAS, J. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 4.ed. Madrid: Trotta, 2005.

HABERMAS, J. *Faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

HABERMAS, J. *La desobediencia civil, piedra de toque del estado democrático de derecho*. Barcelona: Península, 1994.

HABERMAS, J. Moralität und Sittlichkeit. Treffen Hegels Einwände gegen Kant auch auf die Diskursethik zu? In: KUHLMANN, W. (Org.). *Moralität und Sittlichkeit: Das Problem Hegels und die Diskursethik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986a.

HABERMAS, J. *Problemas de legitimación del capitalismo tardío*. Buenos Aires: Amorrortu, 1986b.

HABERMAS, J. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2004.

HALLOWELL, J. H. *The decline of liberalism as an ideology*. With particular reference to german politico-legal thought. London: Kegan Paul, Trench, Trubner, 1946.

HARRINGTON, J. *The commonwealth of Oceana and a system of politics*. Cambridge: J. G. A. Pocock, 1992.

- HART, H. M.; SACKS, A. M. *The legal process: basic problems in the making and application of law*. New York: Foundation, 1994.
- HART, H. *The concept of law*. Oxford: Clarendon, 1961.
- HELD, D. *Modelos de democracia*. Madrid: Alianza, 1993.
- HELLER, H. *Teoría del estado*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2010.
- HERRING, R. *The federalist papers by Alexander Hamilton, John Jay and James Madison*. New York: s.n., 2005. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=fteKxvysVFoC&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: 22 set. 2011.
- HESSE, K. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- HESSE, K. *Grundzüge des Verfassungsrechts Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 1995.
- HESSE, K. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HIERRO, L. *Estado de derecho*. Problemas actuales. México: Fontamara, 1998.
- HIERRO, L. ¿Qué derechos tenemos? *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 23, Madrid, 2000.
- HOBBS, T. *Leviatán*. Madrid: Nacional, 1979.
- HÖFLING, E. M. Estado e políticas (públicas) sociais. *Cadernos Cedes*, n. 55, Campinas, 2001.
- HOFMANN, H. *Recht-Politik-Verfassung*. Frankfurt am Main: A. M. Verlag, 1986.
- HOFMANN, R. et al. (Org.). *Armut und Verfassung. Sozialstaatlichkeit im europäischen Vergleich*. Wien: Verlag Österreich, 1998.
- HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 1999.
- IBÁÑEZ, P. A. *Corrupción y Estado de derecho*. Madrid: Trotta, 1996.
- JELLINEK, G. *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Springer, 1921.
- JELLINEK, G. *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*. Milano: Giuffrè, 1912.
- JONES, D. *Code of pace: ethics and security in the world of the warlord states*. Chicago: University of Chicago, 1989.
- KANT, I. Fundamentação da metafísica dos costumes. In: KANT, I. *Crítica da razão pura e outros textos*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.
- KELSEN, H. *Esencia y valor de la democracia*. Madrid: Punto Omega, 1977.
- KELSEN, H. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KEYNES, J. M. *The end of laissez-faire*. Amherst (N. Y.): Prometheus, 2004.

KEYNES, J. M. *The general theory of employment, interest and money*. London/New York: Macmillan-St. Martin's, 1936.

KING, J. The pervasiveness of polycentricity. *Public Law*, s.n., London, 2008.

KLIKSBERG, B. *O desafio da exclusão: para uma gestão social eficiente*. São Paulo: FUNDAP, 1997.

KLUXEN, W. Abstrakte Vernunft und konkrete Geschichte. In: BROCKER, M.; NAU, H. (Org.). *Ethnozentrismus*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1997.

KRAUSE, C. The right to property. In: EDIE, A. et al. (Org.). *Economic, social and cultural rights*. Den Haag: Kluwer Law International, 2003.

KRELL, A. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

KROESCHELL, K. *Deutsche Rechtsgeschichte*. Hamburg: Westdeutscher Verlag, 2008.

LANGFORD, M. Judging resource availability. In: SQUIRES, J.; LANGFORD, M. *The road to a remedy: current issues in the litigation of economic, social and cultural rights*. Sydney: UNSW, 2005.

LANGFORD, M. Judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise socio-jurídica. *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 6, n. 11, São Paulo, 2009.

LAPORTA, F. Imperio de la ley y seguridad jurídica. In: DÍAZ, E.; COLOMER, J. L. (Org.). *Estado, justicia, derechos*. Madrid: Alianza, 2002.

LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983.

LASALLE, F. *Théorie systematique des droits acquis*. Paris: Giard & Brière, 1904.

LASKI, H. *Studies in law and politics*. New Haven: Yale University, 1932.

LEAL, R. G. *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LECHNER, N. *La democratización en el contexto de una cultura postmoderna*. Santiago: FLACSO, 1986.

LEDGORD, K. F. *Formalizing the rule of law in Prussia: the Supreme Administrative Law Court, 1876-1914*. Cambridge: Cambridge University, 2004.

LOCKE, J. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Madrid: Alianza, 1990.

LOYOLA, M. A. Medicamentos e saúde pública em tempos de Aids: metamorfoses de uma política dependente. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 13, Rio de Janeiro, 2008.

LÓPEZ, M. C. P. *Derecho del trabajo e ideología: medio siglo de formación ideológica del derecho de trabajo en España (1873-1923)*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 2002.

LÓPEZ GUERRA, L. La garantía de la constitución. In: PECES-BARBA, G.; RAMIRO, M. A. (Org.). *La Constitución a examen: un estudio académico 25 años después*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

- LUÑO, A. P. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.
- LUÑO, A. P. Seguridad jurídica. In: VALDÉS, E. G.; LAPORTA, F. (Org.). *El derecho y la justicia*. Enciclopedia iberoamericana de filosofía. Vol. XI. Madrid: Trotta, 1996.
- MACCORMICK, N. Orden espontáneo e imperio de la ley: algunos problemas. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 6, Madrid, 1989.
- MACHIAVELLI, N. *Il príncipe*. Milano: Fabbri, 1997.
- MAFFINI, R. C. Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança): em torno da súmula vinculante n.º 3 do Supremo Tribunal Federal. In: SCHWARZ, R. G. (Org.). *Direito administrativo contemporâneo*. Administração pública, justiça e cidadania: garantias fundamentais e direitos sociais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- MALBERG, C. *Contribution à la théorie générale de l'État*. Paris: Sirey, 1922.
- MANDROU, R. *De la culture populaire aux XVIIe et XVIIIe siècles*. Paris: Stock, 1964.
- MANNORI, L.; SORDI, B. Science of administration and administrative law. In: BECCHI, P. et al. (Org.). *A history of philosophy of law in the civil law world, 1600-1900*. London-New York: Springer, 2009.
- MARGALIT, A. *Politik der Würde: über Achtung und Verachtung*. Berlin: Fischer, 1997.
- MARÍN, A. O. *Estado social y crisis económica*. Madrid: Complutense, 1996.
- MARQUES, S. B.; DALLARI, S. G. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, v. 41, n. 1, São Paulo, 2007.
- MARSHALL, T. H. *Americans no more: the death of citizenship*. Boston: Harvard University, 2002.
- MARSHALL, T. H. *Citizenship and social class, and other essays*. Cambridge: Cambridge University, 1992.
- MARSHALL, T. H.; BOTTOMORE, T. *Ciudadanía y clase social*. Madrid: Alianza, 1998.
- MARTÍN, C. C. *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*. Madrid: Trotta, 2003.
- MARTÍN, C. C. *Sobre el concepto de ley*. Madrid: Trotta, 2002.
- MARTÍN, C. C. *Teoría constitucional de la solidaridad*. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- MARTÍN, C.; RODRÍGUEZ, D.; GUEVARA, J. *Derecho internacional de los derechos humanos*. México: Fontamara, 2004.
- MARTÍN-BARBERO, J. *De los medios a las mediaciones*. Barcelona: Gustavo Gili, 1987.
- MARTÍNEZ, G. P.-B. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III, 1995.
- MARTÍNEZ, G. P.-B. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Madrid: Eudema, 1988.

MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

MARX, K. *La guerre civile en France*. Paris: Sociales, 1972.

MATTEUCCI, N. *Organizzazione del potere e libertà*. Torino: Utet, 1976.

MATURANA, H.; VARELA, F. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MAXWELL, M. *Morality among nations: an evolutionary view*. Albany: University of New York, 1990.

MEINECKE, F. *Machiavelism: the doctrine of raison d'état and its place in modern history*. London: Routledge and Kegan Paul, 1957.

MELLO, C. A. B. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010a.

MELLO, C. A. B. Control jurisdiccional de los actos administrativos. *Revista de Administración Pública*, n. 110, Madrid, 1986.

MELLO, C. A. B. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, C. A. B. *Discricionariedade e controle jurisdiccional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010b.

MELLO, C. A. B. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009a.

MELLO, C. A. B. Funerais da Constituição de 1988. In: FIOCCA, D.; GRAU, E.R. (Org.). *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

MELLO, C. A. B. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009b.

MELLO, O. A. B. *Princípios gerais de direito administrativo*. v. 1. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDONÇA, E. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário das políticas públicas. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MENÉNDEZ, I. V. *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

MENGER, A. *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*. Tübingen: Laupp, 1890.

MENGER, A. *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag in geschichtlicher Darstellung*. Stuttgart-Berlin: Cotta, 1886.

MESSEDER, A. M.; OSORIO-DE-CASTRO, C. G. S.; LUIZA, V. L. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do estado do Rio de Janeiro. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 21, n. 2, Rio de Janeiro, 2005.

MÉSZÁROS, I. *A educação para além do capital*. São Paulo: Boitempo, 2005.

MIGNOLO, W. *Histórias locais, projetos globais: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar*. Belo Horizonte, UFMG, 2003.

- MIGUEL, A. R. Concepciones de la igualdad y justicia distributiva. In: DÍAZ, E.; COLOMER, J. L. (Org.). *Estado, justicia, derechos*. Madrid: Alianza, 2002.
- MILLER, J. C. *Origins of the american revolution*. Boston: Little, Brown and Company, 1943.
- MIRAVET, P. El ingreso ciudadano. In: ABRAMOVICH, V.; AÑON, M. J.; COURTIS, C. (Org.). *Derechos sociales: instrucciones de uso*. México: Fontamara, 2003.
- MISRHA, R. *The welfare state in crisis: social thought and social change*. Brighton: Hervaster, 1984.
- MOHL, R. *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*. Tübingen: Adamant, 2005.
- MONTESQUIEU, C. *Oeuvres complètes*. Paris: Gallimard, 1951.
- MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (Org.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.
- MORAES, M. C. B. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, I. W. (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- MORAES, M. C. B. O princípio da solidariedade. In: MATOS, A. C. H. *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.
- MORALES, J. R. La globalización como proceso de universalización de un modelo económico. *Cuaderno de Materiales*, s.n., Madrid, 2001. Disponível em: <<http://www.geocities.com/CapitolHill/3103/Globalizacion.htm>>. Acesso em: 30 nov. 2008.
- MORESO, J. J. Sobre el alcance del precompromiso. *Discusiones*, n. 1, Bahía Blanca, 2000.
- NACIONES UNIDAS. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Observación general n. 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el derecho a una vivienda adecuada*. 2001. Disponível em: <http://www.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs25_sp.htm>. Acesso em 10 out. 2007.
- NAVARRO, E. La reflexión sociológica sobre la legitimidad. In: DÍAZ, E.; COLOMER, J. L. (Org.). *Estado, justicia, derechos*. Madrid: Alianza, 2002.
- NEVES, A. C. *Questão-de-fato-questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Almedina, 1967.
- NINO, C. S. *Ética y derechos humanos*. Barcelona: Ariel, 1984.
- O'CONNOR, J. *A crise do Estado capitalista*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.
- O'DONELL, G. Teoría democrática y política comparada. *Desarrollo Económico, Revista de Ciencias Sociales*, n. 39, Buenos Aires, 2000.
- OLIVEIRA, M. V. *Previdência social*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.
- ORTEGA, M. S. *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2006.

- ORTIZ, E. O. *La vía de hecho y la jurisdicción contencioso-administrativa*. San José: LIL, 1993.
- PANNEKOEK, A. *Critica del bolchevismo*. Barcelona: Anagrama, 1976.
- PANNEKOEK, A. *Workers' councils*. Oakland: AK, 2003.
- PAPACCHINI, A. *Filosofía y derechos humanos*. Cali: Universidad del Valle, 2005.
- PARETO, V. *Trattato di sociologia generale*. Torino: UTET, 1988.
- PARIENTE, A. *La separation des pouvoirs : theorie contestee et pratique renouvelee*. Paris : Dalloz, 2006.
- PASTOR, J. A. S. *Principios de derecho administrativo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.
- PECES-BARBA, G. La cultura jurídico-política de la constitución de 1978. In: PECES-BARBA, G.; RAMIRO, M. A. (Org.). *La Constitución a examen: un estudio académico 25 años después*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- PECES-BARBA, G. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2005.
- PEREIRA, F. H. U.; DIAS, M. T. F. *Cidadania e inclusão social*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- PÉREZ, J. G. *Administración pública y libertad*. México: UNAM, 1971.
- PÉREZ, J. G. Nuevos sistemas de control de la administración pública. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 22, Madrid, 1979.
- PICÓ, J. *Teorías sobre el estado del bienestar*. 2. ed. Madrid: Siglo XXI, 1990.
- PIOVESAN, F. Direitos humanos e a jurisdição constitucional internacional. In: GOMES, E. B.; REIS, T. H. (Org.). *O direito constitucional internacional após a Emenda 45/04 e os direitos fundamentais*. São Paulo: Lex, 2007.
- PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PIOVESAN, F. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- PIRES, L. M. F. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- PIRES, V.; TIBALI, L. R.; SOUZA, M. C. *Transparência orçamentária municipal via web (TOM Web) após a Lei Complementar 131/09: os casos da região administrativa central do estado de São Paulo*. Anais do Encontro de Administração Pública e Governança da ANPAD. Vitória: ANPAD, 2010.
- PISARELLO, G. El estado social como estado constitucional: mejores garantías, más democracia. In: ABRAMOVICH, V.; AÑÓN, M. J.; COURTIS, C. (Org.). *Derechos sociales: instrucciones de uso*. México: Fontamara, 2003.
- PISARELLO, G. Las afinidades constitucionales de Habermas. *Jueces para la Democracia*, n. 39, Madrid, 2000.

- PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Trotta, 2007.
- PLATÃO. *Platón: obras completas*. Madrid: Medina y Navarro, 1872.
- POLANYI, C. *La gran transformación: crítica del liberalismo económico*. Madrid: La Piqueta, 1998.
- PORTILLA, K. P. *Principio de igualdad: alcance y perspectivas*. México: UNAM-Conapred, 2005.
- POSNER, R. A. *A economia da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- PRIETO, H. V. *La estrategia del diálogo social: de la concentración al reparto del poder decisorio en las relaciones laborales*. San José: Oficina Internacional del Trabajo, 2002.
- PRIETO, L. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.
- PRIETO, L. La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades. *Derechos y Libertades*, n. 8, Madrid, 2000.
- PRZEWORSKI, A. *Capitalismo e social-democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- PULIDO, C. B. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003.
- PULIDO, C. B. Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria. *Discusiones*, n. 4, Bahía Blanca, 2004.
- RAMOS, E. S. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RAMOS, J. *La teoría dualista de los derechos fundamentales*. Tepic: Lorem Ipsum, 2006.
- RANGEL, J. A. T. *El Derecho como arma de liberación en América Latina*. San Luis Potosí: Facultad de Derecho de San Luis Potosí, 2006.
- RAWLS, J. *A theory of justice*. Oxford: Oxford University, 1980.
- RAWLS, J. *Political liberalism*. New York: Columbia University, 1993.
- RAZ, J. *The authority of law: essays on law and morality*. New York: Clarendon, 1979.
- REBOLLO, L. M. La justicia administrativa ante el texto constitucional. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 19, Madrid, 1978.
- REIS, J. R. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nas relações interprivadas: breves considerações. In: LEAL, R. G; REIS, J. R. (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005.
- RESTA, E. *Il diritto fraterno*. 3.ed. Roma: Laterza, 2005.
- REVORIO, F. J. D. *La constitución como orden abierto*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.
- RIOS, R. R. Respostas jurídicas frente à epidemia de HIV/Aids no Brasil. *CEBES*, n. 27, Rio de Janeiro, 2003.

RITTER, G. A. *Storia dello stato sociale*. 2.ed. Roma: Laterza, 1999.

RIVERO, J. *Les libertés publiques*. Paris: PUF, 1973.

ROCHA, C. L. A. Constituição e ordem econômica. In: FIOCCA, D.; GRAU, E.R. (Org.). *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

ROCHA, S. L. F. Breves considerações sobre a intervenção do Estado no domínio econômico e a distinção entre atividade econômica e serviço público. In: SPARAPANI, P.; ADRI, R. P. (Org.). *Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social: homenagem ao professor Celso Antonio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ROCHA, S. L. F. *Terceiro setor*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

RODRÍGUEZ, J. F. *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: Civitas, 1998.

ROIG, M. J. A. Elementos para una teoría de los derechos sociales en construcción. In: SCHWARZ, R. G. (Org.). *Direito administrativo contemporâneo*. Administração pública, justiça e cidadania: garantias fundamentais e direitos sociais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

ROMAN, D. *Le droit public face à la pauvreté*. Paris: LGDJ, 2002.

ROQUE, S. J. *História do direito*. São Paulo: Ícone, 2007.

ROSS, A. *Direito e justiça*. Bauru: EDIPRO, 2000.

ROUSSEAU, J.-J. *Le contrat social*. Paris: Armand Colin, 1962.

RÜHLE, O. *Die Seele des proletarischen Kindes*. Dresden: Verlag am andern Ufer, 1925.

SABBAG, C. *Orçamento e desenvolvimento - recurso público e dignidade humana: o desafio das políticas públicas desenvolvimentistas*. São Paulo: Millennium, 2006.

SADEK, M. T. (Org.). *Reforma do poder judiciário*. São Paulo: Konrad Adenauer, 2001.

SAID, E. *Cultura e imperialismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SANTOS, B. S. *La caída del Angelus Novus: ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2003.

SANTOS, B. S. Os processos da globalização. In: SANTOS, B. S. (Org.). *A globalização e as ciências sociais*. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2005a.

SANTOS, B. S. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005b.

SANTOS, B. S.; MARQUES, M. M. L.; PEDROSO, J. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 30, São Paulo, 1996.

SANTOS, R. L. Ação coletiva. In: SCHWARZ, R. G. (Org.). *Dicionário de direito do trabalho, de direito processual do trabalho e de direito previdenciário aplicado ao direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012a.

SANTOS, R. L. *Sindicatos e ações coletivas*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2012-b.

- SARAT, A.; SCHEINGOLD, S. *Cause lawyering: political commitments and professional responsibilities*. New York: Oxford University, 1998.
- SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SARLET, I. W. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Interesse Público*, n. 12, São Paulo, 2001.
- SARLET, I. W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SARLET, I. W. Dignidade da pessoa humana e “novos” direitos na constituição federal de 1988: algumas aproximações. In: MATOS, A. C. H. (Org.). *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.
- SARLET, I. W. O direito fundamental à moradia na constituição. In: SAMPAIO, J. A. L. (Org.). *Crise e desafios da constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SCHEFFER, M.; SALAZAR, A. L.; GROU, K. B. *O remédio via justiça: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/AIDS no Brasil por meio de ações judiciais*. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.
- SCHEININ, M. Direct applicability of economic, social and cultural rights: a critique of the doctrine of self-executing treaties. In: SCHEININ, M. *Social rights as human rights: a european challenge*. Åbo: Åbo Akademi University, 1994.
- SCHMIDT, J. P. *Gestão de políticas públicas: aspectos conceituais e aportes para um modelo pós-burocrático e pós-gerencialista*. Santa Cruz do Sul: [s.n.], 2007.
- SCHMIDT, P. L.; SALOMÃO, M. F. El papel del poder judicial em el consenso de Pekín. *Revista de la Asociación Latinoamericana de Jueces del Trabajo*, n. 8, São Paulo, 2012.
- SCHMIDT-ASSMAN, E. *Der Verfassungsbegriff in der deutschen Staatslehre der Aufklärung un der Historismus*. Berlin: Duncker & Humblot, 1967.
- SCHIMITT, C. *Der hüter der Verfassung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
- SCHWARTZ, B. *A history of the Supreme Court*. New York: Oxford University, 1995.
- SCHWARZ, R. G. O sistema de seguridade social e o princípio da solidariedade. In: BARROSO, L. R.; CLÈVE, C. M. (Org.). *Direito constitucional: constituição financeira, econômica e social*. São Paulo: RT, 2011.
- SEJERSTEDT, F. Democracy and the rule of law: some historical experiences of contradictions in the striving for good government. In: ELSTER, J.; GLADSTADT, R. (Org.). *Constitutionalism and democracy: studies in rationality and social change*. Cambridge: Cambridge University, 1993.
- SEN, A. *Desarrollo y libertad*. México: Planeta, 2000.
- SEN, A. *El valor de la democracia*. Barcelona: Cultural, 2006.
- SEN, A. *Poverty and famines: an essay on entitlements and deprivation*. Oxford: Clarendon, 1982.

SERGE, V. *O ano I da revolução russa*. São Paulo: Ensaio, 1993.

SHUE, H. *Basic rights: subsistence, affluence and U.S. foreign policy*. New Jersey: Princeton University, 1980.

SILVA, J. A. A Constituição e a estrutura de poderes. In: FIOCCA, D.; GRAU, E.R. (Org.). *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, L. P. P. A irreversibilidade dos direitos sociais. In: MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (Org.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.

SILVA, R. M. (Org.). *Derecho internacional de los derechos humanos*. México: UNAM, 2002.

SKINNER, Q. *The foundations of modern political thought: the renaissance*. Cambridge: Cambridge University, 1978.

SMENDE, R. *Verfassung und Verfassungsrecht, Staatrechtliche Abhandlungen und andere*. 2. ed. Berlin: Aufsätze, 1968.

SMITH, A. *Lectures on justice, police, revenue and arms*. Whitefish: Kessinger, 2004.

SMITH, R. M. *Liberalism and american constitutional law*. Cambridge-London: Harvard University, 1980.

SOUZA NETO, C. P. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

STERETT, S. Judicial review in Britain. *Comparative Political Studies*, n. 26, Thousand Oaks, 1994.

STONE, A. Judging socialist reform. *Comparative Political Studies*, n. 26, Washington, 1994.

STRECK, L. L. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SUNSTEIN, C. *Designing democracy*. Oxford: Oxford University, 2001.

SÜSSEKIND, A. Os direitos constitucionais trabalhistas. In: MONTESSO, C. J.; FREITAS, M. A.; STERN, M. F. C. (Org.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.

SZWARCWALD, C. L. et al. Pesquisa Mundial de Saúde 2003: o Brasil em números. *Revista Radis*, v. 23, Rio de Janeiro, 2004.

TAKOI, S. M. Breves comentários ao princípio constitucional da solidariedade. In: BARROSO, L. R.; CLÈVE, C. M. *Direito constitucional: constituição financeira, econômica e social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

THIERRY, H. et al. *Droit international public*. Paris: Montchrestien, 1986.

- THOME, C. F. *O princípio da igualdade em gênero e a participação das mulheres nas organizações sindicais de trabalhadores*. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.
- THOMPSON, E. *The making of the english working class*. 3.ed. Harmondsworth: Penguin, 1980.
- THUROW, L. *El futuro del capitalismo*. Barcelona: Ariel, 1996.
- TOCQUEVILLE, A. *A emancipação dos escravos*. Campinas: Papirus, 1994a.
- TOCQUEVILLE, A. *Recuerdos de la revolución de 1848*. Madrid: Trotta, 1994-b.
- TORRAZZA, J. Z. Inmigración y prácticas sociales discriminatorias. In: BERGALLI, R. (Org.). *Flujos migratorios y su (des)control*. Barcelona: Anthropos, 2006.
- TORRE, H. M. G. *Derechos humanos: dignidad y conflicto*. México: Universidad Interamericana, 1996.
- TORRES, R. L. *Os direitos humanos e a tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- UGARTEMENDIA, J. I. *La desobediencia civil en el estado constitucional democrático*. Madrid: Marcial Pons, 1999.
- ULRICH, P. *Integrative Wirtschaftsethik*. Berna: Haupt, 1998.
- UNITED NATIONS. UNICEF. *Adjustment with a human face: protecting the vulnerable and promoting growth*. Oxford: Clarendon, 1989.
- UNITED NATIONS. OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. *General comment 3: the nature of states parties obligations*. Oxford: Oxford University, 1990.
- UPRIMNY, R. Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía. *Revista de Derecho Público de la Universidad de los Andes*, n. 12, Bogotá, 2001.
- VAN GEUNS, H. A. The concept of organized violence. In: VAN GEUNS, H. A. *Health hazards of organized violence*. Haya: Ministry of Welfare, Health an Culture Affairs, 1987.
- VARGAS, A. *Governabilidade e governação: novas formas de legitimação*. VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Lisboa: CLAD, 2002.
- VEHERVARY, J.; STANGL, W. *Menschenrecht und Staatsgewalt*. Wien: WUV Universitätsverlag, 2000.
- VENTURA, M. As estratégias de promoção e garantia dos direitos das pessoas que vivem com HIV/ Aids. *Divulgação em Saúde para Debate*, n. 27, Rio de Janeiro, 2003.
- VIANNA, L. W.; BURGOS, M. B. Entre princípios e regras (cinco estudos de caso de ação civil pública). *Cadernos CEDES-IUPERJ*, s.n., Rio de Janeiro, 2005.
- VIEIRA, F. S.; ZUCCHI, P. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, v. 41, n. 2, São Paulo, 2007.
- VILLASANTE, T.; GARRIDO, F. J. (Org.). *Metodologías y presupuestos participativos: construyendo ciudadanía*. Madrid: Cimas-IEPALA, 2002.

- VILLORO, L. Aproximaciones a una ética de la cultura. In: OLIVÉ, L. (coord.). *Ética y diversidad cultural*. México: UNAM-FCE, 1993.
- VIROLI, M. The revolution in the concept of politics. *Political Theory*, v. 20, n. 3, Thousand Oaks, 1992.
- VITA, E. C. Revisión jurisdiccional de la inactividad material de la administración. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 17, Madrid, 1978.
- VUOLO, R. et al. *La pobreza... de la política contra la pobreza*. Buenos Aires: CIEPP, 2004.
- WADE, H. R. *Administrative law*. 6. ed. Oxford: Clarendon, 1992.
- WALDRON, J. (Org.). *Nonsense upon stilts: Bentham, Burke and Marx on the rights of man*. London: Methuen, 1987.
- WALDRON, J. *The right to private property*. Oxford: Clarendon, 1990.
- WARAT, L. *Fobia al estado de derecho*. Anais do curso de pós-graduação em Direito da Universidade Integrada do Alto Uruguai e Missões. Santiago: URI, 1994.
- WAYNE, W. Two faces of judicial activism. *George Washington Law Review*, n. 1, Washington, 1992.
- WEBER, M. *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1964.
- WIEÄCKER, F. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1980.
- WIESE, B. *La cultura de la ilustración*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1979.
- WROE, A. Separation of powers. In: CLARKE, P. B.; FOWERAKER, J. (Org.). *Encyclopedia of democratic thought*. London: Routledge, 2001.
- YAMASHITA, D. Princípio da solidariedade em direito tributário. In: GRECO, M. A.; GODOI, M. S. (Org.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.
- ZAGREBLESKY, G. *Derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2005.
- ZAMBRANO, M. *Filosofía y poesía*. México: FCE, 1996.
- ZAMBRANO, M. *Pensamiento y poesía en la vida española*. México: FCE, 2008.
- ZAVASCKI, T. A. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- ZEPEDA, J. R. *Estado de derecho y democracia*. México: Instituto Federal Electoral, 1996.
- ZIPPELIUS, R. *Allgemeine Staatslehre*. München: C. H. Beck, 1999.
- ZIPPELIUS, R. *Teoria geral do estado*. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.