

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

EDNA RAQUEL RODRIGUES SANTOS HOGEMANN

FLAVIA PIVA ALMEIDA LEITE

SAULO JOSÉ CASALI BAHIA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Edna Raquel Rodrigues S. Hogemann; Flavia Piva Almeida Leite; Saulo José Casali Bahia – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-614-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

Apresentação

O XXVII Encontro Nacional do CONPEDI – SALVADOR, realizado em parceria com a Universidade Federal da Bahia, apresentou como temática central “Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural”. Essa temática estimulou calorosos debates desde a abertura do evento e desdobramentos ao decorrer da apresentação dos trabalhos e da realização das plenárias, que versaram, entre outros, sobre a ideia de diversidade ligada aos conceitos de pluralidade, multiplicidade, na intersecção de perspectivas que se destacam pelas diferenças, ou ainda, na tolerância mútua.

Em especial, a questão da eficácia social dos direitos e garantias fundamentais mereceu destaque no Grupo de Trabalho “DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III”, na medida em que inequivocamente são questões que mais se acercam do princípio da dignidade da pessoa humana e da plenitude da cidadania, na medida em que propende a redução das desigualdades entre as pessoas, que pode proporcionar os indivíduos as mais completas e dignas condições de vida.

Sob a coordenação da Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e Universidade Estácio de Sá, da Profa. Dra. Flávia Piva Almeida Leite - Universidade Estadual Julio de Mesquita Filho - UNESP – SP e do Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia - Universidade Federal da Bahia, o GT “DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III” promoveu sua contribuição, com exposições orais e debates que se caracterizaram tanto pela atualidade quanto pela profundidade dos assuntos abordados pelos expositores.

Eis uma breve síntese dos trabalhos apresentados:

A CAPTURA DA TEORIA DO SOPESAMENTO E A IMPORTÂNCIA DA CONSIDERAÇÃO DOS LIMITES MATERIAIS E JURÍDICOS À REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, da autoria de Érica Silva Teixeira, Saulo José Casali Bahia, abordou a ficção jurídica que gira em torno da eficácia plena dos direitos fundamentais através das relações econômicas ignoradas pela atuação jurisdicional e, em paralelo, sobre como o método de ponderação de interesses pode servir de reforço normativo para incrementar discursos ideológicos.

O artigo intitulado OS DEVERES INDIVIDUAIS DOS CIDADÃOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, de Joshua Gomes Lopes , Ivson Antonio de Souza Meireles, apresenta uma breve visão histórica dos deveres e da cidadania, analisando seus significados na Antiguidade clássica e os deveres individuais dos cidadãos presentes na Constituição Federal de 1988.

Isadora Beatriz Magalhães Santos e Luciana Lopes Canavez apresentaram o artigo intitulado: A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS: UMA ANÁLISE PELA BIOÉTICA DE INTERVENÇÃO que abordou um refletir sobre a eficácia horizontal como meio de promoção da equidade e da bioética interventiva.

OS REFLEXOS DA NOVA CONCEPÇÃO DE AUTONOMIA PRIVADA EM QUESTÕES DE GÊNERO, IDENTIDADE GENÉTICA E EUTANÁSIA, artigo de autoria de Riva Sobrado De Freitas , Danielle Jacon Ayres Pinto trouxe uma reflexão a respeito da necessidade da reconfiguração do Direito ao próprio Corpo, redesenhando seu conteúdo sob a ótica da Autonomia Privada Decisória.

Belmiro Vivaldo Santana Fernandes e Mônica Neves Aguiar Da Silva são os autores do artigo intitulado: PANORAMA DA ORIENTAÇÃO SEXUAL FRENTE À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA que abordou discriminação em razão da orientação sexual sob dois prismas: o da suposta auto degeneração do ser humano pelo exercício de sua orientação não-heterossexual e, em seguida, as atitudes dos que se proclamam heterossexuais ao agredirem moralmente os não-heterossexuais por acreditarem que estes são indignos.

UMA LEITURA CONSTITUCIONAL DA TUTELA DE EVIDÊNCIA PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS, da autoria de Lucas Helano Rocha Magalhães e Juraci Mourão Lopes Filho teve por objetivo uma análise do principal meio de efetivação dos direitos fundamentais frente ao estado, o mandado de segurança, e estabelece um paralelo com a tutela de evidência que poderia ocupar seu espaço no ramo do direito privado.

Paulo Roberto Albuquerque de Lima apresentou o artigo A COMUNICAÇÃO REGIONALIZADA COMO DIREITO SOCIAL EM SUSPENSO NA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ, abordando um estudo concentrado no inciso III do artigo 221 da Constituição Federal de 1988, evidenciando a intenção do legislador constitucional de garantir um direito social importante: preservação de identidade cultural, que, entretanto, nunca foi regulamentado.

O artigo intitulado O REGISTRO DE NASCIMENTO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, da autoria de Alessandro Aparecido Feitosa de Rezende e Rodrigo Rafael de Souza Picardi, trouxe a discussão a respeito do registro de nascimento, bem como os seus reflexos no mundo jurídico em especial no âmbito dos direitos fundamentais.

Os autores José Antonio Remedio e Fabricio Agnelli Barbosa apresentaram o artigo intitulado: O DIREITO ADQUIRIDO EM FACE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIUNDAS DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E DERIVADO, que busca analisar o instituto do direito adquirido e sua oponibilidade à norma constitucional originária e derivado, explorando as controvérsias existentes sobre a matéria.

A CORRUPÇÃO COMO NEGAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS é o título do artigo de autoria de Maria Fausta Cajahyba Rocha, cujo objeto versou sobre as consequências que a corrupção desencadeia na sociedade contemporânea, notadamente no campo das violações dos Direitos Humanos.

Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann apresentou o artigo intitulado: CONSTITUIÇÃO, DIREITOS HUMANOS E PLURALISMO JURÍDICO: A POSSIBILIDADE DE CONTROLE À JURISDIÇÃO INDÍGENA NO BRASIL A PARTIR DA COMPARAÇÃO COM A CONSTITUIÇÃO EQUATORIANA em que realizou uma análise reflexiva acerca dos desafios e possibilidades de controle à jurisdição indígena no Brasil a partir da comparação com a constituição equatoriana, que assimilou o conceito de jurisdição indígena a partir do Novo Constitucionalismo LatinoAmericano.

A DEFESA DA PROPRIEDADE PRIVADA COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DA DESIGUALDADE SOCIAL NO BRASIL: O RELEVANTE PAPEL DO CADE, da autoria de Jarbas José dos Santos Domingos, promoveu uma análise filosófica e jurídica da propriedade, bem como um estudo da história e dos dados oficiais da desigualdade social no Brasil e do papel do Cade na redução das desigualdades sociais.

Na sequência, Luiz Carlos De Oliveira Paiva Júnior em seu artigo intitulado A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL propõe demonstrar a eficácia dos direitos fundamentais, abordando sua previsão no Estado Democrático de Direito e tratando sobre sua eficácia irradiante e horizontal.

No artigo A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NUMA PERSPECTIVA LUSO-BRASILEIRA, Alyne Mendes Caldas discute a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas a partir da necessidade de proteção da autonomia da vontade, estabelecendo um diálogo entre o sistema constitucional brasileiro e o sistema constitucional português.

A seguir, Max Emiliano da Silva Sena, por meio do trabalho A FUNÇÃO DOS VALORES CONSTITUCIONAIS NA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS propõe que no Pós-positivismo, o Direito reencontra-se com valores, outrora desconsiderados pelo Positivismo.

Em sua apresentação do trabalho intitulado A PROBLEMÁTICA DOS CUSTOS NO CAMPO DA EXECUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALTERNATIVAS SOLUÇÕES PARA O CUMPRIMENTO DO MÍNIMO EXISTENCIAL, Diogo Oliveira Muniz Caldas e Alvaro dos Santos Maciel apontam que na esteira do neoconstitucionalismo, o cumprimento e o respeito dos direitos fundamentais e sociais brasileiros, uma grande celeuma surge nos tribunais e na doutrina ao debruçarem-se acerca da proteção desses direitos. Concluindo que o desenvolvimento econômico não deve ser necessariamente contraposto aos direitos fundamentais, mas sim um instrumento para atingir seu efetivo cumprimento.

Por sua vez, Pedro Luis Piedade Novaes em seu artigo intitulado A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO SIGILO DA FONTE JORNALÍSTICA discorre que o resguardo do sigilo da fonte jornalística tem proteção expressa no artigo 5º, XIV, da Constituição Federal de 1988, todavia, apesar de ser uma garantia fundamental voltada para a profissão do jornalista, existem muitas críticas quando ao seu alcance, não havendo consenso na doutrina quanto ao modo como este instrumento de trabalho deva ser utilizado pela imprensa para divulgação de uma notícia.

No artigo ADPF: A DEFESA DOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS NO CONTROLE JUDICIAL DE ATOS POLÍTICOS os autores Antonio Jose Souza Bastos e Felipe Jacques Silva discorrem que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como importante ação constitucional que se presta à tutela dos preceitos fundamentais, não pode ser manejada em face de todos os atos de Poder Público, isto porque, os atos políticos têm sido afastados da apreciação do Poder Judiciário, em virtude de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Seguindo as apresentações, Breno Soares Leal Junior e Leandro José Ferreira, no artigo intitulado AS REPERCUSSÕES E DESDOBRAMENTOS DO JULGADO DA ADI 4983, E SUAS EXPECTATIVAS PARA OS ENTENDIMENTOS FUTUROS analisam o entendimento proferido sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983 ajuizada em face da lei cearense 15.299/13 que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural do estado.

No artigo intitulado CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CARACTERÍSTICA FUNDAMENTAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, Rodrigo Garcia Schwarz e Candy Florencio Thome identificam como a atuação dos tribunais pode contribuir para a tutela dos direitos sociais fundamentais.

Por sua vez, Rogério Piccino Braga e Diomar Francisco Mazzutti discorrem sobre a pouca afinidade que o constitucionalismo brasileiro guarda com determinadas liberdades, decorre indubitavelmente de dois fatores tratados no texto a seguir. Primeiro deles, a inconsistente solidificação enunciativa e material do que se convencionou denominar de constitucionalismo, notadamente no que concerne às oscilações dos processos de democratização e redemocratização no Brasil. Segundo, sob a ótica global, a não previsão no contrato social - da forma como explicado por Thomas Hobbes e por Rousseau e ainda vigente - de demandas por liberdades sociais e jurídicas prementes.

Roberto Berttoni Cidade e TATIANE de souza em seu artigo intitulado DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEU ÂMBITO NORMATIVO: LIMITES IMANENTES OU CONFORMAÇÃO? apontam que os Direitos Fundamentais vêm das conquistas históricas, contendo valores sociais primordiais que, positivados, ganharam status direitos subjetivos, inseridos na mais alto patamar do sistema legal, cuja função de nortear e harmonizar o sistema depende do âmbito normativo à eles atribuídos, identificados nas óticas da teoria interna e externa.

Com o intuito de finalizar as discussões acerca desses direitos e garantias fundamentais, Rejane Francisca dos Santos Mota apresenta o trabalho intitulado MÍDIA E DIREITO PENAL: ARTICULAÇÃO E INFLUÊNCIA NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO versou sobre as relações entre mídia e o Direito Penal no Brasil.

Por fim, os organizadores e coordenadores do Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais III parabenizaram e agradeceram aos autores dos trabalhos que compõem esta obra pela valiosa contribuição científica de cada um, o que por certo será uma leitura interessante e útil à comunidade acadêmica. Reiteramos a satisfação em participar da

apresentação desta obra e do CONPEDI, que se constitui, atualmente, o mais importante fórum de discussão e socialização da pesquisa em Direito.

Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann – UNIRIO / UNESA

Profa. Dra. Flávia Piva Almeida Leite – UNESP

Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia – UFBA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CARACTERÍSTICA FUNDAMENTAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

JUDICIAL CONTROL OF THE PUBLIC ADMINISTRATION: FUNDAMENTAL CHARACTERISTIC OF THE DEMOCRATIC RULE OF LAW

Rodrigo Garcia Schwarz ¹
Candy Florencio Thome ²

Resumo

O presente artigo tem por escopo colaborar para a percepção de que o controle judicial sobre a administração pública é uma das principais características do Estado democrático de direito, pois existe uma relação imanente entre o efeito direto e imediato das normas constitucionais e os controles, em especial o controle judicial. No entanto, o Poder Judiciário não atua em uma posição de supremacia em relação à administração pública. O problema de pesquisa é identificar como a atuação dos tribunais pode contribuir para a tutela dos direitos sociais fundamentais. O procedimento investigativo é descritivo-explicativo do tipo documental-bibliográfico.

Palavras-chave: Constituição, Controle, Estado democrático de direito, Garantias, Judicialização

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to contribute to the perception that judicial control of the public administration is one of the main characteristics of the democratic rule of law, since there is an immanent relationship between the direct and immediate effect of constitutional norms and controls, in particular judicial control. However, the Judiciary does not act in a position of supremacy in relation to the public administration. The research problem is to identify how the actions of the courts can contribute to the protection of fundamental social rights. The investigative procedure is descriptive-explanatory of the documentary-bibliographic type.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitution, Control, Democratic rule of law, Guarantees, Judicialization

¹ Doutor (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Universidad de Castilla-La Mancha). Pós-Doutor. Professor do PPGD da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC

² Doutora (Universidade de São Paulo e Universidad de Castilla-La Mancha). Pós-Doutora. Professora da Escola Paulista de Direito da Fundação Getúlio Vargas - FGV-SP

1 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 (divisão de responsabilidades), etc., proporcionando um maior respeito às liberdades e aos direitos fundamentais dos cidadãos.

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-arbitrariedades do poder da administração pública (ENTERRÍA, 1983). 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).

Nesse sentido, é escopo do presente artigo, pela via de procedimento descritivo-explicativo, com pesquisa em fontes documentais-bibliográficas, colaborar para a compreensão de que, se, por um lado, existe uma relação imanente entre o efeito direto e imediato das normas constitucionais e os controles, em especial o controle judicial, pois são eles que possibilitam o caráter vinculante da Constituição, por outro, o Poder Judiciário não atua em uma posição de supremacia em relação à administração pública, tampouco limita, ele mesmo, por si só, o poder da administração pública; apenas deve cuidar de assegurar que os limites previamente estabelecidos ao exercício do poder da administração sejam observados e resguardados.

Dessa forma, a atuação dos tribunais pode 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 os direitos sociais devidos no marco constitucional da justiça social.

2 O controle judicial da função administrativa, pedra angular do Estado democrático de direito

Existe uma relação imanente entre o efeito direto e imediato das normas constitucionais e os controles, em especial o controle judicial, 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 (ARAGÓN, 1987). 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, 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 Constituição¹.

O controle que nos interessa, neste artigo, 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 fiscaliza e reprime as arbitrariedades e os abusos de poder. Em síntese, o controle é, por si só, consubstancial 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

¹ Por isso, pode-se afirmar que “sin control las garantías constitucionales resultan enervadas, y lo que es más grave, no hay Constitución” (Aragón, 1987, pp. 51-2).

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 Constituição².

Historicamente, a situação do cidadão 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 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)³.

É, portanto, precisamente no âmbito da função administrativa do Estado que se dá com maior força o conflito entre autoridade e liberdade, entre Estado e indivíduo.

O direito público em geral – e o administrativo, em particular – 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 público 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

² Segundo Dromi (1986, pp. 96-7), 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’”.

³ 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. 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”.

atos através da constituição de redutos isentos e não sindicáveis de sua própria atuação, infensos ao controle externo (ENTERRÍA, 1983).

Na busca do equilíbrio dinâmico entre prerrogativas e garantias, do equilíbrio entre a autoridade e a obediência⁴, o direito público 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.

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 público 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, ainda é a realizada pelos tribunais (REBOLLO, 1978).

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 judicial⁵. Em síntese, a proteção jurisdicional do cidadão constitui um dos pilares básicos do direito público, pois a jurisdição se instaura para proteger o indivíduo – a pessoa, o cidadão – 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

⁴ 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”.

⁵ É o caso, v.g., do controle judicial sobre a atuação administrativa do Poder Legislativo e do próprio Poder Judiciário.

dinâmico entre garantias e privilégios: em sistemas em que corresponde ao Judiciário o controle da função e da 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 estatais⁶ 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 absoluto⁷.

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 pública⁸.

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 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

⁶ 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, § 4.º, inc. III, que “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir (...) a separação dos Poderes”.

⁷ 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, e não de mera distribuição de poderes entre os governantes.

⁸ 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).

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 (DUVERGER, 1976).

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, 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 (BACHOF, WOLFF, STOBBER, 2006); 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, 1995). 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”⁹.

3 O controle judicial da função administrativa, pedra de toque da justiça social

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 uma série de prestações estatais devidas no marco da justiça social (MELLO, 1986)¹⁰.

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 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 (SCHWARZ, 2015b).

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

⁹ 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.

¹⁰ 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).

administração a atingir os seus fins como organização a serviço da comunidade, protegendo, ademais, os direitos fundamentais dos cidadãos¹¹.

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 (SCHWARZ, 2015b)¹².

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 injustiça¹³.

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

¹¹ 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).

¹² 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 (qualquer direito), haverá espaço para a atuação do Judiciário. Na Constituição brasileira de 1988, o art. 5.º, que trata dos direitos e garantias fundamentais — garantias e direitos dotados de eficácia imediata (§ 1.º do art. 5.º) —, 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. 9.º) 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).

¹³ 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 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.

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 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 recursos (MIGUEL, 2002). 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 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*¹⁴.

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*

¹⁴ *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”.

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, 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-lo (PARIENTE, 2006).

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 emancipatórias¹⁵. 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 projeto¹⁶.

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

¹⁵ 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”.

¹⁶ 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.

poderes se comunicam e necessitam cada vez mais de interação e de velocidade no tráfico de informações necessárias para as articulações políticas¹⁷. 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 cidadania¹⁸. 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 Estado¹⁹.

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 Judiciário²⁰. 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*.

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 à participação

¹⁷ 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.

¹⁸ 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).

¹⁹ Cf. Zippelius (1999, p. 297).

²⁰ Assim, no texto da Constituição brasileira de 1988, a “separação de poderes” é elencada como garantia perpétua (cláusula pétreia), 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”.

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 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 sindicar 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.

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) se volte 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 (SCHWARZ, 2013).

4 A título de conclusão

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 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 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, sindicatar 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 Judiciário²¹.

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 as arbitrariedades que frustram os direitos fundamentais do cidadão –, 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. 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

²¹ 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”.

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 deste ensaio, 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 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 anencefálico 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, § 2.º) – 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 mandatório – 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.º 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 deste ensaio.

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 munícipes; 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 eventual, 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) 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,

excluyendo, assim, virtualmente, do benefício as pessoas menores de 25 anos que já haviam sido previamente beneficiadas por ele.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFONSO, L. P. *Estado social y administración pública: los postulados constitucionales de la reforma administrativa*. Madrid: Civitas, 1983.

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

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

BOBBIO, N. *Il futuro della democrazia*. Torino: Einaudi, 1995-b.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Comentários aos princípios de Bangalore de conduta judicial*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008.

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.

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.

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

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

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

FERNÁNDEZ, T. R. Juzgar a la administración contribuye también a administrar mejor. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 76, Madrid, 1992.

FERREIRA FILHO, M. G. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

GORDILLO, A. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Macchi, 1977.

- 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: 2 nov. 2017.
- MELLO, C. A. B. Control jurisdiccional de los actos administrativos. *Revista de Administración Pública*, n. 110, Madrid, 1986.
- MIGUEL, A. R. Concepciones de la igualdad y justicia distributiva. In: DÍAZ, E.; COLOMER, J. L. (Org.). *Estado, justicia, derechos*. Madrid: Alianza, 2002.
- 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.
- PÉREZ, J. G. *Administración pública y libertad*. México: UNAM, 1971.
- 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.
- SCHWARZ, R. *Os direitos sociais e a sindicabilidade judicial das políticas públicas sociais*. São Paulo: LTr, 2013.
- SCHWARZ, R. *As garantias dos direitos fundamentais sociais: uma perspectiva garantista e democrática*. Joaçaba: Unoesc, 2015a.
- SCHWARZ, R. *Os direitos fundamentais sociais e a sua judicialização: as garantias judiciais dos direitos sociais*. Joaçaba: Unoesc, 2015b.
- WROE, A. Separation of powers. In: CLARKE, P. B.; FOWERAKER, J. (Org.). *Encyclopedia of democratic thought*. London: Routledge, 2001.
- ZIPPELIUS, R. *Allgemeine Staatslehre*. München: C. H. Beck, 1999.