

VOLUME XLVI — N.º 2

R E V I S T A
DA FACULDADE
DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA



2 0 0 5



Coimbra Editora

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade semestral
XLVI — N.º 2 - 2005

COMISSÃO DE REDACÇÃO

Presidente - PROF. DOUTOR JORGE MIRANDA
Vogais - PROF. DOUTOR EDUARDO PAZ FERREIRA
- PROF. DOUTOR PEDRO ROMANO MARTINEZ
- PROF. DOUTOR EDUARDO VERA-CRUZ PINTO (Vice-Presidente)
- PROF. DOUTOR LUÍS MORAIS
- MESTRE MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO
- MESTRA ISABEL ALEXANDRE
- LIC. JORGE SANTOS

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa — Portugal
Telefone 21 798 4600 — Telecópia 21 795 0303

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO



COIMBRA EDITORA, LIMITADA

Rua do Arnado — Apartado 101 — 3001-951 Coimbra — Portugal
Telef. 239 85 2650 — Fax 239 85 2651

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75 611/95

Junho de 2007

I Doutrina

- Lenio Luiz Streck* — Da interpretação de textos à concretização de direitos: a incidibilidade entre interpretar e aplicar — Contributo a partir da hermenêutica filosófica 911
- Emerson Garcia* — Princípio da separação dos poderes: os Órgãos Jurisdicionais e a Concreção dos Direitos Sociais 955
- Karel Marek / Borivoj Libal* — To general Matters of business law of contract in Czech Republic 1005
- Carlos Bastide Horbach* — O controle de constitucionalidade na Constituição do Timor-Leste 1019
- Luís de Lima Pinheiro* — Circulação de decisões judiciais e integração supranacional e internacional 1041
- Paulo de Pitta e Cunha* — A União Europeia e a concepção do Estado regulador 1053
- J. Oliveira Ascensão* — A preservação do equilíbrio imobiliário como princípio orientador da relação de vizinhança 1065
- Sara Guerreiro* — Símbolos de Deus — Expressão de liberdade ou imposição do divino? 1091
- Eduardo Rocha Dias* — Fundamento constitucional das advertências administrativas relativas ao tabaco e das restrições à publicidade de cigarros 1113
- Ana Rodrigues da Silva* — O financiamento de partidos e de campanhas: legislação e prevenção de fraudes 1155
- Paula Elisabete Henriques Barbosa* — Do valor do sigilo — O sigilo bancário, sua evolução, limites: em especial o sigilo bancário no domínio fiscal — A reforma fiscal 1229
- Alfonso-Luis Calvo Caravaca / Javier Carrascosa González* — Los matrimonios entre personas del mismo sexo en la Unión Europea 1293

2 Trabalhos de Alunos

- Ido Yitshaik* — The Legal Base Game: Articles 95 and 308 EC compared... 1329

III Vida Universitária

<i>Jorge Miranda</i> — Parecer sobre a actividade científica do Doutor Manuel Jorge Mayer de Almeida Ribeiro	1353
<i>Jorge Miranda</i> — Parecer sobre a actividade pedagógica e científica do Doutor António Cândido Macedo de Oliveira.....	1357
<i>Jorge Miranda / Eduardo Vera Cruz Pinto</i> — Instituto de Direito Brasileiro.....	1363
<i>Paulo Otero</i> — Parecer: aplicação de uma circular da Direcção-Geral do Orçamento sobre contenção de despesas às Universidades Públicas....	1365
<i>Eduardo Vera-Cruz Pinto</i> — I Curso de Direito do Comércio Internacional na Universidade Agostinho Neto em Luanda: palavras introdutórias....	1371
<i>Manuel A. Carneiro da Frada</i> — Memória de Isabel Magalhães Collaço...	1381
<i>Manuel A. Carneiro da Frada</i> — Palavras na despedida da Faculdade de Direito.....	1383
Homenagem ao Prof. Doutor Dias Marques — Acta n.º 9/2005 da reunião plenária do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa	1389
Protocolo de cooperação entre a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e a Fundação Direito e Justiça.....	1393
Regulamento de Estudos Pós-Graduados da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa	1397

PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: OS ÓRGÃOS JURISDICIONAIS E A CONCREÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

EMERSON GARCIA

SUMÁRIO

	Págs.
1. Delimitação do Plano de Estudo	955
2. As Raízes Liberais da Separação dos Poderes: As Teorias de Locke e de Montesquieu...	961
3. A Constituição como Elemento Polarizador da Separação dos Poderes	966
4. A Dignidade Humana como Projeção da Constituição Aberta e Fundamento Axiológico dos Direitos Sociais.....	969
5. Atos administrativos e Atos de Governo.....	974
6. A Legitimidade do Poder Judiciário na Aferição das Omissões Administrativas	977
7. O Regime Jurídico dos Direitos Sociais	980
7.1. Direitos Subjetivos.....	982
7.2. Mandados Constitucionais Endereçados ao Legislador	983
7.3. Princípios Diretores	987
8. A Sindicacão Judicial dos Direitos Sociais à Luz do Paradigma Liberal: O Modelo Americano	988
9. A Sindicacão Judicial e a Efetividade dos Direitos Sociais à Luz do Modelo Social....	991
10. Conclusões	997
Referências Bibliográficas	999

1. DELIMITAÇÃO DO PLANO DE ESTUDO

A separação dos poderes, a exemplo dos demais princípios estruturantes do Estado de Direito, apresenta-se como mecanismo imprescindível à garantia do exercício moderado do poder e à conseqüente contenção do totalitarismo ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Cfr. Reinhold Zippelius, *Teoria Geral do Estado (Allgemeine Staatslehre)*, trad. de Karin Praefke-Aires Coutinho, 3.^a ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 383. Por dizer respeito à forma de ação do Estado, o autor considera a separação dos poderes um princípio formal do Estado de Direito, enquanto as garantias dos direitos fundamentais seriam princípios materiais.

A exemplo das múltiplas vertentes que pode assumir, todas de indiscutível importância na organização do Estado, são igualmente múltiplas as classificações que pode receber.

É possível adotar um critério científico ou jurídico, que indica as características essenciais das funções atribuídas aos diversos órgãos; um critério técnico-organizativo, que trata da repartição das funções entre os distintos órgãos, buscando assegurar o melhor rendimento das instituições; ou mesmo um critério político, com o fim de garantir a satisfação dos interesses de determinada instância social (2).

A análise do princípio unicamente sob o prisma funcional não constituiria óbice a que um mesmo órgão exercesse distintas funções, possibilidade não afastada por Locke, mas, como veremos, combatida por Montesquieu. É preferível, assim, o sentido orgânico, que busca sistematizar o exercício do poder por distintos órgãos.

Adotando-se uma perspectiva funcional, à função legislativa compete a formação do direito (*rule making*), enquanto que às funções executiva e judicial é atribuída a sua realização (*law enforcement*). No entanto, apesar de ser inegável a constatação de que tanto o Executivo como o Judiciário executam a lei, não nos parece correto falar em bipartição do poder (3). O designativo *poder*, além de indicar o plexo de funções para cuja execução o órgão está finalisticamente voltado, denota uma estrutura organizacional devidamente individualizada, autônoma e que não se encontra hierarquicamente subordinada às demais. Con-

(2) Cfr. Franco Bassi, *Il Principio della Separazione dei Poteri*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* n.º 1/17 (18), 1965.

(3) Afirmava Berthélemy (*Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 9.ª ed., Paris: Rousseau, 1920, pp. 10-12) que o princípio da separação dos poderes não deveria ser entendido no sentido de que existem três poderes, isto porque fazer as leis e executá-las parecem, “em boa lógica”, dois termos entre os quais, ou ao lado dos quais, não há lugar a tomar. O ato de “interpretar a lei em caso de conflito” faz necessariamente parte do ato geral de “fazer executar a lei”, o que toma o Judiciário um ramo do Executivo. Em abono de seu entendimento, citava a lição de Esmein, segundo o qual, além da função legislativa, “os outros atributos da soberania que resultam em um direito geral de comando e coerção permaneceram unidos, formando um outro poder ao qual os romanos davam o nome de império e que os modernos chamam de poder Executivo”, acrescentando que “da estrutura do império, na maior parte do tempo, um outro atributo da soberania se separou, a administração da justiça”. Concluía Berthélemy que, sendo a jurisdição uma parte do império e tendo dele se separado em razão da evolução social, deve-se admitir que “a administração e a justiça são dois ramos que se separaram de um tronco único”. Apesar disso, afirmava que a separação entre tais funções era necessária, pois exigem qualidades distintas dos agentes e mantém a imparcialidade dos magistrados (p. 15), mas ressaltava ser plenamente possível que essa separação fosse alcançada com a instituição de órgãos especializados, integrantes da própria função executiva (p. 993, nota 1). Kelsen (*Teoria Geral do Direito e do Estado*, trad. de Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 365), do mesmo modo, observava que a usual tricotomia “é, no fundo, uma dicotomia, a distinção fundamental entre *legis latio* e *legis executio*”.

centrar as funções executiva, e judiciária sob a mesma epígrafe poderia comprometer a autonomia que acabamos de realçar, o que, por via reflexa, produziria efeitos sobre a própria independência dos juízes. Preservada a autonomia, o designativo é relegado a plano secundário. Nesse particular, vale lembrar a advertência de Barthélemy et Duez ⁽⁴⁾, ao ressaltarem que o importante é resguardar a independência dos juízes, sendo irrelevante questionar se o Judiciário “é um poder ou simplesmente uma autoridade do Estado”, pois “ele é o que nós o fizermos, ele terá o nome que arbitrariamente nós lhe dermos”.

Além disso, não é de boa técnica preterir um conceito específico, que melhor designe as peculiaridades e as funções de determinado órgão, por um conceito mais amplo, terminando por enquadrá-lo juntamente com referenciais de análise que ostentem sensíveis diferenças. À função jurisdicional compete velar pela prevalência da norma de direito, atuando nos casos de ameaça ou efetiva violação ou quando a lei o determinar, ainda que não haja violação. Sua intervenção final, ademais, observada a sistemática legal, será definitiva (*final enforcingpower*), sendo essa a principal característica que a diferencia da outra função de realização da norma ⁽⁵⁾. Negando-se essa constatação, não haveria porque falarmos, sequer, em funções executiva e legislativa, pois, no fundo, ambas se enquadram na noção mais ampla de exercício da soberania estatal.

No sentido orgânico, a separação dos poderes é analisada sob a perspectiva dos distintos órgãos que exercerão as funções estatais, sendo normalmente referidas as separações horizontal e vertical.

Fala-se em separação horizontal por estarem os diferentes órgãos em posição de igualdade, não sendo divisada qualquer hierarquia ou absorção, somente sendo possível uma relação de dependência entre eles nas hipóteses indicadas na ordem constitucional, o que tem por objetivo estabelecer condicionamentos recíprocos de modo a preservar o equilíbrio institucional e a obstar o surgimento do arbítrio. No sistema brasileiro, os órgãos recebem a denominação de Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário ⁽⁶⁾, o que, como veremos, pres-

(4) *Traité Élémentaire de Droit Constitutionnel*, Paris: Dalloz, 1926, p. 155.

(5) Segundo Afonso Queiró (*Lições de Direito Administrativo*, Vol. I, Coimbra: João Arantes, 1976, pp. 9/84), o ato jurisdicional não só pressupõe, mas é necessariamente direcionado à solução de uma “questão de direito” (violação do direito objetivo ou de um direito subjetivo), o que se realizará a partir da identificação da situação de fato. Caso seja buscado um resultado prático distinto da “paz jurídica” subjacente à solução da “questão de direito”, o ato será administrativo e não jurisdicional. Como anota Paulo Castro Rangel (*Repensar o Poder Judicial, Fundamentos e Fragmentos*, Porto: Publicações Universidade Católica, 2001, pp. 274 e ss.), indicando inúmeros precedentes, essa doutrina tem sido prestigiada pelo Tribunal Constitucional português.

(6) Vide o art. 2.º da Constituição de 1988, que, além da divisão tripartite, fala em *harmonia e independência* entre os poderes, consagrando um sistema de colaboração, com mecanismos de controle recíproco. No mesmo sentido, o art. 20, 11, n.º 2, da Lei Fundamental alemã

tigia a clássica divisão de Montesquieu, sendo esta a nomenclatura que utilizaremos no decorrer da exposição.

Ainda sob a ótica horizontal, também seria possível falar, ao menos teoricamente, em separação “flexível” (v. g.: o modelo parlamentar europeu) e em separação “rígida” (v. g.: o modelo presidencial americano), o que, respectivamente, corresponderia ou não à capacidade de destruição recíproca do Legislativo e do Governo: com a dissolução da Assembléia ou a censura do Governo (7). Esse modelo, evidentemente, apresenta inúmeras nuances quando transposto para a realidade, o que inviabiliza a formação de arquétipos rígidos a seu respeito. De qualquer modo, é inegável que o princípio da separação dos poderes apresentará contornos que variarão conforme os sistemas de organização do poder político: sistemas parlamentar, presidencial e a variante do semi-presidencialismo, que tenderá a se aproximar de um ou outro.

Na linha de evolução do sistema da separação dos poderes, a tradicional confrontação entre Executivo e Legislativo pouco a pouco se apaga e cede lugar às tensões infra-institucionais entre maioria e oposição. Com isto, o dualismo Executivo-Legislativo é substituído por realidades estruturadas em “bloco de governo” e em “bloco de oposição”, o que importa no deslocamento do foco de análise do plano institucional para o plano partidário (8). As inter-relações passam a ser regidas por interesses político-partidários, ensejando a inevitável cisão da unidade institucional e o conseqüente aparecimento de estruturas paralelas, quiçá contrapostas, que influem diretamente nas relações de poder.

Sob a ótica vertical, a separação dos poderes pode ser concebida em duas vertentes: a) nas relações mantidas entre o Estado e os particulares, identificando o alcance do poder de regulação estatal e a esfera remanescente aos particulares; e b) na divisão de competências entre distintas unidades territoriais de poder, o que está associado à forma de Estado adotada (unitário ou federal), sendo múltiplas as vertentes que pode assumir.

de 1949. A Constituição espanhola de 1978, nos arts. 117 a 127, prevê a tripartição, mas somente o Judiciário recebeu expressamente a qualificação de *poder*. A Constituição francesa de 1958, diversamente, somente faz menção à *autoridade judiciária*, cabendo ao Presidente da República garantir-lhe a independência (arts. 64 a 66). A Constituição portuguesa, em seu art. 110, fala em órgãos de soberania (Presidente da República, Assembleia da República, Governo e Tribunais), que devem observar a separação e a independência previstas na Constituição (art. 111). Não obstante a literalidade do preceito, são inúmeros os mecanismos de colaboração (v. g.: a promulgação das leis pelo Presidente da República — art. 134, b; a autorização da Assembleia da República como requisito à declaração de guerra pelo Presidente — art. 161, m; a eleição, pela Assembleia, de juízes do Tribunal Constitucional — art. 163, i; etc.).

(7) Cfr. Luis Favoreau *et alii*, *Droit Constitutionnel*, 6.^a ed., Paris: Éditions Dalloz, 2003, p. 339.

(8) Cfr. Luis Favoreau *et alii*, *Droit Constitutionnel...*, *op. cit.*, p. 338.

A separação de poderes entre o Estado e os particulares ou, melhor dizendo, a repartição e a conseqüente limitação das esferas de atuação, pressupõe o exercício do poder de regulação do Estado, o que definirá a esfera e o respectivo alcance da atividade estatal, bem como a margem de liberdade deixada ao particular. Se o particular não exerce propriamente um “*poder*”, é inegável a sua aptidão para adotar determinados comportamentos passíveis de alterar a realidade fenomênica. Concebida essa esfera de atuação como um todo unitário, é possível que o Estado delimite, ante a natureza da atividade ou por mera opção política, uma área de atuação exclusiva, concorrente ou mesmo subsidiária. Essa esfera, como afirma Zippelius⁽⁹⁾, variará conforme se prestigie uma maior margem de regulação ou uma maior autonomia individual, o que, utilizando-se os princípios da proporcionalidade e da proibição de excesso, deve ser sopesado à luz dos direitos fundamentais. A exemplo das restrições à esfera individual, também as prestações do Estado, como afirma Zippelius⁽¹⁰⁾, devem ser reservadas às situações “*em que a auto-regulação e a auto-sustentação, privada ou corporativa, não funcionam tão bem ou melhor*”, o que indica a subsidiariedade dessa intervenção.

No Estado unitário, tanto pode ser divisada a concentração dos poderes numa unidade central abrangente de todo o território, como podem existir descentralizações. São espécies desse gênero: *a*) o Estado regional, em que a Constituição assegura uma real autonomia normativa às coletividades regionais (v. g.: Espanha e Itália), o que em muito o aproxima do Estado Federal; e *b*) o Estado descentralizado, no qual, em menor medida, são distribuídas determinadas competências a unidades territoriais menores. No Estado composto, ao revés, coexistem múltiplas esferas de poder.

No Estado federal — que pode ser perfeito (também denominado de funcional ou por associação) ou imperfeito (por dissociação)⁽¹¹⁾, conforme resulte da união de Estados soberanos (v. g.: o modelo americano) ou da divisão de um Estado unitário em parcelas menores, que continuam unidas ao todo mas que passam a exercer determinados poderes políticos (v. g.: os modelos brasileiro, belga e austríaco) — os poderes são exercidos, consoante a disciplina traçada na Constituição, pela Federação e pelos Estados. Os poderes outorgados às unidades federadas tanto podem alcançar as distintas funções estatais (legislativa, executiva e

(9) Reinhold Zippelius, *op. cit.*, pp. 402/403.

(10) *Op. cit.*, p. 403.

(11) Luis Favoreau *et alii* (*Droit Constitutionnel... op. cit.*, p. 381) falam em Estado federal por associação ou por dissociação. Pablo Lucas Murillo de la Cueva (*El Poder Judicial en el Estado Autônomico*, in *Teoria y Realidad Constitucional* n.º 5, p. 89 (100), 2000), por sua vez, o divide em integral (perfeito) e funcional (imperfeito), incluindo a Espanha, apesar da ausência de qualificação formal, na última categoria.

judiciária) como restringir-se a algumas delas (v. g.: os *Länder* na Áustria ⁽¹²⁾ e os Municípios no Brasil, unidades federadas que somente possuem os Poderes Executivo e Legislativo).

E ainda, como ressalta Zippelius ⁽¹³⁾, o estudo da separação e do equilíbrio entre os poderes, longe de manter-se adstrito ao modelo de organização estatal, também avança em direção a múltiplos domínios, o que, a nível interno do Estado, importa na tentativa de manter o equilíbrio entre as forças sociais — em especial o poder das associações e dos meios de comunicação de massa — e, a nível internacional, na prevenção contra hegemonias. Mostra-se igualmente relevante, em especial no Continente Europeu, uma classificação que sistematize o exercício de competências derivadas da Constituição por instituições ou organizações internacionais ⁽¹⁴⁾.

O princípio da separação dos poderes, como se constata, tem dimensões oceânicas. Por essa razão, delimitaremos o plano de estudo ao papel desempenhado pelo Judiciário na concreção dos denominados direitos sociais, o que costuma ensejar discussões sobre a possível tensão com a separação dos poderes. As conhecidas dimensões ou gerações de direitos fundamentais podem ser reduzidas, quanto à postura a ser assumida pelo Estado, em duas categorias. A primeira assume uma feição negativa, limitando ou mesmo vedando a atuação do Estado numa esfera jurídica assegurada ao indivíduo. A segunda categoria, por sua vez, costuma refletir um aspecto positivo, exigindo a atuação do Estado para que os direitos possam transpor o plano ideológico-normativo e alcançar a realidade.

Essa classificação, é importante observar, não pode ser exatamente superposta às diferentes gerações de direitos fundamentais, sendo plenamente factível a necessidade de um atuar positivo do Estado para a garantia das liberdades individuais (v. g.: na manutenção de estruturas jurisdicionais que façam cessar qualquer restrição ilícita à liberdade) ou mesmo uma abstenção para o regular exercício dos direitos sociais (v. g.: na garantia do direito de greve) ⁽¹⁵⁾. No entanto, é indiscutível que a preservação das liberdades individuais exige um comportamento essencialmente negativo, enquanto que, em relação aos direitos sociais, a preeminência é do atuar positivo ⁽¹⁶⁾. É justamente a essa última vertente que direcionaremos nossa análise.

⁽¹²⁾ Cfr. Jaime Vernet I Llobet, *El sistema federal austríaco*, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 116.

⁽¹³⁾ *Op. cit.*, p. 401.

⁽¹⁴⁾ Pablo Lucas Murillo de la Cueva, *op. cit.*, pp. 91/92.

⁽¹⁵⁾ Cfr. Walter Schmidt, *I Diritti Fondamentali Sociali nella Repubblica Federale Tedesca*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.º 3/785 (802), 1981.

⁽¹⁶⁾ Cfr. A. E. Dick Howard, *La protection des droits sociaux en droit constitutionnel américain*, in *Revue Française de Science Politique*, Vol. 40, n.º 2, p. 173, 1990.

Na perspectiva de estudo adotada, o Poder Judiciário é contextualizado numa forma de governo democrática, estruturada a partir das relações políticas mantidas entre governantes e governados, do que resulta um lineamento político-constitucional essencialmente distinto daquele que receberia em outros regimes (v. g.: num governo despótico).

A identificação dos limites e das potencialidades do Poder Judiciário na concreção dos direitos sociais é realizada a partir das teorias de Locke e de Montesquieu, desenvolvidas sob a égide do liberalismo clássico, com o que se busca demonstrar a impossibilidade de sua utilização, sem as adaptações necessárias, nas relações institucionais travadas num Estado Social. À delimitação material da esfera de atuação judicial contribui a distinção entre atos administrativos e atos de governo e, sob o prisma da legitimação democrática, assume especial importância o papel desempenhado pela ordem constitucional. Além disso, o referencial desloca-se da *potestate* e alcança a pessoa, epicentro do Estado Social e Democrático de Direito, com o que se almeja demonstrar a necessidade de serem redimensionadas concepções sedimentadas em momento histórico diverso.

2. AS RAÍZES LIBERAIS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: AS TEORIAS DE LOCKE E DE MONTESQUIEU

Como se sabe, remontam à Antigüidade os primeiros estudos relacionados às diferentes funções do Estado, sendo paulatina a evolução da ciência política até se alcançar o estágio em que atualmente se encontra o princípio da separação dos poderes⁽¹⁷⁾. Buscando contextualizar as teorias desenvolvidas por Locke e Montesquieu, cujo mais importante referencial de análise é o sistema inglês, nos parece relevante principiar nossa abordagem com algumas breves considerações a esse respeito.

Na história constitucional britânica, o princípio da separação dos poderes tem sua gênese na necessidade de limitação dos poderes reais, permitindo a contenção do arbítrio e o respeito às liberdades individuais⁽¹⁸⁾. A partir da conquista normanda em 1066, passando pela *Magna Carta* de 1215, até se alcançar a *Glorious Revolution* e o *Bill of Rights* de 1688, são visíveis as modificações ocorridas no painel político britânico e nas inter-relações entre governante e governados.

Em 1066, passa-se da aristocracia à monarquia absoluta, situação que perdurou até a morte de Guilherme “O Conquistador”, marco da paulatina sedi-

(17) Cfr. Reinhold Zippelflus, *op. cit.*, pp. 406 e ss.

(18) Cfr. Luis Favoreau *et alii*, *Droit Constitutionnel...*, *op. cit.*, pp. 329/331.

mentação do arbítrio real. Com a Magna Carta, imposta a João sem Terra ⁽¹⁹⁾ pelos Barões, foram estabelecidos direitos e deveres recíprocos entre o rei e os vassallos (*rectius*: homens livres), sendo previsto um Grande Conselho, composto pelos Barões mais importantes, ao qual caberia autorizar a cobrança de quaisquer tributos dos nobres ou do clero, bem como dirimir quaisquer litígios entre o rei e um de seus vassallos. Se as funções do Grande Conselho não podiam ser consideradas propriamente legislativas, é claro o intuito de atenuar os poderes até então concentrados no Monarca. No século XV, já é divisada a presença de um Parlamento dotado de duas câmaras, uma representando a alta nobreza e outra a baixa nobreza e os comuns, bem como uma certa participação na função legislativa, em especial no poder de iniciativa.

Apesar disso, no decorrer do Século XVI, o poder real continua a ser praticamente absoluto, situação que se manteve incólume até a *Glorious Revolution* de 1688, ano em que foi igualmente elaborado um *Bill of Rights*, que, dentre outras medidas, condicionava a aplicação das leis à sua aprovação pelo Parlamento — o que veio a se tornar um direito absoluto — e ampliava as liberdades individuais anteriormente contempladas na Magna Carta. Em 1701, o *Act of Settlement* atribuiu outras funções ao Parlamento (v. g.: consentimento à declaração de guerra) e, em especial, consagrou a independência dos juizes em relação ao rei ⁽²⁰⁾.

Observe-se, no entanto, que o alicerce teórico justificador da *Glorious Revolution* não é divisado em um momento a ela antecedente, mas, posteriormente, com a obra de John Locke, de 1690 ⁽²¹⁾. Segundo ele, o poder do soberano encontra o seu fundamento em um contrato social, que limitaria o alcance do poder aos direitos que lhe foram transferidos pelos súditos. No estado de natureza (*stare of nature*), o indivíduo possui determinados direitos considerados naturais (*property*), cujos elementos integrativos, por serem originários e inalienáveis, não poderiam ser transferidos ao soberano, o que acarretava a impossibilidade de serem subtraídos ao indivíduo. Em verdade, o indivíduo transferiria alguns direitos com o fim de melhor preservar os demais. Transgredidos os “termos” do contrato social, seria admissível o direito de resistência, pois ilegítimo o exercício do poder transferido ao soberano.

⁽¹⁹⁾ Como se sabe, a Magna Carta, por refletir um vínculo pessoal do rei, teve de ser ratificada pelos sucessores de João sem Terra, sendo descumprida ou restringida em inúmeras ocasiões.

⁽²⁰⁾ Com a edição do *Act of Settlement*, os juizes deixaram de ser demissíveis *ad libitum* do Rei, sendo-lhes assegurado o exercício das funções enquanto bem servissem (“*quamdiu se bene gesserint*”), fórmula que foi repetida pelo art. III, seção I, da Constituição americana, onde a nomeação dos juizes produz efeitos “*during good behaviour*”. Cfr. Luis Favoreau *el alii*, *Droit Constitutionnel...*, *op. cit.*, p. 332.

⁽²¹⁾ John Locke, *The Second Treatise of Government: Essay concerning the true original, extent and end of civil government*, 3.^a ed., Norwich: Basil Blackwell Oxford, 1976.

Como mecanismo de contenção do poder, Locke, na linha da teoria que seria posteriormente desenvolvida por Montesquieu, idealizou o embrião daquela que se tomaria a separação do poder. Concebeu o poder sob uma perspectiva eminentemente funcional, do que resultava a divisão em Legislativo, Executivo e Federativo⁽²²⁾, cabendo ao último o papel de defesa do Estado e de regulação das relações mantidas com potências estrangeiras. O Legislativo, representado pelo Parlamento, seria competente para produzir as leis a serem seguidas pelo Executivo e, em especial, teria o dever de velar pelo respeito dos direitos e liberdades, o que era a tônica do liberalismo. Não obstante a divisão das funções, o órgão representativo do Estado (v. g.: o rei) exerceria os Poderes Federativo e Executivo, este último englobando a execução administrativa e a judicial. O rei ainda detinha a *prerrogativa real*, que consistia no “*poder de atuar, discricionariamente, para o bem público sem prescrição legal, e, algumas vezes, mesmo contra ela*”⁽²³⁾, o que derivaria da impossibilidade de a lei dispor sobre todas as situações da vida, da morosidade do Parlamento e da necessidade de assegurar a flexibilidade do Executivo, garantindo-lhe uma margem de liberdade⁽²⁴⁾.

Como se percebe, as quatro funções sistematizadas por Locke seriam distribuídas por dois órgãos (o Parlamento e o Monarca), não sendo visualizada uma absoluta necessidade de separação orgânica.

Apesar das linhas estruturais traçadas por Locke, a clássica tripartição do poder encontra em Montesquieu o seu alicerce fundamental, sendo reconhecida a sua subdivisão nos denominados Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário⁽²⁵⁾. Cada um desses poderes deveria exercer, primordialmente, funções similares aos designativos que ostentam, vale dizer, o Poder Legislativo, exercido por um Parlamento de composição bicameral (Corpo dos Nobres e Corpo dos Representantes do Povo), deveria elaborar as leis, alterá-las ou revogá-las; o Poder Executivo, além de declarar a guerra e a paz, estaria incumbido de exercer as relações internacionais e executar a “*vontade gerar*” consubstanciada na lei; e o Poder Judiciário, que também detinha uma função executiva da lei, deveria julgar os criminosos e os litígios entre particulares. Com exceção do Judiciário, ao qual fora atribuído um papel invisível e neutro⁽²⁶⁾ — que bem se refle-

(22) Cfr. *The Second Treatise of Government*, §§ 143-148.

(23) Cfr. *The Second Treatise of Government*, § 160.

(24) Cfr. *The Second Treatise of Government*, § 160.

(25) Cfr. *De L'Ésprit des Lois*, obra publicada em 1748, Livro XI, Capítulo VI. Como notam Luis Favoreau et alii (*Droit Constitutionnel...*, op. cit., p. 332), é provável que a previsão de um Poder Judiciário na teoria de Montesquieu esteja diretamente relacionada ao *Act of Settlement*, que assegurou a independência dos juizes e foi editado cerca de dez anos depois da obra de Locke.

(26) Cfr. *De L'Ésprit des Lois*, Livro XI, Capítulo VI.

tia na célebre frase de que o “juiz não é senão a boca que pronuncia as palavras da lei”, “não podendo moderar-lhe a força nem o vigor” (27), — era grande a inter-relação e a colaboração que deveriam existir entre o Executivo e o Legislativo (28). Com isto, concebia-se um sistema de controle recíproco entre os poderes, bem traduzido na fórmula “*le pouvoir arrêtant le pouvoir*”.

Ante a neutralidade atribuída ao juiz, era inconcebível, para Montesquieu, o exercício de atividade outra que não a de mera subsunção, o que afastava o exercício de qualquer operação valorativa que terminasse por adequar a norma aos influxos sociais. O juiz deveria seguir a “*letra da lei*” (29) e os entendimentos do juiz deveriam ser fixos, de modo que nunca fossem mais do que um texto preciso da lei (30), concepção que se mostrava necessária por ser o Poder Judiciário “*um poder terrível entre os homens*” (31). Somente o Legislativo, especificamente o Corpo dos Nobres, poderia valer-se da equidade ao apreciar as matérias jurisdicionais que lhe eram atribuídas (v. g.: julgar os aristocratas e as demais figuras preeminentes) (32), o que decorreria de sua participação na produção normativa, tendo autoridade para “*moderar a lei em favor da lei, pronunciando-se menos rigorosamente que ela*”. Esse dualismo de jurisdição caracterizava o sistema constitucional inglês à época, sendo justificável por ser “*necessário que os juízes sejam da condição social do acusado ou seus pares*” (33).

A exemplo de Locke, também Montesquieu concebera a teoria da separação dos poderes como uma forma de preservação da liberdade contra o arbítrio. Mantendo-se adstritos à linha de evolução histórica do constitucionalismo britânico, conferiram especial ênfase à imperativa separação das funções legislativa e executiva, as quais, acaso concentradas no mesmo corpo, inevitavelmente conduziriam ao arbítrio e à violação da esfera de liberdade inata do cidadão. Montesquieu, no entanto, sustentava a impossibilidade de duas ou três funções serem exercidas pelo mesmo órgão, ressalva a que Locke, com exceção da dicotomia

(27) Cfr. *De L'Ésprit des Lois*, Livro XI, Capítulo VI: “*Le juge n'est pas que la bouche qui prononce les paroles de la loi*”.

(28) À guisa de ilustração, merecem referência os seguintes mecanismos de colaboração previstos no Capítulo VI do Livro XI da obra *D'Ésprit des Lois*: ao Legislativo caberia a faculdade de estatuir e de controlar a execução das leis, de julgar os crimes políticos praticados pelos membros do Executivo, de dispor sobre o orçamento e de criar novos impostos e de definir o contingente das “*forças de terra e mar*” a serem confiadas ao Executivo. O Executivo, por sua vez, dispunha da faculdade de veto sobre as deliberações do Legislativo e do poder de convocar e delimitar a duração das reuniões do Parlamento.

(29) Cfr. *De L'Ésprit des Lois*, Livro XI, Capítulo VI.

(30) Cfr. *De L'Ésprit des Lois*, Livro XI, Capítulo VI.

(31) Cfr. *De L'Ésprit des Lois*, Livro XI, Capítulo VI.

(32) Cfr. *De L'Ésprit des Lois*, Livro XI, Capítulo VI.

(33) Cfr. *De L'Ésprit des Lois*, Livro XI, Capítulo VI.

Legislativo-Executivo, parecia indiferente. Em relação ao Poder Judiciário, outra semelhança: tanto Locke como Montesquieu lhe dispensaram uma importância secundária. Locke sequer concebeu um poder autônomo, integrando a função de julgar num espectro mais amplo: o de executar a lei. Quanto a Montesquieu, apesar de prestigiar a existência de um poder autônomo encarregado da função jurisdicional, apressava-se em realçar a necessidade de que o Poder Judiciário se mantivesse adstrito à “*letra da lei*”.

As doutrinas de Locke e Montesquieu bem demonstram que o alicerce teórico da separação dos poderes, caso estudado na pureza de suas linhas estruturais, não mais se coaduna às profundas mutações de natureza inter e intra-orgânica que se operaram na estrutura política do poder. A começar pela própria produção normativa, que, em uma fase pós-positivista, sofreu um profundo realinhamento com o reconhecimento do caráter normativo dos princípios jurídicos, o que, como veremos, em muito enfraqueceu a *senhoria normativa* do Poder Legislativo, pulverizando-a entre os demais poderes. Nesse particular, foram profundas as modificações operadas no Poder Judiciário. Se Locke sequer reconhecia a sua individualidade e Montesquieu o confinava à “*letra da lei*”, é difícil negar a superação desse quadro ao se constatar que, hodiernamente, cabe ao Judiciário, em última instância e em caráter definitivo, densificar o conteúdo dos princípios jurídicos e, à luz do caso concreto, submetê-los a operações de ponderação.

Esse novo papel reservado ao Poder Judiciário exige um profundo redimensionamento metodológico de sua inter-relação com os demais poderes e do próprio exercício das respectivas funções por parte destes ⁽³⁴⁾ ⁽³⁵⁾.

⁽³⁴⁾ As teorias enunciadas tiveram forte influência nos debates que antecederam a Convenção de Filadélfia e se refletiram diretamente na Constituição americana de 1787, prevalecendo o entendimento de que o reconhecimento dos direitos naturais (*rectius*: direitos de liberdade), na linha da doutrina de Locke, além de delimitar uma esfera não alcançada pelo contrato social, que permaneceria reservada ao indivíduo, tomava premente a necessidade de separação e de equilíbrio entre os poderes. Cfr. James Madison, Alexander Hamilton e John Jay, *Os Artigos Federalistas*, trad. de Maria Luíza X. de A. Borges, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. Apesar de separados, os poderes não atuam de forma isolada, sendo necessária a existência de mecanismos de supervisão e de pressão entre eles, condição indispensável à manutenção do equilíbrio. É o sistema dos *checks and balances*.

⁽³⁵⁾ A estrita conexão entre separação dos poderes e garantia dos direitos individuais alcançou o pensamento revolucionário francês, o que mereceu consagração expressa no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “*toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição.*” Diferencial marcante em relação ao sistema americano, é a reduzida importância atribuída ao Poder Judiciário, fruto da desconfiança decorrente da postura assumida pelos *Parlements*, constantemente opostos às tentativas de reforma realizadas pelo poder real no *Ancien Régime*, sendo uma das principais causas do imobilismo que provocou a Revolução (cfr. George Vedel, *Droit Admi-*

3. A CONSTITUIÇÃO COMO ELEMENTO POLARIZADOR DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A denominada *constituição moderna*, isto para utilizarmos a expressão de Gomes Canotilho⁽³⁶⁾, é caracterizada como um documento escrito, que traça a ordenação sistêmica e racional da comunidade política, assegurando um conjunto de direitos fundamentais e estabelecendo diretrizes e limites ao exercício do poder político.

nistratif, 5.^a ed., Paris: Presses Universitaires de France, 1973, p. 73). Observa Jean-Pierre Royer [*Débat: Le juge sous la V^e République*, in *Revue du Droit Public* n.º 5/6, p. 1853 (1865), 1998] que, quando os revolucionários franceses de 1791 empregaram o termo *pouvoir*, o fizeram no sentido latino de *potestas*, indicando uma prerrogativa politicamente inferior àquela da *auctoritas* na Roma antiga. O objetivo não foi realçar o Judiciário ou tomá-lo um poder próprio, mas, sim, fixar os seus limites, senão mesmo torná-lo *puissance nulle*. A Constituição francesa de 1958 fala em *autorité judiciaire*, não fazendo referência expressa a um *pouvoir*. Com isto, à separação dos poderes tem sido tradicionalmente atribuída uma feição bipolar, sendo conferida maior importância às relações institucionais estabelecidas entre Legislativo e Executivo, do que resultou uma posição secundária e nitidamente residual para o Judiciário. A grande instabilidade do sistema constitucional francês no período de 1789-1871, que se refletiu na edição de onze Constituições, é explicada pelo conflito entre princípios de legitimidade (a democrática e a monárquica) e de classes sociais (a burguesia urbana, que buscava sedimentar o poder, e a aristocracia rural, que pretendia manter o *status quo*). Cfr. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I, 7.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 167. No período subsequente, as tensões entre esses fatores políticos e sociais se amenizam e o sistema apresenta maior estabilidade. Os tribunais, no entanto, continuam a ser vistos com reserva, sendo-lhes subtraído, inclusive, o poder de fiscalização da constitucionalidade das leis (A Lei de 16-24 de Agosto de 1790, em seu art. 13, interditava aos juízes o conhecimento de litígios ligados à ação administrativa. A fórmula foi repetida na Constituição de 1791 — cujo art. 3.º vedava a suspensão de leis editadas pelo Poder Legislativo ou o controle da função administrativa — e na Lei de 16 *fructidor* do ano III da Revolução). As leis, por serem expressão da vontade geral, não poderiam ter a sua validade apreciada por órgãos estranhos à função legislativa. Somente com a Constituição de 1958 foi criado um órgão, eminentemente político, com competência para a fiscalização preventiva da constitucionalidade das leis: o Conselho Constitucional. Diversamente do que se verifica em relação aos atos Legislativos, o controle da adstrição da atividade administrativa aos parâmetros da lei teve grande desenvolvimento no direito francês, tendo se mostrado essencial à salvaguarda dos direitos do indivíduo. A peculiaridade reside no fato desse controle não ser realizado pelos tribunais judiciais, mas por tribunais administrativos, cuja instância final é o Conselho de Estado. Outra distinção do modelo francês em relação ao americano, cuja Constituição era eminentemente individualista e liberal, foi a referência aos direitos sociais, do que é exemplo remoto o art. 21 da Declaração de direitos que precedia o ato constitucional de 24 de Junho de 1793 (“*Constituição Jacobina*”): “*as ajudas públicas são uma dívida sagrada. A sociedade deve o essencial aos cidadãos necessitados, seja lhes obtendo trabalho, seja assegurando os meios de subsistência àqueles que estejam incapacitados para o trabalho*” e o preâmbulo da Constituição de 1946, integrado à Carta de 1958.

⁽³⁶⁾ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 52.

Face à sua estrita correlação com o poder político, a Constituição não pode ser vista e analisada como um corpo *asséptico*, distante e indiferente às estruturas ideológicas presentes na ordem social. O poder político reflete as ideologias existentes e a Constituição o limita e direciona, o que enseja uma interpenetração entre as diferentes ordens. Assim, é inevitável a influência dos influxos ideológicos na ordem constitucional, o que permitiria falar, segundo Howard ⁽³⁷⁾ em constituições socialistas, refletindo os princípios marxistas-leninistas; em constituições liberais, que realçam as teorias individualistas; e em constituições mistas, nas quais a interseção de direitos positivos e negativos é mais acentuada.

Em sociedades pluralistas, *locus* adequado ao pleno desenvolvimento da democracia, a Constituição tende a refletir, consoante a aceitabilidade de cada qual, as convergências e as divergências existentes entre as distintas forças políticas e sociais: daí se falar em *Constituição compromissória*, produto do “pacto” estabelecido entre referidas forças ⁽³⁸⁾.

Além de presentes em sua formação, as diferentes ideologias sociais também se refletirão na interpretação da Constituição, pois, tendo ela uma estrutura que congrega normas de natureza preceitual e principiológica, os valores sociais que corporificam o conteúdo de seus princípios e direcionam a aplicação de suas regras lhe conferem uma textura eminentemente aberta ⁽³⁹⁾, possibilitando uma contínua adequação às forças políticas e sociais.

Por ser inevitável a influência de inúmeras variantes ideológicas em sua formação e interpretação, deve a Constituição, sem prejuízo de sua unidade sistêmica, ser aplicada de modo a potencializar suas normas e a alcançar os distintos fins visados. Relegando a plano secundário as diferentes “individualidades” que compõem o figurino constitucional, correr-se-á o risco de prestigiar determinados valores em detrimento de outros dotados de igual legitimidade. Interpretar os direitos sociais à luz do pensamento liberal oitocentista poderá gerar iniquidades somente comparáveis à tentativa de preservação das liberdades individuais a partir da ideologia marxista-leninista.

Não se sustenta, é evidente, o isolamento das normas constitucionais em compartimentos estanques, destituídos de qualquer influência recíproca. Fosse assim, não se poderia falar em unidade ou mesmo em ordem constitucional. O que se afirma, em verdade, é que a interpretação da norma constitucional exige sejam devidamente sopesados os influxos ideológicos nela diretamente refletidos e,

⁽³⁷⁾ *Op. cit.*, p. 190.

⁽³⁸⁾ Cfr. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 218/219.

⁽³⁹⁾ Sobre a Constituição aberta, inclusive com ampla indicação bibliográfica, vide Carlos Roberto Siqueira de Castro, *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, pp. 15/130.

somente num segundo momento, deve ser a norma compatibilizada com os demais influxos recepcionados pela Constituição. Com isto, preserva-se a essência da Constituição compromissória, evitando que o pluralismo de forças termine por ser desvirtuado e anulado, bem como assegura-se a manutenção da harmonia entre elas, prestigiando as opções fundamentais do Constituinte e o princípio da unidade constitucional.

Especificamente em relação à preservação do interesse social, pode-se dizer, de forma simplista, que a interpretação de suas potencialidades deve ser devidamente compatibilizada com os influxos liberais igualmente prestigiados pela ordem constitucional. Ainda que à propriedade seja assegurada uma função social, não pode o seu titular, sem qualquer compensação, ser dela integralmente privado; sendo prevista a prisão unicamente como sanção, não como meio de coerção processual, não se pode restringir a liberdade de um indivíduo para compeli-lo à prática de determinado ato de interesse coletivo; etc.

A interpretação do princípio da separação dos poderes, como não poderia deixar de ser, não configura exceção à proposição já enunciada. Se é certo que a preservação das liberdades individuais, em linhas gerais, pressupõe uma atitude abstencionista do Poder Público, o que direciona a atuação dos órgãos jurisdicionais a essa ótica de análise, não menos certo é que os direitos sociais normalmente pressupõem um atuar positivo, o que, em sendo necessário, exigirá uma atuação diferenciada dos referidos órgãos. O que se mostra inconcebível é transpor parâmetros de tutela e paradigmas de convivência institucional essencialmente voltados à preservação da liberdade para um campo em que se mostra essencial um *facere* estatal.

Cabe à ordem constitucional, a partir dos diferentes influxos ideológicos que, explícita ou implicitamente, nela se materializaram, atuar como elemento polarizador do princípio da separação dos poderes. A contemplação de um extenso rol de direitos econômicos, sociais e culturais ou mesmo a exigência de preservação da dignidade da pessoa humana, o que pressupõe o fornecimento de um rol mínimo de prestações, indica uma opção ideológica que deve ser prestigiada na interpretação dessas normas constitucionais, tendo influência direta em princípios reitores do sistema, como o da separação dos poderes.

A fórmula Estado Social e Democrático de Direito indica claramente a imperativa observância de determinados padrões de conduta, quer sejam omisivos, quer sejam comissivos, daí se falar em *Estado de Direito*; a necessária participação popular no exercício do poder político, com a conseqüente aceitação das normas dela derivadas, o que justifica o designativo *Estado Democrático*; e, *the last but not the least*, a integração dos órgãos de poder com o objetivo de assegurar o progresso social e uma existência digna, tendo em vista a con-

secação do bem-comum⁽⁴⁰⁾, perspectiva que delinea os contornos do *Estado Social*.

A sindicância dos atos e das omissões da Administração assumirá uma perspectiva diferente daquela formada por influência do liberalismo, cujo objetivo principal era obstar o avanço sobre esferas resguardadas ao indivíduo. Em se tratando de direitos sociais, a Administração deve penetrar em determinadas áreas essenciais ao indivíduo e realizar as prestações necessárias à sua concretização, o que exigirá uma ótica de análise distinta, essencialmente voltada à aferição das omissões administrativas. Essa constatação permite concluir que as inter-relações mantidas entre os Poderes Executivo e Judiciário não devem ser concebidas numa linearidade indiferente aos influxos ideológicos que exijam um *facere* ou um *nonfacere* estatal. Com isso, será possível descortinar, na própria Constituição, a legitimidade do Poder Judiciário na aferição de comportamentos aparentemente envoltos no outrora inexpugnável manto da discricionariedade administrativa.

4. A DIGNIDADE HUMANA COMO PROJEÇÃO DA CONSTITUIÇÃO ABERTA E FUNDAMENTO AXIOLÓGICO DOS DIREITOS SOCIAIS

Além do jusnaturalismo, são múltiplas as correntes metodológicas contemporâneas, positivistas ou pós-positivistas, que podem ser invocadas para se tentar explicar o fundamento da noção de dignidade da pessoa humana. A vastidão do tema inviabiliza uma abordagem exauriente, motivo pelo qual nos limitaremos a uma mera referência às principais correntes.

De logo, vale lembrar que as correntes metodológicas não se sucedem num “*movimento lógico-tempora*” de substituição das antecedentes pelas conseqüentes; pelo contrário, “*convivem no mesmo horizonte cronológico*”, permitindo, em busca de uma maior solidez do discurso, que soluções de problemas concretos sejam fundamentadas em elementos metodológicos de correntes diversas⁽⁴¹⁾. Por vezes, esses elementos não só coexistem em determinado ato decisório, como se influenciam reciprocamente, terminando por integrar-se em prol da conclusão pretendida.

(40) Nas palavras de Aristóteles (*A Política*, tradução de Roberto Leal Ferreira, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 53), “*não é apenas para viver juntos, mas sim para bem viver juntos que se fez o Estado...*”.

(41) Cfr. Marcos Keel Pereira, *O Lugar do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência dos Tribunais Portugueses. Uma Perspectiva Metodológica*, in *Working Paper*, Lisboa, 2002, pp. 13/14.

Na senda do Direito Natural, a dignidade humana seria informada por valores inerentes ao homem num estado de natureza, originários e inalteráveis⁽⁴²⁾, sendo oponíveis ao próprio poder soberano⁽⁴³⁾. Quanto ao “*alicerce metafísico-teológico de que carece qualquer direito natural*”⁽⁴⁴⁾, estaria ele associado a paradigmas de ordem religiosa, com especial deferência ao cristianismo na cultura ocidental⁽⁴⁵⁾. Apesar da pureza dos fins, sendo concebida como antagonismo ao poder estatal absoluto (*absoluter staatlicher Herrschaft*), essa teoria não logra demonstrar como seria possível conceber um direito (*Recht*) dissociado de uma relação jurídica (*Rechtsbeziehung*)⁽⁴⁶⁾.

Se o fundamento teleológico mostra-se enfraquecido e cambaleante⁽⁴⁷⁾, a

(42) A referência a direitos inalienáveis ou intangíveis do homem pode ser encontrada em vários textos constitucionais, v. g.: o art. 1.º, n.º 1, da *Grundgesetz* alemã; o art. 4.º da Constituição do Principado de Andorra; o art. 10, n.º 1, da Constituição da Espanha; o art. 2.º da Constituição da Itália; a primeira frase do preâmbulo da Constituição da França de 1946, integrado à Carta de 1958; o art. 11 da Constituição do Japão; e o art. 17, n.º 2, da Constituição da Rússia. O *Bill of Rights of Virginia*, de 12 de Junho de 1776, cujo modelo se espalhou por outros Estados da Federação americana, dispunha, em seu art. V, que “*todos os Homens são por natureza igualmente livres e independentes e possuem determinados direitos inatos...*”.

(43) Essa doutrina foi desenvolvida por Locke pouco após a *Glorious Revolution* de 1688, procurando legitimar, *a posteriori*, o pensamento revolucionário. Segundo ele, o poder do soberano encontra o seu fundamento em um contrato social, que limitaria o alcance do poder aos direitos que lhe foram transferidos pelos súditos. No estado de natureza (*state of nature*), o indivíduo possui determinados direitos considerados naturais (*property*), cujos elementos integrativos, por serem originários e inalienáveis, não poderiam ser transferidos ao soberano, o que acarretava a impossibilidade de serem subtraídos ao indivíduo. Em verdade, o indivíduo transferiria alguns direitos com o fim de melhor preservar os demais. Cfr. John Locke, *op. cit.*, pp. 9 e ss.

(44) Cfr. Reinhold Zippelius, *op. cit.*, p. 146.

(45) São Tomás de Aquino, na década de 1250 (in *Os Princípios da Realidade Natural*, Porto: Porto Editora, 2003), afirmava que deveria ser entendido por natureza “*tudo o que, de algum modo, pode ser apreendido pela inteligência, pois uma coisa só é inteligível mediante a sua definição e essência*” (p. 54) ... “*Tudo o que convém a qualquer coisa é causado pelos princípios da sua natureza, como a capacidade de rir no homem, ou provém de algum princípio extrínseco, como a luz na atmosfera, proveniente do Sol. Ora, é impossível que o mesmo ser seja causado pela mesma forma ou quiddidade da coisa — falo como de causa eficiente — porque assim determinada coisa seria causa de si própria e se produziria a si própria na existência. Portanto, importa que toda a realidade, cujo ser é diferente da sua natureza, receba o ser de outrem. E porque tudo o que é por outrem se reduz ao que é por si, como à sua causa primeira, importa que haja alguma realidade que seja causa de ser de todas as realidades, porque ela própria é apenas Ser. Alias, ir-se-ia até ao infinito nas causas, porque tudo o que não é apenas Ser tem causa do seu ser, como se disse. É claro, portanto, que a inteligência é forma e ser e que tem o ser a partir do primeiro Ente, que é apenas Ser. Este Ser é a causa primeira: Deus*” (pp. 79/80).

(46) Cfr. Heiner Bielefeldt, *Philosophie der Menschenrechte, Grundlagen eines weltweiten Freiheitsethos*, Frankfurt: Primus Veriag, 1998, p. 162.

(47) O pensamento dos direitos humanos, segundo Bielefeldt (*op. cit.*, p. 185), visa a um direito secular, sendo desconhecido um Direito de Deus material (*materiale Götterrechte*), o

tese de direitos inatos do homem, desta feita lastreada em valores sociais e acautelada pelo poder de coerção estatal, ainda mantém um sopro de vida. De qualquer modo, o alegado direito pressuposto não subsiste por si, mas integrado pelos valores diretivos das relações intersubjetivas.

Partindo da noção de sistema e de um critério de racionalidade intrínseca, a *jurisprudência dos conceitos* busca demonstrar a existência de uma “*pirâmide de conceitos*”, em cujo vértice se apõe o conceito de maior generalidade possível, no qual venham a se subsumir, como espécies e subespécies, em escala decrescente de generalidade, todos os demais conceitos, de modo que os conceitos derivados sempre possam ser reconduzidos ao originário⁽⁴⁸⁾, dando origem a um sistema de regras logicamente claro, sem contradições e sem lacunas. O positivismo normativo de Kelsen⁽⁴⁹⁾ pode ser integrado a essa estrutura, sendo o topo da pirâmide ocupado pela *Grundnorm*, norma pressuposta fonte de legitimidade de todo o ordenamento jurídico.

O processo dedutivo preconizado por essa teoria terminaria por conduzir, conforme a posição ocupada na pirâmide, à precedência, em abstrato, de uns direitos sobre outros, relegando ao ostracismo o critério da ponderação dos bens jurídicos em colisão⁽⁵⁰⁾. Acresça-se, ainda, que a atividade jurisdicional se vê limitada à subsunção dos fatos aos contornos prefixados da norma, que está integrada num sistema fechado de conceitos jurídicos⁽⁵¹⁾. Com isto, a unidade interior do sentido de direito derivaria de uma idéia de justiça de matiz lógico-formal ou axiomático-dedutivo, o que não se compadece com a sua real feição, de tipo valorativo ou axiológico⁽⁵²⁾.

Rompendo com esse critério subsuntivo, a *jurisprudência dos interesses*, contrariamente à *jurisprudência dos conceitos*, que preconiza o “*primado da lógica do trabalho juscientífico*”, sustenta o “*primado da indagação da vida e da valoração da vida*”⁽⁵³⁾. Essa teoria, direcionada à “*ciência prática*” ou “*dogmática do Direito*”, tem o mérito de conferir maior mobilidade ao juiz,

que é um indicativo de que a liberdade humana é independente de fundamentos religiosos e que a política e o direito ultrapassam a perspectiva teológica. Quanto à invocação de Deus na *Grundgesetz*, tem ela caráter meramente simbólico, não um verdadeiro sentido.

(48) Cfr. Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito (Methodenlehre der Rechtswissenschaft)*, trad. de José Lamego, 3.^a ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 310/312.

(49) *Teoria Pura do Direito (Reine Rechtslehre)*, trad. de João Baptista Machado, 5.^a ed., Coimbra: Arménio Amado-Editor, 1979, p. 269.

(50) Cf. Marcos Keel Pereira, *op. cit.*, p. 21.

(51) Cfr. Karl Larenz, *op. cit.*, p. 64.

(52) Cfr. Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito (Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz)*, trad. de A. Menezes Cordeiro, 5.^a ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 30.

(53) Cfr. Karl Larenz, *op. cit.*, p. 64.

viabilizando que tanto a investigação da norma como das relações da vida — o que permite identificar os interesses reais que levaram à edição da norma — conflua para uma decisão objetivamente adequada, sendo especificamente direcionada à tutela dos interesses contemplados na norma, que, em si, é um produto de interesses. No entanto, como nem todos os interesses podem ser facilmente visualizados a partir de uma operação valorativa previamente realizada pelo legislador, a operação valorativa do juiz não poderia ser reconduzida a um esquema legal. Assim, a idéia de interesse mostrava-se equívoca, ora sendo “*entendida como fator causal da motivação do legislador, ora como objeto das valorações por ele empreendidas ou mesmo como critério de valoração*” (54).

Em relação à integração da norma pelos valores inerentes ao meio social, esse viés metodológico é inerente à *jurisprudência dos valores*, que não se reconduz a uma concepção jusnaturalista. Para essa teoria, as normas, em especial as de estrutura principiológica como a dignidade humana, devem ser integradas por valores supralegais e transcendentais que alicerçam e estruturam o sistema jurídico, os quais em nada se confundem com uma ordem natural pressuposta (55): a partir de um discurso *racional*, a norma, cuja parte visível até então se cingia a um furtivo padrão normativo, é integrada e seu conteúdo descortinado. Essa teoria é indicativa de uma vertente pós-positivista, em que a atividade de mera subsunção normativa cede lugar à de concretização.

A norma, ademais, haverá de ser jurídica e socialmente válida. A validade social será alcançada sempre que uma pauta mínima de valores correspondentes ao grupamento encontrar amparo na norma, o que será constatado a partir de sua eficácia social (*sozialer Wirksamkeit*), não necessariamente ampla e total, mas, sim, dotada de uma aceitação igualmente mínima (56). No caso de colisão entre a validade social e a jurídica, esta poderá sofrer consequências, inclusive com o fenômeno da denominada derrogação costumeira (“*Phänomen der Derogation durch Gewohnheitsrecht — desuetudo*”). A norma subsistirá juridicamente, mas será socialmente inválida.

Para o positivismo, as normas se confundiam com as regras de conduta que veiculavam, sendo os princípios utilizados, primordialmente, como instrumentos de interpretação e integração. Com o pós-positivismo, norte da meto-

(54) Cfr. Karl Larenz, *op. cit.*, p. 163.

(55) Cfr. Karl Larenz, *op. cit.*, p. 167. Segundo o autor, para o reconhecimento de valores ou critérios de valoração supralegais ou pré-positivos, é possível invocar “*os valores positivados nos direitos fundamentais, especialmente nos artigos 1.º a 3.º da Lei Fundamental, recorrer a uma longa tradição jusfilosófica, a argumentos lingüísticos ou ao entendimento que a maior parte dos juízes tem de que é a sua missão chegar a decisões ‘justas’*”.

(56) Cfr. Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, 3.ª ed., Freiburg/München: Verlag Karl Alber GmbH, 2002, p. 147.

dologia jurídica contemporânea, os princípios deixaram de ser meros complementos das regras, passando a ser vistos como formas de expressão da própria norma, que é subdividida em regras e princípios.

Os princípios se distanciam das regras na medida em que permitem uma maior aproximação entre o direito e os valores sociais, não expressando consequências jurídicas que se implementem, automaticamente, com a simples ocorrência de determinadas condições, o que impede sejam disciplinadas, *a priori*, todas as suas formas de aplicação⁽⁵⁷⁾. Além disso, enquanto o conflito entre regras é resolvido na dimensão da validade, a colisão entre os princípios é dirimida a partir de uma técnica de ponderação, consoante o peso que apresentem no caso concreto⁽⁵⁸⁾.

Com isto, a consagração constitucional da dignidade humana não se adequará à tradicional dicotomia positivista entre os momentos de criação e de aplicação do direito. A vagueza semântica da expressão exige seja ela integrada consoante os influxos sociais e as circunstâncias do caso concreto, fazendo que o momento criativo termine por projetar-se no momento aplicativo e a ele integrar-se, implicando numa nítida superposição operativa. A essência da Constituição, assim, longe de ser uma certa concepção material de homem, seria a construção da vida social e política como um “*processo indefinidamente aberto*”⁽⁵⁹⁾.

Essa atividade integrativa da norma, especialmente quando se constata que na dignidade humana se articula a dimensão moral da pessoa, sendo a sua afirmação o germen do reconhecimento de direitos inerentes ao indivíduo e o fundamento de todos os direitos humanos⁽⁶⁰⁾, não pode ser deixada ao alvedrio do Poder Executivo. Não encontra amparo na lógica e na razão a tese de que a ação ou a omissão que venha a aviltar a dignidade de outrem passe ao largo de instrumentos adequados de controle da *potestas publica*.

Formando a dignidade humana a base axiológica dos direitos sociais⁽⁶¹⁾, verifica-se que a sua sindicância pelo Poder Judiciário acarretará reflexos nos direitos a ela correlatos. Os valores integrados na dignidade humana, em ver-

(57) Cfr. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 17.^a imp., Massachussets: Harvard University Press, 1999, p. 24.

(58) Cfr. Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales (Theorie des Grundrechte)*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, 1.^a ed., 3.^a impressão, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 89, e Ronald Dworkin, *op. cit.*, 1980, pp. 26/27.

(59) Invocando a doutrina de Peter Häberle, cfr. Eduardo Garcia de Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas Ediciones, 1985, p. 100.

(60) Cfr. Beatriz González Moreno, *El Estado Social, Naturaleza Jurídica y Estructura de los Derechos Sociales*, Madrid: Civitas Ediciones, 2002, pp. 95/96.

(61) Daniela Bifulco, *L'Inviolabilità dei Diritti Sociali*, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 2003, pp. 127/132.

dade, congregam a essência e terminam por auferir maior especificidade nos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, a um só tempo, esmiúçam a idéia de dignidade e têm a sua interpretação por ela direcionada, do que resulta uma simbiose que não é passível de ser dissolvida ⁽⁶²⁾.

5. ATOS ADMINISTRATIVOS E ATOS DE GOVERNO

Sustentando-se a possibilidade de sindicância das omissões da Administração na implementação dos direitos prestacionais, torna-se necessário delimitar, com a maior exatidão possível, a esfera reservada ao exercício do poder político, seara caracterizada pela liberdade valorativa e, em regra, de reduzida sindicabilidade. Relegando esse imperativo a plano secundário ou não sendo ele executado a contento, será inevitável o choque entre concepções que, não obstante derivadas do Direito, recebem seus influxos de modo nitidamente variável: é essa a tensão que se manifesta entre órgãos jurisdicionais e órgãos políticos ao interpretarem a norma. Como lembra Guettier ⁽⁶³⁾, é justamente a singularidade dessa situação que explica uma atitude de reserva dos juízes ao definirem a extensão de seu controle sobre atos emanados de órgãos políticos.

Os atos políticos, na concepção aqui tratada, são atos de conteúdo não-normativo da função política, regidos pela Constituição e que só podem ser corretamente entendidos na perspectiva do sistema de governo e das relações entre os seus respectivos órgãos ⁽⁶⁴⁾. São instrumentos pelos quais se explicam as funções de direção, de governo e de controle do Estado, do que são exemplos a declaração de guerra e a convocação do Parlamento ⁽⁶⁵⁾.

A delimitação do controle a ser exercido pelos juízes pressupõe a compreensão da dicotomia entre atos de governo e atos administrativos: os primeiros, como manifestação do poder político, sofreriam um controle restrito; os segundos, por derivarem de uma atividade essencialmente circunscrita aos contornos da legalidade, em regra, estariam sujeitos a um controle amplo — a exce-

⁽⁶²⁾ O caráter fundante da dignidade humana foi bem enunciado pelo art. 10 da Constituição espanhola, ao consagrar a existência de direitos fundamentais a ela inerentes: "*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social*".

⁽⁶³⁾ *Le contrôle juridictionnel des actes du président de la République, in Les 40 ans de la V^e République, in Revue du Droit Public, n.º 5/6, p. 1719 (1721), 1998.*

⁽⁶⁴⁾ Cfr. Jorge Miranda, *Funções, Órgãos e Actos do Estado, apontamentos de lições*, Lisboa, 1986, pp. 299 e ss.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. Rocco Galli, *Corso di Diritto Amministrativo*, Padova: CEDAM, 1991, p. 243.

ção, por sua vez, derivaria da margem de liberdade inerente à noção de poder discricionário ⁽⁶⁶⁾, o que enseja, igualmente, um controle restrito.

Os atos de governo, face à sua própria natureza, estarão sujeitos, em maior intensidade, a um controle de ordem política, a ser realizado pelo Parlamento (v. g.: com o mecanismo do *impeachment*), pelo povo (v. g.: por ocasião das eleições) ou mesmo por órgãos com competência nitidamente jurisdicional. Na França, as nomeações para cargos civis e militares do Estado — previstas no art. 13, n.º 2, da Constituição como de competência do Presidente da República, com a aquiescência do Primeiro Ministro —, outrora puramente discricionárias, pois dotadas de um acentuado cunho político, têm sido objeto de controle pelo Conselho de Estado sob a ótica do “*erreur manifeste d’appréciation*”. Nesses casos, verifica-se a própria adequação das aptidões do indivíduo ao posto a ser ocupado ou à tarefa a ser cumprida ⁽⁶⁷⁾.

Guettier ⁽⁶⁸⁾, após ressaltar o perigo de se deixar que atos fundados em “*raison d’État*” escapem a qualquer controle, lembra que a jurisprudência administrativa francesa tem evoluído no sentido de restringir, progressivamente, o domínio dos atos de governo. De qualquer modo, a impossibilidade de sindicância ainda é prestigiada no quadro das relações entre o Executivo e os demais poderes e nas relações internacionais. Consoante a jurisprudência do Conselho de Estado, à luz da Constituição francesa, são exemplos de atos insindicáveis: a nomeação do Primeiro Ministro (art. 8, al. 1^{er}), a submissão de projetos de lei

⁽⁶⁶⁾ O poder discricionário reflete-se no exercício de uma atividade valorativa que culminará com a escolha, dentre dois ou mais comportamentos possíveis, daquele que se mostre mais consentâneo com o caso concreto e a satisfação do interesse público. Para tanto, deve a autoridade proceder à “*ponderação comparativa dos vários interesses secundários (públicos, coletivos ou privados), em vista a um interesse primário*”, sendo esta a essência da discricionariedade (cfr. Massimo Severo Gianini, *Diritto Amministrativo*, Vol. 2.º, 3.ª ed., Milano: D. A. Giuffrè Editore, 1993, p. 49). Como discricionariedade não guarda similitude com arbitrariedade, a atividade administrativa deve adequar-se à noção de juridicidade, que integra as regras e os princípios regentes da atividade estatal, importando numa filtragem da esfera de liberdade assegurada ao agente, remanescendo uma área restrita não sujeita à sindicância judicial. Essa área restrita, tradicionalmente denominada de mérito administrativo, indica a oportunidade do ato (*rectius*: o juízo valorativo resultante da ponderação dos interesses envolvidos), não seguindo parâmetros estritamente jurídicos (v. g.: o objetivo de boa administração — cfr. Pietro Virga, *Diritto Amministrativo*, Vol. 2, 5.ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore, 1999, p. 8, p. 11; Franco Bassi, *Lezioni di Diritto Amministrativo*, 7.ª ed., Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003, p. 68; e Diana-Urania Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano: Giuffrè Editore, 1998, p. 149), o que justifica a sua inclusão em uma esfera residual reservada à Administração.

⁽⁶⁷⁾ Conselho de Estado, *Association générale des administrateurs civils et autres c/ Dupavilhon*, j. em 16-12-1988, *Leb.*, p. 450, tendo sido reconhecida a adequação; e *Bleton et autres c/ Sarazin*, j. em 16-12-1988, *Leb.*, p. 451, decisão que declarou a ausência do perfil de carreira (apud Christophe Guettier, *Le controle juridictionnel...*, p. 1744).

⁽⁶⁸⁾ *Le controle juridictionnel...*, pp. 1722/1723.

a referendo (art. 11), o decreto de dissolução da Assembléia Nacional (art. 12), as mensagens presidenciais ao Parlamento (art. 18), a nomeação de três membros do Conselho Constitucional, assim como do Presidente, e a provocação do Conselho (arts. 54, 56 e 61) ⁽⁶⁹⁾.

A liberdade característica dos atos de governo, por estar inserida num sistema unitário e teleologicamente voltado à consecução do bem comum, recebe temperamentos da ordem constitucional, que limita e condiciona o seu exercício. Nesse particular, merecem especial realce as normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias, que surgem como parâmetros de controle do poder discricionário da Administração, com a conseqüente invalidade dos atos que deles destoem ⁽⁷⁰⁾. O espectro de liberdade, ademais, sofre sensíveis alterações, que variarão consoante o grau de densidade das normas de patamar superior nas quais se assente o ato. É inequívoco que uma norma constitucional meramente programática (v. g.: o Estado zelará pelo bem-estar das crianças) deixa uma ampla liberdade de conformação ao Legislativo e ao Executivo. Em razão inversa, nos parece igualmente inequívoco que a previsão constitucional de atuação prioritária em determinada área (v. g.: na proteção das crianças), acrescida de uma disciplina infraconstitucional definidora das medidas a serem adotadas (v. g.: prestação do ensino), em muito reduz a margem de liberdade do Executivo.

Ainda que a Constituição e o legislador infraconstitucional, como é normal, disponham sobre inúmeras outras atribuições correlatas do Executivo, sem definir o momento em que cada uma delas deva ser implementada, não se mostra ampla e irrestrita a sua liberdade de “*opção política*”. Com efeito, a ausência de um indicador temporal específico pode ser substituída, com vantagem, pela imposição de tratamento prioritário à matéria, o que conferirá um caráter residual à referida liberdade, que somente ressurgirá, em relação às atribuições correlatas, após o atendimento daquela considerada prioritária. Inexistindo previsão como essa, os contornos da liberdade se tornarão mais fluidos, porém, não fluidos o suficiente a ponto de inviabilizar todo e qualquer controle.

⁽⁶⁹⁾ *Le contrôle juridictionnel...*, pp. 1723/1724. Ainda segundo o autor, na ordem internacional são insindicáveis os atos do Executivo cuja natureza administrativa não possa ser reconhecida (as decisões tomadas pelo Presidente da República como “*prince des Vallées d’Andorre*” — Conselho de Estado, *Société Le Nickel*, j. em 1-12-1993, *Leb.*, p. 1132) e os atos praticados na condução das relações diplomáticas da França (a criação de uma zona de segurança e a suspensão da navegação marítima no mar territorial de um atol da Polinésia — Conselho de Estado, *Paris de Bollardière et autres*, j. em 11-07-1975, *Leb.*, p. 423; e a decisão de retomar uma série de ensaios nucleares interrompidos — Conselho de Estado, *Association Greenpeace France*, j. em 29-09-1995, *Leb.*, p. 347).

⁽⁷⁰⁾ Cfr. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 315; e J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 446.

Em qualquer Estado democrático, é o indivíduo que ocupa o epicentro da ordem jurídica, erigindo-se como razão de ser e fim último de toda e qualquer atividade estatal. Esse *status*, normalmente indicado com o imperativo respeito à dignidade da pessoa humana ou com a previsão constitucional de um extenso rol de direitos, bem demonstra que qualquer ato político deve ser praticado de modo a não macular o seu conteúdo mínimo.

Ao sopesar os distintos atos materiais passíveis de serem praticados, deve o Executivo realizar a análise dos valores envolvidos e identificar aqueles que, à luz das circunstâncias fáticas e jurídicas, possuam maior peso. Tal operação, que redundará numa opção essencialmente política, em rigor, será insindicável. No entanto, demonstrando-se que valores essenciais à dignidade da pessoa humana foram preteridos por outros de peso nitidamente inferior, a opção se mostrará destoante da Constituição e, *ipso iure*, inválida (v. g.: não será legítima a opção pela contínua alteração das cores de uma escola em detrimento do pagamento dos professores ou da aquisição de alimentos para os alunos carentes). Não obstante a plasticidade dessa afirmação, é evidente a dificuldade encontrada na exata delimitação daquilo que se deve entender por dignidade da pessoa humana. Apesar disso, serão identificadas com relativa facilidade zonas de certeza positiva e zonas de certeza negativa, indicando, respectivamente, a observância ou a inobservância dos padrões de dignidade. A esfera de liberdade, assim, ficará restrita a uma zona intermédia, impregnada por intenso subjetivismo e insuscetível de controle judicial.

Ultrapassada a esfera de liberdade, não se poderá falar em indébita intromissão do Poder Judiciário em atividade desenvolvida por outro poder. Como observa Cristina Queiroz ⁽⁷¹⁾, “*existem conflitos puramente políticos, insuscetíveis de conformação-subsunção normativa e, por outro, conflitos políticos em que apesar de tudo essa conformação é possível, pelo que se encontram sujeitos a um ‘direito judicial de controle’*”. O princípio da separação dos poderes, como dissemos, é polarizado pela Constituição e pelos valores nela consagrados, possuindo a flexibilidade necessária para assegurar a preeminência da dignidade da pessoa humana.

6. A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO NA AFERIÇÃO DAS OMISSÕES ADMINISTRATIVAS

Em um primeiro plano, deve-se ressaltar que a *ratio* do controle exercido pelo Poder Judiciário, longe de buscar a sedimentação de uma superioridade

⁽⁷¹⁾ *Os Actos Políticos no Estado de Direito — O Problema do Controle Jurídico do Poder*, Coimbra: Livraria Almedina, 1990, p. 217.

hierárquica no plano institucional ou a frívola ingerência em seara inerente ao Executivo, é a de velar para que o exercício do poder mantenha uma relação de adequação com a ordem jurídica, substrato legitimador de sua existência. Dessa forma, não se identificará um juízo censório ou punitivo à atividade desenvolvida por outro poder, mas, sim, uma relevante aplicação do sistema de “*freios e contrapesos*”, inerente ao regime democrático e cujo desiderato final é garantir o bem-estar da coletividade.

Esse controle, no entanto, provocará uma inevitável tensão entre dois valores indispensáveis ao correto funcionamento do sistema constitucional: o primeiro indica que o poder de decisão numa democracia deve pertencer aos eleitos — cuja responsabilidade pode ser perquirida — e, o segundo, a existência de um meio que permita a supremacia da Constituição mesmo quando maiorias ocasionais, refletidas no Executivo ou no Legislativo, se oponham a ela ⁽⁷²⁾. Uma forma de harmonizar os dois aspectos dessa dialética é a contemplação dos direitos sociais na própria Constituição, o que, retirando um irrestrito poder de decisão das maiorias democráticas, permite aos juízes decidir se tais direitos devem ser reconhecidos ⁽⁷³⁾.

É importante observar que o equilíbrio propiciado pela separação dos poderes, de indiscutível importância na salvaguarda dos indivíduos face ao absolutismo dos governantes, também contém os excessos da própria democracia. O absolutismo ou mesmo o paulatino distanciamento das opções políticas fundamentais fixadas pelo Constituinte pode igualmente derivar das maiorias ocasionais, as quais, à mingua de mecanismos eficazes de controle, podem solapar as minorias e comprometer o próprio pluralismo democrático. Por tal razão, não se deve intitular uma decisão judicial de antidemocrática pelo simples fato de ser identificada uma dissonância quanto à postura assumida por aqueles que exercem a representatividade popular. Não se afirma, é certo, que a democracia seja algo estático, indiferente às contínuas mutações sociais. No entanto, ainda que a vontade popular esteja sujeita a contínuas alterações, o que resulta de sua permanente adequação aos influxos sociais, refletindo-se nos agentes que exercem a representatividade popular, ela deve manter-se adstrita aos contornos traçados na Constituição, elemento fundante de toda a organização política e que condiciona o próprio exercício do poder.

Não merece acolhida, inclusive, a tese de uma possível supremacia do Judiciário em relação aos demais poderes. As suas vocações de mantenedor da

⁽⁷²⁾ Cfr. Howard, *op. cit.*, p. 188.

⁽⁷³⁾ Cfr. Howard, *op. cit.*, p. 190. Acrescenta o autor que as questões éticas e sociais da vida moderna permitem concluir que o desrespeito a uma certa justiça social fará com que outros direitos, como o direito de voto, a liberdade de expressão e a liberdade de consciência, se tornem “*casas vazias*”.

“paz institucional” e de garantidor da preeminência do sistema jurídico assumem especial importância no Estado Social moderno, no qual aumenta a importância do Estado em relação ao indivíduo, com a correlata dependência deste para com aquele, exigindo do Judiciário o controle dessa relação (74).

Robert Alexy (75), embora discorrendo sobre a competência do Tribunal Constitucional, profere lição que em muito contribui para a elucidação da tensão dialética acima enunciada. Segundo ele, “a chave para a resolução é a distinção entre a representação política e a argumentativa do cidadão”. Estando ambas submetidas ao princípio fundamental de que todo o poder emana do povo, é necessário compreender “não só o parlamento mas também o tribunal constitucional como representação do povo”. Essa representação, no entanto, se manifesta de modo distinto: “o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente”, o que permite concluir que este, ao representar o povo, o faz de forma “mais idealística” que aquele. Ao final, realça que o cotidiano parlamentar oculta o perigo de que faltas graves sejam praticadas a partir da excessiva imposição das maiorias, da preeminência das emoções e das manobras do tráfico de influências, o que permite concluir que “um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo, senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos”. A lição do mestre germânico pode ser transposta, sem exatidão, às relações entre o Judiciário e o Executivo, pois também este deve atuar em harmonia com a ordem constitucional, limite incontornável traçado pelo Constituinte, cabendo ao Judiciário assegurar que tal ocorra.

Conferindo-se à Constituição a condição de elemento polarizador das relações entre os poderes, toma-se evidente que os mecanismos de equilíbrio por ela estabelecidos não podem ser intitulados de antidemocráticos. Além disso, a ausência de responsabilidade política dos membros do Poder Judiciário não tem o condão criar um *apartheid* em relação à vontade popular. Na linha de Bachof, o juiz não é menos órgão do povo que os demais, pois, mais importante que a condição de mandatário do povo é a função desempenhada “em nome do povo” (76), aqui residindo a força legitimante da Constituição. Essa fórmula, aliás, mereceu consagração expressa no art. 202, n.º 1, da Constituição portuguesa: “os tribunais são órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo” (77).

(74) Cfr. Otto Bachof, *op. cit.*, p. 58. Segundo o autor, o próprio controle, ao reconhecer a atuação em harmonia com o Direito, fortalecerá a autoridade dos demais poderes (p. 59).

(75) *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*, trad. de Luiz Afonso Heck, in *RDA*, n.º 217/66, 1999.

(76) *Op. cit.*, p. 59.

(77) No mesmo sentido: art. 101 da Constituição italiana.

Com o evolver do Estado Social de Direito, o Poder Judiciário passa por modificações que em muito o distanciam do modelo teórico inicialmente idealizado para a separação dos poderes: zela pela adstrição das funções executiva e legislativa à lei e ao Direito, inclusive com o salvaguarda da supremacia da Constituição em alguns sistemas; é potencializada sua função institucional de apreciar as lesões ou ameaças de lesão aos direitos das pessoas, adotando as providências pertinentes ao caso; e assegura a proteção dos direitos fundamentais, que ultrapassam a vertente essencialmente abstencionista, característica das liberdades individuais, e alcançam os direitos econômicos, sociais e culturais, que pressupõem um atuar positivo por parte do Estado.

Releva observar que o Poder Judiciário, em sua atividade de realização do Direito, a partir da valoração da situação fática e do regramento posto pelo Legislativo, será responsável pela confecção da regra que regerá o caso concreto. Nesse particular, é visível o aperfeiçoamento da doutrina positivista clássica, na qual o comando normativo era exaurido pelo legislador, após sopesar a realidade fenomênica, cabendo ao intérprete, unicamente, a realização de uma operação de subsunção, sendo ínfima a liberdade de conformação, ainda que direcionada ao caso concreto⁽⁷⁸⁾. Atualmente, raras são as vozes que se insurgem contra a imprescindibilidade da atividade do intérprete no papel de agente densificador do conteúdo normativo editado pelo legislador, *maxime* com a intensificação do uso de princípios jurídicos, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, que somente serão passíveis de individualização com a identificação dos valores que lhes são subjacentes.

7. O REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS SOCIAIS

O reconhecimento de direitos sociais, como o direito ao trabalho e à ajuda social, ambos centrados na noção de solidariedade social, somente começou a se generalizar nas primeiras Constituições do século XX, do que são exemplos a Constituição mexicana de 1917, a soviética de 1918 e a alemã de 1919⁽⁷⁹⁾.

(78) Como observa Bachof (*op. cit.*, p. 24), mesmo sob a égide do positivismo clássico, sempre se reconheceu ao juiz um papel importante na criação do direito, nunca tendo correspondido à conhecida concepção de Montesquieu, que o restringia à atividade de mera subsunção.

(79) É relevante observar que Marx (*Die Klassenkämpfe in Frankreich*, in Marx/Angels, *Ausgewählte Schriften*, Ost-Berlin, 1953, I, p. 153 e ss.), em 1848, demonstrava o seu total desapeço pelos direitos sociais: “o direito ao trabalho — no sentido burguês — é um contrasenso, um voto piedoso e miserável, pois atrás do direito ao trabalho se ergue o poder sobre o capital, atrás do poder sobre o capital a apropriação dos meios de produção, com a submissão da classe trabalhadora...” [apud Albrecht Weber, *L'Etat social et les droits sociaux en RFA*, in *Revue de Droit Constitutionnel*, n.º 24/677 (678), 1995].

Não obstante as flagrantes limitações de ordem econômica, é verificada a intensificação da intervenção estatal e o alargamento do seu âmbito de incidência a partir da Segunda Guerra Mundial, daí se falar em Estado Providência⁽⁸⁰⁾.

Os direitos sociais, longe de interditar uma atividade do Estado, a pressupõem. Indicam, em regra, a necessidade de intervenção estatal visando ao fornecimento de certos bens essenciais, que poderiam ser obtidos pelo indivíduo, junto a particulares, caso dispusesse de meios financeiros suficientes e encontrasse uma oferta adequada no mercado⁽⁸¹⁾. Esses direitos devem ser moldados consoante critérios de subsidiariedade, somente se justificando a prestação estatal no caso de as circunstâncias inviabilizarem a sua obtenção direta pelo beneficiário em potencial.

Segundo Weber⁽⁸²⁾, a expressão direitos sociais, que é eminentemente ambígua, permite o seu enquadramento como *direitos subjetivos, mandados constitucionais endereçados ao legislador ou princípios diretores*, classificação que deve atentar para a essência das normas, não para o designativo que lhes seja arbitrariamente atribuído⁽⁸³⁾. Principiando pelos direitos subjetivos, essa classificação indica uma escala nitidamente decrescente em termos de densidade normativa e de potencial exigibilidade.

(80) Sobre os motivos da crise do Estado Providência, Jorge Pereira da Silva [*Proteção constitucional dos direitos sociais e reforma do Estado Providência*, in *A Reforma do Estado em Portugal, Problemas e Perspectivas*, organizado pela Associação Portuguesa de Ciência Política, Lisboa: Editorial Bizâncio, p. 537 (538), 2001] aponta três vertentes: vertente financeira, relacionada ao aumento da despesa pública, que supera o produto nacional e obriga ao aumento dos impostos; vertente de eficácia, derivada da complexidade do aparato estatal e do desperdício de recursos públicos, importando na impossibilidade de atender com rapidez à constante demanda; e vertente da legitimidade, que resulta da conjugação das duas anteriores e denota uma desconfiança dos cidadãos ante a insuficiência e a má-qualidade das prestações oferecidas.

(81) Cfr. Robert Alexy, *op. cit.*, p. 482.

(82) Cfr. Albrecht Weber, *L'Etat social et les droits sociaux en RFA*, in *Revue de Droit Constitutionnel*, n.º 24/677 (680), 1995.

(83) Gomes Canotilho [*Direito Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 474/476; e *Tomemos a Sério os Direitos Económicos, Sociais e Culturais*, in *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, p. 35 (37/38), Coimbra: Editora Coimbra, 2004], após realçar que a “*técnica de positivação*” dos denominados “*direitos a prestações*” constitui uma “*eleição racional*” de “*enunciados semânticos*”, enumera as seguintes possibilidades de positivação jurídico-constitucional dos direitos sociais: *a) normas programáticas*, definidoras de tarefas e fins do Estado, mas que podem ser trazidas à colação no momento da concretização dos direitos sociais; *b) normas de organização*, atributivas de competência ao legislador para a emanação de medidas relevantes no plano social, gerando sanções unicamente políticas no caso de descumprimento; *c) garantias institucionais*, impondo a obrigação de o legislador proteger a essência de certas instituições (família, administração local, saúde pública) e a adotar medidas relacionadas com o “*valor social eminente*” dessas instituições; *d) direitos subjetivos*, isto é, inerentes ao espaço existencial dos cidadãos, pressupondo a garantia constitucional de certos direitos, o dever de o Estado criar os pressupostos materiais indispensáveis ao seu exercício efetivo e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos.

7.1. Direitos Subjetivos

Os direitos sociais, na medida em que a estrutura normativa o permita, podem assumir o contorno de direitos subjetivos (v. g.: o direito à liberdade de associação sindical, assegurado aos trabalhadores nas Constituições brasileira e portuguesa), gerando obrigações concretas para a sociedade e para o Estado (v. g.: a retribuição do trabalho, sendo vedado o escravismo).

A característica de norma “*self-executing*” é normalmente reservada aos direitos sociais que impõem obrigações negativas ao Estado, não estando estritamente correlacionados ao dispêndio de recursos públicos para a sua implementação. Quanto aos direitos cuja implementação pressuponha, como *conditio sine qua non*, a realização de investimentos públicos, sua intensidade e extensão variarão conforme as disponibilidades, assumindo, em regra, a natureza de normas essencialmente programáticas.

Tratando-se de direitos que exijam um atuar positivo, em regra, não costumam ser interpretados como diretamente invocáveis a partir de normas constitucionais, pressupondo, ante o seu acentuado grau de indeterminação, a intermediação do legislador, que fixará suas condições e dimensões, bem como a respectiva fonte de custeio⁽⁸⁴⁾.

Em essência, é esse um dos diferenciais indicados pela doutrina em relação às liberdades fundamentais, para as quais é estabelecido um regime de aplicabilidade direta e de proteção reforçada face ao legislador⁽⁸⁵⁾. No entanto, como veremos, é possível que, à luz das circunstâncias do caso, a densidade normativa dos direitos sociais seja auferida junto ao princípio da dignidade humana, cuja carga axiológica a eles se integrará.

(84) Cfr. Reinhold Zippelius, *op. cit.*, p. 395. Anota Gomes Canotilho (*Direito Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 478/480) que, enquanto o reconhecimento de direitos originários (na Constituição) traz o problema da sua efetivação, os direitos derivados a prestações refletem o “*direito dos cidadãos a uma participação igual nas prestações estatais concretizadas por lei, segundo a medida das capacidades existentes*”.

(85) Cfr. Walter Schmidt, *op. cit.*, p. 800; Jorge Miranda, *Regime específico dos direitos econômicos, sociais e culturais*, in *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao João Limbrales*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 345 (357), 2000; e José Carlos Vieira de Andrade, *La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique du Portugal*, in *Droits de l'Homme*, Vol. III, org. por Julia Iliopoulos-Strangas, Bruxelas: Editions Ant. N. Sakkoulas Athènes, p. 671 (672), 1997. Este autor defende, inclusive, que é o legislador o primeiro destinatário das normas constitucionais que disponham sobre direitos sociais, não sendo o Executivo propriamente um receptor direto dessas normas, pois, estando sujeito ao princípio da legalidade, só poderá atuar após a intermediação do legislador (pp. 682/683). É ressalvado, no entanto, o “*direito de sobrevivência*”, que pode coincidir com o conteúdo mínimo dos direitos sociais é ser incluído como uma dimensão do direito à vida, permitindo a obtenção do “*equivalente funcional*” do efeito direto (p. 688). Também sustentando a necessidade de ser assegurado o *conteúdo essencial* de todos os direitos: Jorge Miranda, *Regime... op. cit.*, p. 353.

7.2. Mandados Constitucionais Endereçados ao Legislador

Os mandados constitucionais ⁽⁸⁶⁾ endereçados ao legislador apresentam características essencialmente programáticas e impõem determinados objetivos a serem alcançados. Além disso, a exemplo dos princípios diretores, servem de parâmetro para o controle de constitucionalidade (por ação ou por omissão), prestam um relevante auxílio na interpretação das normas infraconstitucionais ⁽⁸⁷⁾, podem obstar o retrocesso social ⁽⁸⁸⁾ e exigem que todos os atos emanados do Poder Público, de natureza normativa ou não, sejam com eles compatíveis. Por sua própria natureza, atingem domínios potenciais de aplicação que se espraiam por searas não propriamente superpostas a parâmetros indicadores de um conteúdo mínimo de justiça social.

Weber ⁽⁸⁹⁾, realizando uma resenha da jurisprudência dos tribunais de alguns

⁽⁸⁶⁾ Echavarría [*El Estado Social como Estado Autônomico*, in *Teoria y Realidad Constitucional*, n.º 3/61 (68), 1999] fala em cláusulas diretivas, de caráter mais promocional que prescritivo e que incorporam, portanto, mais princípios que regras.

⁽⁸⁷⁾ Como ressalta Viera de Andrade (*La protection...*, p. 679), apesar da impossibilidade de *aplicação direta* das normas constitucionais que disponham sobre direitos sociais, sua influência na interpretação das normas legais lhes confere uma *aplicação mediata*.

⁽⁸⁸⁾ Na doutrina, Jorge Miranda (in *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 397/399), discorrendo sobre o “*não retorno da concretização*” ou “*proibição de retrocesso*”, observa que as normas legais concretizadoras das normas constitucionais a elas se integram, não sendo possível a sua simples eliminação, isto sob pena de retirar a eficácia jurídica das normas constitucionais correlatas. Além disso, a proibição de retrocesso funda-se também no princípio da confiança inerente ao Estado de Direito. Ressalta, no entanto, que esse entendimento não visa à equiparação entre normas constitucionais e legais, pois estas continuam passíveis de alteração ou revogação; o que se pretende é evitar a ab-rogação, pura e simples, de normas legais que conferem efetividade às constitucionais e “*com elas formam uma unidade de sistema*”. Como anota Vieira de Andrade (*Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 394), importam na “*proibição de revogação sem substituição das normas conformadoras dos direitos sociais — que mais não é que a garantia do mínimo imperativo do preceito constitucional*”. Vide, ainda, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 476. O Tribunal Constitucional Português, no Acórdão 509/2002 (Processo n.º 768/2002, j. em 19-12-2002, *Diário da República*, n.º 36, Série I-A, pp. 905/917), após ampla análise da proibição de retrocesso, afirmou que deve ser encontrado um ponto de equilíbrio entre a “*estabilidade da concretização legislativa*” e a “*liberdade de conformação do legislador*”, devendo-se concluir pela possibilidade de supressão de determinadas prestações sociais desde que isto não se dê de forma arbitrária e não afete o “*direito a um mínimo de existência condigna*”, que encontra o seu fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. No caso concreto, reconheceu a inconstitucionalidade de decreto da Assembléia da República que regulava a titularidade do direito ao rendimento social de inserção, aumentando a idade de mínima de 18 (dezoito) para 25 (vinte e cinco) anos, o que culminaria em impor sérias restrições a relevantes necessidades dos jovens.

⁽⁸⁹⁾ *Op. cit.*, pp. 691/692.

países cujas respectivas Constituições consagram os direitos sociais, observa que o Tribunal Constitucional espanhol os interpreta como mandados constitucionais ⁽⁹⁰⁾, afastando a sua aplicação imediata, o mesmo ocorrendo com o português, segundo o qual tais normas “*prescrevem objetivos constitucionais concretos e definidos e não somente diretrizes vagas e abstratas*” ⁽⁹¹⁾.

Também o Tribunal Constitucional italiano, apesar de considerar, por exemplo, o direito à saúde como um direito subjetivo (*diritto primario e fondamentale*), exige a interposição legislativa, que igualmente disciplinará os respectivos aspectos financeiros ⁽⁹²⁾. Os direitos sociais que exijam uma prestação estatal não podem ser invocados com base direta no texto constitucional, sendo necessária a intermediação do legislador para a definição dos seus contornos essenciais.

Esse entendimento foi preconizado pelo Tribunal Constitucional na Sentença n.º 455, de 16 de Outubro de 1990 ⁽⁹³⁾, que versava sobre o alcance do direito à saúde previsto no art. 32 da Constituição italiana. Na ocasião, o Tribunal reconheceu o valor constitucional desse direito, sua primariedade e fundamentalidade, bem como a inviolabilidade correlata à sua natureza quando em confronto com outros interesses constitucionais protegidos ⁽⁹⁴⁾.

A tutela do direito à saúde, no entanto, “*se articula em situações jurídicas subjetivas diversas, dependendo da natureza e do tipo de proteção que o ordenamento constitucional assegura em benefício da integridade e do equilíbrio físico e psíquico da pessoa humana nas relações jurídicas surgidas em concreto*”.

⁽⁹⁰⁾ STC, Proc. n.º 31/1984, j. em 07-03-1985; e Proc. n.º 45/1989, j. em 20-02-1989.

⁽⁹¹⁾ TC, Proc. n.º 39/1984, j. em 11-04-1984. Viera de Andrade (*La protection...*, p. 679), do mesmo modo, traz à colação decisões do Tribunal que não reconhecem a possibilidade de o “*direito à habitação*” ser diretamente exigido do Estado (Proc. n.º 131/92 e 346/93).

⁽⁹²⁾ CC, Sentença n.º 455/1990, proferida em 16-10-1990. Após acentuarem a constitucionalização da obrigação do Estado de “*instituir escolas estatais para todas as ordens e graus*” (art. 32, n.º 2, da Constituição italiana), Di Celso e Salerno (*Manuale di Diritto Costituzionale*, Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2002, pp. 208/212), analisando o art. 34 da Constituição, que assegura o “*direito ao estudo*”, visualizam a existência do direito a obter dos Poderes Públicos, “*segundo as condições estabelecidas na Constituição e na lei*”, as prestações necessárias ao profícuo desenvolvimento dessa atividade. Acrescentam que, “*não diversamente do direito ao trabalho, o direito ao estudo nasce como liberdade e se desenvolve como direito cívico ou social ou, como outros preferem dizer (Martines), evolui da liberdade negativa à liberdade positiva*”. Apesar disso, apresenta uma diferença substancial em relação ao direito ao trabalho, pois a Constituição e a lei impõem os meios (v. g.: bolsa de estudo) para tornar efetivo esse direito, indicando uma concreta linha de ação, do que resulta um verdadeiro poder jurídico de exigir a sua prestação. Ao final, lembrando a Sentença n.º 215/87, do Tribunal Constitucional, concluem que “*a escola está aberta a todos*” (*la scuola é aperta a tutti*).

⁽⁹³⁾ *In Giur. Cost.*, n.º 3/90, p. 2732.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. Daniela Bifulco, *op. cit.*, pp. 179/180.

Com isto, instituiu uma dicotomia na estrutura do direito à saúde, que albergaria: a) um direito de defesa, consagrando uma obrigação *erga omnes* e assegurando a proteção da integridade físico-psíquica da pessoa contra agressões praticadas por terceiros, direito imediatamente garantido pela Constituição e passível de ser tutelado pelos tribunais; e b) um direito a prestação, que pressupõe a prévia “*determinação, por parte do legislador, dos instrumentos, do tempo e do modo em que se efetivará a respectiva prestação*”.

A atuação do legislador seria necessária para o fim de realizar a ponderação entre os diversos interesses protegidos pela ordem constitucional, identificando os recursos disponíveis no momento da operacionalização desse direito e a quem será atribuída, na sua estrutura organizacional, a responsabilidade de implementá-lo.

Essa posição é criticada por Daniela Bifurco⁽⁹⁵⁾, que visualiza, no percurso argumentativo do Tribunal, conferindo-se exclusividade ao legislador na ponderação dos interesses concorrentes e no dimensionamento dos custos e dos recursos disponíveis, um condicionamento do direito à saúde e, indiretamente, a sua própria negação quando detectada a inércia do legislador⁽⁹⁶⁾. Realça, no entanto, alguns aspectos decisivos da decisão, como a atribuição de uma certa “*primazia axiológica*” ao direito à saúde ao reconhecer a sua inviolabilidade, daí decorrendo a característica da irretratabilidade, que é típica dos direitos invioláveis e assegura a observância do seu conteúdo mínimo e essencial, consagrando a proibição de retrocesso⁽⁹⁷⁾.

Na França, embora a Constituição de 1958 não contenha um rol de direitos sociais a serem assegurados pelo Estado, o preâmbulo da Carta de 1946, a ela integrado, veicula importantes disposições a respeito da matéria. Consoante a alínea dez, “*a Nação assegura ao indivíduo e à família as condições necessárias ao seu desenvolvimento*”, acrescentando a alínea 11 que “*ela assegura a todos, às crianças, às mães e aos trabalhadores idosos, a proteção da saúde, a segurança material, o repouso e o lazer...*”

Analisando tais dispositivos em questões afeitas à sua competência, que não alcança a análise de casos concretos, o Conselho Constitucional tem afirmado que incumbe ao legislador e, se for o caso, à autoridade regulamentar, determinar, “*em respeito aos princípios constantes dessas disposições, as modalidades*

(95) *Op. cit.*, pp. 181.

(96) Guido Corso [*I Diritti Sociali nella Costituzione Italiana, in Rivista Italiana di Diritto Pubblico*, n.º 3, p. 755 (776/777), 1981] observa que o controle do Tribunal Constitucional é pouco incisivo em se tratando de omissão do legislador, acrescentando que a tutela promovida pela jurisdição ordinária pressupõe a prévia intermediação do legislador, delimitando o respectivo direito.

(97) *Op. cit.*, pp. 183/185.

concretas de sua execução” (98). E ainda, contextualizando sua análise no âmbito das ajudas sociais, acrescenta que as exigências constitucionais decorrentes dessas disposições implicam na “*execução de uma política de solidariedade social em favor da família*”, sendo deixada ao legislador a liberdade de escolha das modalidades de ajuda que lhe pareçam mais apropriadas (99).

Associando esses preceitos ao “*princípio da salvaguarda da dignidade da pessoa humana*”, decorrente da primeira alínea do preâmbulo, reconheceu o Conselho Constitucional que “*a possibilidade de toda pessoa dispor de uma habitação decente é um objetivo de valor constitucional*” (100). Embora não esteja expressamente inscrito numa norma constitucional, decorreria dos princípios contemplados no preâmbulo. No entanto, como anotam Favoreau e Philip (101), um “*objetivo de valor constitucional*” não pode ser considerado propriamente uma “*norma constitucional de pleno valor*”, podendo ceder mais facilmente quando em colisão com outra necessidade de interesse geral ou com um direito fundamental (v. g.: o direito de propriedade), sendo menos protegido que estes.

O entendimento do Conselho Constitucional, apesar de não adentrar em pretensões específicas que visem à concreção dos direitos sociais, deixa claro que das referidas normas não podem ser deduzidos direitos subjetivos e que a sua integração e especificação competem ao legislador, em clara reverência ao princípio da separação dos poderes. Apesar de veicularem “*Princípios*” ou “*valores constitucionais*” (102), seu efeito mais concreto seria o de impedir a revogação de normas que consagrem os direitos sociais sem que outras de natureza similar às substituam (103). A sua integração ao Direito Positivo indica uma exigência constitucional, mas a vagueza dos seus termos impede sejam eles diretamente invocados para alicerçar uma qualquer pretensão perante os órgãos competentes, tendo uma natureza essencialmente programática (104).

Quanto ao direito à saúde, Favoreau e Philip (105) acenam com uma clara

(98) *Conseil Constitutionnel, Décision n.º 97-393 DC*, j. em 18-12-1997, considerando 31, in Louis Favoreau e Louis Philip, *Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel*, p. 885 (890).

(99) *Conseil Constitutionnel, Décision*, n.º 97-393, cit., considerando 33.

(100) *Conseil Constitutionnel, Decision*, n.º 94-359 DC, j. em 19-01-1995, considerandos 6 e 7, in Louis Favoreau e Louis Philip, *op. cit.*, p. 897.

(101) *Op. cit.*, p. 897.

(102) Sobre a distinção entre princípios e valores, possuindo os primeiros, além da característica normativa, um maior grau de concreção e de especificação, vide Antonio Enrique Pérez Luflo, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 8.ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2003, pp. 287/292.

(103) Louis Favoreau e Louis Philip, *op. cit.*, p. 608.

(104) Cfr. Louis Favoreau *et alii*, *Droit des Libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 249.

(105) *Op. cit.*, p. 353.

evolução da jurisprudência do Conselho Constitucional: num primeiro momento (decisão de 15 de Janeiro de 1975), invocou o princípio previsto no preâmbulo e o considerou como parte integrante do Direito Positivo; posteriormente (decisão de 18 de Janeiro de 1978), aceitou apenas examinar se uma lei colide com o direito à saúde; e, recentemente (decisão de Janeiro de 1991), reconheceu o direito à proteção da saúde tal qual enunciado no referido Preâmbulo.

Especificamente em relação à concretização dos direitos sociais, em regra, o Conselho de Estado não tem reconhecido nas normas que os contemplam uma densidade normativa suficientemente forte a ponto de serem considerados verdadeiros direitos subjetivos. O Conselho de Estado teve oportunidade de afirmar que o “*direito à ajuda social constitui, acima de tudo, uma declaração de princípio*”, não gerando direitos subjetivos⁽¹⁰⁶⁾. Por essa razão, não seria conveniente confiar o seu respeito a um organismo de natureza jurisdicional, cujo fim precípuo é o de aplicar as regras jurídicas.

A doutrina, no entanto, acena com a evolução desse entendimento, que importaria, no exemplo mencionado, no reforço do carácter jurídico da ajuda social aos desfavorecidos (passagem da assistência ao efetivo direito à ajuda social), permitindo a tomada de consciência de que os quadros jurídicos tradicionais sofreram uma mudança de natureza⁽¹⁰⁷⁾. Essa apreensão da realidade, requisito indispensável à integração da norma, seria realizada pelos órgãos jurisdicionais, não importando em qualquer mácula ao princípio da separação dos poderes.

Apesar disso, a extensão indefinida do Estado Providência jamais poderá ser assegurada. Dois fatores contribuem de forma decisiva para essa retração dos direitos prestacionais: a “*crise económica generalizada*”, que inviabiliza o atendimento de todas as necessidades individuais e a “*crise ideológica*”, sob a forma de dúvidas quanto à solidariedade anônima e à igualdade como finalidade social, o que dificulta a integração da norma pelos órgãos jurisdicionais⁽¹⁰⁸⁾.

7.3. Princípios Diretores

No que conceme aos princípios diretores, cuja imperatividade decorre de seu carácter normativo, traduzem o “*reconhecimento da idéia de solidariedade, de justiça social, de igualdade factual e de complementaridade entre as liberdades indi-*

⁽¹⁰⁶⁾ *Conseil D'État, Avis du Conseil d'Etat, Doc. Parl. Sénat, 1974-1975, n.º 581, 1, p. 86.*

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. F. Ost, *Juge-Pacificateur, Juge-Arbitre, Juge Entraîner: Trois Modèles de Justice, in Fonction de Juger et Pouvoir Judiciaire, Transformations et Déplacements*, p. 1 (12), org. por PH. Gerard, F. Ost e M. Van de Kerchove, Bruxelas: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1983.

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. F. Ost, *op. cit.*, p. 13.

viduais e suas condições sociais” (109), veiculando parâmetros essenciais que, como vimos em relação aos mandados constitucionais endereçados ao legislador, devem ser necessariamente observados por todos os órgãos estatais em suas respectivas esferas de atuação.

A maior fluidez que ostentam, que advém de sua estrutura principiológica e da não indicação de uma diretriz específica a ser seguida, lhes confere uma densidade normativa inferior aos mandados constitucionais.

Ainda que, a priori, ostente a forma de princípio diretor ou de mandado endereçado ao legislador, o respeito à dignidade humana pode transmutar-se em direito subjetivo quando, à luz do caso concreto, se mostrarem imprescindíveis determinadas prestações que se encontrem ao abrigo de um quadro axiológico já sedimentado no grupamento. Nesses casos, será possível exigir um *umfacere* estatal para atender a um rol mínimo de direitos.

8. A SINDICAÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS À LUZ DO PARADIGMA LIBERAL. O MODELO AMERICANO

No modelo americano, a concepção teórica de Montesquieti foi aprimorada e o Judiciário elevado ao mesmo nível dos demais poderes, o que, juntamente com um elaborado sistema de recíproca limitação e colaboração (*checks and balances*), resultou num maior equilíbrio entre os poderes. Contrariamente ao que viria a ocorrer no sistema francês pós-revolucionário, foi grande a preocupação em se evitar que os demais poderes fossem subjugados pelo Legislativo, o que inevitavelmente conduziria ao arbítrio do regime de assembléia.

Em termos de inter-relação com os demais poderes, merecem especial relevo o caráter vinculativo dos precedentes (*stare decisis*), próprio dos sistemas de *common law*, e a atividade desenvolvida pelo Poder Judiciário na aferição da compatibilidade entre a Constituição e as normas editadas pelos órgãos competentes (*judicial review*).

O importante papel desempenhado pelo Judiciário na mediação dos conflitos institucionais e na garantia dos direitos fundamentais começou a se delinear, em 1803, no julgamento do caso *Marbury v. Madison* (110), em que a Suprema Corte, sob a presidência de John Marshall, reconheceu a sua competência para a aferição da compatibilidade de uma lei com a Constituição. É relevante observar que, apesar de o art. VI da Constituição americana dispor que todas as leis “*editadas em conformidade com a Constituição*” constituem a lei suprema

(109) Cfr. Albrecht Weber, *op. cit.*, p. 681.

(110) I *Cranch* 137, 1803.

do País, o que indica o seu caráter fundante de toda a ordem jurídica, nenhuma norma dispunha sobre a forma de efetivação dessa supremacia constitucional ou mesmo que incumbia à Suprema Corte declarar a invalidade de uma lei dissonante da Constituição.

Com o evolver do *judicial review o legislation*, que assegurava a fiscalização da constitucionalidade por todo e qualquer tribunal ⁽¹¹¹⁾ e, em especial, com as decisões adotadas pela Suprema Corte em relação a inúmeras medidas que compunham o *New Deal*, declarando a sua incompatibilidade com a Constituição, foram vigorosas as vozes que se insurgiram contra a aparente formação de um “*judges government*”, que poderia comprometer a liberdade de conformação do legislador e o próprio princípio democrático.

Objetivando conter os inevitáveis males que um exagerado ativismo judicial poderia gerar, fazendo com que as concepções sociais, políticas, econômicas e ideológicas do Judiciário substituíssem aquelas próprias do Legislativo, os tribunais têm restringindo a sua atividade de valoração das opções do legislador (*self-restraint*). Derivam dessa construção jurisdicional, que visa à preservação da validade das normas, figuras como a interpretação conforme, que indica a alternativa interpretativa compatível com a Constituição, excluindo as demais, ou o reconhecimento de uma inconstitucionalidade parcial, que preserva a parte da norma que não se apresente incompatível com a Constituição ⁽¹¹²⁾.

O ativismo da Suprema Corte também se refletiu em posições amplamente favoráveis às liberdades individuais, como as decisões tomadas nos anos sessenta, sob a presidência de Earl Warren, em que as disposições do *Bill of Rights*, em sua origem restritas aos atos federais, passaram a ser aplicadas aos Estados ⁽¹¹³⁾.

Tanto o caráter vinculativo dos precedentes como o controle de constitucionalidade geram intensos reflexos na eficácia dos padrões normativos emanados do Legislativo. Na medida em que os órgãos jurisdicionais inferiores estão vinculados à interpretação do Direito fixada pelos órgãos de hierarquia superior, é inegável que as decisões dos últimos, ainda que de forma indireta, possuem uma acentuada carga normativa, moldando os atos emanados do Legislativo e lhes conferindo uma relativa generalidade. No controle de constitucionalidade, do mesmo modo, os tribunais podem atuar como verdadeiros “*legisladores negativos*”, declarando a invalidade de nonnas emanadas do poder competente.

Em relação aos direitos sociais, diversamente ao que se verifica na generalidade dos países, cujas noviças Constituições costumam contemplá-los em

⁽¹¹¹⁾ Cfr. Otto Bachof, *Jueces y Constitución*, trad. de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid: Editorial Civitas, 1985, pp. 32/34.

⁽¹¹²⁾ Cfr. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional ...*, op. cit., pp. 958/959.

⁽¹¹³⁾ Cfr. A. E. Howard, op. cit., p. 175.

larga escala, não foram eles previstos na Constituição de 1787 ou em qualquer de seus posteriores aditamentos. No entanto, são evidentes as transformações por que passou a sociedade norte-americana nos últimos dois séculos, o que certamente não encontra ressonância imediata em postulados como a preeminência da liberdade individual ou a separação dos poderes, idéias inspiradoras dos “*founding fathers*”. Esse quadro, em linha de princípio, poderia ser superado com uma interpretação prospectiva da Constituição, permitindo a sua contínua adequação aos influxos sociais e a proteção de direitos originariamente não alcançados pelo liberalismo de seus fundadores.

Analisando a questão, observa Howard ⁽¹¹⁴⁾ que a ausência de previsão constitucional justifica a timidez com que a matéria tem sido tratada nos tribunais, quadro este que não se mostra uniforme no âmbito dos Estados, cujas Constituições, em razão das peculiaridades do federalismo norte-americano, regulam inúmeras matérias, incluindo os direitos sociais, que não receberam tratamento específico no âmbito federal. A proteção de determinado direito, no entanto, pode ser elevado a nível constitucional a partir do momento em que seja identificado um senso comum sobre a sua fundamentalidade ⁽¹¹⁵⁾, a exemplo do que ocorreu no *Case Shapiro v. Thompson* ⁽¹¹⁶⁾, em que a Suprema Corte declarou a invalidade de leis estaduais que recusavam a assistência social aos residentes a menos de um ano no Estado, pois privavam determinadas famílias da ajuda mínima necessária à sua sobrevivência, violando a cláusula da *equal protection of laws* ⁽¹¹⁷⁾. Ainda segundo Howard ⁽¹¹⁸⁾, após a década de setenta, a Corte, a partir da presidência de Warren Burger, não mais recepcionou a utilização dessa cláusula como fundamento de proteção dos direitos sociais, tendo o *Justice White*, no *Case Lindsay v. Normer* ⁽¹¹⁹⁾ afirmado que “*a Constituição não contém remédios jurídicos a todos os males sociais e econômicos*”.

⁽¹¹⁴⁾ *Op. cit.*, p. 176.

⁽¹¹⁵⁾ O *status* de direito fundamental está associado à proteção da vida, liberdade ou propriedade, conforme o disposto no 50 e no 140 aditamentos. Esse último estendeu aos Estados disposições que o 5.º aditamento restringia à União, *verbis*: “*todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residem. Nenhum Estado promulgará nem executará leis que restrinjam os privilégios e as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, nem poderá negar a ninguém, que se achar dentro da sua jurisdição, a proteção, igual para todos, das leis*”.

⁽¹¹⁶⁾ 394 US 618, 1969.

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, 2.ª ed., Nova Iorque: The Foundation Press, 1988, pp. 1436 a 1463; e A. E. Howard, *op. cit.*, p. 179.

⁽¹¹⁸⁾ *Op. cit.*, p. 179

⁽¹¹⁹⁾ 405 US 56 (74), 1972.

Entendimento diverso, no entanto, prevaleceu em relação ao direito à educação. Apesar de não lhe atribuir contornos propriamente constitucionais, o que excluiria a incidência da cláusula da *equal protection of laws*, a Suprema Corte tem reconhecido a sua essencialidade à sedimentação da própria noção de cidadania, exigindo a garantia de um “*mínimo de instrução*”, de modo a permitir a participação do indivíduo nas instituições cívicas ⁽¹²⁰⁾.

Segundo Rotunda e Novak ⁽¹²¹⁾, tratando-se de direitos considerados fundamentais pela Suprema Corte (ajudas sociais para a subsistência, moradia, educação e acesso aos cargos públicos), sua proteção pode ser implementada com fundamento na cláusula “*equal protection*”, acrescentando que, mesmo na hipótese de ser necessária a alocação de recursos financeiros, deve ser garantido um *quantum* mínimo de benefício.

Quanto aos fatores que têm contribuído para a retração dos tribunais em questões afeitas aos direitos sociais, Howard ⁽¹²²⁾ relaciona os seguintes: *a*) necessidade de previsão explícita ou implícita na Constituição, o que justifica a preocupação de determinados grupos (mulheres, detentos, ecologistas etc.) em erigir suas reivindicações ao nível de questões constitucionais e aumentar a possibilidade de êxito das pretensões embasadas nas Constituições Estaduais; *b*) os tribunais têm se mostrado mais rápidos na imposição das garantias negativas que nas prestações positivas; e *c*) contrariamente ao que se verifica em relação aos direitos negativos, é complexa a efetivação das decisões que imponham um atuar positivo, especialmente por serem os recursos públicos sabidamente limitados, por caber ao legislador a escolha dos projetos prioritários e pelo risco de os tribunais se tomarem administradores, adotando decisões burocráticas para as quais não estariam devidamente estruturados.

9. A SINDICAÇÃO JUDICIAL E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS À LUZ DO MODELO SOCIAL

Seguindo a classificação de Weber, um exemplo de invocação dos princípios diretores, com o fim de conferir concretude aos direitos prestacionais a cargo do Estado, pode ser encontrado na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*). Como se sabe, a Lei Fundamental alemã, destoando da maior parte das Constituições do segundo pós-guerra, não con-

⁽¹²⁰⁾ *Pylar v. Doe*, 457 US 202 (223 — voto do Justice Brennan), 1982.

⁽¹²¹⁾ *Treatise on Constitutional Law, Substance and Procedure*, Vol. 3, St. Paul: West Publishing CO., 1992, p. 501.

⁽¹²²⁾ *Op. cit.*, pp. 188/190.

templou um extenso rol de direitos sociais ⁽¹²³⁾. Não obstante essa “*lacuna constitucional*” ⁽¹²⁴⁾ — que em nada se confunde com o modelo americano, fundado em valores essencialmente liberais —, a jurisprudência do Tribunal Constitucional ⁽¹²⁵⁾, combinando o princípio diretor do Estado Social (previsto no art. 20, n.º 1, da Lei Fundamental e que isoladamente não é aceito como indicador de direitos diretamente invocáveis) com o princípio da dignidade humana (art. 1.º, n.º 1, da Lei Fundamental), tem dele extraído, em casos específicos, o fundamento de garantia do mínimo vital.

Acrescenta Sclunidt ⁽¹²⁶⁾ que também o “*direito ao livre desenvolvimento da personalidade*” (art. 2.º, n.º 1, da Lei Fundamental) tem sido invocado não só numa *dimensão material*, que indica o seu *status* de direito fundamental aglutinador de direitos de liberdade não escritos, como também numa *dimensão procedimental*, tomando constitucionalmente sindicáveis outras normas constitucionais que, como o princípio diretor do Estado Social, não seriam consideradas direitos fundamentais ⁽¹²⁷⁾.

Ascendendo na escala de densidade normativa acima referida, merece ser mencionada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, quanto à possibilidade de os direitos prestacionais auferirem o seu fundamento de validade nos mandados constitucionais endereçados ao legislador. Interpretando os arts. 5.º e 196 da Constituição brasileira ⁽¹²⁸⁾ o Tribunal decidiu que o fornecimento gratuito de medicamentos essenciais à vida, a pessoa portadora do vírus HIV e destituída de recursos financeiros, configura um direito público subjetivo à saúde ⁽¹²⁹⁾. Em essência, são esses os fundamentos da decisão: *a*) a fundamentalidade do direito à saúde; *b*) o Poder Público, sob pena de infração à

⁽¹²³⁾ Como exceções, podem ser mencionados o art. 6.º, 4 (“*toda mãe tem direito à proteção e à assistência da comunidade*”), e o art. 6.º, 5 (“*a legislação deve assegurar aos filhos naturais as mesmas condições dos filhos legítimos quanto ao seu desenvolvimento físico e moral e ao seu estatuto social*”), que têm sido interpretados pelo Tribunal Constitucional como mandados endereçados ao legislador [BVerfGE 32, 273 (277), *apud* Albrecht Weber, *op. cit.*, p. 683].

⁽¹²⁴⁾ Cfr. Walter Schmidt, *op. cit.*, p. 786.

⁽¹²⁵⁾ BVerfGE 1, 159 (161); e 52, 339 (346), *apud* Albrecht Weber, *op. cit.*, p. 684.

⁽¹²⁶⁾ Cfr. Walter Schmidt, *op. cit.*, pp. 790, 795 e 799.

⁽¹²⁷⁾ BVerfGE 50, 57 (107), *apud* Walter Schmidt, *op. cit.*, p. 795.

⁽¹²⁸⁾ O art. 5.º, caput, assegura a todos o direito à vida e o art. 196 dispõe que “*a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e económicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*”.

⁽¹²⁹⁾ STF, 2.ª T., RE n.º 271.286 AgR/RS, j. em 12-09-2000, DJ de 24-11-2000, p. 101. No mesmo sentido: RE n.º 236.200/RS, rel. Min. Maurício Corrêa; RE n.º 247.900/RS, rel. Min. Marco Aurélio; RE n.º 264.269/RS, rel. Min. Moreira Alves; e os REs n.º 267.612/RS, n.º 232.335/RS e n.º 273.834/RS, relatados pelo Min. Celso de Mello.

Constituição, deve zelar pela implementação desse direito ⁽¹³⁰⁾, sendo um imperativo de solidariedade social; c) o caráter programático das referidas normas não pode transformá-las em promessas constitucionais inconseqüentes; d) razões de ordem ético-jurídica impõem que o direito à vida se sobreponha a interesses financeiros e secundários do Estado; e e) além da consagração meramente formal dos direitos sociais, recai sobre o Estado o dever de atender às prerrogativas básicas do indivíduo.

Tanto a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, como a do Supremo Tribunal Federal brasileiro, permitem concluir que os *mandados constitucionais endereçados ao legislador e os princípios diretores do Estado (rectius: o princípio do Estado Social)* podem “assumir as vestes” de direitos subjetivos acaso conjugados com os princípios da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade, exigindo um *facere* estatal para atender a um rol mínimo de direitos.

Note-se, em especial na decisão do Tribunal brasileiro, que a própria questão orçamentária foi relegada a plano secundário, sendo prestigiados valores em muito superiores àqueles que definem a competência dos Poderes Executivo e Legislativo.

Na linha do que foi dito, pode-se afirmar que a classificação de Weber sofrerá modificações conforme esteja presente ou não a necessidade de proteger o rol mínimo de direitos materializado na idéia de dignidade, o que fará com que todas as categorias sejam reconduzíveis a unia única: a dos direitos subjetivos. Nesses casos, os direitos prestacionais estarão diretamente embasados nas normas constitucionais, que terão aplicabilidade imediata face à densidade normativa obtida com o concurso dos valores inerentes à dignidade humana.

Nos parece relevante indagar se a intervenção dos Tribunais redundou numa ponderação entre o princípio da separação dos poderes e o da dignidade da pessoa humana, questão que assume contornos tortuosos se constatarmos que o primeiro desses *princípios* possui uma maior densidade normativa quando encampado pelas *regras* de competência (v. g.: a competência do Legislativo para a edição da lei orçamentária). Nesse caso, *quid iuris?* Ponderar princípios jurídicos e afastar todo o feixe de regras jurídicas associado a um deles? Ou ponderar regras e princípios?

Ao nosso ver, a solução do problema passa ao largo desses questionamentos. Na medida em que a Constituição assegura o acesso à justiça, a brasileira

⁽¹³⁰⁾ Nas palavras do relator, Ministro Celso de Mello, não pode “o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado”.

em seu art. 5.º, XXXV, e a portuguesa no art. 20, n.º 1, não se pode falar em mácula ao princípio da separação dos poderes quando o Tribunal reconhece e tutela direitos subjetivos que, ao arrepio da ordem constitucional, não foram observados pelo Estado. É a própria Constituição, no auge de sua unidade hierárquico-normativa, que estabelece esse mecanismo de equilíbrio entre os poderes, não havendo qualquer anomalia na sua utilização.

Sérvulo Correia⁽¹³¹⁾, analisando o âmbito de atuação da jurisdição administrativa, sustenta a preeminência da tutela jurisdicional efetiva sobre a separação dos poderes sempre que tal for necessário à preservação da dignidade da pessoa humana frente ao exercício viciado da função administrativa. Esse vício, como ressalta o autor, tanto pode resultar da prática de um ato administrativo, como de sua Omissão⁽¹³²⁾. Não obstante a coerência do raciocínio, nitidamente fundado num critério de ponderação, dele discordamos.

O princípio da tutela jurisdicional efetiva é um dos múltiplos mecanismos de *checks and balances* que conferem operacionalidade ao princípio da separação dos poderes, possibilitando a preeminência da ordem jurídica e a contenção de subjetivismos que nela não encontrem amparo. Por essa razão, não nos parece correto falar em ponderação entre tais princípios. Para se constatar o acerto dessa conclusão, é necessário observar, num primeiro momento, que a identificação dos princípios que compõem o alicerce do sistema jurídico será realizada com o auxílio de um processo indutivo, em que o estudo de normas específicas possibilitará a densificação dos princípios que as informam. Partindo-se do particular para o geral e sendo observada uma paulatina progressão dos graus de generalidade e abstração, verifica-se a formação de círculos concêntricos que conduzirão à identificação da esfera principiológica em que se encontram inseridos os institutos e, no grau máximo de generalidade, o próprio sistema jurídico, possibilitando uma integração das partes ao todo⁽¹³³⁾.

Transpondo esse raciocínio para a relação que se estabelece entre os princípios da separação dos poderes e da tutela jurisdicional efetiva, é possível concluir pela ausência de qualquer colisão entre eles. Tomando-se como parâmetro a linha de progressão dos graus de generalização e abstração acima referidos, vê-se que o princípio da separação dos poderes ocupa um escalão superior,

(131) *Acto administrativo e âmbito da jurisdição administrativa*, in *Estudos de Direito Processual*, org. por J. M. Sérvulo Correia, Bernardo Diniz de Ayala e Rui Medeiros, Lisboa: Lex, 2002, p. 234.

(132) O art. 268, 4, da Constituição portuguesa dispõe, expressamente, que “*é garantido aos administrados tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente*” (...) “*a determinação da prática de actos administrativos devidos*”.

(133) Cfr. Giorgio Del Vecchio, *Sui Principi Generali del Diritto*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1958, p. 11.

sendo um elemento estruturante da própria noção de Estado de Direito. O princípio da tutela jurisdicional efetiva, por sua vez, a exemplo de outros princípios de natureza similar (v. g.: princípios da competência legislativa do Parlamento, da legalidade da Administração etc.), ocupa uma posição inferior. Ressalte-se, desde logo, que essa divisão em escalões não busca estabelecer uma superioridade hierárquica em relação ao princípio da separação dos poderes. O que se pretende demonstrar, em verdade, é que esse último princípio apresenta um grau de generalidade e abstração superior aos demais, sendo o resultado de um método indutivo iniciado justamente a partir deles. Estando o princípio da tutela jurisdicional efetiva ínsito na própria noção de separação de poderes, como seria possível falarmos em colisão?

Demonstrada a correção da postura assumida pelos Tribunais, caberá a eles, unicamente, a partir de critérios de razoabilidade e com a realização de uma ponderação responsável dos interesses envolvidos, determinar a realização dos gastos na forma preconizada, ainda que ausente a previsão orçamentária específica. Restará ao Executivo, nos limites de sua discricionariedade política, o contingenciamento ou o remanejamento de verbas com o fim de tomar efetivos os direitos que ainda não o são.

Ultrapassada a questão da inexistência de dotação orçamentária específica, o único óbice ainda passível de impedir a implementação dos referidos direitos seria a demonstração, pelo Estado, da total inexistência de recursos. Nesse caso, o descumprimento resultará de uma total impossibilidade material, não de uma injustificável desídia, o que impede seja ele censurado. A questão, evidentemente, comporta uma análise mais aprofundada, em especial para o fim de aferir a compatibilidade com o sistema brasileiro das medidas adotadas por tribunais americanos para solucionar problemas como esse (v. g.: determinação de majoração de impostos — ainda que contra a vontade popular —, elaboração de planos de ação e fixação de montantes de investimento para o aperfeiçoamento das estruturas estatais etc.)⁽¹³⁴⁾ o que ultrapassa o plano desse estudo.

Lembrando a estrutura metodológica delineada por Häberle⁽¹³⁵⁾, a efetividade dos direitos sociais pressupõe análise do trinômio possibilidade, necessidade e realidade. A possibilidade apresenta contornos de cunho normativo e indica a potencialidade do ordenamento jurídico para absorver a pretensão formulada; a necessidade está atrelada à satisfação de aspectos inerentes à dignidade humana;

⁽¹³⁴⁾ Cfr. A. E. Dick Howard, *op. cit.*, pp. 193/195.

⁽¹³⁵⁾ *Pluralismo y Constitución, Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta (Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft)*, trad. de Emilio Munda, Madrid: Editorial Tecnos, 2002, pp. 78/84.

e a realidade indica os limites materiais e circunstanciais que condicionam a ação do Estado na satisfação das necessidades básicas do indivíduo. Esses requisitos, ao nosso ver, em situações específicas, podem ser divisados nos denominados “*direitos sociais originários*”, os quais auferem o seu fundamento normativo diretamente do texto constitucional.

Analisada a sindicabilidade dos direitos sociais à luz dos princípios diretores e dos mandados constitucionais, resta tecer algumas considerações a respeito dos direitos subjetivos. Como dissemos, essa categoria, em regra, pressupõe uma integração legislativa, que delimitará o seu conteúdo e indicará os recursos financeiros que lhe farão face.

Abstraindo a questão da dignidade da pessoa humana, ainda que a Constituição ou a lei indique a atuação prioritária em determinada área, não se terá propriamente um direito subjetivo com a mera definição normativa de seus contornos essenciais, sendo imprescindível uma nova intervenção legislativa, desta feita em termos orçamentários, para que se tenha o seu aperfeiçoamento. Por outro lado, não sendo possível associar o *facere* estatal à proteção da dignidade da pessoa humana e inexistindo norma que considere determinado comportamento como prioritário, não poderá o Judiciário realizar um juízo de ponderação em relação aos demais valores envolvidos e porventura prestigiados pelo Executivo, o que também afasta a noção de direito subjetivo. Essa operação, por ser essencialmente política, será normalmente insindicável — as exceções, por evidente, se situarão no campo da ilicitude: violação aos princípios da legalidade, da imparcialidade etc.

Interpretando o art. 227, *caput*, da Constituição brasileira — que assegura às crianças e aos adolescentes, *com absoluta prioridade*, uma série de direitos sociais — bem como o art. 208 da Lei n.º 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) — que dispõe sobre a intervenção judicial nos casos de não oferecimento ou oferta irregular de atendimento em creche às crianças de zero a seis anos de idade —, o Supremo Tribunal Federal, em sede cautelar, suspendeu os efeitos de decisão judicial que determinara ao Município do Rio de Janeiro a construção de creches sem a correlata previsão orçamentária⁽¹³⁶⁾. Nesse caso, apesar de a lei delinear a prestação a ser realizada e a Constituição assegurar absoluta prioridade às crianças, não era divisada a necessária previsão orçamentária. Além disso, como a omissão do Município não importava propriamente em violação à dignidade humana, não seria possível falar em violação a direito subjetivo, motivo pelo qual nos parece correta a decisão do Tribunal.

(136) STF, 2.ª T., Pet. n.º 2836 QO/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 11-02-2003, DJ de 14-03-2003, p. 42. Decisão proferida em ação coletiva ajuizada pelo Ministério Público.

10. CONCLUSÕES

Essas breves linhas podem ser condensadas em algumas proposições que contribuirão para a aferição da coerência dos argumentos deduzidos.

A primeira conclusão a que chegamos é que a interpretação do princípio da separação dos poderes (*rectius*: princípio de divisão das funções estatais) deve ser redimensionada, de modo a desprender-se dos dogmas do liberalismo clássico e a acompanhar o evoluir das dimensões ou gerações de direitos fundamentais. Assim, o controle judicial da postura assumida pelo Estado em relação ao indivíduo apresentará variações conforme se esteja diante de direitos que exijam uma abstenção (direitos, liberdades e garantias) ou a efetivação de determinadas prestações (direitos sociais).

A segunda conclusão, que se encontra interligada à primeira, indica que as obras de Locke e de Montesquieu, principais alicerces teóricos da separação dos poderes, caso estudadas na pureza de suas linhas estruturais, não mais se coadunam às profundas mutações de natureza inter e intra-orgânica que se operaram na estrutura política do poder. A começar pela própria produção normativa, que, em uma fase pós-positivista, sofreu um profundo realinhamento com o reconhecimento do caráter normativo dos princípios jurídicos, dentre os quais se destaca o da dignidade da pessoa humana, a *senhoria normativa* do Poder Legislativo viu-se em muito enfraquecida. Em contrapartida, a importância do Judiciário sofreu um considerável aumento.

A terceira conclusão aponta para a necessidade de a interpretação constitucional prestigiar as diferentes estruturas ideológicas que se refletem na Constituição, quer se direcionem à salvaguarda dos direitos liberais clássicos, quer enalteçam a solidariedade social. Deve a Constituição, sem prejuízo de sua unidade sistêmica, ser aplicada de modo a potencializar suas normas e a alcançar os distintos fins visados. Relegando a plano secundário as diferentes “iridividualidades” que compõem o figurino constitucional, correr-se-á o risco de prestigiar determinados valores em detrimento de outros dotados de igual legitimidade. Interpretar os direitos sociais à luz do pensamento liberal oitocentista poderá gerar iniquidades somente comparáveis à tentativa de preservação das liberdades individuais a partir da ideologia marxista-leninista.

Consoante a quarta conclusão, cabe à ordem constitucional, a partir dos diferentes influxos ideológicos que, explícita ou implicitamente, nela se materializam, atuar como elemento polarizador do princípio da separação dos poderes. Se é certo que a preservação das liberdades individuais, em linhas gerais, pressupõe uma atitude abstencionista do Poder Público, o que direciona a atuação dos órgãos jurisdicionais a essa ótica de análise, não menos certo é que os direitos sociais normalmente pressupõem um atuar positivo, o que, em sendo necessário, exigirá uma atuação diferenciada dos referidos órgãos. Assim, não é

admissível transpor parâmetros de tutela e paradigmas de convivência institucional essencialmente voltados à preservação da liberdade para um campo em que se mostra essencial *umfacere estatal*.

De acordo com a quinta conclusão, a liberdade característica dos atos de governo, por estar inserida num sistema unitário e teleologicamente voltado à consecução do bem comum, recebe temperamentos da ordem constitucional, que limita e condiciona o seu exercício. Ainda que a Constituição e o legislador infraconstitucional, como é normal, disponham sobre inúmeras atribuições correlatas do Executivo, sem definir o momento em que cada uma delas deva ser implementada, não se mostra ampla e irrestrita a sua liberdade de “opção política”. Com efeito, a ausência de um indicador temporal específico pode ser substituída, com vantagem, pela imposição de tratamento prioritário à matéria, o que conferirá um caráter residual à referida liberdade, que somente ressurgirá, em relação às atribuições correlatas, após o atendimento daquela considerada prioritária.

A sexta conclusão assenta na premissa de que, ocupando o indivíduo o epicentro da ordem jurídica, status que é normalmente indicado com o imperativo respeito à dignidade da pessoa humana ou com a previsão constitucional de um extenso rol de direitos, não se lhe pode negar, sob o manto dos atos de governo, a observância do conteúdo mínimo e essencial desses direitos, o que limita a liberdade política e enseja o controle judicial no caso de omissão. O princípio da separação dos poderes é polarizado pela Constituição e pelos valores nela consagrados, possuindo a flexibilidade necessária para assegurar a preeminência da dignidade da pessoa humana ⁽¹³⁷⁾.

A sétima conclusão é a de que o controle judicial, longe de macular os ideais democráticos, erige-se como um eficaz mecanismo de equilíbrio do sistema, assegurando a supremacia da Constituição e evitando que majorias ocasionais se desvirtuem das opções fundamentais do Constituinte. Os juízes, embora não sejam mandatários do povo, exercem sua função em nome do povo, auferindo sua legitimidade diretamente da Constituição, fruto da vontade popular e pedra angular de todo o sistema.

Na oitava conclusão, observamos que o designativo direitos sociais, por ser eminentemente ambíguo, permite o seu enquadramento como *direitos subjetivos, mandados constitucionais endereçados ao legislador ou princípios dire-*

⁽¹³⁷⁾ Após realçar a necessidade de efetivação das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, afirma Echevarría (*El Estado Social como Estado Autonómico*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 3/61, 1999), com propriedade, que “*uma ordem constitucional não é aquele sistema político que tem uma Constituição, mas a que se comporia conforme ao prescrito por ela*”.

tores. Os direitos subjetivos, que raramente resultam da aplicação direta da Constituição, normalmente exigindo a intermediação legislativa na definição dos seus contornos e na indicação da fonte orçamentária responsável pelo seu custeio, permitem a invocação de direitos prestacionais perante o Estado. Os mandados constitucionais têm uma feição programática e indicam um objetivo a ser alcançado. Os princípios diretores veiculam parâmetros a serem observados por todos os órgãos estatais e possuem uma maior fluidez, derivada de sua estrutura principiológica e da não definição de uma diretriz específica a ser seguida. Em regra, as normas constitucionais que veiculem mandados ou princípios não podem embasar pretensões que almejem a realização de direitos prestacionais.

A nona conclusão é a de que os mandados constitucionais endereçados ao legislador e os princípios diretores do Estado (*rectius*: o princípio do Estado Social) podem “assumir as vestes” de direitos subjetivos acaso conjugados com os princípios da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade, exigindo *unifacere* estatal para atender a um roi mínimo de direitos, atividade esta que se sujeitará ao controle judicial.

Por último, a décima conclusão é a de que, não sendo o caso de proteção da dignidade humana, ainda que a norma indique a atuação prioritária do Executivo em determinada área, não se terá propriamente um direito subjetivo com a mera definição normativa de seus contornos essenciais, sendo imprescindível uma nova intervenção legislativa, desta feita em termos orçamentários, para que se tenha o seu aperfeiçoamento. Mesmo que todos os contornos do direito social sejam delimitados pelo legislador, inexistindo norma que considere determinado comportamento como prioritário, não poderá o Judiciário realizar um juízo de ponderação em relação aos demais valores envolvidos e porventura prestigiados pelo Executivo. Essa operação, por ser essencialmente política, será normalmente insindicável — as exceções, por evidente, se situarão no campo da ilicitude: violação aos princípios da legalidade, da imparcialidade etc.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts*, 3.^a ed., Freiburg/München: Verlag Karl Alber GmbH, 2002.
- , *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático, para a Relação entre Direitos do Homem, Direitos Fundamentais, Democracia e Jurisdição Constitucional*, trad. de Luís Afonso Heck, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 217, p. 55, 1999.
- , *Teoría de los Derechos Fundamentales (Theorie des Grundrechte)*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, 1.^a ed., 3.^a impressão, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.
- ANGEL EKMEKDJIAN, Miguel, *La teoría del orden de los derechos fundamentales como garantía del ciudadano frente a la administración pública*, in *La Protección Jurídica del Ciudadano*, Estú-

- dios en Homenaje al Profesor Jesus Gonzalez Perez*, Madrid: Editora Civitas, p. 2119, 1993.
- ARISTÓTELES, A *Política*, trad. de Roberto Leal Ferreira, São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- ASHFORD, Douglas, *L'État-Providência a travers l'étude comparative des institutions*, in *Revue Française de Science Politique*, Vol. 39, n.º 3, 1989.
- AUVRET-FINCK, Josiane, *Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin?*, in *Revue du Droit Public*, n.º 1, p. 131, 1995.
- BACHOF, Otto, *Jueces y Constitución*, trad. de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid: Editorial Civitas, 1985.
- BARCELAR DE VASCONCELOS, Pedro Carlos, *Teoria Geral do Controle Jurídico do Poder Público*, Lisboa: Edições Cosmos, 1996.
- BARNÉS VÁZQUEZ, Javier, *La Tutela Judicial Efectiva en la Constitución Alemana*, in *La Protección Jurídica del Ciudadano, Estudios en Homenaje al Profesor Jesus Gonzalez Perez*, Madrid: Civitas Ediciones, p. 429, 1993.
- BARTHÉLEMY, Joseph e DUEZ, Paul, *Traité Élémentaire de Droit Constitutionnel*, Paris: Dalloz, 1926.
- BASSI, Franco, *Il Principio della Séparazione dei Poteri*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.º 1, p. 17, 1965.
- , *Lezioni di Diritto Amministrativo*, 7.ª ed., Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003.
- BÉNOIT, Francis-Paul, *Montesquieu, inspirateur des Jacobins, la théorie de la "bonne démocratie"*, in *Revue du Droit Public*, n.º 1, p. 5, 1995.
- BERTHÉLEMY, H. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 9.ª ed., Paris: Rousseau, 1920.
- BIFULCO, Daniela, *L'Inviolabilità dei Diritti Sociali*, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 2003.
- BIELEFELDT, Heiner, *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt: Primus Verlag, 1998.
- BRADLEY, A. W. e EWING, K. D., *Constitutional and Administrative Law*, 13.ª ed., Harlow: Pearson Education Limited, 2003, pp. 401 a 628.
- CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito (Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz)*, trad. de A. Menezes Cordeiro, 5.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- CAPPELLETTI, Mauro, *Le Pouvoir des Juges*, trad. de René David, Paris: Ed. Economica, 1990.
- CASTRO RANGEL, Paulo, *Repensar o Poder Judicial, Fundamentos e Fragmentos*, Porto: Publicações Universidade Católica, 2001.
- CORSO, Guido, *I Diritti Sociali nella Costituzione Italiana*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.º 3, p. 755, 1981.
- DE AQUINO, São Tomás, *Os Princípios da Realidade Natural (De principiis naturae)*, trad. de Henrique Pinto Rema, Porto: Porto Editora, 2003.
- DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Diritto Costituzionale*, 3.ª ed., Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2001.
- DEL VECCHIO, Giorgio, *Sui Principi Generali del Diritto*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1958.
- DELGADO BARRIO, Javier, *El principio de efectividad de la tutela judicial en la jurisprudência contencioso-administrativa*, in *La Protección Jurídica del Ciudadano, Estudios en Homenaje al Profesor Jesus Gonzalez Perez*, Madrid: Editora Civitas, p. 1187, 1993.
- DETMOLD, Michael e SCOFFONI, Guy, *Justice constitutionnelle et protection des droits fondamentaux en Australie*, in *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n.º 29, p. 3, 1997.
- DICK HOWARD, A. E., *Les Droits et la Constitution, la protection judiciaire des droits sociaux en droit constitutionnel américain*, in *Revue Française de Science Politique*, Vol. 40, n.º 2, p. 173, 1990.
- DÍEZ MORENO, Fernando, *El Estado Social*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.
- DUGUIT, Léon. *Manuel de Droit Constitutionnel*, 4.ª ed., Paris: E. de Boccard, 1923.

- DUGUIT, Léon, *Traité de Droit Constitutionnel*, Tome 2^e, 2.^a ed., Paris: Ancienne Librairie Fontemong & Cie. Éditeurs, 1923.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, 17.^a imp., Massachussets: Harvard University Press, 1999.
- ESMEIN, A. *Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*, 7.^a ed., Paris: Recueil Sirey, 1921.
- FAVOREAU, Louis, GAÏA, Patrick, GHEVONTIAN, Richard, MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand, PFERSMANN, Otto, PINI, Joseph, ROUX, André, SCOFFONI, Guy e TREMEAU, Jérôme, *Droits des libertés fondamentales*, 2.^a ed., Paris: Éditions Dalloz, 2002.
- FAVOREU, Louis, GATA, Patrick, GHEVONTIAN, Richard, MESTRE, Jean-Louis, PFERSMANN, Otto, ROUX, André e SCOFFONI, Guy, *Droit Constitutionnel*, Paris: Éditions Dalloz, 2003, pp. 325 a 463.
- FAVOREAU, Louis e PHILIP, Louis, *Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel*, 12.^a ed., Paris: Éditions Dalloz, 2003.
- GALETTA, Diana-Urania, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano: Giuffrè Editore, 1998.
- GALLI, ROCCO, *Corso di Diritto Amministrativo*, Padova: CEDAM, 1991.
- GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- , *Tomemos a Sério os Direitos Económicos, Sociais e Culturais*, in *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 35 a 68.
- GONZÁLEZ MORENO, Beatriz, *El Estado Social, Naturaleza Jurídica y Estructura de los Derechos Sociales*, Madrid: Civitas Ediciones, 2002.
- GUETTIER, Christophe, *Le contrôle juridictionnel du président de la République*, in *Les 40 ans de la V^e République*, *Revue du Droit Public*, n.º 5/6, p. 1719, 1998.
- HÄBERLE, Peter, *Pluralismo y Constitución*, *Estudios de Teoria Constitucional de la Sociedad Abierta (Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft)*, trad. de Emilio Mikunda, Madrid: Editorial Tecnos, 2002.
- KEEL PEREIRA, Marcos, *O Lugar do Principio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência dos Tribunais Portugueses. Uma Perspectiva Metodológica*, in *Working Paper*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, n.º 4, 2002.
- KELSEN, Hans, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, trad. de Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- , *Teoria Pura do Direito (Reine Rechtslehre)*, trad. de João Baptista Machado, 5.^a ed., Coimbra: Arménio Amado-Editor, 1979.
- LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, in *(Methodenlehre der Rechtswissenschaften)*, trad. de José Lamego, 3.^a ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LOCKE, John, *The Second Treatise of Government: Essay concerning the true original, extent and end of civil government*, 3.^a ed., Norwich: Basil Blackwell Oxford, 1976.
- MAABEN, Bernd, *Der U.S. — Supreme Court im gewantenteilendes amerikanischen Regierungssystem (1787-1972)*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 1977.
- MADISON, James, HAMILTON, Alexander e JAY, John, *Os Artigos Federalistas*, trad. de Maria Luíza X. de A. Borges, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.
- MASELLI GOUVÊA, Marcos, *O Controle Judicial das Omissões Administrativas*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.
- MAZZIOTTI DI CELSO, M. e SALERMO, G. M., *Manuale di Diritto Costituzionale*, Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2002.
- MIRANDA, Jorge, *Funções, Órgãos e Actos do Estado, apontamentos de lições*, Lisboa, 1986, pp. 299 a 316.
- , *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I, 7.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- , *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- , *Regime específico dos direitos econômicos, sociais e culturais*, in *Estudos Jurídicos e Econômicos em Homenagem ao Professor João Limbrales*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 345, 2000.
- , *Teoria do Estado e da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- MONTESQUIEU, Barão de, *Charles de Secondat, De L'Esprit des Lois*, com notas de Voltaire, de Crevier, de Mably, de la Harpe e outros, Paris: Librairie Garnier Frères, 1927.
- MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas, *El Poder Judicial en el Estado Autônômico*, in *Teoria y Realidad Constitucional*, n.º 5, p. 89, 2000.
- OST, F., *Juge-Pacificateur, Juge-Arbitre, Juge Entrainer: Trois Modèles de Justice*, in *Fonction de Juger et Pouvoir Judiciaire, Transformations et Déplacements*, pp. 1 a 70, org. por PH. Gerard, F. Ost e M. Van de Kerchove, Bruxelas: Publications des Facultes Universitaires Saint-Louis, 1983.
- PEREIRA DA SILVA, Jorge, *Proteção constitucional dos direitos sociais e reforma do Estado-Providência*, in *A Reforma do Estado em Portugal, Problemas e Perspectivas*, org. pela Associação Portuguesa de Ciência Política, Lisboa: Editorial Bizâncio, p. 537, 2001.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 8.^a ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2003.
- PIÇARRA, Nuno, *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 1989.
- QUEIRÓ, Afonso, *Lições de Direito Administrativo*, Vol. I, Coimbra: João Abrantes, 1976.
- QUEIROZ, Cristina, *O Problema do Controle Jurídico do Poder*, Coimbra: Livraria Almedina, 1990.
- RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime e SARMIENTO ACOSTA, Manuel J., *El contencioso administrativo como elemento garantizador de los derechos fundamentales*, in *La Protección Jurídica del Ciudadano, Estudios en Homenaje al Profesor Jesus Gonzalez Perez*, Madrid: Editora Civitas, p. 2093, 1993.
- ROTUNDA, Ronald D. e NOVAK, John E., *Treatise on Constitutional Law, Substance and Procedure*, Vol. 3, St. Paul: West Publishing CO., 1992, pp. 500 a 521.
- SCHINDLER, Dietrich, *Diritto Costituzionale e Strutura Sociale (Verfassungsrecht und soziale Struktur)*, trad. de Raffaele Bifulco, Padova: CEDAM, 1999.
- SCHMIDT, Walter, *I Diritti Fondamentali Sociali nella Repubblica Federale Tedesca*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.º 3, p. 785, 1981.
- SÉRVULO CORREIA, José Manuel, *Acto Administrativo e Âmbito da Jurisdição Administrativa*, in *Estudos de Direito Constitucional*, org. por J. M. Sérvulo Correia, Bernardo Diniz de Ayala e Rui Medeiros, Lisboa: Lex, 2002.
- SEVERO GIANINI, Massimo, *Diritto Amministrativo*, Vol. 2.º, 3.^a ed., Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993.
- SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto, *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, *El Estado Social como Estado Autônômico*, in *Teoria y Realidad Constitucional*, n.º 3, p. 61, 1999.
- TEJADURA TEJADA, Javier, *Reflexiones en Torno a la Configuración de la justicia como Servicio Público*, in *Teoria y Realidad Constitucional*, n.º 8-9, p. 177, 2001.
- TRIBE, Laurence, *American Constitutional Law*, 2.^a ed., Nova Iorque: The Foundation Press, 1988, pp. 546 a 559 e 1436 a 1463.
- , *Constitutional Choices*, Massachusetts: Harvard University Press, 1985.
- TROPER, Michel, *La separation de pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1980.

- TRUCHE, Pierre, DELMAS-MARTY, Mireille, FRISON-ROCHE, Marie-Anne e ROYER, Jean Pierre, *Débat: Le juge sous la V^e République*, in *Revue du Droit Public*, n.º 5/6, p. 1853, 1998.
- VEDEL, Georges, *Droit Administratif*, 5.^a ed., Paris: Presses Universitaires de France, 1973.
- VERNET I LOBBET, Jaume, *El sistema federal austríaco*, Madrid: Marcial Pons, 1997.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.^a ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2001.
- , *La protection des droits sociaux dans l'ordre juridique du Portugal*, in *Droits de l'Homme*, Vol. III, org. por Julia Iliopoulos-Strangas, Bruxelas: Editions Ant. N. Sakkoulas Athènes, p. 671, 1997.
- VIRGA, Pietro, *Diritto Amministrativo*, Vol. 2, 5.^a ed., Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1999.
- WEBER, Albrecht, *L'État social et les droits sociaux en RFA*, in *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n.º 24, p. 677, 1995.
- ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoria Geral do Estado (Allgemeine Staatslehre)*, trad. de Karin Praefke-Aires Coutinho, coordenação de J. J. Gomes Canotilho, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 367 a 462.