
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2010 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisão: Lourdes Nascimento
Luiz Fernando de Andrada Pacheco
Patrícia Falcão
Projeto gráfico e diagramação: Luiz Alberto Pimenta
Bibliotecário: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

A246	A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral
	ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	ISSN 1516-3210
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho
Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta
Editora Acadêmica Responsável
Ana Cláudia Finger
Secretário Editorial Executivo
Daniel Wunder Hachem
Conselho Diretivo
Adriana da Costa Ricardo Schier
Edgar Chiuratto Guimarães
Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial
Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)
Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)
Carlos Ayres Britto (UFSE)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)
Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)
Clovis Beznos (PUC/SP)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)
Eros Roberto Grau (USP)
Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
José Carlos Abraão (UEL)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Juarez Freitas (UFRGS)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Marçal Justen Filho (UFPR)
Marcelo Figueiredo (PUC/SP)
Márcio Cammarosano (PUC/SP)
Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Nelson Figueiredo (UFG)
Odilon Borges Junior (UFES)
Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)
Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Rogério Gesta Leal (UNISC)
Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
Sérgio Ferraz (PUC/RJ)
Valmir Pontes Filho (UFCE)
Weida Zancaner (PUC/SP)
Yara Stroppa (PUC/SP)

Conselho Consultivo
Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi – Itália)
Profa. Dra. Cristiana Fortini (UFMG – MG)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (Unibrasil – PR)
Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR – PR)
Prof. Dr. Emerson Gabardo (PUC/PR)
Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (UFG – GO)
Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba – PR)
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP – SP)
Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña – Espanha)
Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa – Portugal)
Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (Unibrasil – PR)
Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP – PR)
Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco – PR)
Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR – PR)
Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba – PR)
Profa. Dra. Vanice Lírio do Valle (Universidade Estácio de Sá – RJ)

Controle jurisdicional de políticas públicas¹

Alexandre Santos de Aragão

Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Procurador do Estado e Advogado.

Resumo: O artigo trata do tema do controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, com enfoque na problemática dos direitos sociais, apresentando alguns obstáculos para esse controle. Versa também sobre o controle judicial da discricionariedade administrativa.

Palavras-chave: Controle jurisdicional. Políticas públicas. Direitos sociais. Discricionariedade administrativa.

Vamos tratar do tema do controle jurisdicional e as duas questões a serem trazidas a debate, sobre as quais eu vou fazer uma breve exposição, são as seguintes: quais são os limites para o Poder Judiciário determinar a implementação pela Administração Pública de direitos sociais e, se, em geral, caso haja mais de uma interpretação plausível no ordenamento jurídico, se o Poder Judiciário pode ou deve determinar a aplicação da sua interpretação plausível em substituição da interpretação, também plausível, adotada pela Administração Pública, ou seja, se a escolha de uma interpretação entre várias plausíveis constitui matéria de discricionariedade?

Vamos abordar neste momento a primeira questão, ou seja, quais são os limites para o Poder Judiciário determinar a implementação pela Administração, de direitos sociais. Tema estritamente vinculado com a implementação de políticas públicas voltadas a implementação desses direitos sociais. Nós temos na nossa Constituição, tal como a maioria das constituições editadas no pós-guerra, uma série de direitos garantidos. Alguns desses direitos são os chamados direitos individuais e outros são chamados direitos sociais. Qual é a diferença entre eles? Primeiro há uma diferença histórica muito importante. Os direitos individuais surgiram como uma proteção do cidadão já na Revolução Francesa. Eles integram a própria ideia de Direito Administrativo e de Direito Constitucional. Lógico que sempre existiu função administrativa em qualquer

¹ Degravação de Palestra proferida no II Congresso Brasileiro de Direito Administrativo (ago. 2009), na qual, naturalmente, foi mantido o tom característico de uma exposição oral.

grupo social, mas Direito Administrativo passou a existir só depois de a função administrativa ser limitada. E a função administrativa foi limitada, sobretudo pelo advento, pela contemplação constitucional dos chamados direitos individuais. São direitos que precipuamente impõem obrigações ao Estado de não fazer, de não impedir, de deixar as pessoas fazerem. E aí nós temos como exemplos a liberdade de expressão, a liberdade de reunião, o direito de acesso aos documentos públicos, a inviolabilidade de domicílio, o direito de ir e vir, o direito de propriedade, ou seja, vários elementos da esfera individual das pessoas protegidas contra a interferência do Estado.

Com a evolução do constitucionalismo que se deveu não naturalmente em razão de teorias elaboradas por juristas, mas pela evolução da história política, econômica e social, começaram a se organizar parcelas da população em relação às quais apenas os direitos individuais não satisfiziam. Direito de ir e vir pra quê se não tinha dinheiro pra pagar o transporte? Direito de expressão pra quê se não sabe ler nem escrever? Elas passaram então a demandar do Estado não a sua omissão; elas passaram a precisar da ação do Estado.

A esse momento histórico Massimo Severo Giannini denomina como o do advento do Estado Pluriclasse: o Estado pós voto censitário. A França liberal era regida por um sistema de voto censitário: só tinha direito a votar quem pagasse determinada quantidade de impostos. Mas, através de movimentos sociais, as demais classes foram conquistando o direito ao sufrágio universal. Com o sufrágio universal, o Estado todo (e o seu Direito) se modificou.

Aquele Estado que Giannini chamava de monoclasse, comandado apenas por um tipo de interesse econômico, passou a ser comandado por todos os tipos de interesses econômicos, sociais, e, mais tarde, isso se pluralizou mais ainda, porque não ficou apenas na questão das classes econômicas, aí entraram grupos ambientalistas, grupos de defesa de minorias e realmente a Constituição, o Direito e o Estado se pluralizaram, em grande parte pela criação de direitos sociais.

Aquelas pessoas que antes eram eleitas, prometendo garantir apenas os direitos individuais, passaram a ter que prometer na campanha também direitos sociais. Assim surgiram os direitos sociais. Eles diferem, portanto, nesse aspecto histórico, dos direitos individuais, já que foram posteriores a estes.

Mas se distinguem também na forma da sua implementação. É lógico que os direitos individuais também demandam um aparato do Estado, mas eles se satisfazem pela mera omissão estatal. O Estado tem que ter polícia, por exemplo, para garantir o direito de propriedade, mas isso é acessório. Se o Estado (pelo menos em relação à violação pelo próprio Estado) não fizer nada contra a propriedade dos particulares, o direito já estará garantido.

O Direito individual liberal tradicional é um direito de baixo custo, já que, pelo menos economicamente, é fácil de ser cumprido, uma vez que via de regra gera para o Estado apenas uma obrigação de não fazer. Já o direito social, ao revés, demanda prestações materiais, com o que entramos no âmbito dos serviços públicos prestacionais, que muitas vezes pressupõem inclusive a construção de grandes infraestruturas nacionais, como hidrelétricas, linhas de transmissão de energia elétrica, construção de escolas, de hospitais, fornecimento de medicamentos, construção de creches etc.

E nesse ponto nossa Constituição também foi bastante rica. É difícil imaginar um direito social não previsto e assegurado na nossa Constituição, às vezes dirigido só ao Estado e às vezes, como no caso da educação, dirigido também à sociedade de forma geral.

Esses direitos sociais estão previstos na Constituição e, como tal, possuem eficácia. A doutrina constitucional de eficácia das normas constitucionais de José Afonso da Silva, apesar da sua grande importância na afirmação de um constitucionalismo não meramente retórico no Brasil, hoje se encontra em vias de ser substituída por outras concepções de aplicação e de hermenêutica constitucional.

Toda norma constitucional é igualmente eficaz. Mas ao mesmo tempo todas elas são limitadas em sua eficácia, nem que seja pela ponderação mútua com outros valores de natureza diversa, ou até com outros direitos da mesma natureza, só que de outras pessoas. Desse ponto de vista, o direito social não possui diferença em relação ao direito individual. Ele é tão eficaz e tão sujeito a essa limitação ponderativa quanto os direitos individuais. Porém, nessa limitação ponderativa, há elementos que entram em jogo na aplicação dos direitos sociais que não estão presentes na aplicação dos direitos individuais. Por exemplo, toda questão ligada à legalidade orçamentária — as despesas públicas têm que ter previsão orçamentária: incumbe à Administração realizar esses direitos

sociais através da previsão na lei orçamentária, aprovada depois pelo Congresso. A aplicação dos direitos sociais não tem como se dar num passe de mágica, em nenhum país, mesmo em países ricos e bem estruturados institucionalmente. Devem existir políticas públicas, ou seja, conjunto de atividades legislativas, administrativas, judiciais, materiais, que ao longo do tempo visem àquela implementação, e isso deve estar previsto no orçamento. Esse é o primeiro obstáculo que se põe à implementação dos direitos fundamentais sociais.

Segundo obstáculo: a chamada reserva do possível. Há o caso relevante das ações para compelir o Estado a fornecer medicamentos. O controle jurisdicional da implementação de políticas públicas fica entre esses dois pontos: direitos sociais plenos, de eficácia plena, com muitas pessoas precisando daqueles direitos de maneira urgente, com o Estado gastando superfluamente com outras coisas; e de outro lado a incapacidade institucional do Poder Judiciário, pela sua própria natureza (por atuar por provocação e apenas em casos concretos), de ter uma visão maior do fenômeno.

Pois bem, abordado o tema do controle jurisdicional das políticas públicas de implementação de direitos sociais, passemos a tratar de nosso outro subtema, qual seja, o do controle jurisdicional da discricionariedade.

O Direito Administrativo tradicional foi construído com base na dicotomia entre competências que seriam discricionárias e competências que seriam vinculadas. Nas competências que são vinculadas o administrador não teria nenhum critério de subjetividade. Por exemplo: aposentadoria compulsória aos 70 anos. Na discricionariedade não, seria diferente, a lei daria uma liberdade ao administrador para ele escolher como melhor realizar o interesse público nos casos concretos. Daí, por exemplo, os regulamentos não podem ser de mera execução, o regulamento de mera execução da lei sem criar nenhum direito ou obrigação seria uma cópia do que já está na lei. O regulamento, na verdade, é uma forma de homogeneização do exercício da discricionariedade. Por exemplo, se uma lei diz que a Administração pode multar quem perturbar o descanso noturno, fazendo muito barulho, cabe-nos perguntar: o que é perturbar o descanso noturno? A que ponto o barulho tem exatamente que chegar para se considerar que houve uma violação à lei? Para não ficar variando de cabeça para cabeça de cada fiscal, o superior

hierárquico deles edita uma norma administrativa estabelecendo os horários e decibéis a partir dos quais deve o barulho ser considerado como perturbador do descanso noturno. Há em casos tais uma transferência do momento de densificação normativa do legislador para o administrador, seja em regulamento, seja, se este não for editado, em cada caso concreto.

A distinção entre discricionariedade e vinculação hoje tem sido muito debatida e colocada em xeque, falando-se mais em graus de vinculação ou graus de discricionariedade (sempre há algum grau de ambas), do que numa divisão estanque entre discricionariedade e vinculação. Administrar não é, como se dizia no passado, apenas aplicar a lei de ofício.

Pela Teoria Gradualista de Kelsen sempre existirá algum grau de subjetividade, de opção entre várias opções legítimas. Para Kelsen, “mera execução da lei” é apenas a execução material, é apenas o guarda na hora de cumprir uma ordem algemando alguém, um trator demolindo uma casa construída irregularmente. Em todo patamar da pirâmide normativa temos uma parcela de criação e uma parcela de execução de direito. O legislador quando edita uma lei está criando direito, mas também está executando a Constituição.

O primeiro requisito epistemológico que devemos fixar é, portanto, que a interpretação do direito não é uma atividade meramente cognitiva, ela é, sobretudo, uma atividade volitiva. Existe manifestação e vontade, existe escolha nela.

E aí nós chegamos no momento do controle jurisprudencial. A lei, para ser geral e abstrata, vai sempre usar conceitos, e todo conceito é ontologicamente indeterminado em algum grau. E então a questão fica, a quem deve competir a escolha da interpretação a ser definitivamente aplicada entre as várias interpretações plausíveis para aquele caso? No nosso ordenamento jurídico é do Judiciário essa última palavra. Até porque o Judiciário é o competence-competence, ou seja, ele é juiz da sua própria competência. O que há, no entanto, é uma autocontenção do Judiciário, consciente das suas limitações em determinados assuntos, como por exemplo, da implementação de políticas públicas sociais e em matérias de alta complexidade técnica. E aqui os nossos dois subtemas se unem.

A Suprema Corte Norte-Americana construiu o chamado princípio da deferência (intelligible principles doctrine), segundo o qual, entre várias

interpretações plausíveis, se houve um processo administrativo e uma fundamentação adequada para uma decisão que seja razoável, o Judiciário não deve substituir a interpretação plausível dele pela interpretação plausível da Administração. A doutrina também constrói uma série de indícios para essa deferência (grau de fundamentalidade do direito restringido, se houve audiências públicas com ampla participação, se a questão foi decidida por um órgão colegiado de elevada competência técnica etc.).

O controle jurisdicional está avançando para um nível de discussão muito mais sofisticado do que a divisão binária (e muitas vezes ad hoc) entre discricionariedade e vinculação, que está sendo gradualmente substituída pelo conceito de índices de capacidade institucional do órgão administrativo que emitiu a decisão comparativamente à capacidade institucional que o Judiciário tem para decidi-la.

Eram esses alguns pontos da discussão que gostaria de trazer para o debate. Muito obrigado.

Jurisdictional Control of Public Policies

Abstract: The article deals with the subject of the jurisdictional control of public policies, focusing on the issue of the social rights, presenting some obstacles to this control. Also deals with judicial control of administrative discretion.

Key words: Judicial control. Public policies. Social rights. Administrative discretion.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Controle jurisdicional de políticas públicas. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n. 42, p. 99-104, out./dez. 2010.

Recebido em: 26.10.10

Aprovado em: 29.11.10