

# Políticas públicas e controle judicial: o papel da decisão judicial\*

## *Public policies and judicial review: the role of judicial decision*

Hector Cury Soares<sup>1</sup>

### Resumo

O presente artigo objetiva demonstrar a possibilidade do controle judicial das políticas públicas e a necessidade da fundamentação (justificação) nas decisões judiciais como condição para que o Poder Judiciário, em alguns casos, exerça esse controle. Com isso, busca-se superar a ideia de que, ao exercer o controle, o Poder Judiciário possui um poder discricionário não limitado para esse controle. Defende-se a possibilidade de controle, mas por meio de decisões que utilizem de argumentos para firmar a decisão judicial. Para tanto, utilizar-se-ão as contribuições de Robert Alexy e Ronald Dworkin, principalmente, como base teórica da pesquisa científica.

**Palavras-chave:** Controle judicial. Políticas públicas. Administração pública.

### Abstract

This article aims to demonstrate the possibility of judicial review of public policies and the need of the reasons (justification) in judgments as a condition for which the Judiciary, in some cases, to exercise that control. Thus, we seek to overcome the idea that to exert control, the Judiciary has a discretion not limited to this control. It supports the ability to control, but by making use of arguments that the court's decision to sign. To do so, it will use the contributions of Ronald Dworkin and Robert Alexy, mainly as a theoretical basis of scientific research.

**Keywords:** Judicial review. Public policies. Public administration.

---

\* Artigo recebido em 02/11/2011

Aprovado em 20/11/2011

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel). É professor assistente da Universidade Federal do Pampa (Unipampa), na área das Políticas Públicas e coordena, na mesma instituição, o Grupo de Estudos "Desenvolvimento, Políticas Públicas e Direitos Humanos.

## 1 Introdução

A Constituição Federal de 1988<sup>2</sup> não deixa dúvida em relação à justiciabilidade dos direitos fundamentais tendo em vista a eficácia dos direitos fundamentais sociais. Em que pese a existência na doutrina jusconstitucionalista brasileira de posições que afirmem a eficácia reduzida dos direitos fundamentais sociais, bem como a possibilidade de serem insuscetíveis de serem justiciabilizados, há também a sustentação que os direitos fundamentais sociais são direitos subjetivos. Contudo, esta última posição não oferece uma solução para problemas ligados à aplicação dos direitos fundamentais sociais. A despeito das duas perspectivas, o texto constitucional dá margem para que se busque, pela via judicial, a aplicação de um direito fundamental social.

Ocorre que, por vezes, a resposta judicial reflete diretamente na organização da Administração Pública do Estado e nas políticas públicas propostas por determinado ente federativo não dando respostas em relação a recursos financeiros para a sua realização, os meios para o cumprimento, a competência do Legislativo e do Executivo para a definição do orçamento público e a formulação de políticas públicas. Todos esses pontos ficam em aberto, concedendo-se amplo poder discricionário ao Judiciário. Não se olvida que os direitos fundamentais sociais e sua eficácia devem ser base das políticas públicas, ou seja, na base de uma política pública está a aplicação de um direito fundamental social. A figura das políticas públicas, no âmbito jurídico, surge como uma forma de concretização dos chamados direitos sociais, fruto de transformação do Estado liberal operada no século XX. Exigem-se prestações positivas do Estado com os chamados direitos sociais, apresentando-se no universo jurídico as políticas públicas.

No entanto, a intervenção do Poder Judiciário deve estar pautada por fundamentos (justificativas) que apresentem soluções entre a negação da eficácia aos direitos fundamentais sociais e, portanto, a impossibilida-

de de intervenção do Judiciário em políticas públicas; e aqueles que consideram ser possível tudo em matéria de direitos fundamentais sociais. Para isso, as bases teóricas aqui abordadas dão substrato à ideia de que os direitos fundamentais são princípios que ordenam que algo seja alcançado na melhor medida, isto é, a compreensão que o modelo de normas jurídicas é um modelo de princípios e regras, portanto, os direitos fundamentais sociais são passíveis de colisões que se deixam solucionar pela ponderação, dependendo da racionalidade da decisão jurídica da argumentação jurídica. Por meio da argumentação, possibilita-se a intervenção em políticas públicas com base na razão, legitimando, assim, as próprias instituições. Nesse sentido, Heck, ao tratar do constitucionalismo discursivo, por meio da obra de Robert Alexy e da institucionalização da razão, diz: “[...] a análise desses elementos mostra que razão precisa de instituições para adquirir realidade, e instituições precisam de razão para adquirir legitimidade”.<sup>3</sup>

Com base nesse arcabouço teórico, a pesquisa abordará no primeiro capítulo as relações entre ciência política, direito administrativo e políticas públicas (aspectos conceituais) e como essa relação é decisiva para determinar a possibilidade do controle judicial, para além do aspecto propriamente normatizado pela Constituição Federal (e anteriormente referido). Observa-se que as pesquisas tanto da ciência política como da ciência jurídica deixaram lacunas quanto à conformação constitucional das políticas públicas e o controle de constitucionalidade dessas políticas. No segundo capítulo, ao começar a tratar da necessidade do controle das políticas públicas, apresentar-se-á a contribuição de Ronald Dworkin para o controle, sob a ótica argumentativa, do controle judicial. Por fim, no terceiro capítulo, a contribuição de Robert Alexy, autor em que a teoria dos princípios adquire especial relevo para os direitos fundamentais sociais e a contribuição de seu constitucionalismo discursivo, no qual a legitimidade do judiciário se dá por argumentos.

Portanto, tenta-se demonstrar a possibilidade da intervenção do Poder Judiciário, em se tratando de políticas públicas, superando, dessa maneira, a primeira tese de que não é possível intervir pela eficácia dos direitos

<sup>2</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 28 dez.2010.

<sup>3</sup> HECK, Luís Afonso. Prefácio. In: GAVIÃO FILHO, Anísio. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

fundamentais sociais e, em segundo lugar, estabelecendo-se limites para essa intervenção por meio de argumentos e de uma proposta discursiva de constitucionalismo, garantindo uma intervenção legítima do ponto de vista argumentativo. Dessa forma, indo além da segunda tese de que esses direitos fundamentais sociais devem ser efetivados sem nenhum limite.

## 2 As políticas públicas, sua relação com o direito e a possibilidade do controle judicial

Para chegar ao controle judicial das políticas públicas no Brasil, é preciso antes compreender-se em que consistem as políticas públicas e qual a sua relação com a ciência jurídica, mais especificamente, com o direito administrativo. De posse de tais pressupostos conceituais, propõe-se a necessidade do controle judicial e a necessária participação do Poder Judiciário na conformação constitucional das políticas públicas.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Em relação ao conceito de políticas públicas, bem como a necessidade da sua conformação com a Constituição a partir de crítica ao conceito de *policies* desenvolvido por Dworkin, elaborou-se a pesquisa que culminou no trabalho final da conclusão da disciplina de “Teoria dos Modelos e dos Ordenamentos Jurídicos”, ministrada pelo Prof. Dr. Luis Afonso Heck, no semestre 01/2010. Nesse artigo se propôs definir políticas públicas desta maneira: “O tratamento dado por Dworkin é de que uma política pública (*policy*) é um objetivo a ser alcançado pelo Estado do ponto de vista político, social e econômico, o qual represente um avanço nesses campos. Com isso, coloca a tarefa aos três poderes, com precedência do legislador para realizar as políticas públicas, não ficando restrita a uma política de determinado governo. Além disso, a política pública tem uma base normativa prevista no art. 3º, da Constituição Federal de 1988. Eros Roberto Grau traduz como diretriz o termo *policy*, para ele não é possível verter diretamente *policy* para políticas públicas. Grau nomeia políticas públicas como “[...] todas as atuações do Estado, cobrindo as formas de intervenção do poder público na vida social”. Dessa forma, com tal conceituação aberta, em que pese baseada em uma leitura errônea de Dworkin, a realização de políticas públicas ficaria ao alvedrio dos sabores de determinada política partidária, sentido, com visto, inadequado às aspirações de Dworkin ao traçar a distinção entre princípios (*principles*), regras (*rules*) e políticas públicas (*policies*).” Todavia, intentou-se realizar uma crítica ao conceito adotado por Eros Roberto Grau e reproduzido por outros autores. Aqui não se procura abandonar o conceito outrora adotado, mas, também, apresentar as contribuições da ciência política no trato do tema para verificar a aproximação com a ciência jurídica. SOARES, Hector Cury. *A conformação constitucional das políticas públicas no Brasil e seus reflexos conceituais*, 2010. Tese (Doutorado)–Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Doutorado, Porto Alegre, 2010.

Inegável o crescimento de estudos na área das políticas públicas no Brasil, principalmente nas pesquisas ligadas à ciência política. Especificamente no Brasil, essas pesquisas ganham maior importância a partir dos anos 80.<sup>5</sup> Diferentemente, na ciência jurídica, as pesquisas ligadas às políticas públicas e sua relação com o controle judicial tiveram um crescimento recente, nos Programas de Pós-Graduação em Direito, na última década, tema que antes ficava adstrito tão somente ao chamado controle do ato administrativo discricionário sem maiores delineamentos conceituais.<sup>6</sup> Esse abismo entre as duas ciências gerou consequências nefastas para ambas.

De um lado, em geral,<sup>7</sup> os trabalhos ligados à ciência política abandonam a questão ligada à conformação constitucional e, por outro, a ciência jurídica propõe, em alguns casos, uma espécie de grau zero de discricionariedade, como se não houvesse um espaço para a política na elaboração de políticas públicas. Daí a necessidade de se elaborar um conceito que fosse capaz de conformar as duas áreas do conhecimento. Os enfoques dado às políticas públicas foram prioritariamente da ciência política, da sociologia, da economia política, da ciência da administração e da filosofia política, ficando

<sup>5</sup> A referência aqui é a existência de um grupo de trabalho de Políticas Públicas na Associação Nacional de Pós-Graduação em Ciências Sociais (ANPOCS) desde o início dos anos de 1980. Fatores como inovação e mudanças em programas governamentais também revelaram uma necessidade do desenvolvimento de pesquisas ligadas às políticas públicas. Essas são as ligações realizadas por ARRETCHE, Marta. Dossiê Agenda de Pesquisa em Políticas Públicas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 18, n.º 51, p. 7, fev. 2003. Por outro lado, a Prof.ª Celina Souza registra que, para o ressurgimento da importância das políticas públicas, há vários fatores, dentre eles: a) a adoção de políticas restritivas de gasto, que passaram a dominar a agenda dos países em desenvolvimento; b) a substituição de políticas keynesianas do pós-guerra por políticas restritivas de gasto; c) a maior parte dos países da América Latina não conseguiu formar colízes políticas capazes de equacionar minimamente a questão das políticas públicas de forma que se tornem capazes de impulsionar o desenvolvimento. Cf. SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura*. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20, jun./dez. 2006.

<sup>6</sup> GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. *O Direito das políticas públicas*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 25.

<sup>7</sup> O Prof. Claudio Couto ao tratar da distinção entre *política constitucional*, *política competitiva* e *políticas públicas* o faz sem estar alheio à necessária conformação constitucional das políticas públicas. COUTO, Cláudio Gonçalves. *Constituição, competição e políticas públicas*. *Lua Nova*, São Paulo, n. 65, p. 95-96, 2005.

do em um segundo plano a análise estritamente jurídica das políticas públicas.<sup>8</sup>

Isso porque, a despeito de uma política pública ficar vinculada à Constituição e, conseqüentemente, às leis, aos regulamentos, às ordens advindas do poder legislativo, há um espaço de conformação do governo, porém, dentro do quadro normativo proposto pela Constituição.<sup>9</sup> No entanto, há fenômenos que ocorrem no âmbito do Estado e que merecem uma particular análise por parte da ciência jurídica e que, todavia, projetam-se nas políticas públicas como a monitoração, a regulação e a avaliação dos resultados das políticas públicas.<sup>10</sup> Tais fenômenos não se ajustam perfeitamente aos quadros tradicionais do pensamento jurídico, porém merecem atenção por parte da ciência jurídica por não terem uma clara autonomia e gerarem reflexos na seara jurídica.

Para a ciência política não existe uma definição única de política pública; por algum tempo consideraram-se as políticas públicas exclusivamente como *outputs* do sistema político, focando-se o interesse dos pesquisadores nas demandas e articulações de interesses políticos (*inputs*).<sup>11</sup> Em outras palavras, as políticas públicas e sua análise eram vistas como uma subárea da disciplina, seu estudo, portanto, recaía na depuração da formação das políticas públicas dando um *status* privilegiado para os processos políticos decisórios, em uma análise *estoniana*.<sup>12</sup> Hoje há uma enorme diversidade de abordagens e teorizações dos processos de formação e gestão das polí-

ticas públicas.<sup>13</sup> Para além disso, dependendo, na ciência política, do modelo adotado de política pública, há uma forma de analisar a política pública e, da mesma forma, um conceito diferente.<sup>14</sup>

O modelo mais conhecido<sup>15</sup> e importado pela ciência jurídica é o chamado institucionalismo, que coloca as instituições governamentais como centro das atenções das políticas públicas. Tal modelo estuda a relação entre políticas públicas e as atividades governamentais (envolvendo o Executivo, o Legislativo e o Judiciário). Por meio das instituições governamentais empresta-se legitimidade e universalidade às políticas públicas. Em outras palavras, as políticas públicas, nesse modelo, cobram legalidade e, portanto, cumprimento por parte dos responsáveis e atingem todas as pessoas da sociedade, independentemente do grupo que, por ventura, pertencam. Por fim, como terceiro caractere desse modelo é a coercibilidade, dito de outra forma cabe ao próprio governo fazer cumprir as políticas públicas, não havendo sanções por parte de outros grupos sociais, monopólio estatal.<sup>16</sup>

É com base nesse modelo que se pode falar na possibilidade do controle judicial das políticas públicas, a partir da ciência política. Até pelo papel que exerce o modelo institucional na sua origem, pois é fruto da ciência política norte-americana dentro, assim, dos freios e contrapesos constitucionais, passíveis de controle judicial. Outro importante modelo para a ciência jurídica

<sup>8</sup> GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. *O Direito das políticas públicas*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 21.

<sup>9</sup> A aplicação do Direito como moldura dentro da qual há várias possibilidades. Sentido inicial explorado, mas que deverá ser desenvolvido, também, em consonância justificabilidade dessas respostas, com base em Robert Alexy. Porém, a título de notas iniciais, parece mais adequado não desenvolver, aqui, tais distinções. Hans Kelsen explora, no Capítulo VIII, do seu *Teoria Pura do Direito* a aplicação do Direito e coloca a aplicação o Direito como um quadro normativo no qual o intérprete terá uma gama de respostas possíveis. No entanto, o Direito é a moldura desse quadro, não tendo uma livre escolha na aplicação. Sua escolha estará vinculada ao quadro normativo. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado, São Paulo: M. Fontes, 2006. p. 390.

<sup>10</sup> GARCIA, op. cit., p. 30.

<sup>11</sup> FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. Ideias, conhecimento e políticas públicas. Um inventário sucinto das principais vertentes analíticas recentes. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 18, n. 51, p. 21, fev. 2003.

<sup>12</sup> Cf. EASTON, David. *A framework for political analysis*. Englewood Cliffs: Prince Hall, 1965.

<sup>13</sup> FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. Ideias, conhecimento e políticas públicas. Um inventário sucinto das principais vertentes analíticas recentes. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 18, n. 51, p. 22, fev. 2003.

<sup>14</sup> Cf. DYE, Thomas R. Mapameamento dos modelos de análise de políticas públicas. In: HEIDEMANN, Francisco; SALM, José Francisco (Org.). *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: UnB, 2009. p. 99.

<sup>15</sup> Outros modelos que podem ser citados: modelo de grupo, modelo de elite, modelo racional, modelo incremental, modelo da teoria de jogos, modelo da opção pública e modelo sistêmico. Para os fins metodológicos do trabalho, não convém abordar individualmente cada modelo. Cf. DYE, Thomas R. Mapameamento dos modelos de análise de políticas públicas. In: HEIDEMANN, Francisco; SALM, José Francisco (Org.). *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: UnB, 2009. p. 100. Também é possível identificar os modelos, em interessante iniciativa da Editora da Folha de São Paulo. Cf. RODRIGUES, Marta M Assumpção. *Políticas públicas*. São Paulo: Publifolha, 2010.

<sup>16</sup> DYE, op. cit., p. 101.

é o que identifica a política pública como um processo. Isso porque permite mostrar todos os processos político-administrativos, identificando o processo político como uma série de atividades (identificação de problemas, organização de agenda, formulação, legitimação, implementação e avaliação). Na leitura de Theodoulou, esse processo poderia ser fracionado da seguinte forma: a) reconhecimento do problema e identificação das temáticas envolvidas naquela mesma área de atuação, em outros segmentos da Administração Pública, que possam contribuir para favorecer ou bloquear as soluções; b) inserção do tema na agenda de ação do poder público; c) formulação da política pública a ser concretizada, traduzindo-se concretamente as ações; d) adoção da política pública, não só edição de ato, mobilização de órgãos e adoção de medidas necessárias; e) implementação da política, envolvendo ações concretas por parte dos órgãos administrativos envolvidos; f) análise da avaliação da política pública executada, à vista dos parâmetros que originalmente pautaram a sua concepção.<sup>17</sup>

No entanto, todo esse processo realizado pelas instituições não se dá descolado dos marcos normativos, ou melhor, descolado da constitucionalidade dessas políticas públicas. A figura das políticas públicas, no âmbito jurídico, surge como uma forma de concretização dos chamados direitos sociais, fruto de transformação do Estado liberal operada no século XX. Exigem-se prestações positivas do Estado com os chamados direitos sociais, apresentando-se no universo jurídico as políticas públicas.

Por sua vez, as políticas públicas são definidas como *standard* que tem um objetivo social, econômico e político a ser atingido, fruto de uma conformação com o ordenamento jurídico-constitucional, ou seja, as políticas públicas implicam em um dever de realização por parte de todos os poderes estatais e, não apenas o poder executivo ou determinado governo. A política pública envolve todos da atividade estatal e não apenas o governo. Embora a política pública fique vinculada à Constituição e, conseqüentemente, às leis, aos regulamentos, às ordens advindas do poder legislativo, há um

espaço de conformação do governo, porém, dentro do quadro normativo proposto pela Constituição.<sup>18</sup> Logo, a política pública é acompanhada de ações visando à realização de seus objetivos, uma vez que os objetivos estão inseridos na política pública. Por fim, a política pública é um ato contínuo, isso significa dizer que não é apenas o ato que decreta uma lei (em conformidade com o estabelecido na Constituição Federal), mas também os atos subsequentes de implementação, execução e avaliação. Todos esses atos devem ser feitos em conformidade com a Constituição.<sup>19</sup>

Isso significa dizer que dentro do quadro normativo dado pela Constituição, em alguns aspectos, a política pública autoriza uma conformação política, por sua própria natureza de processo político-administrativo; todavia, a escolha feita pelo governante ou administrador público deve ser realizada de tal forma que seja possível ser justificada argumentativamente e, portanto, racionalmente. Assim, não se pode aduzir que uma eventual decisão administrativa, seja na formação, seja na implementação de políticas públicas, não sofra limite algum e fique ao alvedrio de um determinado aspecto político-partidário. Mesmo programas partidários devem estar em consonância com a Constituição Federal servindo, nesse caso, de limite, ou mesmo de contenção a programas que não se identifiquem com ela. Por isso, pode-se dizer que a política pública é condicionada pela *política competitiva* (conflito, cooperação, alianças entre os diversos atores políticos), mas, acima dela, há a *política constitucional* (define a própria estruturação do Estado e sua normatização, isto é, a Constituição).<sup>20</sup> Nesse sentido, é próprio do texto constitucional fixar os limites da política atuando no papel de proteção negativa, ou seja, impede que políticas públicas sejam simplesmente condicionadas por maiorias parlamentares ou tampouco

<sup>17</sup> THEODOULOU, Stella Z. The nature of public policy. In: CAHN, Matthew A.; THEODOULOU, Stella Z. (Org.). *Public policy: the essential readings*. New Jersey: Prentice-Hall, 1995. p. 86-87.

<sup>18</sup> Vide nota n.º 10. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 390.

<sup>19</sup> THEODOULOU, Stella Z. The nature of public policy. In: CAHN, Matthew A.; THEODOULOU, Stella Z. (Org.). *Public policy: the essential readings*. New Jersey: Prentice-Hall, 1995. p. 2.

<sup>20</sup> O Prof. Cláudio Couto utiliza essa nomenclatura. Cf. COUTO, Cláudio Gonçalves. Constituição, competição e políticas públicas. *Lua Nova*, São Paulo, n. 65, p. 96, 2005. p. 96.

pelo simples alvedrio do administrador público, impondo a fundamentação de quaisquer decisões.<sup>21</sup>

Da mesma forma, ao tratar da inconstitucionalidade de atos realizados pelo executivo, durante o estado de sítio, na incipiente República brasileira, deveriam ser anulados em decorrência de sua não conformação. Ruy Barbosa argue que os tribunais teriam autoridade para negar a execução do decreto e manter o direito dos indivíduos, quando fosse submetida a demanda à autoridade da justiça, sendo esse direito de examinar a inconstitucionalidade dos atos legislativos ou administrativos a base do regime constitucional.<sup>22</sup> Embora a obra de Ruy Barbosa não se ocupe e, tampouco, existissem no Brasil estudos acerca de políticas públicas, quanto ao seu controle judicial, deve ser desenvolvida a mesma esteira de argumentos, não sendo possível a existência de políticas públicas que não estejam de acordo com a ordenação constitucional.

As políticas públicas são muitas e diversificadas; há desde a concretização de opções constitucionais básicas, que são responsáveis por definirem em um plano primário a ação estatal, caracterizadas por sua transversalidade e globalidade, como referido anteriormente – enquanto caractere geral das políticas públicas; há, da

mesma maneira, as *micropolíticas*, que são regionalizadas. Não obstante, mesmo as políticas públicas setoriais ou regionalizadas são consequências da primeira espécie de política públicas – a qual se poderia denominar *macropolíticas*.<sup>23</sup> Ainda, é possível distinguir, conforme a área geográfica das entidades públicas internas com que os cidadãos se relacionam, as políticas públicas locais que são ligadas a esfera municipal; as políticas públicas estaduais que são vinculadas aos Estados-Membros e as políticas públicas federais que têm como ente responsável a União. Não se pode olvidar que, em função do direito comunitário, hoje também é possível falar em políticas públicas mundiais ou políticas públicas supranacionais (no caso de país signatário de tratado ou acordo).<sup>24</sup>

Em todas essas espécies, uma ideia-chave une todas as políticas, qual seja a sua dimensão jurídica, isto é, todas as políticas públicas encontram desde logo a Constituição Federal como seu alicerce fundamental, ou no caso de políticas públicas advindas do Direito Comunitário ou do Direito Internacional no caso da permissividade a acordos e tratados internacionais por meio do monismo jurídico.<sup>25</sup> Portanto, a lei formal, por si, não permite averiguar a validade das políticas públicas; é mister ir além e buscar na Constituição o seu ato instituidor por excelência. Por conseguinte, o Estado, seu Governo e

<sup>21</sup> A própria ideia da existência de um Tribunal responsável por ser o *guarda* da Constituição veicula-se ao controle da Constituição em relação à atividade política e da necessidade de que a jurisdição constitucional material (modernamente) e formalmente afirme os princípios constitucionais. A jurisdição constitucional pode ser definida no seu sentido material e no seu sentido formal. Em sentido formal, a jurisdição constitucional é definida a partir do órgão que a exerce. Em sentido material, a jurisdição constitucional é compreendida a partir do procedimento judiciário objetivando garantir diretamente a observância da Constituição (decisão de questões constitucionais por meio de um procedimento judicial). “Ocorre que, e já numa perspectiva moderna, não se trata tanto de decidir questões constitucionais, senão da garantir a observância da Constituição e, isso (também a decisão), de forma direta (imediate)”. Portanto, nas palavras de Heck, pode-se dizer que a jurisdição constitucional também possibilita englobar o desenvolvimento dos princípios constitucionais. Cf. HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional alemã. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995. p. 23-24 e nota n. 6.

<sup>22</sup> A Constituição de 1891, filha do direito norte-americano, nas palavras de Ruy Barbosa, importa esse modelo de controle de constitucionalidade, o qual prescrevia à Justiça Federal a realização desse controle. Cf. BARBOSA, Ruy. *A Constituição e os Actos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlântida, s/d. p. 8-9.

<sup>23</sup> Cf. GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. *O Direito das políticas públicas*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 43.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>25</sup> O monismo das normas de direito internacional *versus* direito interno já era advogado por Hans Kelsen. Para Kelsen, se há uma autorização por meio do ordenamento interno (Constituição) à aplicabilidade de normas de direito internacional, uma vez o Estado tornando-se signatário de um determinado acordo ou tratado as normas que compõem esse acordo devem ser aplicadas imediatamente internamente. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2006. No Brasil, essa possibilidade vislumbra-se em função do art. 5º, §2º da Constituição Federal. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 28 dez. 2010.

a Administração Pública devem atuar fazendo uso da racionalidade argumentativa, fundamentando passo a passo a eleição de determinada política pública, não devendo esses agentes estatais apenas atuarem apelando à racionalidade subsuntiva. É preciso uma ampla combinação “[...] entre meios disponíveis, vias de acção e intencionalidades que, num amplo processo argumentativo, em situação, conduzido pelos princípios de direitos convocados pela acção as soluções são encontradas”.<sup>26</sup>

Dessa forma, é necessária a fundamentação (justificação) pela Administração Pública para a elaboração das políticas públicas. É necessário responder argumentativamente, a partir do plano constitucional. Não sendo assim, cabe ao Poder Judiciário intervir determinando a correção da política pública que seja inconstitucional fazendo com que a Administração tenha uma política pública em conformidade com a Constituição Federal. É preciso salientar que a resposta dada pelo Judiciário também deve ser legítima sob a ótica argumentativa. Para que se possa compreender como se dá essa resposta constitucional com base na argumentação, elegeram-se dois autores e suas contribuições: Ronald Dworkin e Robert Alexy. Apresentar-se-á, nos limites da pesquisa, a teorização de cada um deles que, em função da metodologia adotada neste trabalho, entende-se fundamental para o controle judicial das políticas públicas no Brasil.

### 3 A contribuição de Ronald Dworkin para a limitação da discricionariedade judicial

Primeiramente, para a compreensão do ponto abordado aqui, é preciso, em parte, ser abordado o dito em outro momento.<sup>27</sup> A começar pela diferenciação realizada por Ronald Dworkin em resposta a Herbert Hart entre regras (*rules*), princípios (*principles*) e políticas pú-

blicas (*policies*) no seu *Levando os Direitos a Sério*,<sup>28</sup> ao tratar do modelo de regras I (*model of rules I*). Dworkin parte de um ataque ao positivismo, utilizando a versão de Hart como alvo, quando um alvo particular é requerido, aduz que quando há uma disputa, a qual envolva os advogados, em relação a questões ligadas a direitos e obrigações, principalmente em se tratando de casos difíceis, porque os problemas conceituais ligados às regras tornam-se mais expostos. Por sua vez, faz-se uso, diante dessa dificuldade, de *standars* que não funcionem como regra. Diante disso, surgem os princípios, as políticas públicas e outros tipos de *standars*. Se o argumento utilizado fosse positivista, ficaria circunscrito a um modelo de e para um sistema de regras e a própria noção de apenas um teste para as forças do Direito forçaria com que se perdesse a importância do estudo do papel de outros *standars* que não fossem regras.

Ao fazer essa consideração, em relação a Herbert Hart, Dworkin ataca a proposta de Hart por uma teoria descritiva da lei, capaz de identificar critérios os quais digam que as regras e princípios são lei, tendo como fundamento a sua preocupação, a segurança jurídica.<sup>29</sup> A tripartição proposta por Dworkin coloca em xeque a sustentação do modelo proposto por Hart, tendo em vista que a teoria normativa de Dworkin não apenas descreve a lei, mas propõe a sua justificação moral. Para Hart, há dois principais dispositivos utilizados à comunicação desses *standars* de conduta: a legislação e o precedente.<sup>30</sup> Para além do simples formalismo, propõe a regra de reconhecimento (*rule of recognition*) como o critério de validade das outras regras do sistema, como uma forma de resposta ao critério do poder legislativo soberano, como sendo legalmente ilimitado.<sup>31</sup>

Em função disso, surge a proposta de Dworkin, em que apresenta, no modelo de regras I (*The model of rules I*), as distinções entre regras (*rules*), princípios (*principles*) e políticas públicas (*policies*). Já nas primeiras linhas, diz: “*I want to make a general attack on positivism,*

<sup>26</sup> Cf. GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. *O Direito das políticas públicas*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 57-58.

<sup>27</sup> SOARES, Hector Cury. *A conformação constitucional das políticas públicas no Brasil e seus reflexos conceituais*, 2010. Tese (Doutorado)–Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Doutorado, Porto Alegre, 2010. Não se trata da mera reprodução do pesquisado outrora, mas, necessariamente, alguns pontos abordados neste capítulo terão pontos convergentes com outra pesquisa realizada e, portanto, a proximidade, sem, todavia, a reprodução.

<sup>28</sup> DWORKIN, Ronald. Is law a system of rules? In: \_\_\_\_\_. *The philosophy of law*. Londres: Oxford Press, 1977. p. 43-44. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999. p. 22. DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1995. p. 72.

<sup>29</sup> HART, Herbert L. A. *The concept of law*. New York; London: Oxford University Press, 1961. p. 121.

<sup>30</sup> Ibidem, p. 121.

<sup>31</sup> Ibidem, p. 102.

and I shall use H.L.A. Hart's version as a target, when a particular target is needed".<sup>32</sup> Isso para que possamos ter uma ideia do contexto no qual são desenvolvidas as teorias propostas por Dworkin.

Assim, propõe-se a utilização do termo princípio, genericamente, para se referir a todo grupo de *standards* de conduta os quais não se adequam dentre as regras. Entretanto, é possível ser mais preciso e estabelecer a distinção entre princípios (*principles*) e políticas públicas (*policies*). Uma *policy* é entendida, para Dworkin, como um tipo de *standard* que estabelece um objetivo a ser alcançado que, em geral, representa um melhoramento com caracteres sociais ou econômico da comunidade. Princípio (*principle*), por sua vez, é um *standard* para ser observado, não porque sua observância represente um avanço ou a segurança de uma situação política, social ou econômica desejada, mas por ser uma requisição de justiça ou equidade ou outra dimensão de moralidade.<sup>33</sup>

Ronald Dworkin utiliza o seguinte exemplo: "[...] *the standard that automobile accidents are to be decreased is a policy, and the standard that no man may profit by his own wrong is a principle*".<sup>34</sup> Contudo, conforme aponta o próprio autor,<sup>35</sup> essa distinção pode ser posta em cheque se for colocado como base de um princípio, um objetivo social, ou mesmo, colocando como base de uma política pública um princípio. Por isso, propõe a imediata distinção dos princípios, em um sentido comum, das regras. A diferença entre os princípios e regras, em Dworkin, é uma distinção lógica, pois ambos estabelecem *standards* para decisões particulares sobre uma obrigação legal em determinadas circunstâncias, contudo sua distinção é no caractere de direção que eles dão. O âmbito de aplicação da regra é o tudo ou nada (*all-or-nothing*), porque uma regra

que estabelece "se A deve ser B" não pode ser válida, sob o ponto de vista lógico, com outra regra que estabeleça "se A não deve ser B".<sup>36</sup> Também, ou uma regra estipulada será adequada para os fatos dados ou não será, pois "[...] *then rule is valid, wich case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in wich cases contributes nothing to the decision*".<sup>37</sup> Para ilustrar, Dworkin utiliza o exemplo do batedor do *baseball* e a regra que estipula que se o batedor tiver três *strikes* (não rebater a bola dentro da área determinada), estará fora do jogo, não podendo o árbitro descumprir tal regra, caso o rebatedor sofra três *strikes*.<sup>38</sup>

Importando esse modelo das regras do jogo *baseball* para as regras do direito, resulta evidenciado como se dá o esquema de tudo ou nada na aplicação das regras, embora dentro dessas regras possam existir algumas exceções. Contudo, essas exceções não podem ser confundidas com os princípios; não é dessa forma que os princípios funcionam. Dizemos que nosso direito respeita o princípio de que ninguém possa tirar proveito de seu próprio erro, mas não se quer dizer, todavia, que a lei nunca permite que um homem nunca se beneficie das injustiças. Segundo Dworkin, o usucapião é a prova que se pode utilizar seu próprio erro (delito) para se beneficiar.<sup>39</sup> Princípios têm uma dimensão que as normas não possuem, qual seja uma dimensão de peso ou importância. Para compreender, basta pensar em uma política pública (*policy*) que entre em conflito com algum princípio (*principle*),<sup>40</sup> um tem que levar em conta o peso relativo do outro, claro que esse redimensionamento dessa interseção nunca será exato.

Por outro lado, as regras não possuem essa dimensão de peso, funcionando como um tudo ou nada (*all or nothing*). Pode-se afirmar que uma regra é mais importante que outra pelo reflexo que seu cumprimento tem

<sup>32</sup> "Eu quero fazer um ataque geral ao positivismo e eu utilizarei a versão de H.L.A. Hart como alvo, quando um alvo particular se torna necessário." (tradução nossa) DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999. p. 22. DWORKIN, Ronald. Is law a system of rules? In: \_\_\_\_\_. *The philosophy of law*. Londres: Oxford Press, 1977. p. 43.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> "O *standard* que os acidentes de automóveis devem diminuir é uma política pública e o *standard* que nenhum homem pode aproveitar-se do próprio erro é um princípio." DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999. p. 22. DWORKIN, Ronald. Is law a system of rules? In: \_\_\_\_\_. *The philosophy of law*. Londres: Oxford Press, 1977. p. 43-44.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>36</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999. p. 23. DWORKIN, Ronald. Is law a system of rules? In: \_\_\_\_\_. *The philosophy of law*. Londres: Oxford Press, 1977. p. 74.

<sup>37</sup> "então se a norma é válida, em cujo caso a resposta que dá deve ser aceita, ou não é, e não aporta nada à decisão" (tradução nossa). DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999. p. 24. DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999. p. 23. DWORKIN, Ronald. Is law a system of rules? In: \_\_\_\_\_. *The philosophy of law*. Londres: Oxford Press, 1977. p. 44.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 45-46.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 48.

dentro de determinada organização social como fator regulador de comportamentos. Contudo, essa afirmação perde o sentido, ou melhor, não pode ser repetida a afirmação que uma regra é mais importante que outra dentro de um sistema legal, em havendo um conflito de regras, uma regra substitui a outra.<sup>41</sup> Em um conflito de regras, uma não poderá ser válida, até levando em consideração a estrutura lógica do direito, como uma formalização da linguagem do direito no campo da lógica, ou seja, por meio de proposições lógicas não poderiam coexistir duas regras em conflito.<sup>42</sup> Nem sempre essa distinção será clara; em muitos casos, dependerá como o *standard* opera e como esse problema pode ser focado na controvérsia.

O papel desempenhado por um princípio e por uma regra poderá ser o mesmo, sendo que a diferença entre eles poderá ser um problema de forma. Dworkin<sup>43</sup> pondera que a utilização de termos como razoável, negligente, injusto e significativo, faz com que a aplicação da norma dependa, até certo ponto, dos princípios e das políticas públicas que transcendam essa norma. Em verdade, na norma pode haver, como base, um princípio ou uma política pública. No entanto, isso não converte total-

mente a norma em um princípio, pois, por menos restrito que seja desses termos, trata-se, ainda, de uma limitação de outros princípios e de outras políticas públicas das quais depende a norma. Quando um termo desses aparece em uma regra, isto significa a exigência do exercício do juízo que se os termos houvessem sido omitidos.<sup>44</sup>

Por outro lado, no caso dos termos estarem presentes em uma política pública ou em um princípio, seu cumprimento pode ser imposto sem que seja considerado uma violação ao direito. Dworkin<sup>45</sup> ilustra com o exemplo de uma decisão da Suprema Corte norte-americana sobre uma disposição, que anula todo o contrato que restringe o comércio, ser tratada como regra em todos os seus termos ou como um princípio. A disposição legal foi tratada, pela Suprema Corte, como uma regra, entretanto, essa regra foi tratada levando em consideração que continha a palavra irrazoável e, portanto, proibia somente as restrições irrazoáveis. Dessa maneira, o dispositivo legal funcionaria como uma regra logicamente, isto é, uma vez comprovada a irrazoabilidade da restrição ao comércio pelo contrato, é obrigatória a declaração de não validade do contrato. Por outro lado, substancialmente poderia ser tratada como um princípio, ou seja, um Tribunal deve ter em conta uma série de princípios e políticas públicas para saber se uma restrição é irrazoável ou não. Da mesma maneira, percebe-se que na base de uma regra é possível existir um princípio e, destarte, o conflito que há é entre um princípio e o princípio na base dessa regra, e não entre um princípio e uma regra.

Assim, pode-se perceber a distinção entre as regras e os princípios, bem como das políticas públicas. Diferentemente das regras, os princípios e também as políticas públicas possuem uma dimensão de peso. As regras, por sua vez, não existem antes da decisão do caso. O julgador chega à regra por meio da ponderação, por meio dos argumentos expostos pelas partes. Não se pode analisar apenas uma face, deverá ser analisado o todo, pois, ao considerar o todo, o juiz verificará qual argumento dará mais peso, podendo um argumento ser refutado por outro de maior peso.

<sup>41</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999. p. 23. DWORKIN, Ronald. Is law a system of rules? In: \_\_\_\_\_. *The philosophy of law*. Londres: Oxford Press, 1977. p. 48.

<sup>42</sup> Cabe se basear na arguta lição de Lourival Vilanova: “O dever ser é uma partícula operatória vinculada a um universo especificado de objetos: o universo das normas ou da linguagem como expressão das normas. É incontável o número de normas jurídicas que se oferecem à experiência, variando no tempo e no espaço, por seu conteúdo, pela fonte de onde provém, pelo grau de validade, pela pertinência aos sistemas positivos etc. É da linguagem do direito positivo que se obtém a estrutura reduzida ao formal. Quando formulamos a proposição ‘se a é B, então C deve ser D’ (para tomar letras como variáveis referentes a fatos – pressupostos – de cuja verificação depende a relação deontológica ‘A deve ser B’, a relação intersubjetiva ou de sujeitos entre os quais se verificam ações), esta proposição não é de nenhum domínio ou subdomínio do direito positivo. Nem do direito privado, nem do direito público encontramos semelhante proposição que nada diz especificamente de um fato, de nenhum sujeito-de-direito e de nenhuma ação ou condutas concretas. **É uma proposição lógica, não uma regra de direito positivo; é uma simples estrutura sintática, não um preceito ou uma norma para a ação.**” (grifo nosso). A estruturação da regra cinge-se a lógica, é vazia de conteúdo. VILANOVA, Lourival. *Lógica Jurídica*. In: \_\_\_\_\_. *Estudos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: Axis Mundi, 2003. v. 2. p. 183.

<sup>43</sup> DWORKIN, op. cit., p. 48.

<sup>44</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999. p. 28. DWORKIN, Ronald. Is law a system of rules? In: \_\_\_\_\_. *The philosophy of law*. Londres: Oxford Press, 1977. p. 49.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 48-49.

Destarte, quando se está diante da necessidade da elaboração (formulação) de uma política pública, é preciso que o agente público demonstre – argumentativamente – portanto do ponto de vista racional (fundamentando) o porquê da escolha que fez para a política pública, com base no que está previsto pela Constituição Federal. A escolha a ser realizada pode não ser a única do agente, mas deve ser a melhor. Não existindo essa relação, a política pública deverá ser considerada inconstitucional, passando ao Poder Judiciário o dever de decidir em relação à política pública, determinando qual política pública deve ser adotada. Da mesma forma que para o administrador público, o julgador também deve justificar (fundamentar – por argumentos) a sua escolha dentro do quadro normativo apresentado pela Constituição Federal. Na esteira da tese proposta por Dworkin, a discricionariedade judicial será determinada pela regra, por exemplo, em havendo uma regra que seja suficientemente clara e estabelecida, não há discricionariedade. Se o caso está controlado por um princípio (dimensão de peso), pois o juiz não pode encontrar uma regra estabelecida, também não há discricionariedade.<sup>46</sup>

Como visto, princípios e regras operam de modo distintos; enquanto as regras possuem uma dimensão *tudo ou nada*, os princípios atuam na dimensão de peso, que falta em outras normas. Segundo Dworkin, havendo um conflito entre duas regras, uma delas não pode ser válida, já quem pretende resolver o conflito entre dois princípios deverá ter em conta o peso relativo de cada um. Na base de uma política pública, encontrar-se-á um princípio, assim, determinada escolha feita pelo juiz requererá dois tipos de argumentos (político e jurídico), mesmo no caso de um programa que seja fundamentalmente um problema de política.

Toda a política pública deve, portanto, ter como base um argumento de princípio. Contudo, um programa baseado mormente em princípios poderá refletir o sentimento de que os direitos não são absolutos e que perdem a validade quando as consequências na política são muito agudas. Dessa diferenciação resulta que as decisões judiciais, ainda quando uma lei tenha sido criada por uma diretriz política, tem por base um argumento de princí-

pio.<sup>47</sup> Todavia, isso se aplica aos casos em que há um direito estabelecido; em se tratando de casos difíceis,<sup>48</sup> em que não há uma norma estabelecida para que se dite uma decisão em algum sentido, poderia parecer que uma decisão adequada seria gerada tanto numa diretriz política quanto num princípio.

Então, propõe-se a tese que as decisões nos casos difíceis devem ser geradas caracteristicamente por princípios e não por decisões baseadas em argumentos de política. Em outras palavras, para que o juiz chegue à conclusão em determinado caso relacionado a políticas públicas, é preciso que haja argumentos que justifiquem a eleição daquele direito em detrimento de outro e, além disso, que essa decisão abra a perspectiva de sua universalização. Os juízes não devem fundar suas decisões em argumentos de política.<sup>49</sup> Para Dworkin, mesmo nos casos difíceis, os juízes devem apelar para os argumentos de princípio e não argumentos de política. Se os juízes fossem convocados a decidirem conforme argumentos de política, o risco para a liberdade individual é maior, certamente, do que se as decisões fossem a favor da proteção da moral e dos direitos políticos dos cidadãos de sua comunidade.<sup>50</sup> Assim, o risco que surge nesse caso é que a liberdade individual restaria erodida a um patamar maior do que o processo político, na primeira espécie de decisão. Na segunda hipótese, o risco é que os juízes sejam conservadores e se valham de seu poder menos que poderiam, negando-se a reconhecer direitos individuais que o processo político haja consolidado no direito positivo.<sup>51</sup>

Para isso, Dworkin encontra a solução no que chama de juiz Hércules, uma metáfora utilizada pelo autor

<sup>47</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999. p. 83.

<sup>48</sup> “Quando determinado litígio judicial não se pode subsumir claramente a uma norma jurídica, estabelecida previamente por uma instituição, o juiz – de acordo com essa teoria tem discricionariedade para decidir o caso em um ou outro sentido. [...] Meu argumento será que, ainda quando nenhuma norma estabelecida resolva o caso, é possível que uma das partes tenha direito a ganhar. Não deixa de ser dever do juiz, inclusive nos casos difíceis, descobrir quais são os direitos das partes, em vez de inventar retroativamente direitos novos”. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 81.

<sup>49</sup> DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Ninth Printing, Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 2000. p. 9.

<sup>50</sup> DWORKIN, op. cit., p. 363.

<sup>51</sup> Ibidem.

<sup>46</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999. p. 31-39.

para tratar de um juiz dotado de capacidades extraordinárias, capacitado para reconstruir, com coerência, em cada caso, o direito vigente, para que se possa ser tomada a melhor decisão possível amparada em argumentos de princípios. Com o intuito de garantir a correção do direito, apresenta uma reconstrução racional e coerente do direito. Ao juiz Hércules, caberá definir os argumentos de princípio que suportam o precedente, assim, definirá a força gravitacional do precedente.<sup>52</sup> O precedente é fundamental para que o juiz escreva o que ele chama de romance em cadeia, isto é, como na literatura, os precedentes são como capítulos de livros e é preciso saber o argumento do capítulo anterior para que não se perca em coerência, em relação ao texto. Hércules deverá saber reconhecer que, na sua comunidade, é reconhecido que as decisões judiciais devem ser tomadas utilizando por base argumentos de princípios, a despeito de argumentos de política.<sup>53</sup>

Ainda para Dworkin, há duas espécies de interpretações possíveis quando se busca conjugar a lei à Constituição. Em primeiro lugar, seria a busca da intenção original do legislador e, a partir disso, tentar conformar todas as decisões com a intenção original do legislador, do constituinte originário. Assim, a cada decisão, caberia ao juiz reconstituir a vontade do criador da Constituição em relação ao texto constituição, adequando essa ao texto que estivesse, por ventura, em discussão à citada vontade. No entanto, nem os legisladores, nem os componentes da Suprema Corte norte-americana, tampouco os cidadãos conseguem chegar a um termo sobre qual a vontade dos criadores da Constituição, mormente, se as questões estiverem ligadas a pontos politicamente polêmicos.<sup>54</sup> Em segundo lugar, outros enfocam, para Dworkin, entre questões substanciais e procedimentais, cabendo ao controle de constitucionalidade o tocante a questões ligadas ao procedimento, sem ingressar em questões constitucionais substanciais. Ou seja, ao juiz não cabe rever se a escolha dos legisladores, politicamente, foi justa (substantivamente), mas apenas se os legisladores observaram

os procedimentos.<sup>55</sup> Importando para a hipótese de trabalho aqui esposada, ao juiz só caberia rever se a política pública eleita pelo legislador e proposta pelo Executivo observou as formas procedimentais, não cabendo intervir quanto ao conteúdo, pois, presumidamente, aqueles que ocupam esse espaço atuam sob a salvaguarda da Constituição. Quanto ao primeiro argumento, seria o papel do juiz remontar a vontade dos criadores da Constituição para saber se os termos propostos pela política pública estariam adequados, ou melhor, em conformidade com a Constituição. Ocorre que, nessa segunda hipótese, como aventou Dworkin,<sup>56</sup> incorre-se em um dilema democrático, isso porque se tornaria competência do juiz interpretar decisões tomadas pelos criadores, o que, logicamente, dá abertura a um maior poder discricional e afasta o julgador de uma decisão apolítica.

Ambos os argumentos falham, pois eles incorporam apenas a faceta substantiva, eles dizem o que deve ser deixado ao povo. Para Dworkin, cabe ao julgador tomar decisões de princípios e não decisões de política, “[...] *decisions about what rights people have under our constitutional system rather than decisions about how the general welfare is best promoted* [...]”.<sup>57</sup> Deve-se partir do princípio que todos os cidadãos são iguais. Por conseguinte, vislumbra-se um julgamento sob princípios e não sob política, em que o julgador não despose de sua visão política ao decidir, mas fundamente sua decisão em argumentos, em que o argumento de maior força gravitacional será preponderante. Nessa perspectiva, o controle judicial de políticas públicas deve ser sustentado, mas a decisão, em se tratando de intervir em políticas públicas, deve ser justificada (fundamentada) por argumentos – tanto a decisão do administrador público, quanto eventualmente a decisão do Poder Judiciário. Na revisão da conformidade de uma política pública com a Constituição, não deve haver espaço para uma decisão política por parte do juiz, reduzindo assim a sua discricionariedade judicial. Mesmo o administrador tem a sua

<sup>52</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999. p. 115.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 115-116.

<sup>54</sup> *Idem*. *A matter of principle*. Ninth Printing, Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 2000. p. 33.

<sup>55</sup> DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Ninth Printing, Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 2000. p. 34.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>57</sup> “[...] decisões sobre quais direitos o povo tem dentro do sistema constitucional do que decisão sobre como o bem-estar geral será mais bem promovido” (tradução nossa) DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Ninth Printing, Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 2000. p. 69.

discricionariedade reduzida, podendo adequar um plano político-partidário, desde que em conformidade (e fundamentado) com a Constituição.

Com base nisso, aventa-se a possibilidade do julgador encontrar o que é a chamada resposta correta<sup>58</sup> nos casos difíceis, o que não significa uma resposta correta, tendo em vista que não raro os juízes errarão.<sup>59</sup> Cabe ao juiz, por meio de nexos argumentativos, encontrar respostas qualitativamente adequadas à materialidade da Constituição Federal. Com isso se dão as traves fundamentais ao controle de políticas públicas. Seguir na senda de decisões que careçam de justificação, ou apenas sejam calcadas em ementários jurisprudenciais ou princípios, sem a adequada fundamentação em argumentos de princípio, dá ensejo a decisões comprometidas com ideologias partidárias e outros tipos de compromissos políticos, nefastos ao controle judicial das políticas públicas e ao próprio conceito de políticas públicas. Não pode, nesse sentido, haver abertura ao arbítrio dos juízes, pois uma política pública deve estar adequada à Constituição Federal.

#### 4 A contribuição de Robert Alexy para a limitação da discricionariedade judicial

Analisar decisões judiciais, em última instância, significa analisar fundamentações, como ressalva Alexy: “Pode ser considerado como uma proposição verdadeira analiticamente, que cada fundamentação ou é correta, acertada ou boa ou, então, falsa, não acertada ou ruim”.<sup>60</sup> O conceito de fundamentação abrange mais do que apenas uma consequência lógica de determinada decisão judicial. Minimamente, para dar fundo a uma decisão judicial, é preciso exigir que a decisão seja “[...] reconstruível de modo que a sentença resulte logicamente das proposições citadas nos fundamentos, juntamente com proposições lá pressupostas, em que essas proposições (*ex falso quodlibet*) devem ser livres de contradição”.<sup>61</sup> A fundamentação, portanto, em Alexy, é fulcral para a limitação da discricionariedade do julgador, em outras palavras, da discricionariedade judicial. A fundamentação é mais ampla que a

consequência lógica de uma decisão judicial. Trata-se de tão-somente uma condição necessária de uma fundamentação que dá bom resultado, conforme o mesmo Alexy.<sup>62</sup> Para além de decorrer de uma série de proposições, a decisão judicial deve ser deduzida de proposições as quais são verdadeiras, corretas e aceitáveis. Nesse sentido, o citado autor alemão traça dois aspectos da fundamentação das decisões judiciais, quais sejam: a justificação externa e a justificação interna. A última, se a sentença é fruto de um resultado lógico de preceitos citados para a fundamentação. A primeira, todavia, a verdade, a correção ou a aceitabilidade dessas premissas da justificação interna.<sup>63</sup>

Dessa forma, a justificação de ordem externa é o campo da argumentação jurídica, estando nela todo o peso da argumentação. Dessa maneira, ocorre no tocante às políticas públicas, especificamente, ao controle judicial das políticas públicas, pois, em se admitindo a plausibilidade na verificação por meio do Poder Judiciário acerca da conformação constitucional, cabe naqueles casos em que a mera subsunção de um fato a uma norma jurídica seja insuficiente, nos termos de Dworkin num caso difícil, deve verificar se a fundamentação é adequada e está em consonância daquilo que está previsto na Constituição Federal. No entanto, ao fazer isso, o juiz tem o dever de fundamentar (justificar), sob a ótica racional-argumentativa a sua escolha. Para a argumentação, a prática racional é possível, por exemplo, ao se tratar de princípios fundamentais (como democracia) deve ser essa discursivamente justificável. Ou, como demonstra Alexy, a escaridão ser inserida na Constituição é discursivamente impossível.<sup>64</sup> Destarte, essencial para a proteção e afirmação das normas de direitos fundamentais,<sup>65</sup> isso porque “[...] a necessidade do direito não significa a despedida da racionalidade discursiva”.<sup>66</sup> Uma pretensão que se une ao

<sup>58</sup> DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1995. p. 396.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 397-398.

<sup>60</sup> ALEXY, Robert. *Direito, razão e discurso*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 19.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>62</sup> ALEXY, Robert. *Direito, razão e discurso*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 20.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>64</sup> *Idem*. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 9.

<sup>65</sup> A proposta de um constitucionalismo discursivo feita por Robert Alexy trata a teoria do discurso como teoria da fundamentação de normas de direito fundamental. Cf. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 10.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 9.

direito exige que o ideal e o institucional complementem-se e nessa complementação é que se encontra o estado constitucional democrático.<sup>67</sup>

Há, portanto, uma dependência do estado democrático da vontade racional em todos os planos, para além da própria teoria do discurso que o fundamenta (justiça), essa constituição discursiva do Estado é que justifica, segundo Alexy, a própria possibilidade da existência de um “constitucionalismo discursivo”.<sup>68</sup> Por consequência, a justificação de uma decisão judicial de forma que ela possa ser reconstituída resultando um conjunto de premissas livres de contradição, de tal maneira que a proposição normativa definidora do dever jurídico particular seja fruto da lógica das proposições pressupostas, é a exigência mínima em relação às decisões judiciais.<sup>69</sup> Não obstante, trata-se apenas de uma faceta da fundamentação das decisões judiciais, pois não é tão-somente a correção da cadeia lógica das proposições, há, também, “[...] a análise da verdade, correção ou aceitabilidade das proposições apresentadas como premissas”.<sup>70</sup>

Daí a formulação em relação à teoria dos direitos fundamentais acerca de uma dimensão objetiva das normas de direitos fundamentais e de uma dimensão subjetiva das normas de direitos fundamentais. Segundo a tese de Alexy, existe uma presunção em favor da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, em relação à dimensão objetiva e à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. A sustentação da norma de direito fundamental como uma carga de argumentação aproxima-se da tese da subjetivação; essa tese advoga que cada dever jurídico-fundamental do Estado tenha esse caráter *prima facie* ou definitivo.<sup>71</sup> Essa tese não determina até que ponto devem os direitos fundamentais ser estendidos. Os princípios determinam algo que deve ser realizado na maior medida possível, levando em conta as possibilidades fáticas e jurídicas, dessa forma, não contêm *mandatos definitivos*, mas

*prima facie*.<sup>72</sup> Dessa maneira, para que haja validade de um princípio, não há a necessidade que tenha validade como resultado definitivo. Próprio da dimensão de peso dos princípios é a possibilidade que razões de fundo diametralmente oposto possam ser apostas ao caso; cabe exatamente ao princípio dar a solução entre uma determinada razão e uma razão oposta. É por essa condição de mandato *prima facie* que os princípios carecem de conteúdo de determinação em face dos princípios contrapostos e mesmo às possibilidades fáticas.<sup>73</sup>

Como visto em Dworkin,<sup>74</sup> esse caractere é distinto do caso das regras, isso porque em se tratando das regras há a vinculação a se fazer o que nelas se ordena. As regras contêm uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. A falibilidade da aplicação das normas pode ser por impossibilidades fáticas ou pela invalidez de uma norma, caso em que vai de encontro ao previsto na Constituição Federal. A exceção desses casos, o estabelecido por uma regra tem validade definitiva. No entanto, para Alexy, esse modelo é considerado demasiado simples, sendo necessário um modelo mais diferenciado. Para o autor alemão, não se pode pensar que todos os princípios e todas as regras possuem um mesmo caráter *prima facie* e definitivo. As regras têm o seu caráter definitivo debilitado ao conterem na própria regra uma exceção à sua aplicação, por meio da introdução de cláusulas de exceção. Aqui, diferente de Dworkin, Alexy mostra o debilitamento do caráter definitivo das regras. Em Dworkin, as cláusulas de exceção podem ser introduzidas em regras por meio dos princípios, todavia, sem que haja uma enumeração dessas regras. Em acontecendo isso com as regras, elas perdem o seu caráter estritamente definitivo, no entanto diferente do caráter *prima facie* dos princípios.

Assim, o fato do caráter definitivo das regras restar debilitado não significa que obtenha o mesmo caráter *prima facie* dos princípios. Tampouco os princípios obtêm

<sup>67</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 10.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>69</sup> GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 164.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 164.

<sup>71</sup> HECK, Luís Afonso. Prefácio. In: LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

<sup>72</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 80

<sup>73</sup> *Idem*. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 80.

<sup>74</sup> Para Alexy, trata-se de um modelo semelhante à proximidade, nesse ponto, com Ronald Dworkin. Distinção apresentada anteriormente na presente pesquisa e presente no modelo de regras I de Dworkin. Cf. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 80.

o mesmo caráter *prima facie* das regras em decorrência do reforçamento de seu caráter *prima facie*. O que pode ou não reforçar o caráter *prima facie* dos princípios é a introdução de uma carga argumentativa em favor de um determinado princípio ou de determinados tipos de princípios<sup>75</sup> e isso não faz com que o caráter *prima facie* dos princípios seja equiparado com o mesmo caráter das regras. Ainda, Alexy aduz que uma regra que estabelece uma carga de argumentação libera o julgador de estabelecer as condições de precedência no caso concreto. Conforme Alexy: “*Tiene sólo como consecuencia que cuando se dan razones igualmente buenas o en caso de duda, debe darse preferencia a un principio sobre el otro*”.<sup>76</sup> Isso só reforça o caráter *prima facie* do princípio favorecido pela carga de argumentação constante na regra. Disso se pode afirmar que há uma distinção entre o caráter *prima facie* dos princípios em relação ao caráter *prima facie* das regras, sendo fundamentalmente mais forte que estas últimas, pois, tanto princípios quanto regras são razões de diferente tipo.

Isso significa dizer que os princípios, dentro do teorizado por Alexy, são sempre *razões prima facie* e as regras sempre são *razões definitivas*.<sup>77</sup> As regras e os princípios, nessa linha, são razões para normas e, dentro dessa condição de norma, devem ser razões para normas universais e/ou normas individuais. A decisão jurídica, todavia, pressupõe a determinação de um direito definitivo. Ou seja, um caminho que conduz desde o princípio, desde o direito *prima facie* até o direito definitivo, passando por uma determinação de uma relação de preferência.<sup>78</sup> Para tanto, o estabelecimento de uma regra é, para a lei de colisão, a determinação de uma relação de preferência, os princípios mesmos nunca são razões definitivas. O princípio é “[...] *una razón básica para un juicio concreto de deber ser, este principio es una razón para una regla que*

*representa una razón definitiva para este juicio concreto de deber ser*”.<sup>79</sup>

Da mesma forma se dá na aplicação de normas constitucionais que são definidoras de políticas públicas. Há um quadro normativo que deve ser preenchido adequadamente pelo administrador público, de modo que seja possível reconstituir a decisão desse agente público. Dentro desse quadro, não se pode ir além do que a norma autoriza, nem aquém, pois, nessas duas circunstâncias, autoriza-se a intervenção do Poder Judiciário. Por sua vez, o Poder Judiciário deve intervir, mas não de forma ilimitada deferindo quaisquer pedidos. As decisões judiciais não devem ser mero casuísmo ou mesmo fruto de elucubrações do ponto de vista político-ideológico. Há, sim, o dever de que essas decisões sejam fundamentadas (justificadas) para que haja o controle das políticas públicas. Por isso, não há que se falar em um direito fundamental definitivo; como se notou, são necessárias as razões para que se parta da proposição até a norma definitiva.

Isso gera uma condição de dedutibilidade “de uma quantidade de premissas livre de contradição”<sup>80</sup> o que não esgota a fundamentação e, portanto, a justificação interna. É importante salientar que não se trata de uma consequência lógica, há exigências adicionais à estrutura lógica da justificação interna. Disso, exige-se que uma premissa deva ser a formulação de uma norma universal, essa exigência está ligada, logicamente, a uma teoria da aplicação da lei “e lei, soa em regra, normas universais”.<sup>81</sup> Diz ainda Alexy: “[...] o fundamento para isso consiste nisto, que sentenças sobre aquilo que está ordenado, proibido ou permitido devem apoiar-se em uma regra universal”.<sup>82</sup> Com a exigência da universalidade ou com o princípio da universalidade, impede-se o arbítrio entre os fundamentos e a sentença, sendo condição à realização da certeza jurídica, possibilitando o controle racional das decisões. Por meio disso, é que se vislumbra a possibilidade de controle judicial das políticas públicas; é preciso que uma determinada decisão acerca de uma política pública deva

<sup>75</sup> ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 81.

<sup>76</sup> “Tem somente como consequência que, quando se dão razões igualmente boas em caso de dúvida, deve se dar preferência a um princípio sobre o outro.” (tradução nossa) Cf. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 82.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 82.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>79</sup> “Uma razão básica para um juízo concreto de dever ser, este princípio é uma razão para uma regra que representa uma razão definitiva para este juízo concreto de dever ser” Cf. *Ibidem*, p. 83-84.

<sup>80</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Direito, razão e discurso*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 21.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 21.

ser universalizável, evitando assim decisões casuísticas. A necessidade de fundamentar (justificar) as decisões judiciais é primordial para garantir o papel do controle judicial e que essas decisões sejam universais.

As decisões devem ter a capacidade de serem reconstituíveis, ou seja, que exista a possibilidade da reconstrução lógica da decisão judicial. Muitas das objeções à interpretação dos direitos fundamentais e à ponderação são baseadas no subjetivismo e no pretensão irracionalismo que a decisão judicial teria se baseado nesses critérios, ou melhor, se partisse desse enlace teórico. Por isso, além da necessidade da reconstrução argumentativa da decisão, próprio também da jurisdição constitucional nos termos esposados por Robert Alexy é que exerça o seu papel sendo uma representação argumentativa do povo. Dessa forma, estabelece os pilares ao chamado constitucionalismo discursivo: direitos fundamentais, ponderação, discurso, jurisdição constitucional e representação.<sup>83</sup> Em primeiro lugar, há o debate acerca da ponderação na interpretação dos direitos fundamentais; em Alexy, a ponderação é parte do princípio da proporcionalidade, que consiste de três princípios parciais: idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido restrito, os três expressam a ideia da otimização.<sup>84</sup> Ao ingressar na interpretação dos direitos fundamentais, eles são tratados não mais como regras, no entanto como mandatos de otimização como princípios no sentido teórico-normativo. Idoneidade e necessidade concernem à otimização relativamente às possibilidades fáticas; já em relação ao princípio da proporcionalidade em sentido restrito, é relativo às possibilidades jurídicas.<sup>85</sup> A estrutura triádica da ponderação não é suficiente pra mostrar a sua racionalidade; para além disso, é preciso que na base da ponderação esteja uma forma de argumento que esteja unida com o conceito de correção<sup>86</sup>, a denominada “fórmula de peso”.<sup>87</sup>

A fórmula peso<sup>88</sup> é uma estrutura racional da fundamentação da correção de uma decisão jurídica em discurso.

Contudo, é preciso também o discurso e as formas de argumento que abarcam além da estrutura da fórmula do peso, como ela é tornada explícita por essa fórmula. Isso, segundo Alexy, conduz ao problema da jurisdição constitucional como expressão mais elevada da Constituição e, logicamente, dos direitos fundamentais.<sup>89</sup> Dessa forma, as expressões presentes na Constituição Federal e que tratam das políticas públicas devem observar a estrutura esplanada para que sejam fundamentadas sob a ótica constitucional. A política pública não pode se confundir, nesse sentido, como política partidária; todavia, devem estar em conformidade com a Constituição. Por exemplo, o artigo 196 da Constituição Federal incumbe ao Estado o dever de garantir, mediante políticas públicas, e promover o direito à saúde. Para tanto, essas políticas devem visar à redução do risco de doença e de outros agravos e também deve promover o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Portanto, esses são os parâmetros dados ao agente público na promoção das políticas públicas, cabendo à administração pública, baseada nesses termos, promover políticas públicas de saúde. No entanto, coloca-se a questão acerca da possibilidade de um indivíduo deduzir contra o Estado a pretensão material de receber medicamentos periodicamente ou mesmo a intervenção cirúrgica. Aqui, o que deve ser respondido é “[...] se a palavra saúde pode ser interpretada de modo a configurar uma posição fundamental jurídica definitiva a prestações materiais específicas ou na realização de um determinado procedimento cirúrgico”.<sup>90</sup> Se esse medicamento ou procedimento assegurará necessariamente a vida ou as condições de vida de uma pessoa, fica evidenciada a resposta positiva. Não obstante, se a cirurgia for estética

<sup>83</sup> ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. In: \_\_\_\_\_. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 155.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 156.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 156.

<sup>86</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales y Politicos, 2003. p.275.

<sup>87</sup> ALEXY, op. cit., p. 159.

<sup>88</sup> A estrutura mais simples da fórmula peso é:  $W_{i,j} = I_i/I_j$ .  $I_j$  é a intensidade da intervenção no princípio  $P_i$ .  $I_j$  representa a importância do cumprimento do princípio, em sentido contrário,  $P_j$ .  $W_{i,j}$  representa o peso concreto de  $P_i$ . A fórmula do peso expressa que o peso concreto de um princípio é um peso relativo. Isso ela faz pelo fato de definir o peso concreto de um princípio pelos cocientes da intensidade da intervenção nesse princípio ( $P_i$ ) e pela importância concreta do princípio, em sentido contrário, ( $P_j$ ). *Ibidem*, p. 160.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 162.

<sup>90</sup> Cf. GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 175.

sob a alegação que é necessária à saúde mental e psicológica<sup>91</sup> ou no caso do medicamento não ter comprovada eficácia para o tratamento pleiteado, para a solução do caso, são necessárias premissas adicionais demonstrando racional-argumentativamente que um determinado princípio tem mais peso em relação a outro, no caso concreto, podendo ser a decisão judicial universalizável.

Essa é a contribuição, conforme a metodologia adotada na pesquisa, mais adequada à realização do controle de políticas públicas no Brasil, consistindo na necessária fundamentação (justificação) das decisões judiciais. Com isso, gerando-se um grau de controle e racionalidade na escolha realizada pelo julgador. É nessa perspectiva fulcral a contribuição aqui explanada, dentro dos limites da pesquisa de Robert Alexy, por uma proposta de constitucionalismo discursivo que coloca na figura do juiz a necessidade de legitimar-se por meio de argumentos, ou seja, uma representação argumentativa.

## 5 Conclusão

A pesquisa buscou apresentar, dentro das limitações de um trabalho deste fôlego, a possibilidade de controle das políticas públicas, isto é, o arcabouço teórico que serve de substrato para demonstrar a necessidade de controle de políticas públicas no Brasil e, em um segundo momento, a necessidade também de que, ao ser exercido o controle judicial de políticas públicas no Brasil, esse se dê por meio de argumentos. Em outras palavras, que o controle judicial de políticas públicas seja justificado (fundamentado) pelos juízes. E também que os argumentos utilizados pelos juízes possibilitem a reconstrução lógica da decisão judicial, demonstrando a racionalidade da decisão. Como instrumento dessa verificação, recorreu-se a duas contribuições teóricas distintas, mas que, todavia, complementam-se. Esses dois autores foram Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Entretanto, em um primeiro momento, buscou-se demonstrar as peculiaridades das políticas públicas sob a ótica conceitual e de como a política pública, ou melhor, as políticas públicas têm uma profunda relação com a necessidade de que elas sejam conformadas com o previsto

na Constituição. Observa-se, a despeito disso, que as pesquisas com o foco na ciência política deixam escapar, em geral, o aspecto ligado à constitucionalidade das políticas públicas e, todavia, a ciência jurídica quando se ocupa das políticas públicas recorre a conceitos que as tratam como discricionariedade administrativa, sem que tais políticas públicas possuam um grau de autonomia nos estudos realizados na ciência jurídica. Além disso, muitas vezes, olvida-se o espaço político de conformação das políticas públicas – na ciência jurídica – e a necessidade que elas estejam em conformidade com os parâmetros constitucionais – conforme a ciência política. Assim, faz-se mister uma conjugação desses dois aspectos, ou mesmo dos modelos de análise de políticas públicas.

A necessidade da conformação desses dois aspectos gerou conseqüentemente que o observar as políticas públicas sob a ótica constitucional adquire novos foros e, portanto, ao Judiciário, coube verificar se a política pública atende o previsto na Constituição Federal. Destarte, gera-se a necessidade do Poder Judiciário de controlar as políticas públicas, superando-se o dogma de que as políticas públicas (por seu caráter político próprio) seriam insindicáveis pelo Poder Judiciário). Demonstrada essa necessidade de controle judicial das políticas públicas, bem como sua possibilidade, apresentaram-se duas vertes teóricas a respeito da reconstrução argumentativa da decisão judicial.

Em primeiro lugar, fora realizada uma incursão na obra de Ronald Dworkin, mormente, a distinção a partir de seus debates com Herbert Hart acerca da diferença entre regra, princípio e política pública, asseverando que o positivismo não fornece dentro do fechamento em regras argumentos suficientes para todos os casos. Isto é, em alguns casos, a mera subsunção à regra não seria suficiente, devendo recorrer aos princípios. Daí traça a distinção entre os chamados *easy cases* e *hard cases*. Enquanto as regras possuem uma dimensão *tudo ou nada* os princípios atuam na dimensão de peso, que falta em outras normas. Segundo Dworkin, havendo um conflito entre duas regras, uma delas não pode ser válida, já quem pretende resolver o conflito entre dois princípios deverá ter em conta o peso relativo de cada um. O julgador chega à regra por meio da ponderação, por meio dos argumentos expostos pelas partes. Não se pode analisar apenas uma face, deverá ser analisado o todo, pois, ao considerar o todo, o juiz verificará qual argumento dará

<sup>91</sup> Cf. GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 175.

mais peso, podendo um argumento ser refutado por outro de maior peso. Nessa perspectiva, o controle judicial de políticas públicas deve ser sustentado, mas a decisão, em se tratando de intervir em políticas públicas, deve ser justificada (fundamentada) por argumentos – tanto a decisão do administrador público quanto eventualmente a decisão do Poder Judiciário.

Por fim, ocupou-se da contribuição de Robert Alexy para um controle, do ponto de vista racional, da decisão judicial em matéria de políticas públicas no Brasil. Apresentou-se a distinção entre princípios e regras de Alexy em relação a Ronald Dworkin e de como a forma apresentada por Alexy é base à compreensão da necessidade de argumentar para chegar a uma posição fundamental, em se tratando de normas fundamentais, de como uma decisão judicial deve se justificar interna e externamente. Em primeiro lugar, sob o aspecto lógico, com base nas premissas jurídicas adotadas para a decisão e, em segundo lugar, em função da correção, verdade desses pressupostos no caso concreto, de maneira que essa decisão judicial possibilite a sua universalização. Além disso, apresentou-se a constituição da fórmula peso como forma de calcular qual o princípio preponderante no caso concreto e por intermédio de uma forma racional de reconstrução da decisão. Também, aplicaram-se esses conceitos ao controle das políticas públicas de saúde, buscando uma resposta no campo prático.

Portanto, em conformidade com as dimensões de uma pesquisa dessa natureza, demonstrou-se a possibilidade do controle judicial das políticas públicas, sob a ótica da ciência jurídica a despeito das considerações na seara da ciência política. Depois, apresentaram-se aquelas, para fins deste trabalho, as mais importantes influências em termos de controle argumentativo da decisão judicial em matéria de políticas públicas. Para tanto, recorreu-se a dois autores: Ronald Dworkin e Robert Alexy. Em ambos, encontrou-se a mesma resposta: que é preciso fundamentar (argumentativamente e, portanto, racionalmente) as decisões judiciais em conformidade com a ordem constitucional, em prol mesmo da representação argumentativa dos julgadores.

### Referências

- ALEXY, Robert. Apresentação. In: \_\_\_\_\_. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ALEXY, Robert. *Direito, razão e discurso*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. In: \_\_\_\_\_. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales y Politicos, 2003.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2008.
- ARRETCHE, Marta. Dossiê Agenda de Pesquisa em Políticas Públicas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 18, n. 51, p. 7-9, fev. 2003.
- BARBOSA, Ruy. *A Constituição e os Actos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlântida.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 28 dez. 2010.
- COUTO, Cláudio Gonçalves. Constituição, competição e políticas públicas. *Lua Nova*, São Paulo, n. 65, p. 95-135, 2005.
- DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Ninth Printing, Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 2000.
- DWORKIN, Ronald. Is law a system of rules? In: \_\_\_\_\_. *The philosophy of law*. Londres: Oxford Press, 1977.
- DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1995.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999.
- DYE, Thomas R. Mapeamento dos modelos de análise de políticas públicas. In: HEIDEMANN, Francisco; SALM, José Francisco (Org.). *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: UnB, 2009.
- EASTON, David. *A framework for political analysis*. Englewood Cliffs: Prince Hall, 1965.

FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. Ideias, conhecimento e políticas públicas. Um inventário sucinto das principais vertentes analíticas recentes. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 18, n. 51, p. 21-29, fev. 2003.

GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. *O Direito das políticas públicas*. Coimbra: Almedina, 2009.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

HART, Herbert L. A. *The concept of law*. New York; London: Oxford University Press, 1961.

HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional alemã*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995.

HECK, Luís Afonso. Prefácio. In: GAVIÃO FILHO, Anísio. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

HECK, Luís Afonso. Prefácio. In: LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado, São Paulo: M. Fontes, 2006.

RODRIGUES, Marta M Assumpção. *Políticas públicas*. São Paulo: Publifolha, 2010.

SOARES, Hector Cury. *A conformação constitucional das políticas públicas no Brasil e seus reflexos conceituais*, 2010. Tese (Doutorado)–Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Doutorado, Porto Alegre, 2010.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, jun./dez. 2006.

THEODOULOU, Stella Z. The nature of public policy. In: CAHN, Matthew A.; THEODOULOU, Stella Z. (Org.). *Public policy: the essential readings*. New Jersey: Prentice-Hall, 1995.

VILANOVA, Lourival. Lógica Jurídica. In: \_\_\_\_\_. *Estudos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: Axis Mundi, 2003. v. 2.