

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Controle Judicial das Políticas
Públicas: perspectiva da
hermenêutica filosófica e
constitucional**

**Judicial Control of Public Policy:
perspective of philosophical
and constitutional hermeneutics**

Selma Leite do Nascimento
Sauerbronn de Souza

Sumário

EDITORIAL	V
Carlos Ayres Britto, Lilian Rose Lemos Soares Nunes e Marcelo Dias Varella	
GRUPO I - ATIVISMO JUDICIAL	1
APONTAMENTOS PARA UM DEBATE SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL.....	3
Inocêncio Mártires Coelho	
A RAZÃO SEM VOTO: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O GOVERNO DA MAIORIA.....	24
Luís Roberto Barroso	
O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO CASO MS3326	52
Lenio Luiz Streck, Clarissa Tassinari e Adriano Obach Lepper	
DO ATIVISMO JUDICIAL AO ATIVISMO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	63
Christine Oliveira Peter	
ATIVISMO JUDICIAL: O CONTEXTO DE SUA COMPREENSÃO PARA A CONSTRUÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS RACIONAIS	89
Ciro di Benatti Galvão	
HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E ATIVIDADE JUDICIAL PRAGMÁTICA: APROXIMAÇÕES.....	101
Humberto Fernandes de Moura	
O PAPEL DOS PRECEDENTES PARA O CONTROLE DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO PÓS-POSITIVISTA.....	116
Lara Bonemer Azevedo da Rocha, Claudia Maria Barbosa	
A EXPRESSÃO “ATIVISMO JUDICIAL”, COMO UM “CLICHÉ CONSTITUCIONAL”, DEVE SER ABANDONADA: UMA ANÁLISE CRÍTICA	135
Thiago Aguiar Pádua	
A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AOS FENÔMENOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DO ATIVISMO JUDICIAL	170
Mariana Oliveira de Sá e Vinícius Silva Bonfim	

ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA: A ATUAÇÃO DO STF E O EXERCÍCIO DA CIDADANIA NO BRASIL..191

Marilha Gabriela Reverendo Garau, Juliana Pessoa Mulatinho e Ana Beatriz Oliveira Reis

GRUPO II - ATIVISMO JUDICIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS.....207

POLÍTICAS PÚBLICAS E ATIVISMO JUDICIAL: O DILEMA ENTRE EFETIVIDADE E LIMITES DE ATUAÇÃO.....209

Ana Luisa Tarter Nunes, Nilton Carlos Coutinho e Rafael José Nadim de Lazari

CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E CONSTITUCIONAL224

Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de Souza

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO CONSTITUCIONAL EM FACE DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL239

Sílvio Dagoberto Orsatto

POLÍTICAS PÚBLICAS E PROCESSO ELEITORAL: REFLEXÃO A PARTIR DA DEMOCRACIA COMO PROJETO POLÍTICO253

Antonio Henrique Graciano Suxberger

A TUTELA DO DIREITO DE MORADIA E O ATIVISMO JUDICIAL.....265

Paulo Afonso Cavichioli Carmona

ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO À SAÚDE: A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E OS IMPACTOS DA POSTURA ATIVISTA DO PODER JUDICIÁRIO..... 291

Fernanda Tercetti Nunes Pereira

A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO SUBJETIVO INDIVIDUAL À SAÚDE, À LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE JOHN RAWLS..... 310

Urá Lobato Martins

BIOPOLÍTICA E DIREITO NO BRASIL: A ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO DE ANENCÉFALOS COMO PROCEDIMENTO DE NORMALIZAÇÃO DA VIDA330

Paulo Germano Barrozo de Albuquerque e Ranulpho Rêgo Muraro

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DA RELAÇÃO DE CONSUMO: UMA ANÁLISE DO CONTROLE JURISDICIONAL DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE PRIVADO NO ESTADO DE SÃO PAULO.....348

Renan Posella Mandarinó e Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O CASO DA DEMARCAÇÃO DOS TERRITÓRIOS QUILOMBOLAS	362
Larissa Ribeiro da Cruz Godoy	
POLÍTICAS PÚBLICAS E ETNODESENVOLVIMENTO COM ENFOQUE NA LEGISLAÇÃO INDIGENISTA BRASILEIRA.....	375
Fábio Campelo Conrado de Holanda	
TENTATIVAS DE CONTENÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	392
Alice Rocha da Silva e Andrea de Quadros Dantas Echeverria	
O DESENVOLVIMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	410
André Pires Gontijo	
O ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA PARA ALÉM DA INTEGRAÇÃO EUROPEIA.....	425
Giovana Maria Frisso	
GRUPO III - ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA.....	438
LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA. REALIDADE INTERCAMBIANTE E NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO DA QUESTÃO. ESTUDO COMPARATIVO. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL- ADPF 130- E A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.	440
Luís Inácio Lucena Adams	
A GERMANÍSTICA JURÍDICA E A METÁFORA DO DEDO EM RISTE NO CONTEXTO EXPLORATIVO DAS JUSTIFICATIVAS DA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	452
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	
ANARQUISMO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA.....	480
Ivo Teixeira Gico Jr.	
A (DES)HARMONIA ENTRE OS PODERES E O DIÁLOGO (IN)TENSO ENTRE DEMOCRACIA E REPÚBLICA.....	501
Aléssia de Barros Chevitarese	
PROMESSAS DA MODERNIDADE E ATIVISMO JUDICIAL.....	519
Leonardo Zehuri Tovar	
POR DENTRO DAS SUPREMAS CORTES: BASTIDORES, TELEVISIONAMENTO E A MAGIA DA TRIBUNA.....	538
Saul Tourinho Leal	

DIREITO PROCESSUAL DE GRUPOS SOCIAIS NO BRASIL: UMA VERSÃO REVISTA E ATUALIZADA DAS PRIMEIRAS LINHAS	553
Jefferson Carús Guedes	
A OUTRA REALIDADE: O PANCONSTITUCIONALISMO NOS ISTEITES	588
Thiago Aguiar de Pádua, Fábio Luiz Bragança Ferreira E Ana Carolina Borges de Oliveira	
A RESOLUÇÃO N. 23.389/2013 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E A TENSÃO ENTRE OS PODERES CONSTITUÍDOS	606
Bernardo Silva de Seixas e Roberta Kelly Silva Souza	
O RESTABELECIMENTO DO EXAME CRIMINOLÓGICO POR MEIO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 26: UMA MANIFESTAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL	622
Flávia Ávila Penido e Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves	
NORMAS EDITORIAIS.....	637
Envio dos trabalhos.....	639

Controle Judicial das Políticas Públicas: perspectiva da hermenêutica filosófica e constitucional*

Judicial Control of Public Policy: perspective of philosophical and constitutional hermeneutics

Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de Souza**

RESUMO

O presente artigo trata do controle judicial das políticas públicas, sob a ótica da hermenêutica filosófica e constitucional, e almeja apresentar alguns instrumentos de hermenêutica que podem contribuir para uma reflexão no que toca aos limites deste controle. Valendo-se da revisão da literatura, o texto estrutura-se apresentando em primeiro momento alguns conceitos sobre políticas públicas e as objeções sustentadas pela doutrina quanto à possibilidade de controle judicial neste campo e os seus limites. Em seguida, são trazidos elementos teóricos da hermenêutica filosófica e constitucional e da indeterminação do direito. No terceiro momento, destacam-se algumas tensões entre as opções valorativas, dispondo instrumentos da hermenêutica, para, ao final, concluir que referidos instrumentos são de extrema utilidade como demarcadores do controle judicial das políticas públicas. A pesquisa registra valor acadêmico, ante o desafio que se coloca para o mundo jurídico, quanto à efetividade das políticas públicas, notadamente quanto ao controle dessas políticas pelo Poder Judiciário.

Palavras-chave: Políticas Públicas. Controle Judicial. Instrumentos da hermenêutica.

ABSTRACT

This article deals with the judicial control of public policy, from the perspective of philosophical hermeneutics and constitutional aims to present some tools that hermeneutics can contribute to a reflection as regards the limits of this control. Drawing on the literature review, the text is structured at first presenting some concepts of public policy and the objections sustained by the doctrine as to the possibility of judicial review in this field and its limits. Then will be brought theoretical elements of philosophical hermeneutics of indeterminacy and constitutional law. In the third phase will highlight some tensions between value choices, providing tools of hermeneutics which, it is believed, can be considered and used as paths of judicial public policy.

Keywords: Public Policy. Judicial control. Instruments of hermeneutics

* Artigo convidado.

** A autora é Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Programa Mestrado e Doutorado – ICPD – UniCEUB. É professora da graduação do Curso de Direito, disciplina Direito da Criança e do Adolescente. É professora assistente do Núcleo de Atividades Complementares da FAJS-UniCEUB. É professora da Disciplina Direito da Criança e do Adolescente no Programa de Pós-Graduação da Escola Superior do Ministério Público da União. É Procuradora de Justiça, em exercício na 9ª Procuradoria de Justiça Criminal do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. E-mail: selma.souza@uniceub.br

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa compreender o controle judicial das políticas públicas, a partir da perspectiva da hermenêutica filosófica e constitucional, e tem por objetivo abordar alguns instrumentos de hermenêutica que podem colaborar para uma reflexão sobre tema tão espinhoso para os campos, jurídico, político e social, no que toca à possibilidade e aos limites deste controle ante o recorrente discurso de invasão das esferas dos Poderes Constituídos.

A partir do Estado Social, a ideologia socialista e democrática manteve a compreensão de limitação do poder pela Constituição, contudo, acrescentando-lhe uma vertente positiva, qual seja a realização dos direitos sociais, na ótica da igualdade substantiva dos cidadãos, o que implica cumprimento de obrigações por parte do Estado. Nesse sentido, quanto aos direitos sociais, ao Estado cabe desenvolver *performance* não mais de reação e sim de prestação desses direitos por meio das políticas públicas. Esse viés prestacional terminou por dimensionar as competências do Poder Executivo ou função Executiva em relação à sociedade.

A ampliação do constitucionalismo social, tendo como marco temporal o século XX, levou as demandas de garantia dos direitos sociais para o portal do judiciário, a partir do entendimento de que esses direitos sociais simbolizavam, em conjunto, o direito à realização de políticas públicas. Com base nesse fenômeno, surgem indagações quanto à possibilidade de interferência jurisdicional no campo das políticas públicas e, se possível, quais os limites dessa interferência no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Ao refletir sobre esse modelo de Estado, é imprescindível que seja observado que a Constituição Federal de 1988 surgiu num ambiente de conflito de modelos, que Kuhn chamaria de crise¹ do Estado brasileiro, em razão da fragilidade decisória do Estado, ante as obrigações assumidas na seara dos direitos sociais, contexto que, naturalmente, conduziu os conflitos nessa área para o judiciário, colaborando, dessa forma, para o surgimento de tensões entre direitos sociais, que são reforçadas em face da complexidade da sociedade contemporânea, ou seja, presença do pluralismo de interesses sobre os quais o juiz é chamado a apreciar.

Além desse ambiente de crise, observa-se que as diversas instituições derivadas deste modelo de Estado, que naturalmente podem estar num processo de busca de uma identidade, apresentam-se como instituições estáveis e homogêneas, perante a sociedade e o próprio Estado. Contudo, não raro, essas instituições têm atuação incoerente e inconsistente² em verdadeiro descompasso com as exigências sociais, resultando em demandas marcadas pela complexidade.

Assim, no intuito de colaborar para esta reflexão, o presente artigo parte da revisão da literatura, a fim de apresentar inicialmente os conceitos de política pública e os óbices levantados pela doutrina quanto ao controle judicial das políticas públicas. O segundo momento está reservado para dispor sobre alguns aspectos da hermenêutica filosófica e constitucional e a indeterminação do direito, com atenção para a vagueza e ambiguidade. Em seguida serão abordadas as tensões entre as opções valorativas, apresentando instrumentos da hermenêutica que podem ser reconhecidos como limites do controle judicial das políticas públicas.

1 KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 3. ed. São. Paulo: Perspectiva, 1992. p. 184.

2 Freitas Filho e Moraes Lima sustentam que o conceito de coerência abrange o de consistência e, orientados por MacCormick, assim refletem: a consistência é um conceito ligado à falta de contradições e inconsistências, notadamente na relação entre dois textos normativos de uma ordem jurídica; a coerência vai além, pois se acha relacionada a todo sistema, que requer estrutura racional maximizada, de modo a não atender objetivos inconsistentes entre si. FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de análise de decisões: MAD. *Universitas Jus*, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010. p. 07.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS E AS DIFICULDADES DE CONTROLE JUDICIAL

Neste ponto serão trazidos alguns elementos teóricos pertinentes ao conceito de políticas públicas, considerando-se que o tema possui vasta reflexão teórica no campo da ciência política, pelo que deve ser abordado com certo cuidado no âmbito do Direito, no intuito de evitar ambiguidades que venham a comprometer a compreensão do leitor. Ainda, serão elencados os motivos impeditivos apontados pela doutrina quanto ao controle judicial das políticas públicas.

2.1. Conceito de Políticas Públicas

Os teóricos, de forma recorrente, sustentam que não existe uma melhor definição de política pública, pois depende do contexto social e político de sua aplicação.

Na ótica elitista, para conceituar política pública, Assunção faz referência a Harold D. Lasswell, que lança a máxima “*quem ganha o quê, quando e como*”, ou seja, quais são os atores, grupos econômicos, sociais, políticos, militares, religiosos que possuem poder para decidir sobre políticas públicas, a fim de alcançar o que se pretende, recursos, benefícios, direitos, etc.³. A autora define política pública como um conjunto articulado de ações, decisões e incentivos que almejam modificar uma realidade, em resposta aos interesses envolvidos, e essas ações conferirão características a vários tipos de políticas públicas⁴.

Souza⁵ busca desenvolver um conceito de política pública, apreciando o pensamento de Mead, que a define como uma área de estudo da política que avalia o governo a partir de grandes questões públicas. Prossegue, citando Peters, que afirma que política pública cuida-se de uma soma das ações dos governos, diretamente ou por delegação, que influenciam a vida dos cidadãos. Dye dispõe que política pública é o que o governo decide fazer ou não fazer. Na sua análise, a autora sustenta que política pública é a área do conhecimento que tem por objetivo “colocar o governo em ação e/ ou analisar essa ação (variável e independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente)”.

Teodor Lowi, citado por Souza, descreve quatro formatos de políticas públicas: o das políticas distributivas, concebidas em decisões tomadas pelo governo que não levam em consideração a limitação de recursos, com repercussão mais individual do que coletiva, na medida em que cria privilégios para determinados grupos sociais ou regiões; o segundo é o das políticas regulatórias, que envolvem burocracia e são mais visíveis ao público; o terceiro é o das políticas redistributivas que abrangem um maior número de pessoas, são as políticas sociais universais; e por último a política constitutiva, que versa sobre procedimentos⁶.

Independentemente do tipo de política, ela percorre um ciclo ou fases: definição de agenda, formulação, implementação, monitoramento e avaliação. Um governo define a sua agenda política a partir de três perspectivas: no problema, reconhecendo que o problema existe, sendo necessário atacá-lo; a segunda, na política propriamente dita, a partir da construção de uma consciência coletiva acerca da necessidade de solucionar um problema; a terceira nos participantes, chamados pela autora de visíveis e invisíveis. Os primeiros, a mídia, políticos, partidos, grupos de pressão, os segundos, a burocracia e os acadêmicos.

Nota-se que o novo gerenciamento político e a política fiscal de gasto vêm determinando novos modelos de política pública direcionados à efetividade⁷. Esse novo olhar parte do princípio de que as políticas públi-

3 RODRIGUES, Marta M. Assunção. *Políticas públicas*. São Paulo: Publifolha, 2010. p. 33.

4 RODRIGUES, Marta M. Assunção. *Políticas públicas*. São Paulo: Publifolha, 2010. p. 52.

5 SOUZA, Celina. *Políticas públicas: uma revisão da literatura*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Programa de Pós-graduação em Sociologia, Porto Alegre, jan./jun. de 1999. v. 1. p. 24.

6 SOUZA, Celina. *Políticas públicas: uma revisão da literatura*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Programa de Pós-graduação em Sociologia, Porto Alegre, jan./jun. de 1999. v. 1. p. 30.

7 Sobre efetividade e eficácia em política pública, a literatura caminha em três perspectivas; uma que utiliza o termo efetividade, sem qualquer alusão à eficácia; a segunda que refere-se aos termos eficácia e efetividade como termos sinônimos e a terceira que faz

cas estavam focadas em visões redistributiva ou distributiva, desprezando o elemento efetividade; segundo Olson, interesse público não é a soma dos interesses dos grupos. Assim, a “*boa*” política não pode resultar de conflitos entre grupos e sim de uma análise racional.

Dos conceitos acima, é possível inferir que não há um consenso no campo da ciência política, o que torna a questão mais complexa no campo do direito, razão pela qual a doutrina jurídica buscou cunhar um conceito de políticas públicas, elemento teórico que mostra-se imprescindível para os decisores dos conflitos envolvendo políticas públicas. Nessa perspectiva, seguindo as contribuições de Bucci, política pública neste artigo é compreendida como:

programa de ações governamentais articuladas, cuja finalidade é movimentar a máquina governamental, no sentido de realizar objetivos de ordem pública ou, na ótica jurista, concretizar direitos e modificar uma realidade, em resposta aos interesses envolvidos⁸.

Diante do conceito formulado por Bucci, em cotejo com o modelo de Estado Democrático e de Direito, percebe-se que a liberdade do governo na adoção de ações deve pautar-se na concretude dos direitos sociais e na soberania do povo, refletidas nas leis e na Constituição Federal, cujo aparato normativo norteará a prevalência da política, as ações, as metas, as estratégias e o tipo de política.

2.2. Controle Judicial: breve descrição dos motivos impeditivos levantados pela doutrina.

Observa-se que é crescente a fragilização dos direitos sociais e econômicos em virtude do abandono das políticas sociais, o que indica o declínio do Estado do Bem- Estar. O modelo positivista liberal, cuja legitimidade baseia-se na ideia de representação popular, encontra-se em fase de tensão. Essa tensão deve-se à necessidade de uso de modelos pensados para outro contexto econômico-político com o mesmo grau de funcionalidade. Em razão disso é que o tema se converge para a teoria da interpretação constitucional⁹.

O projeto democrático requer um judiciário capaz de desempenhar papel relevante, que não será realizado a contento, caso utilize uma teoria formal de interpretação, em que a lei seja o elo principal que liga o agir jurisdicional a sobria popular, a ponto de se confundir o direito e a lei. O direito refere-se à realidade, ao ato, enquanto a lei refere-se à possibilidade, potencialidade¹⁰. Lembra-se de que boa parte dos projetos de lei é apresentada pelo poder executivo, ou seja, leis que não são elaboradas por parlamentares, o que por certo acaba esvaziando a função legislativa, levando ao seu enfraquecimento. Dessa forma, esse processo termina afastando a lei da vontade do povo.

Por tais motivos, cabe ao judiciário, em busca da concretização das normas constitucionais, recorrer aos princípios e interpretar o direito como um todo, não significando que o Executivo, nesse momento, seja substituído pelo poder judiciário na função de definir políticas públicas e sim de inserir as políticas públicas na ordem jurídica, sujeitando-as a essa mesma ordem¹¹.

distinção entre ambos os termos. Na primeira vertente, aponta-se Ander-Egg. ANDER-EGG, E. *Evaluación de programas de trabajo social*. 2. ed. Buenos Aires, 1990. p. 30. BRIONES, G. *Evaluación de programas sociales*. México: Trilhas, 1998. No presente trabalho o termo efetividade será utilizado como proposto pela terceira perspectiva doutrinária. Assim, a eficácia envolve o alcance dos objetivos e metas dentro de um período de tempo. Já a efetividade é fixada considerando a relação entre os resultados concretos conquistados e os objetivos atingidos. Resultados concretos são aqueles impactantes de um projeto. COHEN, E.; FRANCO, R. *Avaliação de projetos sociais*. 3. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1999. p. 92-93.

8 BUCCI, Maria Paula Dalallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 241.

9 SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006. p. 67.

10 VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Derecho e interpretación: ementos de teoria hermenêutica del derecho*. Madrid: Dykinson, 2007. p. 303.

11 Segundo Eros Graus “*uma política pública não é apenas uma continuidade de atos e normas, mas uma prática que em qualquer sociedade democrática há de ser implementada nos limites da legalidade*”. SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006. p.70.

Dalari salienta que, por políticas públicas, deve-se compreender que é noção mais ampla que a de um simples plano ou programa, pois envolve um processo de escolhas de meios para a concretização dos objetivos do governo. Observa-se certa margem de opção entre o leque de objetivos.

Considerando-se que as políticas públicas têm cimento constitucional, notadamente quanto àquelas pertinentes aos direitos sociais, infere-se que o controle judicial integra as estratégias de ação coletiva à realização desses direitos.

As dificuldades apresentadas pelos teóricos, segundo Lourido, quanto à interferência ou controle do Poder Judiciário nas políticas públicas, geralmente são as seguintes¹²:

- a) As políticas públicas parecem estar em um setor intermediário entre a lei e o ato administrativo que raramente apresenta efeitos concretos. A necessidade de aprovação de leis que importem em planos, programas etc, geraria uma demanda pesada para o legislativo.
- b) Necessidade de um extenso suporte institucional com a finalidade de realizar um controle finalístico fora do judiciário.
- c) falta de uma cultura cívica formatada na democracia dificulta a participação do povo.
- d) Os partidos políticos encontram-se enfraquecidos, pois se afastaram da ideologia.
- e) Existência de normas e princípios com indeterminação e vagueza.
- f) O controle da constitucionalidade envolve atos e não atividades ³/₄ que são expressas por meio de programas ou políticas, o que sinaliza que interferência jurisdicional nesta área será pontual.
- g) O controle judicial das políticas públicas esbarra nos óbices relacionados ao princípio da separação dos poderes.

Verifica-se que os questionamentos acima se devem ao desconhecimento ou resistência à racionalidade do processo que resulta a decisão judicial. Na seara das políticas públicas, as questões de natureza política atingem a vida dos cidadãos, seja diretamente, seja indiretamente, indicando que uma pluralidade de interesses será encaminhada para o portal do judiciário, contexto que requer atenção quanto à racionalidade do processo decisório, por meio da mediação das normas e dos princípios.

A fim de atender às dificuldades acima elencadas, compete ao Poder Judiciário exercer função de controle no campo das políticas públicas, por meio dessa mediação das normas e dos princípios, utilizando-se das técnicas de hermenêutica, assim aprimorando o desempenho de sua função enquanto Poder Constituído.

3. ALGUNS ASPECTOS SOBRE A HERMENÊUTICA E A INDETERMINAÇÃO DO DIREITO.

3.1. Da hermenêutica filosófica e constitucional

Sobre o conceito de hermenêutica, Palmer aduz que é “o estudo da compreensão, é essencialmente a tarefa de compreender textos. As ciências da natureza têm métodos para compreender os objectos naturais; as ‘obras’ precisam de uma hermenêutica, de uma ‘ciência’ da compreensão adequada a obras enquanto obras.”¹³

A hermenêutica surge como espaço de estudos capaz de dialogar e de comprometer-se com a experiência humana, incorporando, assim, o significado das coisas e das questões de interesse da ciência.

12 SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006. p. 89-90.

13 PALMER, Richard. *Hermenêutica: saber da filosofia*. Lisboa: edições 70. p. 19.

Bleicher distingue três tendências da hermenêutica contemporânea, tendo como ponto de partida o problema hermenêutico, expresso na seguinte indagação: como é possível no processo interpretativo objetivar as descrições de sentido subjetivo, tendo em vista que essas descrições passam pela subjetividade do próprio intérprete? As tendências são as seguintes: a teoria hermenêutica que preocupa-se com aspectos metodológicos da compreensão, com contribuições de Schleiermacher, Dilthey e Betti, os quais reconhecem a hermenêutica como um locus de princípios metodológicos organizados e que devem ser seguidos no decorrer do processo de interpretação; hermenêutica filosófica, cujo intuito não é um conhecimento objetivo por meio de processos metodológicos e sim a explicação e a descrição da existência humana (*Dasein*) na sua temporalidade e historicidade. Tem Gadamer como um dos idealizadores, que desenvolveu a sua investigação, adotando as ideias de Heidegger, que apresenta uma hermenêutica como uma investigação filosófica quanto aos requisitos indispensáveis do processo de compreensão¹⁴. Ele preocupa-se em investigar as condições para a interpretação e não em desenvolver um método. A terceira tendência é a hermenêutica crítica, ideologia que tem Apel e Habermas como teóricos alinhados, que almeja conciliar uma abordagem metodológica e objetiva, na perspectiva do conhecimento prático, norteada pelo princípio da razão como necessidade de comunicação e autodeterminação ilimitadas¹⁵.

As três tendências, sem dúvida, registram importância para a hermenêutica constitucional, seja em face da objetividade a ser empreendida no processo interpretativo, seja em virtude das condições apresentadas para a interpretação, seja em face do norte de uma interpretação, considerando-se a razão como necessidade de comunicação. Essas tendências não se contrapõem, embora tenham sido cunhadas com propósitos diferentes, pois há necessidade de se alcançar o mínimo de voluntarismo do intérprete, por meio de critérios ou cânones hermenêuticos, direcionados ao sujeito e ao objeto, conforme preocupação exposta por Betti. Sem dúvida, a objetivação deve ser perseguida, mas respeitando a subjetivação, pois somos seres que significam e que interpretam a partir de uma ideologia, de uma perspectiva. Nesse sentido, as condições que circundam o processo de interpretação para a compreensão adequada também devem ser consideradas, pois o homem é um ser histórico e valorativo, contexto que impossibilita a neutralidade no labor interpretativo, especialmente no que toca ao campo jurídico¹⁶.

Assim, a hermenêutica afigura-se uma forma de explicação quanto às relações recíprocas entre as metodologias científicas dos diversos saberes e uma verdade originária que transcende o patamar meramente metodológico. Isso leva a inferir que a compreensão hermenêutica almeja atingir o sentido, todavia sem ater-se a modos de verificação demasiadamente metódicos¹⁷.

Feitas essas considerações sobre a hermenêutica filosófica, salienta-se que, na seara dos direitos fundamentais, de essência constitucional, cuja característica é a abstração dos enunciados, há vários sentidos que necessitam de métodos e princípios da Hermenêutica Constitucional que sedimenta-se na filosofia¹⁸.

A Constituição registra função de estabilização, o que determina limites para a sua mudança por meio de novas interpretações. Dessa forma, deve-se adotar cautela na aceitação de alteração de sentidos, especialmente quando a questão refere-se a direitos sociais, cuja realização embasa o Estado Democrático e de Direito.¹⁹

14 “[...] A Hermenêutica Filológica” também gozou de um desenvolvimento complexo no século dezoito. A “Científica” é de certo modo ilusória no que se refere a Schleiermacher pretendendo apenas sugerir a tentativa feita por este autor de dar à hermenêutica uma base universal e sistemática. A *gisteswissenschaftliche* refere-se ao projeto de Dilthey. A “existencial” cobre as concepções hermenêuticas de Heidegger e de Gadamer. Por último a “Cultural” sugere imperfeitamente a riqueza das aplicações que Ricoeur fa da Hermenêutica na sua procura de uma filosofia mais adequada, centrada na interpretação dos símbolos. A Hermenêutica jurídica, é de um modo geral, omitida.” PALMER, Richard. *Hermenêutica: saber da filosofia*. Lisboa: edições 70. p. 43.

15 BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Lisboa: Edições 70, 1992. p. 17.

16 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997. v. 1. p. 425.

17 VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Derecho e interpretación: ementos de teoria hermenêutica del derecho*. Madrid: Dykinson, 2007. p. 197.

18 BÖCHENFÖRD, Esnest-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. p. 126-127.

19 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 499.

Nessa perspectiva e na seara das políticas públicas, por meio das quais se realizam os direitos sociais, surgem desafios para o mundo do direito, enquanto saber prescritivo, que caminham para o espaço de interpretação das normas e, assim, para a Hermenêutica Constitucional, que apresenta os seus instrumentos suficientes ao alcance da racionalização do processo de decisão judicial, gerenciando o mal-estar, tanto de natureza técnico-sistemática, quanto de natureza teleológica. Assim, segundo o Professor Inocêncio Coelho, a Hermenêutica Constitucional é um “jogo concertado de regras e princípios, com complementações e limitações recíprocas entre os diversos critérios de interpretações”²⁰.

3.2. A indeterminação do Direito

A busca do sentido da norma no decorrer do processo interpretativo não é um ato mecânico. Essa busca deve considerar as incertezas e as dificuldades apresentadas pelo texto normativo, o que possibilitará a escolha de métodos adequados para conferir sentido aos termos e valores que se apresentam no texto, capazes de assegurar coerência e certeza ao processo decisório e isso ocorre por meio da interpretação.

O direito expressa-se por meio da linguagem. Assim, os enunciados normativos são símbolos linguísticos. Nessa perspectiva, interpretar é atribuir sentido aos símbolos linguísticos. A necessidade de interpretação também pode surgir quando dois textos normativos disciplinarem, para um mesmo contexto fático, dois efeitos jurídicos que se chocam e se excluem²¹. O direito se apresenta sob a forma de um discurso²², o que requer para o alcance de sentidos as seguintes premissas: nada significa isoladamente; seu significado é atribuído pelo seu uso; toda língua admite significados diversos; a maioria dos símbolos é vaga e ambígua.

O discurso jurídico expressa seu caráter prescritivo, porquanto a sua interpretação é sempre direcionada a um objetivo prático, vale dizer uma decisão judicial. Em reflexão do professor Inocêncio Coelho:

“ao juiz compete justificar que a sua decisão é a melhor. A decisão judicial requer raciocínio mais refinado por meio da hermenêutica. Quem semeia normas não pode colher justiça, pois é necessário fazer uma adequação. Descer do geral para o particular”²³.

Portanto, torna-se necessário identificar os meios para o alcance do sentido. Considerando-se a vertente prescritiva do direito, os critérios ou cânones hermenêuticos orientam-se numa racionalidade que não se limita à inteligibilidade do texto normativo ou à identificação do contexto dos fatos, abarcando uma pretensão de coerência, do justo e de alcance da funcionalidade. A vontade de se atingir a racionalidade não significa a busca da interpretação verdadeira, eis que tentar atingir um sentido unívoco, universalizável aos textos normativos é impossível ante a indeterminação do direito.

A coerência requer respeito a um sistema hierárquico de normas (métodos lógico-sistemáticos), a necessidade de atribuir aos textos normativos um sentido funcional, de modo a exigir aprovação social dentro de um mínimo de consenso (sociológico e histórico), bem como ante a necessidade de se preservar os valores elementares fixados como objetivos axiológicos do direito (teleológico). Estes, em síntese, são métodos que remontam aos ensinamentos de Saviny²⁴. Não há como fixar um método único para apontar o significado da norma, o que vale dizer que não há um significado certo ou único a ser seguido pelos Tribunais. De acordo com Hart, a denominada textura aberta do direito denota que muitas questões devem ser deixadas para o desenvolvimento a ser realizado pela Administração Pública e pelos Tribunais, a fim de que, a partir de um contexto fático, seja possível a avaliação dos interesses em conflito, variáveis caso a caso²⁵.

20 COELHO, Inocêncio Mártires. *Aula da disciplina Hermenêutica Constitucional*. 12 abr. 2013.

21 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 441.

22 O termo discurso aqui utilizado é o compreendido segundo Orlandi, que reconhece o discurso como a palavra em movimento; é a prática da linguagem. ORLANDI, Eni P. *Análise de discurso: princípios e procedimentos*. 7. ed. Campinas: Pontes, 2003. p. 15.

23 COELHO, Inocêncio Mártires. *Aula da disciplina Hermenêutica Constitucional*. 12 abr. 2013.

24 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. p. 117.

25 HART, Herbert. *O conceito de direito*. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1994. p. 139.

Os métodos de interpretação não são hierarquizados entre si, mas guardam relação entre eles, porém o significado literal delimita o sentido possível de uma norma, motivo pelo qual é recomendável iniciar o processo de interpretação pelo método literal²⁶. Uma vez exauridas todas as possibilidades de se atingir um resultado organizado metodologicamente em condições seguras, o julgador poderá buscar uma decisão de sua inteira responsabilidade, cabendo-lhe, contudo, explicar detalhadamente a valoração realizada naquele caso em apreciação²⁷.

As interpretações não são idênticas, ao contrário, elas variam em relação aos intérpretes. Nessa direção, é possível sustentar que a cada interpretação de uma norma pelo julgador altera-se a aplicação efetiva da norma. Uma interpretação correta no âmbito jurídico deve ser entendida no sentido de conhecimento adequado com base em motivação compreensível. Contudo, repita-se que não existe uma interpretação absolutamente correta, na perspectiva de definitividade, válida para todos os períodos²⁸.

Segundo Larenz, a indeterminação do direito não é um defeito e sim uma necessidade, pois a vida é surpreendente, é complexa. Não existem soluções fáceis para problemas difíceis²⁹. As normas constitucionais registram maior densidade de indeterminação em relação às normas infraconstitucionais, isto é, no campo da vagueza e da ambiguidade, especialmente no que toca aos direitos fundamentais.

3.2.1 Vagueza e ambiguidade

Lourido cita Moreso para sustentar que a vagueza é da essência do conceito, é uma propriedade do conceito. A ambiguidade é uma propriedade, porém, dos termos em si: está presente quando eles têm mais de um significado. A indefinição existe na hipótese de dúvidas sobre os objetos, sob os quais o enunciado é aplicável. Nesse sentido, há uma zona de certeza e outra de indeterminação, seja quanto à aplicação, seja quanto a não aplicação da norma³⁰.

A indeterminação na vagueza pode referir-se às fronteiras das zonas de certeza e de incerteza. Assim é possível pensar duas linhas, dividindo-se três campos: certeza positiva, certeza negativa e indeterminada. Essas linhas não podem ser exatas, pois todos os termos da linguagem natural possuem certo nível de vagueza. A ambiguidade apresenta-se no campo fático, cuja ocorrência ou existência é certa. A vagueza é atinente ao plano dos valores, das ideologias. Dessa forma, a vagueza possui maior grau de indeterminação que a ambiguidade, exigindo a adoção de cânones hermenêuticos de maior complexidade³¹.

Ao manusear a Lei Fundamental, observa-se que a vagueza é inerente e não se deve à utilização indevida de normas gramaticais ou de desleixo na elaboração dos textos normativos. Não se trata de uma incerteza por acaso, porém de base, a exemplo dos termos, notório saber jurídico, dignidade da pessoa humana e outros. Ainda, chama-se a atenção para a evolução tecnológica e social que impõe constantemente novos significados aos termos jurídicos, a exemplo do *e-mail* e do *fax*, quanto à inviolabilidade da correspondência e comunicações telefônicas, conduzindo às incertezas no processo decisório a serem dirimidas por meio da interpretação.

A indeterminação cede diante do caso concreto, porém isso não significa que as aplicações do conceito em casos subsequentes estejam afastadas de dúvidas, eis que a cada nova hipótese de aplicação a vagueza terá de ser interpretada em busca de uma regra de decisão.³²

26 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 448.

27 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 489.

28 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 443.

29 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 442.

30 SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006. p. 34.

31 SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006. p. 34.

32 SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006. p. 37.

Os conceitos essencialmente controvertidos são aqueles em que existe divergência sobre o conteúdo específico do termo ou expressão. Deve-se atribuir nesse caso força vinculante, porém não há consenso sobre o seu teor ou suas formas de realização. Lourido cita Moreso para apresentar o exemplo de alimentação forçada a presos que fazem greve de fome; um grupo poderá sustentar violência física e moral, enquanto outro grupo poderá defender que se trata de ato humanitário. Nesse sentido, quando a Constituição trata dos princípios do Estado brasileiro, todos os termos ali arrolados podem ser considerados essencialmente controvertidos, a exemplo da dignidade da pessoa humana, que expressa, a um só tempo, valores e necessidades básicas. Essa controvérsia não é ocasional, mas integra a própria essência do conceito, pois exige noções ou juízo de valor. Todavia, a controvérsia é importante para a própria utilidade do conceito, pois permite o debate, contribuindo com a precisão³³.

No campo do labor hermenêutico, o manejo do Direito requer um juízo de adequabilidade no intuito de fixar o conjunto normativo que guarde coerência capaz de dirimir o caso concreto, não raras vezes, marcado pela tensão quanto aos valores fundamentais.

4. TENSÕES ENTRE AS OPÇÕES VALORATIVAS E ALGUNS ASPECTOS SOBRE O USO DOS INSTRUMENTOS DE HERMENÊUTICA

4.1. Tensões em relação às opções valorativas

A essência controvertida e densa dos valores fundamentais – expressos em normas e princípios – proporciona momentos de tensão, em que o exercício de um direito referente a um valor fundamental acha-se em conflito com o exercício do outro. Esses valores formam uma teia de valores que se entrelaçam em certos momentos, complementam-se e em outras oportunidades se excluem. Assim, não há como negar as contradições existentes entre valores e direitos fundamentais, não obstante cuidarem-se de normas e hierarquia de mesmo nível e idade³⁴.

Nesse ponto chama-se a atenção para a clássica distinção entre regras e princípios, a partir de Alexy. Regra e princípio são espécies do gênero norma. A regra prevê uma conduta específica e, uma vez em contradição com outra regra, uma delas será aplicada, naquele caso em exame e nos demais casos que surgirem. Quanto aos princípios, eles até podem trazer uma hipótese de conduta, porém sempre eles terão opções valorativas gerais e fundamentais, de modo que quando houver um mal-estar entre eles, um deles cederá em relação ao outro, mas somente naquele caso objeto de apreciação, ficando ambos os princípios igualmente aplicáveis aos casos futuros³⁵.

Segundo Larenz, os princípios são pontos de partida ou pensamentos que sinalizam para a norma a ser formulada por aquele que irá decidir³⁶. Na hipótese de aparente colisão entre os princípios, o intérprete realizará ponderação entre os *standards* concorrentes, fazendo a opção por aquele que, em face das circunstâncias, for mais adequado em termos de otimização da justiça, usando palavras de Alexy.

Inocência Coelho entende que a ponderação de bens a partir do caso concreto deve levar em conta a ausência de hierarquia fixa e abstrata entre os princípios, reconhecendo, porém, o valor incondicionado da pessoa humana como valor-fonte de todos os valores, como valor fundante da experiência ética ou, se pre-

33 SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006. p. 49.

34 SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006. p. 52.

35 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 90-99.

36 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 272-274.

ferirmos, como princípio e fim de toda ordem jurídica³⁷.

Para Zagrebelsky, as regras são submetidas aos variados métodos de interpretação, enquanto, em relação aos princípios, há pouco o que se interpretar. As regras requerem obediência e os princípios exigem adesão³⁸.

Quanto mais fundamentais e abrangentes registrarem os valores de determinada categoria social, mais dotados de vagueza serão os critérios hermenêuticos, não significando, entretanto, que tais critérios ficarão à mercê da subjetividade do julgador. Aponta-se que, em várias ocasiões, o juiz não consegue identificar os valores sociais, eis que não há consenso para tanto. Evidente, portanto, um desafio do pluralismo, ante os interesses divergentes e igualmente fundamentais em constante conflito³⁹. O sacrifício de um direito fundamental deve corresponder à garantia de outro direito fundamental, sob pena de inconstitucionalidade. Assim, o direito a prevalecer no caso concreto é fruto da avaliação onde incidirá o menor sacrifício para o direito que não prevaleceu.

A partir das considerações acima, verifica-se que as resistências de controle das políticas públicas pelo judiciário importam em desconhecimento ou talvez da negação do caráter racional do processo de decisão judicial, eis que, sob o nome de questões meramente políticas estão presentes as questões que afetam direta ou indiretamente a vida dos cidadãos, como é o caso das políticas sociais⁴⁰. Assim, a atividade jurisdicional será desenvolvida a partir da mediação da norma e dos princípios jurídicos, não se eliminando, contudo, espaço para o subjetivismo, pois parafraseando Zafaroni, a neutralidade é uma impossibilidade antropológica.

4.2. Aspectos sobre a utilização dos instrumentos de hermenêutica no controle judicial em matéria de políticas públicas

A questão central da hermenêutica gadameriana é o diálogo do intérprete que se compreende a partir do texto e com o próprio texto. Essa questão tem relevância para a Hermenêutica Constitucional e para o controle judicial das políticas públicas, pois se busca substituir a tentação subjuntiva ou puramente reprodutiva por uma aplicação efetiva e produtiva⁴¹, o que requer conhecimento e habilidade do intérprete, quanto ao manejo de cânones de hermenêutica, os quais servem de base para os instrumentos de hermenêutica constitucional, que ganham especial importância no processo decisório.

Nesse sentido, anota-se que as dificuldades, quanto ao uso das técnicas hermenêuticas, são derivações da falta de adequação do silogismo clássico, como método de interpretação aplicável às hipóteses de indeterminação e textura aberta dos enunciados normativos⁴².

Considerando-se o objetivo do presente artigo, seguem alguns cânones propostos por Betti, que guardam relação com os princípios da hermenêutica constitucional.

Cânone da autonomia – o alcance do significado não pode ser extraído a partir de formas significativas, mediante o arbítrio. É um cânone direcionado ao objeto e orienta na direção de que as formas significativas devem ser reconhecidas como autônomas e compreendidas conforme a sua logicidade, as relações realizadas, a sua necessidade, coerência e a natureza conclusiva⁴³.

37 COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. p. 128.

38 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madri: Trotta, 2011. p. 111-130.

39 SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006. p. 57.

40 SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006. p. 97.

41 SILVA, Maria Luísa Portocarrero Ferreira da. *O preconceito em H. G. Gadamer: sentido de uma reabilitação*. Lisboa: Calouste Gulbenkian; Junta Nacional de Investigação Científica e Tecnológica, 1995. p. 321.

42 SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006. p. 123.

43 SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006. p. 86.

Cânone da coerência do sentido ou da totalidade – também relacionado com o objeto, essa diretriz informa a existência de inter-relações e a coerência entre os elementos do discurso. É esta ligação entre os elementos do discurso e com o todo que se assegura o esclarecimento. Essa inter-relação entre as partes e o todo é clarividente, aceitável até mesmo pelo senso comum.

Cânone da adequação – informa que a tarefa de interpretação requer que o intérprete não se coloque acima e de forma impositiva em relação ao objeto a ser interpretado. Ao intérprete cabe colocar-se de forma adequada, a partir de uma abertura da mente, afastando-se dos pré-conceitos, na perspectiva gadameriana, e comportamentos internalizados que possam oferecer obstáculos ao entendimento adequado. Nessa linha de entendimento, cabe ao intérprete se esforçar para inserir o momento atual em sintonia com o objeto⁴⁴. Um exemplo clássico apresentado por Larens, quanto a essa falta de sintonia, é a inserção, no texto normativo, de algo que originalmente não consta.

Uma exigência hermenêutica é compreender um texto, considerando-se como ponto de partida uma situação concreta. A compreensão pressupõe manter-se pessoalmente fora do jogo⁴⁵. Mas, o estar fora do jogo, não significa neutralidade ou ausência de subjetividade no momento da decisão e sim não assumir preferências em relação àqueles que têm interesses na demanda.

A partir da descrição acima de algumas diretrizes propostas por Betti e por Gadamer, é possível recortar os seguintes princípios da hermenêutica constitucional, os quais trazem na sua essência as diretrizes da hermenêutica tradicional e filosófica e que podem ser utilizados como instrumentos à análise das políticas públicas, na esfera do controle judicial.

Nessa linha, destaca-se o *princípio da proporcionalidade*, considerando-se que trata-se de instrumento adequado para a análise das políticas públicas pelo judiciário, pois, a partir desse princípio, é possível observar a adequação dos meios da política aos fins que visa alcançar, a compatibilidade da finalidade com as imposições constitucionais, bem como a razoabilidade do sacrifício existente entre os direitos que compõem a teia que formata a dignidade da pessoa humana⁴⁶.

Esse princípio, sem dúvida, é um instrumento de valoração dos atos praticados pelo Poder Público, no campo das políticas públicas, pois, por meio dele, é possível apreciar se os atos estão em harmonia com a opção valorativa superior, qual seja o justo. Assim, aquilo que é razoável é o que traz equilíbrio, moderação e harmonia⁴⁷.

Ainda sobre o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, conforme Canotilho cuida-se de “medida ou desmedida para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”⁴⁸.

Na interpretação conforme aproveita-se a lei, acomodando-a aos postulados constitucionais, isso porque constitui valor democrático a presunção de constitucionalidade das leis. Escolhe-se uma interpretação em favor de uma norma em relação a outras que o texto comportaria. A interpretação não deve decorrer da leitura óbvia do texto, cabendo buscar a interpretação que não se contraponha à Constituição. Dito de outra forma, fazer a opção pela interpretação que assegure harmonia entre a norma legal e a Constituição⁴⁹. O julgador deverá apresentar racionalmente os argumentos ao conferir sentido à lei e o sentido conferido à norma constitucional. É indispensável que critérios de argumentação sejam consentâneos com os postulados da democracia bem como com os princípios da separação dos poderes, sendo esta não necessariamente rígida, porém modelada à estrutura organizada pela Constituição Federal⁵⁰.

44 BETTI, Emílio. *Interpretação da Lei e dos Atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 56.

45 Para aprofundamento da questão sugere-se a leitura de GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. v. 1. Petrópolis: Vozes, 1997.

46 SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006. p. 124.

47 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. p. 205.

48 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Lisboa: [s.n.], 2010. p. 387.

49 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. p. 145.

50 SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio

Outro princípio que merece destaque em relação ao controle das políticas públicas é o da unidade da Constituição, pois a ideia de unidade de ordem jurídica termina se projetando por todo o Texto Fundamental. A função desse princípio é o de perceber as contradições e tensões verdadeiras ou não entre as normas constitucionais, dimensionando cada uma delas, ou seja, tem a função harmonizadora em relação às normas constitucionais⁵¹.

Quanto ao princípio da efetividade, relaciona-se à força normativa da Constituição e orienta o intérprete no sentido de, ao lidar com os problemas de ordem constitucional, que busque conferir às normas a máxima efetividade, considerando-se o caso concreto⁵². Nessa perspectiva, efetividade significa concretizar o Direito na sua função social e, dessa forma, esse princípio afigura-se instrumento de grande valia quando a questão constitucional em pauta envolver políticas públicas para a realização dos direitos sociais.

Portanto, o controle judicial das políticas públicas, mediante o manejo dos instrumentos da hermenêutica constitucional, é um mecanismo de garantia de defesa da Constituição e do que ela representa para o cidadão, especialmente no que concerne aos direitos sociais. Por meio dos instrumentos da hermenêutica, é possível desenhar a racionalidade da decisão que expressa-se na motivação, espaço que o julgador deve apresentar as justificativas quanto à utilização dos critérios ou princípios de interpretação escolhidos.

5. CONCLUSÃO

A partir da Constituição Federal de 1988, ao Estado compete uma postura não mais reativa e sim prescricional, quanto à realização dos direitos sociais por meio das políticas públicas. Essa vertente obrigacional resultou no dimensionamento das competências do Poder Executivo em relação à sociedade.

Diante do conceito de política pública cunhado por Dalari, observa-se que, no modelo de Estado Democrático e de Direito, a liberdade do governo na escolha de ações deve orientar-se pela soberania popular, presente nas leis e na Constituição, conjunto normativo que norteará a prioridade nas políticas públicas.

Considerando-se que as políticas públicas têm cimento constitucional, notadamente quanto àquelas pertinentes aos direitos sociais, infere-se que o controle judicial integra as estratégias de ação coletiva à realização desses direitos.

Os questionamentos doutrinários acerca do controle judicial nesse campo devem-se à falta de afinidade ou até mesmo de resistência à racionalidade do processo decisório. No campo das políticas públicas, as questões têm reflexos no cotidiano dos cidadãos, o que sinaliza que um leque de interesses será conduzido ao judiciário, quadro que exige cautela em relação à racionalidade do processo decisório, por meio da mediação das normas e dos princípios. Nesse sentido, entende-se que compete ao Poder Judiciário controlar as políticas públicas, por meio dessa mediação das normas e dos princípios, com o uso das técnicas de hermenêutica.

Os instrumentos hermenêuticos ou princípios sedimentam-se na hermenêutica filosófica, que, no campo dos direitos sociais, de essência constitucional, ganham relevo, considerando, sobretudo, que os enunciados são abstratos, com variados sentidos, dotados de vagueza e ambiguidade.

A vagueza é inerente ao Texto Constitucional, não se tratando de descuido. Ainda, a evolução tecnológica e social exige, não raras vezes, que novos sentidos sejam empreendidos, requerendo que as incertezas eventualmente surgidas sejam resolvidas no processo decisório por meio da interpretação.

Fabris, 2006. p. 65.

51 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. p. 181 e 185.

52 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. p. 220.

Verificou-se que, no campo das políticas públicas, surgem desafios para o campo jurídico direcionados para a interpretação das normas e, dessa forma, para a Hermenêutica Constitucional, que dispõe de instrumentos adequados para atingir a racionalização do processo decisório, capazes de enfrentar as tensões entre os direitos em jogo.

Observou-se que há dificuldade dos atores jurídicos acerca da utilização das técnicas hermenêuticas, especialmente pela ausência de adequação do silogismo clássico, como método de interpretação aplicável aos casos de indeterminação e textura aberta dos textos normativos.

Há necessidade de fixação de critérios de racionalidade para a escolha entre as várias hipóteses de sentido ao texto normativo, denotando que a atividade do intérprete é marcada pela complexidade, o que requer dele critérios substantivos ou valorativos. Critérios valorativos que não se ajustam às diretrizes formais do método de interpretação silogística, baseada na ideia de subsunção do fato à norma.

E, em busca de critérios valorativos é que os tribunais recorrem aos princípios hermenêuticos, como da proporcionalidade, interpretação conforme, da efetividade e outros para operacionalizar conceitos vagos ou controvertidos, como a dignidade da pessoa humana, a fim de atingir a previsibilidade e a coerência da decisão e, em consequência, a racionalidade do processo.

Apurou-se que a racionalidade da decisão, por meio dos instrumentos hermenêuticos necessita ser demonstrada na motivação, espaço que deve constar as justificativas quanto à utilização dos critérios ou princípios de interpretação escolhidos. Assim, se o princípio utilizado foi o da proporcionalidade deve-se fundamentar a sua utilização e não fazer referência lacônica como, “em homenagem ao princípio da proporcionalidade”. É imprescindível apresentar as opções valorativas que estão sendo colocados na balança e salientar as razões pelas quais, naquele caso concreto, penderá mais para um lado.

Finalmente, é possível concluir que os princípios constitucionais têm a missão de limitar o agir jurisdicional no campo das políticas públicas, assim, expressando, a racionalidade no processo decisório, de modo a garantir uma interpretação adequada, algo que não entre em rota de colisão com o Texto Maior e seja capaz de apresentar respostas aos problemas presentes, de modo justo, tendo sempre como ponto de partida o caso concreto.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva.
- BÖCHENFÖRD, Esnest-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Lisboa: Edições 70, 1992.
- BUCCI, Maria Paula Dalallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Aula da disciplina Hermenêutica Constitucional*. 12 abr. 2013.
- COHEN, E.; FRANCO, R. *Avaliação de projetos sociais*. 3. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1999.
- ECO, Humberto. *Os limites da interpretação*. São Paulo: Perspectiva, 1995.
- EMÍLIO, Betti. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

- FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de análise de decisões: MAD. *Universitas Jus*, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. v. 1 Petrópolis: Vozes, 1997.
- HART, Herbert. *O conceito de direito*. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1994.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Lisboa: [s.n], 2010.
- KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 3. ed. São. Paulo: Perspectiva, 1992.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- ORLANDI, Eni P. *Análise de discurso: princípios e procedimentos*. 7. ed. Campinas: Pontes, 2003.
- PALMER, Richard. *Hermenêutica: saber da filosofia*. Lisboa: edições 70, 2006.
- RODRIGUES, Marta M. Assumpção. *Políticas públicas*. São Paulo: Publifolha, 2010.
- SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006.
- SILVA, Maria Luísa Portocarrero Ferreira da. *O preconceito em H. G. Gadamer: sentido de uma reabilitação*. Lisboa: Calouste Gulbenkian; Junta Nacional de Investigação Científica e Tecnológica, 1995.
- SOUZA, Celina. *Políticas públicas: uma revisão da literatura*. v. 1. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Programa de Pós-graduação em Sociologia, Porto Alegre, jan./jun. de 1999.
- VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Derecho e interpretación: ementos de teoria hermenêutica del derecho*. Madrid: Dykinson, 2007.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madri: Trotta, 2011.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.