

**UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO ACADÊMICO**

**NELSON GULARTE RAMOS NETO**

**TEORIA DA DECISÃO E CONTROLE JUDICIAL DE  
POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS**

**CAXIAS DO SUL**

**2016**

**NELSON GULARTE RAMOS NETO**

**TEORIA DA DECISÃO E CONTROLE JUDICIAL DE  
POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre em Direito na linha Direito Ambiental e Novos Direitos.

Orientador: Dr. Jeferson Dytz Marin.

**CAXIAS DO SUL**

**2016**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
Universidade de Caxias do Sul  
UCS - BICE - Processamento Técnico

R175t Ramos Neto, Nelson Gularte, 1990-  
Teoria da decisão e controle judicial de políticas públicas ambientais  
/ Nelson Gularte Ramos Neto. – 2016.  
96 f. ; 30 cm

Apresenta bibliografia.  
Dissertação (Mestrado) – Universidade de Caxias do Sul, Programa de  
Pós-Graduação em Direito, 2016.  
Orientador: Prof. Dr. Jeferson Dytz Marin.

1. Direito ambiental. 2. Política pública. 3. Meio ambiente. 4.  
Positivismo jurídico. 5. Hermenêutica (Direito). I. Título.

CDU 2. ed.: 349.6

Índice para o catálogo sistemático:

1. Direito ambiental	349.6
2. Política pública	304.4
3. Meio ambiente	502
4. Positivismo jurídico	340.124
5. Hermenêutica (Direito)	340.132

Catalogação na fonte elaborada pela bibliotecária  
Roberta da Silva Freitas – CRB 10/1730



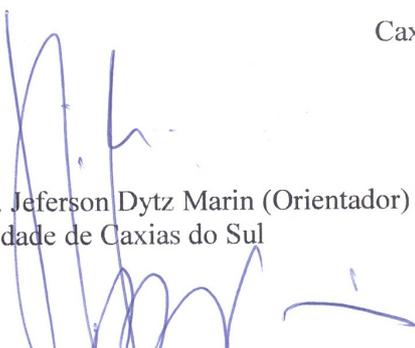
UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

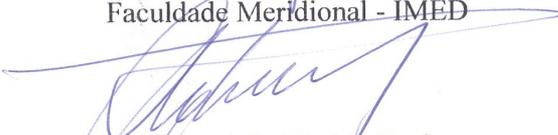
**"Teoria da Decisão e Controle Judicial de Políticas Públicas Ambientais".**

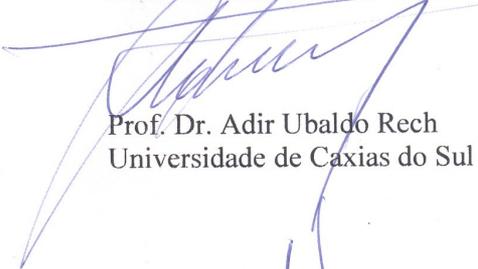
**Nelson Gularte Ramos Neto**

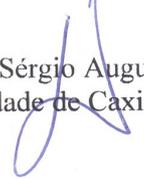
Dissertação de Mestrado submetida à Banca Examinadora designada pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado da Universidade de Caxias do Sul, como parte dos requisitos necessários para a obtenção do título de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direito Ambiental e Sociedade.

Caxias do Sul, 27 de abril de 2016.

  
Prof. Dr. Jeferson Dytz Marin (Orientador)  
Universidade de Caxias do Sul

  
Prof. Dr. André Karam Trindade  
Faculdade Meridional - IMED

  
Prof. Dr. Adir Ubaldó Rech  
Universidade de Caxias do Sul

  
Prof. Dr. Sérgio Augustin  
Universidade de Caxias do Sul



CIDADE UNIVERSITÁRIA

Rua Francisco Getúlio Vargas, 1130 - B. Petrópolis - CEP 95070-560 - Caxias do Sul - RS - Brasil

Ou: Caixa Postal 1352 - CEP 95020-972 - Caxias do Sul - RS - Brasil

Telefone / Telefax (54) 3218 2100 - www.ucs.br

Entidade Mantenedora: Fundação Universidade de Caxias do Sul - CNPJ 88 648 761/0001-03 - CGCTE 029/0089530

À Karine e à Luísa, com quem quero estar até  
o fim.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu orientador, Dr. Jeferson Dytz Marin, agradeço pelas sempre precisas e sábias palavras que tornaram esta pesquisa uma realidade, desde a entrevista no processo seletivo até à véspera do prazo de entrega da dissertação. Ainda, preciso dizer que serei eternamente grato por colocar Ronald Dworkin na minha vida.

À Karine e a nossa princesa Luísa, por compreenderem a dedicação ao Mestrado e, ao mesmo tempo, proporcionarem alegrias que jamais pensei que pudesse experimentar.

Aos meus pais, pelo carinho, amor, atenção, dedicação e incentivo constante ao estudo; vocês fizeram de mim o melhor que eu poderia ser.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul, especialmente aos Coordenadores durante o período em que fui aluno, Dr. Sérgio Augustin e Dr. Adir Ubaldo Rech, pela imensa dedicação e comprometimento com a qualidade do Mestrado.

À Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, pelo apoio institucional.

Vês! Ninguém assistiu ao formidável  
Enterro de tua última quimera.  
Somente a Ingratidão - esta pantera -  
Foi tua companheira inseparável!  
Acostuma-te à lama que te espera!  
O Homem, que, nesta terra miserável,  
Mora, entre feras, sente inevitável  
Necessidade de também ser fera.  
Toma um fósforo. Acende teu cigarro!  
O beijo, amigo, é a véspera do escarro,  
A mão que afaga é a mesma que apedreja.  
Se a alguém causa ainda pena a tua chaga,  
Apedreja essa mão vil que te afaga,  
Escarra nessa boca que te beija!  
*(Augusto dos Anjos, Versos Íntimos)*

We want to live decent, worthwhile lives, lives we can look back on with pride not shame. We want our communities to be fair and good and our laws to be wise and just. These are enormously difficult goals, in part because the issues at stake are complex and puzzling. When we are told that whatever convictions we do struggle to reach cannot in any case be true or false, or objective, or part of what we know, or that they are just moves in a game of language, or just steam from the turbines of our emotions, or just experimental projects we should try for size, to see how we get on, or just invitations to thoughts that we might find diverting or amusing or less boring than the ways we used to think, we must reply that these denigrating suggestions are all false, just bad philosophy. But these are pointless, unprofitable, wearying interruptions, and we must hope that the leaden spirits of our age, which nurture them, soon lift.

*(Ronald Dworkin, Objectivity and Truth: You'd Better Believe it)*

## RESUMO

A discussão acerca da judicialização de políticas públicas ganhou um espaço cada vez maior no cenário jurídico nacional. À medida que as demandas judiciais se multiplicam, vai se firmando um entendimento que se identifica como doutrina brasileira do controle judicial de políticas públicas. Os autores que formam esse posicionamento majoritário concordam com a legitimidade do Judiciário para exercer a referida função de controle e apresentam os fundamentos que devem embasar a decisão judicial nos casos concretos. Para esses casos difíceis, a doutrina brasileira propõe uma decisão com base no princípio da proporcionalidade na forma pela qual foi idealizado por Robert Alexy, tendo em vista que as controvérsias devem ser resolvidas pela ponderação de princípios. Incentiva-se, com apoio na teoria neoconstitucionalista, o protagonismo do juiz na tarefa de controle. As políticas públicas ambientais, quando judicializadas, encontram decisões bastante diversificadas, muitas delas antagônicas, resultantes da aplicação do princípio da proporcionalidade ou de raciocínios silogísticos como a subsunção. A análise das decisões permite verificar uma inconsistência na sua fundamentação. Por sua vez, o estudo mais acurado das propostas da doutrina brasileira do controle judicial de políticas públicas demonstra a maneira pela qual a teoria é dependente da discricionariedade judicial, a mais marcante característica do positivismo jurídico. O mesmo problema está presente na teoria de Robert Alexy. Pretende-se comprovar que os vícios de justificação encontrados nos precedentes jurisprudenciais são resultados de problemas paradigmáticos, tal qual o poder discricionário do juiz para o positivismo normativista, bem como o método e a filosofia da consciência para a metafísica moderna. A teoria da decisão judicial necessita de uma ruptura paradigmática tanto no campo do Direito como no da filosofia, de modo que possa absorver a invasão da filosofia pela linguagem operada pelo giro ontológico-linguístico e a busca pela legitimidade que é marca do paradigma pós-positivista, diante das inegáveis vinculações existentes entre a filosofia e o Direito. A fim de construir uma teoria da decisão adequada a esses propósitos, busca-se no Direito como conceito interpretativo de Ronald Dworkin, à luz das contribuições proporcionadas pela hermenêutica filosófica e a crítica hermenêutica do Direito, a possibilidade de edificar uma decisão antidiscricionária. O controle judicial de políticas públicas ambientais deve ser pautado pela existência de um argumento de princípio, além de uma justificação decisória que consagre a integridade e coerência na aplicação do Direito.

**Palavras-chave:** políticas públicas ambientais; controle jurisdicional; teoria da decisão; discricionariedade judicial; Direito como integridade.

## ABSTRACT

The discussion about public policies judicialization won an increasingly larger space in the national legal setting. As the lawsuits multiply, there is an agreement that is identified as Brazilian doctrine of judicial review of public policies. Authors who make up this majority position agree with the legitimacy of the judiciary to exercise this control function and feature the arguments that must base the court decision in a particular case. For those hard cases, the Brazilian doctrine proposes a decision based on the principle of proportionality in the way it was designed by Robert Alexy, given that disputes should be resolved by weighting principles. Is encouraged, supported in new constitutionalism theory, the role of the judge in the control task. Environmental policies, when judicialized, are quite diverse decisions, many of them antagonistic, resulting from the application of the principle of proportionality or syllogistic reasoning as subsumption. The analysis of decisions allows you to check an inconsistency in its reasoning. In turn, the closer study of the proposals of the Brazilian doctrine of the judicial review of public policies demonstrates the way in which the theory is dependent on judicial discretion, the most striking feature of normative positivism. The same problem is present in the theory of Robert Alexy. It is intended to prove the vices of justification found in the precedents are the result of paradigmatic problems, like the discretionary power of the judge to the normative positivism, as well as the method and philosophy of consciousness for modern metaphysics. The theory of judicial decision requires a paradigmatic rupture both in the field of law and in philosophy, so that it can absorb the invasion of philosophy by language operated by the ontological-linguistic turn and the search for legitimacy that marks the post-positivist paradigm in the face of undeniable existing links between philosophy and law. In order to construct a theory of proper decision for these purposes, looking at the Law as an interpretative concept like Ronald Dworkin, in the light of the contributions provided by the philosophical hermeneutics and the hermeneutical criticism of the law, the possibility of building a non-discretionary decision. The judicial review of environmental policies must be guided by the existence of an argument of principle, as well as a decision-making justification to devote integrity and consistency in the application of law.

**Keywords:** environmental policies; judicial review; decision theory; judicial discretion; Law as integrity.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 O SENSO COMUM TEÓRICO EM TORNO DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E OS SEUS REFLEXOS NA JURISPRUDÊNCIA</b> .....	18
<b>2.1 Quem Deve Decidir? A Questão da Legitimidade do Poder Judiciário</b> .....	19
<b>2.2 Como Se Deve Decidir? A Questão dos Fundamentos das Decisões Judiciais Sobre Políticas Públicas</b> .....	34
<b>2.3 Como Se Decide? As Políticas Públicas Ambientais e Seu Controle Jurisdicional</b> .....	45
<b>3 O PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: UMA QUESTÃO PARADIGMÁTICA</b> .....	54
<b>3.1 (Pós)Positivismo e (Neo)Constitucionalismo: Onde Estamos e Aonde Queremos Chegar?</b> .....	55
<b>3.2 Por Que Não Ponderar ou Subsumir?</b> .....	65
<b>3.3 A Indeterminação do Direito e a Superação da Discricionariedade a Partir Da Hermenêutica</b> .....	80
<b>4 TEORIA DA DECISÃO E O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS</b> .....	97
<b>4.1 As Políticas Públicas Ambientais: Para Além da Conceitualização</b> .....	97
<b>4.2 O Direito Como Integridade, a Coerência e a Responsabilidade Política: Os Alicerces da Teoria Pós-Positivista da Decisão</b> .....	111
<b>4.3 A Reconstrução da História Institucional das Políticas Públicas Ambientais: Ainda a Identificação do Argumento de Princípio e a Prática da Coerência e da Integridade</b> .....	132
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	149
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	153
<b>ANEXO I</b> .....	161

## 1 INTRODUÇÃO

É comum afirmar-se que os problemas jurídicos são questões de interpretação. A verdade que existe nesta afirmação, que é repetida tanto no meio jurídico como pela sociedade em geral, pode ganhar rumos opostos quando ela mesma se encontra sujeita à interpretação. Popularizou-se o entendimento de que uma controvérsia jurídica admite respostas distintas, quando não antagônicas, dependendo do que faz o intérprete ao atribuir sentido aos atos e fatos jurídicos. Mas seria possível dizer que o Direito admite múltiplas respostas? Se parece óbvio que não se necessita do Direito para dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, incertos são os limites interpretativos a que está sujeito. Da univocidade de sentido, passando pelas múltiplas respostas até se chegar a uma resposta correta, o conceito que se tem do Direito varia de acordo com a forma pela qual se encara a questão.

O problema enfrentado por este trabalho é interpretativo. É, também, paradigmático. Antes de adentrar no recorte do objeto, impende registrar algumas advertências e fazer uma breve contextualização do tema que será abordado nos três capítulos que integram o presente texto.

Este é um trabalho dedicado ao Estado Democrático e Socioambiental de Direito. A pesquisa e as considerações aqui lançadas destinam-se, ainda que indiretamente, a fortalecer a democracia e a tutelar de maneira legítima e correta os interesses e objetivos do projeto de Estado que a Constituição de 1988 busca instituir.

Este é um texto jurídico. As lentes utilizadas para visualizar os problemas enfrentados, irremediavelmente, buscam apoio na filosofia, bem como estendem seus efeitos para os campos da sociologia, da ciência política e da economia, mas a análise e as respostas apresentadas têm como pressuposto preservar a autonomia da teoria do Direito.

O estudo realizado acerca dos fenômenos jurídicos, assim como as críticas e proposições cuja construção se busca são feitos *de lege lata*, ou seja, com base no ordenamento jurídico vigente, sem que se pretenda, pois, qualquer alteração normativa para alcançar os objetivos almejados, que adiante serão descritos.

São oportunas, após as advertências iniciais indispensáveis para compreensão do escopo geral da pesquisa, algumas linhas contextuais sobre o cenário jurídico-político de que se originou o tema tratado, deixando-se claro, desde já, que tais considerações serão realizadas somente em sede de notas introdutórias, na medida em que não é objeto da pesquisa a retomada histórica geral da judicialização da política. Isso porque o recorte do tema é específico em relação ao controle judicial de políticas públicas na doutrina brasileira

mais atual, bem como, no que diz respeito aos precedentes analisados, à matéria ambiental, não se mostrando decisiva maior investigação acerca dos aspectos históricos ou causais referentes ao assunto.

De qualquer sorte, ao menos um breve comentário deve ser feito com o intuito de delimitar o objeto no tempo e espaço.

Em primeiro lugar, o objeto de pesquisa consiste na investigação acerca da maneira pela qual o Poder Judiciário encara uma tarefa inerente à jurisdição constitucional, que é a (im)possibilidade de impor obrigações à Administração Pública, no que diz respeito às políticas públicas cujo escopo seja a promoção ou proteção do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, consagrado no art. 225 da Constituição da República. A tarefa principal deste trabalho é encontrar uma teoria da decisão que seja capaz de apresentar a melhor solução para a judicialização de políticas públicas, a partir de uma análise crítica das decisões tomadas pelo Tribunal de Justiça gaúcho. Vale dizer que os precedentes escolhidos são recentes, a fim de evitar estudos sobre entendimentos jurisprudenciais superados.

A interpretação do texto constitucional e da legislação analisada em confronto com a fundamentação das decisões que admitem ou rechaçam a possibilidade de controlar as políticas públicas situa-se em terreno fértil para julgamentos arbitrários, em que a questão é resolvida nas extremidades de um tudo-ou-nada. Por isso é que devem ser investigados os limites que irão legitimar a atuação do magistrado na solução do caso do caso concreto conforme o Direito, para que não se caia no arbítrio, o que se pode evitar por meio do aprofundamento hermenêutico viabilizado pela teoria da decisão.

Retomando-se a tentativa de breve contextualização, entende-se que, de um ponto de vista genérico, o problema está situado na definição das atribuições de cada um dos Poderes da República Federativa do Brasil, e o seu enfrentamento é feito com base na crítica hermenêutica do Direito.

Uma rápida leitura da Constituição da República permite concluir que o aparecimento de problemas dessa ordem era questão de (pouco) tempo, haja vista que o documento que instituiu o modelo de Estado vigente tem uma marca nitidamente compromissória com diversas ideologias e ideais distintos, muitos deles conflitantes entre si, o que, de certa forma, não deixa de ser característico de um documento que põe fim a um Estado de exceção para consagrar uma democracia. A isso se soma um sem-número de atribuições que foi confiado ao Poder Público para dar conta de tornar realidade dezenas de direitos cuja titularidade é a mais variada possível, o que se espera do *welfare state*.

Assumiu o Estado, então, o dever de realizar prestações materiais para que os cidadãos tivessem garantidos os direitos constitucionalmente previstos, de modo a perseguir os objetivos republicanos do art. 3º, mas não recebeu a tarefa munido de condições fáticas e, até mesmo, normativas de implementá-las todas de uma só vez. Vale dizer que as dezenas de direitos são asseguradas em normas que não estabelecem relações de preferência umas entre as outras, diante da ausência de hierarquia entre as normas constitucionais. Além disso, registra-se que o rol de direitos não é exaustivo, tendo em vista que existe uma cláusula de abertura material expressa, constante do artigo 5º, §2º, da Constituição. Ainda, nessa tarefa, devem-se observar as inarredáveis limitações ao poder de tributar, de onde saem os recursos financeiros para custear a atividade estatal.

Nada obstante, em que pese a analítica Constituição vigente tenha garantido diversos direitos, em poucas oportunidades ficou constitucionalmente estabelecido no que consistiam os deveres da Administração para satisfazê-los, isto é, quais ações deveriam ser tomadas ou mesmo se existiria um grau mínimo de realização aplicável a cada um dos direitos. Na verdade, o que se verifica é uma incerteza quanto ao âmbito de proteção de cada um dos direitos fundamentais.

Compromissos conflitantes, inúmeros direitos, recursos limitados, incertezas normativas e, agora, a inafastabilidade do controle jurisdicional. Assegurou o constituinte no inciso XXXV do art. 5º que nenhuma lesão a direito ou sua ameaça ficasse indenizada ao controle do Poder Judiciário. Parece natural, então, que, se chegavam à análise dos magistrados as violações aos direitos civis e políticos por parte do Estado, em que se exige, normalmente, uma obrigação de não intervenção na esfera de liberdade do cidadão, também seria questionado em juízo o (des)cumprimento de deveres muito mais dispendiosos, tais quais as prestações em sentido estrito que se destinam à satisfação dos direitos sociais. Às referidas prestações corresponde, ao menos em linhas gerais, o conceito de política pública.

Fala-se em definição de atribuições das funções do Poder para introduzir o tema da judicialização de políticas públicas, que versa sobre o enfrentamento, pelo Judiciário, de questões tradicionalmente afetas ao Legislativo e ao Executivo, que são os processos juridicamente regulados referentes à garantia e ao exercício dos direitos sociais em geral. Diz-se que normalmente se enquadra a definição e execução de políticas públicas como funções inerentes aos Poderes Legislativo e Executivo porque o desenho normativo do funcionamento das atividades do Estado é feito pelos parlamentares, ao mesmo tempo em que a execução concreta dessas mesmas atividades provém da administração pública. Identificar um problema

público e escolher o modo pelo qual ele será enfrentado é, pois, atividade típica dos representantes do povo.

Contudo, esses problemas que um Estado Social de Direito se obriga a enfrentar estão intimamente vinculados a direitos constitucionalmente garantidos à população. É de se ressaltar, ainda, o apelo à força normativa da Constituição, que vem sendo, há algumas décadas, enunciada quase a uma só voz pela literatura jurídica, no sentido de que as normas constitucionais a todos vinculam, não se tratando de mero convite à atuação dos poderes constituídos.

Esta é a situação fática de que se origina o problema analisado. Vive-se em uma República que abandonou o autoritarismo e que busca, a todo custo, implantar um regime democrático, que tem a cidadania e a dignidade como princípios fundamentais e que precisa garantir da melhor forma possível os direitos fundamentais à população. Para isso, dispõe de recursos que obtém, em sua maioria, dos próprios cidadãos, por meio da atividade tributária, cujas limitações também são marcadas pela nota da jusfundamentalidade material, implicando, portanto, uma contenção dos recursos disponíveis para o Poder Público. As tarefas do Estado não são poucas, e as situações que exigem a sua atuação mudam a todo o momento. Muitas vezes, sequer podem esperar a adaptação dos entes públicos para que sejam enfrentadas a contento.

Eis, então, o problema e suas ramificações. Diante de uma indeterminação normativa, como saber se determinada ação concreta constitui uma ação ou omissão ilegal do Estado que pode ser suprida pela atividade do juiz? De que forma a atuação judicial na definição e execução de políticas públicas ambientais se legitima democraticamente? Quais os critérios ou argumentos que devem ser utilizados pelo magistrado para fundamentar sua decisão e condenar o Estado a implementar uma política pública? O que é decisão fundamentada? Até que ponto pode ir o Poder Judiciário nas políticas ambientais?

O trabalho é dividido em três capítulos destinados a relatar e enfrentar o problema. O primeiro deles refere-se à maneira pela qual o controle judicial de políticas públicas é tratado pela doutrina brasileira, abordando-se, em seguida, os reflexos dos posicionamentos doutrinários nas decisões dos tribunais. A estratégia utilizada será compilar os argumentos do setor da literatura jurídica nacional que se dedica especificamente sobre a judicialização da política como fenômeno jurídico, temática que dependerá da revisão bibliográfica para que seja concretizada a primeira parte do estudo.

Neste primeiro momento, não existe o objetivo de criticar as posições que serão estudadas, pois será privilegiada uma abordagem descritiva em relação aos fundamentos que o

Direito apresenta para que o problema, segundo os autores que se voltam para o tema. Nesse tópico, o enfoque não estará ainda na temática ambiental, pois, conforme se verá, boa parte dos estudos não costuma selecionar as políticas públicas analisadas por área ou direito fundamental, embora seja bastante comum encontrar referências ao meio ambiente por todo o caminho da revisão bibliográfica realizada.

Justifica-se a utilização exclusiva de autores brasileiros com base no objetivo específico do capítulo, que é identificar as respostas que são dadas para o problema com base no cenário jurídico brasileiro.

Em seguida, ainda na mesma parte do trabalho, serão estudadas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul sobre a judicialização de políticas públicas ambientais. O segundo objetivo do capítulo, portanto, é demonstrar de que forma o Poder Judiciário controla – ou deixa de controlar – as políticas públicas ambientais e de quais razões se vale para adotar determinado posicionamento. A análise terá um enfoque específico sobre o que o magistrado leva em conta para tomar suas decisões.

Buscar-se-á, tanto quanto possível, uma descrição fática das questões enfrentadas e dos argumentos utilizados na decisão para se considerar (i) que houve ou não uma lesão ao direito fundamental ao equilíbrio ecológico ambiental, o que implica considerações acerca do âmbito de proteção do direito; (ii) que existe uma obrigação do Estado não satisfeita e que o Poder Judiciário pode intervir na política pública ambiental; (iii) de que forma se dará a atuação do juiz na política pública. Assim, será imprescindível verificar, com base na literatura estudada logo no momento anterior, os reflexos da fundamentação jurídica adotada pelos estudos teóricos nas justificativas decisórias apresentadas pelos magistrados nos casos concretos de controle jurisdicional de políticas públicas.

A escolha das decisões do Tribunal de Justiça gaúcho se justifica pelo caráter variado e amplo das decisões estudadas, e por se tratar da Corte que, ainda que em relação a outros assuntos, é recordista em número de processos que abarcam o tema da judicialização da política.

A análise da jurisprudência privilegiará, portanto, a narrativa dos fatos e o conteúdo das fundamentações das decisões. O enfoque nos argumentos utilizados para justificar os julgamentos destina-se a verificar a (in)suficiência da teoria da decisão que serve de norte para os juízes, bem como para o senso comum teórico que se quer identificar em torno do controle judicial de políticas públicas no Brasil.

Cabe ressaltar, quanto ao último objetivo, que a pesquisa jurisprudencial é mais qualitativa do que quantitativa. Não parece ser determinante para a validade da pesquisa e dos

argumentos que se examinem todas as decisões já proferidas sobre o tema em determinado espaço de tempo. Isso porque, caso se confirme a hipótese de que existe uma certa repetição nos fundamentos dos julgados – que em momento posterior serão tachados como inadequados para resolver esses casos difíceis –, será possível, por amostragem, demonstrar que, ao lado do senso comum teórico que se sedimenta doutrinariamente, também vão se firmando métodos argumentativos que, embora admitam soluções conflitantes, acabam sendo adotados, de modo geral, pelo Poder Judiciário. Assim, restará viabilizada e, mais do que isso, legitimada a atividade crítica no momento oportuno, sem que se escolham, de forma oportunista, algumas decisões teratológicas para pretender fundamentar a incorreção total da teoria da decisão endossada pelos julgadores e autores criticados. É verdade que a escolha das decisões não deixa de ser aleatória, mas isso não afasta o caráter exemplificativo do paradigma jurídico-filosófico em que são produzidas, bem como a possibilidade de, a partir delas, desenvolver-se a crítica hermenêutica que se entende adequada.

No segundo capítulo, o objetivo geral é apontar o principal problema que a doutrina brasileira do controle judicial de políticas públicas carrega consigo, que é a questão da discricionariedade dos juízes. Dessa forma, o estudo se dedicará a enfrentar aquilo que é olvidado ou menosprezado por quem, no primeiro capítulo, sustenta a legitimidade do Judiciário para intervir nas políticas públicas. A hipótese lançada para a segunda parte deste trabalho é a manutenção da principal característica do positivismo jurídico nas propostas neoconstitucionalistas e na teoria da argumentação jurídica que é adotada pelos autores que passam a ser criticados. Nesse sentido, pretender-se-á demonstrar que a busca pela legitimidade da decisão judicial, mormente nos casos de judicialização de políticas públicas, deve acompanhar uma transição paradigmática, sendo que o novo paradigma não pode comportar a discricionariedade judicial.

Cabe uma reflexão quanto ao método adotado, válida, na verdade, para todo o trabalho, mas que terá seus mais nítidos reflexos na segunda parte do estudo. Tratando-se de enfoque teórico sobre o significado de textos jurídicos imprecisos, que admitem, em tese, diversas respostas – mas, em concreto, somente uma resposta correta, como se verá –, com reflexos práticos nítidos, poder-se-ia dizer, como muitos o fazem, que o método é hermenêutico. Isso porque se parte da interpretação da Constituição e das normas infraconstitucionais, além de interpretação de textos jurídicos que abordam essas questões.

Mas se a hermenêutica adotada neste trabalho é *a-metódica*, a menção a um “método” hermenêutico quer significar um caminho para seguir a coisa, e não algo próximo de mecanizar a compreensão.

De início, importa referir que a interpretação jurídica não é um produto de métodos. Por isso, questiona-se: na medida em que se parte de uma crítica interpretativa do Direito, em que se busca a teoria hermenêutica ou os parâmetros de interpretação e decisão mais adequados para resolver os problemas, validar as hipóteses e alcançar os objetivos, pode-se dizer que se usa o método hermenêutico jurídico para se avaliar a própria hermenêutica jurídica? Ou método interpretativo para analisar a própria interpretação? Melhor propor, em abandono aos métodos, a afirmação de que a hermenêutica filosófica não se sujeita a critérios utilizados nas ciências humanas.

É comum a crítica nos trabalhos de pós-graduação em Direito sobre a ausência de método, como se fosse desejável que o pesquisador jurídico seja capaz de estruturar a sua compreensão. Por isso é que não se adere aos métodos indutivo ou dedutivo, na medida em que são manifestamente inaplicáveis ao trabalho que se propõe desenvolver.

Em vez de se falar em método, o trabalho que versa sobre interpretação do Direito e hermenêutica precisa indicar o lugar de fala, isto é, o marco teórico a partir do qual as reflexões serão desenvolvidas. Este texto busca no Direito como conceito interpretativo proposto por Ronald Dworkin, bem como nos seus elementos fundamentais do Direito como integridade, as lentes que serão usadas para identificar e resolver os problemas objeto da pesquisa. Além da teoria dworkiniana, essencial para a construção da teoria da decisão, será estabelecido um vínculo de análise em relação à Crítica Hermenêutica do Direito elaborada por Lenio Streck, com os aportes da hermenêutica filosófica, para dar conta do paradigma pós-positivista em que a teoria da decisão deve ser desenvolvida.

Ainda quanto ao segundo capítulo, vale dizer que a revisão bibliográfica não está mais restrita ao conhecimento jurídico produzido no Brasil, haja vista que o objetivo passa a ser outro. Isso porque o desenvolvimento de uma crítica a um paradigma jurídico dependerá da análise de autores de outros países, que estruturaram o pensamento focado.

No terceiro capítulo, depois de constatada a inadequação do modelo de decisão proposto na primeira parte do trabalho por conta de uma questão paradigmática, que é a discricionariedade judicial, será o momento de construir, com Ronald Dworkin, a teoria da decisão apta a apresentar as respostas corretas que o Direito exige no paradigma pós-positivista, que clama por legitimidade. Verificar-se-á a possível mudança do que foi decidido nos julgados caso as proposições, os argumentos e as considerações trazidos pelas teorias abordadas ao longo do segundo capítulo fossem adotados por quem tinha a responsabilidade de decidir.

O objetivo não é apresentar uma conclusão específica para cada caso concreto, isto é, não será apresentada uma nova sentença para os exemplos de judicialização das políticas públicas ambientais. A ideia principal é estudar a fundamentação das decisões e identificar o que foi levado em conta e o que foi deixado de lado e, caso tivesse merecido consideração específica, de que forma poderia alterar o resultado da demanda.

A finalidade do trabalho está vinculada, por isso, com a eliminação da discricionariedade judicial da teoria da decisão, com o escopo de demonstrar e confirmar as hipóteses de que os raciocínios que dela dependem – a ponderação e a subsunção – impedem que se dê uma resposta adequada à judicialização das políticas públicas ambientais. Nesse contexto, a teoria do Direito como integridade representa uma contribuição inestimável para o propósito deste estudo, se aplicada de forma adequada à realidade do cenário jurídico nacional. Deve ficar claro, desde já, que não se existe a intenção de apresentar uma decisão única para todos os casos, e que isso somente acontece quando a fundamentação é insuficiente, pois destoada da realidade do mundo vivido.

Ver-se-á que, diversamente do que sustentam as posições ainda amarradas ao positivismo normativista, é plenamente viável a tomada de decisões cuja fundamentação seja compatível com a responsabilidade política da magistratura e com o dever de fornecer respostas certas conforme o Direito, a fim de que a tutela do direito fundamental ao equilíbrio ecológico ambiental não fique sujeita ao arbítrio do juiz.

## 2 O SENSO COMUM TEÓRICO EM TORNO DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E OS SEUS REFLEXOS NA JURISPRUDÊNCIA

A literatura jurídica brasileira é impregnada de posições destoantes e de contradições. Muitas vezes, constroem-se teorias ou teses a partir de pressupostos que não mereceram a devida atenção, tendo em vista que funcionam como alicerces das tentativas de proposições para solucionar determinados problemas. Boa parte daquilo que se escreve no país acerca do controle judicial de políticas públicas é exemplo disso, espelhando uma posição dominante construída a partir de um paradigma anacrônico ou, então, endossando critérios incompatíveis com a pretensão de superação de modelos ultrapassados.

O presente capítulo se destina a expor a posição dominante no Brasil a respeito do controle judicial de políticas públicas, também aplicável ao direito fundamental ao equilíbrio ecológico ambiental, reservando-se algum espaço para posturas que criticam a formação desse consenso doutrinário. Nos tópicos que se seguem, o objetivo é reunir os principais argumentos que refletem a compreensão acerca do papel do Poder Judiciário na judicialização das políticas públicas. A subdivisão do capítulo traz enfoques nas questões da legitimidade e da decisão, sendo que esta é tratada primeiramente no plano teórico, com posterior destaque para os casos selecionados, em que o ato decisório é analisado a partir de seus fundamentos e justificativas.

Deve-se deixar claro que a exposição realizada neste capítulo é feita para abrir o caminho para as críticas que serão objeto dos capítulos seguintes, bem como advertir que nem todos os autores citados na primeira parte do trabalho compõem o referido sentido comum, como se verá no decorrer dos capítulos posteriores. Sobre o fato de se tratar de senso comum teórico, a lição é do autor que criou a referência:

Resumindo: os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades. Por conseguinte se canonizam certas imagens e crenças para preservar o segredo que escondem as verdades. O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto. As representações que o integram pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável (até o momento) da história do poder.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito: interpretação da lei, temas para uma reformulação*. Porto Alegre: 1994. p. 15.

Nesse capítulo, expõe-se o discurso, enquanto no seguinte se cuidará de denunciar suas falhas e desvelar tudo aquilo que por ele fica encoberto.

## 2.1 Quem Deve Decidir? A Questão da Legitimidade do Poder Judiciário

A democratização do poder implica a necessidade de se distribuírem as funções estatais de forma a impossibilitar o arbítrio, além, é claro, de se regulamentar o acesso ao poder a fim de preservar a participação de toda a sociedade – diretamente ou por meio de representantes – na gestão da coisa pública.<sup>2</sup> Quer-se dizer, em síntese, que parece corresponder à democracia o fato de identificar o povo como primeiro e eterno titular do poder, e que a manutenção de um regime democrático de governo pressupõe a adoção de um modelo de tomada de decisões públicas que assegure a participação do titular, ainda que indiretamente, por meio de representantes.

A concentração do poder, de outra parte, normalmente é relacionada com governos totalitários. Por isso é que, desde o final do século XVIII, enuncia-se a separação de poderes como maneira de viabilizar a criação de um Estado que preserve sua legitimidade.<sup>3</sup>

Assim agiu o constituinte em 1988, ao estabelecer no artigo 2º a existência de três poderes – ou, como quer boa parte da doutrina, três funções<sup>4</sup> ou manifestações do mesmo poder, que é uno – e, ao mesmo tempo, garantir a sua independência e harmonia, preocupando-se com impedir qualquer tentativa de eliminação do referido preceito fundamental no artigo 60, § 4º, III.

Nesse ponto, trata-se de identificar os argumentos de que se vale a doutrina que cuida do tema da judicialização de políticas públicas para sustentar a possibilidade de o Poder Judiciário intervir na elaboração ou execução de ações concretas para enfrentar os problemas sociais que estão vinculados a direitos fundamentais.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Arena Pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 04.

<sup>3</sup> Conforme o teor do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 1789, na França: A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

<sup>4</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 37. CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 85.

<sup>5</sup> É comum encontrar a vinculação das políticas públicas somente a direitos sociais. Contudo, a posição aparenta ser reducionista, tendo em vista a existência de casos em que a as ações do Estado se destinam a garantir direitos que a Constituição inclui no capítulo I do Título II, de que é exemplo a política penitenciária, que visa assegurar o cumprimento do art. 5º, XLVIII a L. Nesse sentido, ainda que sem valer-se de exemplos, é a posição de Hermes Zaneti Jr: “tanto os direitos de defesa como os direitos ativos ou prestacionais podem ensejar políticas

Analisar a legitimidade do Poder Judiciário para tratar de políticas públicas é tema fundamental e muito caro à democracia. Isso porque, como se disse antes, a divisão de funções entre poderes independentes é elemento essencial do regime de governo que a muito custo se conquistou e a qualquer preço se quer manter. Identificar qual a atribuição do Poder Judiciário no que diz respeito às políticas públicas ambientais, seja para estabelecer seus poderes que não podem ser suprimidos, seja para fixar limites à sua atuação, é contribuir para a adequada compreensão da democracia e da separação de poderes consagradas pela Constituição da República. Vale dizer que a garantia de direitos fundamentais também é parte inarredável do conceito de Constituição, e ao catálogo de direitos deve corresponder um sistema assecuratório de sua realização prática, especialmente em face da vinculação da realização dos direitos prestacionais com a dignidade da pessoa.<sup>6</sup>

Nessa linha de raciocínio, os fundamentos da legitimidade democrática do Judiciário são, normalmente, objeto de consideração dos trabalhos dedicados ao controle judicial das questões políticas.<sup>7</sup> Essa preocupação decorre da competência para sua elaboração e execução das políticas públicas, ainda que tais fases não esgotem a complexidade do procedimento.<sup>8</sup>

O sistema representativo, meio para o exercício da democracia, existe para que os cidadãos elejam seus representantes, que, por sua vez, devem dar conta de executar, segundo as prioridades estabelecidas tanto pelo ordenamento jurídico quanto pelos programas de governo, as ações concretas destinadas a tornar real o projeto de Estado previsto na norma fundamental. Nada obstante, adverte-se acerca da necessidade de se ter “em mente que, em um Estado Democrático de Direito que é constitucional, é a Constituição quem governa impondo uma discricionariedade vinculada ao respeito aos direitos e princípios

---

públicas.” ZANETI JR, Hermes. A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 63.

<sup>6</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 103.

<sup>7</sup> “Um forte argumento contrário à *judicialização da política* diz respeito a uma potencial violação à Teoria Democrática. Basicamente, o argumento repousa na seguinte premissa: se o povo é o destinatário das políticas públicas e se é ele, povo, que contribui para tanto por meio do recolhimento tributário, é ninguém menos que ele, povo, quem deve decidir em que aplicar os recursos públicos. Nesse sentido, tal premissa estaria resguardada quando tal aplicação de recursos fosse realizada pelos Poderes majoritários (o Legislativo e o Executivo, cujos representantes são eleitos), mas, não, pelo Judiciário, em que os representantes ingressam por meio de concursos públicos.” SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário Ultrapassa seus Limites Constitucionais e Institucionais: o caso da saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 363. A explicação representa a justificativa a respeito da necessidade de se investigar a legitimidade do poder contramajoritário que é tratada ao longo deste tópico.

<sup>8</sup> A respeito, confira-se a lição de BRUM, Guilherme Valle. *Uma Teoria para o Controle Judicial de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 159-166.

constitucionais aos administradores, aos legisladores e aos órgãos judiciais”.<sup>9</sup> É comum se ressaltar que os temas afetos às políticas públicas foram constitucionalizados, e estão vinculados aos objetivos fundamentais de que trata o artigo 3º da Constituição. Por isso, a par de se entender que é o Legislativo quem deve realizar o desenho das políticas públicas, cabendo ao Executivo tornar-lhes realidade, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais<sup>10</sup> descortina um cenário em que se vislumbra o Judiciário como poder determinante para a execução das políticas públicas, mormente na atividade de controle das omissões dos demais poderes. Essa primazia dos poderes representativos, em boa parte reconhecida expressamente por quem analisa as competências sobre políticas públicas, às vezes é identificada apenas como uma satisfação espontânea por parte daqueles poderes, sendo que a omissão pode, a qualquer tempo, ser suplantada pela decisão do juiz.<sup>11</sup>

Eis a ampliação da área de atuação do juiz, como resultado de um documento analítico que traz ao direito positivo diversos temas antes tratados como questões políticas:

Ademais, a constitucionalização de ampla gama de direitos individuais e supraindividuais, além da ampliação da relação de matérias que não podem ser objeto de decisão política, alargou enormemente sua área de atuação. Em decorrência, o Judiciário – como intérprete da Constituição e das leis, imbuído da responsabilidade de resguardar os direitos e de assegurar o respeito ao ordenamento jurídico, foi alçado a uma posição de primeira grandeza.<sup>12</sup>

Imperioso, portanto, saber se existem fundamentos jurídicos que conferem ao juiz a possibilidade de adentrar em funções que, ao menos aparentemente, são atípicas<sup>13</sup>, e o que lhe outorgam a legitimidade para tanto.

<sup>9</sup> BALESTERO, Gabriela Soares. Direitos Fundamentais e Reserva do Possível: a judicialização da saúde. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, ano 11, n. 46, p. 137-160, out./dez. 2011.

<sup>10</sup> Art. 5º, § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

<sup>11</sup> Osvaldo Canela Junior fala que os direitos fundamentais sociais possuem eficácia imediata e qualquer cidadão poderá exigí-los judicialmente. Diz, ainda, que as leis ou atos administrativos apenas representam a satisfação espontânea dos direitos, mas não afetam a sua eficácia. CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 62-63.

<sup>12</sup> SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Arena Pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 15.

<sup>13</sup> Evidentemente, não se entende que a competência para controle dos demais poderes seja atípica à atividade judicante. Contudo, é forçoso constatar que ocasionar impactos orçamentários para a execução de projetos específicos não se enquadra nas atribuições normais do Judiciário. “Não se pode esquecer que mesmo a flexibilização da clássica teoria da separação dos poderes [...] mantém um núcleo inatingível de atribuições específicas para cada ente Estatal, cuja ultrapassagem seria igualmente nociva ao sistema. Realmente, não é tarefa do judiciário definir políticas públicas, tampouco substituir o administrador na escolha das prioridades orçamentárias, daí a necessidade de impor limites ao Poder Judiciário ao intervir nas decisões do agente administrativo [...]”. DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade Administrativa em Matéria de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 119.

O extenso rol de direitos e de instrumentos que os asseguram representa um contexto favorável para o alargamento do campo de atuação dos juízes, ao que se soma o fato de se adotar o sistema presidencialista<sup>14</sup>, que reserva ao Judiciário o caráter de autêntico poder de Estado. Por isso é que o juiz aparece – e muitas vezes é enaltecido – como ator político responsável, tal qual o legislador e o governante, pela execução de políticas destinadas ao cumprimento de uma norma constitucional que tem a pretensão de se aplicar de imediato para garantir a transformação da realidade de milhões de cidadãos brasileiros, ainda que não se saiba exatamente qual o papel que deve desempenhar ou qual o momento de atuação. No sentido da dificuldade de delimitação de atribuições que decorre de uma nova forma de organização do poder, cita-se a seguinte lição:

A disputa pela efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário é uma das marcas da contemporaneidade. Experimenta-se um rearranjo organizacional na forma estatal da modernidade, fruto das próprias dificuldades do Estado Social e se percebe um embate do Estado com ele mesmo, da construção legislativa de promessas à disputa por sua concretização, em um primeiro momento no âmbito da administração (Executivo) envolta em projetos de *reforma do Estado* e, posteriormente, diante da insatisfação na sua (ir)realização, nos limites da jurisdição, em busca das *promessas perdidas*.<sup>15</sup>

Há quem, apesar de reconhecer que a saída do papel dos direitos sociais exige o dispêndio de recursos que o Estado leva tempo a obter, não deixa de reconhecer que a vinculação do poder público aos direitos fundamentais também se dirige ao Judiciário, ainda que existam critérios que deverão nortear a atuação do magistrado na atividade de controle exercida.<sup>16</sup> As limitações reconhecidas pela doutrina somente serão analisadas no próximo tópico do texto, mesmo que não se desconheça que às vezes os fundamentos são utilizados como maneira de legitimar a intervenção judicial. Para efeito deste trabalho, entende-se que a possibilidade de atuação no Judiciário na seara “política” não se confunde com a maneira pela qual se decidem os casos concretos. De outra parte, impõe-se reconhecer que a força dos

<sup>14</sup> SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Arena Pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 12 e 19.

<sup>15</sup> MORAIS, Jose Luis Bolzan de.; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. O Direito à Saúde e os “Limites” do Estado Social: medicamentos, políticas públicas e judicialização. *Novos Estudos Jurídicos - NEJ*, Itajaí, v. 12, n. 2, p. 251-266, jul./dez. 2007. A referência é digna de nota para contextualização, registrando-se que os autores afastam-se da posição dominante que se quer criticar.

<sup>16</sup> JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A “Reserva do Possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 240-245. Em outro capítulo da mesma obra, também fica destacada a vinculação do judiciário na seguinte lição: “não há, de início, exclusão de qualquer função do Estado quanto ao compromisso para promoção e efetivação daqueles objetivos”. CORTEZ, Luís Francisco Aguiar. Outros Limites ao Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 287.

argumentos destinados à legitimação da atividade judicial estende seus efeitos para a maior ou menor necessidade de justificação decisória, até mesmo para identificação do ativismo,<sup>17</sup> o que, repita-se, por si só, não implica confusão entre os dois temas, que são aqui abordados em subcapítulos diferentes.<sup>18</sup>

Embora também manifeste preocupação com o decisionismo e o subjetivismo que pode ganhar espaço nos casos de indeterminação normativa, Hermes Zaneti Jr. confia no processo judicial como manifestação democrática de controle posterior das decisões tomadas pelas autoridades competentes, limitando a liberdade de decisão dos demais poderes no sentido do “não decidível” (em relação aos direitos de defesa) e do “não decidível que não” (referentemente aos direitos prestacionais). O traço distintivo dos poderes é exatamente a fonte de sua legitimidade. Enquanto o poder político – Executivo e Legislativo – a retira da representação popular, atuando como função de governo, o Judiciário exerce uma *função de garantia*, com viés contramajoritário, “porque a legitimação desse poder decorre da força normativa da Constituição e das leis”.<sup>19</sup>

A normatividade constitucional também é entendida como sujeição do Poder Judiciário a seus dispositivos, mostrando-se imperativa a busca pela efetividade de suas normas. Ao assumir tal posição, Vitor Burgo acrescenta que a uma decisão política deve ser agregado o atributo da contestabilidade, que seria inerente à democracia no sentido de permitir que os sujeitos vencidos pelos processos majoritários tenham seus interesses levados em consideração. Para o autor, “a legitimidade das leis, então, será extraída da possibilidade de sua promulgação em respeito à ideia de liberdade como não dominação, pela atuação

---

<sup>17</sup> Sobre a distinção entre ativismo e judicialização que se encontra nos textos que cuidam de judicialização de políticas públicas, cita-se a seguinte lição: “O ativismo, embora semelhante à judicialização, dela difere porque se relaciona com o comportamento e com a postura do Magistrado, da forma como atua perante os casos que lhe são postos à apreciação. Ou seja, o ativismo reflete-se como uma forma de atuação, como ‘uma atitude, uma escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição’, seja anulando atos legislativos, seja no controle de constitucionalidade. Tal característica pode até mesmo ser de toda a Corte julgadora, mas, em princípio, é o reflexo da atitude de cada juiz. A judicialização, de outro modo, é um fenômeno político-social, um processo por meio do qual assuntos que não são da esfera do Poder Judiciário sejam levados a ele para serem decididos.” MACIEL, Larissa Barreto. A Judicialização da Política e o Papel do STF no Estado Democrático de Direito. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, ano 39, n. 126, p.113-132, jun. 2012. Como se verá, o presente trabalho não confunde os termos, identificando o ativismo como algo a ser eliminado pela teoria da decisão. A resposta a uma demanda que versa sobre uma determinada política pública, exemplo do fenômeno da judicialização, pode ou não ser ativista, e o será quando o magistrado substituir o Direito por sua vontade, consciência ou concepção pessoal de justiça. Determinar ao Poder Público a execução de uma prestação material não é, por si só, um ativismo.

<sup>18</sup> De qualquer sorte, deve-se adiantar que a posição defendida neste trabalho parte de uma concepção que vai pelo caminho inverso. A legitimidade será alcançada a partir da decisão que esteja em conformidade com o Direito, no lugar de se sustentar uma legitimação irrestrita sem se preocupar com a adoção de critérios sólidos ao decidir.

<sup>19</sup> ZANETI JR, Hermes. A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 52.

contestatória dos cidadãos.”<sup>20</sup> O palco para a contestação democrática seria, nesse sentido, o Judiciário, notadamente por meio dos instrumentos processuais coletivos.

Há quem veja a ação popular como fundamento para controle do mérito de atos administrativos, categoria que abrange as políticas públicas, de que é exemplo a posição de Ada Pellegrini Grinover. Além disso, as ações do Poder Público devem estar em conformidade com os fins do Estado, motivo que insere as políticas públicas como objeto do controle de constitucionalidade, cuja competência é conferida ao Poder Judiciário.<sup>21</sup>

É interessante notar, aqui, a reviravolta produzida pela mudança de ponto de vista: o problema da legitimidade se coloca porque a formulação e concretização das políticas públicas são atribuições dos poderes representativos (Executivo e Legislativo); de outro lado, se a questão for colocada como controle de constitucionalidade, isto é, se esse aspecto ficar em primeiro plano, são esses mesmos poderes que só o exercem de forma atípica<sup>22</sup>, tendo em vista que o Poder competente é o Judiciário, que o exerce de forma difusa e concentrada. Com o mesmo argumento, Nilva Antonio destaca que a doutrina especializada “acredita na legitimidade do Poder Judiciário para assegurar os objetivos fundamentais da Constituição Federal (artigo 3º), exercendo seu controle nas políticas públicas. Tal controle não fere o princípio da separação de poderes estando o Judiciário no dever de interferir [...]”<sup>23</sup>

A posição de Grinover é decisiva para a formação da teoria brasileira do controle judicial de políticas públicas, tendo em vista que, na condição de presidente do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais<sup>24</sup> (CEBEPEJ), capitaneou grupo de pesquisa cujo trabalho resultou na elaboração do anteprojeto de lei sobre processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário. Em 04 de novembro de 2014, o produto da pesquisa foi apresentado ao plenário da Câmara de Deputados pelo Deputado Paulo Teixeira como o Projeto de Lei nº 8.058/2014<sup>25</sup>. Acerca da questão da legitimidade, o

<sup>20</sup> BURGO, Vitor. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 83-84.

<sup>21</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 129.

<sup>22</sup> Por meio das Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania, no caso do Legislativo, e do veto juridicamente motivado, no caso do Executivo.

<sup>23</sup> ANTONIO, N. M. L. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas como Controle de Constitucionalidade e seus Limites. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 208.

<sup>24</sup> A atuação da associação civil não governamental, sem fins lucrativos e fundada em 1999, pode ser consultada em <<http://www.cebepj.org.br>> Acesso em 21. jul. 2015.

<sup>25</sup> O inteiro teor – que está no Anexo I deste trabalho – e a tramitação do Projeto de Lei podem ser consultados em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>> Acesso em 21. jul. 2015.

referido projeto silencia e reproduz a justificativa apresentada pelo centro de estudos, no sentido de que “o controle jurisdicional de políticas públicas é uma realidade presente no dia-a-dia dos tribunais brasileiros”.

Ainda quanto à lição de Ada Grinover, anota-se que as formas pelas quais o poder do Estado se manifesta se equivalem no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que “o primeiro dogma do Estado liberal a ser quebrado foi o da atividade legislativa, como sendo preponderante sobre os demais poderes. E acrescente-se: o segundo dogma foi o da atividade jurisdicional prestada por um juiz que represente apenas *la bouche de la loi*.”<sup>26</sup>

Com argumentação construída sobre fundamentos diversos, mas no mesmo sentido, Livia Lage entende que o direito assiste a uma gradual substituição da ideia de discricionariedade por juridicidade, de modo que tanto a atividade judicial quanto a administrativa estão jungidas à ordem jurídica. Nessa linha de raciocínio, a legitimidade do Poder Judiciário decorre da necessidade de legitimação do próprio Direito, que somente a alcança a partir de sua criação democrática e consequente realização de justiça. Veja-se a posição da autora:

[...] o direito busca sua legitimidade de modo que o órgão jurisdicional dê efetividade a todos os direitos fundamentais. E é o sistema de freios e contrapesos que garantirá espaço para essa atuação do Judiciário como órgão que realiza a Justiça, e não como aquele que determina o cumprimento da lei. Dizia-se que a missão do juiz seria a efetivação das leis substanciais, não lhe competindo o juízo do bem ou do mal, do justo ou do injusto. Sentenças injustas seriam fruto de leis injustas, e a responsabilidade por essa injustiça seria do legislador, não do juiz. Mas o juiz moderno tem solene comprometimento com a justiça.<sup>27</sup>

De acordo com a lição acima e as considerações que a seguem no texto, é o sistema de harmonização entre os poderes independentes que permite uma atividade do juiz para que ele possa produzir a justiça nos casos em que ela não é assegurada pela lei ou pela atuação do administrador. Diz-se, ainda, que o Judiciário realiza a democracia, e o espaço para tanto é o processo realizado em contraditório, cujo resultado é melhor democraticamente do que aquele que se consegue por meio do processo político, ainda que os instrumentos processuais somente assegurem uma frágil participação cidadã.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 128.

<sup>27</sup> LAGE, Livia Regina Savergnini Bissoli. Políticas Públicas como Programas e Ações para o Atingimento dos Objetivos Fundamentais do Estado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 169.

<sup>28</sup> “Não há que se pensar em processo democrático, em um agir democrático ou em um fazer democrático sem que se considere a importância da Constituição e da jurisdição constitucional. [...] Os instrumentos de acesso

A relevância do papel democrático proporcionado pelo processo civil, como instrumento de legitimidade, é sentida em vários textos sobre o tema, ainda que não haja consenso quanto à superioridade do contraditório processual em relação ao debate promovido na esfera legislativa<sup>29</sup>. Apesar de finalizar a observação com a sugestão de que os tribunais façam sérios investimentos em cursos de formação política para juízes, Camilo Zufelato aposta na dialeticidade do processo para construção de uma solução democrática:

Não significa, contudo, que essa seja uma escolha subjetiva ou discricionária do juiz, mas sim que decorre do sistema jurídico-constitucional e dos interesses eleitos como relevantes. Ademais, com a ideia de processo como instrumento democrático no qual as próprias partes constroem por intermédio do contraditório cooperativo, juntamente com o juiz, a solução jurídica, afasta-se a crítica de crise de legitimidade da jurisdição aos se imiscuir em questões políticas [...]<sup>30</sup>

A isso se somam entendimentos no sentido da legitimidade do povo para interpretar a Constituição, o que acontece na formulação dos pleitos judicialmente deduzidos, ainda que exija uma abertura procedimental que viabilize e promova maior participação popular, a fim de que cheguem ao magistrado todas as interpretações para resultar na solução mais legítima possível.<sup>31</sup>

Além disso, a judicialização se apresenta como maneira de provocar ou até mesmo pressionar o Poder Público para adoção de medidas concretas tendentes a enfrentar

---

popular disponíveis no Brasil mostram-se extremamente frágeis [...]. Sendo o Poder Judiciário uma das funções do Estado, é crucial que se encontrem alternativas para desenvolver formas de acesso a ele. Também é indispensável uma cultura de credibilidade da população, pois a jurisdição constitucional se apresenta como alternativa para a efetividade constitucional.” NASCIMENTO, Valéria Ribas. Fragmentações da Crise Política e do Direito Ambiental: a banalização do mal e o resgate democrático na jurisdição constitucional dos Estados globalizados. *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, Caxias do Sul, v. 1, n. 1, p. 165-184, jan./jun. 2011.

<sup>29</sup> “[...] é preciso apontar que o debate no Judiciário é, por essência, dialético. Assim, mesmo com o grau máximo de cognição amplo e exauriente, há limitação pela estreiteza do contraditório processual, ao passo que o debate no Legislativo é múltiplo e variado por essência. [...] Porém, os próprios filtros previstos pela Constituição Federal apontam as limitações inerentes ao debate de determinadas política públicas pelo Judiciário. Vale dizer que a criação e a definição dos contornos da política pública baseiam-se no amplo debate político, com a avaliação e confronto de outros valores igualmente relevantes que existem na sociedade, com discussões multilaterais, próprias da esfera política.” ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. O Controle Judicial das Políticas Públicas por Meio do Mandado de Injunção, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: contornos e perspectivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 447. Ver também a posição de BADIN, Arthur Sanchez. *Controle Judicial das Políticas Públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 42.

<sup>30</sup> ZUFELATO, Camilo. Controle Judicial de Políticas Públicas Mediante Ações Coletivas e Individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 322.

<sup>31</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 110.

determinados problemas sociais, em especial os relativos ao meio ambiente,<sup>32</sup> o que acrescenta as possibilidades de atuação democrática por meio do processo e seus mecanismos de participação social.

No início do capítulo foi dito que a análise dos fundamentos que legitimam a atuação do Poder Judiciário era necessária porque existe um entendimento que decorre da separação de poderes que confere primazia à atuação do Legislativo e do Executivo nessa tarefa, conforme se verifica na literatura abordada ao longo deste texto, em que os autores não partem de pressupostos rígidos a respeito do princípio constante do art. 2º da Constituição da República, conforme já se pode constatar. A esse respeito, em posição que aparentemente contraria até mesmo o ponto de partida que justifica as considerações aqui expostas, é digno de nota o entendimento de Dirley da Cunha Jr:

[...] o Poder Judiciário está legitimado a interferir — num autêntico controle dessa omissão inconstitucional — para garantir esse mínimo existencial, visto que ele “é obrigado a agir onde os outros Poderes não cumprem as exigências básicas da constituição (direito à vida, dignidade humana, Estado Social)”, não satisfazendo os direitos fundamentais sociais. Assim, as decisões sobre prioridades na aplicação e distribuição de recursos públicos deixam de ser questões de discricionariedade política, para serem uma questão de observância de direitos fundamentais, de modo que a competência para tomá-las passaria do Legislativo para o Judiciário.<sup>33</sup>

Não destoaria desse entendimento Kazuo Watanabe – que outrora presidiu o centro de estudos antes mencionado –, ao considerar que se cuida de atividade jurisdicional típica no caso do controle de políticas públicas pelos magistrados que, com esteio em uma “dogmática constitucional ‘transformadora e emancipatória’, sustentam que todos os direitos fundamentais sociais, sem exceção, têm aplicabilidade imediata e, por via de consequência, a tutelabilidade jurisdicional [...]”<sup>34</sup>

A ideia decorre da consideração de que os direitos sociais, por sua fundamentalidade e aplicação imediata que decorrem da norma constitucional, são direitos subjetivos<sup>35</sup>

<sup>32</sup> BÖLTER, Serli Genz; NAUJORKS, Carlos José. Movimento Ambientalista: novos movimentos sociais e judicialização dos conflitos ambientais. *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, Caxias do Sul, v. 1, n. 2, p. 111-129, jul./dez. 2011.

<sup>33</sup> CUNHA JR. Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 347-348.

<sup>34</sup> WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 216.

<sup>35</sup> É bastante significativa a análise realizada por José Reinaldo de Lima Lopes a respeito do enquadramento dos direitos sociais como direitos subjetivos. Para o autor, o problema, por sua importância, pertence à Teoria do Estado e à Filosofia do Direito. Na análise, constata-se elementos distintivos em relação aos tradicionais direitos subjetivos e à sua exigibilidade judicial, mas sem afastar a sua justiciabilidade. LOPES, José Reinaldo de

suscetíveis de análise judicial quando de sua violação ou não observância. Soma-se a isso a concretização dos mesmos direitos por meio das *policies*, o que se enquadra como dever de todos os poderes de acordo com o discurso que faz parte da teoria da eficácia dos direitos fundamentais, relacionando-se, por uma questão de efetividade prática, com o que se convencionou chamar de direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, que trata da inafastabilidade do controle jurisdicional).<sup>36</sup>

Alia-se aos argumentos acima expostos, de acordo com quem os enuncia, o caráter contramajoritário<sup>37</sup> da jurisdição. Assim, enquanto cabe aos poderes que constituem o sistema representativo da democracia decidir pela maioria, isto é, formar consensos de acordo com a vontade vencedora nas urnas, aos juízes incumbe velar pelos interesses das minorias. Isso se faz, evidentemente, em conformidade com os direitos fundamentais, que sem a atividade jurisdicional ficariam desamparados. Diz-se, nesse sentido, que a jurisdição constitucional desempenha o papel de guardiã dos consensos pré-estabelecidos na Constituição, o que lhe preserva e assegura sua legitimidade.<sup>38</sup>

Ao que parece, a vontade da minoria seria considerada pelas decisões que reconhecessem direitos ou prestações em sentido estrito que ficaram no esquecimento do legislador e do governante ou, ainda, que deles receberam proteção insuficiente. Não se demonstra, contudo, a razão que permite se considerar um direito social ou transindividual (de segunda ou terceira dimensões) como sendo de titularidade de uma minoria, o que aparentemente seria indispensável à correção do argumento quando se tem em vista que os

---

Lima. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 113-138.

<sup>36</sup> ZUFELATO, Camilo. Controle Judicial de Políticas Públicas Mediante Ações Coletivas e Individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 311-312.

<sup>37</sup> SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário Ultrapassa seus Limites Constitucionais e Institucionais: o caso da saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 366-374. Vale citar a seguinte passagem: “a jurisdição, pelo processo, assegura direito de voz e manifestação aos detentores de palavras que, talvez, jamais fossem ouvidas pelos poderes políticos majoritários” (p. 374). Também se anota a lição de Ricardo Luis Lorenzetti: “a regra não exclui o controle por parte dos juízes. As maiorias podem adotar decisões contrárias à Constituição, e, portanto, é necessário que exista um poder independente que lhes imponha limites. A função do judiciário é fazer respeitar a Constituição nos casos em que as decisões majoritárias afetem os direitos individuais. O caráter contramajoritário do judiciário o coloca em uma posição adequada para fazer cumprir direitos e proteger bens que os outros poderes poderiam não atender por razões eleitorais.” LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria Geral do Direito Ambiental*. Tradução de Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.155. Ver ainda BADIN, Arthur Sanchez. *Controle Judicial das Políticas Públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 20.

<sup>38</sup> “Não se pode, contudo, considerar tais críticas como absolutas, uma vez que a função da Constituição como guardiã dos consensos políticos mínimos e essenciais a uma democracia não pode se submeter à inércia ou à vontade das maiorias políticas ocasionais, justificando a atuação contramajoritária do Judiciário.” FERNANDES, Eric Baracho Dore. Estado Social de Direito no Brasil: o desafio de equacionar democracia e judicialização das políticas públicas. *Direito Público*, Brasília, ano VIII, n. 42, p. 84-102, nov./dez. 2011.

sujeitos que se beneficiam dessas posições jurídicas representam uma maioria, senão a totalidade dos cidadãos brasileiros ou residentes no Brasil, como, evidentemente, é o caso do direito fundamental ao equilíbrio ecológico ambiental, de caráter difuso e pertencente à terceira geração ou dimensão de direitos fundamentais. Ora, ninguém há de duvidar que se trata de um direito de todos – e o texto constitucional é explícito quanto ao exemplo adotado, que constitui a área de concentração das políticas públicas analisadas.

Por isso é que se questiona: pode o Judiciário invocar seu papel contramajoritário para impor aos poderes políticos o cumprimento de um direito que a todos se destina, não sendo de exclusividade de uma minoria? Responde-se a essa pergunta, caso se encare a natureza da atribuição dos magistrados da forma acima enunciada, com a posição no sentido de que minoria não seria exatamente um conceito quantitativo como o termo indica numa primeira leitura, mas sim qualitativo, referentemente ao grau de representação de seus interesses em face da exclusão social, econômica ou política.<sup>39</sup> A minoria significa, por isso, a pouca representatividade que determinado interesse fundamental tem nos fóruns de debates políticos junto aos sistemas representativos, o que dá margem à atuação do juiz como garantidor da eficácia e consideração do direito esquecido ou menosprezado.

Nada obstante, há que se reconhecer que diversos direitos sociais ou difusos garantidos constitucionalmente não encontram no texto constitucional aquilo que a doutrina designa por densidade normativa que permita a qualquer intérprete dizer, estreme de dúvidas, no que consiste cada um dos direitos. A esta conclusão se chega a partir da mera leitura da Constituição da República que, em que pese assegure os direitos e, aparentemente, os mecanismos processuais que lhe outorgam a garantia de eficácia pelo poder incumbido da função de controle, não se preocupou em descrever as condutas legislativas e administrativas que deveriam ser adotadas para cada um dos direitos. Admitindo-se a dificuldade de precisarem-se os efeitos das ditas normas programáticas<sup>40</sup>, a doutrina ressalta que “o trânsito entre um dever de legislar, para um direito à legislação, à atuação do Poder Público na realização concreta do conteúdo de uma norma programática, é árduo e cheio de dificuldades, mesmo quando se reconhece a necessária proteção jurídica contra atos dos Poderes Públicos [...]”<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Digno de nota o Capítulo 2 da obra de PASSOS, Daniel Silva. *Intervenção Judicial nas Políticas Públicas: o problema da legitimidade*. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>40</sup> Tratando-se de eficácia das normas constitucionais, sempre vale a referência à classificação encontrada em SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

<sup>41</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas Constitucionais Programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 221.

A lição parece aplicável de forma geral aos direitos sociais, ainda que em alguns casos, de que é exemplo o direito ao meio ambiente, em que um desenho abstrato ou genérico das políticas públicas está presente na Lei Maior, o constituinte não expresse o que deve ser feito pelo Poder Público para que os referidos direitos estejam satisfeitos. Especificamente sobre o tema, cita-se o estudo que avalia a evolução da judicialização após a Constituição de 1988:

Com essa marca de origem, a legislação do *welfare* assume uma natureza aberta, indeterminada e programática na medida em que se expõe à incorporação de aspectos materiais, em oposição à pureza formal do direito na ortodoxia liberal. Tal caráter indeterminado, nas controvérsias sobre a sua interpretação em casos concretos, põe o juiz na situação nova de um legislador implícito, com as naturais repercussões desse seu inédito papel na vida republicana e, particularmente, nas relações entre os Três Poderes.<sup>42</sup>

No que tange aos objetivos do Estado de Bem-Estar Social, a ausência de transformação da realidade de forma que se atinja a igualdade material é apontada como meio de atingir a efetiva democracia.<sup>43</sup>

É essa linha de raciocínio, construída no contexto de ampliação do papel do Judiciário por meio do controle de constitucionalidade cada vez mais alargado, constitucionalização de direitos previstos em normas principiológicas ou através de conceitos jurídicos indeterminados e pretensão à superação do positivismo, que justifica o ambiente favorável e legítimo ao controle judicial de questões políticas.<sup>44</sup>

Esse, em suma, é o pensamento que embasa as posições descritas ao longo do texto. Tem-se, pois, que o fundamento primeiro da legitimidade democrática da atuação judicial na esfera política é a Constituição da República, tendo em vista que a Lei Fundamental, produto do consenso resultado da assembleia constituinte, fixou direitos e positivou princípios de conteúdo amplo e entregou ao intérprete a tarefa de lhes conferir realidade prática. As normas constitucionais não deixaram de tratar de questões políticas, e a maneira pela qual restaram disciplinadas lhes confere a possibilidade de serem tuteladas como direitos subjetivos, pois essa foi a opção do povo, manifestada pelo poder constituinte originário.<sup>45</sup> O grau de

<sup>42</sup> BURGOS, M. B.; SALLES, P. M.; VIANNA, L. W. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social*, revista de sociologia da USP, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, nov. 2007.

<sup>43</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 51.

<sup>44</sup> ARANHA, M. D. C. C.; PINTO, F. C. S. Judicialização da Saúde e o Fornecimento de Medicamentos Não Registrados pela Anvisa. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 96, p. 139-153, nov./dez. 2014.

<sup>45</sup> “Por outro lado, cumpre asseverar que, sendo a Constituição um documento político, caberá sim, ao Judiciário, tomar algumas opções políticas, as quais, entretanto, deverão ser fundamentadas em princípios escolhidos pelo próprio povo no momento constituinte.” BARBOZA, E. M. de Q.; KOZICKI, K. Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 59-85, jan./jun. 2012.

indeterminabilidade do conteúdo das disposições, antes de impedir a atividade do magistrado, serve-lhe de justificativa, pois caberia ao intérprete – ou seja, a quem incumbe a tarefa de julgar – estabelecer o significado de cada norma e suas implicações nos casos concretos, de forma a promover a transformação social buscada na Constituição. Conclui-se que a razão pela qual se olha para a Lei Maior para encontrar o fundamento da legitimação da atividade judicial é o fato de que o Judiciário tutela a vontade do povo ali consubstanciada, e o meio de assegurar essa vontade seria a partir da função de controle da administração pública que é exercido pelo Judiciário.<sup>46</sup>

Ao se identificar a missão constitucional de controlar a compatibilidade da conduta do Legislativo e do Executivo com o ordenamento jurídico, muitas vezes se aponta, como consequência, a uma crise<sup>47</sup> do princípio da separação dos poderes ou, ainda, a necessidade de revisar o seu conteúdo, mormente no sentido de que não deve ser entendido da mesma forma pela qual foi concebido. Isso porque a superação do absolutismo foi alcançada num contexto que proporcionou a supremacia do Legislativo, que tinha o Judiciário como seu mero apêndice.<sup>48</sup> O cenário institucional agora é outro, diante das novas funções que vêm sendo reconhecidas aos poderes do Estado. Se antes se falava que a lei era a esperança de contenção do arbítrio, hoje se deposita confiança na função controladora que decorre dos freios e contrapesos. Ora, na hipótese de se pressupor que cabe ao Judiciário intervir nas decisões legislativas e administrativas caso estejam em desconformidade com o Direito, evidentemente que o artigo 2º da Constituição da República não pode significar, ao mesmo tempo, um obstáculo a tal desiderato.

Mas o que significa, então, a separação de poderes? Antes de se apresentar a resposta, deve-se reconhecer que os autores aqui citados se ocupam mais em deixar claro o que não está no seu conteúdo e aquilo que ela não impede do que em estabelecer as suas consequências para o mundo jurídico.<sup>49</sup> Na medida em que se preocupam com estabelecer a

---

<sup>46</sup> Nesse sentido, manifesta-se Clarissa Bohrer: “O controle jurisdicional da Administração Pública encontra sua razão fundante, pois, na Constituição vez que nela resta estabelecido o sistema de jurisdição única, competindo exclusivamente ao Poder Judiciário decidir, com força de definitividade, todas as contendas resultantes da aplicação do Direito e, gize-se, somente elas.” BOHRER, C. C. F. *Judicialização de Políticas Públicas*. In: BOHRER, C. C. F. (et. al.). *CONGRESSO DE DIREITO MUNICIPAL, A FEDERAÇÃO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS EM DEBATE - OFICINAS*, Obra coletiva produzida com os trabalhos apresentados no Congresso. Porto Alegre: ESDM, 2007. p. 35-36.

<sup>47</sup> BORGES, Alice Gonzales. Reflexões Sobre a Judicialização de Políticas Públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, abr./jun. 2009.

<sup>48</sup> Razão pela qual se falava em “juiz boca da lei”. A lei, por sua vez, representava a vontade geral do povo, na acepção conferida pelo contratualismo, cabendo ao magistrado simplesmente aplicar seu texto, sem função criativa do direito.

<sup>49</sup> “Verifica-se, então, que o juiz tem poderes para completar o ordenamento jurídico ou interpretar de modo a viabilizar a justiça, mesmo que para tanto precise ir além do legislador.” FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O*

vinculação de todos os poderes constituídos aos objetivos fundamentais, como se disse antes, bem como ressaltar a inexistência de norma constitucional desprovida de eficácia, a fim de sustentar a aplicação imediata dos direitos subjetivos constitucionais, também é necessário compatibilizar os preceitos invocados com o referido princípio fundamental, de modo que o discurso não fique incompleto.

A lição de João Carlos Medeiros de Aragão parece se alinhar com a posição dos autores estudados, motivo pelo qual se passa a transcrevê-la:

Para Montesquieu, cada poder tem papel específico: o Executivo exerce várias funções do Estado, como administração geral e execução das leis; o Legislativo elabora as leis e corrige as que existem e o judiciário pune crimes e julga litígios entre indivíduos, cidadãos e ente públicos e privados. Nesse contexto, a teoria de freios e contrapesos funciona para manter a convivência pacífica e harmoniosa entre os poderes, uma vez que cada poder refrearia os abusos e as arbitrariedades do outro. [...] A partir, então, do entendimento de que deve haver a divisão das funções do Estado, bem como a individuação dos órgãos deste, sem prevalência de um poder sobre outro, mas com a possível interferência de um no outro, pode-se admitir o controle e a vigilância recíprocos, a fim de se garantir o cumprimento das funções constitucionais de cada um.<sup>50</sup>

Assim é que a especialização de funções se alia à função de controle para dar sentido à separação de poderes prevista no artigo 2º da Constituição da República. O mesmo autor apresenta as diversas espécies de controle, salientando-se que a atribuição não é exclusiva do Judiciário. Com efeito, o controle se exerce por cooperação, quanto existe uma obrigação de praticar um ato típico de outro poder; por consentimento, a fim de conferir eficácia aos atos típicos de outro poder; por fiscalização, com o escopo de velar pela legalidade dos atos dos demais poderes; por correção, em que o controle é mais rígido, haja vista que dele decorre a sustação ou invalidação de atos externos.

Destaca-se, ainda, a atuação conjunta dos poderes como medida democrática a fim de se garantir o projeto de Estado Socioambiental<sup>51</sup> e Democrático de Direito delineado na Lei Maior da República:

---

*Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 57. É de sua autoria a seguinte passagem: “a farmacologia do Judiciário deve encontrar mecanismo para efetivar a Constituição. Não serve de empecilho a conhecida alegação de violação a separação de poderes [...]”FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *Op. cit.*, p. 116.

<sup>50</sup> ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. *Judicialização da Política no Brasil: influência sobre atos interna corporis* do Congresso Nacional. Brasília: Edições Câmara, 2013. p. 33-34.

<sup>51</sup> Sobre o Estado Socioambiental, ver FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito Constitucional Ambiental*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo Wolfgang. *Estado Socioambiental e Mínimo Existencial (ecológico?): algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. SARLET, Ingo Wolfgang. PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE

A legitimidade do sistema de justiça para atuar na concretização dos direitos sociais se daria, então, a partir de uma ideia dúplce de representatividade. Seria a combinação entre *representação política* (derivada do processo eleitoral) e *representação funcional* (estabelecida pela Constituição). Tal conjectura expande a participação e a influência da sociedade no processo político através de todos os meios disponíveis, inclusive o sistema de justiça. A representação funcional equivaleria a mecanismos de democracia direta, presentes na ideia de comunidade de intérpretes da Constituição. Deste modo, não haveria uma substituição de lugar da democracia, da esfera político-representativa para a de ordem funcional, mas sim uma ampliação da representação democrática, posto que a cidadania política daria, ao menos em tese, ao homem comum o poder de participar do processo de criação das leis, enquanto a cidadania social oportunizar-lhe-ia acesso, através de ações judiciais individuais e coletivas, ao processo de aplicação das leis.<sup>52</sup>

Em síntese, foram identificadas como justificativas democráticas para viabilizar a atuação judicial (i) a constitucionalização de políticas públicas e de questões políticas como verdadeiros direitos subjetivos; (ii) a ressignificação da separação de poderes; (iii) o sistema de freios e contrapesos; (iv) a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais; (v) a vinculação de todos os poderes constituídos às normas constitucionais; (vi) a função de controle e de garantia exercida pelo Judiciário; (vii) a inafastabilidade do controle jurisdicional como garantia fundamental; (viii) o papel contramajoritário exercido pela jurisdição constitucional; (ix) a democracia cujo exercício é viabilizado a partir do processo civil; (x) o sistema presidencialista e a sua relação com a elevação do Judiciário à condição de efetivo Poder de Estado; e (xi) a nova dogmática constitucional transformadora.

Verificados os fundamentos apresentados para legitimar a atuação dos juízes na destinação de recursos públicos para as políticas públicas que garantem a efetividade de direitos fundamentais, impende adentrar nos argumentos apresentados pelos autores estudados para a decisão dos casos concretos.

---

DO SUL; BRASIL; PROJETO PENSANDO O DIREITO. As resoluções do CONAMA no âmbito do estado socioambiental brasileiro. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2009.

<sup>52</sup> ETGES, Filipe Madsen. Justiciabilidade das Políticas Públicas: desafios e possibilidades. *Revista de Estudos Legislativos*, Porto Alegre, ano 4, n. 4, p. 125-158, 2010. Ainda sobre a “comunidade de intérpretes” da Constituição, na linha doutrinária de Peter Häberle, vale citar, entre outros, Werneck Vianna: “Para P. Häberle, a quem se deve a formulação do conceito de Constituição aberta, a Constituição é a “sociedade mesma constituída”, e a sua interpretação é um processo aberto que envolve, no Estado de direito, uma democracia de cidadãos. Em Häberle, apesar de sua enfática afirmação de que ‘não haverá retorno a Rousseau’ se fazem presentes ressonâncias rousseauianas, ao menos na percepção de alguns dos seus intérpretes, como Paulo Bonavides, que ressalta o quanto essa construção da Constituição aberta redescobriria ‘a noção do povo como essência e expressão da vontade geral.’ Mas é o mesmo Bonavides quem circunstancia a contribuição daquele autor, que demandaria, ‘para a eficaz aplicação [da Constituição aberta], a presença de sólido consenso democrático, base social estável, pressupostos institucionais firmes, cultura política bastante ampliada e desenvolvida, fatores, sem dúvida, difíceis de achar nos sistemas políticos e sociais de nações subdesenvolvidas ou em desenvolvimento.” VIANNA, Luiz Werneck et. al. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 39-40.

## 2.2 Como Se Deve Decidir? A Questão dos Fundamentos das Decisões Judiciais Sobre Políticas Públicas

*Os xamãs (juízes), nos rituais xamânicos (processo), dizem ouvir uma luta espiritual entre ‘os espíritos’ (princípios jurídicos) que brigam entre si, e dizem à comunidade quem foi o vencedor.<sup>53</sup>*

Após identificar por que o juiz pode decidir sobre determinada política pública, passa-se a analisar o que a doutrina que se volta para o problema da sua judicialização apresenta como proposta de solução dos casos concretos, isto é, quais devem ser os fundamentos da decisão judicial no controle das políticas públicas.

O estudo dos fundamentos decisórios justifica-se porque o campo das políticas públicas apresenta elevado grau de indeterminação normativa<sup>54</sup>, o que acaba imprimindo à fundamentação da decisão a função – ainda que não seja exclusiva – de obter legitimidade a partir da argumentação<sup>55</sup>, razão pela qual existe uma vinculação com o tema abordado no subcapítulo anterior. Quer-se dizer que os textos legais ou constitucionais são recheados de conceitos ou expressões de significados imprecisos ou, até mesmo, pode-se tratar de situações de ausência de qualquer norma específica a respeito, principalmente quando se fala em

---

<sup>53</sup> BADIN, Arthur Sanchez. *Controle Judicial das Políticas Públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 75. A referência à “teoria do xamanismo judicial” é feita no início do subcapítulo porque representa, em boa parte, a proposta de enfrentamento das questões interpretativas que envolvem a judicialização de políticas públicas.

<sup>54</sup> “A abertura dos enunciados normativos constitucionais permite o exercício de discricionariedade por parte do intérprete, fazendo com que a teoria da argumentação se torne elemento decisivo na interpretação constitucional, principalmente por que a solução de um dado problema não se encontra previamente estabelecida pelo sistema constitucional, mas depende de valorações objetivas e subjetivas que devem ser feitas a partir da realidade, para que então se realize a melhor escolha dentre as possíveis soluções.” PEDRA, Anderson Sant’Ana. Parâmetros para uma decisão racional em casos de judicialização de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 41, p. 91-105, abr./jun. 2013. No mesmo sentido das diversas escolhas possíveis diante das disposições abertas e muitas vezes contraditórias entre si, mas com total descrença na possibilidade de que a dogmática jurídica apresente soluções para o problema, confirma-se BADIN, Arthur Sanchez. *Controle Judicial das Políticas Públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 94.

<sup>55</sup> “Diante de textura, por vezes, tão plurissignificativa, será a partir da argumentação que o juiz poderá conferir racionalidade à abertura conferida pelo sistema. [...] Nesses tempos de eliminação de arbitrariedades no âmbito de qualquer atividade estatal, a nova mentalidade gera influxos no dia-a-dia do juiz, que deve adotá-la como autêntico compromisso legitimados no desempenho de seu mister de fundamentar as decisões, em respeito, ainda, à própria soberania popular. [...] isto porque, no ‘direito autoritário, aquele que impõe pelo respeito e pela majestade, não previas motivar’. Todavia, ‘aquele que se quer democrático, pela obra de persuasão e razão, deve procurar pela motivação, obter uma adesão arrazoada’, aponta Perelman.” SOUZA, Rafael Ramos Monteiro de. Luzes sobre Têmis: a motivação como imperativo ético e legitimador do juiz. *Revista da AGU*, Brasília, ano X, n. 29, p. 7-36, jul./set. 2011.

omissão do Estado, que são os casos de que a doutrina mais se ocupa.<sup>56</sup> Isso porque para solucionar as ilegalidades por ato comissivo, boa parte das vezes, basta a declaração de invalidade, enquanto a omissão demanda uma integração criativa.

A grande incerteza que logo de início é constatada leva os autores que sustentam a legitimidade democrática do juiz para decidir os casos abordados a apontar a necessidade de se observarem limites na hora de julgar os pedidos, haja vista que a indeterminação ou inexistência normativa não significa um cheque em branco para o juiz – da mesma forma que, de acordo com os autores estudados, não corresponde a uma liberdade ilimitada do legislador e do governante, o que leva ao controle de juridicidade dos atos de outros poderes. Enfim, existem limites para todos, e no Direito é que deve(ria)m ser encontrados.

Ao mesmo tempo em que se reconhece a inexistência de solução clara no ordenamento jurídico para os problemas tratados, entende-se que o fato é uma decorrência de um novo momento constitucional que se vive, em que a aplicação do Direito é realizada, de acordo com os autores agora analisados, de forma diversa daquela proposta no positivismo. Veja-se o que diz Américo Freire Júnior a respeito:

O dogma da completude do sistema jurídico por meio do legislador está sepultado. Hoje somente é possível falar na completude do sistema a partir de uma Constituição principiológica que requer um novo papel dos intérpretes, especialmente dos juízes. A simplória operação silogística não tem aplicação exclusiva. Estamos em um novo momento do direito, em que o alcance da solução mais adequada depende de uma fundamentação complexa, envolvendo inúmeras variáveis. [...] O juiz tem a missão constitucional de impedir ações ou omissões contrárias ao texto, sem que com essa atitude esteja violando a Constituição.<sup>57</sup>

Portanto, na busca pela resposta à questão de como decidir os casos concretos, formou-se um consenso que repele o positivismo jurídico como teoria apta a solucionar as controvérsias formadas no Estado de Bem-Estar Social, pressupondo-se que as regras jurídicas não são o único objeto da ciência jurídica e, por consequência, deixar de levar isso

---

<sup>56</sup> Nesse sentido, CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 82. Ainda, parte da doutrina entende que o tratamento que o judiciário deve conferir às omissões deve ser diferenciado quando existe uma decisão expressa da administração pública de não adotar o comportamento que se busca por meio da demanda judicial, isto é, quando não se cuida, meramente, de uma inação, mas de uma opção deliberada por não agir de determinada forma. Nesse sentido, embora verse sobre o direito à saúde, mas cujas conclusões podem, em tese, ser estendidas ao direito ao meio ambiente, ver JAQUES, Marcelo Dias; KRAUSE, Priscila Tahisa. A Judicialização da Saúde no Estado do Rio Grande do Sul e o Princípio da Separação dos Poderes. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, Porto Alegre, v. 34, n. 72, p. 73-105, jul./dez. 2013.

<sup>57</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 44.

em conta impede que se tomem as decisões mais justas – que decorrem da observância dos fins do Estado – para se aplicar a mera subsunção do fato à letra da lei.<sup>58</sup>

Em suma, os parâmetros se repetem nas obras analisadas, ainda que existam variações quanto à importância atribuída por cada autor a cada um deles. Tem-se falado que o juiz deve considerar os limites impostos pelo mínimo existencial, a reserva do possível e o princípio da proporcionalidade. Antes de se descrever a forma pela qual cada um dos argumentos deve fundamentar a decisão, vale uma advertência. Aponta-se como sua origem o Direito Constitucional alemão.<sup>59</sup> Diante disso, a fim de se contextualizarem as razões de que se originaram a sua criação, e tendo em vista que seu objeto é a aplicação e tutela dos direitos sociais, é imprescindível ressaltar que a Constituição alemã não prevê direitos sociais expressos, salvo raríssimas exceções.<sup>60</sup> Assim, a construção em cima do mínimo existencial serve para sustentar a existência de direitos sociais mínimos que devem ser concretizados pelo Estado para garantir a dignidade dos cidadãos. De outro lado, a reserva do possível se apresenta como um limite para as pretensões sociais, de forma que apenas seja assegurado aquilo que razoavelmente se pode esperar do Poder Público.<sup>61</sup>

No caso brasileiro, diante do extenso rol de direitos fundamentais sociais e difusos, os institutos, ao menos no que diz respeito à justificação da existência dos referidos direitos, são nitidamente prescindíveis, haja vista que existe decisão constitucional expressa a respeito. Mesmo assim, as construções doutrinárias e jurisprudenciais a respeito são marcantes na doutrina que gradualmente se consolida sobre o tema, motivo que impõe uma análise mais acurada.

De início, é necessário enfatizar que a aplicação direta das normas constitucionais de direitos fundamentais para sustentar as prestações materiais que correspondem às políticas públicas encontra como referencial teórico a teoria da eficácia dos direitos fundamentais<sup>62</sup> e o neoconstitucionalismo.<sup>63</sup>

<sup>58</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 133.

<sup>59</sup> “Por sua vez, a ‘reserva do possível’ foi um argumento trazido ao direito brasileiro por importação acrítica do que foi decidido pelo Tribunal Constitucional alemão a respeito do caso conhecido como *numerus clausus*. Neste julgamento a Corte decidiu que o direito a prestações do Estado condiciona-se à razoabilidade.” FONTE, Felipe de Melo. *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 326.

<sup>60</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 500.

<sup>61</sup> Cita decisão da Corte Constitucional Federal da Alemanha nesse sentido SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 287.

<sup>62</sup> “O modelo ponderativo de Alexy oferece-nos, para além do exposto, talvez a melhor solução para o problema, ao ressaltar a indispensável contraposição dos valores em pauta, além de nos remeter para uma solução calçada nas circunstâncias do caso concreto [...]. Assim, em todas as situações em que o argumento da reserva de

Quanto ao neoconstitucionalismo, entende-se que o movimento parte de uma crítica ao positivismo normativista, que chega a ser identificado como maneira de legitimação dos regimes totalitários<sup>64</sup> ocorridos na Segunda Guerra Mundial, período durante o qual se assistiu às maiores atrocidades aos direitos humanos. A argumentação utilizada por quem se diz integrante do movimento neoconstitucionalista muito se assemelha aos fundamentos da doutrina brasileira do controle jurisdicional de políticas públicas, razão pela qual se pode dizer que, ao menos em linhas gerais, que os autores abordados neste capítulo são manifestações deste “novo paradigma” do Direito Constitucional. Em apertada síntese, pode-se definir o neoconstitucionalismo a partir de três elementos identificados pela literatura<sup>65</sup>. Os traços marcantes desse novo modo de pensar a Constituição e a dogmática jurídica decorrem de elementos históricos, oriundos do constitucionalismo pós-guerra e seus valores fundantes identificados com a dignidade humana; elementos filosóficos, destinados à leitura moral das normas constitucionais que consagram os referidos valores fundamentais, em virtude da proposição pós-positivista no sentido de abandonar a legalidade pura para se aplicar o direito na linha dos referidos vetores axiológicos de interpretação de todas as normas, especialmente as constitucionais; e elementos teóricos que, por sua vez, são produzidos pela mudança de rumo filosófico, imbricada ao papel decisivo da jurisdição constitucional, a partir de uma dogmática de interpretação jurídica que exalta a força normativa da Constituição e dos princípios com o objetivo de impregnar as decisões judiciais com os valores constitucionais. A isso se soma a utilização do método da ponderação para solução da colisão entre valores

---

competência do Legislativo (assim como o da separação dos poderes e as demais objeções aos direitos sociais na condição de direitos subjetivos a prestações) esbarrar no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou, nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes (fundamentais, ou não) resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e Canotilho, que, na espera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações [...]”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 349.

<sup>63</sup> Acerca da sua relação com o controle das *policies*, ainda que trate de uma política pública específica, cita-se: “Se a partir da CRFB/88 foi possível aos cidadãos brasileiros pleitear direitos sociais em sede judicial, de forma direta e imediata, é porque mudanças de paradigmas foram operadas no interior de ordenamento jurídico pátrio, sendo necessário compreender as transformações no direito constitucional para compreender o complexo fenômeno da judicialização da saúde. Dessa maneira, em um primeiro momento, é preciso identificar as características e como surgiu o neoconstitucionalismo.” MELO, Luíza Viana. Os Limites e Possibilidades do Controle Judicial de Políticas Públicas: o caso da judicialização da saúde. *Direito Público: revista jurídica da advocacia-geral do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n.1, p. 77-103, jan./dez. 2014.

<sup>64</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 46.

<sup>65</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: PEREIRA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 209-214. Retornar-se-á ao tema do neoconstitucionalismo no capítulo seguinte.

dissonantes identificados na Constituição a partir das teorias axiológicas dos direitos fundamentais.<sup>66</sup>

A judicialização é apontada pela maior parte<sup>67</sup> da literatura que trata do tema como a solução para o problema da omissão estatal ou, ainda, da insuficiência das políticas públicas. Em razão disso, o controle de políticas públicas pelo juiz passa pela análise de uma (in)ação do Poder Público. Ao decidir, deve o magistrado avaliar se o Direito obrigava a Administração Pública – ou até mesmo o legislador – a adotar determinado comportamento que não ocorreu da forma esperada, que equivale à satisfação dos direitos constitucionalmente previstos. Em primeiro lugar, vale dizer que à condição de direito subjetivo se soma a dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, que permite a sua aplicação como princípios, de forma integral e imediata.<sup>68</sup>

A literatura jurídica, como já se adiantou, vem adotando parâmetros que pautam a análise de legalidade dos comportamentos estatais relacionados às políticas públicas destinadas a concretizar os direitos fundamentais. Precisa-se identificar uma razão jurídica para sustentar a obrigação de agir do administrador. Nessa linha, partindo-se do pressuposto que os direitos sociais – e mesmo os de terceira dimensão, como é o caso do meio ambiente – são direitos a prestações em sentido estrito<sup>69</sup> e, por isso, são direitos subjetivos, o motivo seria a violação ao referido direito, representando uma lesão ao bem jurídico protegido pela Constituição. A isso equivale dizer que existe uma conduta conforme o ordenamento jurídico

---

<sup>66</sup> MOTA, Marcel Moraes. Teorias Axialógicas dos Direitos Fundamentais e Hermenêutica Constitucional. In: MATIAS, João Luis Nogueira (Coord). *Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 88-103.

<sup>67</sup> Existem pontos de vista que percebem a judicialização, ao menos se for excessiva, como um problema para a sociedade e para Direito em geral. “O grande espaço de atuação estatal ocorre por meio das políticas públicas, em que o Estado coloca seus grandes balizadores em termos de ação prospectiva. A prevenção em detrimento da judicialização excessiva, que não amenizou o problema, mas o tornou ainda mais caótico”. LEDUR, Mariana Leão; LIMBERGER, Têmis. Saneamento: política pública preventiva em saúde coletiva. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 14, n. 76, p. 203-221, nov./dez. 2012. Também é digna de nota a seguinte crítica: “Hoje, os ideais neoconstitucionalistas estão praticamente consolidados no país, com seu tempero tupiniquim, é claro. Na verdade, o que se observa é um verdadeiro caos que se perde em um círculo vicioso de uma população acomodada e um Estado omissivo e corrupto. Neste meio de campo, o Judiciário surge como o grande salvador; aquele que, como guardião das promessas constitucionais, irá concretizar os direitos ali consolidados, em face da inércia dos demais poderes.” SANT’ANNA, Lara Freire Bezerra de. O panorama da judicialização das políticas públicas e seus reflexos na esfera democrática. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 38, p. 35-64, jul./set. 2012. Existe ainda uma crítica sociológica da judicialização que se pode consultar em XIMENES, Julia Maurmann. Uma Proposta de Matriz de Análise para a Pesquisa sobre a Judicialização dos Direitos Sociais. *Revista Direito Público*, v. 11, n. 60, p. 222-237, nov./dez. 2014.

<sup>68</sup> “A aplicabilidade imediata, somada a uma interpretação constitucional de princípios, permite que exista uma verdadeira força vinculante da Constituição e não apenas das normas constitucionais que são consideradas convenientes pelos detentores do poder.” FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 67.

<sup>69</sup> Deve-se citar, nesse sentido, o capítulo quatro da obra de GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Direito Fundamental ao Ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

que, se não praticada, implica violação de um direito fundamental prestacional.<sup>70</sup> Para saber quando isso ocorre, é necessário identificar os interesses ou as posições jurídico-subjetivas que estão ao abrigo das normas constitucionais. Eis o primeiro caso de indeterminação normativa, pois em poucas oportunidades o constituinte expressa o que se deve fazer para concretizar um direito social. Aqui é que a doutrina se socorre dos conceitos do mínimo existencial e do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

O mínimo existencial, consoante se disse ao introduzir o tópico, corresponde às prestações inadiáveis referentes a cada direito fundamental sem as quais não se pode garantir a dignidade humana.<sup>71</sup> Por isso, partindo-se da noção de direito fundamental completo, o conceito equivale a uma parcela daquele feixe de posições jurídico-subjetivas que está vinculada à existência ou até mesmo à sobrevivência humana. Pode-se dizer, nessa linha de raciocínio, que o mínimo existencial corresponde à parte mais importante âmbito de proteção dos direitos fundamentais sociais. Diante da alegada impossibilidade de postergar a realização prática dos direitos quando se fala em mínimo existencial, a aplicabilidade imediata constitucionalmente prevista permite a “justiciabilidade” das prestações fáticas, ou seja, viabiliza que as pretensões – até mesmo individuais – referentes aos direitos sociais sejam acolhidas pelo Poder Judiciário. Nesse sentido é que o núcleo essencial – como limite material de reforma – se assemelha ao conceito de mínimo existencial.

A reserva do possível é outro argumento normalmente considerado nos casos estudados. Trata-se das condições fáticas atinentes à possibilidade de o Poder Público suportar o custo das prestações materiais. Não se quer dizer que o baixo ou alto custo da pretensão seja determinante para se incluir o pedido no âmbito de proteção do direito fundamental, e sim para a imposição judicial de uma obrigação à administração pública.

A impossibilidade fática de arcar com os custos dos pleitos judiciais é ônus que incumbe a quem alega: o Poder Público. Deve ser dito que, a par disso, existe uma tendência de enunciar no que consiste a reserva do possível para, em seguida, deixar claro que a sustentação do referido limite à atuação jurisdicional não pode acarretar a ineficácia das

---

<sup>70</sup> Sentido em que se manifesta Osvaldo Canela Junior: “Há, portanto, lesão ao direito fundamental quando o seu titular não dispuser do bem da vida previsto na norma constitucional. A mera previsão abstrata do direito fundamental, sem a concessão material do bem da vida, implica igualmente lesão e, portanto, sujeita o Estado à obrigação de satisfazê-lo.” CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 42.

<sup>71</sup> “Nesta linha de raciocínio, existe fundamentação normativa para que seja possível exigir, com base neste princípio, ao menos aquilo que compõe a zona de certeza positiva quanto à própria noção de dignidade, compreendida como o mínimo existencial.” FONTE, Felipe de Melo. *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 324.

normas constitucionais.<sup>72</sup> De acordo com a doutrina ora estudada, também se pode alegar que em relação ao mínimo existencial a reserva do possível não é oponível. Não se pode olvidar que existe parcela considerável da teoria que se forma em torno do controle judicial das políticas públicas que entende que a reserva do possível não pode ser alegada em qualquer caso.<sup>73</sup>

Tudo isso considerado, não basta identificar uma prestação como parte do mínimo existencial para que seja acolhida. Como, então, deve decidir o magistrado os casos em que as políticas públicas são judicializadas? A técnica decisória, quase na totalidade dos estudos direcionados ao tema, é a aplicação do princípio da proporcionalidade. Isso porque se entende, em posicionamento amplamente majoritário na doutrina, conforme se verá a seguir, que se chega à decisão dos casos concretos por meio da aplicação de princípios constitucionais relacionados à dupla dimensão dos direitos fundamentais. Por todos que se manifestam no mesmo sentido, cita-se Daniel Silva Passos:

Observa-se a importante função das políticas públicas para a concretização do conteúdo emancipatório da carta constitucional, na medida em que as normas deixam de ser interpretadas com base em seu próprio texto, passando a incorporar mais densamente, o conteúdo dos princípios, das prioridades e das finalidades perseguidas pela política pública.<sup>74</sup>

A proporcionalidade, de acordo com a doutrina que adota a teoria dos direitos fundamentais proposta por Robert Alexy, divide-se em três subprincípios ou máximas parciais. A adequação, que, para o tema estudado, corresponde à aptidão que a pretensão específica possui para garantir a eficácia de determinado direito fundamental social ou difuso; a necessidade, que diz respeito ao meio ou conduta menos gravosa ou custosa para satisfazer o referido direito; e a ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito, que se refere ao grau de satisfação do direito em relação às limitações que a sua garantia no caso concreto provoca.<sup>75</sup> Sobre a importância da aplicação do princípio na solução das políticas públicas

---

<sup>72</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas Constitucionais Programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 240.

<sup>73</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 101-110. O autor considera que a inexistência de recursos é elemento estranho à jurisdição, razão pela qual não pode servir como argumento contrário à procedência do pedido, em virtude da independência do Poder Judiciário.

<sup>74</sup> PASSOS, Daniel Silva. *Intervenção Judicial nas Políticas Públicas: o problema da legitimidade*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 58.

<sup>75</sup> Por ora, basta a menção à lição de BADIN, Arthur Sanchez. *Controle Judicial das Políticas Públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 83-84. Salienta-se que o tema será objeto de análise mais detida nos capítulos seguintes.

judicializadas e avaliação da essencialidade dos direitos fundamentais, cita-se, novamente, Osvaldo Canela Junior:

O princípio da proporcionalidade, na ciência processual, instrumentaliza a intervenção do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas [...] é o catalisador das soluções possíveis a serem aplicadas pelo Poder Judiciário ao caso concreto, viabilizando a efetivação dos direitos fundamentais. *Sem este instrumento constitucional e processual, os direitos fundamentais se esvaziariam, porquanto o Poder Judiciário não teria critério seguro para a substituição da vontade das demais formas de expressão do poder estatal.*<sup>76</sup>

Nesse ponto, um questionamento parece incontornável: com o que se devem ponderar os direitos que sustentam as prestações vinculadas às políticas públicas?

Em primeiro lugar, existe posição no sentido de que a aplicação da proporcionalidade ocorre em situações de ausência material de recursos, para possibilitar uma dilatação do prazo para cumprimento das obrigações constitucionais.<sup>77</sup> No caso, a ponderação se faz em contraponto com a estabilidade orçamentária do Estado. A respeito, entende Osvaldo Canela Junior que o orçamento não pode ser óbice à concretização de direitos sociais, pois deve ser um instrumento de realização da Constituição. Veja-se o modo pelo qual se opera o controle de proporcionalidade segundo o autor:

No exercício de suas atribuições constitucionais, o Poder Executivo e o Poder Legislativo deverão realizar, espontaneamente, os ajustes orçamentários necessários para a materialização dos fins estabelecidos no art. 3º da Constituição Federal, satisfazendo, espontaneamente, os direitos fundamentais. *Os critérios eleitos por aquelas formas de expressão do poder estatal poderão, ou não, observar o princípio da proporcionalidade. A discussão sobre a proporcionalidade dos critérios eleitos para a irradiação dos direitos fundamentais será o objeto de análise do Poder Judiciário que, na qualidade de forma de expressão do poder estatal, poderá realinhar a conduta dos demais poderes, substituindo a margem de escolha pela vinculação do orçamento ao cumprimento da decisão transitada em julgado. [...]* Conclui-se, pois, que *a interferência do Poder Judiciário no orçamento público não somente é permitida, como igualmente obrigatória, nas hipóteses de violação dos direitos fundamentais sociais.*<sup>78</sup>

No sentido da viabilidade da interferência do Poder Judiciário no orçamento, Américo Freire Júnior anota que a análise dos casos concretos permite que se identifique um conflito entre regras orçamentárias e a concretização dos direitos fundamentais por meio de políticas públicas. Para o autor, estas devem prevalecer na medida em que os problemas financeiros não podem inviabilizar a eficácia dos referidos direitos, mesmo que se considere

<sup>76</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 165.

<sup>77</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 44 e 103.

<sup>78</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 110-111.

que a “reserva do possível é um argumento que deve ser analisado e sopesado na hora da decisão judicial.”<sup>79</sup> O resultado da ponderação já é apresentado sem que esteja delineado o caminho percorrido para nele chegar, o que se faz para privilegiar a dignidade humana e as normas fundamentais dela decorrentes. Em outra parte da obra, adverte-se sobre a potencialidade subjetivista da proporcionalidade, a que se contrapõe uma visão substancial<sup>80</sup> da Constituição como suficiente para coibir a falta de referenciais valorativos do princípio supracitado, além da existência de mecanismos de controle, aparentemente identificados como a exigência de fundamentação e uma futura modificação do entendimento jurisprudencial por meio da reforma constitucional.<sup>81</sup>

Além disso, defende o mesmo autor, para que se atinja a finalidade acima declarada, a expansão dos poderes dos juízes, de forma que não haja limitação da decisão ao pedido caso esse não seja adequado.<sup>82</sup> A seguinte passagem, sobre a condução e final decisão do processo, merece transcrição:

Especialmente em um país desigual como o nosso, deve o juiz buscar sempre evitar que o vencedor da demanda seja aquele que possui um advogado mais iluminado, ou recursos que possam comportar uma maior dilação do processo, fazendo com que o verdadeiro titular do direito material possa ver garantido seu direito por meio do Poder Judiciário.<sup>83</sup>

Ainda que promova uma abordagem diferenciada sobre o tema, distinguindo a forma e extensão do controle judicial conforme exista ou não previsão legal e constitucional a respeito da política pública, bem como no que diz respeito à sua formulação em relação à execução, Eduardo Appio não se distancia das posições acima transcritas. Isso porque, mesmo que reconheça a possibilidade de que a atividade interpretativa resulte em tirania judicial,

<sup>79</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 78-79.

<sup>80</sup> “O embate aparentemente paradoxal entre democracia, constitucionalismo e direitos fundamentais aparece, à evidência, na alteração entre ‘procedimentalistas’ e ‘substancialistas’, ou seja, entre aqueles que defendem concepções puramente procedimentais da Constituição, segundo as quais o princípio do constitucionalismo deve ser apenas a estrutura formal que garanta o funcionamento do regime democrático, sem contudo, defender valores substantivos apriorísticos, e aqueles que pugnam pela exclusão de certos conteúdos normativos do poder de disposição legislativa, limitando o sistema democrático por meio de direitos indisponíveis. Em suma, o debate gira em torno justamente da legitimidade ou não do Poder Judiciário de impor condutas a chefes do Executivo e a integrantes do Poder Legislativo, em nome da efetivação constitucional.” FUHRMANN, Italo Roberto. *“Judicialização” dos Direitos Sociais e o Direito à Saúde: por uma reconstrução do objeto do direito à saúde no direito brasileiro*. Brasília: Consulex, 2014. p. 22.

<sup>81</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 120-125.

<sup>82</sup> Sentido em que também se manifesta CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 153-159, chegando o autor a falar que a *plasticidade do provimento jurisdicional é um princípio implícito de magnitude constitucional*.

<sup>83</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 100.

anota que o magistrado exercita um verdadeiro ato de vontade ao fixar o sentido de determinado princípio constitucional, diante da impossibilidade de se obter parâmetros objetivos para aplicação da norma. Nessa atuação, o juiz é influenciado por suas concepções pessoais e, no que tange às políticas públicas, são decisivas as ideologias a respeito da função do Estado contemporâneo e da democracia.<sup>84</sup> Sobre a atividade controladora e os princípios, diz o autor:

Diante de seu importante papel político, a Função Controladora não pode ser controlada, devendo, contudo, exercitar sua autocontenção, diante da abertura normativa possibilitada pela interpretação dos princípios constitucionais e a conformação analítica da Carta de 1988.<sup>85</sup>

Ao final, conclui que “a democracia depende essencialmente das tradições e pré-compreensões que cercam seus intérpretes<sup>86</sup>,” não sendo possível extrair do texto constitucional uma fórmula ideal de aplicação de suas normas. Nada obstante, destaca-se que, “diante desse contexto, apenas o juiz detém condições de, considerando todos os preceitos constitucionais potencialmente aplicáveis, ponderar a respeito de qual deles deve preponderar, harmonizando a desordem [...]”<sup>87</sup>

A questão da resolução dos casos de judicialização dos direitos sociais também é enfrentada pela teoria dos princípios por Felipe de Melo Fonte.

Sobre a distinção fez-se ainda três outros apontamentos. O primeiro concernente ao núcleo essencial dos princípios, que consiste naquele conjunto de efeitos que compõem o núcleo mínimo de sentido da norma. Logo, aquilo que puder ser considerado parte integrante desta zona de certeza quanto às exigências do princípio, deve ser *prima facie* judicialmente sindicável. Segundo, as regras ordinariamente devem ser cumpridas, e não ponderadas ou afastadas por razões variadas. Os direitos fundamentais previstos na forma de regras são posições jurídicas definitivas estatuídas pelo poder constituinte originário em favor dos indivíduos. Por fim, o método adequado para a solução da colisão de princípios é o da ponderação.<sup>88</sup>

Apresenta-se, após a constatação e em linha de conclusão, uma série de princípios que seriam aplicáveis às “infinitas possibilidades” de controle judicial das políticas públicas. Respondendo-se à indagação antes formulada, a ponderação se daria entre a pretensão jurídica

<sup>84</sup> APPIO, EDUARDO. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 60.

<sup>85</sup> APPIO, EDUARDO. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 62.

<sup>86</sup> APPIO, EDUARDO. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 251.

<sup>87</sup> PASSOS, Daniel Silva. *Intervenção Judicial nas Políticas Públicas: o problema da legitimidade*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 115.

<sup>88</sup> FONTE, Felipe de Melo. *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 325.

a uma prestação material sustentada em um direito fundamental e o “princípio da destinação da maior quantidade possível de recursos ao adimplemento de direitos fundamentais prestacionais”, em substituição ao que seria a reserva do possível do ponto de vista jurídico, na visão do autor. Vale citar posição parcialmente distinta, mas ainda homenageando a ponderação e a proporcionalidade:

Concluimos que, dentre métodos disponíveis para interpretação, o melhor (ou ao menos o que possui menores dificuldades) é o da ponderação ou balanceamento, que, conforme vimos acima, não é a mesma coisa que a proporcionalidade atuando em um momento anterior a esta, pois o balanceamento se dá entre bens e valores, ao passo que esta se dá entre meios.<sup>89</sup>

Assim, ainda que exista posição sustentando a diferença entre proporcionalidade e balanceamento ou ponderação, enquanto a maioria trata esta como uma das etapas daquela, a forma de pensar não se altera, pois o “sopesamento” ocorre entre direitos e bens ou valores constitucionalmente consagrados. Registra-se que o texto conclui pela superioridade do balanceamento após a análise das críticas dirigidas ao princípio, sem, contudo, analisar outras propostas interpretativas.

Mas nem todos os trabalhos voltados para o problema investigado chegam aos mesmos resultados ou utilizam o mesmo referencial teórico. Há até mesmo quem classifique os tipos de lentes com as quais a questão da judicialização de políticas públicas é visualizada. Para Arthur Sanchez Badin, a abordagem aqui realizada enquadra-se como dogmática ou deontológica, haja vista que as atenções estão voltadas para os fundamentos utilizados nas decisões judiciais. Para o autor, que prefere tratar do assunto a partir de uma análise institucional comparada, o problema de *como decidir* pode ser resolvido quando se identifica *quem deve decidir*, partindo-se do pressuposto de que todas as instituições são imperfeitas e apresentam, para cada caso, vantagens e desvantagens em relação às outras. Assim, na verdade, o principal dilema é saber quem está mais bem preparado para apresentar soluções, e as instituições analisadas são, basicamente, o mercado (processo de trocas), o Executivo e o Legislativo (processo político) e o Judiciário (processo adjudicatório).<sup>90</sup>

Mesmo após apresentar duras críticas à discricionariedade judicial e à utilização de argumentos retóricos com disfarce de fundamento jurídico para legitimar opções arbitrárias –

<sup>89</sup> PEIXOTO, Francisco Davi Fernandes. O Princípio do Balanceamento (*Balancing*) ou do Contrapeso de Valores e Bens Constitucionalmente Protegidos. In: MATIAS, João Luis Nogueira (Coord). *Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 169.

<sup>90</sup> BADIN, Arthur Sanchez. *Controle Judicial das Políticas Públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 19-24.

vale lembrar a passagem de sua obra citada no início deste subcapítulo –, chegando a falar em *farra dos princípios e bom-sensismo judicial* diante da forma pela qual a teoria de Alexy é aplicada no Brasil, Badin conclui que a escolha de quem deve decidir incumbe ao Judiciário, que deve *ponderar* as virtudes e fraquezas das instituições que potencialmente podem tomar a decisão acerca de determinada política pública, pois o magistrado dá a última palavra sobre a ação do Estado. Veja-se:

Essa nova conformação da legalidade exige mais que a mera subsunção de fatos à norma: *exige do intérprete fazer escolhas*. Com certo ceticismo a respeito de estabelecerem-se normativamente os limites da revisão judicial (*Indeterminacy Thesis*), o estudo pretende demonstrar que é o próprio Poder Judiciário que deve definir a fronteira de sua intervenção e, em suma, “decidir quem decide”.<sup>91</sup>

A fim de concluir o ponto, retorna-se ao trabalho dos autores do anteprojeto de lei supracitado, que fizeram incluir a proporcionalidade já no art. 2º, I, daquela norma que pretende regular a matéria. Resume-se a posição dominante dos autores com as palavras de Hermes Zanetti Jr., para quem “a análise deste tipo de problema sugere sempre o método da proporcionalidade e da ponderação para sua resolução, pois existe uma clara colisão de direitos fundamentais”,<sup>92</sup> concluindo-se no seguinte sentido:

[...] com relação à intervenção do Judiciário nas políticas públicas, que, por meio da utilização de regras de proporcionalidade e razoabilidade, o juiz analisará a situação em concreto e dirá se o legislador ou o administrador público pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecidos pela Constituição.<sup>93</sup>

Em face de todas as posições expostas, pode-se dizer que se tornou lugar comum a utilização do princípio da proporcionalidade para decisão das demandas que envolvem políticas públicas.

### **2.3 Como Se Decide? As Políticas Públicas Ambientais e Seu Controle Jurisdicional**

<sup>91</sup> BADIN, Arthur Sanchez. *Controle Judicial das Políticas Públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. São Paulo: Malheiros, 2013. 69-70.

<sup>92</sup> ZANETTI JR, Hermes. A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 54.

<sup>93</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 137.

Apresentadas as justificativas doutrinárias para sustentar a legitimidade de atuação do juiz no controle de políticas públicas, bem como os fundamentos que a decisão deve observar para que seja legítima, cumpre, agora, analisar os casos práticos em que o controle acontece, com foco na questão ambiental, objeto desta pesquisa.

Adiantou-se que as decisões analisadas seriam do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.<sup>94</sup> Como se disse, não parece importante o número de casos analisados, na medida em que a pesquisa não é quantitativa.<sup>95</sup> Bastaria uma decisão com fundamentação deficiente sobre um problema ambiental relevante, que pudesse evidenciar um arbítrio, para que justificar a pesquisa realizada. Nada obstante, caso seja possível identificar uma série de precedentes em que os fundamentos se repetem, dando conta dos efeitos que a doutrina analisada produz sobre a teoria da decisão endossada pelo tribunal, restará atendido este fim específico da investigação. Nesse sentido, como se quer pesquisar a forma pela qual se justifica a (des)necessidade de intervenção em determinada política pública ambiental, provavelmente um exemplo, ainda que relevante, não bastasse para demonstrar a magnitude das contribuições significativas e inadiáveis que as teorias da decisão trazem para o Direito como um todo.

Passa-se, pois, a descrever os casos analisados e os fundamentos decisórios. A finalidade é identificar as semelhanças com aquilo que se chamou de senso comum teórico acerca da judicialização de políticas públicas para, posteriormente, demonstrar – o que será feito somente no terceiro capítulo – que eventual alteração dos critérios de controle dos casos analisados ensejaria um resultado diferente.

Quanto ao espaço temporal pelo qual a pesquisa se estende, tendo em vista que as obras estudadas nos primeiros dois subcapítulos são recentes, mostra-se suficiente que as decisões guardem uma relação de contemporaneidade a fim de que sejam cotejadas com o estado atual da doutrina para que os objetivos sejam preservados.

---

<sup>94</sup> O inteiro teor das decisões citadas pode ser encontrado no endereço eletrônico do TJRS: <[www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)>, pesquisando-se pelo número do processo citado neste trabalho na ferramenta de pesquisa de jurisprudência.

<sup>95</sup> Também parte do mesmo pressuposto Guilherme Valle Brum: “Essa quantidade de decisões me possibilitará, nos limites deste ensaio, examinar com alguma profundidade as respectivas fundamentações. A propósito, o número de acórdãos não é um fator determinante para minha pesquisa, porque o intuito é verificar se os parâmetros de controle da discricionariedade judicial adotados aqui são aptos para cumprir o seu objetivo: a sindicabilidade racional do discurso dos juízes.” BRUM, Guilherme Valle. *Uma Teoria para o Controle Judicial de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 09.

Para este trabalho, se utilizados os critérios de pesquisa “políticas públicas” e “meio ambiente”, são encontrados 41 resultados no endereço acima, razão pela qual a análise de mais de uma dezena de precedentes distintos, tendo em vista a repetição que por vezes ocorre, mostra-se suficiente para os objetivos da pesquisa, bem como adequada aos seus limites.

Vejam-se as decisões.

No agravo de instrumento nº 70063634703, o Município de Cambará do Sul insurgiu-se contra decisão que antecipou os efeitos da tutela na ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, que objetivava a realização de obrigações de fazer em área utilizada como depósito irregular de resíduos sólidos. A decisão recorrida assentava-se na Resolução do CONAMA nº 416/2009<sup>96</sup>, que impõe ao poder público o dever de recolher pneus usados para que lhes seja dada a destinação adequada, proibindo-se expressamente que fiquem a céu aberto, e mencionava a existência de prova documental que comprovava a ocorrência desta situação vedada. O agravo foi provido liminarmente pelo relator. O julgador reputou legítima a preocupação do MP, ressaltando que o problema existia e necessitava de solução, mas entendeu que a separação de poderes impedia o deferimento do pleito formulado na ação civil pública. Fundamentou a decisão alegando que a determinação pretendida pelo *parquet* representava invasão indevida na atividade político-administrativa, e a sua procedência poderia redundar no ajuizamento de ações semelhantes, inviabilizando a atividade administrativa. Utilizaram-se as disposições sobre competências orçamentárias; também se citou decisão no mesmo sentido proferida pelo Supremo Tribunal Federal, mas sobre matéria diversa. Foi dito, ainda, que o mesmo órgão julgador acolhia pretensões vinculadas a direitos fundamentais, como a saúde, mas que o presente caso não se enquadrava nas mesmas possibilidades.

Em dezesseis ações civis públicas ajuizadas em face do Município de Três de Maio, julgadas na Apelação Cível nº 70058359571, o Ministério Público buscava, com fundamento na dignidade da pessoa e no direito fundamental ao equilíbrio ecológico ambiental, a realização, entre outros, “de instalação de rede de esgoto, de distribuição de água potável, de iluminação pública, a promoção de obras para escoamento de águas, a manutenção de cobertura vegetal para hígidez dos terrenos, a proteção de cursos de água e o isolamento de áreas para proteção ambiental” em locais objetos de ocupação desordenada. Tanto os problemas ambientais como a competência do Município para a sua resolução restaram

---

<sup>96</sup> Constaram da decisão recorrida os seguintes dispositivos: Art. 1º. Os fabricantes e os importadores de pneus novos, com peso unitário superior a 2,0 kg (dois quilos), ficam obrigados a coletar e dar destinação adequada aos pneus inservíveis existentes no território nacional, na proporção definida nesta Resolução. §1º Os distribuidores, os revendedores, os destinadores, os consumidores finais de pneus e o poder público deverão, em articulação com os fabricantes e importadores, implementar os procedimentos para a coleta dos pneus inservíveis existentes no país, previstos nesta Resolução. [...] Art. 10. O armazenamento temporário de pneus deve garantir as condições necessárias à prevenção dos danos ambientais e de saúde pública. [...] Parágrafo único. Fica vedado o armazenamento de pneus a céu aberto. [...] Art. 15. É vedada a disposição final de pneus no meio ambiente, tais como o abandono ou lançamento em corpos de água, terrenos baldios ou alagadiços, a disposição em aterros sanitários e a queima a céu aberto.

incontroversos. Fundamentou a decisão de improcedência dos pedidos o *princípio da deferência*, pelo qual somente seria possível ao Judiciário avançar na decisão ou administrativa caso verificado ato francamente desproporcional ou irrazoável, o que não havia ocorrido. Foram considerados, ainda, o comprometimento das receitas municipais, a inexistência de omissão despropositada, haja vista que o Município havia editado, por lei, Plano Municipal de Saneamento Básico<sup>97</sup>, e a potencialidade de que ações do gênero se multiplicassem.

O Ministério Público deduziu pretensão indenizatória em face do Município de Novo Hamburgo e da CORSAN (Companhia Riograndense de Saneamento), com base na responsabilidade pelos danos causados ao meio ambiente, à saúde pública e aos usuários, pela ausência de implementação dos atos necessários à melhoria do serviço público de abastecimento de água e saneamento básico. A questão restou decidida pela Primeira Câmara Cível do TJRS em recurso que levou o nº 70049187982. Entendeu-se que o controle realizado pelo Judiciário cingia-se à legalidade da atuação administrativa, com esteio no princípio da separação e independência dos Poderes. O referido princípio, de acordo com os julgadores, não autoriza o Judiciário a se imiscuir na esfera de competência do Poder Executivo, *ainda que objective assegurar alegados direitos fundamentais, como no caso, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*, pois qualquer decisão a respeito constituiria verdadeiro ato de escolha política e, por isso, alheio ao âmbito de atuação do juiz.

A política pública direcionada à recuperação de área preservação permanente nas proximidades da Barragem Santa Bárbara, degrada em virtude de atividade de extração mineral, foi alvo de ação civil pública proposta pelo Ministério Público em face do Município de Pelotas e do Serviço Autônomo de Saneamento de Pelotas. Na apelação cível 70058173303, julgada pela Vigésima Segunda Câmara Cível, a insurgência recursal dos réus visava à reforma da sentença que condenou a realizar os atos de recuperação na linha do cronograma apresentado pelo autor da demanda, cominando-se multa diária de R\$ 5.000,00 para o caso de descumprimento dos prazos ali fixados. Fundamentou-se a responsabilidade dos réus na competência comum prevista nos artigos 23, VI, e 225, ambos da Constituição, bem como no art. 9º da Lei Complementar 140/11 e nos arts. 4º, VII, e 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81, que tratam da responsabilidade do poluidor. Considerou-se, diante da alegação dos réus no sentido de que o dano havia sido causado por terceiro, que a recuperação ainda assim seria de sua responsabilidade, por se tratar de *obrigação propter rem*. Mencionou-se que o

---

<sup>97</sup> Além da Lei Municipal nº 2.690/2012, foi citada a Lei nº 11.445/2007, que trata das diretrizes nacionais do saneamento básico.

fato de se tratar de violação de direito fundamental por omissão do poder público implicava a obrigação de o Poder Judiciário sindicarem as políticas públicas. O recurso foi parcialmente provido apenas para afastar a multa diária. A fundamentação, nesse sentido, assemelha-se ao raciocínio silogístico da subsunção.

A tutela ambiental destinada a assegurar a proteção de animais domésticos e de tração em situação de risco foi objeto da apelação cível n.º 70053319976, julgada pela Segunda Câmara Cível. O recurso foi interposto pelo Município de São Sebastião do Caí contra sentença que o condenou a “elaborar programa que contemple medidas imediatas de controle de reprodução de animais domésticos para a população de baixa renda e a apresentar projeto de criação de um centro de acolhida e tratamento de animais de tração em situação de risco,” ao que se somava o dever de prever o número de animais que seriam acolhidos, tratados, alimentados, identificados e esterilizados, sendo que o descumprimento seria sancionado com imposição de multa diária e bloqueio de valores. Como fundamentos da decisão que reconheceu a obrigação do Poder Público, citou-se a doutrina de Ingo Sarlet e Andreas Krell acerca da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e da viabilidade de o Poder Judiciário corrigir as omissões administrativas, sem ofensa à separação dos poderes, na medida em que os direitos se referem a prestações em sentido estrito; afastou-se a reserva do possível por considerar que não se trata de impedimento absoluto; no caso concreto, considerou-se que *os princípios do direito fundamental ao ambiente e da saúde pública deverão ser objeto de ponderação com os outros princípios que lhe são contrapostos normalmente, como o princípio da disponibilidade orçamentária ou o princípio da divisão das funções estatais*, com base em parecer do Procurador de Justiça Dr. Anízio Pires Gavião Filho<sup>98</sup>; mencionaram-se os fundamentos constitucionais que impõem a proteção animal; além da tutela jurídica, ressaltou-se que a justificativa era também moral, com base num princípio de solidariedade “inter-espécies”; por fim, por se reconhecer que a omissão acarretava afronta ao núcleo essencial do direito ao ambiente, foi dito que os princípios da separação de poderes e da dotação orçamentária sucumbiam ante aos princípios de tutela ambiental e da saúde,

---

<sup>98</sup> A obra do membro do MP acerca do direito fundamental ao ambiente foi citada neste texto quando se mencionou a noção de direito fundamental completo. Transcreve-se o trecho do parecer que fez parte da motivação da decisão: “Assim, quando colocado o exame de exigibilidade de uma prestação material com fundamento no texto do art. 225 da Constituição Federal, tem-se uma colisão entre o princípio do direito fundamental ao meio ambiente – que configura posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie* – e os princípios constitucionais formais da divisão dos poderes e da disponibilidade orçamentária. Diferentemente do que parecem sugerir algumas decisões judiciais, os princípios da divisão dos poderes e o da disponibilidade orçamentária não detêm primazia ou precedência absoluta sobre todos os outros princípios constitucionais, notadamente sobre as normas de direitos fundamentais. A precedência deve ser sempre condicionada às circunstâncias da situação concreta tomada e não incondicionada, pois todos os princípios constitucionais, em abstrato, encontram-se no mesmo nível – não existem direitos absolutos.”

somente sendo dilatado para 150 dias o prazo para cumprimento da obrigação e realização da dotação orçamentária específica.

Em nova ação civil pública a tutela dos animais domésticos e respectiva a responsabilidade do poder público foram discutidas. Desta vez aforada contra o Município de Taquari, o MP conseguiu, em primeiro grau de jurisdição, a condenação do ente público para o fim de condenar o réu a realizar os procedimentos previstos na Lei n. 2.994/2009<sup>99</sup>, determinando-se o recolhimento dos cães e gatos encontrados em vias e logradouros públicos desacompanhados de seus donos. Os animais deveriam ser restituídos posteriormente aos seus donos ou encaminhados à adoção. Foram também impostas pela sentença obrigações de fiscalizar a conduta dos proprietários de animais, manter registro detalhado sobre os atendimentos e tratamentos realizados, promover campanhas periódicas de educação ambiental e monitorar a venda de produtos que podem causar a morte de animais por envenenamento, cominando-se multa diária no caso de descumprimento. A decisão, contudo, foi reformada pela Vigésima Primeira Câmara Cível (nº 70057341067). Prevaleceu o *princípio da discricionabilidade administrativa*. Disse o relator que, embora se “reconheça a possibilidade da intervenção do Poder Judiciário na órbita do Poder Executivo para a satisfação de direito subjetivos públicos”, citando-se o caso da saúde como exemplo, “essa interferência deve se circunscrever aos limites da reserva do possível e *atender ao princípio da proporcionalidade*.” Restou expressamente consignado na fundamentação que era posicionamento jurisprudencial que o controle judicial do orçamento do Estado somente poderia ocorrer quando existe um direito explicitado por norma infraconstitucional, de modo que caberia ao Judiciário concretizá-lo apenas nesses casos.

Mais uma vez o Poder Judiciário foi provocado para analisar a proteção dos animais domésticos como parte essencial do direito fundamental ao equilíbrio ecológico ambiental. Na apelação cível nº 70047650627, julgada pela Segunda Câmara Cível, discutia-se a pretensão do MP em face do Município de Charqueadas e duas pessoas físicas. A decisão proferida em primeiro grau de jurisdição impôs ao Poder Público as obrigações que seguem, transcrevendo-se os comandos sentenciais: (i) implantação de um canil/gatil, preferencialmente em local não urbano ou em que não vá, de qualquer forma, causar incômodos a moradores lindeiros, para o recolhimento seletivo de animais abandonados ou em situação de risco; (ii) disponibilização de médico-veterinário para o atendimento de animais abandonados ou vítimas de maus-tratos e, inclusive, a proprietários de animais que comprovadamente demonstrem carência

---

<sup>99</sup> Trata-se do Código de Posturas do Município de Taquari.

financeira, através da implementação de pré-requisitos a serem fixados pelo ente municipal; (iii) disponibilização de local adequado, equipamentos, instrumentos e medicação para que o médico-veterinário possa realizar as intervenções necessárias; (iv) implementação de política de controle de natalidade, com a castração de animais de rua, de forma progressiva; (v) implantação de política de adoção dos animais recolhidos e abandonados; (vi) implantação de campanhas regulares objetivando esclarecer e instruir a população da necessidade da posse responsável de animais, de vacinação e de controle de zoonoses, já que o estado atual decorre, em grande parte, da falta de consciência e da cultura da população com os animais; (vii) que anualmente seja realizada dotação orçamentária capaz de manter o canil/gatil e os demais serviços afeitos; (viii) realização de estudo e, conseqüente implementação, de projeto objetivando a diminuição dos animais de rua; (ix) prestar auxílio financeiro à APAC, no montante de R\$ 500,00 mensais. Na fundamentação que manteve a decisão recorrida, restou afastado o princípio da separação dos poderes porque a matéria versava sobre as competências constitucionais dos municípios. Ao final, foi referido precedente do Superior Tribunal de Justiça a respeito da necessidade de ponderação nos casos concretos.

As mais variadas obrigações impostas pelo TJRS ao Município de Charqueadas não atingiram o Município de Santa Maria no que diz respeito à proteção dos animais domésticos. O *parquet* ajuizou ação civil pública sustentada nos artigos 23, VII, e 225, caput, § 1.º, I, III, VII, e § 3.º, da Constituição Federal, e 250 da Constituição Estadual, obtendo provimento jurisdicional favorável para determinar à municipalidade o cadastramento dos animais, a responsabilização dos proprietários pelos cuidados básicos para com estes e, na hipótese de o proprietário não ser localizado, o respectivo encaminhamento a local adequado a fim de que recebam tratamento e cuidados básicos, de forma que não permaneçam nas vias públicas. A decisão foi reformada pela Vigésima Primeira Câmara Cível ao prover a apelação cível nº 70050136134, sendo que houve manifestação do próprio MP no sentido de que deveria ser dado provimento ao recurso do Município. A par de se ressaltar que o Município atuava de forma suficiente para a tutela dos animais domésticos, fundamentou-se a decisão na separação dos poderes, na reserva orçamentária e na discricionariedade do Poder Público quanto à concretização das políticas públicas referentes ao objeto da ação.

O Décimo Primeiro Grupo Cível desproveu os embargos infringentes de nº 70057367245 opostos pelo MP, que havia ajuizado ação civil pública contra o Município de Viamão objetivando a “cessação do despejo de esgoto doméstico em recurso hídrico e do depósito de resíduos sólidos à sua margem e leito”, além de outros pedidos acessórios, como a realização de levantamento topográfico e a colocação de placas no local para alertar a

população. Novamente, prevaleceram o princípio da separação de poderes e a impossibilidade de interferência no orçamento de forma que restassem desacolhidos os pleitos principais. Da forma pela qual a decisão foi fundamentada, a aplicação do princípio não se deu por ponderação, e sim, aparentemente, por subsunção. Foi ressaltado que, se o Poder Judiciário sempre acolhesse pedidos semelhantes do MP, acabaria por substituir o administrador público nas escolhas que lhe cabem, assumindo as competências deferidas ao Poder Público pela Constituição Federal.

O mesmo Município foi réu de outra ação civil pública patrocinada pelo MP, em que o objeto era bastante semelhante ao caso supracitado. No julgamento da apelação cível 70053993200, os magistrados da Segunda Câmara Cível deram provimento ao recurso do *parquet* para condenar a municipalidade realizar levantamento topográfico da área no prazo de quatro meses; remover as famílias ali residentes no prazo de um ano; elaborar e executar projeto de recuperação ambiental da área degradada; despoluir o curso d'água no prazo de dois anos; não permitir novas edificações na área de preservação permanente; além de vistoriar a área semestralmente. A fundamentação teve por base a afronta a Constituição consistente no descumprimento das políticas públicas relacionadas aos direitos fundamentais, haja vista a aplicação imediata prevista no art. 5, § 1º, da Constituição da República. Nesse caso, estaria o Judiciário autorizado a intervir sem que acarretasse invasão na esfera de competência do administrador. Isso porque a sua omissão é *desarrazoada* e, por conseguinte, arbitrária.

A Segunda Câmara Cível do TJRS também apreciou, na apelação cível nº 70050554930, pedido do Ministério Público formulado em ação ajuizada em face do Estado do Rio Grande do Sul e da Fundação de Atendimento Sócio-Educativo (FASE) em que se buscavam medidas para “levantamento dos ocupantes da área do imóvel localizado em Porto Alegre, regularizações fundiária e urbanística, remoção das famílias que ocupam áreas de preservação permanente e/ou de risco, com reassentamento, além de reparação de danos ambientais no local.” Quanto aos pedidos vinculados ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, destacam-se a rede completa de água potável, de esgoto sanitário e pluvial, arborização das vias públicas, remoção dos ocupantes da área de preservação permanente e reparação dos danos ambientais causados no local. Motivou-se a decisão considerando-se que “em situações excepcionais, configurada omissão que atinja direitos fundamentais dos cidadãos, incluindo-se construções em áreas de risco, e existindo grave lesão a bens coletivos de hierarquia constitucional, como a proteção ao meio ambiente, pode e deve o Judiciário intervir,” de modo que não ocorreu invasão de competência na esfera

de apreciação do administrador porque sua opção seria desarrazoada. Basicamente, na fundamentação foram reproduzidos os argumentos do último caso citado. Quanto à lesão ambiental, restou consignado que “as invasões causaram graves lesões ao meio ambiente, especialmente se considerando que há áreas de preservação permanente atingidas e que as moradias não dispõem de saneamento básico, inexistindo sequer serviço de recolhimento de lixo na localidade.”

A amostragem permite constatar que a técnica decisória dos magistrados do Tribunal de Justiça gaúcho na decisão sobre políticas públicas ambientais assemelha-se ao que foi proposto pela doutrina antes analisada. Aplicam-se diretamente os princípios constitucionais, ora mediante a ponderação, ora por subsunção, mas em nenhum dos casos se realizou o teste específico da proporcionalidade do modo proposto por Alexy. Ainda, verifica-se que a maneira pela qual se fundamenta permite chegar-se a resultados antagônicos.

Apresentadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais, acredita-se que se tenha delineado o senso comum teórico a respeito do tema. Nesse sentido, adota-se a lição de Guilherme Valle Brum, que também critica o posicionamento doutrinário que vem se consolidando:

O senso comum – ou ‘as vozes incógnitas das verdades jurídicas’ – designa, de uma maneira geral, ‘as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito’. [...] Boa parte dos autores que formam a doutrina brasileira do controle judicial de políticas públicas deposita grande confiança na atuação do Poder Judiciário para realizar esse controle, atuação que se fenomenalizaria por meio da interpretação de princípios e valores constitucionais que incorporam cânones de moralidade abstrata como justiça social, justiça distributiva, igualdade, interesse público, mínimo existencial, reserva do possível e razoabilidade, mas deixa de trabalhar com um problema central do juspositivismo: o não enfrentamento da questão da *discrecionabilidade judicial* acarretada pela inerente indeterminação do Direito.<sup>100</sup>

É da *discrecionabilidade judicial* e de como se consegue fundamentar a decisão adequadamente conforme o Direito, no que diz respeito às políticas públicas ambientais, que se cuidará nos capítulos seguintes.

---

<sup>100</sup> BRUM, Guilherme Valle. *Uma Teoria para o Controle Judicial de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 25-27.

### **3 O PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: UMA QUESTÃO PARADIGMÁTICA.**

Os casos que envolvem o controle judicial de políticas públicas ambientais encontram, como se viu, respostas bastante diferentes – para se dizer o menos. A pretensão deste capítulo é demonstrar que as decisões antagônicas encontradas ao longo do capítulo anterior são frutos de problemas originados no que se denominou de senso comum criado em torno do tema da pesquisa. Quer-se sustentar que a aposta no protagonismo do julgador e a dependência de sua discricionariedade como parte essencial de uma teoria da decisão judicial, antes de resolverem a indeterminação do direito, trazem controvérsias ainda mais graves do que aquelas que se buscam solucionar.

A doutrina brasileira do controle judicial de políticas públicas, aqui entendida como a posição dominante exposta ao longo da primeira parte da obra, que encontra seus expoentes na corrente instrumentalista do processo, esconde questões muito mais profundas e fundamentais do que aquelas que se propõe a enfrentar. A discricionariedade judicial é deixada em segundo plano por razões não esclarecidas. Dois motivos podem, aparentemente, explicar essa negligência. De um lado, poder-se-ia supor, a partir das duras críticas dirigidas ao positivismo, que os argumentos analisados no primeiro capítulo dariam conta de superar este paradigma, que tem na liberdade do ato decisório em relação às questões não resolvidas previamente pelas regras a sua principal característica. De outra parte, a discricionariedade aparece, como se verá, como elemento inarredável da técnica de decisão exposta majoritariamente como adequada para resolver os casos em que as políticas públicas são judicializadas, motivo que leva a entender que se teria que conviver com a discricionariedade.

A flagrante contradição entre as razões acima expostas de forma singela evidencia a necessidade de enfrentar a discricionariedade judicial. Neste capítulo, esses motivos serão analisados de maneira mais detida. A hipótese agora lançada aponta no sentido de que, quando colocada em primeiro plano, a questão da admissibilidade do poder discricionário do juiz encontrará uma resposta que implica a desestruturação das teorias abordadas na primeira parte do trabalho.

De início, impende cuidar da questão da discricionariedade como um pilar do paradigma que se quer criticar, o que será feito no primeiro subcapítulo. Em seguida, no segundo subcapítulo, a crítica parte para o modelo de teoria decisão endossado pelos autores já estudados. Por fim, quer-se apontar para o horizonte em que a decisão não depende da vontade do juiz.

Antes disso, importa deixar claro o que se entende por discricionariedade. Como ensina Lenio Streck, o termo “quer dizer ‘escolhas’. Quer dizer ‘o direito estar à disposição do intérprete’. A discricionariedade implica que o direito pode amparar soluções diferentes de um mesmo caso, dentre as quais o juiz escolhe a que lhe parece moral ou socialmente mais útil.”<sup>101</sup> É nessa linha que se quer falar da discricionariedade em sentido forte nos termos da teoria de Dworkin, para quem “o poder discricionário existe se duas decisões forem (e não, simplesmente, se se acreditar que sejam) igualmente corretas porque nenhuma das partes tem direito a uma decisão na matéria.”<sup>102</sup>

### **3.1 (Pós)Positivismo e (Neo)Constitucionalismo: Onde Estamos e Aonde Queremos Chegar?**

Não faltam críticas ao positivismo jurídico no setor doutrinário nacional que vem sedimentando a teoria acerca do controle judicial das políticas públicas. O motivo determinante para as divergências reside, na esteira do que se verá a seguir, no desapego à lei propalado pelo neoconstitucionalismo, movimento que enaltece o papel dos princípios, entendidos como valores fundamentais da sociedade, cuja concretização deve ser promovida pelo juiz. As posturas defendidas pelos autores citados no primeiro capítulo assemelham-se, quando não são expressamente declaradas, ao movimento supracitado. Veja-se o porquê dessa constatação.

Ainda que já abordado brevemente<sup>103</sup>, deve-se retomar de maneira mais detida a proposta neoconstitucionalista de figurar como nova teoria do Direito. Em primeiro lugar, há que se deixar claro que o termo utilizado para identificar essa matriz teórica está longe de representar uma unidade teórico-conceitual.<sup>104</sup> Apesar de suas variações, parcela considerável da doutrina reúne fundamentos semelhantes que permitem focalizar um sentido predominante do rumo que a teoria toma, mostrando-se elucidativo o afastamento de alguns autores que outrora se disseram integrantes do “movimento”.<sup>105</sup> Assim, os traços essenciais a seguir

<sup>101</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 598.

<sup>102</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 507.

<sup>103</sup> O neoconstitucionalismo foi sintetizado anteriormente, com base nas lições de Luís Roberto Barroso, no subcapítulo 2.2.

<sup>104</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 115.

<sup>105</sup> Por exemplo, cita-se Lenio Streck: “De todo modo, penso que o uso do termo neoconstitucionalismo se tornou de tal modo problemático que a melhor opção me parece ser mesmo o seu abandono. A concretização daquilo que se manifesta historicamente como constitucionalismo depende, efetivamente, de uma teoria pós-

expostos referem-se ao neoconstitucionalismo dominante no Brasil, o que também se poderá constatar a partir dos fortes ataques que a essa teoria vem sofrendo, na medida em que expressam as contradições existentes nas principais características do mesmo modelo que agora serão descritas.

Os defensores deste novo direito constitucional o apresentam como uma alternativa ao positivismo jurídico, isto é, como uma espécie de “constitucionalismo antipositivista”<sup>106</sup>, quando visualizado num plano mais abrangente. Disso decorre(ria) a sua aproximação com o pós-positivismo.<sup>107</sup> Adiantou-se que a postura pretende surgir como crítica, e um dos argumentos mais marcantes é a condenação do juiz boca-da-lei, combatendo-se o formalismo positivista<sup>108</sup> embasado em uma atividade mecânica na aplicação da lei – que é considerada de maneira isolada –, a partir de raciocínios de subsunção. Oferece, pois, como substitutivo um modelo que não tem somente a lei como fonte do direito, na medida em que reconhece caráter normativo aos princípios. Estes, por sua vez, viabilizam a abertura do texto constitucional aos valores que fundamentam suas disposições, de modo que se enaltece a relação entre moral e direito. Vale citar a lição de Jorge Galvão, como proposta de reunir os principais traços na seguinte definição:

Pode-se considerar Neoconstitucionalismo como sendo uma interpretação da prática jurídica a partir da perspectiva dos juízes, em que a Constituição – editada após o restabelecimento do regime democrático – é tida como uma norma substantiva, composta primariamente de princípios, exigindo do intérprete o manuseio de técnicas especiais, notadamente a ponderação. Ou seja, o Neoconstitucionalismo é um modo específico de enxergar o Direito, no qual se valoriza o papel dos juízes na concretização das promessas contidas no texto constitucional, sendo inequivocamente, uma teoria que busca influenciar o comportamento dos atores jurídicos.<sup>109</sup>

O papel dos princípios é, pois, fundamental para o neoconstitucionalismo. Quando aplicados pelos juízes, os princípios realizam os referidos valores em uma atitude eminentemente corretiva que a moral exerce sobre o direito, especialmente se considerada a

---

positivista que, olhando mais de perto, não possui grande semelhança com aquilo que os teóricos do neoconstitucionalismo postulam.” STRECK, Lenio Luiz. Uma Leitura Hermenêutica das Características do Neoconstitucionalismo. *Revista da AJURIS*, v. 40, n. 132, p. 185-208, dez. 2013.

<sup>106</sup> NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Neoconstitucionalismo e Ciberdemocracia: desafios para implementação da cidadania@ na perspectiva de Pérez Luño. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 49, n. 194, p. 89-105, abr./jun. 2012.

<sup>107</sup> SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. Neoconstitucionalismo. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo: RIASP*, v. 15, n. 29, p. 161-185, jan./jun. 2012.

<sup>108</sup> FIGUEROA, Alfonso García. Neoconstitucionalismo, Derrotabilidade e Razão Prática. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 79, p. 11-33, abr./jun. 2012

<sup>109</sup> GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 59.

prevalência dos princípios sobre as regras que é sustentada pelos defensores desse novo modelo teórico.<sup>110</sup>

Ao decidir, então, os casos em que os raciocínios causais-explicativos se mostram “insuficientes”, normalmente chamados de casos difíceis, abandona-se a subsunção em troca da ponderação, que seria o método adequado para aplicação dos princípios. Retoma-se a lição de Luís Roberto Barroso, um dos principais expoentes do neoconstitucionalismo aqui descrito, a fim de demonstrar a maneira de pensar a aplicar o direito a partir de seu ponto de vista, compartilhado por boa parte dos juristas no Brasil. Veja-se o que se diz do papel do juiz na decisão de casos difíceis:

A subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco podem ser úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos – hierárquico, cronológico e da especialização – quando a colisão se dá entre disposições da Constituição originária. Neste cenário, a ponderação de normas, bens ou valores [...] é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele (i) fará *concessões recíprocas*, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à *escolha* do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional.<sup>111</sup>

As considerações acima podem ser facilmente reconduzidas às posições abordadas ao longo do primeiro capítulo deste trabalho. Nesse ponto, a utilização da palavra *escolha* é digna de nota. Vale ressaltar que não se trata de um acidente. O neoconstitucionalismo exige uma liberdade interpretativa do juiz, chegando-se a falar em “onipotência judiciária” destinada a concretizar a “constelação de valores” a partir do ingresso da moral na atividade de ponderação de princípios, que superam as regras.<sup>112</sup> A isso equivale dizer que existe uma exaltação do papel do Poder Judiciário, que tomou o lugar que no constitucionalismo pertencia ao legislador. Nesse sentido, destaca-se a adoção de bases teóricas que aproximam o sistema jurídico nacional ao *common law* estadunidense, em que o juiz exerce(ria) papel ativo na tarefa de construção do Direito.<sup>113</sup>

Entende-se como proposições neoconstitucionalistas: uma íntima relação entre direito e moral, com a possibilidade de que esta forneça as respostas para os problemas

<sup>110</sup> GOMES, Eduardo Biacchi; ROSSI, Amélia Sampaio. Neoconstitucionalismo e a (Re)Significação dos Direitos Humanos Fundamentais. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 41, n. 133, março 2014.

<sup>111</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 01-42, abr./jun. 2005.

<sup>112</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Apontamentos sobre a Teoria do Neoconstitucionalismo e sua Influência no Controle de Constitucionalidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 397, ano 104, p. 619-632, maio/jun. 2008.

<sup>113</sup> MÖLLER, Max. *Teoria Geral do Neoconstitucionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 43.

jurídicos com base nos valores que penetram nos princípios<sup>114</sup>; a supremacia dos princípios, cujo caráter normativo, a que se soma sua textura aberta, viabiliza uma aplicação direta da Constituição e os valores nela consagrados; a ponderação como método predominante de solução de casos difíceis, a partir do modelo teórico construído por Alexy, que define os princípios como mandados de otimização; bem como a função central e destacada de uma transformada jurisdição constitucional, reconhecendo o magistrado como protagonista na tutela e na concretização dos valores fundamentais, na forma acima descrita.

Estabelecidas as teses fundamentais a partir de que se desenvolve o neoconstitucionalismo, para a avaliação da procedência de seus argumentos, há que se traçar as bases do juspositivismo, mesmo que sem abordar todas as suas variações teóricas.<sup>115</sup> O objetivo é identificar qual o efetivo caráter pós-positivista da postura neoconstitucionalista assumida pelos autores tratados ao longo do primeiro capítulo, isto é, verificar se as suas características permitem afirmar que a tese representa uma superação do positivismo, bem como se ela se coaduna com o novo sentido que a Constituição assumiu nas sociedades contemporâneas.

Pode-se iniciar dizendo que o conceito atual de Constituição não comporta as teses positivistas, como explica Lenio Streck:

E a materialidade das Constituições institucionaliza-se a partir da superação dos três pilares nos quais se assenta(va) o positivismo jurídico (nas suas variadas formas e facetas): o problema da fontes (a lei), a teoria da norma (o direito é um sistema de regras em que não há espaço para os princípios) e as condições de possibilidade para a compreensão do fenômeno, isto é, a questão fulcral representada pela interpretação, ainda fortemente calcada no esquema sujeito-objeto [...].<sup>116</sup>

Já foi dito que as considerações deste capítulo não se destinam a abordar e criticar todas as formas de positivismo, mas sim as suas características essenciais. Ainda assim, deveria ser desnecessário anotar que no estágio atual do pensamento jurídico ocidental não se justifica gastar uma página para criticar a postura do “juiz boca-da-lei”. Isso porque se entende como superado o positivismo primitivo ou exegetico<sup>117</sup>, de modo que o positivismo,

<sup>114</sup> É lugar comum a máxima segundo a qual *princípios são valores*, o que jamais deve ser admitido por uma teoria da decisão elaborada a partir de um constitucionalismo democrático, ainda que este não seja o espaço e o momento adequado para desenvolver o contraponto.

<sup>115</sup> Para uma classificação do(s) positivismo(s) jurídico(s), ver BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

<sup>116</sup> STRECK, Lenio Luiz. Constituição e Hermenêutica em Países Periféricos. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues el al. *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 215.

<sup>117</sup> “[...] o positivismo jurídico enquanto ideologia é identificado nas versões juspositivistas do séc. XIX, que denomino como positivismo primevo ou primitivo, principalmente, na Escola da Exegese. Neste contexto, lei e

há muito tempo, não equivale a uma proibição de interpretar.<sup>118</sup> Contudo, na linha do que foi exposto no primeiro capítulo sobre a doutrina brasileira do controle judicial de políticas públicas, bem como nas características do neoconstitucionalismo, a par do problema das fontes e da teoria da norma, ainda se critica o juiz de postura “passiva”, que seria um mero aplicador da lei.

Ora, esse “desapego” à lei incentivado pelas posturas acima citadas flagrantemente confunde o ataque contra a teoria das fontes (a lei como única fonte do direito) e da norma (o direito como um sistema de regras que não comporta os princípios) com a questão da interpretação do direito, o terceiro pilar sobre o qual se assenta o positivismo e o mais característico de todas as suas formas. Nesse sentido, acresce-se às já mencionadas críticas que a doutrina brasileira do controle judicial das políticas públicas dirige ao intérprete *bouche de la loi* o posicionamento de Osvaldo Canela Jr:

*Entretanto, não se pode mais admitir que o objeto do direito seja, exclusivamente, a lei. A Ciência do Direito há de ampliar seus horizontes, permitindo a abertura do sistema para situações inovadoras e que exijam soluções igualmente inovadoras. O positivismo, como método de pensamento e, neste contexto, a virtude de edificar o sistema para a aplicação do direito segundo padrões científicos seguros. Entretanto, a norma jurídica não poderá ser considerada o único objeto desta ciência, como preconizado por Hans Kelsen.*<sup>119</sup>

Diante disso, questiona-se: quais os padrões científicos seguros para aplicação do direito edificados pelo positivismo? O ataque ao positivismo somente se justificará quando não for direcionado a teses distintas daquelas que foram defendidas, por exemplo, por Hans Kelsen e Herbert Hart, dois expoentes do referido paradigma. Por isso que é necessário retomar as teses do positivismo normativista – que diariamente é criticado como se fosse o exegético, seja por parte do neoconstitucionalismo, seja pelos autores que formam a doutrina brasileira do controle judicial de políticas públicas – no que diz respeito ao problema da interpretação do direito.

Inicia-se pelo maior nome do paradigma positivista. Hans Kelsen reconhece, em primeiro lugar, que a interpretação serve ao conhecimento jurídico com o objetivo de que ele seja compreendido como um todo sem contradições entre as proposições que se destinam a

---

direito tornam-se a mesa realidade e a jurisdição é considerada uma atividade mecânica de aplicação legislativa.” STRECK, Lenio Luiz. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 21.

<sup>118</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O Que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.p. 85.

<sup>119</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 133. Os destaques não constam do texto original.

descrever esse conhecimento científico, solucionando-se eventuais problemas de antinomias entre as normas.<sup>120</sup> Contudo, ainda no capítulo V de sua teoria pura, adianta que a função criadora que o Poder Judiciário exerce na aplicação do direito é indissociável de uma margem de livre apreciação à disposição do julgador, diante da impossibilidade de que o legislador antevêja todas as possibilidades que a norma poderia conter.<sup>121</sup>

A criação do direito é estudada no capítulo sobre a dinâmica jurídica a partir da contraposição de dois sistemas. No primeiro, a função legislativa é responsável pela produção normativa, cabendo aos juízes aplicá-la; no outro oposto, encontra o sistema da livre descoberta, em que as normas são determinadas nos casos concretos com base na livre apreciação dos tribunais. Frente a essa polarização, em vez de escolher entre, de um lado, a segurança jurídica preconizada pela produção de normas gerais ou, de outro, a flexibilidade viabilizada pela normatização individual segundo critérios de justiça, Kelsen opta por uma combinação entre os sistemas, reconhecendo-se a função criativa dos juízes com base na ideia de continuidade do processo de aplicação do direito, das normas gerais para as particulares. A isso equivale dizer que julgar é avançar a tarefa iniciada pelo legislador.<sup>122</sup>

Nada obstante, para desenvolver o tema da interpretação, Kelsen dedicou o menor dos capítulos de sua teoria pura, visto como um apêndice<sup>123</sup> de sua obra. Isso porque tudo indica que a questão sobre o que se deve fazer diante de uma indeterminação – se é que se justifica, tendo em vista o que é defendido pelo autor – já havia sido resolvida na constatação anterior: os tribunais criam o direito quando chega a sua vez de dar continuidade ao processo de produção normativa. Nesse sentido, após descrever no que consiste a indeterminação do direito, no famoso capítulo VIII do livro, Kelsen descreve a decisão como ato de vontade do julgador, momento em que assume uma postura manifestamente crítica ao positivismo exegético, por ele denominado jurisprudência tradicional, que erra ao supor que a aplicação da lei implica um único resultado. Deve-se destacar que a possibilidade de se encontrar uma única resposta correta é por ele rechaçada. A posição fatalista do autor consiste em sustentar que o juiz é livre para escolher um entre os vários sentidos que a norma possa assumir, mostrando-se impossível controlar esse processo. Vejam-se as suas palavras:

<sup>120</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 229.

<sup>121</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 272.

<sup>122</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 279-283.

<sup>123</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 121.

Só que, de um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra. Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como “correta”. [...] a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato.<sup>124</sup>

Portanto, a discricionariedade judicial é parte fundamental da teoria kelseniana, que inadmitia o modelo de juiz criticado por ser passivo ou mecanicista (aquele que era defendido pelo positivismo exegético) e, ao mesmo passo, diante da absoluta impossibilidade de encontrar uma resposta correta e da inarredável liberdade de apreciação, *jamaís construiu padrões científicos seguros para aplicação do direito* simplesmente porque deixou bem claro que, para ele, essa tarefa era inviável. A menos que se entenda útil eleger como objeto de crítica aquilo que Hans Kelsen criticou há quase um século, é preciso focar no positivismo normativista<sup>125</sup> – e na sua tese acerca da discricionariedade – para que seja possível a construção de um modelo pós-positivista.<sup>126</sup>

Nesse sentido, é imprescindível estudar o positivismo moderado de Herbert Hart, haja vista que seu debate com Ronald Dworkin é marcante na transição paradigmática que ora se analisa. Já no início de seu *The Concept of Law*, Hart profere crítica semelhante àquela desenvolvida por Kelsen, na medida em que considera natural a existência de uma escolha a cargo do juiz na interpretação da zona de penumbra que sempre está presente nas regras. O autor também atribui à postura tradicional – que na teoria kelseniana foi denominada jurisprudência tradicional, facilmente reconduzida ao positivismo exegético – o erro de supor que a escolha possa ser substituída por um dever de deduzir os direitos de acordo com raciocínios-causais explicativos, motivo pelo qual a escolha seria essencial na ausência de regras claras o suficiente para fazer com que a interpretação “desapareça”.<sup>127</sup> Por sua vez, a ausência de clareza decorre da limitação inerente à linguagem, cuja precisão somente pode ser

<sup>124</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 391-393.

<sup>125</sup> “[...] há que se ter claro que o positivismo desse tipo é denominado ‘normativista’ porque o ‘juiz produz norma’ e, na medida em que ele tem o poder de produzir normas, o que ele decide vale – eis o cerne do 8º capítulo da *Teoria pura do direito*.” STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 198.

<sup>126</sup> Entende-se que as considerações até aqui expostas já são suficientes para justificar a necessidade da construção de uma alternativa ao positivismo jurídico (no aspecto normativo), tendo em vista que, além do caráter ultrapassado de um modelo que alberga somente regras e tem a lei como única fonte do direito, existe a necessidade de construção de uma teoria da decisão compatível com o controle democrático que é inerente ao novo momento que atravessa as Constituições contemporâneas.

<sup>127</sup> HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 6. ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2011. p. 17.

verificada em determinados casos sobre os quais existe um consenso quanto à aplicação do direito – os casos fáceis. Nesse sentido, entende o autor que os métodos de interpretação não conseguem afastar a incerteza, tendo em vista que eles próprios são expressos por meio da linguagem e dela dependem para sua concreta significação, razão pela qual, em maior ou menor medida, restará aquela textura aberta que constitui o terreno fértil para o ingresso da discricionariedade. A impossibilidade de se alcançar uma situação oposta, que é representada, possivelmente, pela possibilidade de encontrar critérios seguros para responder os casos difíceis, decorre da natureza humana no sentido de ser inviável a predeterminação dos casos para os quais a regra será aplicada, bem como no que diz respeito quanto à dificuldade de expressarmos as regras em termos isentos de ambiguidades ou contradições.<sup>128</sup>

É preciso deixar claro que a discricionariedade judicial, para Hart, não pode se transformar em regra observada em todos os casos. Para sustentar a posição de que o poder discricionário aparece na textura aberta das normas, Hart desenvolve uma crítica às teorias do realismo jurídico, que muito se assemelham a um positivismo fático,<sup>129</sup> a partir da analogia com o jogo de críquete, sustentando que, se não houvesse vinculação do juiz ao direito – ou do árbitro às regras do jogo –, de forma que se verificasse uma ausência de adesão de forma geral às regras, ocorreria uma transformação do próprio jogo, que não mais seria o jogo original, e sim o da discricionariedade do juiz/árbitro.

Em seguida, quando o autor trata da relação entre moral e direito, questão que se apresenta como traço essencial da postura neoconstitucionalista, defende que, nas hipóteses relevantes de grande impacto constitucional, em que a solução jurídica para o caso não se mostrar clara, o juiz *escolha* um dos valores morais aplicáveis, que irá figurar como fundamento da decisão não por ser a resposta correta, e sim porque atribui à decisão um grau de aceitabilidade de uma escolha esclarecida.<sup>130</sup> Também nesse caso parece difícil não apontar o fato de que a função da moral muito se assemelha àquela proposta pelo neoconstitucionalismo.

No posfácio, dedicado basicamente às críticas que Dworkin dirigiu ao seu conceito de direito, Hart rebate seus argumentos e esclarece as teses do positivismo moderado que propõe. Essa moderação se deve, em grande medida, ao fato de não se mostrar contrário à existência de princípios – ainda que seu conceito seja bastante distinto daquele exposto por

<sup>128</sup> HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 6. ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2011. p. 139-143.

<sup>129</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O Que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.p. 85.

<sup>130</sup> HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 6. ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2011. p. 221.

seu crítico – ou de regras morais como fonte do direito, desde que tal previsão conste da regra de reconhecimento. Contudo, o autor britânico deixa expresso que a defesa que faz do poder discricionário do juiz é, de fato, a principal divergência em relação ao seu crítico, que sustenta a necessidade de o julgador encontrar sempre no direito os fundamentos para proferir suas decisões. Pode-se dizer que esse pilar do positivismo hartiano permanece intocável:

Apesar disso, haverá pontos em que o direito existente não consegue ditar qualquer decisão que seja correcta e, para decidir os casos em que tal ocorra, o juiz deve exercer os seus poderes de criação do direito. Mas não deve fazer isso de forma arbitrária: isto é, ele deve sempre ter certas razões gerais para justificar a sua decisão e deve agir como um legislador consciencioso agiria, *decidindo de acordo com as suas próprias crenças e valores. Mas se ele satisfizer estas condições, tem o direito de observar padrões e razões para a decisão, que não são ditados pelo direito e podem diferir dos seguidos por outros juízes* confrontados com casos difíceis semelhantes.<sup>131</sup>

Logo em seguida, as objeções de Dworkin no sentido de que a discricionariedade representa uma injustiça antidemocrática, Hart defende que os casos sujeitos ao poder discricionário do juiz não encontram critérios jurídicos que os solucionem, de modo que inexistente uma expectativa direcionada a uma decisão de acordo com parâmetros predeterminados, além de alegar que o poder conferido aos magistrados é um “preço que se tem que pagar” no lugar que métodos alternativos – como uma regulação *ex post facto* pelo legislativo – tidos como inconvenientes.<sup>132</sup>

A análise das teorias positivistas mais difundidas no mundo ocidental e a sua comparação com as lições estudadas ao longo do primeiro capítulo evidenciam que as posturas que pretendem ser críticas no Brasil não conseguiram sequer sair do ponto de partida, a menos que se considere suficiente a uma ruptura paradigmática que a moldura kelseniana e a textura aberta hartiana sejam transpostas das regras para os princípios. Por isso, há que se concordar com Lenio Streck, que assim denuncia esse paradoxo doutrinário:

Em terras brasileiras ninguém mais quer ser positivista. Somos uma nação de “pós-positivistas”, “não-positivistas” ou “neoconstitucionalistas”. Nesse contexto, de um modo geral, as posturas “rupturais” apresentam-se como readaptações do velho, sendo perceptível a continuidade de fundamentos jusfilosóficos que, em tese, estariam superados.<sup>133</sup>

<sup>131</sup> HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 6. ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2011. p. 336. Os destaques não constam do original.

<sup>132</sup> HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 6. ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2011. p. 338-339.

<sup>133</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 18.

De nada adianta, pois, levantar a bandeira do neoconstitucionalismo contra o juspositivismo para defender posições que a este se equivalem em grande medida, mormente no que diz respeito à característica mais inflexível do positivismo, que é a discricionariedade, tida como inevitável e até mesmo desejável pelos dois modelos teóricos ora justapostos.

Nesse sentido, anota-se a posição de Guilherme Brum, quando destaca que a “aposta na incorporação de valores morais ao discurso jurisdicional sem problematizar a discricionariedade dos decisores, reafirma a tese fatalista de Kelsen e de outros positivistas no sentido da impossibilidade de sindicarmos a atividade interpretativa do Poder Judiciário.”<sup>134</sup>

A crítica mais contundente ao neoconstitucionalismo é proferida por Humberto Ávila, cujas conclusões acerca da absoluta inadequação de suas propostas teóricas se transcrevem:

Se existe um modo peculiar de teorização e aplicação do Direito Constitucional, pouco importa a sua denominação, baseado num modelo normativo (“da regra ao princípio”), metodológico (“da subsunção à ponderação”), axiológico (“da justiça geral à justiça particular”) e organizacional (“do Poder Legislativo ao Poder Judiciário”), mas esse modelo não foi adotado, não deve ser adotado, nem é necessariamente bom que o seja, é preciso repensá-lo, com urgência. Nada, absolutamente nada é mais premente do que rever a aplicação desse movimento que se convencionou chamar de “neoconstitucionalismo” no Brasil. Se verdadeiras as conclusões no sentido de que os seus fundamentos não encontram referibilidade no ordenamento jurídico brasileiro, defendê-lo, direta ou indiretamente, é cair numa invencível contradição performática: é defender a primazia da Constituição, violando-a. O “neoconstitucionalismo” [...], aplicado no Brasil, está mais para o que se poderia denominar, provocativamente, de uma espécie enrustida de “não-constitucionalismo”.<sup>135</sup>

Vê-se, então, a impossibilidade de sustentar uma ruptura paradigmática a partir do neoconstitucionalismo. Tratando da dificuldade de definir paradigmas no Direito, a partir de um conceito geral aplicável às demais ciências como o conjunto de verdades científicas que proporcionam os problemas e as soluções respectivas, Guilherme Brum anota que “a mudança paradigmática [...] tem comumente seu início com a descoberta de alguma anomalia na ciência, anomalia essa que pode evoluir para uma crise e, assim, proporcionar uma revolução.”<sup>136</sup> No plano da ciência jurídica, essa anomalia é a discricionariedade, que

<sup>134</sup> BRUM, Guilherme Valle. *Uma Teoria para o Controle Judicial de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 31.

<sup>135</sup> ÁVILA, Humberto. “NEOCONSTITUCIONALISMO”: ENTRE A “CIÊNCIA DO DIREITO” E O “DIREITO DA CIÊNCIA”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em 07 de dezembro de 2015.

<sup>136</sup> BRUM, Guilherme Valle. *Uma Teoria para o Controle Judicial de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 14. Deve-se registrar que a questão da admissibilidade de paradigmas na ciência jurídica é tratada

corresponde a um dos pilares fundamentais do paradigma do positivismo jurídico, em todas as suas variações. Esse alicerce do juspositivismo impossibilita uma resposta compatível com o constitucionalismo contemporâneo, razão pela qual o pós-positivismo que venha efetivamente para solapar o modelo anterior não pode depender da discricionariedade judicial. Pelo contrário: a indeterminação do direito deve estar na ordem do dia do pós-positivismo, aliada ao controle das decisões por parte de uma teoria que não admita a discricionariedade do juiz. Por essas razões é que o neoconstitucionalismo, nos termos em que exposto acima, mais se identifica com um *neopositivismo*, como quer Streck, ou *não-constitucionalismo*, na linha crítica de Ávila, e não levará a ciência jurídica à construção de um pós-positivismo adequado à nossa Constituição.

Uma Constituição como a brasileira, caudatária do princípio democrático como reformulação da teoria do Estado, necessita, para sua efetiva normatividade, da construção de uma teoria do direito que repense os três pilares positivistas, ou seja, que coloque a Constituição como centro do sistema jurídico, no lugar da lei; que estabeleça a obrigatoriedade dos princípios jurídicos constitucionais; e, por fim, que consagre a interpretação do direito como algo não sujeito a discricionariedades.<sup>137</sup>

### 3.2 Por Que Não Ponderar ou Subsumir?

Demonstrada a incompatibilidade da teoria construída a partir do neoconstitucionalismo com as necessidades do Constitucionalismo Contemporâneo, há que se investigar se as propostas de técnicas decisórias dos casos em que as políticas públicas ambientais são judicializadas são compatíveis com o que se espera do pós-positivismo (re)pensado a partir do Estado Democrático de Direito, antecipando-se que a hipótese aponta no sentido de uma resposta negativa, tendo em vista os problemas de ordem estrutural acima denunciados.

O objetivo agora é relacionar a maneira pela qual a interpretação do direito foi conduzida nas decisões tratadas capítulo anterior com as teses sustentadas pelos autores que formam a doutrina brasileira do controle judicial de políticas públicas, constatando-se, ao final, a impossibilidade de resolver os casos debatidos em juízo a partir de raciocínios de subsunção ou ponderação.

---

como tormentosa, limitando-se a expor a posição dos autores que os descrevem, deixando expressa a ausência de preocupação em elaborar uma resposta específica para este problema.

<sup>137</sup> Nesse sentido, manifesta-se STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 47.

Inicia-se tratando da ponderação, que é apontada como o método de resolver os *casos difíceis*.<sup>138</sup> Vale lembrar que a ponderação é o lugar comum entre os autores que cuidam da judicialização de políticas públicas<sup>139</sup>, bem como no que diz respeito aos que se filiam ao movimento denominado neoconstitucionalismo.

O espaço não permite o resgate da teoria da argumentação jurídica,<sup>140</sup> onde essa teoria da decisão surge e recebe sua adesão e aperfeiçoamento. Nada obstante, entende-se que a hipótese da falibilidade do método pode ser demonstrada a partir de algumas características a seguir expostas.

Ao longo do segundo tópico do primeiro capítulo, identificou-se que o uso da ponderação partia da constatação de que as demandas que envolvem políticas públicas são casos difíceis, isto é, problemas que não encontram uma única resposta ditada por uma regra aplicada na forma de *tudo-ou-nada*<sup>141</sup>, mormente porque existem argumentos fortes tratados

<sup>138</sup> A distinção entre casos fáceis e difíceis aqui adotada pretende ter o mesmo sentido daquela que é feita por Ronald Dworkin. Isso equivale a dizer que não representa uma cisão entre os diferentes tipos de casos. Como se verá a seguir, diferentemente do que sustentam os autores criticados, o motivo da diferenciação não reside na técnica de decisão decorrente de uma dessemelhança estrutural entre regra e princípio, ou seja, *casos fáceis se resolvem por subsunção; casos difíceis, por ponderação*. Veja-se: “distinguir casos simples de casos difíceis não é o mesmo que cindir casos simples de casos difíceis, essa pode ser a diferença entre a dicotomia *hard* e *easy cases* de Dworkin e a das teorias discursivo-procedurais. Cindir *hard cases* e *easy cases* é cindir o que não pode ser cindido: o compreender, com o qual sempre operamos, que é condição de possibilidade para a interpretação [...]” STRECK, Lenio Luiz. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 70. Por isso é que o adjetivo que acompanha o caso não decorre de sua natureza, mas sim da compreensão que o intérprete tem do problema, razão pela qual o autor questiona: *caso fácil ou difícil para quem?*

<sup>139</sup> Ver subcapítulo 2.2 deste texto.

<sup>140</sup> Para uma adequada abordagem crítica da teoria da argumentação, ver: MARIN, Jeferson Dytz. *Crise da Jurisdição e Decisionismo em Alexy: prisioneiros da liberdade*. Curitiba: Juruá, 2015; STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014 (especialmente o capítulo 8). Ainda, há quem coloque Ronald Dworkin perfilado à teoria da argumentação. Veja-se: “Nesse desenvolvimento impressionante de ideias, indubitavelmente várias têm direta relação com a dimensão argumentativa do direito e encontram plena coincidência com as teorias da argumentação jurídica principalmente quando afirmam que as soluções dadas por aqueles que julgam os conflitos, não já como mera submissão à norma jurídica positiva, mas levando em conta também os cânones ou princípios compartilhados pela comunidade.” GRAJALES, A. A.; NEGRI, N. J. Ronald Myles Dworkin e as Teorias da Argumentação Jurídica (*in memoriam*). *Revista de Processo*, v. 232, p. 425-446, jun./2014. Aqui, considera-se, diante da abissal dissonância em relação às propostas criticadas, que sua teoria da decisão interpretativista é algo diferente da teoria da argumentação jurídica. Vale citar a lição de MARIN: “A proposta de Dworkin, em que pese sugira – especialmente pelo enfoque da temática – uma proximidade conceitual de Alexy, representa, ao bem da verdade, uma alternativa distinta em termos de teoria da decidibilidade. Enquanto Alexy pode ser classificado como um procedimentalista, Dworkin é um interpretativista, fulcrando suas pretensões no campo da substancialidade e não nos juízos prévios e nas normas do discurso” (p. 189).

<sup>141</sup> A referência à aplicação da regra com base no *tudo-ou-nada* é feita por Dworkin em *Levando os Direitos a Sério*. Ainda assim, é preciso ressaltar que a assertiva não implica a cisão estrutural sustentada pela teoria da argumentação jurídica, tendo em vista que o autor norte-americano nitidamente propõe uma relação entre regras e princípios que é incompatível com a cisão ora criticada, o que será objeto de análise em momento posterior. Desde já, é necessário esclarecer que a opção metodológica pela ponderação não é uma decorrência natural da constatação que Dworkin faz no sentido de que os princípios possuem uma dimensão de peso. A respeito, é digno de nota o alerta: “sua dimensão de *peso* implica que, um argumento de princípio sempre se movimenta de forma coerente com relação ao contexto de todos os princípios da comunidade. Desse modo, a justificação do fundamento da decisão só estará correta, na medida em que respeite o todo coerente de princípios num contexto

como princípios que apontam para soluções antagônicas. Assim, para os autores estudados anteriormente, os princípios surgem como forma de resolver as questões de que as regras não tratam especificamente. Na medida em que a doutrina analisada apresenta uma cisão estrutural entre regras e princípios – e estes são aplicados por ponderação –, a tentativa de regulamentação legislativa da matéria deixa explícito no art. 2º, I, do Projeto de Lei nº 8.058/2014 a aplicação da proporcionalidade, o que, como se verá, representa a intenção de institucionalizar a ponderação, automaticamente decorrente da menção ao referido princípio diante do caráter performativo que assume no cenário jurídico brasileiro.

Entendidos como *mandados de otimização*, os princípios, segundo a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy<sup>142</sup>, são aplicados mediante a utilização da máxima da proporcionalidade. Tendo em vista que os princípios apontam para soluções diferentes, propõe-se que uma colisão entre princípios de igual hierarquia – ou que se encontrem em relação de precedência condicionada – seja tratada diferentemente do conflito de regras, já que estas seriam *mandados definitivos*, cuja aparente contradição na atividade de subsunção é solucionada pela introdução de uma cláusula de exceção<sup>143</sup> ou por meio de três critérios: cronologia, especialidade e hierarquia<sup>144</sup>. De outro lado, os princípios colidentes precisam de outra resposta para a questão interpretativa. Nesse sentido, lança-se mão da proporcionalidade, a partir dos critérios de adequação ou idoneidade<sup>145</sup>, necessidade e

---

de integridade. [...] Por isso, *ponderação e dimensão de peso* não são equivalentes.” OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 200.

<sup>142</sup> “Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Uma das teses centrais da ‘Teoria dos Direitos Fundamentais’ é a de que essa definição implica a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais – as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito –, e que a recíproca também é válida, ou seja, que da máxima da proporcionalidade decorre logicamente o caráter principiológico dos direitos fundamentais. Essa equivalência significa que as três máximas parciais da máxima da proporcionalidade definem aquilo que deve ser compreendido por ‘otimização’ na teoria dos princípios.” ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 588.

<sup>143</sup> “Alexy reconhece o método subsuntivo como suficiente à aplicação das regras, ofertando a ponderação – teoria do peso – para os princípios. Todavia, propõe uma regra de exceção para solucionar os problemas da insuficiência da subsunção no tocante às regras.” MARIN, Jeferson Dytz. *Crise da Jurisdição e Decisionismo em Alexy: prisioneiros da liberdade*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 190.

<sup>144</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 92-93.

<sup>145</sup> A referência à idoneidade não aparece em muitas das obras que cuidam dos princípios com base no modelo proposto por Alexy. Isso se deve ao fato de que este terceiro subprincípio foi acrescentado posteriormente, conforme se vê em texto intitulado *Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Social*, que integra a obra publicada no Brasil com o título *Constitucionalismo Discursivo*. Sobre o subprincípio, Jeferson Marin anota: “Mas Alexy acrescentou à tríade que sustenta o princípio da proporcionalidade, o subprincípio da idoneidade, mas ainda com o propósito de otimizar as possibilidades fáticas, com fulcro no teorema de Pareto, empregando um raciocínio lógico.” MARIN, Jeferson Dytz. *Crise da Jurisdição e Decisionismo em Alexy: prisioneiros da liberdade*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 192. Ao que parece, a idoneidade ou substituiu aquilo que se denominava de adequação ou, ainda, poderia ser entendida como termo equivalente. Veja-se: “O mandamento da ponderação corresponde ao terceiro princípio parcial do princípio da

ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito<sup>146</sup>. Os subprincípios da proporcionalidade exigem, na ordem em que apresentados acima, que uma restrição de um princípio deve ser adequada para a satisfação de outro, isto é, “a medida a ser tomada deve efetivamente contribuir para alcançar o objetivo buscado”, mostrando-se apta a melhorar uma posição sem o consequente aparecimento de desvantagens para as outras; demanda-se também que a maneira pela qual a restrição se opera seja a menos gravosa para o princípio afastado, no sentido de que “entre os meios disponíveis diante à situação, a escolha deve debruçar-se sobre aquele que detiver o menor caráter interventivo, ou seja, o mais complacente, o mais comedido”; por fim, a satisfação do princípio que prevalece tem de justificar a limitação imposta ao princípio não aplicado, “enfim, os meios devem ser proporcionais e buscar, na medida certa e adequada, a solução”<sup>147</sup>.

Desse modo, as duas primeiras máximas parciais cuidam dos pressupostos fáticos, enquanto a ponderação trata da viabilidade jurídica da interpretação, isto é, do grau do não cumprimento de um princípio e a sua relação diretamente proporcional ao nível de importância da satisfação de outro princípio, chegando-se a estabelecer uma escala de gravidade das restrições.<sup>148</sup>

Se bem analisada, a ponderação nos moldes em que proposta por Alexy – que, como se pode notar a partir das decisões analisadas no primeiro capítulo, é algo com fundamentação extremamente mais sólida em relação àquela que se verifica nos casos em que se dá a sua aplicação, nos quais assume ares de enunciado performativo<sup>149</sup> – carrega consigo a discricionariedade do intérprete, revelando a manutenção da característica positivista que

---

proporcionalidade do direito constitucional alemão. *O primeiro é o princípio da idoneidade do meio empregado para a obtenção do resultado com ele aspirado, o segundo, o da necessidade desse meio.* ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 67.

<sup>146</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 116-117.

<sup>147</sup> Os destaques que explicam os subprincípios encontram-se em MARIN, Jeferson Dytz. *Crise da Jurisdição e Decisionismo em Alexy: prisioneiros da liberdade*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 192-193.

<sup>148</sup> MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 149.

<sup>149</sup> Veja-se o que diz Streck: “não é difícil perceber o modo pelo qual a ponderação foi sendo transformada – aqui em *terrae brasiliis* – em um enunciado performativo. Como se sabe, uma expressão performativa não se refere a algo existente e nem a uma ideia qualquer. A sua simples enunciação já faz ‘emergir’ sua significação. Portanto, já ‘não pode ser contestado’; não pode sofrer críticas; consta como ‘algo dado desde sempre’. A sua mera evocação já é um ‘em si-mesmo’. [...] Por isso, merecem especial cuidado as decisões que lançam mão especialmente da ‘razoabilidade’ (com ou sem ‘ponderação de valores’), argumentação que se transformou em autêntica ‘pedra filosofal da hermenêutica’ a partir desse caráter performativo. [...] a interpretação não pode depender dessa ‘loteria’ de caráter finalístico [...]” STRECK, Lenio Luiz. *O Que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 51-52.

impede a superação paradigmática imbricada à construção de uma teoria da decisão por meio da qual o controle hermenêutico das decisões seja viabilizado.

Na linha do que se disse anteriormente, a discricionariedade pode ser identificada em vários “momentos” do ofício do *ponderador*. De início, não fica longe de dúvidas quais ou quantos são os princípios em colisão. Retomando-se o que foi abordado ao longo do primeiro capítulo, em não raras oportunidades, o recurso à proporcionalidade é feito sem que se explique a colisão que se quer resolver. Em seguida, é reconhecida ao intérprete a discricionariedade para ponderar. Nesse ponto, a afirmativa é de Robert Alexy:

Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que exclua impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento –, de forma a torná-los praticamente sem importância. Nesse caso, então, *de fato existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade estrutural tanto do Legislativo quanto do Judiciário.*<sup>150</sup>

Por essa razão, se por vezes se critica a proporção que toma a tese de Alexy no Brasil<sup>151</sup> de modo a justificar a já citada *farra dos princípios*<sup>152</sup>, não se pode reconhecer como objeção válida o argumento no sentido que a inadequada aplicação do princípio – ou da máxima – não o(a) invalida ou denuncia o seu potencial danoso. O que se verifica, na verdade, é que as fundamentações das decisões analisadas consagram um *atalho* do método desenvolvido por Alexy. Desse modo, ainda que o *teste* da proporcionalidade e suas três máximas parciais seja minuciosamente elaborado e justificado, ainda assim a discricionariedade fará parte do “processo interpretativo”. Oportuno, neste momento, transcrever a lição de Eros Roberto Grau:

Tem-se, destarte, que a ponderação entre princípios implica o exercício, pelo juiz, de uma *dupla discricionariedade*: (i) em um momento inicial, quando cria uma hierarquia axiológica entre os princípios de que se trate; (ii) em um momento seguinte, quando o mesmo juiz altera o valor comparativo desses mesmos princípios à luz de outra controvérsia a resolver. [...] Como, porém, inexistente no sistema jurídico qualquer regra a orientá-los a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles,

<sup>150</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. P. 611. O destaque não consta do original.

<sup>151</sup> Lenio Streck ressalta a fragilidade do uso da ponderação no cenário jurídico pátrio: “Assim, se a ponderação em Alexy já é problemática porque ainda presa ao paradigma sujeito-objeto, sem escapar do subjetivismo, a vulgata que foi feita, principalmente, no Brasil, fez com que esta – a ponderação – não passasse de um simples alibi teórico, com ela podendo ser extraída qualquer decisão.” STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica (e)m Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 78.

<sup>152</sup> BADIN, Arthur Sanchez. *Controle Judicial das Políticas Públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 82-85. Na página 83, diz o autor que “a teoria dos princípios de Alexy (1999) não sustenta a ideia de haver uma única resposta correta ou legítima na interpretação do texto constitucional.”

deve ser privilegiado, essa técnica é praticada à margem do sistema, subjetivamente, discricionariamente, perigosamente.<sup>153</sup>

Não é de se estranhar, então, que a necessidade de o intérprete escolher o princípio que irá prevalecer seja algo natural à teoria da decisão elaborada a partir da Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy. É sintomática do embaraço teórico em que se colocam certos autores que se intitulam pós-positivistas a posição de Luís Roberto Barroso. Com efeito, o autor, no posfácio de sua obra sobre interpretação e aplicação da Constituição, em que cuida do pós-positivismo e a “nova” interpretação constitucional, escreve o que segue:

A moderna dogmática jurídica já superou a idéia de que as leis possam ter, sempre e sempre, sentido unívoco, produzindo uma única solução adequada para cada caso. A objetividade possível do Direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferece. Tais possibilidades interpretativas podem decorrer, por exemplo, (i) da discricionabilidade atribuída pela norma ao intérprete, (ii) da pluralidade de significados das palavras ou (iii) da existência de normas contrapostas, exigindo a ponderação de interesses à vista do caso concreto. Daí a constatação inafastável de que a *aplicação do Direito não é apenas um ato de conhecimento — revelação do sentido de uma norma preexistente —, mas também um ato de vontade — escolha de uma possibilidade dentre as diversas que se apresentam. O direito constitucional define a moldura dentro da qual o intérprete exercerá sua criatividade e seu senso de justiça, sem conceder-lhe, contudo, um mandato para voluntarismos de matizes variados. De fato, a Constituição institui um conjunto de normas que deverão orientar sua escolha entre as alternativas possíveis: princípios, fins públicos, programas de ação.*<sup>154</sup>

Em seguida, Barroso cita Hans Kelsen para defender o argumento pelo qual a decisão é um ato de vontade que permite ao intérprete escolher uma das possibilidades que se lhe apresentam. Sem o receio de se enaltecer, aqui, o óbvio, Barroso recorre ao corifeu do positivismo normativista no intuito de fundamentar sua proposta pós-positivista, que se revela anacrônica no ponto de partida. A menos que se considere a *Teoria Pura do Direito* como a moderna dogmática jurídica, ou se tenha como necessário o protagonismo de um magistrado solipsista que consagra o seu senso pessoal de justiça, mesmo que dentro da “moldura”,<sup>155</sup> suas conclusões não podem prevalecer.

A univocidade de sentido do texto jurídico é marca de um exegetismo superado há muito tempo. Contudo, a constatação de que se pode vislumbrar mais de uma resposta, seja em decorrência da plurissignificação do texto, seja por conta da incerteza quanto ao princípio

<sup>153</sup> GRAU, Eros Roberto. *Por Que Tenho Medo dos Juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 116-117.

<sup>154</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 311-312.

<sup>155</sup> O termo utilizado em alemão é *bild*, que também pode significar *imagem, retrato, ou ideia*. Nesse sentido, ver STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 35.

ou regra aplicável, não implica que o direito admita múltiplas respostas, assim como não as coloca à disposição do intérprete. A isso equivale dizer que as múltiplas respostas somente podem ser admitidas em tese, e tal fato decorre exatamente da ausência da concretude que possibilita a atribuição de sentidos, isto é, antes de se enfrentar o caso concreto em que se alcançará a resposta correta a partir da teoria interpretativa antidiscricionária. Ninguém duvida de que muitas coisas distintas podem ser ditas sobre um texto, ocasionando a existência de normas diferentes construídas a partir do mesmo dispositivo legal ou constitucional. A tarefa da teoria da decisão consiste em definir o rumo que a interpretação deve seguir – sem que isso signifique uma procedimentalização da compreensão – a fim de que a solução certa seja alcançada nos casos difíceis. Diante das possibilidades colocadas para o juiz, vale o alerta de Lenio Streck:

[...] essa “descoberta” *não pode implicar um império de decisões solipsistas*, das quais são exemplos as posturas caudatárias da jurisprudência dos valores (que foi “importada” de forma equivocada da Alemanha), os diversos axiologismos, o realismo jurídico (que não passa de um “positivismo fático”), a ponderação de valores (pela qual o juiz literalmente *escolhe* um dos princípios que ele mesmo elege *prima facie*), etc.<sup>156</sup>

Ainda de acordo com Streck, tem-se que a ponderação, diante da possibilidade conferida ao intérprete de *escolher* o princípio aplicável, o que equivale, em grande medida, à determinação de conteúdo do princípio com base na vontade do sujeito e a partir de um método exterior que encobre o raciocínio, não passa de um resgate da discricionariedade positivista mascarada de uma racionalidade argumentativa.<sup>157</sup>

A par de descrever em minúcias a impossibilidade de se solucionar o problema da indeterminação do direito com a aposta no sujeito ou na fórmula, Francisco Motta chama a atenção para mais um problema facilmente localizado no ordenamento jurídico brasileiro, que diz respeito à inexistência de hierarquia entre os princípios sujeitos à ponderação. Na linha do que se disse antes, a adequação ou idoneidade e a necessidade cuidam das “possibilidades fáticas” de aplicação dos princípios, enquanto a ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito se refere à máxima parcial jurídica. À vista da necessidade de se eleger um princípio preponderante, a aplicação da teoria no cenário brasileiro não prescinde da criação, por parte do intérprete, de uma relação de preferência ou precedência que, vale ressaltar, não existe no

<sup>156</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O Que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.p. 85.

<sup>157</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 241-243.

sistema constitucional pátrio. Note-se de que maneira a subjetividade do intérprete – que pode muito bem ser lida como discricionariedade – continua presente no desenvolvimento do método alexyano:

Assim, na obra do jusfilósofo alemão, os princípios “correriam em busca do ponto mais alto”, ficando a sua prevalência resolvida por uma questão de “importância” (um *prefere* ao outro); mas a pergunta que não cala é: esta *hierarquização* de princípios é orientada a quais fins? Ora, o Direito (democraticamente produzido) não pode ser reduzido a uma “busca pela realização de valores”; e, justamente por isso, desde uma leitura *deontológica* (como a por nós endossada), um princípio não pode ser *preferido* a outro, “mas tão somente aplicado, ou não”.<sup>158</sup>

Por essas razões é que, aos olhos da ponderação, o caráter não absoluto dos princípios dá lugar à fixação de preferências que são ditadas pelos valores, que, por sua vez, são determinados pela subjetividade do intérprete.<sup>159</sup> Quando a isso se soma a dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, que lhes atribui também o caráter principiológico de um mandado de otimização, entendidos como uma ordem de valores que integra a Constituição, viabiliza-se, se adotada a tese de Alexy, a *interpenetração da discricionariedade por todo o sistema constitucional dos direitos fundamentais*. Eles significarão, portanto, o que quiser o intérprete, bem como poderão afastar uns aos outros. Além de não resolver o problema da discricionariedade, na medida em que dela é dependente, a ponderação “a retoma de um modo ainda mais perigoso, uma vez que legitima a discricionariedade do juiz a partir da sua validação pelo procedimento”,<sup>160</sup> o que deixa evidente a insuficiência da proposta para fazer frente aos reclamos do pós-positivismo jurídico.

Tão relevante e problemática quanto a ponderação, a subsunção é a técnica de interpretação que reduz a decisão a um enquadramento numa moldura previamente instituída, manifestando-se pelo raciocínio silogístico em que a regra constitui a premissa maior, enquanto o fato nela subsumido representa a premissa menor. Aquela “pressupõe um sentido previamente dado”, enquanto esta se cinge a “uma visão meramente descritiva”.<sup>161</sup>

A redução de qualquer interpretação à subsunção mostra-se incompatível com a complexidade do fenômeno hermenêutico. Com efeito, a necessidade de se explicitar o que se

<sup>158</sup> MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 157.

<sup>159</sup> LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da Decisão Judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 151.

<sup>160</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 222.

<sup>161</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 247.

compreende, elemento essencial da fundamentação como justificação da decisão, já desborda de um mero acoplamento de conceito a um dado da realidade ou, ainda, da colagem de um fato a uma regra. Além disso, o discurso explicativo não pode ser desvinculado do elemento hermenêutico, inerente ao nível de profundidade em que ocorre a compreensão, momento em que o sentido se apresenta – e isso não equivale a dizer que o sentido está na coisa, como se fosse simplesmente descoberto – ao intérprete com base nos pré-juízos que limitam a sua formação.

Adota-se o ponto de vista de Lenio Streck:

[...] regras não se sustentam em uma espécie de “suficiência ôntica”. Aliás, nenhum texto se sustenta nessa “suficiência apofântica”. Por isso a impossibilidade, em qualquer hipótese, de se falar em exercícios subsuntivos-dedutivos (causais-explicativos). Isso porque há sempre um algo que se antecipa e que é condição de possibilidade a qualquer interpretação.<sup>162</sup>

Utilizando-se o mesmo raciocínio, a dogmática jurídica vale-se de conceitos elaborados para definir todas as situações de aplicação, viabilizando a subsunção. O fechamento hermenêutico buscado pelas conceitualizações não se restringe às regras, podendo também alcançar os princípios, como sói acontecer na tentativa – frequentemente encontrada na doutrina jurídica – de agregar maior objetividade à interpretação por meio da definição de conceitos estanques destinados a predeterminar a aplicação dos princípios.

O problema decorrente da elaboração de conceitos com a pretensão de abarcar toda a realidade, que neles pode ser imediatamente “subsumida”, não escapa sequer à crítica do positivismo, que inaugurou essa espécie de método de controlar o ato de julgar. Veja-se o que diz a respeito Herbert Hart:

O vício conhecido na teoria jurídica como formalismo ou conceptualismo consiste numa atitude para com as regras formuladas de forma verbal que, ao mesmo tempo, procura disfarçar e minimizar a necessidade de tal escolha, uma vez editada a regra geral. Um modo de conseguir isto consiste em fixar o significado da regra, de tal forma que os seus termos gerais devam ter o mesmo significado em cada caso em que esteja em causa a sua aplicação. Para conseguir isto, podemos ligar-nos a certos aspectos presentes no caso simples e insistir que são ao mesmo tempo necessários e suficientes para trazer algo que os retém dentro do âmbito da regra, sejam quais forem os outros aspectos que possa ter ou que lhe possam faltar e sejam quais forem as consequências sociais derivadas da aplicação da regra dessa maneira. Fazer isto é conseguir uma medida de certeza ou previsibilidade à custa de considerar, de forma

---

<sup>162</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 239.

cega e preconceituada, o que deve fazer-se numa série de casos futuros, sobre cuja composição nos encontramos em estado de ignorância.<sup>163</sup>

É em virtude de seu caráter limitado que a subsunção de fatos a regras, a conceitos ou até mesmo a princípios deve ser evitada, haja vista que não permite a manifestação de elementos essenciais a qualquer interpretação, conforme acima anotado. Não se nega, evidentemente, que existam casos *genuinamente fáceis*, em que interpretar soa despiciendo para qualquer pessoa, como recomendava o vetusto brocardo segundo o qual *in claris cessat interpretatio*. Nada obstante, o risco que a cisão entre casos fáceis e difíceis representa, no sentido da possibilidade de que a sua qualidade seja transformada de acordo com a possibilidade de compreensão do intérprete – *fácil ou difícil para quem?* – recomenda o abandono da tese segundo a qual a norma aplicável aos casos fáceis será o resultado de um silogismo, na medida em que consagra uma pretensa eliminação do acontecer da compreensão e sua consequente explicitação como justificativa da decisão.

Além do caráter reducionista, a subsunção vem acompanhada dos casos fáceis como se fosse desvinculada da discricionariedade, tendo em vista a sua relação com o silogismo e, por conseguinte, a existência de uma única resposta possível, que já é dada previamente. Em semelhante sentido, Jeferson Marin denuncia a fragilidade da classificação estrutural de matriz alexyana, que restringe a interpretação aos princípios, desconsiderando-se, pois, que “a interpretação também é necessária nas considerações respeitantes ao manejo das regras, face às lacunas, mas especialmente às particularidades do caso concreto, ao amplo espectro do *mundo da vida*.”<sup>164</sup> Na mesma linha, Ovídio Araújo Baptista da Silva demonstra a maneira pela qual ocorre o isolamento da faticidade:

Com efeito, é a utilização do método de *subsunção* que permite que nossos magistrados – utilizando a lei como “premissa maior” do silogismo judicial – abandonem o “fato e suas circunstâncias” (art. 131 do CPC) para, com o que dele resta, identificá-lo com os demais “fatos” igualmente despidos de suas *individualidades*, jogando-os na norma, como *exemplares* de uma seriação de casos, pretensamente idênticos, mesmo que circunstancialmente entre si diversos.<sup>165</sup>

Fica claro que o método falha ao querer antecipar os sentidos de forma descolada da realidade, que posteriormente a eles poderá ou não ser “acoplada” ou “subsumida”, de acordo

<sup>163</sup> HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 6. ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2011. p. 142.

<sup>164</sup> MARIN, Jeferson Dytz. *Crise da Jurisdição e Decisionismo em Alexy: prisioneiros da liberdade*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 188.

<sup>165</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Epistemologia das Ciências Culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 30.

com a vontade do julgador. Nessa linha, tratando da conceitualização, mostra-se fundamental o que ensina Lenio Streck:

A construção desses conceitos prévios, abstratos, com pretensões universalizantes, objetiva “facilitar” o ato “aplicativo”. A partir desses “conceitos” [...], o intérprete exercerá – discricionária e/ou arbitrariamente – a sua subjetividade, isto é, o “conceito”, alçado à categoria universalizante, servirá [...] tanto para deferir como para indeferir o pleito. Servirá, enfim, para qualquer resposta. Afinal, trata-se de “conceitos sem coisas”.<sup>166</sup>

Ainda que tenha sido idealizada para aplicação de regras ou de conceitos que, como se viu, pretendem carregar uma autossuficiência de sentido, nem mesmo os princípios escapam da subsunção no modo de interpretar o direito a partir da teoria de Alexy. Isso porque ao final da ponderação resulta uma norma de direito fundamental atribuída,<sup>167</sup> que, por sua vez, será aplicada por subsunção, o que se constitui, na linha de raciocínio exposta neste trabalho, em mais uma razão para se refutar o modelo de regras e princípios proposto por Alexy e endossado pela maioria da doutrina pátria que cuida, não só da judicialização de políticas públicas, mas também da interpretação no âmbito do Direito Constitucional.

Ainda, há que se deixar claro que falar em *tudo-ou-nada* não autoriza a conclusão de que a subsunção é método de interpretação do direito adequado para resolver os casos problematizados. É digna de nota a lição de Rafael Tomaz de Oliveira:

É, de algum modo, apressada a aproximação que se faz entre o tudo-ou-nada de Dworkin e a subsunção como forma de aplicação do direito preservada por Alexy. *Subsunção* pressupõe silogismo que, por sua vez, repristina a velha cisão entre *questão de fato e questão de direito* que definitivamente não está em jogo quando se fala de tudo-ou-nada. Ademais, a referência dworkiana a essa característica da regra refere-se muito mais ao modo como se dá a justificação argumentativa de uma regra, do que propriamente ao seu modelo de aplicação. Ou seja, quando se argumenta com uma regra ela é ou não é, e sua ‘aplicação’ não depende de um esforço argumentativo que vá além dela própria.<sup>168</sup>

Por todas as razões elencadas, vê-se que tanto a subsunção como a ponderação são métodos, formas, critérios ou modelos impróprios para interpretação ou aplicação do direito. A primeira objeção que se pode fazer aos argumentos adotados ao longo deste tópico, certamente, refere-se à alternativa que se propõe como adequada no lugar do modelo que se

<sup>166</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 233.

<sup>167</sup> “[...] a regra da ponderação alexyana se assemelha a um conceito semelhante àquele produzido na pandectística, a ser aplicado, por mais estranho que isso possa parecer, por subsunção!” STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 204.

<sup>168</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 200.

quer afastar. Assim, se existe algo além de “as regras se aplicam por subsunção; e os princípios, por ponderação”<sup>169</sup>, no que consiste a proposta de interpretação?

A questão, para ser respondida, não prescinde da exposição de uma teoria da decisão que venha para substituir as propostas (pós?)positivistas analisadas até então. Contudo, por ora, a resposta será parcialmente apresentada, sendo em seguida complementada com os elementos ausentes neste subcapítulo.

Se o binômio ponderação e subsunção parte de uma equivocada cisão estrutural entre regra e princípio,<sup>170</sup> a alternativa pode iniciar a partir da identificação da diferença e a relação entre as espécies normativas, motivo pelo qual se busca outro “conceito” de princípio, não sujeito a ponderação e que sirva ao ideal de controle democrático das decisões judiciais.

Impende deixar claro o lugar da fala. A teoria da decisão construída ao longo deste trabalho embasa-se no Direito como integridade de Ronald Dworkin, com as contribuições proporcionadas pela Crítica Hermenêutica do Direito, na forma como proposta por Lenio Luiz Streck, tendo em vista que tanto o jusfilósofo norte-americano como o jurista brasileiro buscam a consolidação de um modelo pós-positivista e antidiscricionário de decisão judicial. É a partir desses autores que se apresenta o conceito de princípio.

Existe um motivo que exalta a importância da noção que se tem de um princípio que vai se tornando cada vez mais claro conforme se faz a análise das propostas antagônicas. O positivismo sustentava a existência de um sistema que era formado por regras, e, na sua ausência ou indeterminação de significados, o juiz poderia decidir discricionariamente.<sup>171</sup> A tese segundo a qual os princípios são mandados de otimização a serem aplicados como reserva de sentido na inexistência de regras, a partir de um procedimento que depende da discricionariiedade, revela a insuficiência da teoria para representar uma efetiva superação paradigmática. Portanto, há que se adotar um modelo diverso.

Inicialmente, Ronald Dworkin mostrava seu conceito de princípio como “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade

<sup>169</sup> A questão é lançada desta forma por BRUM, Guilherme Valle. *Uma Teoria para o Controle Judicial de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 65. Em sua obra, o autor demonstra que, mesmo nas propostas da teoria da argumentação jurídica, existem alternativas para a tese de Alexy no que diz respeito à ponderação, de que é exemplo a “justificação de segunda ordem” defendida por Neil MacCormick, que serve de fundamento para a teoria elaborada por Guilherme Brum.

<sup>170</sup> “Manter uma diferença conceitual entre princípio e regra reforça o mote positivista.” MARIN, Jeferson Dytz. *Crise da Jurisdição e Decisionismo em Alexy: prisioneiros da liberdade*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 195.

<sup>171</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 55.

ou alguma outra dimensão da moralidade”.<sup>172</sup> Veja-se que a definição tem por escopo delinear traços essenciais de suas propriedades. A exigência de que um padrão de conduta – no mais amplo sentido – seja observado evidencia o caráter normativo dos princípios, isto é, princípios obrigam porque determinam – aliados às regras, e não separados delas – alguma espécie de comportamento público ou particular tido como essencial para a comunidade.

A distinção estrutural que a doutrina apresenta entre princípios e regras pode assumir diversas características.<sup>173</sup> Todas elas apenas encobrem a verdadeira diferença existente entre as espécies normativas e, por essa razão, impedem a consolidação de uma prática decisória que, se entendida como condição necessária de decidibilidade, tenha como definitivamente esclarecida relação entre regra e princípio, como se irá demonstrar.

Além do critério lógico já analisado e refutado, que versa sobre a forma de aplicação (ponderação *versus* subsunção), existem também pelo menos duas cisões que ganham contornos problemáticos. A distinção *formal-enunciativa* diz respeito ao texto que consagra uma regra ou um princípio. A inadmissibilidade dessa proposta reside no fato de que, segundo seus defensores, os princípios carregam uma textura aberta, enquanto as regras são enunciados fechados. O que ocorre, na verdade, é o contrário, pois a sua pretensão universalizante [da regra] é que representa uma abertura ou *porosidade*, que é fechada ou preenchida pela significação que lhe dá o princípio, ou seja, por dar sentido à regra e apontar a resposta correta, o princípio fecha a interpretação.<sup>174</sup>

Há também a distinção *material-conteudística*, segundo a qual os princípios albergam os valores de uma comunidade, e as regras tratam das demais determinações de conduta presentes no ordenamento jurídico. Vejam-se as implicações que decorrem da admissão da cisão estrutural, aqui rechaçada:

A distinção (cisão) estrutural entre regras e princípios – em qualquer um dos modos que retratei acima – reduz a importância dos princípios, retirando-lhes o *caráter de transcendência*. Sendo mais claro: para que um princípio tenha uma função (ou

<sup>172</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 36.

<sup>173</sup> Humberto Ávila apresenta outra classificação dos critérios utilizados para distinguir regras de princípios que podem, entretanto, ser relacionados com aqueles expostos neste trabalho. Para o autor, então, o primeiro critério é o caráter *hipotético-condicional*, a partir do qual a regra predetermina a decisão, enquanto o princípio aponta um fundamento; pelo critério do *modo final de aplicação*, os princípios se aplicam em diferentes graduações, ao passo em que as regras aplicam-se de modo absoluto; por fim, o critério do *conflito normativo* prevê a já abordada distinção entre a aplicação mediante a ponderação ou a partir de elementos que eliminem o conflito das regras. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 61-87.

<sup>174</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 570. No mesmo sentido: OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 205.

importância) para além daquilo que representavam no positivismo, é necessário ultrapassar a discussão meramente semântica. Um princípio não é um princípio em face de seu enunciado, ou em decorrência de uma relação lógico-aplicativa, mas, sim, em face daquilo que ele enuncia.<sup>175</sup>

Portanto, princípios não são normas reservas, que ganham espaços na insuficiência das regras. Não se pode, simplesmente, deixá-los de lado na aplicação de uma regra porque eles é que determinam o seu sentido. Assim, a norma será o produto da interpretação do texto jurídico, que leva em conta, indispensavelmente, as regras e os princípios. Nesse ponto é possível constatar uma inevitável contradição que decorre das teorias elaboradas a partir da tese de Alexy, haja vista que, de um lado, enaltecem a relevância dos princípios e dos “valores” por eles consagrados, mas, de outro, acabam por lhe conferir esse caráter subsidiário na resolução dos casos. Ademais, é preciso ressaltar a todo o momento que princípios não são valores a serem descobertos e concretizados diretamente pelos juízes. A dessemelhança existente, por não ser de caráter procedural, e sim ontológica, contribui, se assim entendida, para que os princípios não sejam desvencilhados das regras, contribuindo, outrossim, na sua aplicação.<sup>176</sup> Nesse sentido, se as regras determinam o resultado do caso, são os princípios que conferem *legitimidade* à solução estabelecida pelas regras. *Da diferença existente entre regras e princípios não decorre, como quer a teoria alexyana e suas variantes, a necessidade de que sua aplicação ocorra em separado.* E isso não é uma via de mão única, ou seja, se a regra não se aplica sozinha, também o princípio não cria normas jurídicas atuando isoladamente, tendo em vista que “unicamente possui força constitutiva ou valor construtivo em união com o conjunto do ordenamento reconhecido dentro do qual lhe incumbe uma função bem definida. Daí a questão da reconstrução institucional.”<sup>177</sup>

No que diz respeito ao texto e seu significado, embora seja viável atribuir algo de semântico ao princípio, além de existir a possibilidade de correspondência com determinado dispositivo constitucional, isto é, o princípio, evidentemente, pode estar “positivado” na Constituição, a existência de um princípio não depende de previsões textuais expressas, nem o seu âmbito de aplicação poderá ser determinado de antemão por meio de um conceito semântico, razão pela qual não se devem estabelecer definições cuja aplicação se fará por deduções.

<sup>175</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 572.

<sup>176</sup> MARIN, Jeferson Dytz. *Crise da Jurisdição e Decisionismo em Alexy: prisioneiros da liberdade*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 194-195.

<sup>177</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 582.

Embora Dworkin tenha apresentado uma diferenciação lógica entre princípios e regras – que, certamente, como se viu, não implica o binômio ponderação e subsunção – apontando para uma dimensão de peso dos princípios, bem como para a aplicação das regras na forma do *tudo-ou-nada*, mesmo a forma inicial de sua teoria interpretativa não comporta as conclusões que decorrem da cisão proposta por Alexy. Além daquilo que já foi dito acima acerca da impossibilidade de utilização de raciocínios silogísticos, quando trata do conflito de regras, Dworkin aponta como critério de solução o fato de que “um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes”.<sup>178</sup> Na mesma linha, anota que as regras podem ser instituídas para harmonizar princípios colidentes quando diz que “na verdade, uma das minhas razões para estabelecer a distinção entre regras e princípios foi exatamente mostrar quão costumeiramente as regras representam uma espécie de compromisso – que toma essa forma – entre princípios concorrentes”.<sup>179</sup> A isso se soma a contribuição de Francisco Motta:

Vale adiantar que Dworkin não vê (e, diga-se, já não via no *Levando os Direitos a Sério*) uma relação de ‘oposição’ entre ‘regras’ e ‘princípios’; na verdade, para ele, o Direito só faz sentido quando entendido como unidade coerente, como ‘completeza’ ou ‘integridade’. Daí a necessidade de desenvolver uma justificativa que ‘enlace’ ambos os padrões de julgamento [...], de modo que os princípios devem tentar *justificar* as regras estabelecidas; para isso, é preciso identificar as preocupações e tradições morais da comunidade que efetivamente sustentam essas regras [...]. Noutras palavras, o operador do Direito precisa identificar, nos princípios, o ‘sentido’ das regras.<sup>180</sup>

Essa significação que os princípios conferem às regras e a legitimidade que garantem às interpretações estão intimamente vinculadas a um conceito pragmático ou problemático de princípio.<sup>181</sup> Isso traz várias implicações. Afastam-se, inicialmente, os princípios epistemológicos e os princípios gerais de direito como tentativa matematizar a sua aplicação. De outro lado, impossibilita constatações no sentido da existência de um campo predeterminado de atuação por força de um conceito abstrato do princípio. Tendo em vista o seu caráter pragmático, bem como as dimensões de peso, mostra-se evidente que o procedimento que visa a solucionar uma colisão entre somente dois princípios precisa dar lugar a uma prática interpretativa que consagre e respeite, ao mesmo tempo, todo o conjunto

<sup>178</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 43.

<sup>179</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 121.

<sup>180</sup> MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 76.

<sup>181</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 49-64.

de princípios que determina o próprio conceito de direito dentro de um sistema jurídico. Essa concreitude principiológica é que resgata o mundo prático<sup>182</sup> do Direito, que se via isolado na razão teórica positivista, e possibilita a sua aplicação coerente e antidiscricionária. Esse é o sentido de princípio como padrão, elaborado a partir de Dworkin, que aponta para a possibilidade de solução de casos difíceis de forma legítima.

### 3.3 A Indeterminação do Direito e a Superação da Discricionarietà a Partir Da Hermenêutica

É consenso entre os teóricos do Direito, desde Kelsen até Dworkin, que a indeterminação do direito faz parte do dia-a-dia de quem decide. O que fazer diante da incerteza inicial é algo que assume, nesta quadra da história e na linha do que foi exposto até o momento, um grau de importância tão elevado que pode representar muito mais do que uma teoria renovada, alçando-se à condição de possibilidade de construção de um novo paradigma para a ciência jurídica.

Aos olhos do positivismo normativista, o problema que ora se coloca não tinha solução, optando-se por restringir à ciência do direito a uma razão teórica por se considerar inútil a tentativa de “fazer ciência” sobre a razão prática<sup>183</sup>, mormente diante da já anunciada impossibilidade de controlar a interpretação.<sup>184</sup> Questionar o positivismo e sua característica fundamental implica buscar uma ruptura paradigmática que ultrapassa o âmbito jurídico. Como se quer demonstrar neste subcapítulo, a (des)construção do positivismo jurídico e da discricionarietà que o acompanha está imbricada com o paradigma filosófico da

---

<sup>182</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 223. Sobre o assunto, em outra passagem da mesma obra (p. 206), o autor demonstra a importância de compreender a forma pela qual o mundo prático se manifesta hermeneuticamente: “num exemplo que nos remete ao aprendizado de uma língua estrangeira: não aprendemos primeiro a gramática – forma teórica de manifestação da língua – para depois apreender seus usos e aplicações concretas, pelo contrário, muitas vezes ‘aplicamos’ regras gramaticais sem saber, conscientemente, que o estamos fazendo. Elas operam conosco de um modo subterrâneo porque nos movemos numa dimensão compartilhada que compreendemos no modo de uma racionalidade prática, que dispensa os procedimentos metodológicos próprios da apreensão teórica. *Nossa historicidade nos carrega*. Do mesmo modo, *o direito não pode ser visto como uma ‘gramática da convivência’*. [...] Quando nos colocamos numa posição em que pretendemos discutir teoricamente as questões jurídicas não podemos perder de vista esta dimensão prática na qual já estamos – existencialmente – inseridos. Quando falamos de princípios isso se torna ainda mais evidente porque é nesta dimensão prática que eles aparecem e são cultivados.”

<sup>183</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 121.

<sup>184</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 36.

subjetividade, representado pelo esquema sujeito-objeto.<sup>185</sup> De igual maneira, as propostas criticadas por não conseguirem superar o positivismo também se enquadram no modelo filosófico ultrapassado e incompatível com o pós-positivismo que se precisa edificar no Estado Democrático de Direito.<sup>186</sup>

Ainda que o espaço não viabilize uma incursão mais demorada<sup>187</sup>, alguns traços dos paradigmas filosóficos que determinam a interpretação do mundo podem ser descritos para que se chegue, enfim, à hermenêutica filosófica de matriz gadameriana, na forma que toma a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, que irá orientar a solução dos problemas interpretativos na teoria da decisão adotada neste trabalho.

Inicialmente, a interpretação da realidade era feita de forma objetiva. Aristóteles projetou a metafísica clássica como ciência, consagrando-se o período denominado de objetivismo, cujo nome decorria do princípio fundamental do paradigma aristotélico ou, posteriormente, aristotélico-tomista: as coisas tinham uma essência, razão pela qual nelas é que se encontrava o sentido.<sup>188</sup> Nesse sentido, é natural concluir que o “objeto se assujeita do intérprete”. O objetivismo refere-se à crença de que se deveria buscar na coisa o seu significado, que nela estaria contido. Nesta metafísica clássica, “o fator organizacional de toda a racionalidade gira em torno dos ‘objetos’ ou daquilo que é ‘dado’ ao conhecimento.”<sup>189</sup> Transpondo esse raciocínio para a interpretação jurídica, chega-se a afirmações – bastante comuns na doutrina jurídica – no sentido de que a lei contém o seu próprio significado, cabendo ao intérprete extrair do texto o seu sentido. Chama-se isso de interpretação reprodutiva, haja vista em que os sentidos presentes no texto legal ou constitucional seriam

<sup>185</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O Que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 60.

<sup>186</sup> “Também não é possível sustentar qualquer forma de discricionariedade judicial neste momento histórico, uma vez que a discricionariedade está ligada ao subjetivismo (portanto, caudatária do esquema sujeito-objeto), avesso ao paradigma intersubjetivo. Estado Democrático de Direito e discricionariedade são incompatíveis – e essa é a questão fulcral.” STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 75.

<sup>187</sup> Acredita-se que não se incorre no erro denunciado por Luciano Oliveira (OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. In: *Sua Excelência o Comissário e Outros Ensaios de Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.) quanto à utilização de um evolucionismo histórico ingênuo nas pesquisas jurídicas. Como se verá, a caracterização dos paradigmas filosóficos feita a seguir é útil para a contextualização da relação entre o positivismo jurídico e a filosofia da consciência, bem como no que diz respeito ao surgimento da hermenêutica filosófica a partir da invasão da filosofia pela linguagem e suas contribuições para a construção de um modelo pós-positivista. Nada obstante, a tarefa resta satisfeita independentemente de uma detalhada investigação acerca dos paradigmas.

<sup>188</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O Que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 13.

<sup>189</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica (e)m Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 143.

reproduzidos a partir de sua descoberta pelo intérprete, cuja tarefa cingir-se-ia a essa busca de essências.<sup>190</sup>

Na modernidade, o paradigma objetivista foi superado pela subjetividade. Esse novo fator de organização, “que se antecipa em todo processo de conhecimento, é subjetividade que conhece as coisas. Nesse âmbito, o conhecimento não é ‘dado.’ Aqui, o conhecimento é ‘construído’ por um sujeito que emprega um método específico de análise e passa a estabelecer os sentidos.”<sup>191</sup> Seguindo-se essa linha do raciocínio, o ponto é que, a partir dos ideais iluministas,<sup>192</sup> considera-se que o mundo pode ser explicado pela razão<sup>193</sup> humana. O cenário de prevalência do sujeito, que necessitava do método para garantir uma racionalização do conhecimento, deu espaço à possibilidade de o sujeito se “assujeitar do objeto”, formando, por isso, o seu próprio objeto de conhecimento. A constatação permite, pois, evidenciar a forma pela qual paradigma subjetivista dependia do esquema sujeito-objeto, que consagra o protagonismo do indivíduo na interpretação daquilo que quer conhecer. O sujeito da modernidade é representativo da “filosofia da consciência”, tornando-se proprietário dos sentidos, haja vista que a essência cedeu espaço à consciência. Veja-se de que forma que se operou essa transição de paradigmas:

A virada em direção à superação do essencialismo, do universalismo [...] passa pela ruptura com o realismo, quando o esquema sujeito-objeto sofre uma transformação: surge a subjetividade assujeitadora das coisas, com o nascimento do sujeito que dominará a modernidade, atravessando o século XX e chegando no século XXI ainda fortalecido, mormente no campo do direito. Nesse novo paradigma, os sentidos não estão mais nas coisas, passando, agora, a estarem na mente (filosofia da consciência). É o princípio epocal cartesiano, denominado *cogito*; e, na sequência, o eu transcendental kantiano, o absoluto hegeliano a o ápice da metafísica moderna: a vontade do poder (*Wille Zur Macht*) de Nietzsche [...].<sup>194</sup>

No século XX, ocorre a mais relevante ruptura paradigmática, denominada de giro linguístico ou ontológico-linguístico. A partir do século passado, a invasão da filosofia pela

<sup>190</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 216-217.

<sup>191</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica (e)m Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 144.

<sup>192</sup> “Descartes, para Heidegger, dá a partida para a *liberação do homem*, a liberação pela certificação de si, da fundamentação do próprio homem pelo homem, em que nada o vincula, senão o império de seu próprio posicionamento.” STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica (e)m Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 200.

<sup>193</sup> “Estamos nos primórdios do movimento depois conhecimento como *racionalismo*, para o qual o indivíduo, valendo-se apenas da razão, evitando as influências dos *ídolos*, inteiramente desligado de seus laços culturais e livre da tradição e das doutrinas filosóficas tradicionais, seria capaz de atingir as verdades absolutas.” BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 06.

<sup>194</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica (e)m Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 201.

linguagem trouxe diversas contribuições que são genuinamente indispensáveis para a tarefa de compreensão e interpretação do mundo. “A linguagem deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, passando a ser condição de possibilidade.”<sup>195</sup> Nessa condição, entende-se que os sentidos se dão na intersubjetividade, não estando à disposição do intérprete, que não tem a faculdade de lhes atribuir o significado que lhe aprouver. Esse processo “transfere o próprio conhecimento para o âmbito da linguagem, onde o mundo se descortina; é na linguagem que se dá a ação; é na linguagem que se dá o sentido (e não na consciência de si do pensamento pensante). O sujeito surge na linguagem e pela linguagem.”<sup>196</sup> Essa ruptura, segundo Streck, é promovida por Martin Heidegger, conforme se vê na seguinte lição:

Heidegger vai romper com as duas metafísicas, apresentando um (novo) *standard* de racionalidade, a partir da questão do ser ligada à compreensão do ser pelo *Dasein*, entendido como síntese, como modo de ser no mundo, como aquilo que já sempre representa uma antecipação que acompanha todo o nosso conhecimento [...]. Este novo modo de compreender, que rompe com a relação sujeito-objeto, representa uma verdadeira revolução copernicana, que coloca em xeque os modos procedimentais de acesso ao conhecimento [...].<sup>197</sup>

O método e a essência, características das duas metafísicas acima mencionadas, dão lugar à existência e à historicidade que possibilitam a compreensão que o homem tem de si mesmo, e isso constitui a dimensão hermenêutica que fundamenta toda compreensão que se faz para interpretar. Este – o ato de interpretação – será o momento em que o discurso mostra o que foi compreendido a partir dos pré-juízos forjados pela tradição, sendo inviável uma correção metodológica aplicada a uma compreensão que já se ocorreu no nível ontológico ou de profundidade – o hermenêutico.<sup>198</sup> Veja-se, nesse ponto, o alerta de Gadamer no sentido de que o paradigma subjetivista que se pretende ver superado lutava contra o preconceito, pois era indispensável abandonar essas estruturas prévias de compreensão para dar lugar a um conhecimento científico puro legitimado pelo método. Isso se torna evidente no fato de que a noção de preconceito ganhou contornos negativos, passando a significar um “falso juízo” em vez de juízo que se formava antes do exame definitivo de tudo quanto seja relevante, cuja

<sup>195</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 221

<sup>196</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O Que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 14.

<sup>197</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 239.

<sup>198</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 210-211.

compreensão é indispensável na tarefa interpretativa.<sup>199</sup> Prossegue o filósofo alemão apontando que afastar todo e qualquer preconceito é, em si, um preconceito, que se torna negativo quando se percebe que provoca um prejuízo para a compreensão. Vejam-se suas palavras:

Será verdade que achar-se imerso em tradições significa em primeiro plano estar submetido a preconceitos e limitado em sua própria liberdade? O certo não será, antes, que toda existência humana, mesmo a mais livre, está limitada e condicionada de muitas maneiras? E se isso for correto então a ideia de uma razão absoluta não representa nenhuma possibilidade para a humanidade histórica. Para nós a razão somente existe como real e histórica, isso significa simplesmente: a razão não é dona de si mesma, pois está sempre referida ao dado no qual exerce sua ação.<sup>200</sup>

Nessa linha, entende-se que não existe um “marco zero” na atribuição de sentidos, tendo em vista que a hermenêutica filosófica, desenvolvida a partir da apropriação que Gadamer faz das lições de Heidegger, propõe uma interpretação que traz como pressuposto o reconhecimento da “totalidade da estrutura existencial”.<sup>201</sup>

Mesmo diante da revolução operada no plano da filosofia, que tem evidentes reflexos na teoria do Direito, o senso comum teórico que domina o imaginário jurídico brasileiro demonstra que a repercussão, se é que houve alguma, ficou muito aquém do necessário para provocar a ruptura paradigmática que, quando efetivamente compreendido, o giro ontológico-linguístico certamente acarretaria. Bastaria, para tanto, retomar as posturas eminentemente positivistas e dependentes do sujeito solipsista da modernidade, expostas ao longo do primeiro capítulo e novamente criticadas ao longo deste segundo capítulo. Sobre a não recepção da “morte do sujeito” e a sua relação com o paradigma positivista e as metafísicas, veja-se a lição de Streck:

O sujeito, invenção/criação da modernidade, continua a funcionar como *fundamentum inconcussum absolutum veritatis*. No plano da interpretação/aplicação do Direito, isso é facilmente detectado na admissão do poder discricionário dos juízes, no livre convencimento e na livre apreciação das provas. [...] Na verdade, a dogmática jurídica atua a partir de um sincretismo: ao mesmo tempo em que aposta no mito do dado (metafísica clássica), não abre mão (ou necessita) da mediação do sujeito solipsista.<sup>202</sup>

<sup>199</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 360-361.

<sup>200</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 367.

<sup>201</sup> MARIN, Jeferson Dytz. *Crise da Jurisdição e Decisionismo em Alexy: prisioneiros da liberdade*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 235.

<sup>202</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica (e)m Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 77.

A hermenêutica desenvolvida a partir da invasão da filosofia pela linguagem, nos termos em que aqui defendida, também denuncia a impossibilidade de se sustentar que a decisão ocorra antes da fundamentação, numa espécie de lugar-comum em que “primeiro se decide, depois se fundamenta”, próprio da vulgata da filosofia da consciência que domina parte do pensamento jurídico. Isso ocorre porque a interpretação não é um ato de vontade, nem o Direito se resume a mero adorno retórico para disfarçar arbitrariedades. Mesmo quem efetivamente acredite que está decidindo sem antes fundamentar comete um equívoco – ou, talvez, dois. Em primeiro lugar, a antecipação de sentido que determina a compreensão traz consigo o fundamento para decisão, que é tomada em face daquilo que se compreendeu.<sup>203</sup> Não há como o fundamento vir posteriormente, ainda que o seu aprimoramento da fundamentação ocorra no discurso apofântico, como se verá em seguida. O segundo equívoco, agora potencial, decorre do fato de o fundamento utilizado ser errado, diante da concorrência de pré-juízos inautênticos. Nesse sentido, avançando-se na questão da compreensão, “para interpretar, necessitamos compreender; para compreender, temos de ter uma pré-compreensão, constituída de estrutura prévia do sentido – que se funda essencialmente em uma posição prévia (*Vorhabe*), visão prévia (*Vorsicht*) e concepção prévia.”<sup>204</sup> Explica-se, pois, o motivo de a linguagem possibilitar o acesso ao mundo, diante de sua inexorável função intersubjetiva na formação da compreensão e da impossibilidade de encontro com as essências dos entes de modo que seja independente da linguagem.

Entender o paradigma intersubjetivo constituído a partir do *linguistic turn* como superação do esquema sujeito-objeto é o ponto de partida para a construção de uma teoria que não admite discricionariedades interpretativas, pois a interpretação do direito não irá buscar soluções conforme a consciência do julgador. Impende deixar claro que a relação dos paradigmas filosóficos com os jurídicos não é acidental, mostrando-se oportuna a citação de Streck:

Assim, no caso do direito, por exemplo, é muito comum encontrarmos teorias que apresentam determinados postulados epistemológicos que, se olhados mais de perto, representam apenas a consequência da projeção desse modo de organização – filosófica – do pensamento predominante no interior daquele tempo histórico. Esse fator ordenador, que condiciona o enquadramento do conhecimento em uma determinada época, nos chamamos, com Ernildo Stein, de *paradigmas filosóficos*.<sup>205</sup>

<sup>203</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 217.

<sup>204</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 218.

<sup>205</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica (e)m Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 143.

Conforme se viu, a discricionariedade interpretativa é o traço essencial das posturas positivistas, que tentaram construir uma razão teórica imune a influências externas, mas relegaram o problema da interpretação do direito à vontade do julgador. Reconhecia-se como insolúvel a questão da indeterminação do direito ou, de outro ponto de vista, que sequer se cuidava de algo que necessitava de solução, mas sim de uma fatalidade inerente ao ordenamento jurídico, que se completava com o poder discricionário que haveria de ser atribuído aos juízes, pois detinham o poder de criar a norma do caso concreto. Existe uma evidente vinculação do positivismo com o paradigma subjetivista. Aquele é criado a partir do contexto da filosofia da consciência. De um lado, verificava-se a constante necessidade de racionalizar o conhecimento; mas, ao mesmo tempo, entendia-se que isso dependia da consciência do senhor dos sentidos, do proprietário do método, que era o detentor do poder de constituir o seu objeto.<sup>206</sup>

Nesse sentido, é inegável que o Direito não se isola das alterações promovidas no âmbito da filosofia. Notadamente, isso não representa qualquer ataque à autonomia do Direito. Nada obstante, há que se admitir que as mudanças promovidas pela filosofia da linguagem são condições de possibilidade para compreensão do fenômeno jurídico. Ainda no século passado, pode-se constatar um movimento considerável, ao menos no sentido da recepção da primeira etapa do giro linguístico, por parte de posturas relacionadas à teoria da argumentação jurídica.<sup>207</sup> Entretanto, o positivismo não pode ser superado por qualquer proposta teórica ainda dependente do esquema sujeito-objeto. Nessa primeira fase, o efeito gerado na teoria do Direito foi utilizar os textos como elementos para solução de problemas textuais, sendo que a linguagem era o elemento de que dispunha a racionalidade instrumental em que havia se transformado a ciência jurídica na incessante busca pelo melhor argumento, o que se fazia separada da concretude do mundo fático. Os juristas se preocuparam, contudo, em controlar essas alterações promovidas pelo reconhecimento do papel da linguagem e, para

<sup>206</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 206.

<sup>207</sup> “[...] diversas teorias críticas do direito – como veremos na sequência, uma delas é a teoria da argumentação jurídica – não conseguem fazer mais do que superar o positivismo primitivo (exegético, ultrapassando-o, entretanto, apenas, no que tange ao problema ‘lei=direito’ [...]). para isso, valem-se da linguagem, especialmente calcados na primeira fase do *linguistic turn*, que conhecemos como o triunfo do neopositivismo lógico. Aqui reside parte importante da problemática: a não recepção do giro ontológico-linguístico. É dizer, na especificidade do campo jurídico, as teorias analíticas tomaram emprestado do próprio Kelsen o elemento superador do positivismo exegético, que funcionava no plano semiótico da sintaxe, indo em direção a um segundo nível, o da semântica, o que se observa ainda hoje na ‘crítica do direito.’” STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica (e)m Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 78.

tanto, desenvolveram novas metodologias, a fim de “assegurar” a legitimidade de suas teses ainda presas, evidentemente, ao paradigma subjetivista, isto é, “algo como racionalizar o subjetivismo...!”<sup>208</sup>

A adequada recepção pela doutrina jurídica das rupturas promovidas pelo paradigma intersubjetivo da linguagem traduz-se no meio que viabilizará a edificação de um modelo pós-positivista de pensar o Direito. Nesse sentido, mostra-se imprescindível compreender o papel da linguagem no processo de interpretação, transpondo-se a primeira fase do giro linguístico, de modo que o Direito não se transforme em mera racionalidade instrumental. Neste momento, recorre-se à lição de Lenio Streck:

No interior desse paradigma sujeito-sujeito, não há linguagem privada. O privado, individual, monádico, somente deflui das interrelações com o público (Stanley Carvel). A subjetividade não é instauradora de mundo, nem o mundo pode ser compreendido a partir de deduções metafísicas. O homem está inserido em um mundo constituído a partir da linguagem, que lhe antecede. Está, assim, envolto em um complexo de significações, traduzidas pela linguagem, que o coloca no mundo e lhe possibilita a compreensão do mundo.<sup>209</sup>

Ainda, para não correr o risco de que a menção à hermenêutica seja dissolvida no contexto de uma ciência da interpretação, deve-se repisar que a Crítica Hermenêutica do Direito desenvolvida por Streck e adotada neste trabalho possui matriz gadameriana, mostrando-se, por essa razão, contrária aos métodos interpretativos. A advertência se faz necessária porque ainda há considerável setor doutrinário relaciona à hermenêutica os vetustos cânones interpretativos, até mesmo de forma setorizada, isto é, conforme o “ramo do Direito” de que se trata.

A hermenêutica filosófica, conforme Streck, ocupa-se da descrição do processo de compreensão e interpretação do direito, bem como da tradição que o sustenta, sem que adote um método para tal finalidade, pela simples razão de inexistir um método útil para a escolha do método interpretativo.<sup>210</sup> Nesse ponto, mostra-se digna de nota a lição de Alécio Silveira Nogueira sobre o papel e o funcionamento da hermenêutica filosófica:

[...] uma *hermenêutica filosófica*, que se volta para qualquer tentativa de compreensão do mundo e se opõe, dessa forma, ao *método*; ela explicaria, de modo mais satisfatório, nossa relação com o mundo, não existindo nada que não revele, de

<sup>208</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica (e)m Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 79.

<sup>209</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 134-135.

<sup>210</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 207-208.

alguma forma, uma dimensão hermenêutica. A interpretação, seja de um texto ou mesmo dos fenômenos da vida, repousa em diálogos travados pelo intérprete no interior de uma tradição e a partir da fusão dos horizontes do próprio intérprete e da coisa a ser interpretada. Em outras palavras, a dicotomia sujeito *vs.* objeto é ilusória.<sup>211</sup>

Os métodos de interpretação acima analisados, além de servirem de exemplo da questão acerca dos paradigmas jurídicos na forma em que foram tratados no primeiro subcapítulo, deitam raízes em paradigmas filosóficos anacrônicos, mas não superados pela teoria do direito. Isso porque a permanência da discricionariedade, bem como do método na atividade interpretativa, está intimamente vinculada à questão da não superação daquilo que se denomina de esquema sujeito-objeto, podendo-se constatar uma tentativa de racionalização da razão prática a partir da metodologia ou da argumentação por parte das teorias analíticas.<sup>212</sup>

Ocorre que a tentativa de impor um método à atividade interpretativa desconsidera o fato de que o método sempre chega tarde, tendo em vista que o procedimento somente ganhará espaço após a compreensão. Não é por outra razão que Streck ressalta que não mais se interpreta para compreender, mas se compreende para interpretar. Nesse sentido é que interpretar exige explicitar o que se compreendeu, a partir de uma justificativa da fundamentação. Ora, se a compreensão aponta em determinado sentido é porque existe um fundamento que a sustenta, conforme se disse anteriormente na tentativa de demonstrar a incorreção dos discursos em que “primeiro se decide, depois se fundamenta”. A interpretação ou aplicação – que ocorrem no mesmo momento, vale repisar – exige a justificativa daquilo que se compreendeu, isto é, a exposição fundamentada do próprio fundamento interpretativo ou aplicativo. Isso não equivale – e é necessário ressaltar o que segue – a dizer que a interpretação ocorre em etapas. E se aquilo que se compreendeu é determinado também “por um fator da história dos efeitos”, o que se compreende também influencia as convicções, pois, apesar de não ser imprescindível concordar com o que se compreendeu, a compreensão tem sua voz, possibilitando ao intérprete que (re)avale seus pré-juízos.<sup>213</sup> Daí a importância de se entender como se (re)formula a compreensão que resulta na interpretação. Por isso, existe a necessidade de “mostrar-se receptiva à alteridade do texto [...]. O que importa é dar-se conta

<sup>211</sup> NOGUEIRA, Alécio Silveira. *Direito e Linguagem: o processo interpretativo jurídico sob uma perspectiva semiótica*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 58.

<sup>212</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 204.

<sup>213</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 244.

dos próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresenta-se em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais.<sup>214</sup>

O destaque ao papel da antecipação de sentido que viabiliza a compreensão, ao que se soma a impossibilidade de estruturá-la, decorre daquilo que se chama de dobra ou dupla estrutura da linguagem. Identifica-se, a partir dela, a existência de dois planos distintos que relevam para a atividade hermenêutica. Em primeiro lugar, há o plano hermenêutico, que é ontológico e se situa no nível de profundidade, em que ocorre a compreensão a partir dos pré-juízos formados pela tradição. Em segundo lugar, existe o plano apofântico, que, por ser ôntico, é explicativo ou “mostrativo”, onde tem lugar a argumentação jurídica destinada à justificação da fundamentação. Veja-se o que isso acarreta no plano da interpretação e, portanto, aplicação do direito:

Vale dizer: aquilo que é dito (mostrado) na linguagem lógico-conceitual que aparece no discurso *apofântico*, é apenas a superfície de algo que já foi compreendido num nível de profundidade que é *hermenêutico*. Daí que, para a hermenêutica, é comum a afirmação de que o *dito* sempre carrega consigo o *não dito*, sendo que a tarefa do hermeneuta é dar conta, não daquilo que já foi mostrado pelo discurso (*logos*) apofântico, mas sim daquilo que permanece retido – como possibilidade – no discurso (*logos*) hermenêutico.<sup>215</sup>

Tratar-se-á, em primeiro lugar, do plano superficial em que a argumentação ganha espaço. Na esteira da consideração anterior, a argumentação que é construída para se chegar à resposta correta não pode encobrir o nível hermenêutico. A hermenêutica não afasta qualquer tipo de argumentação, mas não admite, evidentemente, discursos prévios de fundamentação ou procedimentos que estruturam metodologicamente a interpretação porque falhariam ao tentar esconder a compreensão que se forma muito antes da chegada do discurso ou do método. Veja-se o que diz Jeferson Marin a respeito, agregando à questão o papel dos princípios no sentido adotado no subcapítulo antecedente:

Se por traz de cada regra há um princípio, é a interpretação, é o compreender/aplicar que oferecerá a solução para o caso concreto apreciado, sem a cisão de discursos. Os discursos prévios, portanto, representam um resgate da discricionariedade positivista, e, mesmo que a teoria alexyana tenha um cariz analítico (argumentativo) /discursivo, não consegue fugir desse espectro.<sup>216</sup>

<sup>214</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. 358.

<sup>215</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O Que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 41.

<sup>216</sup> MARIN, Jeferson Dytz. *Crise da Jurisdição e Decisionismo em Alexy: prisioneiros da liberdade*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 195.

Assim, a argumentação jurídica não pode querer alcançar a compreensão, mas somente justificar as razões que levaram à formação dos pré-juízos (in)autênticos a partir dos quais ocorre a fusão de horizontes que fundamenta a pré-compreensão.

A argumentação utilizada no pós-positivismo deve levar em consideração a morte do método anunciada na hermenêutica filosófica. Cabe dizer que o abandono do método não acarreta qualquer relativismo ou irracionalidade, incompatíveis por princípio com a hermenêutica. Matar o método significou, no âmbito da filosofia da linguagem, acabar com o “supremo momento da subjetividade”,<sup>217</sup> pois era o método quem transferia para o sujeito o poder de se “assujeitar” do seu objeto, mascarando, somente, os relativismos e arbitrariedades inerentes ao paradigma subjetivistas.

Há que se destacar, portanto, que não será qualquer forma de argumentação<sup>218</sup> que será adequada aos propósitos da teoria da decisão que se quer construir, ainda que se faça um “ajuste” para comportar a dobra da linguagem, a diferença ontológica e o círculo hermenêutico, isto é, a hermenêutica não pode servir de adorno para legitimar propostas ainda presas à filosofia da consciência. Sempre vale o alerta para impedir as combinações de autores que apresentam incompatibilidades teóricas tão insuperáveis quanto às que se referem aos paradigmas a partir dos quais constroem suas teorias. Sobre o assunto, leciona Streck:

[...] o importante é apontar para algo anterior, que condiciona a própria construção do argumento. Não se desconsidera a argumentação. Apenas se diz que olhar o fenômeno jurídico apenas pela via da argumentação significa esconder toda a cama anterior em que a compreensão verdadeiramente acontece. Ainda, em se tratando da Teoria da Argumentação de Robert Alexy, [...] existe, sim, uma incompatibilidade em face do paradigma filosófico sobre o qual este último assenta sua construção teórica. Neste caso, penso, não existe como “aproveitar” o uso da argumentação. E por uma razão singela: a fórmula alexyana de argumentação é antitética com relação à hermenêutica, porque aposta em outro paradigma filosófico para construir seus procedimentos.<sup>219</sup>

Não é difícil perceber as razões que impedem a adoção da argumentação alexyana no discurso apofântico ou mesmo na construção das bases para compreensão. Como se viu anteriormente, sua teoria da argumentação é dependente da discricionariedade do intérprete,

<sup>217</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 232.

<sup>218</sup> Fala-se em forma de argumentação ou somente em argumentação para evitar confusões com as propostas enquadradas como Teorias da Argumentação Jurídica, tendo em vista que “também nestas estará presente o problema paradigmático, uma vez que as teorias da argumentação são dependentes da discricionariedade.” STRECK, Lenio Luiz. *O Que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 24.

<sup>219</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 208.

além de se contentar com a estruturação de um procedimento prévio de interpretação alheio à facticidade<sup>220</sup> e fabricado sob medida para ser utilizado como método pelo sujeito solipsista da modernidade. Ademais, o discurso prévio que pretende amarrar a compreensão dificilmente seria compatível com a “hermenêutica da facticidade”<sup>221</sup> adotada neste estudo. O problema é, de fato, paradigmático, ficando impedida a mixagem teórica da hermenêutica filosófica com Alexy.

Vê-se, portanto, que a argumentação compatível com a hermenêutica diz respeito à atuação no nível de racionalidade explicativo ou apofântico, a fim de que não pretenda conformar a compreensão, mas sim explicitá-la, em conjunto com as condições que a determina(ra)m, de forma justificada.

Descendo novamente ao nível de profundidade, isto é, retomando-se o plano hermenêutico, cabe tecer breves considerações acerca dos teoremas da ontologia fundamental, que, por sua vez, possibilitaram a distinção relacionada ao duplo nível da fenomenologia hermenêutica. Os teoremas são o círculo hermenêutico e a diferença ontológica, e a maneira pela qual demonstram a formação da compreensão permite a constatação no sentido de que inexistente um “grau zero de sentido” a ser atribuído pelo intérprete. Jeferson Marin situa adequadamente o círculo hermenêutico e a sua relação com os pré-juízos e a pré-compreensão a partir das noções de historicidade, tradição e temporalidade no Direito:

A hermenêutica, numa acepção adequada, pode contribuir tanto para a compreensão da temporalidade do direito, quanto para a democratização da jurisdição. Heidegger explicita esta situação hermenêutica a partir da posição prévia, visão prévia e concepção prévia do interlocutor jurisprudencial, considerando a necessidade de explorar proficuamente o significado do termo. E, nesse sentido, o reconhecimento da realidade histórica do ser, valorizando-se o passado para a adequada compreensão do futuro, tem papel decisivo. Daí, estabelece-se o círculo hermenêutico, em que o todo é compreendido pela parte e parte (no sentido do parcial) é que leva à compreensão do todo.<sup>222</sup>

A diferença ontológica representa a impossibilidade de cindir o incindível, na medida em que afasta as tentativas de se construir conceitos ou sentidos sem coisas, tendo em vista que o sentido é um existencial. Lenio Streck explica a diferença ontológica sob a ótica heideggeriana:

---

<sup>220</sup> Vale lembrar que, mesmo quando o fato se apresenta, o discurso prévio propõe a cisão entre questão de fato e de direito, operada pelas máximas parciais da proporcionalidade, que dá conta de isolá-lo.

<sup>221</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 233.

<sup>222</sup> MARIN, Jeferson Dytz. *Crise da Jurisdição e Decisionismo em Alexy: prisioneiros da liberdade*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 46.

[...] a diferença ontológica, pela qual o ser é sempre o ser de um ente, rompendo-se a possibilidade de subsunções e deduções, uma vez que, para Heidegger, o sentido é um existencial do *Dasein*, e não uma propriedade “colada” sobre o ente, colocado atrás deste ou que paira não se sabe onde, em uma espécie de “reino intermediário”. Enfim, a diferença ontológica heideggeriana funciona como contraponto aos dualismos metafísicos que ainda povoam o imaginário dos juristas, como essência e aparência, teoria e prática, questão de fato e questão de direito, texto e norma, para citar apenas algumas que assumem uma relevância incomensurável na aplicação do direito (porque interpretar é aplicar), mediante as quais a doutrina e a jurisprudência passam a idéia de que o texto “carrega” o seu próprio sentido [...].<sup>223</sup>

O rompimento desses dualismos metafísicos a partir da diferença ontológica, aliada ao círculo hermenêutico, propicia o resgate da facticidade de forma que se torne condição de possibilidade para a compreensão. Ademais, disso resulta o controle da atribuição de sentido pela intersubjetividade e a autoridade da tradição. Por isso é que se pode dizer que a hermenêutica filosófica demonstra a sua contrariedade em relação a relativismos, norteando a tarefa de “levar o texto a sério.” E se não existe grau zero de sentido, a hermenêutica depende da elaboração de projetos cuja adequação será confirmada (ou não) nas próprias coisas, viabilizando-se a consolidação de pré-juízos autênticos. Mostra-se oportuno trazer a lição de Hans-Georg Gadamer, responsável pela construção da hermenêutica filosófica:

Toda interpretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar seu olhar para “as coisas elas mesmas” [...]. Esse deixar-se determinar assim pela própria coisa, evidentemente, não é para o intérprete uma decisão “heroica”, tomada de uma vez por todas, mas verdadeiramente, “a tarefa primeira, constante e última”. Pois o que importa é manter a vista atenta à coisa através de todos os desvios a que se vê constantemente submetido o intérprete em virtude das ideias que lhe ocorrem. Quem quiser compreender um texto, realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido.<sup>224</sup>

Delineados os traços essenciais das mudanças que o giro ontológico-linguístico deve promover na interpretação do Direito, impõe-se realçar a legitimidade da decisão que a hermenêutica é capaz de alcançar. Nesse sentido, soma-se às críticas tecidas no subcapítulo anterior aos métodos que a doutrina aponta para resolução dos casos fáceis e difíceis, bem como a permanência – para dizer o menos – da discricionariedade no modelo teórico do

<sup>223</sup> STRECK, Lenio Luiz. Bases Para a Compreensão da Hermenêutica Jurídica em Tempos de Superação do Esquema Sujeito-Objeto. *Revista Seqüência*, n. 54, p. 29-46, jul. 2007.

<sup>224</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 355-356.

neoconstitucionalismo (na forma em que acima descrito) algo que parece essencial à teoria da decisão que se quer construir no pós-positivismo, mas ainda não enunciado de forma explícita neste texto. A hermenêutica preocupa-se com o controle democrático das decisões judiciais, isto é, muito antes de verificar os critérios que dizem respeito à sua validade, pretende problematizar as condições de legitimidade de uma decisão – sem que isso represente, obviamente, um exemplo de cisão metafísica. Nessa linha, não se entende como necessário distinguir arbitrariedade de discricionariedade. Aqui reside a discordância em relação às lições de Ovídio A. Baptista da Silva. O mais destacado processualista gaúcho afirma que Dworkin confunde discricionariedade com arbítrio – e a objeção deve também ser exposta neste trabalho, haja vista que se adota a teoria do autor americano. Eis o que diz Ovídio Baptista da Silva:

O abandono na ilusão de que o raciocínio jurídico alcance a univocidade do pensamento matemático, não nos fará reféns das arbitrariedades temidas pelo pensamento conservador, porquanto não se deve confundir *discricionariedade* com *arbitrariedade*. O juiz terá – na verdade sempre teve e continuará tendo, queiramos ou não –, uma margem de discricção dentro de cujos limites, porém, ele permanecerá sujeito aos princípios da *razoabilidade* [...]. Como lidar com o *princípio da proporcionalidade* se negarmos ao magistrado o poder *discricionário*? Como orientar-se na aplicação de um determinado princípio, ou decidir qual deles aplicar quando houver, entre eles, uma insuperável oposição. [...] mas a discricionariedade judicial tem incontáveis expressões na nossa experiência forense, devida a múltiplos fatores, dentre os quais não se deve esquecer a poderosa pressão exercida sobre o Poder Judiciário, decorrente da crise do sistema democrático representativo que, cada vez com maior frequência, transfere ao Poder Judiciário, não apenas tarefas originariamente administrativas, como legisla através de conceitos gerais e indeterminados, quando não dispendo sobre princípios, a serem “concretizados” no julgamento jurisdicional.<sup>225</sup>

Na mesma obra, o autor ainda refuta a possibilidade da existência de uma resposta certa por duas razões. De um lado, questiona se a resposta correta estaria contida na lei, rechaçando tal possibilidade, que representaria um retorno à escola da exegese. Em segundo lugar, aduz que, caso a solução certa seja construída pelo intérprete, estar-se-á lhe atribuindo um poder fatalmente discricionário, citando Alexy para sustentar a posição no sentido de que não existe um procedimento que conduza a um único resultado.<sup>226</sup>

Em primeiro lugar, impõe-se concordar com a impossibilidade de lidar com o princípio da proporcionalidade sem que seja conferida a discricionariedade ao magistrado *desde que se entenda que a proporcionalidade é, em vez de um autêntico princípio jurídico, a*

<sup>225</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Epistemologia das Ciências Culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 38-39.

<sup>226</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Epistemologia das Ciências Culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 26.

*máxima, o postulado ou o método que a teoria alexyana sustenta.* Além de o próprio Alexy reconhecer, em passagem citada anteriormente, que a máxima depende da discricionariedade, faz pouco sentido – nesse ponto específico, é bom que se diga – combater o racionalismo ancorado em proposta manifestamente vinculada ao paradigma subjetivista, em que a aposta no método é o único meio de se assegurar da correção do raciocínio (mesmo que se admita, logo em seguida, que do método ou do procedimento resultam respostas diversas). Não há como deixar de apontar a contradição existente nessa posição, e aqui está a discordância em relação ao que é defendido em *Processo e Ideologia*, em que se lê que “se a norma jurídica assemelha-se a uma proposição algébrica, será impensável supor que a ela tenha ‘duas vontades’; que possa permitir a seus aplicadores uma dose, mínima que seja de *discricionariedade*.”<sup>227</sup> Como se viu, o paradigma subjetivista é que trouxe a discricionariedade como algo inarredável do Direito, ora com a cisão entre Ciência do Direito e Direito em Kelsen, quando a discricionariedade do intérprete era uma fatalidade que não permitia que se “fizesse ciência sobre uma razão prática”, ora sob o disfarce do método, como em Alexy.

Quanto às razões supramencionadas para inadmitir a resposta correta, primeiramente, a tese defendida por Dworkin não repristina o juiz boca-da-lei da escola da exegese – mesmo que obviamente Ovídio não enquadre Dworkin na primeira alternativa acima citada –, tendo em vista que para este o direito é um conceito interpretativo. Em segundo lugar, a necessidade de construção da resposta certa não implica discricionariedade. Essa é a razão que impeliu o autor – e a metáfora do juiz Hércules é um bom exemplo disso – a construir sua teoria da decisão, que demonstra a possibilidade de se encontrar uma resposta correta, com base em argumentos de princípio, a partir da integridade e da coerência e, por isso, de forma não discricionária.

Não basta, por isso, referir que o juiz deve se manter dentro dos “princípios da razoabilidade” se a razoabilidade for entendida a partir da consciência ou da vontade de quem julga. No que tange aos demais argumentos acima elencados, alegou o processualista que a discricionariedade deve ganhar espaço na “concretização” de princípios ou na solução de conflito entre eles, nos conceitos jurídicos indeterminados e no controle judicial da atividade administrativa. Em que medida isso se diferencia do neoconstitucionalismo – lembre-se a tese de Barroso no sentido de que o juiz literalmente escolhe o princípio que irá prevalecer – e

---

<sup>227</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 17. Essa parcial discordância aqui defendida em nada diminui a importância da valiosa contribuição que *Processo e Ideologia* representa não só para o processo civil, mas também para a teoria do Direito.

do positivismo – refiram-se a moldura de Kelsen e a textura aberta de Hart, que dão lugar à criação do intérprete – nas formas acima criticadas? Já no que diz respeito ao controle da atividade administrativa, o afastamento da discricionariedade é um dos principais motivos da elaboração deste estudo.

Por último, o jusfilósofo americano não confunde discricionariedade com arbitrariedade. Em vez disso, o que se percebe é que o autor não pretende teorizar uma crítica contra a arbitrariedade, mas vê como indispensável destruir a discricionariedade positivista, pois esta sim conta com muitos defensores, razão pela qual ambas representam um problema de legitimidade, embora somente uma delas justifique a sustentação de uma proposta teórica em oposição. Veja-se o que consta da seção *o poder discricionário, em O Modelo de Regras I*:

O poder discricionário de um funcionário não significa que ele esteja livre para decidir sem recorrer a padrões de bom senso e equidade, mas apenas que sua decisão não é controlada por um padrão formulado pela autoridade particular que temos em mente quando colocamos a questão do poder discricionário.

A questão é, de fato, paradigmática. Entende-se impossível destruir o positivismo em todas as suas manifestações e o paradigma filosófico que o sustenta sem abandonar, de uma vez por todas, a discricionariedade e o método no qual se esconde o sujeito solipsista da modernidade. Nada obstante, a busca pela resposta correta não é sinônimo de matematização do Direito, nem ela representa a possibilidade de que esteja contida em discursos prévios de fundamentação, alheios à facticidade. Muito menos se acredita que a resposta correta decorra da univocidade de sentido das normas. Por essas razões, demonizar a discricionariedade e buscar respostas certas não diminui a importância do ato de julgar; pelo contrário! A resposta correta e o direito como conceito interpretativo enaltecem a importância do magistrado, bem como a dificuldade de sua *hercúlea* tarefa.

A principal razão para não se *cindir* arbitrariedade de discricionariedade é que a decisão construída a partir da teoria interpretativa não pode ser *um pouco* legítima.<sup>228</sup> Não releva distinguir decisões parcialmente fundamentadas de decisões destituídas de qualquer fundamentação. Legitimidade, no momento que atravessa o constitucionalismo brasileiro, definitivamente, não é uma questão de grau, de modo que seja suficiente diferenciar as

<sup>228</sup> “[...] não penso que haja diferença entre discricionariedade e arbitrariedade. Toda decisão é um ato de poder e, se este poder não estiver completamente legitimado, [...] estar-se-á diante de um poder ilegítimo. Ou seja, não há como aceitar, no interior de um constitucionalismo democrático, que haja uma tomada de decisão ‘meio fundamentada’ ou ‘meio legitimada’.” STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 599.

decisões arbitrárias – que se pretenderia afastar – das discricionárias – aquelas com as quais se teria que conviver. Assim como Dworkin, o presente trabalho “não aceita nenhum tipo de discricionariedade judicial: permitir que o juiz decida de modo a inovar da seara jurídica pode representar um exercício arbitrário (não justificado em princípios da comunidade moral) da coerção estatal”.<sup>229</sup> Pode-se dizer, também, que a inadmissão total da discricionariedade tem o ponto positivo de evitar a introdução de outra questão problemática – e fadada às múltiplas respostas – atinente aos limites de tolerabilidade da discricionariedade e a linha tênue que a “separa” do arbítrio.

Diante de tudo o que foi exposto, ainda que se concordasse com todos os argumentos expostos no primeiro tópico do capítulo inaugural deste trabalho, todos os fundamentos que sustentariam a legitimidade do Poder Judiciário para controlar as políticas públicas ambientais caem por terra se a decisão for discricionária e, portanto, ilegítima.

Se, evidentemente, não será fácil a construção da teoria da decisão antidiscricionária, há que se atentar para a necessidade de “elaborar os projetos corretos e adequados às coisas, que como projetos são antecipações que só podem ser confirmadas ‘nas coisas’”, sendo essa a “tarefa constante da compreensão”.<sup>230</sup>

Forjar a compreensão no “ambiente” adequado depende da construção de uma teoria do Direito sólida, consentânea com o Constitucionalismo Contemporâneo e que não tolere a discricionariedade. Na verdade, mantê-la na teoria jurídica representa uma maneira – sincera ou disfarçada, de acordo com as peculiaridades de cada autor – de confessar que falhamos na tentativa de controlar democraticamente as decisões judiciais; que falhamos na tarefa de fazer filosofia *no* Direito; que perdemos a guerra contra o positivismo; e que, por conta de nossas falhas, os principais problemas jurídicos não encontrarão no Direito democraticamente produzido a sua solução, pois poderão ser decididos com base na *vontade* de quem julga.

Considerando que “em Dworkin a integridade e a coerência são o modo de ‘amarrar’ o intérprete, evitando discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos”<sup>231</sup>, os projetos aqui propostos para decisão no controle judicial de políticas públicas ambientais buscam no autor norte-americano a sua fundamentação, tarefa de que se ocupa no capítulo seguinte.

<sup>229</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 216.

<sup>230</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 356.

<sup>231</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 233.

## **4 TEORIA DA DECISÃO E O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS**

No momento em que o trabalho caminha para sua conclusão, a derradeira parte do texto destina-se a desenvolver a teoria da decisão que, como contraponto às propostas criticadas, deve adequar-se ao paradigma pós-positivista.

O objetivo inicial deste último capítulo é contextualizar as políticas públicas ambientais, passando-se, em seguida, para a teoria dworkiniana. À luz do autor norte-americano, serão estudados o Direito como integridade e as noções da doutrina da responsabilidade política dos magistrados e a coerência na aplicação do Direito.

Ao final, será necessário propor a reconstrução da história institucional das políticas públicas e a identificação do argumento de princípio que sustentará a decisão, retomando-se alguns dos casos abordados na primeira parte da obra para verificar de que modo os elementos da teoria da decisão não discricionária influenciariam o resultado das demandas.

### **4.1 As Políticas Públicas Ambientais: Para Além da Conceitualização.**

Diante de tudo o que até aqui se expôs, resta claro que não se pretende estabelecer, ao se analisarem definições de políticas públicas ambientais, conceitos com a intenção de que se tornem pautas gerais a partir das quais se poderiam fazer deduções. As definições apresentadas também não têm essa pretensão. Tais raciocínios não resistem à virada linguística ocorrida no último século. Não há, evidentemente, um conceito definitivo de política pública ambiental que seja completo e genérico, isto é, sem a coisa mesma como se todas as políticas públicas fossem a mesma coisa. Isso porque, como já se disse, não há conceitos sem coisas. Nada obstante, é possível estabelecer as bases a partir das quais o significado se dará no caso concreto. Este é o início do projeto de que se falou no final do segundo capítulo. Antes de se pretender fixar significados estanques, as considerações que se seguem são relacionadas aos contornos característicos que políticas públicas ambientais ganham no cenário jurídico brasileiro.

Afastados os raciocínios silogísticos, impõe-se, entretanto, registrar o alerta de Lenio Streck quanto aos problemas desse viés semântico que povoa boa parte do imaginário jurídico (ainda) em tempos “pós-positivistas”:

[...] para grande parcela do pensamento jurídico, o problema da interpretação da lei estaria resolvido se fosse possível construir um grande dicionário onde estivesse contida toda a essência significativa transmitida pelas palavras [...]. Note-se: não é nas palavras que devemos buscar os significados do mundo (ou do direito, para ser mais específico), *mas é para significar (o direito) que necessitamos de palavras*. É para isso que as palavras servem: para dar significado às coisas.<sup>232</sup>

Feitas essas advertências, passa-se à proposta de significação do Direito, em vez que tomar o caminho inverso. Inicia-se com a abordagem conceitual que se encontra na doutrina pátria. Boa parte dos textos que cuidam de políticas públicas se ocupa de justapor o conceito proposto com a definição de política, o que parece ser relevante para se estabelecer qual o grau de interdependência ou vinculação entre política e políticas públicas, além de verificar eventual contraposição entre elas e identificar os efeitos práticos da opção por determinado marco teórico.

Entende-se estreme de dúvidas que não se podem confundir os conceitos. *Politics*, termo que designa a política, é algo mais abrangente do que *policies* (políticas públicas). Aquela se refere ao poder e aos meios pelos quais é alcançado, mantido e renovado, ao que se soma a construção do consenso, em suas variadas manifestações, enquanto esta – embora se aprofunde o tema ao longo deste ponto – se apresenta como ação mais específica por parte do Poder Público diante de uma necessidade social.<sup>233</sup> Em decorrência da distinção, ainda que não se possa consagrar uma relação de gênero e espécie, o segundo conceito pode mostrar-se como expressão do primeiro, embora a constatação ainda seja prematura, exigindo mais elementos para dar conta dessa relação.

A forma de expressão acima referida também indica o local em que se manifesta, isto é, é pública porque diz respeito a tema, problema ou ação afeto à comunidade ou a certo grupo de pessoas, e não a condutas que atinjam somente situações individuais ou isoladas do âmbito público.<sup>234</sup>

Vista essa breve distinção e já visualizada uma relação entre os conceitos, cabe destacar o alerta de Eduardo Appio, que serve de justificativa para a necessidade de se conseguir uma resposta juridicamente adequada para o questionamento feito pelo autor, mormente quando se pretende promover uma crítica hermenêutica em relação ao controle judicial das políticas públicas:

<sup>232</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 235.

<sup>233</sup> DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas Públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 02.

<sup>234</sup> DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas Públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 11.

O que são políticas públicas? Esta indagação deveria se constituir no pórtico de qualquer debate jurídico sobre o tema, na medida em que a atividade judicial de revisão do conteúdo das políticas públicas deve ser estudada, com o objetivo de se evitar o transporte, puro e simples, das teorias que embasam a revisão judicial dos atos administrativos para o interior de um sistema político, o sistema constitucional. As políticas públicas possuem, por conseguinte, regime jurídico próprio e distinto em relação aos atos que as implementam e às diretrizes normativas pela quais se pautam.<sup>235</sup>

Antes de se analisarem propostas de conceituação, entende-se relevante estabelecer a causa jurídica que determina a existência da política pública no Brasil. Se existe relação entre políticas públicas, perfunctoriamente entendidas como ações governamentais para enfrentar uma necessidade social, e a construção do consenso e o poder, também se vislumbra uma possível instrumentalidade das *policies* no que tange à expressão ou concretização desse consenso. Veja-se como isso ocorre. A República Federativa do Brasil instituiu um projeto de Estado a partir da Constituição de 1988 que aqui é tratado como Estado Socioambiental de Direito. No projeto estão estampados determinados objetivos, que se referem ao elemento da finalidade, já tratado anteriormente. Os objetivos fundamentais da República, consagrados no art. 3º da Constituição, traçam linhas gerais para a atuação estatal que, em certa medida, é mais bem direcionada por parte das normas seguintes, especialmente os direitos fundamentais. Mas somente em bases excepcionais os atos concretos que devem ser adotados pelo Poder Público são previstos de forma bem delimitada pelo constituinte, razão pela qual é indispensável identificar o meio de realização das intenções principais que determinam a organização social. No sentido de concretizar os objetivos da sociedade é que surgem as políticas públicas, destacadas pela moderna doutrina como “tecnologia jurídica governamental” para a democracia. Leia-se:

[...] as políticas de inclusão social e todas as iniciativas de longo prazo dependem não apenas da compreensão dos papéis do Estado e do governo, mas também do domínio técnico dos seus mecanismos de funcionamento, tanto no nível das relações políticas tradicionais como nas implicações dessas com a execução das decisões e dos dispêndios governamentais.<sup>236</sup>

Assim, pode-se dizer, inicialmente, que as políticas públicas têm por destinação a promoção de alterações fáticas e jurídicas a fim de possibilitar a realização do modelo de sociedade idealizado ao se projetar um Estado. A esse princípio de conceito pode-se adicionar

<sup>235</sup> APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 133.

<sup>236</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 35.

a consideração de que a política pública não se esgota em um ato administrativo ou legislativo, haja vista que a complexidade que sua execução envolve exige uma série etapas que serão abordadas em breve. Nessa mesma linha, cita-se a definição proposta por Felipe de Melo Fonte:

Políticas públicas podem ser conceituadas como o conjunto de atos e fatos jurídicos que têm por finalidade a concretização de objetivos estatais pela Administração Pública. Elas não se confundem com os planos públicos, que na realidade são apenas parte do fenômeno, ou puras intenções políticas.<sup>237</sup>

A fim de localizar a fundamentação da política pública como processo de atuação do Estado, partiu-se das decisões principais referentes ao rumo da comunidade. Viu-se que a menção ao termo processo já indica um complexo de atos que não se esgota em uma única ação ou decisão. Por isso é que a doutrina ressalta a existência de estágios, fases ou etapas das políticas públicas. De maneira diferenciada, associando as ações supracitadas não mais a um conjunto de atos, e sim de processos regulados pelo Direito, cabe trazer o ensinamento de Maria Paula Dallari Bucci:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.<sup>238</sup>

Ao lado dos processos, existe o ponto de vista que enfoca as decisões que são tomadas durante o período em que um processo demora a se tornar realidade. Veja-se, a respeito, a opinião de Mario Procopiuck:

Como regra, uma política pública ganha identidade a partir de um conjunto de decisões que definem e instituem normas e regras gerais abstratas (leis, decretos, acordos, convênios, tratados etc.) que irão pautar comportamentos e ações de atores individuais e coletivos (decisões administrativas, autorizações, subsídios etc.) para geração de resultados concretos destinados a solucionar problemas que deram origem à necessidade da própria configuração da política.<sup>239</sup>

<sup>237</sup> FONTE, Felipe de Melo. *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 320.

<sup>238</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O Conceito de Política Pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

<sup>239</sup> PROCOPIUCK, Mario. *Políticas Públicas e Fundamentos da Administração Pública: avaliação, governança e redes de políticas, administração judiciária*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 141.

De qualquer sorte, a referência aos diferentes processos não atende à exigência de individualização das fases de elaboração da política pública. O surgimento da política pública se dá com a sua inserção nas prioridades do Estado, isto é, quando passa a figurar na *agenda* do Poder Público, que se propõe a estudar determinado problema público para, agora na segunda fase, denominada *elaboração*, verificar as alternativas disponíveis para enfrentar a questão. A terceira etapa consiste na *formulação*, em que, a par de se justificar a opção por uma das alternativas analisadas na fase anterior, são delineados os objetivos, as formas jurídicas e os meios financeiros alinhados ao momento seguinte, que diz respeito à *implementação*, em que se organizam e ordenam todos os recursos administrativos e financeiros necessários para a quinta etapa, a *execução*, a fim de se tornarem concretas as ações destinadas à produção de efeitos na realidade. Por fim, o *acompanhamento* refere-se à fiscalização dos atos executórios, enquanto a *avaliação* é a análise dos resultados ocorridos e da necessidade de manutenção ou reformulação da política pública.<sup>240</sup>

Prosseguindo-se na tarefa de situar as políticas públicas ambientais de forma adequada para o Direito pátrio, adere-se às lições de Flávio Galdino em três pontos que parecem interessar para a construção da definição. Em primeiro lugar, apoiado na lição de Stephen Holmes e Cass Sunstein,<sup>241</sup> o autor descreve as razões pelas quais todos os direitos fundamentais, independentemente da geração ou dimensão de que façam parte, dependem de recursos financeiros oriundos do Estado. Ainda que parte da literatura jurídica não aceite ou desconsidere este fato, com pouco esforço se consegue constatar a veracidade da argumentação. Isso porque mesmo os chamados direitos de defesa ou de liberdade, que, numa leitura apressada, dependeriam apenas da não intervenção do Poder Público, exigem a criação e manutenção de todo um aparato estatal para assegurar a sua proteção e eficácia, o que leva a enquadrar todos os direitos como positivos, isto é, dependentes de uma atuação governamental que acarreta o dispêndio de recursos públicos.

O segundo ponto decorre da primeira constatação, referindo-se ao fato de que todos os direitos previstos na Constituição “integram o círculo de opções que são dadas às escolhas públicas, às trágicas e inevitáveis escolhas públicas.”<sup>242</sup> Embora possa parecer desnecessário,

---

<sup>240</sup> BRUM, Guilherme Valle. *Uma Teoria para o Controle Judicial de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 163-164.

<sup>241</sup> O propósito do trabalho não inclui a investigação da teoria elaborada pelos autores americanos, que será analisada na abordagem feita por Flávio Galdino para o Direito pátrio. Uma frase dos autores, entretanto, merece destaque: “rights are familiarly described as inviolable, preemptory, and conclusive. But these are plainly rhetorical flourishes. Nothing that costs money can be an absolute”. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Co., 1999. p. 97.

<sup>242</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 227.

vale o alerta: o objetivo de reconhecer que os direitos não são absolutos e que dependem de escolhas quanto ao grau de sua realização, antes de servir para sustentar uma administração pública deficiente, é exatamente o oposto. Quer-se, com isso, aprofundar o estudo quanto à definição do âmbito de proteção que deve ser atribuído a cada direito, sendo oportuna a referência a Bolzan de Moraes quando ensina que “se solidifica a idéia de que não se pode pretender construir uma teoria constitucional no contexto contemporâneo sem que se tenha presente os limites e possibilidades de e para o próprio Estado Constitucional.”<sup>243</sup> Nessa tarefa, busca-se privilegiar as escolhas democráticas dos poderes que contam com essa legitimação, além de viabilizar um controle jurisdicional nos casos de omissão ilegal, segundo critérios sérios que afastem o decisionismo. Assim, não se trata meramente de enunciar uma “reserva do possível” para incluir como devida aquela prestação que o cidadão pode razoavelmente esperar do Estado. Trata-se, na verdade, de reconhecer a limitação dos recursos que o Estado pode retirar do povo para garantir-lhe os direitos fundamentais e, nessa linha, os limites que são impostos aos próprios direitos em decorrência da insuficiência orçamentária para custear toda e qualquer prestação que possa apresentar vinculação a algum direito subjetivo constitucional. Com semelhante linha de raciocínio, apresenta-se a posição de Paulo de Tarso Brandão:

O grande problema que tem surgido dessa relação em crise de compreensão é de que a pretexto de salvar-se o Estado tem-se infirmado grande espaço dos Direitos, especialmente dos Direitos Fundamentais [...]. De outro lado, no entanto, a título de exercitar e efetivar Direitos Fundamentais, em algumas oportunidades, operadores do Direito colocam em risco a própria existência do Estado. [...] A difícil equação desse conflito é o desafio e a reponsabilidade dos operadores jurídicos efetivamente comprometidos com o Estado, com o Direito e com Democracia.<sup>244</sup>

Em primeiro lugar, deve-se admitir o problema de eficácia da Constituição no Estado Social, o que decorre da assunção de compromissos muitas vezes inconciliáveis ou irrealizáveis.<sup>245</sup> Dentro deste problema, é preciso trabalhar com seriedade a questão das

<sup>243</sup> MORAIS, Jose Luis Bolzan de. O Estado e seus Limites: reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues el al. *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 183.

<sup>244</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. Atividade Jurisdicional, Políticas Públicas e Orçamento. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues el al. *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 314.

<sup>245</sup> A afirmação não é imune a críticas. Veja-se: “O despreço que se consegui criar contra a Carta Magna, apontada como causadora de ingovernabilidade, por conter em seu bojo, no entendimento da maioria dos tecnocratas do Governo e da maioria dos políticos, ‘regas e promessas impossíveis de serem cumpridas’, nada mais é do que a sua descaracterização original, visando transformá-la e adequá-la aos desejos do Governo, de sua tecnocracia e dos grupos econômicos e financeiros que os acompanham [...]” KELLER, Arno Arnoldo. *O Descumprimento dos Direitos Sociais: razões políticas, econômicas e jurídicas*. São Paulo: LTr, 2001. p. 96-97. No entanto, adota-se entendimento diverso, com apoio em Bolzan de Moraes, cuja lição, ainda que sem tocar em

possibilidades do projeto de Estado. Evidentemente, é mais confortável sustentar que a limitação orçamentária, quando se fala no controle jurisdicional das políticas públicas, não é oponível ao cidadão ou, ainda, que se trata de “elemento externo à jurisdição”. Contudo, por se tratar de uma questão matemática,<sup>246</sup> basta fazer as contas para que se verifique que, caso os recursos não sejam considerados na avaliação de uma prestação material, a limitação orçamentária, afastada diante de uma pretensão deduzida em juízo, poderá ser oposta aos demais cidadãos como óbice a políticas públicas relacionadas a outros ou ao mesmo direito fundamental.

Por isso é que se reconhece a limitação financeira como elemento que, antes de ser negligenciado, deve ser problematizado e estudado para viabilizar a concretização adequada e responsável dos direitos. O terceiro ponto da obra de Galdino – e agora parece ser mais uma construção teórica do que um fato – diz respeito à consideração de que as restrições financeiras não são alheias ou externas aos direitos, e sim integrantes de sua definição, conforme se vê na passagem que segue:

Por estas razões, e ressalvando desde logo que a complexidade do tema ainda está a demandar estudos mais aprofundados acerca de cada afirmado direito fundamental, parece conveniente considerar a sugestão de CASS SUNSTEIN e STEPHEN HOLMES consoante a qual os custos devem integrar previamente a própria concepção do direito (subjeto) fundamental, isto é, os custos devem ser trazidos para dentro do respectivo conceito, conduzindo àquele “conceito pragmático de direito subjeto fundamental” [...].<sup>247</sup>

Pelas razões acima expostas adota-se a posição de Galdino também para a definição de políticas públicas. O custo dos direitos também não representa algo que ficou à margem da tese dos direitos, parte essencial da teoria da decisão de Ronald Dworkin adotada neste

---

pontos específicos, já permite evidenciar os problemas decorrentes do regime de governo e do sistema econômico: “Há que se reconhecer que democracia, como política – e só pode ser assim, uma vez assumido que não se pode falar em política em contextos autoritários – e capitalismo, como economia, não formam um par perfeito, como alertava Warat desde muito. Pelo contrário, são gêmeos da tradição liberal que trilham caminhos tensionados, divergentes – democracia como inclusão/capitalismo como exclusão – os levando a uma convivência tensa, muitas vezes próximas à ruptura.” MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 61.

<sup>246</sup> Para que a referência não seja tachada de vazia, pode-se citar o exemplo trazido por Clarissa Cortes Fernandes Bohrer a respeito do déficit habitacional e a impossibilidade material de implementar uma política de construção de moradias para todos. Ver BOHRER, C. C. F. (et. al.). *Congresso De Direito Municipal, A Federação E As Políticas Públicas Em Debate - Oficinas*, obra coletiva produzida com os trabalhos apresentados no Congresso. Porto Alegre: ESDM, 2007. Por mais difícil que seja admitir a escassez, pode representar um passo importante para se alcançar a desejada eficiência na Administração Pública e, especialmente, aprimorar os processos destinados à tomada das escolhas trágicas.

<sup>247</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 235.

trabalho. O autor apresenta três razões que fundamentariam uma preocupação com os custos, sendo que pelo menos uma delas pode ser reconduzida ao aspecto financeiro do termo:

Como podemos mostrar que não vale a pena arcar com um determinado custo, sem voltar atrás no reconhecimento inicial de um direito? Só posso pensar em três tipos de fundamentos que podem ser coerentemente utilizados para restringir a definição de um determinado direito. Primeiro, o governo poderia mostrar que os valores protegidos pelo direito original não estão realmente em jogo no caso marginal, ou que estão em jogo apenas de uma forma atenuada. Segundo, poderia mostrar que, se o direito for definido de modo a incluir o caso marginal, algum direito concorrente, no sentido forte que descrevi anteriormente, ver-se-á então restringido. Terceiro, poderia mostrar que, se o direito fosse assim definido, o custo para a sociedade não seria simplesmente adicional, mas de grau muito superior ao custo pago no caso da concessão do direito original; um grau suficientemente alto para justificar qualquer atentado à dignidade ou à igualdade que possa estar aqui envolvido.<sup>248</sup>

As três hipóteses trazidas por Dworkin demonstram as influências determinantes que as diferentes manifestações de “custo” exercem sobre o caráter limitado dos direitos fundamentais.

Nesse ponto, chega o momento de formular a definição adotada neste texto, com as ressalvas quanto à sua pretensão, a partir das considerações acima expostas. Designa-se por políticas públicas ambientais os conjuntos de ações ou processos regulados pelo Direito destinados a enfrentar determinado problema público atinente à promoção, recuperação ou defesa do equilíbrio ecológico ambiental, de caráter temporário ou permanente, em que se busca, em última análise, atingir os objetivos do Estado e tutelar o referido direito fundamental com base em decisões tomadas a partir do processo político a respeito da destinação prioritária dos recursos disponíveis.

Analisadas essas considerações de cunho conceitual sobre as políticas públicas, com o escopo de estabelecer alguns dos pré-juízos autênticos que determinarão a compreensão em determinado caso concreto, impende situar as políticas públicas na teoria da decisão cuja construção ocorre neste último capítulo do trabalho.

Ronald Dworkin estabelece uma diferenciação entre argumentos de princípio e argumentos de política. Aqueles “tentam justificar uma decisão política que beneficia alguma pessoa ou algum grupo mostrando que eles têm direito ao benefício”, enquanto estes “tentam justificar uma decisão mostrando que, apesar do fato de que os beneficiados não têm direito ao benefício, sua concessão favorecerá um objetivo coletivo da comunidade política”.<sup>249</sup> A

---

<sup>248</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 307.

<sup>249</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 452.

tese central do autor, como se voltará a detalhar a seguir, aponta que a decisão correta apoia-se em argumentos de princípio, e não de política. Antes de se preocupar em promover um objetivo ou interesse social, político ou econômico, deve o juiz seguir padrões obrigatórios que sustentam a melhor teoria da Constituição. Mesmo sem se adentrar, neste instante, nos reflexos que a constatação pode trazer para o controle judicial de políticas públicas ambientais, vale citar trecho essencial de sua obra, demonstrando que, às vezes, as duas espécies de argumentos podem servir para justificar um “programa legislativo complexo”, de que a política pública certamente é exemplo:

A justificação de um programa legislativo de alguma complexidade vai normalmente exigir os dois tipos de argumentos. Mesmo um programa, que seja basicamente uma questão de política, como um programa de subsídios para indústrias importantes, pode exigir elementos de princípios para justificar uma formulação específica.<sup>250</sup>

A existência de uma política pública ambiental pode decorrer, portanto, de argumentos de política, de princípio ou de ambos. Adiantou-se que a imposição da obrigação ao poder público somente pode ter como fundamento um argumento de princípio. A isso equivale dizer que não é suficiente para justificar uma intervenção na atividade administrativa o fato de que eventual política pública, nos termos em que proposta na demanda ajuizada, promova o bem estar geral como menciona Dworkin ou, no caso específico deste trabalho, seja benéfica para o equilíbrio ecológico ambiental.

É necessário explicitar que *essa consideração [a necessidade de um argumento de princípio] também estende seus efeitos para o argumento contrário à intervenção judicial nas políticas públicas*. Presente o argumento de princípio que sustente a condenação do Poder Público, não se pode decidir em sentido contrário quando a defesa se sustenta em um argumento de política, no sentido de que, por exemplo, o interesse público restaria atendido se a conduta da Administração Pública fosse diversa daquilo que o padrão obrigatório impõe.

Além disso, o argumento de princípio não resta satisfeito com a mera enunciação<sup>251</sup> do direito fundamental, como se quaisquer prestações materiais coubessem no seu âmbito de proteção.<sup>252</sup> Tendo em vista essa relação de interdependência que se verifica entre a política

<sup>250</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 130.

<sup>251</sup> Essa razão já afastaria a possibilidade de subsunções, na medida em que o “método” desonera o intérprete de seu mister fundamental, que é a justificação dos fundamentos da decisão, além de todas os problemas já abordados anteriormente quanto aos raciocínios silogísticos.

<sup>252</sup> Não parece haver discordância quanto a esse fato da doutrina, seja nas propostas críticas aqui endossadas, seja na doutrina brasileira do controle judicial de políticas públicas. Quanto a esse último segmento doutrinário, a

pública a o direito fundamental ora estudado, há que se trazerem algumas informações sobre o referido direito e as prestações que dele decorrem. Se a possibilidade de construir uma teoria da decisão que apresente uma resposta à questão acerca da exigência das prestações em sentido estrito é um dos principais motivos desta pesquisa, chega o momento de adentrar nas suas especificidades. Em primeiro lugar, cabe adotar o ponto de vista de Alexy no sentido de que “o problema dos direitos fundamentais sociais não pode ser resumido a uma questão de tudo-ou-nada”.<sup>253</sup> Pode-se complementar esse raciocínio com a advertência feita pelo autor no que diz respeito ao alto custo que a satisfação plena dos direitos a prestações exige, o que se agrava no cenário brasileiro, tendo em vista um pano de fundo com dezenas de direitos dessa categoria, ao que se somam os limites constitucionais ao poder de tributar e a garantia do não confisco (artigos 150 e seguintes), bem como a exploração direta de atividade econômica apenas de maneira excepcional pelo Estado (artigo 173). Uma vez verificada a estreita vinculação das prestações materiais com o orçamento, o processo de definição das políticas públicas passa, necessariamente, por uma avaliação das prioridades em determinado momento histórico. Veja-se o que diz Alexy, corroborando os argumentos anteriores sobre a teoria do custo dos direitos:

Para a realização dos direitos fundamentais sociais o Estado pode apenas distribuir aquilo que recebe de outros, por exemplo na forma de impostos e taxas. Mas isso significa que os frequentemente suscitados limites da capacidade de realização do Estado não decorrem apenas dos bens distribuíveis existentes, mas sobretudo daquilo que o Estado, para fins distributivos, pode tomar dos proprietários desses bens sem violar seus direitos fundamentais.<sup>254</sup>

Antes de se identificar a existência de obrigações por parte dos poderes públicos no caso específico do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pode-se lançar mão de uma abordagem genérica – e breve – sobre os direitos a prestações em sentido estrito. Dentro de uma visão geral sobre o assunto dos direitos sociais ou mesmo os direitos de terceira geração, na medida em que todos costumam exigir diversas condutas positivas para sua concretização, e muitas das ações que deles decorrem possuem custos extremamente elevados, pode-se citar, novamente, Alexy, para quem os “direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de

---

necessidade de distinção das prestações materiais que poderão ser objeto de imposição judicial é solucionada pela ponderação, raciocínio claramente suficiente para demonstrar que mesmo os autores criticados não entendem que qualquer pretensão a uma política pública será acolhida pelo Judiciário.

<sup>253</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 502.

<sup>254</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 510.

meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”.<sup>255</sup> Direito a prestações materiais ou em sentido estrito tem o Estado como sujeito destinatário, e o titular pode ser o indivíduo ou mesmo uma coletividade de sujeitos indeterminados, que podem exigir do Poder Público uma determinada ação positiva para a satisfação desses direitos. A existência do referido direito depende, na linha do que se quer sustentar, de um argumento de princípio.

O argumento de princípio pretende superar a distinção que se faz, no âmbito da dogmática constitucional brasileira, à luz das lições de Robert Alexy, entre direitos originários e derivados a prestações em sentido estrito, segundo a qual o modo de realização dos direitos sociais varia conforme exista ou não disciplina constitucional sobre o assunto.<sup>256</sup> Nos casos o texto constitucional é “suficiente” para que o direito possa ser exercido independentemente de atuação legislativa, pois tudo o que precisa ser dito para se saber o conteúdo do direito fundamental já está na norma constitucional com alta densidade normativa, têm-se direitos originários a prestações. De outro lado, a maior parte dos direitos a prestações em sentido estrito não encontram na Constituição que os consagra a necessária disciplina para que se saiba suficientemente o seu conteúdo. Sobre o tema, Paulo Gustavo Gonet Branco leciona que a democracia deixa a satisfação desses direitos ao legislador, não cabendo ao “Judiciário extrair direitos subjetivos das normas constitucionais que cogitam de direitos não originários a prestação. O direito subjetivo pressupõe que as prestações materiais já hajam sido precisadas e delimitadas – tarefa própria de órgão político, e não judicial.”<sup>257</sup> A posição do autor é facilmente compreensível quando se tem em vista as funções de cada poder constituído, sendo atribuição do legislador a regulamentação das normas constitucionais e do administrador a execução das políticas públicas prioritárias. Havendo disciplina infraconstitucional, ter-se-á o direito derivado a prestações.

Em que pese a lúcida distinção entre direitos originários e derivados a prestações, a sua dependência da semântica denuncia o enfoque linguístico que é dado ao problema, mostrando-se incompatível com a proposta aqui defendida. *Não será a linguística que dará a*

<sup>255</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 499.

<sup>256</sup> “Nesse sentido, importa lembrar a distinção entre direitos originários e direitos derivados, centrada na possibilidade de exigibilidade do objeto assegurado pela proteção jusfundamental com fundamento direto na norma constitucional (direitos originários), ou mediada pela legislação ordinária e por um sistema de políticas públicas já implementado, no sentido de um direito de (igual) acesso às prestações já disponibilizadas, ou seja, de uma prestação que já se encontra prevista na esfera infraconstitucional (direitos derivados).” CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; STRECK, L. L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1934.

<sup>257</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 338.

*solução para o problema da indeterminação do texto, mas sim a teoria jurídica adequada à Constituição.* Caberia a pergunta: o que é densidade normativa e para quem o texto precisa se mostrar suficiente? Embora a afirmativa em destaque, bem como a resposta à questão ora colocada, careçam de complementação, que será proposta nos subcapítulos seguintes, entende-se que é inadequado restringir a atividade interpretativa à busca dos significados das palavras de um dispositivo constitucional. Embora o texto deva exercer a limitação sobre o intérprete, a resposta não está, evidentemente, no dicionário. Por isso o recurso à teoria jurídica para encontrar a solução correta. Em vez de se decidir entre direitos originários e derivados a prestações, deve-se analisar a prestação material que é pleiteada no caso concreto diante do conjunto de princípios e regras<sup>258</sup> aplicáveis, decidindo-se da forma que promova a integridade e a coerência, sendo possível, dessa maneira, acolher pedidos referentes àquilo que se chama de direitos derivados<sup>259</sup> e indeferir pretensões relativas a direitos originários. Os textos não resolvem de forma adequada, por isso, os problemas de indeterminação de outros textos no cenário jurídico.

Impende, agora, tecer breves considerações que fazem parte de eventual direito a políticas públicas ambientais, isto é, quanto ao caso do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado verificar-se-á se é viável sustentar um direito a prestações materiais desse dispositivo específico de direito fundamental, não se olvidando de que essas prestações, se existentes, não esgotam o feixe de posições jurídico-subjetivas que dele decorrem.<sup>260</sup> Isso equivale a indagar se o Estado satisfaz suficientemente o referido direito transindividual por meio da proibição e consequente sanção das condutas atentatórias ao equilíbrio ecológico ambiental, além de criar um aparelho estatal destinado à proteção ambiental, ou se existe um direito a políticas públicas ambientais.

---

<sup>258</sup> Ciente do alerta no sentido de que a ausência de regulamentação e de ação concreta pode configurar omissões inconstitucionais, no caso do direito objeto de estudo, a atuação estatal foi regulamentada pelas Leis Federais nº 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente), 9.795/1999 (Educação Ambiental), 9.985/2000 (Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza), 11.1050/2005 (Biossegurança), 12.651/2012 (Código Florestal), bem como na Lei Complementar nº 140/2011, além de diversas outras disposições normativas infralegais, que deverão ser consideradas em conjunto na construção da resposta correta.

<sup>259</sup> Especificamente quanto ao caso do direito previsto no art. 225 da Constituição da República, Gavião Filho defende essa posição: “o só-fato da imprecisão semântica das normas de direitos fundamentais a prestações em sentido estrito não pode conduzir à conclusão de [que] elas não configuram posições jurídicas exigíveis, bastando que o ordenamento jurídico disponha de outros meios para determinar o conteúdo da obrigação devida.” GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito Fundamental ao Ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 160.

<sup>260</sup> CANOTILHO, J. J. G; LEITE, J. R. M. (Org). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 24-25.

O artigo 225, *caput*, da Constituição somente prevê o dever de preservar e defender o equilíbrio ecológico ambiental. Contudo, as disposições seguintes estabelecem que são obrigações do Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Diferentemente do que acontece com a maioria dos direitos fundamentais de segunda e terceira gerações<sup>261</sup>, o constituinte estabeleceu as diretrizes de atuação do Poder Público para assegurar a “efetividade desse direito”. Da leitura das disposições acima, constata-se que se podem incluir as prestações materiais de que tratam as políticas públicas, caso se adote a complexidade de sua definição na forma acima exposta, nos incisos I, II, VI e VII, mas que não ficam claras as ações concretas que devem ser desempenhadas pelos órgãos competentes. Nada obstante, vale repisar que existe decisão constitucional sobre as prestações em sentido estrito, ou seja, os recursos públicos deverão ser direcionados para a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais, o manejo ecológico das espécies e ecossistemas, a promoção da educação ambiental e a proteção da fauna e da flora, e esse texto deve ser levado a sério.

Diante da contextualização das políticas públicas ambientais e da sua vinculação ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para a sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações, aponta-se no sentido de que *pode* existir um direito à política pública ambiental, caso em que o magistrado deverá assegurá-lo ao cidadão ou à coletividade, e para que isso ocorra é indispensável a fundamentação em argumento de princípio. Cabe agora retomar a lição de Dworkin:

---

<sup>261</sup> Sobre o tema das dimensões e gerações de direitos fundamentais, remete-se a SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

Não fuge absolutamente à competência do poder legislativo aderir a argumentos de política e adotar programas gerados por tais argumentos. Se os tribunais forem legisladores segundos, eles também devem ser competentes para fazer o mesmo. Sem dúvida, as decisões judiciais não originais, que apenas aplicam os termos claros de uma lei de validade inquestionável, são sempre justificadas pelos argumentos de princípio, mesmo que a lei em si tenha sido gerada por uma política. Seu direito [...] não mais depende de um argumento de política, pois a lei o transformou em uma questão de princípio.<sup>262</sup>

Assim, se a política pública surge no plano legislativo somente por argumentos de política, o fato de haver se transformado em lei já é suficiente para que constitua argumento de princípio, ainda que o fundamento político que a determinou seja inconsistente.<sup>263</sup> Vale dizer que o Estado de Direito se sustenta na legalidade, e não poderá descumprir as suas obrigações legais, sendo facilmente construído, neste caso, o argumento de princípio. O autor complementa o raciocínio no sentido de que os tribunais não são legisladores, e que a exigência do princípio exsurge como objeção à originalidade judicial, pois impede que os juízes, que não são eleitos, criem as leis que irão aplicar, além de inviabilizar o surgimento de um dever com a consequente responsabilização da pessoa que não sabia que o estava violando.<sup>264</sup> Dessa forma, o argumento de política não pode sustentar a existência de obrigações ao Poder Público exatamente porque as referidas decisões sobre as metas sociais não cabem aos juízes, conforme ensina o autor norte-americano:

Não pode haver, portanto, nenhum argumento geral de equidade, de acordo com o qual um governo que atende a uma meta coletiva de uma certa maneira em determinada ocasião deva atendê-la dessa maneira, ou mesmo atender à mesma meta, sempre que uma oportunidade paralela se apresentar. Não quero dizer, simplesmente, que o governo pode mudar de opinião e lamentar sua decisão anterior. Quer esta diga respeito à meta, quer aos meios. Quero dizer apenas que um governo responsável pode servir a metas diferentes de maneira gradativa e ocasional.<sup>265</sup>

Finalizada a contextualização proposta e vista, em linhas iniciais, a relação das políticas públicas com o argumento de princípio ou de política na decisão judicial, há que se desenvolver a proposta interpretativa apta a solucionar os casos em que as políticas públicas ambientais são judicializadas.

<sup>262</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 130-131.

<sup>263</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 107-108.

<sup>264</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 132-133.

<sup>265</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 179.

#### 4.2 O Direito Como Integridade, a Coerência e a Responsabilidade Política: Os Alicerces da Teoria Pós-Positivista da Decisão.

A necessidade de elaborar uma teoria da decisão surge para o pós-positivismo como condição de sua existência. A indeterminação normativa,<sup>266</sup> que, como se viu, para o positivismo era – ou melhor, ainda é – sinônimo de liberdade no ato decisório, significa para o novo paradigma a premente busca pela legitimidade das decisões judiciais, haja vista que não há, como pretendem as propostas amarradas ao positivismo jurídico, vinculação necessária entre imprecisão linguística e inexistência de resposta correta. Esta não pode ser entendida como uma mera decorrência lógica daquela, mas sim como uma opção que a teoria (positivista) do Direito toma para solução do “problema”.

Na derradeira parte deste trabalho, pretende-se demonstrar, a partir da teoria da decisão dworkiniana, como se constrói uma resposta correta não discricionária<sup>267</sup> de forma aplicada às políticas públicas ambientais, ao que se somarão as leituras que a tese recebe no Brasil, de forma a compatibilizá-la com o ordenamento jurídico pátrio. Advirta-se, contudo, que Ronald Dworkin elaborou sua proposta de interpretação do Direito com os olhos nos direitos individuais. Mesmo assim, entende-se que suas lições podem ser erigidas a um conceito geral de Direito como interpretação, aplicável, por isso, também aos direitos de outras dimensões. Buscam-se no autor as exigências de que a decisão judicial esteja embasada em um argumento de princípio. Este argumento, já esboçado no tópico anterior e que será aprofundado no subcapítulo seguinte, deve estar adequado à teoria do direito, bem como deve se mostrar apto justificá-la de modo coerente, como requer a integridade.<sup>268</sup> Ainda mais, deve servir como a melhor justificativa para os direitos e o conjunto de princípios. À coerência com o passado – o sistema legislativo e as decisões judiciais – se soma a possibilidade de futura extensão a casos semelhantes, motivo pelo qual o princípio que se extrai da decisão deve

---

<sup>266</sup> Desde já, deve-se atentar para a observação de Dworkin, no sentido de que “a imprecisão na linguagem jurídica consagrada não garante a indeterminação das proposições de Direito”; além disso, ressaltou autor que as indeterminações “não significam que nossa pergunta não tem nenhuma resposta certa.” DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 190.

<sup>267</sup> Os atributos da decisão a ser descrita são assim elencados: “É a decisão que não está permeada de vícios ou de entendimentos egoísticos e casuísticos. Não é uma decisão positivista, pragmática, realista, ativista e passivista, ou que prioriza o convencionalismo, o direito natural ou o historicismo.” SCHULZE, Clenio Jair. A Teoria da Decisão Judicial em Ronald Dworkin. *Revista da AJURIS*, v. 39, n. 128, dez./2012.

<sup>268</sup> Como se verá, “a *coherence* desempenha um papel central no pensamento de DWORKIN associada à *integrity*: a integridade é um valor político fundamental da comunidade, enquanto a coerência aparece como uma especificação da integridade, uma forma de assegurar que a decisão, seja do juiz, seja do legislador, é a melhor possível.” RODRIGUES, Sandra Martinho. *A Interpretação Jurídica no Pensamento de Ronald Dworkin: uma abordagem*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 48.

também ser demonstrado como universalizável. São esses os elementos da teoria da decisão que, sedimentadas as bases da compreensão, precisam ser demonstrados no plano apofântico.

Por que Ronald Dworkin seria capaz de fornecer as respostas que os problemas interpretativos exigem? Porque, para o autor, Direito *é* interpretação, mas não qualquer interpretação, e sim aquela que deve ser construída a partir dos novos paradigmas jurídico e filosófico<sup>269</sup> que o último século inaugurou. O autor norte-americano supera a metafísica clássica por afastar, em diversas passagens de sua obra, qualquer pretensão de objetivismo. Veja-se:

Não há nenhuma razão óbvia na descrição que fiz da interpretação jurídica para duvidar que uma interpretação do Direito pode ser melhor que outra e que uma pode ser melhor de todas. Isso, se for o caso, depende de questões gerais de filosofia, não mais peculiares ao Direito que à literatura, e faríamos bem, ao considerar essas questões gerais, se não partíssemos de nenhuma ideia estabelecida sobre as condições suficientes e necessárias da objetividade (por exemplo, que nenhuma teoria de Direito será sólida, a menos que possa demonstrar sua solidez, a menos que possa arrancar assentimento até de uma pedra).<sup>270</sup>

A superação da metafísica moderna decorre da constante luta contra o positivismo e sua discricionariedade, assunto já abordado no capítulo anterior. Como se verá, suas teses estão, ao menos em linhas gerais, afinadas com a hermenêutica filosófica desenvolvida a partir do giro ontológico-linguístico.

No seio de sua crítica contra o positivismo, Ronald Dworkin desenvolve a doutrina da responsabilidade política dos magistrados, segundo a qual o poder político exercido nos casos concretos somente pode ser legitimado se encontrar justificativa na teoria política que fundamenta todas as demais decisões dos juízes. Essa ideia de “consistência articulada” proíbe, por exemplo, decisões que, embora pareçam adequadas ou justas quando alheias ao

---

<sup>269</sup> A necessidade de se fazer filosofia no Direito é notada ao longo da obra do autor, sendo digna de nota a “objeção profissional” à sua teoria que o jusfilósofo descreve da seguinte forma: “aqui, somos apenas juristas. Não somos filósofos. O direito tem sua própria disciplina, seus próprios meios de exercer seu ofício. Quando você ingressa em uma faculdade de direito, ensinam-lhe a pensar como advogado, não como filósofo. Advogados não tentam decidir insondáveis questões teóricas de teoria moral ou política.” DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 93. Ainda, lê-se na página 105 da mesma obra: “concordo com os críticos quando eles afirmam que nem todos os juízes têm formação em filosofia. Contudo, se meus argumentos forem bem fundados, não tempos outra opção a não ser pedir-lhes que se defrontem com questões que, de tempos em tempos, são filosóficas. A alternativa não é evitar a teoria moral, mas sim manter seu uso obscuro [...]”

<sup>270</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 243. É elucidativo a respeito o capítulo 7 desta obra (p. 251-266), onde se lê (p. 251) que “pelo menos um leitor do ensaio original pensou que, apesar de minhas várias negativas, eu estava engajado numa ingênua teoria metafísica da interpretação, segundo a qual os significados estão ‘simplesmente ali’ no universo, os gêneros literários ‘prenunciam a si mesmos’, os textos atuam como uma ‘restrição que se faz valer’ sobre qualquer interpretação, e a interpretação, portanto, é a descoberta de fatos concretos, não interpretativos e recalitrantes. Naturalmente, nunca fiz nenhuma dessas afirmações e neguei-as todas”.

contexto, não se enquadram na teoria que serve de base para as outras decisões.<sup>271</sup> Não existe, portanto, a possibilidade de se sustentar decisões discricionárias em casos difíceis – relembre-se a impossibilidade de cisão estrutural – e decisões conforme o Direito em casos fáceis, porque mesmo nos casos difíceis a necessidade de respeito à teoria que justifica o poder exige que o magistrado descubra<sup>272</sup> de forma construtiva os direitos que as pessoas têm. Nada obstante, a tarefa não é imune a questionamentos:

Qualquer caso subsumido em garantias constitucionais “vagas”, coloca duas questões: (1) Que decisão é exigida pela adesão estrita, isto é, fiel, ao texto da Constituição ou à intenção daqueles que o adotaram? (2) Que decisão é exigida por uma filosofia política que adota uma concepção estrita, isto é, estreita, dos direitos morais que os indivíduos têm contra a sociedade?

É a partir dessa linha de raciocínio que o autor norte-americano desenvolve a tese dos direitos. Há uma obrigação imposta aos juízes de, mesmo diante da indeterminação textual, definirem quais os direitos as pessoas têm, sem que isso represente uma invenção de obrigações ou deveres de forma retroativa. Isso decorre do fato de as pessoas serem titulares do direito de obterem uma decisão judicial favorável ainda que a demonstração dos direitos que as pessoas têm seja controvertida e contrária à ideia de um procedimento mecânico para identificar os direitos nos casos difíceis.<sup>273</sup>

Para demonstrar como seria construída<sup>274</sup> a decisão conforme a sua teoria, Dworkin criou a metáfora<sup>275</sup> do *juiz Hércules*. Situando-o na teoria política sobre a qual é erigido o sistema jurídico, menciona, inicialmente, que esse modelo de juiz aceita as regras jurídicas, bem como as leis que criam e extinguem direitos e deveres, além de observar as decisões

<sup>271</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 137-138.

<sup>272</sup> A palavra descobrir é utilizada no sentido voltado ao mister eminentemente interpretativo do juiz, inerente ao próprio conceito que Dworkin atribui ao Direito (direito é interpretação), sem que tal descoberta possa significar que os direitos já estão pairando em algum lugar, prontos para serem atingidos pelo conhecimento do intérprete. Em várias passagens de sua obra, o autor tem o cuidado de afastar os inconvenientes resultantes da adoção da metafísica clássica, representada pelo já descrito pensamento objetivista.

<sup>273</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 127.

<sup>274</sup> “Defenderei aqui uma solução diferente: a de que a interpretação criativa não é conversacional, mas *construtiva*. A interpretação das obras de arte e das práticas sociais, como demonstrarei, na verdade, se preocupa essencialmente com o propósito, não com a causa. [...] a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam”. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 62-64.

<sup>275</sup> Veja-se o significado da metáfora: “E é por isso mesmo que o Hércules de Dworkin não pode ser epitetado de ‘invecionista’ ou ‘solipsista’ (ou qualquer variação realista ou pragmatista). [...] a busca de respostas corretas em direito não pode sofrer críticas porque estaria assentado em um juiz que ‘carregaria o mundo nas costas’. Ao contrário, pela simples razão de que *a busca de respostas corretas é um remédio contra o cerne do modelo que, dialeticamente, engendrou-o*: o positivismo e sua característica mais forte, a discricionariedade.” STRECK, Lenio Luiz. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 138

judiciais anteriores. Na determinação daquilo a que as pessoas têm direito, eis o que Hércules deve fazer:

[...] Hércules deve perguntar-se qual sistema de princípios foi estabelecido. Em outras palavras, ele deve elaborar uma teoria constitucional; uma vez que ele é Hércules, podemos pressupor que seja capaz de desenvolver uma teoria política completa, que justifique a Constituição como um todo. Sem dúvida, deve ser um esquema que se ajuste às regras particulares dessa Constituição.<sup>276</sup>

Ronald Dworkin propõe, e para isso também se vale da metáfora de Hércules, a necessidade de construção de uma teoria constitucional que dê conta da globalidade do sistema de regras que se tornam coerentes a partir de um “conjunto complexo de princípios”<sup>277</sup>, aptos a justificar e a dar sentido às regras, sendo que o problema indeterminabilidade é resolvido por princípios a que os tribunais recorrem para fundamentar suas decisões. Isso traz diversos questionamentos. Pergunta-se, por exemplo, se ao assim procederem os juízes estão apelando a regras jurídicas<sup>278</sup> ou decidindo com base em suas consciências, bem como quais os critérios que estabelecem a validade dos argumentos adotados pelos magistrados e de que maneira eles se consolidam nas práticas judiciárias. Para o jusfilósofo americano, “os juristas e os leigos que fazem tais perguntas não o fazem a esmo e nem os move uma curiosidade vã; eles sabem que os juízes detêm um grande poder político e estão preocupados em saber se esse poder é justificado, seja em geral ou em casos particulares.”<sup>279</sup> O autor prossegue indagando qual a “justificação suplementar é exigida por esses casos difíceis”, lançando as consequências que isso representa para o jurisdicionado,

<sup>276</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 166.

<sup>277</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 167.

<sup>278</sup> Uma explicação se faz necessária em razão de uma dúvida que pode surgir numa leitura apressada de Dworkin. Nessa passagem, não há uma confusão entre regras e princípios, mas o termo regra é utilizado, aparentemente, para denotar a juridicidade dos padrões entendidos como princípios, em oposição ao que se verificaria se os juízes julgassem conforme sua consciência. Oportuna a lição de Rafael Tomaz de Oliveira: “Por outro lado, não temos em Dworkin a referencia ao conceito de *norma* como gênero que comporta regras e princípio. Isso é assim porque – segundo Esser – os anglo-saxões não conhecem o conceito continental de norma, no sentido que lhe dá o idealismo normativista kelseniano. Entre eles, o conceito de norma corresponde ao conceito de *regra (rule)* e por esse motivo o conteúdo deontico dos princípios não são atribuídos a partir de uma simples “normatividade” ainda prisioneira de uma teoria do conhecimento subjetivista. [...] se Dworkin não define princípio como norma – pois o conceito de norma é equivalente ao de regra – então como é possível afirmá-los deonticamente? [...] isso porque, a partir de Dworkin, poderíamos afirmar que essa dimensão deontica que reveste as regras e os princípios é sempre interpretação, uma vez que, para ele, próprio direito é interpretação, podemos dizer que norma não é um esquema de interpretação ou um conceito semântico que coloca entre parênteses a atividade judicativa que caracteriza o direito, mas sim ela própria já é interpretação.” OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 196.

<sup>279</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 08.

bem como apontando a insuficiência das teorias semânticas para solucionar o problema que se apresenta. Vejam-se as palavras do autor:

A questão da justificação tem ramificações importantes, pois afeta não somente a extensão da autoridade judicial, mas remete também à extensão da obrigação moral e política do indivíduo de obedecer à lei criada pelo juiz. Afeta igualmente os fundamentos com base nos quais se pode contestar uma decisão controversa. Se faz sentido afirmar que um juiz deve seguir os padrões existentes nos casos difíceis, então faz sentido para um objetor de consciência argumentar que o juiz comete um erro jurídico ao considerar constitucional o serviço militar obrigatório. Mas se os juízes somente podem criar novas leis nos casos difíceis, essa alegação é destituída de sentido. Portanto, *embora a questão de se os juízes seguem regras possa parecer lingüística, na verdade ela revela preocupações que em última instância são práticas. [...] existem controvérsias relativas a princípios que subjazem a um problema aparentemente lingüístico.*<sup>280</sup>

Desde início, o autor deixa claro que a indeterminação não pode ser resolvida com aquele “grande dicionário” de que falava Lenio Streck em passagem anterior deste trabalho. Não se está dizendo que os significados das palavras não sejam relevantes para interpretação. Os sentidos, como se viu, são parte do processo, inadmitindo-se, a partir da ruptura paradigmática ocorrida com a invasão da filosofia pela linguagem, uma livre atribuição de sentidos no modelo determinado pela intersubjetividade. Contudo, a norma não resulta dos significados das palavras em conjunto, mas sim do sentido que lhe dá a coerência exigida pelo Direito como integridade. Ora, se “o texto jurídico nada diz, ou se as palavras estão sujeitas a interpretações conflitantes, então é correto perguntar qual das duas decisões possíveis no caso melhor se ajusta aos direitos morais de fundo das partes.”<sup>281</sup> De maneira ainda mais específica, Dworkin afasta a inexistência de resposta correta nos casos em que a linguagem se afigura imprecisa, recorrendo aos princípios e à interpretação para determinar o conteúdo específico para o caso concreto.<sup>282</sup> Na linha de sua teoria, delineadas a responsabilidade política dos juízes e a tese dos direitos, quer-se demonstrar, agora, que os juízes devem seguir os padrões existentes para definir as obrigações do Poder Público no controle judicial de políticas públicas ambientais.

O Direito como integridade surge como teoria política e da Constituição. Dworkin o apresenta como decorrência de uma comunidade que adota o modelo de princípios,<sup>283</sup> o que

<sup>280</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 09. Os destaques não constam do original.

<sup>281</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 15.

<sup>282</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 189.

<sup>283</sup> Esse é o terceiro modelo de comunidade apresentado pelo autor, que, no seu entender, obviamente endossado neste trabalho, supera o modelo de comunidade como um acidente de fato da história e da geografia, bem como

significa dizer que as pessoas entendem não ser governadas apenas por regras decorrentes das convenções políticas, pois reconhecem a validade superior de um sistema de princípios atinentes à justiça, à equidade e ao devido processo legal cujo conteúdo faz parte da arena política. Por isso, “segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.”<sup>284</sup> A sua legitimidade, em vez de se encontrar nas teorias contratualistas, está na ideia de fraternidade e de comunidade, bem como nas obrigações a elas referentes.<sup>285</sup> Ela representa, por isso, “a promessa de que o direito será escolhido, alterado, desenvolvido e interpretado de um modo global, fundado em princípios”, caso em que se pode “sustentar a legitimidade de nossas instituições, e as obrigações políticas que elas pressupõem, com uma questão de fraternidade”.<sup>286</sup>

A integridade é uma manifestação do pós-positivismo porque, a par de ser uma teoria interpretativa antidiscricionária, deixa evidente a superação dos demais pilares do positivismo em passagem que denota as alterações na teoria das fontes e da norma:

Se as pessoas aceitam que são governadas não apenas por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias [...].<sup>287</sup>

A teoria dworkiniana é dividida em duas faces, haja vista suas implicações para a legislação e para a atividade jurisdicional. Sua principal função para o seu idealizador é como dimensão substantiva da argumentação jurídica que impulsiona o agir interpretativo em que se deve alcançar a melhor justificativa para o conjunto de proposições jurídicas cuja intenção seja a fundamentação de uma decisão de um caso concreto. Para o autor, “se o direito é um conceito interpretativo, qualquer doutrina digna desse nome deve assentar sobre alguma

o modelo de regras. Seus benefícios estão em especificar as obrigações dos cidadãos por meio dos princípios; impedir que qualquer pessoa seja excluída da política; representar uma exigência que demanda sacrifícios dos indivíduos; assegurar igual dignidade, de acordo com a definição coerente de seu sentido. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 257.

<sup>284</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 272.

<sup>285</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 249-255.

<sup>286</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 258.

<sup>287</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 229.

concepção do que é interpretação”.<sup>288</sup> Dworkin se vale da íntima relação entre Direito e literatura para explicar sua proposta interpretativa. Busca-se a resposta correta da mesma maneira que se faz a interpretação textual, destacando-se como relevantes três características que devem ser absorvidas pela teoria jurídica. Primeiramente, a interpretação deve mostrar o texto como a melhor obra que ele pode ser; em segundo lugar, existe uma restrição severa que o texto implica ao intérprete, na medida em que a garantia de sua identidade exige que todas as palavras sejam levadas em consideração, não se admitindo mudanças textuais cujo objetivo seja deixar o texto melhor. Por fim, ainda quanto à identidade, a integridade não aceita que parte considerável do texto seja tratada como irrelevante ou desconexa, acarretando uma modificação no seu sentido.<sup>289</sup> Alerta o autor que “precisamos primeiro lembrar uma observação crucial de Gadamer, de que a interpretação deve *pôr em prática* uma intenção”,<sup>290</sup> que deve ser o relato do propósito de ver o texto em sua melhor leitura. Mostra-se de especial relevância o seguinte trecho, por sua relação com a hermenêutica filosófica e o afastamento em relação às propostas procedimentais:

Os juristas (como as outras pessoas) descobrem o alcance das reflexões que precisam fazer ao longo do processo de investigação, percebendo aonde esta irá levá-los antes de chegarem a uma posição de consenso. Eles não aceitam – não podem aceitar – uma metodologia que estipule de antemão onde devem parar, não importa quão inconcludente ou insatisfatória seja sua reflexão naquele momento.<sup>291</sup>

Para julgamento da teoria que apresenta a melhor justificação Dworkin oferece duas dimensões: a de adequação e da moralidade política. Para a primeira, uma teoria é a melhor justificativa porque quem dela se serve consegue embasamento e aplicação para suas proposições em maior escala do que suas rivais. Já a dimensão da moralidade política pretende obter uma justificativa melhor do ponto de vista dos direitos que as pessoas têm.<sup>292</sup>

No paralelo estabelecido com a literatura, na dimensão da adequação um romancista, por exemplo, não deve endossar nenhuma interpretação de que, se adotada, não poderia

---

<sup>288</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 60.

<sup>289</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 223.

<sup>290</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 67.

<sup>291</sup> DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 100.

<sup>292</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 213.

resultar o texto escrito pelos demais autores. É necessário um poder explicativo geral.<sup>293</sup> Nesse sentido, a adequação se forma a partir de uma série de círculos concêntricos que giram em torno do caso que juiz tem diante de si e concentram um conjunto de princípios que justificam, cada um desses círculos, uma determinada área do Direito, constituindo aquilo que o autor chama de prioridade local, a partir da qual ocorre uma expansão para verificar se há uma justificação no plano mais geral proposto pela integridade.<sup>294</sup> Nesse ponto, Dworkin introduz, em momento posterior, a ideia de ascensão justificadora, que funciona como uma espécie de teste a que se submete a interpretação para se alinhar à integridade da seguinte forma:

Nesse caso, qualquer argumento jurídico é vulnerável ao que poderíamos chamar de ascensão justificadora. Quando afastamos nosso olhar por um instante dos casos particulares que parecem mais pertinentes no momento e olhamos para as áreas adjacentes ao direito, ou, talvez, quando afastamos bastante nosso olhar e fazemos um exame geral [...] do direito constitucional ou dos nossos pressupostos sobre poder ou responsabilidade judicial –, podemos nos deparar com uma séria ameaça à nossa afirmação de que o princípio que estávamos prestes a endossar nos permite enxergar nossas práticas jurídicas sob a luz mais favorável. Isso porque podemos descobrir que esse princípio é incompatível ou não se harmoniza, em alguns outros sentidos, com outro princípio com o qual devemos contar para justificar alguma outra esfera mais ampla do direito. [...] Mas não podemos simplesmente ignorar a ameaça, pois o caráter do argumento interpretativo que estamos apresentando – e que devemos apresentar para sustentar uma alegação jurídica – confere relevância a qualquer ameaça desse tipo.<sup>295</sup>

A noção da ascensão justificadora, ainda que não seja indispensável em todos os casos, é, de fato, essencial para a realização do Direito como integridade, haja vista que propõe um necessário afastamento do caso concreto para que se verifique a adequação do princípio que se extrai da decisão particular ao conjunto de princípios que sustenta a comunidade jurídico-política. No caso brasileiro, em que se destaca a constante busca pela normatividade constitucional, o argumento viabiliza o controle efetivo de constitucionalidade

<sup>293</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 277.

<sup>294</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 300-301. Na página 301, lê-se que “o direito como integridade tem uma atitude mais complexa com relação aos ramos do direito. Seu espírito geral os condena, pois o princípio adjudicativo de integridade pede que os juízes tornem a lei coerente como um todo, até onde lhes seja possível fazê-lo, e isso poderia ser mais bem-sucedido se ignorassem os limites acadêmicos e submetessem alguns segmentos do direito a uma reforma radical, tornando-os mais compatíveis em princípio com outros. Contudo, o direito como integridade é interpretativo, e a compartimentalização é uma característica da prática jurídica que nenhuma interpretação competente pode ignorar. Hércules responde a esses impulsos antagônicos procurando uma interpretação construtiva da compartimentalização. Tenta encontrar uma explicação da prática de dividir o direito em ramos diversos que mostre essa prática em sua melhor luz.”

<sup>295</sup> DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 76-77.

a partir dos princípios constitucionais. Além disso, realça a importância da justificação e compatibilização da decisão frente à comunidade de princípios, o que se demonstra pela figura da “ameaça” na forma supracitada.

O todo deve ser explicado a partir da(s) parte(s) que, por sua vez, somente pode(m) fazer sentido a partir do todo. Não é acidental a relação da integridade com o círculo hermenêutico já explicado no último capítulo. Nesse sentido, ensina Orlando Faccini Neto que “a melhor decisão, como se queira *a resposta correta em Direito*, é aquela em que se compreende o direito como integridade a partir dela – todo a partir da parte –, e que se insere, ou que se faz compreensível, em sua pertença ao todo do Direito – como parte do todo.”<sup>296</sup>

Pode-se sustentar, a exemplo de algumas das decisões analisadas no primeiro capítulo, que a jurisdição constitucional não deve cuidar de controle de políticas públicas a cargo dos poderes políticos representativos? Tal proposta, bem como eventual princípio que se extraia da decisão que se justifica o julgamento com base na suposição de que a separação de poderes é um óbice intransponível ao controle jurisdicional não é suficientemente adequada para pertencer à primeira dimensão. É imprescindível ressaltar que a inadequação deste caso reside antes da justificação do que no resultado, que são inconfundíveis. Não se pode diluir eventual im procedência de pretensões do gênero no “princípio” segundo o qual as políticas públicas seriam insindicáveis. Muito já se disse em sede doutrinária e jurisprudencial a respeito para que não seja possível endossar este argumento sem deixar se adequar à teoria que apresenta a justificativa para o maior número de casos. De igual forma, também não se ajusta à dimensão da adequação o posicionamento de acolhida generalizada a prestações materiais judicializadas em decorrência da mera relação entre as políticas públicas e os direitos fundamentais, como se aquelas fossem, em vez de deliberações democráticas essenciais, simples deduções da Constituição. Na linha dworkiniana, “qualquer teoria plausível desqualificaria uma interpretação de nosso próprio direito que negasse abertamente a competência ou a supremacia legislativa”.<sup>297</sup> Os extremos, tantas vezes encontrados nas decisões, sequer podem lograr êxito na primeira dimensão proposta por Dworkin, que, no caso deste trabalho, demonstra de forma lúcida a ausência de fundamentação das decisões não enquadradas na dimensão de adequação, pois a tensão entre democracia e constitucionalismo não anula nenhum dos dois polos.

---

<sup>296</sup> FACCINI NETO, Orlando. *Elementos de uma Teoria da Decisão Judicial: hermenêutica, Constituição e respostas corretas em Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 63.

<sup>297</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 305.

As convicções políticas que conformam a dimensão da adequação de que fala Dworkin não sustentam a discricionariedade judicial; de igual maneira, não são suficientes para afastá-la, como se fossem causas de um determinismo, razões que tornam inadequado considerar qualquer uma das duas alternativas a seguir, que, dependendo do ponto de vista acerca de quem determina quem, podem ser traduzidas pela seguinte questão: o juiz é quem forma suas convicções pessoais que pretende fazer prevalecer nas decisões ou são as convicções que determinam<sup>298</sup> sua voz nas decisões? Quer-se dizer que cada uma das dimensões representa um embate com a discricionariedade em dois níveis diferentes. Na primeira, afastam-se as decisões que são inadequadas em relação à teoria mais geral que pode abranger o maior número de casos. Nesse nível, pode-se dizer que se eliminam as teorias que funcionariam como ameaça a autonomia do Direito. Na segunda dimensão, busca-se uma justificação mais específica acerca dos direitos, afastando-se a discricionariedade pela fundamentação que consagra o Direito sob a sua melhor luz.

A dimensão da moralidade política pede o julgamento acerca de qual das interpretações que se ajustam à primeira apresenta o texto da melhor maneira, por se adequar a uma parte maior dele ou viabilizar uma integração mais interessante entre seus elementos.<sup>299</sup> Avançando na análise da segunda dimensão apresentada pelo autor, encontra-se uma nítida relação entre a tese dos direitos e a comunidade de princípios que sustentam o Direito. Encontrar os direitos que as pessoas têm a partir da interpretação construtiva impõe a consideração do todo para que a parte seja justificável como coerente, como ensina o autor:

A integridade, porém, é escarnejada não apenas em concessões específicas desse tipo, mas sempre que uma comunidade estabelece e aplica direitos diferentes, cada um dos quais coerente em si mesmo, mas que não podem ser defendidos em conjunto com expressão de uma série coerente de diferentes princípios de justiça, equidade, ou devido processo legal.<sup>300</sup>

A exigência que a integridade impõe na determinação do conteúdo dos direitos fundamentais faz ainda mais sentido no ordenamento constitucional brasileiro, que demanda a

---

<sup>298</sup> “Constitui uma parte conhecida de nossa experiência cognitiva o fato de algumas de nossas crenças e convicções operarem como elementos de comprovação ao decidirmos até que ponto podemos ou devemos aceitar ou produzir outras [...]. Poderíamos dizer que nesses exemplos a coerção é ‘interior’ ou ‘subjéctiva’. Ainda assim, é verdadeira do ponto de vista fenomenológico, razão pela qual é importante aqui. Estamos tentando ver o que é a interpretação do ponto de vista do intérprete, e, desse ponto de vista, a coerção que ele sente é tão genuína como se fosse incontroversa.” DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 282-283.

<sup>299</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 278.

<sup>300</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 223-224.

necessidade de harmonizar dezenas de direitos individuais, sociais e transindividuais, cada um dos quais deverá ser defendido como expressão particularizada do conjunto de princípios constitucionais.

Escolher a interpretação que melhor se apresenta à luz da comunidade de princípios, quando se aceita o direito como integridade, na verdade não representa escolha alguma; é, sim, um dever de *accountability* imposto pela doutrina da responsabilidade política. Equivocadas, portanto, eventuais objeções à integridade que apontem discricionariedade quer na formação da dimensão da adequação, quer na “escolha” da melhor interpretação. Impende registrar a maneira como Hércules encara a tarefa:

Assim, a escolha final de Hércules da interpretação que ele considera mais bem fundada em sua totalidade – mais equitativa e mais justa na correta relação – decorre de seu compromisso inicial com a integridade. Ele faz essa opção no momento e da maneira que a integridade tanto o permite quanto o exige, e portanto é totalmente enganoso dizer que ele abandonou o modelo da integridade exatamente nesse ponto.<sup>301</sup>

Mesmo assim, prosseguirão os críticos sustentando que a melhor luz é subjetiva e, por isso, discricionária, como se existisse alguma relação de vinculação necessária. De forma brilhante, Dworkin antecipa-se à objeção com a seguinte resposta:

A propósito de qualquer tese sobre a melhor maneira de avaliar uma situação jurídica em algum domínio do direito, eles dizem: “Essa é a sua opinião”, o que é ao mesmo tempo verdadeiro e inútil. Ou perguntam: “Como você sabe?”, ou “De onde provém essa pretensão?”, *exigindo não um caso que possam aceitar ou rejeitar, mas uma demonstração metafísica avassaladora à qual não possa resistir ninguém que a consiga compreender. E, quando percebem que não estão diante de nenhum argumento dotado de tal força, resmungam que a doutrina é tão-somente subjetiva. Depois, finalmente, voltam a seu ramerrão – fazer, aceitar, resistir e rejeitar argumentos da maneira de sempre, consultando, revisando e mobilizando convicções que lhes permitam decidir qual, dentre as avaliações conflitantes da situação jurídica, constitui a melhor defesa de tal posição.* Meu conselho é direto: essa dança preliminar do ceticismo é tola e inútil; não acrescenta nada ao assunto em questão, e dele também nada subtrai.<sup>302</sup>

Por isso, ao apresentar argumentos que sustentam porque a interpretação de uma prática é melhor do que outra, Dworkin diz que está mesmo dando sua opinião, e não fazendo uma demonstração; convida, então, o leitor a apresentar os argumentos contrários para se chegar a um ponto de vista que se ajusta melhor as convicções que irão possibilitar a sua

<sup>301</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 314.

<sup>302</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 107. Os destaques não constam do original.

melhor avaliação. A resposta é – e isso não é uma fatalidade a se lamentar – subjetiva porque ela parte do sujeito; portanto, afasta-se da metafísica clássica, tendo em vista que não emana das coisas como se fosse da sua essência. Entretanto, subjetividade não quer dizer subjetivismo; o sujeito que decide é aquele do paradigma intersubjetivo, que presta contas na sua decisão e busca a legitimidade a partir da verdade, da substância. Exatamente por não se pretender encapsulado na formação de seu objeto de conhecimento, não confia no método capaz de proporcionar diferentes – senão antagônicos – resultados. Veja-se, portanto, por que não se pode duvidar da existência de respostas certas por não existir uma resposta que será aceita como correta por todos como se fosse possível uma demonstração absoluta de sua veracidade. Quem assim pensa necessita romper as amarras que o prendem às metafísicas. Isso não é o conceito de resposta certa para o pós-positivismo. De outro lado, a exigência de integridade promove a decisão não discricionária que pode ser a resposta correta se conseguir apresentar o Direito na sua melhor forma. Dito de outro modo, *não é porque essa verdade irrecusável inexistente que a resposta correta é uma falácia.*

Vê-se, portanto, que existem diversas questões que demandam respostas interpretativas para dar conta das exigências da integridade. Referindo-se a Hércules, Dworkin esclarece o significado dessas questões para a teoria da decisão:

Não devemos supor que suas respostas às várias questões que se lhe apresentam *definem* o direito como integridade como uma concepção geral do direito. São as respostas que, no momento, me parecem as melhores. Mas o direito como integridade consiste numa abordagem, em perguntas mais que em respostas, e outros juristas e juízes que o aceitam dariam respostas diferentes das dele às perguntas colocadas por essa concepção de direito. [...] Se você rejeitar esses pontos de vista distintos por considerá-los pobres enquanto interpretações construtivas da prática jurídica, não terá rejeitado o direito como integridade: pelo contrário, ter-se-á unido a sua causa.<sup>303</sup>

Ao introduzir as questões que pedem as respostas certas para o momento, Dworkin afasta-se dos anacrônicos juízos de fundamentação prévia e afina-se, ainda, à noção de temporalidade ou historicidade da compreensão, essencial à hermenêutica filosófica. Em respeito à integridade, deve o juiz avaliar se sua interpretação de parte do complexo de decisões e estruturas que formam o Direito de sua comunidade pode fazer parte de um todo coerente expresso pela teoria que o justifica.<sup>304</sup>

---

<sup>303</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 287.

<sup>304</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 294.

Assim, na medida em que busca explicar o todo, retoma-se a alegação da impossibilidade de cisão (metafísica) entre casos fáceis e difíceis. Ensina o jusfilósofo que “o direito como integridade explica e justifica tanto os casos fáceis quanto os difíceis”, sendo que os “casos fáceis são apenas casos especiais de casos difíceis, e a reclamação do crítico é apenas aquilo que o próprio Hércules se daria por satisfeito em reconhecer: que não precisamos fazer perguntas quanto já conhecemos as respostas.”<sup>305</sup> Mais uma vez, apresenta-se alinhado à hermenêutica filosófica, pois, no mesmo sentido, Gadamer diz que “a interpretação se torna necessária onde o sentido de um texto não se deixa compreender imediatamente. A interpretação se faz necessária sempre que não se quer confiar no que um fenômeno representa imediatamente.”<sup>306</sup>

Diante de tudo o que foi dito sobre o modelo de comunidade que a integridade quer justificar, o papel dos princípios é decisivo na transição paradigmática que perpassa este trabalho. Sua função reformula os três pilares positivistas, isto é, o reconhecimento dos princípios importa modificações na teoria das fontes, da norma e da interpretação. A lei não é a única fonte do Direito; o Direito não é um sistema composto somente por regras; e as decisões não mais são discricionárias quando as regras não são “suficientes”,<sup>307</sup> não sendo legítimo ao juiz dar continuidade ao processo de criação das regras. Nesse sentido, Dworkin argumenta que “o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras.”<sup>308</sup> Contrariamente à discricionariedade, o autor enaltece a força dos princípios nos casos difíceis e a sua função essencial para que os magistrados, cientes da obrigatoriedade de respeitar os padrões, encontrem, a partir dessa prática interpretativa, os direitos e obrigações das partes nos casos controversos.

A objeção mais evidente que se pode apresentar é que os princípios não podem determinar o resultado da demanda judicial, ou seja, os defensores da discricionariedade sustentam que o recurso aos princípios não afasta o poder discricionário do juiz. Além de

<sup>305</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 317.

<sup>306</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 441.

<sup>307</sup> A suficiência foi destacada em razão de possuir, nesta frase, mais de um significado que se quer transmitir. Em primeiro lugar, como já se ressaltou, as regras não se sustentam nessa espécie de suficiência ôntica na qual aposta(va) o positivismo, como se a mera redação clara de uma regra fosse garantia de sua aplicação a partir de raciocínios silogísticos, o que é impedido em decorrência da antecipação de sentido que determina a compreensão, elemento inarredável de qualquer interpretação. Em segundo lugar, a insuficiência da regra também se verifica na impossibilidade de aplicá-la de forma dissociada dos princípios que contribuem para a sua normatividade, ou seja, o seu próprio sentido no caso concreto.

<sup>308</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 36.

rebater o argumento no sentido de que seria apenas mais um modo de dizer que os princípios não são regras, Dworkin leciona que os princípios podem apontar a direção a ser seguida, que deve ser contraposta ao peso dos princípios que apontam para outra direção, sendo que esse “conjunto de princípios pode *ditar* um resultado.”<sup>309</sup>

Os princípios exercem função ímpar, à vista da tese dos direitos que Dworkin opõe ao positivismo, na determinação das obrigações jurídicas, o que se pode certamente aplicar para as obrigações do Poder Público em relação à coletividade, inclusive por meio de políticas públicas. Ensina o autor estadunidense que “uma obrigação jurídica existe sempre que as razões que sustentam a existência de tal obrigação, em termos de princípios jurídicos obrigatórios de diferentes tipos, são mais fortes do que as razões contra a existência dela.”<sup>310</sup>

O autor reconhece, portanto, a dificuldade, senão a impossibilidade, de estabelecer um único sistema de princípios que dê conta de todas as normas e padrões que integram o ordenamento jurídico. Ainda assim, propõe que isso deva ser considerado como um defeito que exige empenho para remediar as incoerências interpretativas dos princípios.<sup>311</sup>

A decisão judicial fundamentada precisa respeitar toda a comunidade de princípios e regras que integram o ordenamento jurídico. Essa é uma das razões pelas quais a cisão estrutural entre regras e princípios, tantas vezes adotada nos casos concretos pelas Cortes brasileiras, impede que a facticidade seja efetivamente considerada no ato de julgar. Isso porque ora se sustenta nos raciocínios dedutivos, motivando-se a decisão judicial com a mera menção de um princípio, aplicado por subsunção, como se o princípio fosse uma pauta geral ou categoria – que funcionasse como premissa maior no silogismo – apta a abarcar toda a realidade e, por isso mesmo, destoadada da concretude fática; ora se elegem dois princípios para legitimação da decisão pelo procedimento – a ponderação –, olvidando-se da necessidade de respeitar todo o conjunto de princípios e a sua relação com as regras aplicáveis aos casos, quando deveria prevalecer a interpretação que melhor promovesse essa unidade.

A resposta correta não pode ser amarrada a dois princípios, menos ainda a um princípio, como se dá na decisão por subsunção. Vale dizer que, malgrado um problema interpretativo possa colocar em oposição evidente dois princípios que estariam a apontar decisões antagônicas, talvez a resposta seja dada pelos demais princípios, que, aplicados em conjunto, definem a solução que melhor representa a integridade. Dificilmente uma decisão

---

<sup>309</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 57.

<sup>310</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 71.

<sup>311</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 261.

pode ser acertada e, nesse mesmo sentido, fundamentada, se a comunidade de princípios e as regras forem deixadas de lado. É nesse sentido que “o homem que deve decidir uma questão vê-se, portanto, diante da exigência de avaliar todos esses princípios conflitantes e antagônicos que incidem sobre ela e chegar a um veredicto a partir desses princípios, em vez de identificar um dentre eles como válido”.<sup>312</sup> Assim, quando se pretende resolver um caso difícil ponderando o direito ao equilíbrio ecológico ambiental com a separação de poderes ou a reserva orçamentária, corre-se o risco – ou se incorre na fatalidade – de ignorar princípios que estão por trás de todo o ordenamento jurídico ou de parte dele e que, por essa razão, merecem consideração mediante a justificativa<sup>313</sup> das razões pelas quais irão (ou não) determinar o resultado do caso concreto. Como, por exemplo, fundamentar a decisão em sede de controle judicial de política pública sem considerar o princípio democrático e o princípio da igualdade? Além disso, a cisão estrutural entre regras e princípios também acaba por afastar as regras (o que não vale para a regra da ponderação, evidentemente) dos casos difíceis, quando muitas vezes são indispensáveis para determinar o resultado, influenciando até mesmo na dimensão de peso, como se viu anteriormente. *Todo caso, fácil ou difícil, é, ao menos em princípio, uma questão de regras e princípios.*

Por essas razões, os princípios representam o resgate do mundo fático na decisão judicial, e se corre o risco de perder esta importante função na teoria da decisão caso se abandone o sentido pragmático-problemático de princípio aqui endossado por um catálogo estanque de princípios epistemológicos ou pelos vetustos princípios gerais de Direito, mecanismos da matematização do paradigma positivista. Isso se percebe na teoria dworkiniana, sendo digno de nota o seguinte exemplo:

Ela só sabe com quais problemas vai se deparar quando eles se apresentarem, e não tem como dizer, pelo menos até esse momento, se os problemas que inevitavelmente encontrará vão exigir que ela repense algum princípio [...]. repetindo, o que afirmo é que o raciocínio jurídico pressupõe um vasto campo de justificação, aí incluídos princípios bastante abstratos de moralidade política, que tendemos a dar essa estrutura por certa tanto quanto a engenheira o faz com a maior parte de seus conhecimentos, mas que podemos ser obrigados a reexaminar alguma parte da estrutura de vez em quando, embora nunca possamos ter certeza, de antemão, quando e como.<sup>314</sup>

<sup>312</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 114.

<sup>313</sup> Salienta-se, aqui, a diferença entre motivo e justificativa. Podem existir vários motivos para decidir, mas mesmo assim nenhum deles pode ser justificado. Eis o algo a mais que a justificativa demanda do intérprete.

<sup>314</sup> DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 81. O autor se vale do exemplo da engenheira para demonstrar que, ao contrário de Hércules, capaz de construir toda a teoria completa do Direito para depois aplicá-la aos casos concretos, o intérprete comum pensa de dentro para fora, e nos casos concretos é que os princípios são (re)significados.

E como identificar essa comunidade de princípios que a decisão deve respeitar? Existe a possibilidade de estabelecer um critério mecânico de identificação dos princípios, na linha da regra de reconhecimento de Hart? Seu crítico o responde:

É verdade que se fôssemos desafiados a sustentar nossa alegação de que determinado princípio é um princípio do direito, mencionaríamos qualquer um dos casos referidos anteriores, nos quais tal princípio fosse citado ou figurasse na argumentação. [...] qualquer lei que parecesse exemplificar esse princípio (melhor ainda se o princípio fosse citado no preâmbulo de uma lei, nos relatórios de comissões ou em outros documentos legislativos a ela associados). A menos que pudéssemos encontrar tal apoio institucional, provavelmente não conseguiríamos sustentar nosso argumento. [...] Ainda assim, não seríamos capazes de conceber uma fórmula qualquer para tentar quanto e que tipo de apoio institucional é necessário para transformar um princípio em princípio jurídico. [...] Argumentamos em favor de um princípio debatendo-nos com todo um conjunto de padrões – eles próprios os princípios e não regras – que estão em transformação, desenvolvimento e mútua intenção. Esses padrões dizem respeito à responsabilidade institucional, à interpretação das leis, à força persuasiva dos diferentes tipos de precedente, à relação de todos esses fatores com as práticas morais contemporâneas. E com um grande número de outros padrões do mesmo tipo.<sup>315</sup>

Se o Direito, para Dworkin, é interpretação, a identificação dos princípios não poderia escapar da prática interpretativa. Isso resulta em relativismo? Os princípios o são quando quer o intérprete e o seu padrão obrigatório é determinado conforme sua vontade? Se o objetivo deste trabalho é construir uma teoria da decisão para o controle judicial de políticas públicas no Brasil, de que modo se podem aplicar aqui as lições do autor norte-americano?

Soma-se às respostas negativas às duas primeiras perguntas a concordância com Lenio Streck quando ensina que faz até mais sentido a teoria de Dworkin se adotada para o ordenamento brasileiro, em que os princípios constitucionais<sup>316</sup> podem ser sustentados de modo ainda mais sólido do que os princípios de uma teoria da moralidade política que deva ser desenvolvida a partir de uma prática jurídica estabelecida, diante do menor grau de controvérsia existente. Tem-se, no Brasil, a vantagem do limite representado pelo texto e seu contexto. Ainda assim, é oportuna a menção à proposta de identificação segundo a qual “um princípio é um princípio de direito se figurar na mais bem fundada teoria do direito que possa servir como uma justificação das regras explícitas, tanto substantivas como institucionais, da jurisdição em questão.”<sup>317</sup> Destacando-se o cenário jurídico brasileiro na forma que foi acima

<sup>315</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 64-65.

<sup>316</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 67

<sup>317</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 105.

delineada, tratar-se-á de um princípio constitucional se fizer parte de sólida teoria da Constituição e puder, ao mesmo tempo, justificar as regras constitucionais explícitas.

Na linha do que foi dito, uma das decorrências do argumento segundo o qual a aplicação dos princípios, quando afastada a cisão estrutural, não prescinde das regras é a necessidade de controle na atribuição de sentido que o texto representa ao intérprete. Sobre isso, ensina o jusfilósofo:

Os termos da lei efetivamente promulgada pelo poder legislativo permitem que este processo de interpretação opere sem incorrer em qualquer absurdo; permitem que Hércules afirme que o poder legislativo estendeu uma política até os limites permitidos pela linguagem de que fez uso. No entanto, Hércules não supõe que o poder legislativo tenha estendido essa política até um ponto ulterior indeterminado, além desse limite.<sup>318</sup>

No que diz respeito à possibilidade de alteração de regras por parte dos juízes, o autor também recorre a uma dupla função dos princípios para sustentar a atuação judicial que promova a mudança. Em primeiro lugar, exige que a atitude favoreça um princípio, embora entenda que isso não seja suficiente. Quanto à outra função, transcreve-se a sua lição:

[...] um juiz que se propõe a modificar uma doutrina existente deve levar em consideração alguns padrões importantes que se opõem ao abandono da doutrina estabelecida; esses padrões são, na sua maior parte, princípios. [...] As doutrinas da supremacia do Poder Legislativo e do precedente inclinam em favor do *status quo*, cada uma delas na sua própria esfera, mas não o impõe. Os juízes, no entanto, não têm liberdade para escolher entre os princípios e a políticas que constituem essas doutrinas – também neste caso, se eles fossem livres, nenhuma regra poderia ser considerada obrigatória.<sup>319</sup>

Portanto, a mudança de que fala Dworkin deve ser feita em nome da integridade, legitimando-se por sua intenção de corrigir um erro anterior, o que deve obrigatoriamente constar como justificativa da decisão. Essa mudança, evidentemente, não diz respeito à alteração de leis ou de textos de outras espécies normativas, mas de sua interpretação, bem como no que concerne a outros princípios e decisões judiciais, que servirão para justificar o Direito de forma coerente. Além disso, agrega-se à ideia de melhor justificação a exigência de que a aplicação do princípio demanda, em vez da ponderação, uma compatibilidade que deve ser buscada na interpretação do caso concreto, salientando-se que “o princípio não deve estar em conflito com os outros princípios que devem ser pressupostos para justificar a regra que

---

<sup>318</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 171.

<sup>319</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 60.

está aplicando ou com qualquer parte considerável das outras regras.”<sup>320</sup> O autor também apresenta o argumento como uma questão de coerência:

Um argumento de princípio pode oferecer uma justificação para uma decisão particular, segundo a doutrina da responsabilidade, somente se for possível mostrar que o princípio citado é compatível com decisões anteriores que não foram refeitas, e com decisões que a instituição está preparada para tomar em circunstâncias hipotéticas. [...] Coerência aqui significa, por certo, coerência na aplicação do princípio que se tomou por base, e não apenas na aplicação da regra específica anunciada em nome desse princípio.<sup>321</sup>

Conclui-se a partir dos últimos argumentos que, embora um princípio possa se apresentar como justificativa de uma decisão, a resposta somente será correta quando o seu sentido surgir da interpretação conjunta com os demais princípios que convivem na mesma teoria do Direito, sendo imprescindível que a significação leve a sério as regras aplicáveis. Nessa linha, Dworkin adverte que “o legislativo endossa princípios aprovando a legislação que esses princípios justificam. O espírito da democracia é aplicado quando se respeitam esses princípios.”<sup>322</sup> Aplicar a lei é, em vez de uma atitude positivista, um fiel compromisso com a democracia, que não deve ser desfeito sem sólida justificativa.

Impende registrar que, se as regras sempre têm um princípio que as institui ou lhes confere sentido concretamente, também os princípios tem seu alcance muitas vezes determinado pelas regras, sem que com a constatação se defenda uma interpretação da Constituição conforme a legislação. É claro que o ponto de vista é o inverso. Nada obstante, as regras não podem ser esquecidas como se perdessem importância diante da relevância e da constitucionalização dos princípios. Vale ressaltar que ambas as espécies normativas podem ter assento constitucional, o que sinaliza a possibilidade de que a dimensão de peso varie em função das regras com base no caso concreto.

A questão do fundamento da decisão ganha outro contorno quando a justificativa encontra-se em uma decisão judicial anterior. Antes de se ver como isso ocorre, cabe tecer algumas considerações sobre a possibilidade de aplicação da coerência dworkiniana e o sistema de *civil law* brasileiro. Há como se sustentar a vinculação dos juízes aos precedentes no Brasil? E se os precedentes integram, muitas vezes, a fundamentação das decisões, isso é opcional? Pode o juiz escolher a(s) linha(s) jurisprudencial para embasar sua “convicção”? Ou

<sup>320</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 15.

<sup>321</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 138-139.

<sup>322</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 24.

existe algum princípio que justifique a teoria constitucional que exija uma aplicação coerente do Direito pelos tribunais? Talvez a palavra vinculação não dê a resposta certa aos questionamentos. Certamente, caso se sustentasse uma vinculação, as objeções apontariam que os juízes somente estão vinculados, no sentido de que devem obediência a determinadas decisões, aos julgados em sede de controle concentrado ou “abstrato” de constitucionalidade e às súmulas vinculantes.<sup>323</sup> Nem por isso os juízes que não observam os precedentes “não vinculantes” deixam de cometer um erro, ao menos em potencial. Em primeiro lugar, há que se afastar a possibilidade de escolha do posicionamento jurisprudencial, tendo em vista que a decisão, como se viu, não é ato de vontade do julgador. A justificação da decisão que leva em conta os julgados anteriores é uma exigência do princípio da igualdade. Também o juiz Hércules chegaria a essa conclusão, que se completa com o argumento de princípio:

A força gravitacional de um precedente pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo. Um precedente é um relato de uma decisão política anterior; o próprio fato dessa decisão, enquanto fragmento da história política, oferece alguma razão para se decidir outros casos de maneira similar no futuro. [...] Hércules concluirá que sua doutrina da equidade oferece a única explicação adequada da prática do precedente em sua totalidade. Extrairá algumas outras conclusões sobre suas próprias responsabilidades quando da decisão de casos difíceis. A mais importante delas determina que ele deve limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões. Se se considerasse que uma decisão anterior estivesse totalmente justificada por algum argumento de política, ela não teria força gravitacional alguma.<sup>324</sup>

Espera-se que a prestação jurisdicional coerente não seja aleatória, devendo preservar e promover uma aplicação equânime do Direito, e o Estado-juiz não pode fazer distinções arbitrárias entre os jurisdicionados. Esse ideal, contudo, não é alcançado somente por meio de uma vinculação dos precedentes, no sentido de uma obediência cega ao que foi decidido. Isso porque a integridade pode exigir julgamento diferente para que a comunidade de princípios seja respeitada. Por isso é que deve integrar a teoria do precedente uma teoria do erro que permita, de modo limitado, contrariar algum julgamento anterior desde que se faça de forma justificada em princípios, demonstrando-se as razões pelas quais a decisão melhor promove o conjunto de princípios nos quais a comunidade se assenta, o que envolve as hipóteses de que alguns princípios tenham sido negligenciados ou a eles tenha sido atribuído maior ou menor peso. Disso decorre, portanto, a desconsideração de parte da história institucional, que será

<sup>323</sup> Conforme dispõem os artigos 102, §2º, e 103-A da Constituição da República.

<sup>324</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 176-177.

tida como equivocada diante da impossibilidade de se obter uma total consistência, a que se soma a necessidade de identificar as consequências de se afastar da parte da história diante dos novos argumentos.<sup>325</sup> Pode-se dizer, portanto, que se a igualdade propõe que, em princípio, as decisões judiciais devam ser aplicadas de forma coerente, a integridade, que não se resume à coerência, pode exigir uma decisão destoante das anteriores, seja em virtude daquilo que se denominou força gravitacional do precedente, seja porque a comunidade de princípios impõe, à luz da teoria do erro, uma nova interpretação.

Conforme se pode observar das decisões analisadas no primeiro capítulo, resolver o problema do controle judicial de políticas públicas ambientais buscando somente decisões coerentes é algo que traz extrema dificuldade. Em primeiro lugar, é bastante difícil extrair um ou mais princípios das decisões, quer se as considere em conjunto, quer individualmente. Individualmente, a deficiente fundamentação dos julgados, em que ganham espaço as subsunções e os atalhos à ponderação, escondem as peculiaridades dos casos concretos nas suficiências ônticas do texto constitucional ou legal. Em conjunto, verificam-se decisões diametralmente opostas e inconciliáveis, como se a controvérsia se limitasse à questão acerca de se o Poder Judiciário pode ou não intervir em matéria de políticas públicas. Vem a calhar a crítica de Bolzan de Moraes e Guilherme Brum:

Mas a nossa preocupação, como pensamos ter deixado claro, está precisamente aí, ou seja, na impossibilidade de realizar essa aferição dos resultados, pela irracionalidade da forma como os precedentes estão sendo construídos, sem compromisso com a coerência e a integridade no Direito, tampouco com o resgate do mundo prático através dos princípios. É como se a Corte Constitucional estivesse julgando um tanto aleatoriamente, ações de um Estado Social que não possui limites, que desconhece crises, e serve de estuário não só a direitos como também a “desejos”.<sup>326</sup>

Embora a coerência seja introduzida por Dworkin no raciocínio jurídico a partir do estabelecimento de uma relação entre Direito e literatura, o autor deixa claro que a coerência normativa é mais complexa do que a exigida por uma narrativa literária, malgrado isso não impeça a comparação de justificar a razoabilidade da existência de uma resposta correta para as demandas judiciais.<sup>327</sup> O autor apresenta o paralelo com a imagem de um grupo de romancistas que seja contratado para escrever um único romance em cadeia, sendo que cada

<sup>325</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 186-189.

<sup>326</sup> BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; BRUM, Guilherme Valle. *Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional: entre direitos, deveres e desejos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 106.

<sup>327</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 211.

um deve escrever um capítulo em sequência e está ciente da dupla responsabilidade de interpretar e criar um texto único e integrado.<sup>328</sup> Eis a semelhança com a tarefa dos juízes:

Decidir casos controversos no Direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário. [...] Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes *fizeram* coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. [...] Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele *deve* interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção.<sup>329</sup>

O juiz fica, por isso, limitado à história institucional que tem diante de si, não podendo inventar uma história melhor, ao que se somam as restrições decorrentes das dimensões de ajuste e, num momento seguinte, chega ao resultado com esteio em teorias políticas substantivas.<sup>330</sup> As exigências da integridade são semelhantes àquilo que a coerência requer, contudo a teoria do erro pede que se mantenha uma diferenciação para que se conservem como elementos distintos da teoria da decisão:

Será a integridade apenas coerência (decidir casos semelhantes da mesma maneira) sob um nome mais grandioso? Isso depende do que entendemos por coerência ou casos semelhantes. Se uma instituição pública só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo.<sup>331</sup>

Estabelecidos os fundamentos da teoria da decisão que devem guiar o intérprete, cabe, agora, adentrar no caminho para a construção das respostas corretas aos casos práticos: a reconstrução da história institucional dos direitos e das políticas públicas.

<sup>328</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 235-237.

<sup>329</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 237-238.

<sup>330</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 240-241.

<sup>331</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 263-264.

#### 4.3 A Reconstrução da História Institucional das Políticas Públicas Ambientais: A Identificação do Argumento de Princípio e a Prática da Coerência e da Integridade.

O tópico final do trabalho destina-se a esclarecer os pontos ainda obscuros no presente trabalho e focar o viés prático que a teoria da decisão endossada neste trabalho carrega consigo. Não compactuando com os dualismos metafísicos, Dworkin sustenta seus argumentos em proposições jurídicas aplicadas ao caso concreto, o que permite a visualização do sentido no acontecer do fenômeno jurídico, que é, portanto, inseparável do mundo vivido.

Inicialmente, propõe-se a reconstrução da história institucional dos direitos a fim de legitimar a decisão judicial no controle de políticas públicas ambientais, cuja compreensão não pode ser vilipendiada pelo convencionalismo, pragmatismo ou historicismo. Veja-se:

Há uma alternativa melhor: as proposições de Direito não são meras descrições da história jurídica, de maneira inequívoca, nem são simplesmente valorativas, em algum sentido da dissociado da história jurídica. São interpretativas história jurídica, que combina elementos tanto da descrição quanto da valoração, sendo porém diferente de ambas.<sup>332</sup>

A história exerce, portanto, um papel relevante ao determinar os pré-juízos do intérprete, motivo pelo qual se impõe a sua reconstrução para avaliação, quando da interpretação e aplicação, dos direitos fundamentais e das prestações a eles inerentes. Gadamer ensina que “em toda compreensão histórica já está sempre implícito que a tradição que nos alcança dirige sua palavra ao presente e deve ser compreendida nessa mediação – mais ainda: *como* essa mediação. *O caso da hermenêutica jurídica não é portanto um caso excepcional*”.<sup>333</sup> Nesse sentido, posteriormente Dworkin segue afirmando a relevância de se atentar para a influência histórica na formação das tradições interpretativas, outro motivo para investigar seu papel na antecipação de sentido, bem como no resultado do empreendimento hermenêutico:

Não nego o que é óbvio, isto é, que os intérpretes pensam no âmbito de uma tradição interpretativa à qual não podem escapar totalmente. A situação interpretativa não é um ponto de Arquimedes, nem isso está sugerido na idéia de que a interpretação procura dar ao que é interpretado a melhor imagem possível. Recorro mais uma vez

<sup>332</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 219.

<sup>333</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 431.

a Gadamer, que acerta em cheio ao apresentar a interpretação como algo que reconhece as imposições da história ao mesmo tempo que luta contra elas.<sup>334</sup>

Nesse ponto em que se reconhece o papel da história como sedimentação de uma tradição em que se situa o intérprete, ressalta-se que, embora esse papel seja importante, a integridade situa-se no presente, voltando ao passado somente “na medida em que o seu enfoque contemporâneo assim o determine.”<sup>335</sup> Cabe retomar a forma pela qual a justificação da decisão não pode se afastar de um argumento de princípio, demonstrando-se que a partir da reconstrução da história institucional dos direitos tem-se um meio para identificação do argumento como de princípio ou de política. Reconhecida como aplicável ao Judiciário brasileiro, a doutrina da reponsabilidade política, como se viu, é uma forma de alcançar legitimidade democrática às decisões judiciais. Quando a isso se somam a tese dos direitos e o direito como integridade, tem-se a mais completa maneira de assegurar que as decisões sejam legítimas. Todos esses elementos, se atendidos, demonstram a necessidade de que a decisão judicial se sustente num argumento de princípio, que irá assegurar a autonomia do Direito frente aos predadores exógenos<sup>336</sup> e a justificar o fundamento decisório como parte da teoria jurídica construída a partir da comunidade de princípios. Veja-se como Dworkin propõe a relação entre os argumentos de princípio e de política na interpretação que se faz da lei e dos precedentes:

Quando interpreta as leis, ele atribui à linguagem jurídica, como vimos, argumentos de princípio ou de política que fornecem a melhor justificação dessa linguagem à luz das responsabilidades do poder legislativo. Sua argumentação continua sendo um argumento de princípio; ele usa a política para determinar que direitos já foram criados pelo Legislativo, mas, quanto “interpreta” as decisões judiciais, atribuirá à linguagem relevante apenas argumentos de princípio, pois a tese dos direitos sustenta que somente tais argumentos correspondem à responsabilidade do tribunal em que foram promulgadas.<sup>337</sup>

Nesse ponto, impõe-se relembrar as noções de argumento de princípio e de política, cuja distinção ficará mais evidente na reconstrução institucional. Em primeiro lugar, a identificação do argumento de princípio e seu papel como fundamento da decisão vinculam-se

<sup>334</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 74-75.

<sup>335</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 274.

<sup>336</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 602.

<sup>337</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 173 (nota de rodapé).

ao Direito como integridade, como uma parte do todo que deve ser coerente, o que não se exige nos casos de argumentos de política. Veja-se:

A integridade diz respeito a princípios, e não exige nenhuma forma simples de coerência em termos políticos. O princípio legislativo da integridade exige que o legislativo se empenhe em proteger, para todos, aquilo que vê como seus direitos morais e políticos, de tal modo que as normas públicas expressem um sistema coerente de justiça e equidade. [...] Mas poderia haver sólidas razões de ordem política – talvez de um tipo muito diferente – pelas quais não conviria ao legislador generalizar essas políticas de tal maneira. A integridade não se vê violada pelo mero fato de aceitar essas razões e recusar-se a generalizar a política [...].<sup>338</sup>

Talvez o principal problema pendente de resposta seja a diferenciação entre argumento de princípio e argumento de política especificamente no Direito brasileiro, ou seja, estabelecer uma distinção adequada entre aquilo que se refere aos direitos que as pessoas têm e as prestações destinadas a assegurar o bem-estar geral da sociedade ou algum objetivo cuja intenção seja atender a algum interesse específico. A tarefa não é tão simples como no Direito norte-americano. Isso porque a Constituição da República trata, em seu extenso texto, de dezenas de direitos, além de consagrar objetivos fundamentais ao longo de seu artigo 3º. A objeção mais óbvia a tratar uma política pública que envolva a proteção ambiental não idealizada pelos poderes políticos como argumento de política seria, pois, o fato de que existe uma tutela constitucional do meio ambiente, de modo que isso o transformaria em um argumento de princípio. Não se pode cometer o equívoco de sustentar os extremos. Evidentemente, nem tudo o que almejar o bem-estar geral da sociedade será um argumento de política, haja vista que esse objetivo pode ser alcançado mediante a concretização de determinado direito fundamental. De outra parte, nem todo direito fundamental precisa promover o bem-estar da coletividade, haja vista que – e isso é o cerne da tensão entre constitucionalismo e democracia – existem direitos fundamentais contramajoritários e que interessam a um restrito grupo de sujeitos titulares que, pela Constituição, ficam protegidos de ofensivas da maioria.<sup>339</sup> Quer-se dizer, em síntese, que *nem tudo o que é atribuição dos poderes Legislativo e Executivo é um argumento de política; bem assim, nem tudo o que pode*

<sup>338</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 266-267.

<sup>339</sup> “A existência dos direitos contra o governo seria colocada em risco se o governo fosse capaz de colocar em segundo plano tal direito, ao apelar para o direito de uma maioria democrática de fazer valer sua vontade. Um direito contra o governo deve ser um direito de fazer algo mesmo quando a maioria considera errado fazer tal coisa, ainda que a maioria fique prejudicada em razão disso.” DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 298.

*ser reconduzido a um direito fundamental precisa ser tratado como argumento de princípio.*<sup>340</sup>

Os objetivos fundamentais, portanto, não podem servir como categorias gerais em que se poderá enquadrar tudo o quanto tenha relação com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou discriminação, a fim de que se tenha um argumento de princípio. Isso é facilmente constatado a partir da admissão hipotética no sentido de que tudo o que está vinculado ao artigo 3º da Constituição da República é um argumento de princípio, ocasionando um resultado perverso segundo o qual todas as pretensões judicializadas constituir-se-iam em fundamento apto a embasar a decisão judicial sob a alegação de cumprimento dos objetivos fundamentais. Se isso fosse verdade, o que restaria para a democracia? Certamente, não restariam recursos ou a possibilidade de deliberação mínima acerca de sua destinação, caso a abstração dos objetivos fosse transformada em premissa maior de uma generalizada subsunção do tipo *tudo-ou-tudo*. Vale citar a seguinte passagem em que Dworkin expõe a relação da integridade e os argumentos de política:

[...] a integridade não recomenda o que seria perverso, que deveríamos todos ser governados pelos mesmos objetivos e estratégias políticas em todas as ocasiões. Não insiste em que um legislativo que hoje promulga um conjunto de regras sobre a indenização, para tornar-se mais rica a comunidade, comprometa-se de alguma maneira com esse mesmo objetivo político amanhã. Poderia, então, ter outros objetivos a alcançar, não necessariamente em lugar da riqueza, mas ao lado dela, e a integridade não desaprova essa diversidade.<sup>341</sup>

Evidentemente, para atender à integridade – lembrando-se do que foi dito a respeito do argumento de política que, quando incorporado pela legislação, transforma-se, naquele caso específico em argumento de princípio – haverá que se levar em conta o conjunto de princípios que sustentam o modelo de comunidade, entre os quais está a proibição de retrocesso social<sup>342</sup> que deve ser considerada nas decisões sobre políticas públicas. O referido

<sup>340</sup> Na seara do Direito Ambiental, vale a referência a Rui Carvalho Piva: “se não quisermos errar, por escolher o caminho do ufanismo ambiental jurídico ou por andar pela via oposta do ceticismo conservador, o ingresso no tema que agora vamos enfrentar mais diretamente deverá ser precedido de algumas reflexões simples, mas fundamentais.” PIVA, Rui Carvalho. *Bem Ambiental*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 109.

<sup>341</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 291. A menção à riqueza é feita em razão de ser um objetivo geral que figura no exemplo apresentado pelo autor.

<sup>342</sup> Sobre o referido princípio, cita-se a lição de Canotilho: “O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos já realizado e efectivado através de medidas legislativas (‘lei da segurança social’, ‘lei do subsídio de desemprego’, ‘lei do serviço de saúde’) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros

princípio impõe óbices em relação à retirada de conquistas relativas aos direitos fundamentais, de modo que o Legislativo e o Executivo encontram limites também nos casos em que os argumentos de política passam a ter caráter de princípio após aprovados pelo processo legislativo. Ainda assim, a posição aqui defendida encontra apoio no que diz Dworkin, mais uma vez, sobre a relação entre integridade e (argumento de) política:

O efeito da integridade sobre as decisões políticas é mais difuso. Exige, como afirmei, que o governo persiga alguma concepção coerente daquilo que significa tratar as pessoas como iguais, mas esta é, sobretudo, uma questão de estratégias gerais e de testes estatísticos preliminares. Quanto ao mais, não exige uma coerência limitada no âmbito das políticas: não exige que programas específicos tratem todos da mesma maneira.<sup>343</sup>

Por isso, determinada política pública executada para cumprir determinado fim específico pode representar um limite para si mesma no que tange ao retrocesso, não se transformando, contudo, em argumento de princípio para casos similares.

Retomando-se uma das propostas expostas ao longo do primeiro capítulo, Canela Júnior defende algo que se pode entender como contraponto ao argumento aqui sustentado. Diz o autor, em síntese, que a atuação dos poderes Legislativo e Executivo destina-se à satisfação espontânea dos objetivos e direitos fundamentais,<sup>344</sup> sendo que a inação deve ser suplantada pela atuação do Poder Judiciário. Resolve-se, segundo essa posição, toda a complexidade do processo democrático e das decisões políticas pela suficiência ôntica do texto constitucional, que tudo já solucionou de antemão, legitimando-se a atuação do juiz, é

---

esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura a simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.” CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 337-338. Ainda, ensina Lenio Streck: “[...] normalmente, é invocável, num nível sofisticado de análise constitucional, o princípio da proibição de retrocesso social. Ora, não está explícito na Constituição que conquistas sociais não possam ser retiradas; mas a tradição que se forjou no Estado Democrático de Direito aponta para um novo tipo de direito que deve resgatar as promessas incumpridas da modernidade. Reconstruindo-se a história institucional dos direitos sociais, chegaremos à tese das dimensões (para além das gerações, como bem acentua Ingo Sarlet), deparando com as decisões do Tribunal Constitucional Alemão e do Tribunal Constitucional de Portugal (em especial o AC 39/84), onde se estabelece, principiologicamente, esta vedação de retrocesso social. Como resultado, a regra (texto normativo) que provocou prejuízo a um conjunto de pessoas passa a ter – a partir da situação concreta – seu sentido definido por essa reconstrução institucional. Mas, veja-se, a proibição de retrocesso social – que pode solucionar o caso sob análise – não é um ‘conceito fechado’ ou ‘categoria da qual se possa deduzir aplicações de regras jurídicas’. Não é uma super ou metarregra. E isso é assim pela simples razão de que não é todo e qualquer retrocesso que será vedado; aliás, talvez por isso todos os princípios devam ser lidos desse modo: ‘em princípio, tal regra deve ser lida, logo, aplicada, desse modo, dependendo da situação concreta’. Sem a situação concreta, o princípios carece de normatividade.” STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 573-574.

<sup>343</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 268.

<sup>344</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 62-63.

claro, pela ponderação. Se isso também for verdade, nada resta à democracia e ao debate político, pois parece pouco provável ir além da satisfação dos direitos fundamentais, tendo em vista a distância que o Brasil está de cumprir as promessas da modernidade. E se nada restar à democracia, fica em xeque o próprio projeto de Estado Democrático que deveria *constituir-a-ação*.<sup>345</sup> Por isso, repita-se, a teoria do Direito necessita de algo que preserve, a um só tempo, o poder político do Legislativo e do Executivo e a forte função de controle inerente à jurisdição constitucional. Esse algo é a teoria da decisão dominada pela responsabilidade política.

Existe a possibilidade de compatibilizar a distinção entre argumentos de política e de princípio, elaborada à luz dos direitos individuais e da sintética Constituição norte-americana, com a constitucionalização da vida social promovida pelo texto de 1988. A alternativa que harmoniza os dois polos (entender qualquer coisa que diga respeito a direitos sociais como argumento de princípio ou como argumento de política) é considerar que o argumento de princípio – ou de política, caso inexista fundamento específico para se considerá-lo como de princípio – deve ser identificado no objetivo específico da política pública, a partir da sua reconstrução institucional, bem como do(s) direito(s) e objetivo(s) a que se referem. Desloca-se, pois, a questão das estratégias gerais definidas por Dworkin como argumentos de política para as finalidades específicas das prestações materiais pleiteadas judicialmente. A reconstrução da história institucional tem um papel importante a desempenhar nesse ponto se o enfoque for a política pública específica. E para isso é preciso levar o Direito (a comunidade de princípios, os textos, as regras e as decisões judiciais) a sério.

Vale lembrar que o Legislativo não necessita de um argumento de princípio para justificar as leis que aprova, ainda que elas se transformem, quando aprovadas, nessa espécie de argumento. A teoria dworkiniana pressupõe, com evidente acerto, que a situação dos legisladores distingue-se bastante da função jurisdicional, sendo que os juízes devem, ao buscar a coerência, “levar em consideração não somente a substância das decisões tomadas por autoridades anteriores, mas também o modo como essas decisões foram tomadas: por quais autoridades e em que circunstâncias.”<sup>346</sup>

Deve-se, entretanto, avançar na exigência de um argumento de princípio. Como se disse, não basta à resposta correta que seu fundamento seja tal argumento. Esse talvez seja,

---

<sup>345</sup> Utiliza-se a expressão muitas vezes adotada por Lenio Streck. Ver, por exemplo, STRECK, Lenio. *Compreender Direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. vol. 1. p. 47.

<sup>346</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 292.

em muitos casos, somente o ponto de partida. Isso porque, do outro lado, isto é, oferecendo resistência à pretensão judicializada, pode estar outro argumento de princípio. A decisão deve se fundamentar no e, ao mesmo tempo, justificar o Direito como integridade, que serve, simultaneamente, quando aceito, como fardo e apoio do intérprete.

A identificação do argumento de princípio deve indagar, por exemplo, de que modo o problema que a pretensão relacionada a uma política pública pretende resolver se insere na *agenda* da comunidade, o que não dispensa, em princípio, a relação com as incumbências previstas no §1º do artigo 225 da Constituição, bem como no que tange às normas editadas no exercício da competência legislativa concorrente e administrativa comum que partilham os entes federativos. Todas as regras ali encontradas, como já se disse à exaustão, não se bastam, exigindo-se que a sua interpretação seja compatível com a comunidade de princípios, razão pela qual a existência de um argumento de princípio não resolve, por si só, o problema.

Algumas advertências acerca da distinção entre os argumentos merecem menção, destacando-se o papel dos argumentos consequencialistas e seus reflexos na decisão, cuja consideração ganha espaço na reconstrução institucional dos direitos. Há que se concordar com Lenio Streck quando afirma que uma decisão não pode ser consequencialista por uma razão bastante singela: para raciocínios teleológicos se prescinde do Direito.<sup>347</sup> Isso não significa que os referidos argumentos que levam em conta as consequências devam ser eliminados do debate. A advertência que Dworkin propõe interessa porque diz respeito à identificação das justificativas de que ora se trata, especialmente na tarefa de reconstrução institucional. Ainda que as consequências de determinadas decisões para a comunidade sejam relacionadas aos argumentos de política, pode-se introduzi-las na definição dos direitos que as pessoas têm, sem que haja uma transformação do argumento de princípio, como no caso de argumentar que o exercício de um direito de determinada maneira ocasionaria interferências lesivas em outro direito, caso em que o direito concorrente e concreto afasta o direito abstrato cujas consequências não se admite.<sup>348</sup> O autor se antecipa aos críticos da seguinte forma:

Ele [o crítico] poderia acrescentar (como eu mesmo o faria) que aceitar esse tipo de razão como fundamento para recusar-se a reconhecer um direito político concreto

---

<sup>347</sup> “[...] novamente com Dworkin é importante anotar que, com isso, não estou a negar a justificação política, de caráter geral, que a teoria jurídica pressupõe. Essa é uma questão de legitimidade do uso da força por parte de um governo. Todavia, as questões políticas em sentido estrito – que esse expressam a partir de raciocínios teleológicos, de metas sociais etc. – não podem fazer parte do discurso judicial. No momento de concretização do direito, as questões de princípio se sobrepõem às questões de política.” STRECK, Lenio. *Compreender Direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. vol. 1. p. 150.

<sup>348</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 452-456.

equivale a negar totalmente a existência de qualquer direito político abstrato, de modo que é incoerente conceder o direito abstrato e depois negar-se a sancioná-lo neste tipo de caso. Mas estas são apenas diferentes maneiras de dizer que o poder legislativo cometeu um erro de princípio [...].<sup>349</sup>

Sozinho, portanto, o consequencialismo não se sustenta e, por ser normalmente mencionado e dar o sentido para argumentos de política, como seria o caso de um raciocínio puramente teleológico, é barrado pelo argumento de princípio. Nada obstante, pode fazer parte deste, quando se consideram os direitos concorrentes e o custo muito superior ao que seria compatível com o direito original, exemplos já citados no primeiro tópico deste capítulo. O Direito não pode ser inconsequente, isto é, despreocupado com a sua própria realidade, de modo que os direitos devem levar em conta as consequências para a definição de seu âmbito de proteção. Por isso, “trata-se de uma questão que exige, na determinação do conteúdo de um direito, atenção para as consequências sociais de diferentes regras e práticas”.<sup>350</sup> Evidente, portanto, que não se está a negar um direito quando dele não se possa sustentar uma posição, por exemplo, não universalizável, tendo em vista que a consequência funciona como maneira de controle hermenêutico daquilo que a Constituição tutela. O filtro para o consequencialismo é, pois, a reconstrução da história institucional, o que impede que a decisão teleológica seja maquiada por uma pretensa aplicação de princípios destoados das regras. Novamente, Streck aponta com precisão o perigo e o remédio para a cisão estrutural:

De tudo o que foi dito, é ainda possível – e necessário – ressaltar que não se pode partir do princípio para resolver um caso. Isso seria fazer raciocínios teleológicos. Haverá uma regra (norma em geral) apta para resolver o caso a partir de uma reconstrução principiológica (reconstrução da história institucional). Esse é o espaço e o papel dos princípios.<sup>351</sup>

Reconstruir a história institucional das políticas públicas pode tocar em um ponto ainda não abordado neste capítulo. Ao se criticar a teoria da decisão encontrada em Robert Alexy, bem como os teóricos do neoconstitucionalismo no Brasil, salientou-se que a moral exercia, de acordo com as posturas criticadas, um papel corretivo em relação ao Direito. Pretende-se demonstrar que o caminho é inverso. Os argumentos que dizem respeito à

<sup>349</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 456.

<sup>350</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 140.

<sup>351</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 580.

moral<sup>352</sup> política de uma comunidade, a que tantas vezes Dworkin recorreu, não vêm depois para consertar os problemas do sistema jurídico. Na tarefa de reconstrução institucional, em vez de uma reforma das regras a partir de princípios morais, o Constitucionalismo Contemporâneo aponta para a ideia de co-originariedade entre Direito e moral, ideia que parece plenamente compatível com a teoria dworkiniana.<sup>353</sup> Como ressalta o autor, “disso não se segue que o direito seja sempre moralmente correto, nem que o moralmente correto seja sempre o direito, *nem mesmo nos casos difíceis.*”<sup>354</sup> Assim, em vez de uma pretensão de correção, a reconstrução acarretará na descoberta do ponto de encontro em que a moral e o Direito originaram o sistema cuja integridade se homenageia. Veja-se o que diz o autor, ainda descrevendo a tarefa do juiz Hércules:

A teoria da decisão judicial de Hércules não configura, em momento algum, nenhuma escolha entre suas próprias convicções políticas e aquelas que ele considera como as convicções políticas do conjunto da comunidade. Ao contrário, sua teoria identifica uma concepção particular de moralidade comunitária como um fator decisivo para os problemas jurídicos; *essa concepção sustenta que a moralidade comunitária é a moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressupõem.* [...] É perfeitamente verdadeiro que, em alguns casos, a decisão de Hércules a propósito do conteúdo dessa moralidade comunitária – e, portanto, sua decisão sobre os direitos jurídicos – será passível de controvérsia. Assim será toda vez que a história institucional tiver que ser justificada mediante o recurso a algum conceito político contestado, [...] mas não seja suficientemente detalhada para poder ser justificada por apenas uma dentre as diferentes concepções desse conceito.<sup>355</sup>

Vê-se, na linha desse argumento, que a autonomia do Direito não pode ser menoscabada por uma teoria moral – em mais uma espécie de raciocínio teleológico – que tenha o objetivo de substituir-se ao próprio Direito. No presente sentido, a reconstrução da história institucional das políticas públicas não pode ser confundida com a necessidade de sua reformulação jurídica a partir da moralidade política, diante da posição inicial semelhante em que se encontram o Direito e a moral, ainda que seja determinante a identificação dessa relação se existe um apelo à integridade. Assim, ensina Dworkin:

---

<sup>352</sup> “A palavra ‘moral’ pode causar confusão aqui, como sempre acontece, mas para mim essa proposição significa que os princípios que figuram nos argumentos jurídicos fazem menção aos direitos e deveres dos cidadãos e de outras pessoas jurídicas em vez de exaltar, por exemplo, juízos prudentes ou generalizações históricas.” DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 526.

<sup>353</sup> MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a Construção de uma Teoria Hermeneuticamente Adequada da Decisão Jurídica Democrática*. 2014. 291 f. Tese (Doutorado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo. 2014. p. 179.

<sup>354</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 524.

<sup>355</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 197-198. O destaque não consta do original.

A tese dos direitos, segundo a qual as decisões judiciais tornam efetivos os direitos políticos existentes, sugere uma explicação mais satisfatória [sic] do ponto de vista dessas duas exigências. Se a tese é válida, a história institucional age, não como uma restrição do juízo político dos juizes, mas como um componente de tal juízo, pois a história institucional faz parte do pano de fundo que qualquer juízo plausível sobre os direitos de um indivíduo deve levar em consideração. Os direitos políticos são criações tanto da história, quanto da moralidade: aquilo a que um indivíduo tem direito, na sociedade civil, depende tanto da prática quanto da justiça de suas instituições políticas. Desse modo, desaparece a alegada tensão entre originalidade judicial e história institucional: os juizes devem fazer novos julgamentos sobre os direitos das partes que a eles se apresentam, mas esses direitos políticos antes refletem as decisões políticas tomadas no passado do que a elas se opõe.<sup>356</sup>

Feitas essas considerações necessárias, deve-se, por fim, analisar como a integridade e a coerência podem ser atendidas nos casos que versam sobre controle judicial de políticas públicas ambientais. Serão retomadas algumas decisões citadas no primeiro capítulo para, à luz da teoria da decisão sustentada no presente trabalho, verificar como as exigências de integridade e coerência influenciariam a resposta que foi dada pelo Poder Judiciário caso houvessem sido atendidas. Todavia, diante da limitação e dos objetivos do trabalho, não existe a pretensão de apresentar uma decisão para cada caso concreto, e sim propor alguns argumentos para orientar a interpretação que colocaria o Direito sob a sua melhor luz. Ademais, vale ressaltar que a tese da resposta correta, tanto da forma proposta por Ronald Dworkin como na leitura que é feita por Lenio Streck a partir da hermenêutica filosófica, não garante que a sua utilização resulte na resposta correta a todos os casos. O autor norte-americano já adiantou isso em *Levando os Direitos a Sério*:

No sistema atual, aspiramos que uma decisão judicial seja uma questão de princípio. Isto não pode ser completamente realizado, pois todos nos achamos que os juizes, às vezes, e talvez com frequência, apresentam argumentos de princípio equivocados. *Mas saímos ganhando mesmo com a tentativa.* Os cidadãos são encorajados a supor que todos têm direitos e deveres perante os outros cidadãos e perante o governo, mesmo que tais direitos e deveres não estejam claramente estabelecidos.<sup>357</sup>

Cabe salientar o que talvez seja a principal diferença em relação ao modelo de aplicação dos princípios da teoria alexyana. A legitimação pelo procedimento em etapas, conforme a máxima da proporcionalidade, dependente da discricionariedade do intérprete, soçobra diante da tese dworkiniana, em que se a legitimidade da decisão é conteudística e somente se alcança se a interpretação não for discricionária. Se o Direito é interpretação, e a

<sup>356</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 136.

<sup>357</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 518.

interpretação é realizada pelo novo sujeito – o do esquema sujeito-sujeito, e não o solipsista da modernidade –, a busca pela decisão que apresenta o direito na sua melhor luz não é imune a erros. Os juízes não são Hércules. Nada obstante, *a vitória que a aceitação da integridade representa em relação ao positivismo é a efetiva consagração da decisão não discricionária*, uma vez que não existe a possibilidade de se considerar duas respostas como corretas e se consolida uma evidente limitação dos juízes aos seus padrões. Vale citar a seguinte passagem, que demonstra a vital importância que a teoria da decisão representa para a comunidade:

Toda democracia contemporânea é uma nação dividida, e nossa própria democracia é particularmente dividida. Nossas divisões são de natureza cultural, étnica, política e moral. Não obstante, aspiramos a viver juntos como iguais, e parece absolutamente crucial para essa ambição que também aspiremos que os princípios que nos governam nos tratem como iguais. [...] Só poderemos perseguir essa indispensável ambição se tentarmos, sempre que necessário, nos colocar em um plano bastante elevado em nossas deliberações coletivas, inclusive em nossas decisões judiciais, de modo a pôr à prova nosso progresso em tal direção. Devemos nos incumbir desse dever soberano se pretendemos alcançar um Estado de Direito que não seja apenas instrumento de avanço econômico e paz social, mas um símbolo e espelho de igual consideração pública, que nos dá o direito de afirmar a comunidade.<sup>358</sup>

Parte da tarefa de construir a resposta correta consiste em selecionar um conjunto significativo de precedentes que se assemelhem ao caso em tela para dar conta de escrever mais um capítulo da *chain novel* de que fala Dworkin. Na medida em que se cuida de judicialização de políticas públicas ambientais, há que se estudar o que fizeram os ministros do Supremo Tribunal Federal ao se depararem com questões da mesma espécie para avaliar os princípios que se extraem das decisões, bem como a sua a justificação do ponto de vista da integridade. Nesse espírito, o juiz incumbido de decidir as demandas descritas no capítulo se depararia, por exemplo, com o agravo regimental no agravo de instrumento nº 692.541/SP.<sup>359</sup> Neste precedente, a Corte apreciou, em sede recursal, insurgência contra a decisão proferida em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, em que foi acolhido o pedido de cessação do lançamento de lodo resultante do tratamento de água pela Sabesp (Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo) em curso d'água em virtude da poluição disso decorrente, bem como para reparar os danos ambientais daí advindos. Assentou o Supremo que a solução dada pelo Tribunal de origem se alinhava ao entendimento da Corte no sentido

<sup>358</sup> DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 105-106.

<sup>359</sup> O inteiro teor da decisão está disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=307754221&tipoApp=.pdf>> Acesso em 06. dez. 2015. Também pode ser consultado, assim como os demais casos doravante citados, na ferramenta de pesquisa de jurisprudência do portal eletrônico do Supremo Tribunal Federal ([www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)), utilizando-se o número dos processos mencionados neste trabalho.

de que era permitido ao Judiciário, “em situações excepcionais, determinar ao Poder Executivo a implementação de políticas públicas a fim de garantir direitos constitucionalmente assegurados, sem que isso implique ofensa ao princípio da separação dos Poderes.”

Em idêntico sentido, o mesmo posicionamento seria encontrado pelo magistrado ao analisar o agravo regimental no recurso extraordinário nº 417.408/RJ.<sup>360</sup> Também versando sobre política de saneamento básico, o Estado do Rio de Janeiro e a Companhia Estadual de Águas e Esgotos se viram obrigados a impedir a poluição do rio Paraíba do Sul que ocorria em virtude do despejo de esgoto *in natura*, bem como a realizar obras com o intuito de restabelecer o equilíbrio ambiental. A decisão da Corte suprema se fundamentou na inexistência de violação da separação de poderes quando o Judiciário garante a tutela de direitos fundamentais em bases excepcionais.

Mais uma vez, o juiz encontraria o entendimento no sentido de que o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias ao direito fundamental ao meio ambiente, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. Tal decisão foi proferida no agravo regimental no recurso extraordinário nº 563.144/DF<sup>361</sup>, interposto nos autos de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Distrito Federal contra o ente distrital, em que o réu foi condenado a demolir as construções em área pública e em desacordo com o projeto urbanístico. O fundamento foi repetido no agravo regimental no recurso extraordinário nº 658.171/DF<sup>362</sup>, sendo que o tribunal de origem havia condenado a União por entender que a obrigação de recuperar a barragem objeto da demanda decorreria de dispositivo legal (art. 2º, III, da Lei 4229/63), bem como da circunstância da obra ser necessária à garantia do mínimo vital, não se mostrando possível a invocação da insuficiência orçamentária e da discricionariedade administrativa neste caso. Mais uma vez, encontra-se a mesma justificativa no agravo regimental no recurso extraordinário nº 796.347/RS, com extensa fundamentação que leva em consideração a teoria do custo dos direitos citada neste capítulo, em cotejo com a noção de mínimo existencial. Veja-se trecho da decisão:

---

<sup>360</sup> Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1941850>> Acesso em: 06. dez. 2015.

<sup>361</sup> Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5716326>> Acesso em: 06. dez. 2015.

<sup>362</sup> Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25061175/agreg-no-recurso-extraordinario-re-658171-df-stf/inteiro-teor-118287716#>>> Acesso em: 06. dez. 2015.

**Não deixo de conferir, no entanto, assentadas** tais premissas, **significativo relevo** ao tema pertinente à “*reserva do possível*” (LUÍS FERNANDO SGARBOSSA, “**Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos**”, vol. 1, 2010, Fabris Editor; STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “**The Cost of Rights**”, 1999, Norton, New York; ANA PAULA DE BARCELLOS, “**A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**”, p. 245/246, 2002, Renovar; FLÁVIO GALDINO, “**Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**”, p. 190/198, itens ns. 9.5 e 9.6, e p. 345/347, item n. 15.3, 2005, Lumen Juris), **notadamente em sede de efetivação e implementação (usualmente onerosas)** de determinados direitos **cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas** concretizadoras de tais prerrogativas individuais **e/ou** coletivas. **Não se ignora** que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – **além** de caracterizar-se pela **gradualidade** de seu processo de concretização – **depende**, em grande medida, de um **inescapável** vínculo financeiro **subordinado** às possibilidades orçamentárias do Estado, **de tal modo** que, **comprovada**, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, **desta não se poderá** razoavelmente exigir, então, **considerada** a limitação material referida, **a imediata efetivação** do comando fundado no texto da Carta Política. **Não se mostrará lícito, contudo**, ao Poder Público, **em tal hipótese**, criar obstáculo artificial **que revele** – a partir de **indevida** manipulação de sua atividade financeira **e/ou** político-administrativa – **o ilegítimo, arbitrário e censurável** propósito **de** fraudar, **de** frustrar **e de** inviabilizar o estabelecimento e a preservação, **em favor da** pessoa **e dos** cidadãos, de condições materiais **mínimas** de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004).<sup>363</sup>

A intervenção judicial nas políticas públicas ocorre, segundo essa decisão, de forma excepcional porque não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário a atribuição de formular e de implementar políticas públicas. Legitima-se por inexistir discricionariedade administrativa no cumprimento dos deveres constitucionais. Ainda, embora devidamente considerados os limites relacionados aos custos dos direitos e descritos como reserva do possível, afasta-se o óbice quando houver motivos para crer que é artificial e utilizado para descumprir as prestações que assegurem o mínimo existencial.

A par dessas decisões, na busca pela coerência o juiz que imita Hércules deve harmonizar os precedentes anteriores com a decisão proferida pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.029/DF.<sup>364</sup> Na ação de controle concentrado de constitucionalidade, a Associação Nacional dos Servidores do IBAMA questionava a Lei Federal nº 11.516/07 (conversão da Medida Provisória 366/07), por vícios formais e materiais. Na decisão, os vícios materiais da lei que criou o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade foram afastados sob o argumento de que não caberia ao Poder Judiciário a discussão sobre a elaboração e execução de políticas públicas, “seja por não dispor do conhecimento necessário para especificar a engenharia administrativa necessária para o sucesso de um modelo de

<sup>363</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=306789951&tipoApp=.pdf>> Acesso em: 06. dez. 2015. Destaques no original.

<sup>364</sup> Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089.>> Acesso em: 06. dez. 2015.

gestão ambiental, seja por não ser este o espaço idealizado pela Constituição para o debate em torno desse tipo de assunto.”

Resgatado o conjunto de precedentes apto a desencadear o romance em cadeia, o novo capítulo a ser escrito pelo juiz depende, ainda, de responder, interpretativamente, às questões que serão colocadas pelo Direito como integridade no julgamento de algumas das ações que tramitaram no TJRS, que agora são retomadas.<sup>365</sup> Como justificar de forma coerente a decisão proferida no agravo de instrumento nº 70063634703, em que a separação de poderes serviu de fundamento para negar o pedido de determinação ao poder público municipal o cumprimento da Resolução nº 416/2009 do CONAMA? O princípio constitucional impõe um óbice intransponível à intervenção judicial nas políticas públicas? A separação de poderes impede que o Poder Judiciário determine o cumprimento de uma norma emanada do próprio Poder Executivo, no exercício de seu poder regulamentar? Por que a decisão expressou preocupação com o “efeito multiplicador” que a demanda poderia representar, mas deixou claro que isso não era considerado em casos semelhantes, como o da saúde? Em que medida o efeito multiplicador é um argumento de princípio? Veja-se, nesse sentido, que a possibilidade de multiplicação das demandas e os seus resultados mais se assemelham a um raciocínio teleológico, podendo, todavia, ser considerados como argumento de princípio quando se tem em vista o caráter universalizável da decisão. A isso equivale dizer que somente se deve decidir em determinado sentido se a mesma decisão for possível para todos os casos assemelhados.<sup>366</sup> A exigência é tanto da coerência com as decisões anteriores como da integridade, em virtude da necessidade de que a isonomia seja preservada, o que não seria atendido caso um direito fosse negado a umas pessoas e, para outras, assegurado. Sequer poderia se falar em direito nesses casos incongruentes, que mais pareceriam como benesses ou favores, isto é, argumentos de política. É de se ressaltar, ainda, que, no caso em tela, antes de se falar em separação de poderes, dever-se-ia questionar a se a democracia não demandaria que o agente público executasse a política pública já formulada por órgão competente do próprio poder, ainda que de esfera diferente.

Nas dezesseis ações civis públicas ajuizadas em face do Município de Três de Maio, julgadas na Apelação Cível nº 70058359571, a decisão de improcedência fundamentou-se no

<sup>365</sup> Optou-se por analisar, à luz da interpretação aqui proposta sobre Direito como integridade, os casos que conservaram, nas decisões citadas no primeiro capítulo, um mínimo de facticidade e especificidade para que se pudessem propor alguns questionamentos pertinentes que influenciariam nas respostas dadas pelo Judiciário.

<sup>366</sup> Nesse sentido, Lenio Streck coloca as seguintes questões que culminarão na exigência de universalidade: “Essa decisão possui uma consistência articulada? Os argumentos estão integrados ao conjunto do direito? Essa decisão pode ser aplicada a outros casos semelhantes? O princípio que se extrai da *holding* dessa decisão possui caráter de universalidade?” STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 346.

*princípio da deferência* e na inexistência de ato desproporcional ou “irrazoável”. Ora, mas o que é o princípio da deferência? Seria alguma manifestação do princípio democrático? E o que é desproporcionalidade ou falta de razoabilidade? Veja-se, aqui, que o problema não é a proporcionalidade em si – e talvez isto não tenha sido completamente esclarecido no segundo capítulo. O problema é a sua utilização como “metarregra” ou enunciado performativo que serve, neste caso, para que o juiz julgue conforme sua consciência acerca do que é ou não desproporcional. O conteúdo jurídico da proporcionalidade, a fim de que carregue um caráter de princípio, é a vedação tanto do excesso como da proteção insuficiente, o que deverá ser harmonizado com os demais princípios no caso concreto, como requer a integridade. Imprescindível anotar a lição de Lenio Streck:

Isolado, o enunciado “proporcionalidade” ou “princípio da proporcionalidade” carece de significatividade. O sentido da proporcionalidade se manifestará de dois modos: ou a lei contraria a Constituição, porque o Estado se excedeu, ocasião em que se estará diante da proibição de excesso (*Übermassverbot*); ou a lei poderá ser inconstitucional, porque o Estado protegeu de forma insuficiente determinado direito, hipótese que se poderá invocar a *Untermassverbot*. Não há um *locus* privilegiado para a aplicação da “devida/necessária proporcionalidade”. Necessariamente, ela estará relacionada à igualdade na proteção de direitos. Desproporcionalidades ocorrem por violação da isonomia ou da igualdade.<sup>367</sup>

Veja-se, portanto, que, ainda que o resultado fosse de improcedência, a decisão não está fundamentada.

O terceiro caso analisado no primeiro capítulo – o recurso que levou o nº 70049187982 – também traz problemas para a coerência e a integridade no Direito. A demanda versava sobre a política pública de saneamento básico no Município de Novo Hamburgo, e as pretensões do Ministério Público foram desacolhidas sob o fundamento de que a separação de poderes somente permitiria um controle de legalidade da administração pública, não se admitindo a invasão na competência do Poder Executivo, ainda que para assegurar direitos fundamentais. O julgado consagra um sério problema de coerência que deveria ser, ao menos, enfrentado com justificativa que afastasse o caso concreto dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, bem como do próprio Tribunal de Justiça em relação ao mesmo direito fundamental ou a direitos sociais distintos, diante da ameaça representada pela ascensão justificadora. Caberia indagar: a separação de poderes poderia ser aplicada somente a um direito fundamental? Vale citar a posição de Lenio Streck sobre o rompimento de uma cadeia interpretativa:

---

<sup>367</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 543.

A questão fulcral para uma teoria da decisão residirá no seguinte ponto: para o estabelecimento de uma exceção, é necessário romper com a cadeia interpretativa (lembramos da *novel chain*). Mas essa exceção estabelecerá uma nova norma, que se tornará obrigatória para os casos similares seguintes ou os casos que se enquadrarem no princípio estabelecido exatamente como condição para o estabelecimento da exceção. O princípio atravessará a porosidade dessa regra.<sup>368</sup>

Além disso, foram deixadas de lado as regras que tratam sobre a política pública específica em todas as esferas de governo, que deveriam ser consideradas para se justificar a correção do raciocínio de que a intervenção judicial, no caso em tela, representaria uma afronta ao princípio democrático, em vez da garantia de um direito fundamental, pois ausente o argumento de princípio que deveria sustentar a pretensão. Ainda, o pleito indenizatório teve o mesmo destino do pedido referente à prestação material, em decisão diametralmente oposta ao quarto caso analisado (processo nº 70058173303, que também cuidava de saneamento e indenização por danos ambientais). Constatase, concretamente, o perigo representado pela cisão estrutural entre regra e princípio, conforme assinala Lenio Streck:

O problema é que, ao ser feita a distinção estrutural, os princípios acabam adquirindo algo que lhes tira a “razão principiológica”, isto é, alça-se-lhes a metarregras, o que faz com que, no fundo, o princípio apenas ingresse no sistema para “resolver insuficiências ônticas” das regras, como ocorre, por exemplo, com a teoria da argumentação jurídica. [...] Para que um princípio tenha obrigatoriedade, ele não pode se desvencilhar da democracia, que se dá por enunciados jurídicos concebidos como regras.<sup>369</sup>

Também são representativos da álea a que estão sujeitas as políticas públicas judicializadas os quatro casos que abordaram a tutela de animais domésticos (70053319976, 70057341067, 70047650627 e 70050136134). Em meio às ponderações que resultaram ora na separação de poderes, ora na formulação completa da política pública, faltou aos magistrados se questionarem de que forma os problemas se inseriam na agenda de cada poder público municipal, isto é, como se poderia justificar o argumento de princípio que sustentaria a decisão. Além disso, a violação da integridade e da coerência pode ser identificada no conteúdo atribuído pelas decisões à separação de poderes, que em um caso impediu o Judiciário de determinar o cumprimento da lei<sup>370</sup> municipal e, em outro, não representou óbice

<sup>368</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 582.

<sup>369</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 566-567.

<sup>370</sup> É de se concordar com Streck no sentido de que “aplicar uma lei também – e fundamentalmente – é um exercício de democracia; é um dos seus melhores exemplos, inclusive.” STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 619. Ao deixar de

para a criação de um cargo público – mesmo diante da regra estabelecida no art. 61, §1º, II, *a*, da Constituição da República, além de outras oito prestações fáticas estabelecidas pelo juiz. Talvez o déficit de fundamentação seja decorrente de uma deficiente compreensão acerca do que significa fundamentar as decisões, direito fundamental do cidadão que não é cumprido com a mera menção do dispositivo legal ou do princípio que se quer aplicar.

Os casos analisados são suficientes para demonstrar que os resultados antagônicos injustificados se apresentam porque a abstração das decisões proferidas não permitiu o resgate da facticidade que seria viabilizado pela aplicação conjunta das regras e princípios. Reitera-se que, em abstrato, tudo pode acontecer e qualquer resultado, em tese, é admissível, pois ausente a concretude que irá dar significado aos textos e a resposta certa aos problemas. Os casos concretos são, pois, a mais bela prova que se pode apresentar para pedir integridade e coerência nas decisões judiciais.

---

aplicar a lei, o magistrado deveria fundamentar a decisão em uma das seis justificativas: (i) inconstitucionalidade; (ii) resolução de antinomias conforme os critérios cronológico, da especialidade e da hierarquia; (iii) interpretação conforme a Constituição; (iv) nulidade parcial sem redução de texto; (v) declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto; (vi) incompatibilidade com o princípio que sustentaria a regra para o caso concreto. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 347-348.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se o dito sempre carrega consigo o não dito, a pretensão do primeiro capítulo deste trabalho foi descrever o que é defendido pelos autores que integram o que se pode chamar de doutrina brasileira do controle judicial de políticas públicas. Sobraram motivos para incentivar o juiz a exercer o referido controle, consoante se viu no primeiro subcapítulo. Entende-se que todos os argumentos lá elencados conformam uma dimensão de adequação segundo a qual não se sustenta uma abordagem que afaste qualquer intervenção judicial nas políticas públicas, ou mesmo que advogue que somente seria admitido um controle meramente procedimental, diante da impossibilidade de ajuste com a normatividade constitucional e a jurisdição constitucional cuja função principal é assegurar a força normativa da Constituição material.

Imperativo, portanto, desvelar o que não ficava claro nas propostas que efusivamente defendem o controle judicial, buscando, inclusive, uma proposição legislativa acerca do assunto. Entende-se que a investigação foi capaz de denunciar as inconsistências no discurso da legitimidade a partir de sua dependência da discricionariedade judicial.

A judicialização de políticas públicas não é o problema. Pode ser fruto de uma série de decisões judiciais ou legislativas inadequadas ou de problemas políticos temporários. O problema está na resposta que é dada à judicialização, razão pela qual Dworkin acertou quando lembrou os riscos de tirania que o ativismo judicial envolve. Essa deve ser a preocupação da teoria do Direito: impedir e denunciar o ativismo judicial como algo danoso *in re ipsa*. Sequer é necessário indagar as consequências concretas de cada decisão, pois toda vez que uma decisão judicial desborda do Direito para determinar-se segundo as convicções pessoais do julgador é perpetrado um dano ao Direito e à sua autonomia. O positivismo jurídico representa, atualmente, um paradoxo no imaginário jurídico brasileiro. Isso porque, ao mesmo tempo em que é incompreendido – vale lembrar as constantes críticas ao exegetismo, olvidando-se de sua superação pelo positivismo normativista –, infiltra-se de maneira generalizada na cultura jurídica de nossa sociedade ao ponto de que falar em respostas certas para problemas jurídicos cause enorme estranhamento aos acadêmicos e profissionais do Direito. Contrariamente a isso, tem-se, como produto dessa incompreensão, sustentado que o Direito é uma questão de interpretação, e que cada intérprete faz a sua interpretação, como se fosse possível dizer *qualquer coisa sobre qualquer coisa*. Na verdade, é isso o que boa parte da sociedade pensa do Direito.

Para mudar essa visão, que é, vale ressaltar, catastrófica a respeito do Direito, há que se combater o paradigma jurídico que sustenta a discricionariedade judicial. De fato, Direito é interpretação. Mas não é, não deve ser e não pode ser discricionariedade, arbitrariedade, vontade e livre convicção do juiz, como se as proposições jurídicas se submetessem à sua consciência.

O Direito, a partir do paradigma pós-positivista e do Estado Democrático, é a constante busca pela legitimidade que somente se alcança mediante uma decisão correta e não discricionária. Estabelecida e aceita essa premente ruptura paradigmática, saltam aos olhos as inegáveis relações com os paradigmas filosóficos. O positivismo apresenta(va)-se imbricado com a filosofia da consciência; o pós-positivismo precisa absorver a revolução proporcionada pela invasão da filosofia pela linguagem de forma que o paradigma intersubjetivo supere o esquema sujeito-objeto.

Como se viu, o conceito interpretativo que corresponde à visão dworkiniana do Direito é compatível com a revolução que o giro ontológico-linguístico provocou no âmbito da filosofia. Inumando a filosofia da consciência e o positivismo jurídico, a construção da resposta correta no paradigma pós-positivista depende da identificação do argumento de princípio universalizável que sustentará a decisão; do respeito à coerência na forma do romance em cadeia; de atender à integridade para que se apresente a melhor justificativa do Direito como um todo – uma comunidade de princípios – que deve ser explicado a partir da parte, mas também que deve encontrar o seu fundamento no todo, em uma compreensão circular que demonstre a realização da integridade.

Tudo isso deve ser demonstrado no plano apofântico, deixando explícitas as condições a partir das quais se compreendeu e as razões pelas quais a interpretação que se propõe supera qualquer outra forma de justificção da teoria jurídica como um todo, isto é, se a proposta de interpretação é a que apresenta o Direito na sua melhor luz, o que constitui parte essencial da fundamentação das decisões judiciais, meio indispensável para garantir o direito fundamental à resposta adequada à Constituição.

O problema do controle judicial de políticas públicas vinculadas ao direito fundamental ao meio ambiente parte do pressuposto de que se quer viver num Estado compromissado com a garantia do equilíbrio ecológico ambiental, verdadeiro requisito para a sobrevivência digna das presentes e futuras gerações. Talvez essa seja a principal promessa que é feita constitucionalmente para assegurar a dignidade humana. Os limites do Estado Socioambiental devem ser problematizados na decisão, que não pode jamais se insular no mundo jurídico como se as “questões de fato” fossem de somenos importância, a par de

representarem uma cisão metafísica, como se o Direito existisse independentemente do mundo vivido. E a realidade dá conta de um mundo com sérias limitações, destacando-se, dentre elas, a escassez de recursos. Para responder aos questionamentos que disso decorrem, Dworkin propõe uma interessante contribuição para a análise do consequencialismo de forma que auxilie a identificação e justificação dos direitos que as pessoas têm, ao mesmo tempo em que não represente a ameaça à autonomia do Direito que os raciocínios teleológicos trazem quando não submetidos a essa filtragem constitucional.

Não há, portanto, um método que deva obrigatoriamente garantir a legitimidade da interpretação, exatamente porque não é com o procedimento (que em regra admite múltiplas respostas) que se consegue a legitimação, haja vista que esta se encontra na própria substância da resposta. Por isso é que, lembrando uma crítica que Dworkin faz a Richard Posner, não há que se afastar da verdade quando é ela mesma que nos preocupa.

Eis a responsabilidade do intérprete: demonstrar que a sua decisão é a que apresenta os direitos da melhor forma de acordo com as exigências dos padrões impostos pela comunidade de princípios e pelo conjunto de decisões legislativas e judiciais que se deve unir a partir da coerência. Essa resposta somente se pode dar no caso concreto, pois texto é evento, e os resultados da interpretação não estão prontos anteriormente aos fatos. Por isso que, mormente quando se cuida de políticas públicas, a tarefa do hermenauta dificilmente prescindirá da reconstrução institucional dos direitos para análise das consequências que determinam seu âmbito de proteção, bem como da prestação específica que corresponde à política pública sujeita ao controle judicial.

Essas considerações não carregam nenhuma pretensão de serem definitivas, pois, além de estarem, evidentemente, sujeitas a erros de toda a ordem, são escritas sob a advertência de que a hermenêutica não pretende ter a última palavra. Na mesma linha, o direito como conceito interpretativo não será responsável pela última interpretação definitiva, pois até mesmo o conceito de interpretação se insere nessa tarefa.

Entretanto, pretende-se que a leitura que se faz da teoria dworkiniana para a realidade do cenário jurídico brasileiro seja capaz de proporcionar valiosas contribuições para a teoria do Direito. Tendo em vista que este trabalho é resultado de uma interpretação, escuda-se no próprio Dworkin para levá-la a cabo, pois, quando relacionou a interpretação do Direito com a literatura, disse o jusfilósofo que qualquer descrição de uma intenção do autor inclui, também, a vontade de criar um texto independente de suas intenções.

A teoria da decisão cumpre seu papel não quando é imposta aos juízes como modelo obrigatório de julgamento, e sim muito antes, quando já serve como lente privilegiada para identificar decisões erradas, arbitrárias e discricionárias.

É preciso levar o Direito a sério, e isso traz uma série de consequências. É fundamental, de início, levar o texto a sério, deixando que ele, em primeiro lugar, diga algo ao intérprete, para, em seguida, ouvida a voz da tradição, explicitar o que se compreendeu por meio da argumentação, julgando o argumento de princípio que sustenta a decisão, demonstrando a sua coerência com as decisões anteriores – ou as razões que justificam afastar-se de outros precedentes –, além de fundamentar o julgamento na integridade do sistema jurídico, obrigando-se aos padrões determinados pela comunidade de princípios. A integridade será ao mesmo tempo produto e fonte de inspiração da interpretação. A resposta a que se chega será antidiscricionária e legítima; provavelmente, será também a resposta correta.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014.

ANTONIO, N. M. L. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas como Controle de Constitucionalidade e seus Limites. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2007.

ARANHA, M. D. C. C.; PINTO, F. C. S. Judicialização da Saúde e o Fornecimento de Medicamentos Não Registrados pela Anvisa. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 96, p. 139-153, nov./dez. 2014.

ÁVILA, Humberto. “NEOCONSTITUCIONALISMO”: ENTRE A “CIÊNCIA DO DIREITO” E O “DIREITO DA CIÊNCIA”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em 07 de dezembro de 2015.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BADIN, Arthur Sanchez. *Controle Judicial das Políticas Públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. São Paulo: Malheiros, 2013.

BALESTERO, Gabriela Soares. Direitos Fundamentais e Reserva do Possível: a judicialização da saúde. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 46, p. 137-160, out./dez. 2011.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Epistemologia das Ciências Culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARBOZA, E. M. de Q.; KOZICKI, K. Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 59-85, jan./jun. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 01-42, abr./jun. 2005.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BOHRER, C. C. F. (et. al.). *Congresso De Direito Municipal, A Federação E As Políticas Públicas Em Debate - Oficinas*, Obra coletiva produzida com os trabalhos apresentados no Congresso. Porto Alegre: ESDM, 2007.

BÖLTER, Serli Genz; NAUJORKS, Carlos José. Movimento Ambientalista: novos movimentos sociais e judicialização dos conflitos ambientais. *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, Caxias do Sul, v. 1, n. 2, p. 111-129, jul./dez. 2011.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. O Direito à Saúde e os “Limites” do Estado Social: medicamentos, políticas públicas e judicialização. *Novos Estudos Jurídicos - NEJ*, Itajaí, v. 12, n. 2, p. 251-266, jul./dez. 2007.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. O Estado e seus Limites: reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues et al. *Constituição e Estado Social*: os obstáculos à concretização da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; BRUM, Guilherme Valle. *Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional*: entre direitos, deveres e desejos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

BORGES, Alice Gonzales. Reflexões Sobre a Judicialização de Políticas Públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, abr./jun. 2009.

BURGOS, M. B.; SALLES, P. M.; VIANNA, L. W. Dezessete Anos de Judicialização da Política. *Tempo Social*, Revista de Sociologia da USP, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, nov. 2007.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. Atividade Jurisdicional, Políticas Públicas e Orçamento. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues et al. *Constituição e Estado Social*: os obstáculos à concretização da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRUM, Guilherme Valle. *Uma Teoria para o Controle Judicial de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O Conceito de Política Pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). *Políticas Públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BURGO, Vitor. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; STRECK, L. L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. (Org.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CORTEZ, Luís Francisco Aguiar. Outros Limites ao Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CUNHA JR. Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade Administrativa em Matéria de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas Públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012.

DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ETGES, Filipe Madsen. Justiciabilidade das Políticas Públicas: desafios e possibilidades. *Revista de Estudos Legislativos*, Porto Alegre, ano 4, n. 4, p. 125-158, 2010.

FACCINI NETO, Orlando. *Elementos de uma Teoria da Decisão Judicial: hermenêutica, Constituição e respostas corretas em Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005.

FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito Constitucional Ambiental*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo Wolfgang. Estado Socioambiental e Mínimo Existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas Constitucionais Programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FUHRMANN, Italo Roberto. *“Judicialização” dos Direitos Sociais e o Direito à Saúde: por uma reconstrução do objeto do direito à saúde no direito brasileiro*. Brasília: Consulex, 2014.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Direito Fundamental ao Ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GOMES, Eduardo Biacchi; ROSSI, Amélia Sampaio. Neoconstitucionalismo e a (Re)Significação dos Direitos Humanos Fundamentais. *Revista da AJURIS*, v. 41, n. 133, março 2014.

GRAJALES, A. A; NEGRI, N. J. Ronald Myles Dworkin e as Teorias da Argumentação Jurídica (*in memoriam*). *Revista de Processo*, v. 232, p. 425-446, jun./2014.

GRAU, Eros Roberto. *Por Que Tenho Medo dos Juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 6. ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2011.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Co., 1999.

JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A “Reserva do Possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

JAQUES, Marcelo Dias; KRAUSE, Priscila Tahisa. A Judicialização da Saúde no Estado do Rio Grande do Sul e o Princípio da Separação dos Poderes. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, Porto Alegre, v. 34, n. 72, p. 73-105, jul./dez. 2013.

KELLER, Arno Arnoldo. *O Descumprimento dos Direitos Sociais: razões políticas, econômicas e jurídicas*. São Paulo: LTr, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LAGE, Livia Regina Savernini Bissoli. Políticas Públicas como Programas e Ações para o Atingimento dos Objetivos Fundamentais do Estado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

LEDUR, Mariana Leão; LIMBERGER, Têmis. Saneamento: política pública preventiva em saúde coletiva. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 14, n. 76, p. 203-221, nov./dez. 2012.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria Geral do Direito Ambiental*. Tradução de Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da Decisão Judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MACIEL, Larissa Barreto. A Judicialização da Política e o Papel do STF no Estado Democrático de Direito. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, ano 39, n. 126, p.113-132, jun. 2012.

MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). *Jurisdição e Processo: reformas processuais, ordinarização e racionalismo*. Curitiba: Juruá, 2009.

MARIN, Jeferson Dytz. *Crise da Jurisdição e Decisionismo em Alexy: prisioneiros da liberdade*. Curitiba: Juruá, 2015.

MATIAS, João Luis Nogueira (Coord). *Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2009.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a Construção de uma Teoria Hermeneuticamente Adequada da Decisão Jurídica Democrática*. 2014. 291 f. Tese (Doutorado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo. 2014.

NASCIMENTO, Valéria Ribas. Fragmentações da Crise Política e do Direito Ambiental: a banalização do mal e o resgate democrático na jurisdição constitucional dos Estados globalizados. *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, Caxias do Sul, v. 1, n. 1, p. 165-184, jan./jun. 2011.

NOGUEIRA, Alécio Silveira. *Direito e Linguagem: o processo interpretativo jurídico sob uma perspectiva semiótica*. Curitiba: Juruá, 2013.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. In: *Sua Excelência o Comissário e Outros Ensaio de Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues et al. *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. O Controle Judicial das Políticas Públicas por Meio do Mandado de Injunção, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: contornos e perspectivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PASSOS, Daniel Silva. *Intervenção Judicial nas Políticas Públicas: o problema da legitimidade*. São Paulo: Saraiva, 2014.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. Parâmetros para uma decisão racional em casos de judicialização de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 41, p. 91-105, abr./jun. 2013.

PEREIRA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PIVA, Rui Carvalho. *Bem Ambiental*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PROCOPIUCK, Mario. *Políticas Públicas e Fundamentos da Administração Pública: avaliação, governança e redes de políticas, administração judiciária*. São Paulo: Atlas, 2013.

RODRIGUES, Sandra Martinho. *A Interpretação Jurídica no Pensamento de Ronald Dworkin: uma abordagem*. Coimbra: Almedina, 2005.

SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário Ultrapassa seus Limites Constitucionais e Institucionais: o caso da saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini;

WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Arena Pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SANT'ANNA, Lara Freire Bezerra de. O panorama da judicialização das políticas públicas e seus reflexos na esfera democrática. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 38, p. 35-64, jul./set. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL; BRASIL; PROJETO PENSANDO O DIREITO. *As resoluções do CONAMA no âmbito do estado socioambiental brasileiro*. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2009.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Apontamentos sobre a Teoria do Neoconstitucionalismo e sua Influência no Controle de Constitucionalidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 397, ano 104, p. 619-632, maio/jun. 2008.

SCHULZE, Clenio Jair. A Teoria da Decisão Judicial em Ronald Dworkin. *Revista da AJURIS*, v. 39, n. 128, dez./2012.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. Neoconstitucionalismo. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo: RIASP*, v. 15, n. 29, p. 161-185, jan./jun. 2012.

SOUZA, Rafael Ramos Monteiro de. Luzes sobre Têmis: a motivação como imperativo ético e legitimador do juiz. *Revista da AGU*, Brasília, ano X, n. 29, p. 7-36, jul./set. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Bases Para a Compreensão da Hermenêutica Jurídica em Tempos de Superação do Esquema Sujeito-Objeto. *Revista Sequência*, n. 54, p. 29-46, jul. 2007.

STRECK, Lenio. *Compreender Direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. vol. 1.

STRECK, Lenio Luiz. Constituição e Hermenêutica em Países Periféricos. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues et al. *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 215.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica (e)m Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. O Papel da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Sociais-Fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *O Que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Uma Leitura Hermenêutica das Características do Neoconstitucionalismo. *Revista da AJURIS*, v. 40, n. 132, p. 185-208, dez. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

VIANNA, Luiz Werneck et. al. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

XIMENES, Julia Maurmann. Uma Proposta de Matriz de Análise para a Pesquisa sobre a Judicialização dos Direitos Sociais. *Revista Direito Público*, v. 11, n. 60, p. 222-237, nov./dez. 2014.

ZANETI JR, Hermes. A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ZUFELATO, Camilo. Controle Judicial de Políticas Públicas Mediante Ações Coletivas e Individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

## ANEXO I

### PROJETO DE LEI Nº , DE 2014 (Do Sr. Paulo Teixeira)

Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. Esta lei institui o processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências.

#### CAPÍTULO I DOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Art. 2º. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário rege-se pelos seguintes princípios, sem prejuízo de outros que assegurem o gozo de direitos fundamentais sociais:

- I – proporcionalidade;
- II – razoabilidade;
- III – garantia do mínimo existencial;
- IV – justiça social;
- V – atendimento ao bem comum;
- VI – universalidade das políticas públicas;
- VII – equilíbrio orçamentário.

Parágrafo único. O processo especial para controle jurisdicional de políticas públicas, além de obedecer ao rito estabelecido nesta Lei, terá as seguintes características:

- I – estruturais, a fim de facilitar o diálogo institucional entre os Poderes;
- II - policêntricas, indicando a intervenção no contraditório do Poder Público e da sociedade;
- III – dialogais, pela abertura ao diálogo entre o juiz, as partes, os representantes dos demais Poderes e a sociedade;
- IV – de cognição ampla e profunda, de modo a propiciar ao juiz o assessoramento necessário ao pleno conhecimento da realidade fática e jurídica;
- V – colaborativas e participativas, envolvendo a responsabilidade do Poder Público;
- VI – flexíveis quanto ao procedimento, a ser consensualmente adaptado ao caso concreto;
- VII – sujeitas à informação, ao debate e ao controle social, por qualquer meio adequado, processual ou extraprocessual;
- VIII – tendentes às soluções consensuais, construídas e executadas de comum acordo com o Poder Público;
- IX – que adotem, quando necessário, comandos judiciais abertos, flexíveis e progressivos, de modo a consentir soluções justas, equilibradas e exequíveis;
- X – que flexibilizem o cumprimento das decisões;
- XI – que prevejam o adequado acompanhamento do cumprimento das decisões por pessoas físicas ou jurídicas, órgãos ou instituições que atuem sob a supervisão do juiz e em estreito contato com este.

## CAPÍTULO II DA COMPETÊNCIA E DA PETIÇÃO INICIAL

Art. 3º. É competente para o controle judicial de políticas públicas a justiça ordinária, estadual ou federal, por intermédio de ação coletiva proposta por legitimado estabelecido pela legislação pertinente, ressalvadas as hipóteses de cabimento de ações constitucionais.

Parágrafo único. Para a implementação ou correção de política pública é admissível qualquer espécie de ação ou provimento.

Art. 4º. A petição inicial obedecerá aos requisitos previstos no Código de Processo Civil e deverá indicar com precisão a medida necessária para implementação ou correção da política pública, bem como a autoridade responsável por sua efetivação.

Parágrafo único. A petição inicial indicará a pessoa jurídica de direito público à qual pertence a autoridade responsável pela efetivação da política pública, e em razão desta será determinada a competência.

Art. 5º. Se a autoridade se der por incompetente, deverá declinar a que entender competente, que será igualmente notificada para a fase preliminar, de acordo com o disposto no art. 6º.

## CAPÍTULO III DA FASE PRELIMINAR

Art. 6º. Estando em ordem a petição inicial, o juiz a receberá e notificará o órgão do Ministério Público e a autoridade responsável pela efetivação da política pública, para que esta preste, pessoalmente e no prazo de sessenta dias, prorrogável por igual período, informações detalhadas que deverão contemplar os seguintes dados da política pública objeto do pedido, os quais constarão do mandado:

I – o planejamento e a execução existentes;

II – os recursos financeiros previstos no orçamento para sua implementação;

III – a previsão de recursos necessários a sua implementação ou correção;

IV – em caso de insuficiência de recursos, a possibilidade de transposição de verbas;

IV – o cronograma necessário ao eventual atendimento do pedido.

Art. 7º. Se o pedido envolver o mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada, o juiz poderá antecipar a tutela, nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil, estando nessa hipótese dispensadas as informações a respeito dos incisos II, III e IV do artigo 6º.

Parágrafo único. Considera-se mínimo existencial, para efeito desta lei, o núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição Federal, em relação ao específico direito fundamental invocado, destinado a assegurar a dignidade humana.

Art. 8º. Se não prestadas as informações indicadas no caput, o juiz aplicará à autoridade responsável as sanções previstas no Código de Processo Civil, podendo convocá-la pessoalmente para comparecer a juízo.

§ 1º Na prestação de informações, a autoridade responsável pela execução da política pública poderá servir-se de assessores técnicos especializados.

§ 2º O juiz poderá utilizar técnicos especializados para assessorá-lo na análise das informações, sem prejuízo de consulta a órgãos e instituições do ramo (parágrafo único do art. 28).

Art. 9º. Se considerar as informações insuficientes, o juiz, de ofício ou a requerimento do autor ou do Ministério Público, quando este não for autor, poderá solicitar esclarecimentos e

informações suplementares, a serem prestadas em prazo razoável, fixado pelo juiz, bem como designar audiências, em contraditório pleno, inclusive com a presença dos técnicos envolvidos, para os mesmos fins.

Art. 10. Caso tenha por esclarecidas as questões suscitadas na fase preliminar, o juiz poderá designar audiências públicas, convocando representantes da sociedade civil e de instituições e órgãos especializados.

Parágrafo único. Admite-se na fase preliminar e no processo judicial a intervenção de amicus curiae, pessoa física ou jurídica, que poderá manifestar-se por escrito ou oralmente.

#### CAPÍTULO IV DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Art. 11. As partes poderão, de comum acordo, submeter o conflito ao juízo arbitral, observado o disposto na legislação em vigor ou à mediação ou conciliação judiciais ou extrajudiciais.

§ 1º A qualquer tempo e em qualquer fase e grau do processo, a autoridade judiciária poderá propor às partes que se submetam à mediação ou conciliação, conduzidas por mediadores e conciliadores devidamente capacitados, nos termos da legislação em vigor.

§ 2º A audiência de mediação ou conciliação será obrigatória quando se tratar de direito passível de transação.

§ 3º A remuneração dos mediadores e conciliadores e seus direitos e obrigações serão regidos pela legislação em vigor.

Art. 12. A qualquer momento as partes poderão transigir sobre o cumprimento da obrigação, sua modalidade e seus prazos, ouvido o Ministério Público ou o Defensor Público, conforme o caso.

Parágrafo único. A transação, homologada pelo juiz, terá efeito de título executivo judicial e, assinada pelos transatores e pelo Ministério Público, de título executivo extrajudicial.

Art. 13. O Ministério Público ou outros órgãos públicos legitimados às ações coletivas poderão tomar da Administração ou do ente privado termo de ajustamento de conduta sobre o cumprimento da obrigação, sua modalidade e seus prazos, que, em caso de existência de processo, somente terá eficácia após manifestação do autor.

Parágrafo único. O termo de ajustamento de conduta terá natureza jurídica de transação, submetendo-se à regra do parágrafo único do art. 12.

#### CAPÍTULO V DO PROCESSO JUDICIAL

Art. 14. Não havendo acordo, o juiz examinará, em juízo de admissibilidade, a razoabilidade do pedido e da atuação da Administração, podendo extinguir o processo com resolução do mérito ou determinar a citação do representante judicial da autoridade competente para apresentar resposta.

Parágrafo único. Extinto o processo, serão intimados da sentença o autor, a autoridade responsável e a pessoa jurídica de direito público a que esta pertence.

Art. 15. Determinada a citação, a autoridade responsável pela política pública continuará vinculada ao processo, inclusive para os fins do disposto no artigo 21.

Art. 16. Todos os elementos probatórios colhidos na fase preliminar, em contraditório, serão aproveitados no processo judicial, devendo o juiz privilegiar o julgamento antecipado da lide sempre que possível.

Art. 17. O prazo para contestar será de 30 (trinta) dias, sem outros benefícios de prazo para a Fazenda Pública, observando o processo, no que couber, o rito ordinário previsto no Código de Processo Civil, com as modificações com que o juiz e as partes concordarem, para melhor

adequação ao objeto da demanda.

Art. 18. Se for o caso, na decisão o juiz poderá determinar, independentemente de pedido do autor, o cumprimento de obrigações de fazer sucessivas, abertas e flexíveis, que poderão consistir, exemplificativamente, em:

I – determinar ao ente público responsável pelo cumprimento da sentença ou da decisão antecipatória a apresentação do planejamento necessário à implementação ou correção da política pública objeto da demanda, instruído com o respectivo cronograma, que será objeto de debate entre o juiz, o ente público, o autor e, quando possível e adequado, representantes da sociedade civil.

II – determinar ao Poder Público que inclua créditos adicionais especiais no orçamento do ano em curso ou determinada verba no orçamento futuro, com a obrigação de aplicar efetivamente as verbas na implementação ou correção da política pública requerida.

§ 1º O juiz definirá prazo para apresentação do planejamento previsto no inciso I de acordo com a complexidade da causa.

§ 2º O planejamento será objeto de debate entre o juiz, o ente público, o autor, o Ministério Público e, quando possível e adequado, representantes da sociedade civil.

§ 3º Homologada a proposta de planejamento, a execução do projeto será periodicamente avaliada pelo juiz, com a participação das partes e do Ministério Público e, caso se revelar inadequada, deverá ser revista nos moldes definidos no parágrafo 2º.

Art. 19. Para o efetivo cumprimento da sentença ou da decisão de antecipação da tutela, o juiz poderá nomear comissário, pertencente ou não ao Poder Público, que também poderá ser instituição ou pessoa jurídica, para a implementação e acompanhamento das medidas necessárias à satisfação das obrigações, informando ao juiz, que poderá lhe solicitar quaisquer providências.

Parágrafo único. Os honorários do comissário serão fixados pelo juiz e custeados pelo ente público responsável pelo cumprimento da sentença ou da decisão de antecipação da tutela.

Art. 20. O juiz, de ofício ou a requerimento das partes, poderá alterar a decisão na fase de execução, ajustando-a às peculiaridades do caso concreto, inclusive na hipótese de o ente público promover políticas públicas que se afigurem mais adequadas do que as determinadas na decisão, ou se esta se revelar inadequada ou ineficaz para o atendimento do direito que constitui o núcleo da política pública deficiente.

Art. 21. Se a autoridade responsável não cumprir as obrigações determinadas na sentença ou na decisão de antecipação de tutela, o juiz poderá aplicar as medidas coercitivas previstas no Código de Processo Civil, inclusive multa periódica de responsabilidade solidária do ente público descumpridor e da autoridade responsável, devida a partir da intimação pessoal para o cumprimento da decisão, sem prejuízo da responsabilização por ato de improbidade administrativa ou das sanções cominadas aos crimes de responsabilidade ou de desobediência, bem como da intervenção da União no Estado ou do Estado no Município.

Art. 22. Quando o controle da política pública não for objeto específico da ação, mas questão individual ou coletiva suscitada no processo, o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, poderá instaurar incidente que obedecerá ao disposto nos artigos 18 a 22.

## CAPÍTULO VI DA REUNIÃO DOS PROCESSOS EM PRIMEIRO GRAU

Art. 23. Quando vários processos versando sobre pedidos, diretos ou indiretos, de implementação ou correção de políticas públicas relativas ao mesmo ente político tramitarem em diversos juízos, as causas serão reunidas, independentemente de conexão, para julgamento conjunto, a fim de o juiz dispor de todos os elementos necessários para uma decisão equitativa e exequível.

Parágrafo único. Aplica-se à reunião de processos a regra de prevenção do Código de Processo Civil.

## CAPÍTULO VII DAS RELAÇÕES ENTRE MAGISTRADOS

Art. 24. Os tribunais promoverão encontros periódicos, presenciais ou por videoconferência, com os juízes competentes para o processamento e julgamento de ações que visem, direta ou indiretamente, ao controle jurisdicional de políticas públicas, destinados ao conhecimento e possível harmonização de entendimentos sobre a matéria.

Parágrafo único. Sem prejuízo da providência mencionada no caput, os tribunais fomentarão reuniões regionais com o mesmo objetivo, com periodicidade adequada.

## CAPÍTULO VIII DA REUNIÃO DE PROCESSOS EM GRAU DE RECURSO

Art. 25. Quando o tribunal receber diversos recursos em processos que objetivem o controle judicial de políticas públicas relativamente ao mesmo ente político, e que poderão comprometer o mesmo orçamento, os processos de competência do tribunal pleno ou do respectivo órgão especial serão reunidos para julgamento conjunto, objetivando-se a prolação de uma decisão equânime e exequível.

## CAPÍTULO IX DOS CADASTROS NACIONAIS

Art. 26. O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o Cadastro Nacional de Processos sobre Políticas Públicas, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com sua existência e estado.

§ 1º Os órgãos judiciários aos quais forem distribuídos processos envolvendo controle de políticas públicas remeterão cópia da petição inicial, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional do Conselho Nacional de Justiça, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 2º No prazo de 90 (noventa) dias, contado da publicação da presente lei, o Conselho Nacional de Justiça editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional e os meios adequados para viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado por meio da rede mundial de computadores.

§ 3º O regulamento previsto no § 2º disciplinará a forma pela qual os juízos comunicarão a existência de processos objetivando o controle de políticas públicas e os atos processuais mais relevantes sobre o seu andamento, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença, o trânsito em julgado, a interposição de recursos e a execução.

Art. 27. O Conselho Nacional do Ministério Público organizará e manterá o Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário, os co-legitimados e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas à abertura do inquérito e à existência do compromisso.

§ 1º Os órgãos legitimados que tiverem tomado compromissos de ajustamento de conduta remeterão cópia ao Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta, preferencialmente por meio eletrônico, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 2º No prazo de 90 (noventa) dias, a contar da publicação da presente lei, o Conselho Nacional do Ministério Público editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do

Cadastro Nacional de Inquiridos Civis e Compromissos de Ajustamento de Conduta, incluindo a forma de comunicação e os meios adequados para viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado.

## CAPÍTULO X DAS AÇÕES INDIVIDUAIS

Art. 28. Na hipótese de ações que objetivem a tutela de direitos subjetivos individuais cuja solução possa interferir nas políticas públicas de determinado setor, o juiz somente poderá conceder a tutela na hipótese de se tratar do mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de forma completa e acabada, nos termos do disposto no parágrafo 1º do art. 7º, e se houver razoabilidade do pedido e irrazoabilidade da conduta da Administração.

Parágrafo único. Cada circunscrição judiciária organizará e manterá comissão de especialistas destinada a assessorar o magistrado nos diversos setores de políticas públicas, fornecendo dados e informações que o auxiliem em sua decisão.

Art. 29. Na hipótese prevista no artigo 28, o juiz notificará o Ministério Público e outros legitimados às ações coletivas para, querendo, ajuizar o processo coletivo versando sobre a implementação ou correção da política pública, o qual observará as disposições desta lei.

Art. 30. Atendido o requisito da relevância social e ouvido o Ministério Público, o juiz poderá converter em coletiva a ação individual que:

I - tenha efeitos coletivos, em razão da tutela de bem jurídico coletivo e indivisível, cuja ofensa afete ao mesmo tempo as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade;

II – tenha por escopo a solução de conflitos de interesses relativos a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução deva ser uniforme, por sua natureza ou por disposição de lei, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo e padrão de conduta consistente e unitária para a parte contrária.

§ 1º Determinada a conversão, o autor manterá a condição de legitimado para a ação em litisconsórcio necessário com o Ministério Público ou outro co-legitimado para a ação coletiva.

§ 2º O Ministério Público ou outro legitimado poderão aditar ou emendar a petição inicial para adequá-la à tutela coletiva, no prazo a ser fixado pelo juiz.

§ 3º Se nenhum dos co-legitimados aditar ou emendar a petição inicial, o juiz encaminhará os autos ao Conselho Superior do Ministério Público para que indique membro da instituição para fazê-lo.

§ 4º A coisa julgada terá efeito erga omnes, nos termos do disposto nos arts. 103 e 104 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

§ 5º O Ministério Público atuará como fiscal da ordem jurídica se não intervier como parte.

## CAPÍTULO XI DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 31. No prazo de 120 (cento e vinte) dias, contado a partir da entrada em vigor desta lei, os tribunais federais criarão, e os estaduais poderão criar varas especializadas para o processamento e julgamento de ações que visem, direta ou indiretamente, ao controle jurisdicional de políticas públicas.

Art. 32. As disposições desta lei aplicam-se às fases e atos ainda não concluídos dos processos em curso.

Art. 33. Esta lei entrará em vigor no prazo de 90 dias contado da data de sua publicação.

## JUSTIFICAÇÃO

O controle jurisdicional de políticas públicas é uma realidade presente no dia-a-dia dos tribunais brasileiros. Embora a doutrina e a jurisprudência, sobretudo do STF, tenham se debruçado sobre a questão, fixando limites ao próprio controle e construindo princípios a respeito da matéria, ainda remanescem dúvidas e, frequentemente, o juiz enfrenta dificuldades concretas para decidir assuntos tão relevantes. São dificuldades oriundas da falta de informações e de dados, da falta de assessoria, da falta de contatos com a própria Administração encarregada da implementação da política pública, com os demais juízes, com os tribunais; dificuldades de ordem orçamentária, dificuldades oriundas da multiplicidade de ações individuais que vão inevitavelmente incidir sobre as políticas públicas. É preciso fixar parâmetros seguros para o juiz e para as partes e é preciso, principalmente, criar um novo processo, de cognição e contraditório ampliados, de natureza dialogal e colaborativa, com ampla intervenção do Poder Público e da sociedade, ou seja, um novo processo adequado à tutela jurisdicional dos chamados conflitos de ordem pública. Somente assim a intervenção judicial em políticas públicas não criará problemas insolúveis para a Administração e para a população, como tem ocorrido, e o juiz poderá decidir com equilíbrio e justiça após conhecer todos os dados da questão que está em jogo, sem se substituir ao administrador. E deverá acompanhar a execução que, por sua vez, há de ser flexível para a efetividade do comando judicial. Para auxiliá-lo no cumprimento da sentença está prevista a figura de uma pessoa ou ente colaborador, cuja denominação – comissário – foi inspirada na prevista nos arts. 21 e 114, § 3º, “d” do Código de Processo Administrativo italiano. Função semelhante também existe no ordenamento norte-americano. É com tal finalidade que se propõe o presente projeto de lei, resultado de trabalho coletivo empreendido inicialmente pelo CEBEPEJ - Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, ora presidido pela Professora Ada Pellegrini Grinover, que sucedeu a seu criador, Professor Kazuo Watanabe. Pesquisadores do CEBEPEJ analisaram, em todos os seus aspectos, a problemática do controle jurisdicional de políticas públicas, apresentando seus trabalhos em seminário aberto ao público, realizado pelo CEBEPEJ e pelo Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP, em 14 e 15 de abril de 2010. O Seminário apresentou conclusões, traçando as linhas gerais de um projeto de lei sobre controle jurisdicional de políticas públicas. Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe encarregaram-se da primeira versão do projeto, que foi depois aperfeiçoado pelos pesquisadores do CEBEPEJ e pelos alunos e professores do mestrado da FDV - Faculdade de Direito de Vitória, na disciplina “Controle Jurisdicional de Políticas Públicas”. Posteriormente, a última versão do projeto foi debatida por grupos de trabalho durante o 2º Seminário sobre controle jurisdicional de políticas públicas, realizado pelo CEBEPEJ-IBEA/RJ - Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP em 3 de outubro de 2011. As propostas de modificação foram incorporadas ao projeto, cuja nova versão ainda foi examinada pelos alunos de mestrado/doutorado da disciplina “Políticas Públicas” ministrada na USP (com a colaboração de Paulo Lucon) e da mesma disciplina de doutorado da Universidad Lomas de Zamora, em Buenos Aires. Apresentado a debate público na AASP de São Paulo no decorrer de 2012, com a participação de magistrados, membros do Ministério Público, defensores públicos e advogados públicos e privados, o projeto incorporou outras sugestões. Foi também debatido na Universidade de Itaúna, onde é ministrada a disciplina “Controle Jurisdicional de Políticas Públicas”, em nível de mestrado. E, finalmente, foi exposto e debatido mais uma vez em 2013 em seminário conjunto do CEBEPEJ e do IASP, na presença de especialistas argentinos e do Deputado Paulo Teixeira. Mais recentemente, foram incorporadas ao projeto as últimas experiências de tribunais da Argentina, da Colômbia e dos Estados Unidos da América, que indicam o caminho a ser seguido pelo Poder Judiciário, em estreito contato com o Poder Público, para a construção do

consenso ou a formulação de comandos flexíveis e exequíveis, que permitam o controle da constitucionalidade e a intervenção em políticas públicas, evitando que o juiz se substitua ao administrador. É o resultado de todo esse trabalho, iniciado em 2010 e profundamente elaborado e discutido, que se apresenta agora ao Congresso Nacional. Certo de que meus nobres pares reconhecerão a conveniência e oportunidade das medidas legislativas ora propostas, conclamo-os a apoiar a aprovação deste projeto de lei. Sala das Sessões, 2014.  
Deputado PAULO TEIXEIRA