Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

R-e-RE | Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado

Número 41 – março/abril/maio de 2015 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-888

PARÂMETROS PARA UMA DECISÃO RACIONAL EM CASOS DE JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Anderson Sant'Ana Pedra
Doutor em Direito Constitucional (PUC-SP). estre em Direito (FDC-RJ)
Especialista em Direito Público pela Consultime/Cândido Mendes/ES
Professor em pós-graduação de Direito Constitucional e Administrativo
Professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo da FDV/ES
Diretor da Escola Superior da PGEES
Procurador do Estado do Espírito Santo
Advogado.

1 Introdução

Uma Constituição não é forjada para ser descumprida, para ser repetidamente atingida por atos (omissivos ou comissivos) inconstitucionais, para servir de enfeite em um Estado Constitucional Democrático de Direito. Ela é composta por normas impositivas, que devem ser conhecidas, efetivadas e cumpridas por todos – sociedade e Estado.

Na ânsia de se fazer efetivar as normas constitucionais, desenvolveu-se a ideia de que um *constitucionalismo democrático* só se desenvolveria sob a égide de uma *jurisdição constitucional* – o que não se comprova[1].

A Constituição brasileira de 1988 foi pródiga no rol de direitos, e juntamente com inúmeras legislações destinadas à promoção do interesse público e proteção de minorias, o Judiciário tem se tornado cada vez mais o local para a concretização destes direitos, por intermédio, sobretudo, da judicialização de políticas públicas.

Contudo, várias decisões judiciais concernentes a políticas públicas são tomadas a partir de boas ideias/teses, mas que são implementadas de forma

[1] Tal assertiva não será objeto deste estudo. Cf. a respeito: GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. **Revista de direito do estado – RDE**, Rio de Janeiro, ano 6, n. 21, p. 25-44, jan./dez. 2011; MAUS, Ingeborg. Separação de poderes e função judiciária: uma perspectiva teórico democrática. In: _____. **O Judiciário como superego da sociedade**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 187-234.

panfletária, com fundamentos que servem apenas para arrancar aplausos pueris.

Nesse cenário, indaga-se: quais os parâmetros que deve observar o Judiciário numa decisão atinente ao controle de políticas públicas?

A resposta aqui obtida poderá servir para que o Judiciário, doravante, busque trazer uma fundamentação que não apenas convença as partes envolvidas (fundamentação endoprocessual), mas que também convença a sociedade (fundamentação extraprocessual).

2 Necessidade de fundamentação racional

Não se deve olvidar jamais que o direito constitucional é uma ciência jurídica do *Sollen* (dever ser), mas como realidade situada no mundo da cultura, necessita ter conexão com o mundo dos fatos, inexistindo de forma isolada[2].

O crescimento contínuo da importância e das funções do Judiciário e a consequente politização são realidades incontestáveis dos sistemas políticos atuais requer que as decisões do Judiciário sejam revestidas de não apenas *autoridade*, mas também de *legitimidade* e *racionalidade* que devem se apresentar por meio de uma *fundamentação*.

Uma fundamentação (motivação) sólida é condição sem a qual as decisões do Judiciário[3], carecem de legitimidade e de validade, destacando que a exigência de fundamentação das decisões serve como demonstração da racionalidade da decisão.

Pode-se dizer que o parâmetro inicial das decisões do Judiciário no controle de políticas públicas reside, precisamente, na necessidade de *fundamentação* do que foi decidido.

A exigência de *fundamentação* nas decisões do Judiciário é uma das conquistas mais importantes do racionalismo iluminista e democrático da segunda metade do século XVIII, e que está vinculada à própria necessidade de justificação das decisões do Poder Público num regime republicano.

David destaca a necessidade de fundamentação a partir do estilo das decisões do Judiciário:

> Um outro elemento a considerar é o estilo das decisões judiciárias. Estas, atualmente, devem ser sempre motivadas. A obrigação de motivar os julgamentos é, no entanto, recente. Durante muito tempo, concordou-se em ver nos julgamentos um exercício de autoridade, que não tinha de ser justificado. A prática de motivar os julgamentos estabeleceu-se gradualmente na Itália a partir do século XVI e na Alemanha no século XVIII; contudo, só em 1790 na França e em 1879 na Alemanha foi imposta aos juízes uma obrigação geral de motivar as decisões. O princípio de que os julgamentos devem ser motivados está hoje firmemente estabelecido; a própria Constituição o consagra na Itália. Surge aos olhos dos homens do nosso tempo como uma garantia contras as

[2] AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à Constituição**: um atentado ao poder reformador. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 57.

[3] A CRFB dispõe expressamente que todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário, incluindo aí o Supremo Tribunal Federal, devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade (art. 93, IX).

> decisões arbitrárias e, mais ainda, talvez como uma garantia de que as decisões serão maduramente refletidas e conformes ao direito.[4]

A *fundamentação* tem uma serventia *endoprocessual* como controle das razões da decisão e mecanismo de racionalização técnica do processo, mas também tem uma serventia, e talvez a mais importante, *extraprocessual*, já que será a partir da fundamentação que a decisão tornar-se-á compreensível para os integrantes da sociedade, em nome do qual são exercidas todas as funções estatais.

A *fundamentação* das decisões do Judiciário, num viés *extraprocessual*, tem também uma *função democrática*, vez que materializa a relação de concordância entre o Judiciário e o povo em nome do qual são proferidas as suas decisões[5], até porque, como bem leciona Sunstein ao analisar o Direito constitucional norte-americano, "o governo deve sempre possuir uma razão para seus atos", já que se está numa "República das razões".[6]

Além da necessidade de *fundamentação*, a decisão do Judiciário nos casos de controle de políticas públicas deverá vir demonstrada por meio de uma *decisão racional*.

A *fundamentação* das decisões do Judiciário só deve admitir argumentos jurídicos ou de implicações jurídicas, jamais razões de mera oportunidade. Caso contrário, não se estará diante de uma *decisão jurídica* e, nessa medida, o resultado alcançado será ilegítimo, porque se terá promovido uma "metamorfose" na natureza das decisões do Judiciário.[7]

Se a *fundamentação* de um processo legislativo aceita abundantemente argumentos jurídicos e políticos, a *fundamentação* de uma decisão do Judiciário aceita, basicamente, argumentos jurídicos, os demais argumentos não jurídicos, se utilizados, devem ter, necessariamente, implicações jurídicas.

Assim, além da necessidade de *fundamentação*, a decisão pelo Judiciário nos casos de controle de políticas públicas deverá vir demonstrada por meio de uma decisão racional com a observância de alguns parâmetros.

2 Parâmetros para uma decisão racional

Além das decisões do Judiciário terem de ser *fundamentadas*, as mesmas devem ser *racionais*, já que a necessidade de o Judiciário demonstrar a legitimidade da sua decisão aumenta quando se decide políticas públicas, haja vista que tal decisão não está legitimada pela tradicional ideia de separação de poderes, nem por meio simples exercício de subsunção.

A decisão tomada pelo Judiciário nos processo que envolvem o controle de políticas públicas, opera, de certa forma, um processo de "construção do direito". Por estar à luz, em regra, de direitos constitucionais sociais, tem-se um

---

[4] DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3. ed. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 125.
[5] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1274.
[6] SUNSTEIN, Cass R. **A Constituição parcial**. Tradução Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 21.
[7] TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 471-472.

processo interpretativo com alto grau de subjetivismo, mas que não se deve confundir com arbitrariedade[8], vez que tal processo deve se desenvolver mediante um procedimento argumentativo racionalmente controlável e plausível.

Hesse trouxe com propriedade que a tarefa da interpretação constitucional é a de buscar o resultado "constitucionalmente correto", por meio de um procedimento racional e controlável, com fundamentação de idênticos adjetivos, repudiando, assim, um simples decidir por decidir[9], sem esquecer, contudo, de que "no sistema democrático não há, a rigor, a solução única correta – ainda que irrenunciável a procura da melhor interpretação"[10].

O Judiciário não se pode apoiar exclusivamente numa autoridade formal, pois as sociedades atuais exigem mais do que uma decisão oriunda de uma autoridade, mas que também sejam racionais, proporcionando assim o controle social da decisão.

Para Barcellos, "de forma simples, é possível dizer que a racionalidade na esfera das decisões jurídicas está ligada a dois elementos: *i*) a capacidade de demonstrar conexão com o sistema jurídico e *ii*) a racionalidade propriamente dita da argumentação."[11]

Nesse sentido, portanto, a vinculação da decisão ao sistema constitucional vigente é o primeiro elemento da racionalidade. Deve a decisão reconduzir sempre ao sistema constitucional. Ao demonstrar essa vinculação/recondução de forma consistente, a decisão do Judiciário se beneficia da presumida racionalidade do ordenamento jurídico e, sobretudo, da contida em seu epicentro: a Constituição.

Como sabido, a Constituição possui enunciados normativos abertos, a fim de permitir e de assegurar um espaço de liberdade para o antagonismo, o compromisso e o consenso pluralísticos e, nessas circunstâncias, não é suficiente demonstrar a vinculação com o ordenamento jurídico será necessário demonstrar algo mais – a racionalidade propriamente dita da decisão escolhida.

Tem-se então que a decisão adotada pelo Judiciário precisa ser racional e deve conter uma fundamentação constitucionalmente satisfatória a fim de

---

[8] TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 219. Pondera o autor que: "Embora a prática judicial não esteja 'obrigada à reflexão hermenêutica e metódica explícita (MÜLLER, 2000: 53), no sentido de repensar os próprios fundamentos utilizados e debatê-los amplamente, nem por isso se pode fugir de uma exposição mínima, que demonstre uma reflexão e uma escolha consciente não arbitrária [...]. É necessário, no Estado Constitucional de Direito, uma elucidação acerca das razões determinantes da escolha do método, bem como dos elementos utilizados." (Idem. **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo: Método, 2006. p. 79).

[9] HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. 2. ed. Tradução Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, 1992. p. 35. "Não há consenso entre os juristas sobre como melhor interpretar a Constituição, nem tampouco em como solucionar as inúmeras colisões entre seus princípios." (VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 21, p. 331-351, jan./dez. 2011. p.344).

[10] FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional "versus" a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 353. Como bem salienta Atienza, muitas vezes não haverá uma única resposta correta, mas um conjunto de soluções plausíveis e razoáveis. (ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002. p. 40 e segs.).

[11] BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 42-43.

demonstrar que a sua interpretação é a mais acertada. O Judiciário deve, assim, valer-se de soluções interpretativas com argumentação (técnica discursiva) compreensível, coerente e racionalmente sustentável a fim de legitimar suas decisões, buscando sempre o consenso.

Nessa quadra, entende-se *argumentação* como a

> atividade de fornecer razões para a defesa de um ponto de vista, o exercício da justificação de determinada tese ou conclusão. Trata-se de um processo racional e discursivo de demonstração da correção e da justiça da solução proposta, que tem como elementos fundamentais: (i) a linguagem, (ii) as premissas que funcionam como ponto de partida e (iii) regras norteadoras da passagem das premissas à conclusão.[12]

A respeito, leciona Aarnio que o intérprete no âmbito do Direito não pode pretender alcançar um resultado que apenas a ele satisfaça, já que a interpretação jurídica, essencialmente, trata-se de um fenômeno social, devendo então almejar uma aceitabilidade geral.[13] Contudo, ao "contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática do direito é *argumentativa*"[14].

A solução interpretativa relaciona-se assim com a racionalidade naquilo que concerne à técnica argumentativa, ou seja, não se trata do modo de interpretar, mas do modo de justificar a escolha interpretativa, até porque "a interpretação é uma escolha entre várias opções"[15], e a argumentação tem por finalidade propiciar o controle da racionalidade da escolha (decisão) realizada.

Ao se pretender racionalizar uma decisão do Judiciário, a argumentação jurídica é a ferramenta disponível para justificar a decisão. A argumentação jurídica conduz, necessária e inevitavelmente, a tomar determinada decisão em detrimento de qualquer outra, porque é precisamente a que se justificada racionalmente.

Apesar da argumentação jurídica não distinguir sensivelmente de qualquer outra argumentação racional[16], possui a mesma alguns parâmetros específicos do discurso jurídico que deverão estar presentes, como a preferência para os elementos normativos do sistema, a deferência[17] para com

---

[12] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 339.

[13] AARNIO, Aulis. **Derecho, racionalidad y comunicación social**. Tradução Pablo Larrañaga. México: Fontamara, 1995. p. 27-28.

[14] DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 17.

[15] BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 155.

[16] CALLEJÓN, María Luisa Balaguer. **Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico**. Madrid: Tecnos, 1997. p. 98 e 101. Cf. ainda Barroso: "a argumentação jurídica é um caso especial da teoria da argumentação. Como tal, deve obedecer às regras do discurso racional: as conclusões devem decorrer logicamente das premissas, não se admite o uso da força ou da coação psicológica, deve-se observar o princípio da não-contradição, o debate deve estar aberto a todos, dentre outras. (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 341).

[17] Como bem anota Vieira, por *deferência* deve-se entender "a postura respeitosa que muitos tribunais demonstram em relação ao legislador, democraticamente eleito". (VIEIRA, Oscar

as deliberações majoritárias válidas, a necessidade de respeito à integridade do sistema e o peso (relativo) a ser dado às consequências concretas da decisão.

Em decorrência da necessidade de fundamentação normativa, mesmo que implicitamente, e com o respectivo respeito às possibilidades semânticas do texto constitucional, a argumentação jurídica para as decisões nos casos de judicialização de políticas públicas deve preservar sempre o seu caráter *jurídico*, afastando-se de uma argumentação que possa ser estritamente lógica, moral ou política.

A argumentação racionalmente sustentável passa também por uma análise atinente à possibilidade de efetiva realização da sua decisão – consequências práticas.

Sendo assim, a decisão não pode perder-se no mundo jurídico, desconectando-se da realidade e das consequências práticas de sua atuação. A decisão do Judiciário deve envolver um "equilíbrio entre a prescrição normativa (deontologia), os valores em jogo (filosofia moral) e os efeitos sobre a realidade (conseqüencialismo)"[18], considerando, para tanto, o que é faticamente possível, ou melhor, tendo como pressuposto e limite o pensamento jurídico do possível[19].

Obviamente que o Judiciário não pode balizar sua conduta unicamente inspirado pelas consequências práticas de suas decisões, já que tem como competência exercer a curadoria da Constituição, mas não pode, contudo, ser indiferente à repercussão de sua atuação sobre o mundo real, sobre a vida das pessoas e do Estado.

Ráo, ao apontar os requisitos da *lei*, empresta importante lição que também serve para o que aqui é defendido: a de que as decisões do Judiciário nos casos de controle de políticas públicas devem ser "*possível*, preferindo o medíocre possível ao ótimo impossível; e, *útil*, favorecendo, efetivamente, o interesse geral".[20]

Deve-se, igualmente, a fim de se chegar à "racionalidade da interpretação", levar em conta as consequências práticas que a decisão produzirá no mundo dos fatos[21] – *consequencialismo.*

Assim, para se ter uma decisão racional deve-se utilizar de um fundamento jurídico que possa ser estendido a todos os casos equiparáveis – *pretensão de universalidade*.

Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 21, p. 331-351, jan./dez. 2011. p.344).

[18] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 343.

[19] VIEIRA, José Ribas; BRASIL, Deilton Ribeiro. O pensamento jurídico do possível utilizado como ferramenta legitimadora do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal após a Emenda Constitucional nº 45/04. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, Instituto de Direito Público, v. 1, p. 1-14, jan. 2008. Disponível em: http://www.idp.org.br. Acesso em: 03 set. 2009. p. 3.

[20] RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. anot. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 282. Atenta-se aqui para a insuficiência econômica-financeira (limitação) e, assim, para a cláusula da *reserva do possível* oriunda da jurisprudência alemã, bem como pela distinção que a doutrina italiana faz entre as decisões "aditivas de gastos" (ou de "prestação") das decisões "aditivas de garantias".

[21] 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. 1-42, abr./jun. 2005. p. 11.

Não pode o Judiciário decidir como num *prova rasa* de corrida, concedendo o direito apenas àquele(s) que chegar(em) primeiro. Deve analisar se o direito que está sendo concedido realmente é possível de ser concedido a todos aqueles que chegarem ao Judiciário com a mesma pretensão e que estejam em situação semelhante.

As decisões judiciais, no que aqui se enfoca, não podem ser casuísticas (microjustiça), não sendo racional uma decisão que venha a conceder privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da maioria (macrojustiça).

A possibilidade de efetivação da decisão que vier a ser tomada pelo Judiciário em casos de controle de políticas públicas deve ser averiguada com muita acuidade, sob pena de gerar o descrédito das decisões do Judiciário. Não pode o Judiciário agir de forma insincera, trazendo conteúdo decisórios de impossível concreção fática que contribuirá para a desvalorização ainda maior da Constituição e do próprio Judiciário – não se pode decidir o inalcançável num comportamento de *insinceridade decisória*.

Deve então o Judiciário, nas suas decisões envolvendo o controle de políticas públicas, levar também em conta a "reserva do possível"[22], considerando para tanto recursos financeiros e não financeiros (recursos humanos, maquinário etc.), tratando-se, por óbvio, de um parâmetro lógico.

A "reserva do possível" juntamente com as "consequências práticas" da decisão, faz emergir a necessidade de o Judiciário, ao decidir, considerar que seu *decisum* poderá interferir na realização de outros direitos (macrojustiça), observando se sua decisão não causará um mal maior – *ponderação da decisão* (proporcionalidade em sentido estrito[23]).

No que tange à busca do *consenso* que deve apresentar uma decisão racional, isso demanda um processo comunicativo que implica uma *fundamentação racional* – o melhor argumento. Nesse aspecto, o peso dos argumentos é reconhecido a partir de sua capacidade para obter o consenso.

Essa *fundamentação racional* e esse *consenso* devem proporcionar às decisões do Judiciário aquilo que Ferraz Jr. denominou como "efeito global da neutralização ideológica", ou seja, devem ser compreendidas numa totalidade que neutraliza qualquer entendimento/raciocínio contrário ao seu comando.[24] A *neutralização* não importa na *eliminação*, mas sim na possibilidade de fazer com que outros entendimentos não sejam levados em consideração, isto é, não sejam tomados como relevantes.

Assim, a *fundamentação* e a *racionalidade* devem estar presentes em todas as decisões do Judiciário que cuidarem de controle de políticas públicas, já que o cerne da atuação do Judiciário está em se esforçar no seu papel

---

[22] Não se pode deixar de registrar o descrédito da teoria da "reserva do possível", principalmente, pela banalização do discurso por algumas advocacias públicas, sem apresentação de elementos concretos a respeito da impossibilidade material de se cumprir a decisão judicial.

[23] Cf. a respeito: PEDRA, Anderson Sant'Ana. **O controle da proporcionalidade dos atos legislativos**: a hermenêutica constitucional como instrumento. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 217-219

[24] FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Legitimidade na Constituição de 1988. In: _____; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha A. Stevenson. **Constituição de 1988**: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia. São Paulo: Atlas, 1989. p. 19.

comunicativo de convencimento de que sua decisão é coerente e pode ser reconhecida como sendo boa para todos.[25]

O Judiciário deve expor de forma convincente os argumentos utilizados a fim de demonstrar o acerto da sua decisão, sendo insuficiente a utilização de *slogans*, de discursos midiáticos e de teses panfletárias nas decisões com o objetivo do convencimento.

As decisões do Judiciário serão acatadas voluntariamente em decorrência da sintonia que houver com os reclamos existentes na sociedade, mas, para tanto, isso deverá estar bem demonstrado por meio de uma decisão racional, até porque é da respeitabilidade e da aceitação das decisões proferidas pela Justiça Constitucional que dimana sua legitimidade no Estado Constitucional Democrático de Direito. Nesse sentido, Queiroz explica que

> [o] direito autoritário que se impõe pelo respeito e pela sua majestade não tem nada a justificar. Aquele que se quer democrático, obra da persuasão e da razão, deve procurar uma "adesão pensante".
> Faz parte da moderna teoria da interpretação determinar os fundamentos "racionais" da sentença decisória para que a partir desta a decisão possa ser controlável.[26]

A exigência de racionalidade é, além de uma garantia do processo, também um limite à arbitrariedade, uma limitação à atividade interpretativa do Judiciário.[27]

Essa exigência de exteriorização dos motivos (fundamentação) e a observância dos parâmetros que ditaram a escolha do Judiciário permite alcançar a racionalidade e a calculabilidade da escolha capaz de concitar a aquiescência ou o consenso geral.

Como se verifica, não é suficiente que a escolha/decisão pelo enunciado normativo seja só fundamentado, necessário também que seja racional de modo a ser possível fazer o seu controle. Isto deve ocorrer porque a fundamentação da decisão judicial fixa um "ponto" no qual mais nenhuma dúvida existe sobre a aplicabilidade da norma resultante da interpretação. O Judiciário alcança esse ponto quando ele próprio não tem mais nenhuma dúvida e afirma, portanto, que "ninguém mais, de modo racional, *pode pôr em causa essa interpretação*", naquilo que se "designa, genericamente, por racionalidade 'externa' ou 'extrínseca' do raciocínio".[28]

Não pode se olvidar que a fundamentação e a racionalidade utilizada para a decisão devem servir como mecanismo de convencimento dirigido ao povo (soberano) vez que, de certo modo, o Judiciário possui uma conotação

---

[25] FARIAS, Paulo José Leite. A dimensão comunicativa da Suprema Corte. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33, n. 131, p. 175-196, jul./dez. 1996. p. 183. Exemplo marcante desse discurso de convencimento encontra-se nos artigos dos "federalistas" publicados de 1787 a 1788, que se dirigiam à sociedade numa tentativa de convencimento acerca dos benefícios da Constituição. Cf.: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. São Paulo: Russel, 2003.

[26] QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial**: sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 161.

[27] CALLEJÓN, María Luisa Balaguer. **Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico**. Madrid: Tecnos, 1997. p. 109.

[28] QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial**: sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 164-165.

popular no sentido de que ao promover e proteger a vontade expressada na Constituição, acaba por atuar como um representante da soberania popular.

Pode-se então dizer que a argumentação jurídica, expressada na fundamentação da decisão e nos parâmetros aqui apresentados, é sujeita à crítica jurídica e social, merecendo o *controle social* o devido destaque, já que, consoante observa Bandrés,

> [...] se hoje não se assume um controle político direto dos juízes [...] surge em certa medida uma nova forma de controle dos juízes exercido diretamente pela cidadania por meio do exercício do direito à livre crítica das decisões judiciais; surge, portanto, de forma a favorecer a transparência do poder judicial, um controle da opinião pública de seus julgadores, desde os meios de comunicação que permite fazer realidade à afirmação feliz do processualista uruguaio Couture de que o povo é o juiz dos juízes.[29]

Para que a decisão do Judiciário seja passível de ser objeto de controle e de crítica social e para que também seja compreendida pela sociedade, mostra-se necessária a sua publicidade, explicitando inclusive sua fundamentação, para que então se verifique a racionalidade da decisão.

Embora haja a necessidade de que as decisões do Judiciário apresentem-se com fundamentos racionais, não se pode esquecer que nenhuma decisão jurídica é necessariamente a decisão correta, mas

> se não podemos exigir que o governo chegue a respostas corretas sobre os direitos de seus cidadãos, podemos ao menos exigir que o tente. Podemos exigir que leve os direitos a sério, que siga uma teoria coerente sobre a natureza desses direitos, e que aja de maneira consistente com suas próprias convicções.[30]

Acerca da "decisão correta", Larenz destaca que:

> Se bem que toda e qualquer interpretação, devida a um tribunal ou à ciência do Direito, encerre necessariamente a pretensão de ser uma interpretação "correcta", no sentido de conhecimento adequado, apoiado em razões compreensíveis, não existe, no entanto, uma interpretação "absolutamente correcta", no sentido de que seja tanto definitiva, como válida para todas as épocas. Nunca é definitiva, porque a variedade inabarcável e a permanente mutação das relações da vida colocam

[29] BANDRÉS, José Manuel. **Poder judicial y Constitución**. Barcelona: Bosch, 1987. p. 14.

[30] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 286. Apesar das suas lições não serem voltadas para o juiz, calha registrar a seguinte lição de Kelsen: "A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação 'correta'. [...] Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente." (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 396).

> aquele que aplica a norma constantemente perante novas questões.[31]

Para Hesse, a "interpretação adequada é aquela que consegue concretizar de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação".[32]

As decisões em casos de controle de políticas públicas devem almejar uma pretensão de correção, podendo-se afirmar que, embora não seja possível estabelecer nenhum mecanismo que assegure de forma inconteste uma única decisão correta, o sistema e o procedimento devem apontar para uma ideia regulativa da existência de uma melhor decisão ("a mais correta"), assegurando, dessa forma, consistência e legitimidade à ordem jurídica.

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.

Não se pode perder de vista que, em regra, os enunciados normativos, inclusive os constitucionais, não possuem um sentido único, objetivo, válido para todas as situações que almeja regular; ao contrário, é comum que de um enunciado normativo, ou da combinação de alguns deles, se extraia várias escolhas/soluções possíveis (normas), sendo que apenas uma será a melhor para o que se pretende solucionar, e não podem pretender os juízes transformar a Constituição naquilo que eles, particularmente, gostariam.

Assim, o fundamento de legitimidade da atuação do Judiciário transfere-se para o processo argumentativo: a demonstração racional de que a escolha interpretativa realizada (decisão) é a que mais adequadamente realiza a vontade constitucional.

A racionalidade da decisão em casos de judicialização da política pública se faz necessária para impedir que o Judiciário produza graves consequências para a sociedade, se baseando, exclusivamente, em critérios puramente pessoais dos seus integrantes, de simpatia, de opção política, de ideologia, de ordem religiosa ou filosófica, ou sob a denominação que se queira dar.

Destaca-se ainda que a busca de dados de outras ciências (transdisciplinaridade) é essencial para a formação de uma decisão racional, pois assim os espaços vazios da discricionariedade técnica deixada pelo legislador (constituinte ou ordinário) será preenchido com fundamentos técnicos, e não com critérios puramente pessoais dos juízes.

Tal busca é necessária tendo em vista os riscos envolvidos quando o Judiciário decide casos envolvendo controle de políticas públicas, já que assume, nesta ocasião, os mesmos riscos que acomete aqueles agentes públicos amalgamados por uma *discricionariedade política*, notadamente o legislador (poder legislativo ou executivo).

Adverte Mendes a respeito:

---

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

[32] HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 22-23.

> Os riscos envolvidos no afazer legislativo exigem peculiar cautela de todos aqueles que se ocupam no difícil processo de elaboração normativa. Eles estão obrigados a colher variada gama de informações sobre a matéria que deve ser regulada, pesquisa esta que não pode ficar limitada a aspectos estritamente jurídicos. É certo que se faz mister realizar minuciosa investigação no âmbito legislativo, doutrinário e jurisprudencial. Imprescindível revela-se, igualmente, a análise de repercussão econômica, social e política do ato legislativo.
> Somente a realização dessa complexa pesquisa, que demanda a utilização de conhecimentos interdisciplinares, poderá fornecer elementos seguros para a escolha dos meios adequados para atingir os fins almejados.[33]

Por fim, consigna-se que a racionalidade das decisões e o dever de fundamentação se prestam para coibir os mecanismos manipuladores da vontade constitucional. Tais mecanismos manipuladores são muitos, valendo aqui trazer o elenco não exaustivo apontado por Sagüés: *i*) dar às palavras da Constituição um sentido absurdo; *ii*) interpretar isoladamente um artigo da Constituição, desconsiderando-a como um sistema; *iii*) realizar afirmações infalíveis e sem demonstração expressa; *iv*) praticar analogias improcedentes aplicando a uma figura jurídica princípios ou critérios de outra distinta; *v*) má utilização de princípios jurídicos; *vi*) aplicar métodos interpretativos opostos que apontam para soluções distintas; *vii*) postular algo como regra, mas não aplicá-la sempre; *viii*) criar exceções que a Constituição não prevê e *ix*) precisar (determinar) arbitrariamente os conceitos jurídicos indeterminados.[34]

4 Considerações finais

Os parâmetros aqui apresentados poderão servir para que o Judiciário, doravante, nas decisões envolvendo o controle de políticas públicas, busque trazer uma *fundamentação* que não apenas convença as partes envolvidas (fundamentação endoprocessual), mas que também convença a sociedade (fundamentação extraprocessual), vez que será a partir da fundamentação que a decisão tornar-se-á compreensível para os integrantes da sociedade, em nome do qual são exercidas todas as funções estatais.

Uma fundamentação (motivação) sólida é condição sem a qual as decisões do Judiciário, carecem de legitimidade e de validade, destacando que a exigência de fundamentação das decisões serve como demonstração da racionalidade da mesma.

Não se pode olvidar que quanto mais intensa a interferência jurisdicional para as soluções de *políticas públicas*, maiores serão os questionamentos acerca da legitimidade da decisão, e melhor deverá ser a racionalidade da decisão.

---

[33] MENDES, Gilmar Ferreira. Questões fundamentais de técnica legislativa. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, p. 1-32, set./nov. 2007. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp. Acesso: em 05 out. 2010. p. 2.

[34] SAGÜÉS, Néstor Pedro. **La interpretación judicial de la Constitución**. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006. p. 167-172.

Pode-se dizer que o parâmetro inicial das decisões do Judiciário no controle de políticas públicas reside, precisamente, na *necessidade de fundamentação* do que foi decidido, e esta decisão deve estar ligada a dois elementos: *i*) a capacidade de demonstrar conexão com o sistema jurídico e *ii*) a racionalidade propriamente dita da argumentação.

O Judiciário deve valer-se de soluções interpretativas com argumentação (técnica discursiva) compreensível, coerente e racionalmente sustentável a fim de decidir os casos envolvendo políticas públicas.

Como visto, apesar da argumentação jurídica não distinguir sensivelmente de qualquer outra argumentação racional, possui a mesma alguns parâmetros específicos do discurso jurídico que deverão estar presentes, como a preferência para os elementos normativos do sistema, a deferência para com as deliberações majoritárias válidas, a necessidade de respeito à integridade do sistema e o peso (relativo) a ser dado às consequências concretas da decisão.

Em decorrência da necessidade de fundamentação normativa, mesmo que implicitamente, e com o respectivo respeito às possibilidades semânticas do texto constitucional, a argumentação deve preservar o seu caráter *jurídico*, afastando-se de uma argumentação que possa ser estritamente lógica, moral ou política.

Outro importante parâmetro é atinente a possibilidade de efetiva realização (concreção) do que foi decidido (consequência prática), afinal, a decisão deve ser possível, realizável, sendo vedado ao Judiciário, sob pena de seu próprio descrédito, realizar promessas vãs por meio de um *otimismo jurisdicizante*, como se fosse possível mudar a realidade com papel e tinta

Assim, para se ter uma decisão racional deve-se utilizar de um fundamento jurídico que possa ser estendido a todos os casos equiparáveis – *pretensão de universalidade*.

No que tange à busca do *consenso* que deve apresentar uma decisão racional, isso demanda um processo comunicativo que implica uma fundamentação racional – o melhor argumento. Nesse aspecto, o peso dos argumentos é reconhecido a partir de sua capacidade para obter o consenso, de produzir o denominado “efeito global da neutralização ideológica”.

Essa exigência de exteriorização dos motivos (fundamentação) e a observância dos parâmetros que ditaram a escolha do Judiciário permite alcançar a racionalidade e a calculabilidade da escolha capaz de concitar a aquiescência ou o consenso geral.

Como se pode observar, o que aqui se pretendeu não foi retirar a competência do Judiciário para a solução de litígios envolvendo o controle de políticas públicas mas, apenas, propor alguns parâmetros para uma decisão racional, proporcionando, assim, uma lapidação no processo decisório e minimizando as tensões políticas que ocorrem nas decisões em espécie.

Caso ocorram excessos e desvios por parte do Judiciário, estes pertencerão à classe da patologia política, competindo ao Direito Constitucional indicar, em cada caso, os remédios adequados e sua posologia.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

PEDRA, Anderson Sant'Ana. Parâmetros para uma decisão racional em casos de judicialização de políticas públicas. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 41, março, abril, maio, 2015. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-41-MARCO-2015-ANDERSON-PEDRA.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br
4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado