

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Juspositivismo,
discrecionalidade e controle
judicial de políticas públicas no
direito brasileiro**

**Legal positivism, discretion and
judicial review of public policies
in Brazilian law**

Guilherme Valle Brum

Sumário

DOSSIER FEDERALISMO

FORMA DE ESTADO: FEDERALISMO E REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS 2

Carlos Bastide Horbach

IMUNIDADE RECÍPROCA E FEDERALISMO: DA CONSTRUÇÃO NORTE-AMERICANA À ATUAL POSIÇÃO DO STF 14

Fernando Santos Arenhart

JUSTIÇA FISCAL, PAZ TRIBUTÁRIA E OBRIGAÇÕES REPUBLICANAS: UMA BREVE ANÁLISE DA DINÂMICA JURISPRUDENCIAL TRIBUTÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 34

Luís Carlos Martins Alves Jr

FEDERALISMO, ESTADO FEDERALISTA E A REVALORIZAÇÃO DO MUNICÍPIO: UM NOVO CAMINHO PARA O SÉCULO XXI? 52

Antonio Celso Batista Minhoto

EFEITOS POLÍTICO-JURÍDICOS DA NÃO INSTITUCIONALIZADA PARADIPLOMACIA NO BRASIL 66

Gustavo de Souza Abreu

THE MANAGEMENT OF PUBLIC NATURAL RESOURCE WEALTH 80

Paul Rose

A (IN)COMPETÊNCIA DO CONAMA PARA EDIÇÃO DE NORMAS SOBRE LICENCIAMENTO AMBIENTAL: ANÁLISE DE SUA JURIDICIDADE 118

André Fagundes Lemos

ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS

TEORÍA DE LA PRESIÓN TRIBUTARIA EN BASE A LA IGUALDAD INTERGENERACIONAL: UNA PERSPECTIVA FINANCIERA Y TRIBUTARIA DEL CASO ARGENTINO 135

Luciano Carlos Rezzoagli e Bruno Ariel Rezzoagli

CRÉDITO TRIBUTÁRIO: GARANTIAS, PRIVILÉGIOS E PREFERÊNCIAS 148

Luís Carlos Martins Alves Júnior

TRIBUTÁRIO - O PARECER PGFN/CRJ 492/2011 E OS EFEITOS DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL EM FACE DA SEGURANÇA JURÍDICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO* 174

Antônio Frota Neves

A SEGURANÇA JURÍDICA ADMINISTRATIVA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE ACERCA DOS FUNDAMENTOS NORMATIVOS E DOS ARGUMENTOS JURÍDICOS NOS JULGAMENTOS DOS MANDADOS DE SEGURANÇA 24.781 E 25.116.....	195
Ana Paula Sampaio Silva Pereira	
AVALIAÇÃO LEGISLATIVA NO BRASIL: APONTAMENTOS PARA UMA NOVA AGENDA DE PESQUISA SOBRE O MODO DE PRODUÇÃO DAS LEIS.....	229
Natasha Schmitt Caccia Salinas	
POLÍTICAS PÚBLICAS, DEVERES FUNDAMENTAIS E CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS	251
Julio Pinheiro Faro	
POLÍTICAS PÚBLICAS DE GUERRA ÀS DROGAS: O ESTADO DE EXCEÇÃO E A TRANSIÇÃO DO INIMIGO SCHMITTIANO AO HOMO SACER DE AGAMBEN	271
João Victor Nascimento Martins	
NEW INSTITUTIONS FOR THE PROTECTION OF PRIVACY AND PERSONAL DIGNITY IN INTERNET COMMUNICATION – “INFORMATION BROKER”, “PRIVATE CYBER COURTS” AND NETWORK OF CONTRACTS	282
Karl-Heinz Ladeur	
RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE ERRO MÉDICO	298
Edilson Enedino das Chagas e Héctor Valverde Santana	
A ATUAL GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA SEGUNDO A LÓGICA DE MERCADO E SUA AINDA CARACTERIZAÇÃO COMO SERVIÇO PÚBLICO	313
Humberto Cunha dos Santos	
EMPRESAS, RESPONSABILIDADE SOCIAL E POLÍTICAS DE INFORMAÇÃO OBRIGATÓRIA NO BRASIL.....	333
Leandro Martins Zanitelli	
O OUTRO E SUA IDENTIDADE: POLÍTICAS PÚBLICAS DE REMOÇÃO E O CASO DOS AGRICULTORES DO PARQUE ESTADUAL DA PEDRA BRANCA/RJ.....	350
Andreza A. Franco Câmara	
A LEGITIMAÇÃO DO ABORTO À LUZ DOS PRESSUPOSTOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	364
Terezinha Inês Teles Pires	
JUSPOSITIVISMO, DISCRICIONARIEDADE E CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO DIREITO BRASILEIRO	392
Guilherme Valle Brum	
A GOVERNANÇA TRANSNACIONAL AMBIENTAL NA RIO + 20.....	406
Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar	

O QUE É UMA BOA TESE DE DOUTORADO EM DIREITO? UMA ANÁLISE A PARTIR DA PRÓPRIA PERCEPÇÃO DOS PROGRAMAS	424
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------

Nitish Monebhurrun e Marcelo D. Varella

NORMAS EDITORIAIS.....	442
-------------------------------	------------

Envio dos trabalhos:.....	444
---------------------------	-----

Juspositivismo, discricionariedade e controle judicial de políticas públicas no direito brasileiro

Legal positivism, discretion and judicial review of public policies in Brazilian law*

Guilherme Valle Brum**

RESUMO

O trabalho procura discutir o estado da arte da literatura jurídica brasileira que versa a respeito do controle judicial de políticas públicas e sua relação com o paradigma do positivismo jurídico. A conclusão central é a de que se formou um novo senso comum teórico nesse campo de estudo, que entende ser possível lidar com o problema valendo-se de princípios e de valores situados na fronteira entre a Moral e o Direito e positivados, implícita ou explicitamente, na Constituição. O nível de preocupação do novo senso comum com a descrição desses princípios e valores não é observado com a questão correlata dos limites da discricionariedade judicial, o que o impede de atingir o intento de superar o paradigma do juspositivismo.

Palavras-chave: Positivismo jurídico. Controle judicial de políticas públicas. Senso comum teórico. Discricionariedade judicial.

ABSTRACT

The paper discusses the Brazilian legal literature on the judicial review of public policies and its relation to the paradigm of legal positivism. The central conclusion is that a new theoretical common sense has emerged in this field of study. Such new common sense deals with the problem using moral values and constitutional principles. The level of concern with the description of these principles and values is not observed with the related question of the limits of judicial discretion. This problem prevents it from achieving the aim of overcoming the paradigm of legal positivism.

Keywords: Legal positivism. Judicial review of public policies. Theoretical common sense. Judicial discretion.

Embora a ligação entre positivismo jurídico e controle judicial de políticas públicas não seja muito evidente, eles orbitam um eixo comum: o problema da discricionariedade judicial. O presente trabalho discute, precisamente, as interconexões entre tais temáticas. Pretende-se discorrer sobre o estado da arte da literatura jurídica brasileira que versa a respeito do controle judicial de políticas públicas, examinando a sua proposta para o enfrentamento do debate sobre os limites e possibilidades da atuação do Poder Judiciário nessa seara. O intuito é verificar se essa proposta supera o paradigma contra o qual se volta.

* Recebido em 19/02/2013
Aprovado em 30/03/2013

** Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/DF) e Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Email: gvbrum@gmail.com.

Impõe-se uma indagação preliminar à discussão pretendida: é possível falarmos em “paradigmas” no Direito? A resposta a essa pergunta está longe de ser simples e, desde logo, anuncia-se que este texto não a fornecerá. Mas, para desenvolver o argumento, é imprescindível que algumas considerações sobre essa problemática sejam ao menos apresentadas. É preciso deixar claro que o conceito de paradigma desenvolvido originalmente por Thomas Kuhn¹ foi pensado para as ciências exatas e biológicas, “[...] que possuem um grau de verificabilidade certamente mais preciso e atingível do que as ciências humanas e sociais”. Isso significa que essa conceituação deve ser utilizada, no Direito, com “reserva terminológica”.²

Kuhn apresenta um conceito de paradigmas como “[...] as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes da ciência”.³ Esse sentido de paradigma é estreitamente relacionado com a noção de “ciência normal”, que pode ser caracterizada como uma “[...] pesquisa firmemente baseada em uma ou mais realizações científicas passadas”, as quais, por seu turno, “[...] são reconhecidas durante algum tempo por alguma comunidade científica específica como proporcionando os fundamentos para sua prática posterior”.⁴ Ao longo de sua obra, o pensador demonstra as condições para a mudança paradigmática, que 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.

O conceito kuhniano de revolução parece efetivamente mais afeto às ciências naturais, em que “[...] o exercício da pesquisa por vezes produz novos paradigmas, novas maneiras de entender a natureza, de ler seus textos. Mas as pessoas responsáveis por essas mudanças não as buscavam”.⁵ Essa possibilidade de existirem provocações involuntárias de mudanças evolutivas é utilizada pelo próprio autor, em trabalho posterior ao seu texto seminal, *A Estrutura das Revoluções Científicas*, como critério de diferenciação entre as ciências naturais e sociais.⁶ De fato, as mudanças no Direito são sempre ou pelo menos quase sempre deliberadas. Nada ou quase nada há de involuntário aí. Diversamente das ciências naturais, nas quais pode haver uma revolução mesmo que a comunidade científica não a esteja buscando, as mudanças no campo jurídico decorrem de opções políticas. Longe estão, portanto, de ser o resultado de um exercício de pesquisa que produziu um novo paradigma sem que os pesquisadores se dessem conta do que estavam fazendo.

Todavia, apesar dessas dificuldades, a literatura jurídica brasileira e estrangeira vem recorrentemente se valendo da expressão *paradigma*. Ora para designar uma espécie de saber hegemônico do momento, ora para reportar-se a aspectos supostamente incontestáveis do conhecimento no interior da disciplina. Em algumas vezes, utiliza o texto de Kuhn para tanto; em outras, apenas enuncia a expressão sem preocupação em detalhar

1 KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2005.

2 FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do direito e Juspositivismo*. A exaustão de um paradigma. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 30.

3 KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 13. Entretanto, em um posfácio editado no ano de 1969, Thomas Kuhn admite que, no corpo do texto, utilizou a expressão paradigma para designar coisas diversas. E uma delas seria a chamada matriz disciplinar de um saber. “Disciplinar porque se refere a uma posse comum aos praticantes de uma disciplina particular; matriz porque é composta de elementos ordenados de várias espécies, cada um deles exigindo uma determinação mais pormenorizada”. Alguns dos principais componentes de uma matriz disciplinar são: (1) as generalizações simbólicas, que funcionam em parte como leis e em parte como definições de alguns dos símbolos que elas empregam; (2) os modelos, identificados como compromissos coletivos com crenças, tais como “[...] o calor é a energia cinética das partes constituintes dos corpos”, fornecendo ao grupo as analogias ou metáforas preferidas ou permissíveis e auxiliando, desse modo, a determinar o que será aceito como uma explicação; (3) por fim, os valores aceitos pelo grupo, os quais, em geral, são mais amplamente partilhados do que as generalizações simbólicas e os modelos, contribuindo, por um lado, para proporcionar aos cientistas um sentimento de pertencimento a uma comunidade global e, por outro, para identificar uma crise ou escolher entre maneiras incompatíveis de praticar a disciplina (*Ibid*, p. 228-239).

4 KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 29.

5 KUHN, Thomas S. As ciências naturais e as ciências humanas. Trad. Cesar Mortari. In: KUHN, Thomas S. *O Caminho desde a estrutura*. São Paulo: Editora UNESP, 2006, p. 272.

6 KUHN, Thomas S. As ciências naturais e as ciências humanas. Trad. Cesar Mortari. In: KUHN, Thomas S. *O Caminho desde a estrutura*. São Paulo: Editora UNESP, 2006, p. 272.

seu sentido. Um autor que utiliza esse termo com um significado peculiar, tendo o cuidado de explicá-lo, é Ronald Dworkin. Para ele, os paradigmas do Direito são “[...] exemplos concretos aos quais qualquer interpretação plausível deve ajustar-se”. Essa assertiva de Dworkin significa que os argumentos contra uma proposta interpretativa de determinado problema jurídico consistirão, geralmente, em demonstrar que ela é afrontosa ao paradigma. “Quem rejeitar um paradigma dará a impressão de estar cometendo um erro extraordinário”. Os paradigmas, portanto, fixam as interpretações possíveis, mas nenhum paradigma é imune a ser contestado “[...] por uma nova interpretação que considere melhor outros paradigmas e deixe aquele de lado, por considerá-lo um equívoco”.⁷

Não é necessária uma demorada pesquisa para se encontrarem escritores de tradições jurídico-filosóficas bem distintas falando sobre paradigmas no Direito. São exemplos: Roberto Freitas Filho,⁸ Lenio Luiz Streck,⁹ Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti,¹⁰ no Brasil, e Friedrich Müller¹¹ e o citado Ronald Dworkin, alhures. É interessante observar que todos eles, à exceção de Dworkin, consideram, cada qual a seu modo (fazendo ou não menção a Kuhn), o positivismo jurídico como um paradigma ou, pelo menos, como um movimento teórico integrante de um paradigma. O sentido de paradigma atribuído ao positivismo jurídico por esses autores é em alguma medida equivalente a um conhecimento hegemônico, amplamente aceito e reproduzido tanto pelos discursos de legitimação (doutrina) como pelos técnico-operativos (decisões). Desse modo, para não alongar uma discussão que fugirá dos objetivos deste texto, mas ciente das dificuldades expostas acima,¹² passa-se a falar, tal como esses autores, no juspositivismo como um “paradigma” do Direito.

A nota distintiva e a originalidade do paradigma juspositivista estão, na síntese de Barzotto,¹³ na adoção, como condição de juridicidade, do critério de pertinência ou pertencimento. A norma é jurídica desde que pertença a um ordenamento jurídico. É isso que, a um só tempo, permite-lhe obter um conceito autônomo de Direito e o opõe a dois outros paradigmas, o “jusnaturalismo” e o “realismo”. Com efeito, para o realismo, a nota definitiva do Direito está na sua eficácia, ou seja, o que o define é o comportamento efetivo das pessoas pertencentes a uma determinada comunidade. Trata-se de um conceito sociológico de Direito. Para o jusnaturalismo, por seu turno, o critério de juridicidade reside na justiça: só é Direito o que for justo. Apresenta, pois, um conceito moral de Direito.

O paradigma do juspositivismo rejeita essas duas ideias: a do realismo porque, ao se definir “aquilo que é eficaz”, resvala-se para o arbítrio e a sua consequente imprevisibilidade, e a do jusnaturalismo porque, para se chegar “àquilo que é justo”, deve-se invariavelmente passar pelo subjetivismo e incerteza provenientes da multiplicidade de concepções de justiça. Parece evidente, porém, que “aquilo que pertence ao ordenamento jurídico” como critério de juridicidade carece de um desenvolvimento maior. Afinal, uma vez rejeitadas a justiça e a eficácia como critérios possíveis, o que, para o positivismo, pertence ao ordenamento jurídico? A resposta é direta

7 DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: M. Fontes, 2007. p. 88-89. O autor retoma seu conceito de paradigma em outros escritos. É exemplo a seguinte passagem de um de seus conhecidos textos DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: M. Fontes, 2010. p. 348: “Podemos identificar o que aparentemente nem é preciso dizer que faz parte de nosso direito – o limite de velocidade, o código tributário, as regras de propriedade do dia a dia, os contratos etc., coisas com as quais estamos todos familiarizados. Podemos dizer que se trata de *paradigmas do direito*” [grifei].

8 FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do direito e Juspositivismo*. A exaustão de um paradigma. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

9 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

10 NETTO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do Direito*. A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

11 MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do Direito*. Introdução à teoria e metódica estruturantes do Direito. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

12 Com efeito, a partir daqui farei referência, na linha dos autores mencionados, ao positivismo jurídico e a outros movimentos teóricos que a ele se opõem (notadamente, o jusnaturalismo, o realismo e o pós-positivismo) como paradigmas, sabedor, porém, das dificuldades da utilização desse conceito no Direito, pelo menos no controvertido sentido que lhe deu Kuhn. A opção pela utilização do termo se deve, acima de tudo, à necessidade de clareza – que por vezes requer “acordos semânticos” desse tipo – na exposição das ideias.

13 BARZOTTO, Luis Fernando. *A positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 19.

e simples: aquilo que é *válido*. A validade, portanto, é a nota distintiva. “Norma jurídica não é a norma justa ou a norma eficaz, mas a norma válida”.¹⁴ E dizer que uma norma é válida equivale a afirmar que faz parte de um ordenamento jurídico, daí que o critério da validade é, em certo sentido, “genético”. Assim, como no Direito moderno, é ele (o Direito) quem regula a sua própria produção, considera-se válida toda norma produzida em conformidade com o ordenamento. É o próprio Direito, pois, que determina quais são as normas válidas, sendo então o Direito, e não o comportamento dos homens ou seus ideais de justiça, que diz o que é ou não *jurídico*.¹⁵

O positivismo produziu ao longo dos séculos XIX e XX – e ainda produz – forte influência no pensamento jurídico ocidental. Poucas pessoas negariam isso. Para Roberto Freitas Filho,¹⁶ por exemplo, o paradigma vigente é uma construção teórica consolidada no decorrer da modernização socioeconômica do país, entre os anos 1960 e 1980, e é vinculado ao caráter normativista do positivismo de inspiração kelseniana. Esse paradigma, segundo o autor, considera o Estado como fonte central de todo o Direito, sendo a lei sua única expressão. Forma, portanto, um sistema fechado e formalmente coerente, cuja pretensão de completude despreza, como metajurídicas, todas as indagações de natureza social, política e econômica.¹⁷

Precisamente pela importância do movimento juspositivista, o intenso debate sobre sua superação prossegue até hoje.¹⁸ Surgiram, nessa ambiência, influentes teorias, notadamente nos Estados Unidos da América e na Europa, que se propuseram a criticar o positivismo e, ao mesmo tempo, apresentar modelos teóricos no intuito de aperfeiçoá-lo ou mesmo substituí-lo. Considerem-se aqui apenas com os exemplos de Friedrich Müller, Neil MacCormick e Ronald Dworkin. É interessante notar que os dois primeiros autores denominaram, literalmente, suas teorias de *pós-positivistas*.¹⁹ No Brasil, também surgiram – e ainda vêm surgindo – propostas teóricas que pretendem avançar em relação ao positivismo jurídico. Talvez a mais conhecida e influente seja a de Luís Roberto Barroso, o qual também insere seu pensamento no paradigma pós-positivista, embora seja consideravelmente diferente das teorias de Müller e MacCormick.

Para Barroso, “[...] a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação”.²⁰ Eis aí, segundo o autor, o pós-positivismo, “[...] designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica* e a teoria dos direitos fundamentais”²¹. De acordo com o constitucionalista brasileiro, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, tampouco almeja um retorno ao jusnaturalismo, mas pretende superar o conhecimento tradicional, introduzindo no ordenamento positivo as ideias de justiça e legitimidade. Promove, portanto, “[...] uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito”.²² Tais valores compartilhados pela sociedade se materializam em princípios, tendo sua normatividade reconhecida e passando a estar abrigados, de modo implícito ou explícito, na Constituição.

14 BARZOTTO, Luís Fernando. *A positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 19.

15 BARZOTTO, Luís Fernando. *A positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 20.

16 BARZOTTO, Luís Fernando. *A positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 40-41.

17 Assim também parece pensar Tercio Sampaio Ferraz Junior, para quem a ciência dogmática do Direito na atualidade “[...] costuma encarar seu objeto, o direito posto e dado previamente, como um conjunto compacto de normas, instituições e decisões que lhe compete sistematizar, interpretar e direcionar, tendo em vista uma tarefa prática de solução de possíveis conflitos que ocorram socialmente. O jurista contemporâneo preocupa-se, assim, com o direito que ele postula ser um todo coerente, relativamente preciso em suas determinações, orientado para uma ordem finalista, que protege a todos indistintamente” FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 57.

18 Basta que nos lembremos da conhecida discussão entre Hart e Dworkin.

19 Vide: MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 2, e MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do Direito*. Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 9-15.

20 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 325.

21 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 325.

22 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 326.

Essas ideias espalharam-se no Brasil, tendo frutificado, notadamente, na literatura que versa sobre o controle judicial de políticas públicas. E isso ocorreu, muito provavelmente, por se tratar de campo de estudo situado no epicentro do debate sobre os limites e possibilidades do Poder Judiciário no desempenho da função de fazer atuar – muitas vezes diretamente, isto é, sem interposição legislativa – princípios constitucionais em situações concretas. Fala-se aqui, notadamente, dos princípios que positivam os chamados direitos sociais, cuja implementação a Constituição reserva, com primazia, aos Poderes Executivo e Legislativo. Dessa forma, fazendo ou não menção ao advento do “pós-positivismo”, diversos autores que escrevem sobre o assunto têm na invocação de princípios e valores situados em uma zona de indefinição entre o moral e o jurídico (expressos ou implícitos no texto da Constituição) a fórmula necessária e suficiente para que Poder Judiciário delibere sobre políticas públicas.

Eduardo Cambi, por exemplo, afirma que a função do Poder Judiciário está sendo alterada: não mais se restringe à tarefa de subsunção do fato à letra da lei, mas compreende o exame do exercício discricionário do poder de legislar e de administrar a fim de aferir se estão conduzindo à efetivação dos resultados objetivados, no que chama de “responsabilidade finalística do juiz”. Para Cambi, o Poder Judiciário passa a exercer uma “função socioterapêutica”, corrigindo desvios na consecução das finalidades exigidas para a proteção dos direitos fundamentais, “[...] além de assumir a gestão da tensão entre igualdade formal e justiça social”.²³

Na mesma linha, Osvaldo Canela Junior sustenta que, no controle de políticas públicas, toda a cognição do juízo gira em torno da ocorrência ou não de desigualdade social. Essa desigualdade deve ser aferida, no caso concreto, em cotejo com as possibilidades de fruição do direito social (artigo 6º da Constituição de 1988) objeto da lide. Ele alerta, no entanto, que não se trata da discussão acerca da desigualdade social “em termos genéricos”. A discussão, no caso concreto, é sobre “[...] a eventual desigualdade social gerada pela ausência de satisfação espontânea e adequada do bem da vida indicado no pedido”.²⁴

Carlos Alberto de Salles,²⁵ por sua vez, adota o “interesse público” como um componente fundamental de sua teoria sobre o controle judicial de políticas públicas. Não acredita ser possível, porém, fornecer *a priori* um critério suficiente, fechado e exaustivo para servir de base para a definição de interesse público, mas apenas indicar um princípio de justiça distributiva materializado em opções concretas de alocação de recursos sociais. Para ele, a indivisibilidade característica dos bens comuns traduz um critério de justiça segundo o qual os bens necessários ao desenvolvimento da coletividade são alocados a todo e qualquer de seus membros, não permitindo utilizações excludentes e devendo orientar a atividade jurisdicional.

Essas ilações são suficientes para amparar a hipótese, mas parece pertinente invocar aqui o pensamento de mais uma jurista, sobremodo conhecida no Brasil, Ada Pellegrini Grinover, para quem o Poder Judiciário pode exercer o controle das políticas públicas para aferir sua compatibilização com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, intervindo para implementá-las ou para corrigi-las quando equivocadas. Os limites a essa intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas são: a restrição à garantia do mínimo existencial, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público, a irrazoabilidade da escolha do agente público e a reserva do possível.²⁶

Esses autores – e muitos outros²⁷ – são representativos do que pode ser considerado um novo “senso comum

23 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 195.

24 CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 156.

25 SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo civil e interesse público*: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 65-66.

26 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 42, p. 11-32, 2008.

27 Por exemplo: BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 240, p. 83-103, 2005; MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007; BUCCI, Maria Paula Dallari. Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites. *Fórum Administrativo – Direito Público – EA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 103, p. 7-16, 2009; FONTE, Felipe de Melo. A legitimidade do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte,

teórico dos juristas” no campo do controle judicial de políticas públicas, que aposta no uso – e abuso – dos princípios constitucionais para opor-se, pelo menos na sua específica área de estudo, ao paradigma do positivismo jurídico.²⁸ Essa expressão – “senso comum teórico” – foi desenvolvida, no interior do Direito brasileiro, pelo recentemente falecido jusfilósofo argentino Luis Alberto Warat.²⁹

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”. Trata-se, portanto, de um neologismo proposto por Warat a fim de obter um *conceito operacional* que sirva para mencionar a dimensão ideológica das verdades jurídicas.³⁰

Não parece haver dúvidas de que tanto a doutrina como a jurisprudência são influenciadas “[...] por uma constelação de representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas” que anonimamente pauta seus atos de enunciação e decisão. O senso comum teórico forma, desse modo, a relação imaginária dos juristas com suas atividades, proporcionando um campo de significado por meio do qual se determina a aceitabilidade do real. “É o tempo imaginado da história”.³¹ O problema é que esse campo de significado do novo senso comum teórico na questão do controle de políticas públicas leva os juristas que nele (no senso comum) estão inseridos a acreditarem que, ao defenderem suas ideias, estão tensionando o paradigma do juspositivismo, fazendo-lhe explícita ou implícita oposição. Acabam, porém, bem ao invés disso, por involuntariamente reproduzi-lo, pelo menos em certo sentido. Explico-me.

v. 6, n. 20, p. 91-125, jan./mar. 2008; WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 193, p. 13-36, mar. 2011; MARQUES, Lillian Patrus. Políticas públicas em juízo: meios de controle jurisdicional. *Revista Dialética de Direito Processual – RDDP*, São Paulo, n. 104, p. 62-77, nov. 2011; FARENZENA, Suélen. A busca pela efetividade dos direitos fundamentais sociais e a problemática atinente ao controle judicial das políticas públicas e orçamentos estatais. *Revista de direitos e garantias fundamentais*, Espírito Santo, n. 9, p. 77-104, jan./jun. 2011; MOURA, Emerson Affonso da Costa. Do controle jurídico ao controle social das políticas públicas: parâmetros à efetividade dos direitos sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 19, n. 77, p. 131-184, out./dez. 2011; FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil: uma visão geral. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 9, n. 44, p. 27-66, jul./ago. 2007; FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Além desses, há o livro seminal de Eduardo Appio APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 60, em que a abordagem do tema é em boa parte diferenciada, mas que entendo guardar algumas semelhanças com os demais por trechos como este: “Ao interpretar o alcance de um princípio constitucional, o juiz manifestará um ato de vontade, na medida em que não existe objetividade apreensível no texto interpretado. A interpretação a ser conferida ao texto constitucional dependerá, portanto, das pré-compreensões histórico-filosóficas do juiz acerca do tamanho ideal do Estado contemporâneo e o princípio democrático”.

28 Apesar de não se valerem da expressão “senso comum teórico”, há jusfilósofos que criticam a adesão dos constitucionalistas a esse “pós-positivismo brasileiro”, a exemplo de Elival da Silva Ramos. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*. Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 35-36 e Dimitri Dimoulis, que, na introdução à versão brasileira da obra “H. L. A. Hart”, de Neil MacCormick, faz a seguinte constatação: “MacCormick designa sua abordagem como ‘pós-positivista’ []. Mas os juristas brasileiros que utilizam o termo não citam suas obras, nem são por elas influenciados” MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. Trad. Claudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 17.

29 WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1994. p. 13-18, v. 1. Roberto Freitas Filho utilizou essa concepção de Warat para construir seu conceito de “cultura jurídica”, a qual, no sentido preconizado pelo autor, deve ser subdividida em cultura jurídica de formação e de atuação prática do jurista: a primeira fornece “[...] o universo conceitual e determinada matriz ideológica aos operadores do Direito, propondo sua socialização política e conferindo-lhe uma determinada referência de função social”; a segunda é a que “[...] se revela na *praxis* do ator jurídico, no cotidiano de suas atividades profissionais”, ou seja, quando o operador do Direito coloca em prática o conjunto de valores que traz consigo desde a sua formação. FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do Direito e Juspositivismo*. A Exaustão de um Paradigma. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 24-29. Outro jurista que se valeu do conceito de senso comum teórico para denunciar um certo *status quo* do saber jurídico, formatado pelo que chama de “crise de paradigma” do Direito, é Lenio Luiz Streck. Essa crise, para Streck, é sustentada ideologicamente por um emaranhado de crenças, fetiches, valores e justificativas legitimadas mediante discursos produzidos pelos órgãos institucionais (parlamentos, tribunais, escolas de direito, associações profissionais e administração pública). Tal emaranhado ideológico sufoca as possibilidades interpretativas, autorizando dissidências apenas possíveis, delimitadas previamente, de modo que tais dissidências “não ultrapassem o *teito hermenêutico* prefixado (horizonte do sentido)”. Vide: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 65-75.

30 WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1994. p. 13, v. 1.

31 WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1994. p. 13-14. Devo referir aqui que não desconheço que Warat deu um maior desenvolvimento, nesse mesmo texto, a seu conceito de senso comum teórico, descrevendo-o em mais detalhes, deixando-o, pois, mais minucioso e abrangente. Porém, para o meu argumento, não será necessário um maior aprofundamento nessas ilações.

Os autores do novo senso comum teórico acreditam na forte atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, atuação essa fenomenalizada 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 deixam de trabalhar com um problema central do juspositivismo: o não enfrentamento da questão da *discricionariedade judicial* acarretada pela inerente indeterminação do Direito.³² Essa questão não era tida pelos positivistas em geral e por provavelmente seu maior expoente em particular, Hans Kelsen, como um problema jurídico, mas moral ou político.^{33 34}

Ao fazer uma profissão de fé nessa gama de princípios e valores com conteúdo semanticamente muito aberto sem tratar dos limites da atividade interpretativa, o novo senso comum não está indo de encontro ao ideário do positivismo jurídico. Bem ao contrário disso, tal postura representa, consciente ou inconscientemente, uma atitude de aceitação da incontrolabilidade jurídica da discricionariedade dos juízes, típica do paradigma juspositivista. Para que não restem dúvidas quanto a isso, consideremos as ideias expostas por Hans Kelsen na sua clássica “Teoria Pura do Direito”, uma das mais (senão a mais) importantes teorias do positivismo jurídico orientado para normatização no século XX.³⁵

Kelsen sustentava que o problema da interpretação das normas jurídicas não pertence ao Direito, mas à política. No conhecido capítulo VIII (“A interpretação”) da Teoria Pura,³⁶ o jusfilósofo dizia haver uma

32 Registro, no entanto, que o problema da indeterminação do Direito e da correlata discricionariedade dos juízes, embora não trabalhado pelos autores que compõem o novo senso comum teórico na seara do controle de políticas públicas, é estudado por uma significativa parte de juristas brasileiros ligados às disciplinas da filosofia do Direito e da hermenêutica, os quais efetivamente lidam com essa problemática do paradigma do juspositivismo. Ver, por todos, Roberto Freitas Filho e Lenio Luiz Streck, além de Rafael Tomaz de Oliveira: FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do Direito e juspositivismo. A exaustão de um paradigma*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003; FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais. O caso do leasing*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2009; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto “decido conforme minha consciência?”* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; 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.

33 É como pensa Albert Calsamiglia: CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 21, p. 209-220, 1998.

34 Michelin faz uma crítica semelhante: A expressão “princípio jurídico” tem tido uma presença frequente em decisões judiciais e na doutrina brasileiras. A expressão foi popularizada entre os profissionais e teóricos do direito no Brasil a partir de uma leitura direta ou, frequentemente, indireta de autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy. Ironicamente, um conceito que foi originalmente elaborado [por Dworkin] como uma forma de estabelecer critérios de racionalidade que limitam a discricionariedade judicial é mais comumente associada no Brasil a um instrumento que permite ao juiz mais liberdade em relação à lei e ao direito posto. De fato, os princípios são muitas vezes utilizados por tribunais e doutrinadores como uma forma de eliminar dificuldades postas por regras complexas e/ou que destoam da concepção de justiça do juiz ou escritor. [...] O que se coloca em questão a partir do modo como os princípios jurídicos vêm sendo utilizados tanto na doutrina como na prática do direito brasileiro é a própria noção de que o direito é algo criado dinamicamente pela comunidade política e não algo derivado de um conjunto abstrato e vago de bens ou valores por especialistas que têm um insight privilegiado sobre como esses bens e valores fundamentais devem conformar nossas instituições e decisões políticas. Ou seja, o que está em jogo é a legitimidade democrática desse arranjo institucional. MICHELON, Cláudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 261-262.

35 Assim pensa Robert Alexy ALEXY, Robert. *Conceito e validade do Direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: M. Fontes, 2009. p. 22-23: “Os representantes mais importantes do positivismo jurídico orientado para a normatização no século XX são Hans Kelsen e Herbert Hart. Kelsen define o direito como um ‘ordenamento normativo coativo’, cuja validade baseia-se numa norma fundamental pressuposta [...]. Segundo Hart, o direito é um sistema de regras que pode ser identificado por meio de uma regra de reconhecimento ou de reconhecimento (*rule of recognition*). A função dessa regra corresponde à da norma fundamental de Kelsen [...]”.

36 KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: M. Fontes, 2009. p. 387-397. A versão do capítulo oitavo a que me refiro aqui corresponde àquela revista por Kelsen em 1960, quando realizou o que alguns autores chamam de “giro decisionista”. Eis o que referem a respeito Carvalho Netto e Scotti: “[...] na edição revista da *Teoria pura do direito*, de 1960, Kelsen procede ao famoso *giro decisionista*, alterando o capítulo oitavo da obra dedicado à questão da interpretação. Precisamente o que distingue, para Kelsen, a interpretação científica da interpretação que denomina autêntica, é o fato de a primeira ser neutra e de não ter o poder de vincular as pessoas tão somente em razão da pronúncia, como as autoridades estatais competentes para decidir e aplicar a norma jurídica o fazem. Ele se indaga agora o que aconteceria se a autoridade decidisse por um sentido que não estivesse contido no interior do quadro dos sentidos admissíveis traçados pela doutrina, e responde: azar da Ciência do Direito, é

relativa indeterminação no ato de aplicação do Direito. A relação entre um nível hierárquico superior e outro inferior da ordem jurídica, como a relação entre lei e Constituição ou lei e decisão judicial, é de vinculação, todavia a determinação nunca é completa. A norma de maior hierarquia não pode vincular em todas as direções o ato por meio do qual é aplicada. Resta sempre uma margem – ora maior ora menor – de livre apreciação, de modo que a norma do nível superior apresenta-se, em relação ao ato inferior de produção normativa ou à decisão judicial, como um quadro ou moldura a ser preenchida.

A indeterminação, segundo o pensamento kelseniano, sempre existe; às vezes, intencionalmente. Quando não é intencional, ela decorre da própria pluralidade de significações de uma palavra ou de uma seqüência de palavras em que o ato normativo se exprime: “[...] o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis”.³⁷ Na hipótese de uma norma intencionalmente indeterminada, há – de modo expresso ou não – uma delegação voluntária do processo de determinação do(s) sentido(s) da norma ao órgão de produção normativa inferior ou ao aplicador da lei. É o que ocorre com as normas ditas “gerais”. Nas exatas palavras de Kelsen: “[...] o estabelecimento ou fixação de uma norma simplesmente geral opera-se sempre [...] sob o pressuposto de que a norma individual que resulta da sua aplicação continua o processo de determinação”.³⁸

Fiel ao seu ideal positivista, Hans Kelsen afirmava não haver qualquer critério jurídico com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura de interpretações de determinada norma possa ser preferida à outra. Não existe, segundo sua teoria, método capaz de ser qualificado como de Direito positivo que aponte qual das várias significações verbais possíveis de uma norma pode ser destacada como “correta”. Não é, pois, um problema de teoria do Direito, mas de política do Direito, regido por normas de moral ou de justiça. Daí que, na visão kelseniana, a interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito³⁹ corresponde não a um ato de conhecimento, mas a um ato de vontade, que pode realizar não apenas “[...] uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa”.⁴⁰

No momento em que admite que a interpretação jurídica “[...] pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa”, Hans Kelsen está aceitando que a discricionariedade judicial desconhece limites. A sua postulação geral, portanto, era a de que a interpretação, ou melhor, o resultado da atividade interpretativa não pode ser sindicado por meio das regras postas pelo Direito, o que está longe de significar que ele entendia isso como algo bom. Kelsen pode ser considerado um pessimista ou um fatalista em relação a essa situação. Aliás, em outro estudo,⁴¹ chegou a lamentar o fato de as constituições positivarem regras expressas em termos tão vagos, aumentando ainda mais o poder discricionário dos magistrados e a sua conseqüente incontabilidade.⁴²

Na medida em que o novo senso comum teórico aposta, para propiciar o controle de políticas públicas,

a autoridade que pode impor a observância das normas e não o cientista” NETTO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do Direito*. A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 49-50.

37 KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: M. Fontes, 2009. p. 389.

38 KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: M. Fontes, 2009. p. 389.

39 Kelsen chama-a de “interpretação autêntica”.

40 KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: M. Fontes, 2009. p. 391-394.

41 KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2007. p. 262-263.

42 Nas exatas palavras de Kelsen: “Caso se deseje restringir o poder dos tribunais, e, assim, o caráter político da sua função – tendência que sobressai particularmente na monarquia constitucional, podendo, porém, ser observada também na república democrática –, deve-se então limitar o máximo possível a margem de discricionariedade que as leis concedem à utilização daquele poder. Além disso as normas constitucionais a serem aplicadas por um tribunal constitucional, sobretudo as que definem o conteúdo de leis futuras – como as disposições sobre direitos fundamentais e similares –, não devem ser formuladas em termos demasiado gerais, nem devem operar com chavões vagos como ‘liberdade’, ‘igualdade’, ‘justiça’ etc. Do contrário existe o perigo de uma transferência de poder – não previsto pela Constituição e altamente inoportuno – do Parlamento para uma instância externa a ele, a qual pode tornar-se o expoente de forças políticas totalmente distintas daquelas que se expressam no Parlamento” KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2007. p. 262-263.

na incorporação de princípios e 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 syndicar a atividade interpretativa do Poder Judiciário. Nesse mesmo sentido, Lenio Streck sustenta que “[...] há uma imensa dificuldade de libertação de toda carga conceitual que foi legada pelos anos de predomínio do positivismo”. O resultado disso é a repriminção das velhas teses positivistas que tinham na discricionariedade judicial a solução do problema da decidibilidade. “A discricionariedade passou a ser a condição de possibilidade da decisão”.⁴³

Essa discricionariedade judicial agasalhada pelo novo senso comum teórico dos juristas – mesmo bem intencionada, como acredito que seja – equivale àquela de “sentido forte” descrita por Dworkin,⁴⁴ a qual redundava em um agir arbitrário. E o arbítrio, ainda que “prudente”, não pode ser a melhor solução para os problemas de (in)suficiência de políticas públicas, problemas para os quais não temos respostas fáceis. Ora, de que forma se interpreta o direito à integridade física do preso no contexto de uma ação em que o Ministério Público postula do Estado a construção de um presídio? O direito fundamental à moradia autoriza que se peça ao Estado a concessão gratuita de uma casa para quem não a possui? O portador de uma doença rara pode pedir ao Estado que lhe custeie um tratamento médico no exterior? Definitivamente, a só invocação de valores e princípios não nos fornecerá as necessárias respostas.

Apesar disso, o novo senso comum teórico no campo do controle de políticas públicas é fortemente compartilhado pelo discurso jurisdicional, tendo em vista as naturais e recíprocas interações entre este e o discurso doutrinário.⁴⁵ Um bom exemplo é a decisão do ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello na conhecida arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 45, quando, embora tenha declarado a ação prejudicada em virtude da perda superveniente do objeto, fez considerações, em *obiter dictum*, reproduzidas em diversos precedentes formados posteriormente. O ministro destacou, na oportunidade, que, embora não se inclua, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, tal incumbência, ainda que em bases excepcionais, poder-lhe-á ser atribuída, “[...] se e quando os órgãos estatais competentes [...] vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional”. Salientou, outrossim, que a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, sendo os condicionamentos impostos por essa cláusula traduzidos em um binômio que compreende a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desse modo, ainda em conformidade com o decisor, se os Poderes Legislativo e Executivo agirem de modo irrazoável, comprometendo a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, atingindo seu “[...] núcleo consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo”, aí estará justificada “[...] a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado”.⁴⁶

Não é possível extrair desse precedente os casos em que, efetivamente, será permitida a intervenção judicial em políticas públicas. É muito difícil discernir, a partir desse discurso, quando e até que ponto o Estado

43 STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 91-92.

44 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: M. Fontes, 2010. p. 50-63.

45 Há, de fato, uma significativa quantidade de juízes que apostam na sua *discricionariedade* (chamada, às vezes, de “prudente arbítrio” ou de “livre convencimento”) para a resolução dos problemas de uma alegada insuficiência dos textos de lei. Streck elenca bons exemplos disso nos capítulos segundo e terceiro (respectivamente, “As práticas judiciais em *terrae brasilis* ou ‘de como fluem os sentidos que desnudam um paradigma’” e “Nas nesgas da linguagem, as manifestações doutrinárias que *des*-cobrem o DNA do solipsismo judicial”) de seu livro sugestivamente intitulado “O que é isto – decido conforme minha consciência?” STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

46 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br>.>. Acesso em: 16 set. 2012.

estará descumprindo, na prática, a principiologia constitucional e quando estará agindo dentro dos limites legítimos proporcionados por determinadas interpretações dos postulados genéricos que lhe balizam o atuar, como a reserva do possível ou o mínimo existencial. Em uma palavra: o problema da discricionariedade judicial está aí marcadamente presente e, por conseguinte, a indagação sobre “até onde o magistrado pode ir nesse campo” também.

Aliás, não é possível tratar da judicialização das políticas públicas de uma forma assim tão ampla e abstrata. Para que os limites do atuar do juiz sejam fixados, parece necessário que sejam levadas em consideração as características da específica política pública que está, no momento, sendo objeto de apreciação jurisdicional. Muitas vezes, todavia, é um tanto difícil até mesmo divisar quando se está diante de uma política pública judicializada ou de meras decorrências dela, traduzíveis em direitos subjetivos exequíveis individualmente.

Explico com um exemplo: as tão conhecidas ações em que se pleiteiam a dispensa de medicamentos pelo Estado. Nessas demandas, comumente não se discute a política pública de saúde, mas apenas uma prestação específica de uma política já bem regulamentada em nível infraconstitucional. Quando falta, nas prateleiras dos órgãos que compõem o sistema único de saúde, um remédio que deveria ser ofertado pelo poder público e, para a sua concessão, é aforada uma ação, está-se requerendo apenas o cumprimento de uma política desenvolvida e em funcionamento, o que torna possível a extração de um direito subjetivo a essa prestação material.

Em uma simplificação, pode-se dizer que o raciocínio desenvolve-se por meio do seguinte silogismo: o Estado obrigou-se a fornecer, por meio do SUS, determinado fármaco (premissa maior); o particular pediu administrativamente mas não o obteve (premissa menor); e então o Poder Judiciário determina que a Administração Pública cumpra uma obrigação que ela própria se impôs. Parece ser esse o entendimento manifestado por Sueli Gandolfi Dallari ao referir que “[...] o direito ao medicamento é parte do direito à saúde; é uma parte pequena, certamente”.⁴⁷

A situação seria bem diferente caso se tratasse de uma ação civil pública ajuizada com a pretensão de fazer incluir, no âmbito do SUS, para fornecimento gratuito a todos os potenciais beneficiários, uma nova droga, de caráter, por exemplo, experimental, não aprovada pela ANVISA, mas que fosse defendida por parte da comunidade médica como eficaz para o tratamento de uma doença cuja medicação não estivesse prevista para dispensação pelo poder público. Aí sim poder-se-ia falar em judicialização de uma política pública de saúde, a demandar uma interpretação muito mais complexa do fenômeno.

Essa diferenciação parece receber o respaldo de José Reinaldo de Lima Lopes, quando refere que os direitos sociais – os quais, em boa parte, devem ser implementados por meio de políticas públicas – têm a característica de não serem, em princípio, fruíveis de modo individual, o que não quer dizer que não possam, em determinadas circunstâncias, ser exigidos judicialmente como se exigem outros direitos subjetivos. “Mas, de regra, dependem, para sua eficácia, de atuação do Executivo e do Legislativo por terem o caráter de generalidade e publicidade”.⁴⁸

Todas essas dificuldades inerentes ao fenômeno devem ser discutidas para que possamos evoluir no tema da judicialização de políticas públicas. Tais problemas estão, como se pode observar, intimamente ligados com a questão da discricionariedade judicial, que deve ser trazida para a agenda dos autores brasileiros que tratam do assunto, a fim de que os limites do agir dos magistrados quando analisam políticas públicas passem a figurar como uma preocupação central da disciplina. Mas não serão discutidos agora os parâmetros que devem ser observados pelos juízes nesses casos; isso ficará para outra oportunidade.

Por ora, a guisa de desfecho deste breve artigo, enunciam-se algumas conclusões parciais: (1) formou-se

47 AUDIÊNCIA PÚBLICA: Saúde. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009. p. 225.

48 LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos subjetivos 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, 1998. p. 129.

um novo senso comum teórico no campo de estudo da judicialização de políticas públicas, que entende ser possível lidar com a questão valendo-se de princípios e de valores situados na fronteira entre a Moral e o Direito, positivados implícita ou explicitamente na Constituição; (2) há alguma coisa de arbitrário nessa aposta, pois o nível de preocupação do novo senso comum com a descrição desses princípios e valores não é observado com o problema correlato da discricionariedade judicial; (3) a ausência de preocupação com os limites do agir discricionário dos juízes impede que o novo senso comum atinja o intento de superar o paradigma do positivismo, cujo maior representante, Hans Kelsen, apresentou uma conhecida visão fatalista do problema, considerando-o, em face da inerente indeterminação do Direito, não apenas inevitável como insindiacável juridicamente.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Conceito e validade do Direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: M. Fontes, 2009.
- APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.
- AUDIÊNCIA PÚBLICA: Saúde. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 240, p. 83-103, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 103, p. 7-16, 2009.
- CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 21, p. 209-220, 1998.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CASAGRANDE, Renato; FREITAS FILHO, Roberto. O problema do tempo decisório nas políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 47, n. 187, jul./set. 2010.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: M. Fontes, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: M. Fontes, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: M. Fontes, 2010.
- FARENZENA, Sulen. A busca pela efetividade dos direitos fundamentais sociais e a problemática atinente ao controle judicial das políticas públicas e orçamentos estatais. *Revista de direitos e garantias fundamentais*, Espírito Santo, n. 9, p. 77-104, jan./jun. 2011.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil: uma visão geral. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 9, n. 44, p. 27-66, jul./ago. 2007.
- FONTE, Felipe de Melo. A legitimidade do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, v. 6, n. 20, p. 91-125, jan./mar. 2008.

- FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do Direito e Juspositivismo*. A Exaustão de um paradigma. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais*. O caso do leasing. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2009.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 42, p. 11-32, 2008.
- HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: M. Fontes, 2009.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2007.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: M. Fontes, 2009.
- KUHN, Thomas S. *A Estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2005.
- KUHN, Thomas S. Algo Más Sobre los Paradigmas. Trad. Roberto Helier. In: KUHN, Thomas S. *La Tensión Esencial*. Estudios selectos sobre la tradición y el cambio em el ámbito de la ciencia. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- KUHN, Thomas S. As ciências naturais e as ciências humanas. Trad. Cesar Mortari. In: KUHN, Thomas S. *O caminho desde a estrutura*. São Paulo: UNESP, 2006.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos subjetivos 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, 1998.
- MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. New York: Oxford University Press, 1978.
- MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: M. Fontes, 2006.
- MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.
- MARQUES, Lilian Patrus. Políticas públicas em juízo: meios de controle jurisdicional. *Revista Dialética de Direito Processual – RDDP*, São Paulo, n.104, p. 62-77, nov. 2011.
- MICHELON, Cláudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 261-262.
- MOURA, Emerson Affonso da Costa. Do controle jurídico ao controle social das políticas públicas: parâmetros à efetividade dos direitos sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 19, n. 77, p. 131-184, out./dez. 2011.
- MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do Direito*. Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- NETTO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do Direito*. A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

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.

SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito*. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1994. v.1.

WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das políticas públicas – mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 193, p. 13-36, mar. 2011.

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