

INTERPRETAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO NAS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS

*Carlos Eduardo de Freitas Fazoli**
*Diego Hermínio Stefanutto Falavinha***

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Preceitos Básicos Sobre Interpretação Constitucional. 3. Interpretação e Fundamentação nas Decisões Judiciais Sobre Políticas Públicas. 4. Conclusão.

- **RESUMO:** As políticas públicas são importante meio de concretização dos direitos fundamentais na sociedade. Criadas pelo Poder Público (Administrativo e Legislativo) podem sofrer problemas que desagradem seus destinatários (população), surgindo a possibilidade de serem analisadas pelo Poder Judiciário, desde que regularmente provocado. Tal análise resultará em uma decisão judicial, que deverá seguir moldes rigorosos de interpretação e fundamentação, analisando cada caso concreto. No presente artigo, é demonstrado neste artigo os métodos de interpretação e fundamentação das decisões judiciais para o controle das políticas públicas, partindo de diversos conceitos teóricos a um modelo exemplificativo de aplicação prática, sendo escolhida a aplicação da proporcionalidade para o caso, com suas devidas adequações.
- **Palavras Chave:** Políticas Públicas; Decisões Judiciais; Direitos Fundamentais; Interpretação Constitucional.
- **ABSTRACT:** Public policies are important means of achieving the fundamental rights in society. Created by the Government (Administrative and Legislative) may experience problems that displease their recipients (population), resulting in the possibility of being examined by the judiciary, since they regularly provoked. This analysis will result in a judicial decision, which must follow strict patterns of interpretation and reasoning, analyzing each case. In this paper, we show in this article the methods of interpretation and reasoning of judicial decisions for the control of public policies, from various theoretical concepts to a model examples of practical application, the application was chosen for the case of proportionality, with its due adequacy.
- **Keywords:** Public Policy; Judicial Decisions; Fundamental Rights; The Constitutional Interpretation.

1-INTRODUÇÃO

As políticas públicas são instrumentos capazes de concretizar os direitos sociais perante toda sociedade, mas é necessário entender seu conceito e eventuais problemáticas pautadas em sua criação pelo poder público.

De forma geral, analisando o conceito genérico, "Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente

* Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos – ITE/Bauru. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil – INPG/UNIARA/Araraquara. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação lato sensu em Direito do Centro Universitário de Araraquara - UNIARA/Araraquara. Professor convidado do curso de pós-graduação lato sensu em Direito da UNITOLEDO/Araçatuba. Procurador da Fazenda Nacional.

**Aluno de iniciação científica e acadêmico do 5º ano do curso de Direito do Centro Universitário de Araraquara – UNIARA.

¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, p. 241, 2002.

relevantes e politicamente determinados”¹.

Quando é desenvolvida uma política pública, a sociedade cria um sentimento de esperança na melhoria de sua condição de vida, fato que resulta a garantia dos direitos sociais tidos como mínimo existencial, os quais devidamente efetivados para todos os cidadãos englobam a concretização de direitos fundamentais individuais, dos objetivos dispostos no artigo 3º da Constituição Federal e ao princípio norteador de todo o sistema jurídico, a dignidade da pessoa humana.

Portanto, deve a política pública atender o interesse coletivo de forma efetiva, sendo capaz de proporcionar meios aptos a conceder uma vida digna para toda a população.

Ao analisar o ordenamento jurídico vigente, existem previsões de criação de políticas públicas desde atos da administração até disposições constitucionais, passando pela legislação infraconstitucional, tendo em todos os casos a formulação de uma política pública, indicando as diretrizes, objetivos e estrutura, ou delegando a alguma órgão público a obrigatoriedade de desenvolvê-las.

Ante o exposto, cabe tanto ao Poder Executivo quanto ao Legislativo a criação das políticas públicas, desde que respeitados os limites do direito financeiro e administrativo, analisando e motivando corretamente a sua formulação, pois como salienta José Reinaldo de Lima Lopes:

“[...] para a compreensão das políticas públicas é essencial compreender-se o regime das finanças públicas. E para compreender estas últimas é preciso inseri-las nos princípios constitucionais que estão além dos limites ao poder de tributar. Elas precisam estar inseridas no direito que o Estado recebeu de planejar não apenas suas contas, mas de planejar o desenvolvimento nacional, que inclui e exige efetivação de condições de exercício dos direitos sociais pelos cidadãos brasileiros, Assim, o Estado não só deve planejar seu orçamento anual mas também suas despesas de capital e programas de duração continuada”.²

A formulação das políticas públicas deve respeitar o aspecto material, designado como sua finalidade, e os aspectos formais inerentes a sua criação, mas nem sempre se apresentam aptas a gerar uma eficácia social. Isso desponta para duas espécies de ineficácia. A parcial que denota a incapacidade da política pública criada em concretizar os direitos sociais e a total, evidenciada quando não existem políticas públicas necessárias para a sociedade.

A observância do descrito acima demonstra o desrespeito ao direito fundamental à boa administração pública, que é na lição de Juarez Freitas a:

“eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, á participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal

² LOPES, José Reinaldo Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo. (Org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, v. 1, p. 113-143, 1994.

direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem”.³

O direito a boa administração pública leva a crer que os poderes governamentais devem utilizar sua discricionariedade, levando em conta os preceitos do texto constitucional, para propiciar a concretização dos direitos fundamentais no meio social.

É o caso do recurso n.º 178.751-0/1-00 – TJ/SP⁴, onde foi mantida a sentença de 1º grau, a qual determinava que o município de São Paulo deveria garantir a matrícula e a permanência das crianças discriminadas na petição inicial em escolas de educação infantil próximas de suas residências.

Neste caso havia uma política pública insuficiente, pois há a previsão da política para atender o direito a educação das crianças, garantindo-lhes uma creche para freqüentar, mas não era apta a garantir este direito a todas, prejudicando e excluindo algumas, que tinham creches próximas de suas residências e deveriam utilizar outras, de forma dificultosa.

De outra forma, a Apelação n.º 340.464.5/5-00 – TJ/SP⁵, oriunda de uma Ação Civil Pública interposta pelo Ministério Público do Município de Rio Grande da

³ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª Ed., p. 22, 2009.

⁴ **Recurso “ex-officio” 1787510100 Relator(a):** Viana Santos **Comarca:** São Paulo

Órgão julgador: Câmara Especial **Data do julgamento:** 27/07/2009 **Data de registro:**

06/08/2009 **Ementa:** ... das crianças a creche e pré-escola - Garantia constitucionalmente prevista - Responsabilidade prioritária do Município pelo atendimento da educação infantil - Imposição de obrigação de fazer ao Município como decorrência da própria atividade jurisdicional - Violação do princípio da Independência dos Poderes não configurada - Recurso improvido. **+** **Ementa:** Reexame obrigatório - Direito das crianças a creche e pré-escola - Garantia constitucionalmente prevista - Responsabilidade prioritária do Município pelo atendimento da educação infantil - Imposição de obrigação de fazer ao Município como decorrência da própria atividade jurisdicional - Violação do princípio da Independência dos Poderes não configurada - Recurso improvido.

⁵ **Apelação Com Revisão 3404645500 Relator(a):** TORRES DE CARVALHO **Órgão julgador:** Câmara Especial do Meio Ambiente **Data de registro:** 04/06/2007 **Ementa:**

... pela lei; não há **discricionariedade:** sua conduta é obrigatória e decorre do simples fato da infração. - 2. Políticas públicas e interferência do Judiciário. “Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto» ao Poder Judiciário, ... **Ementa:** Voto n° AC-0974/07 Apelação n° 340.464.5/5-00 - Câmara Especial de Meio Ambiente Apte: Ministério Público Apdo: Prefeitura Municipal de Rio Grande da Serra Origem: Ia Vara (Ribeirão Pires) - Proc. n° 1.027/99 Juiz: Margarete Pellizari AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Rio Grande da Serra. Obrigação de fazer. Realização de obras para regularização de loteamento. Implantação de sistema de drenagem de águas pluviais* pavimentação ou cascalhamento de ruas, obras para contenção de erosão e desassoreamento de curso d*água e instalação de rede de água potável e esgoto sanitário. Separação de poderes e conveniência administrativa. - 1. Conveniência administrativa. O Executivo é livre para formular as políticas públicas e estabelecer as prioridades da Administração. Para mais fácil compreensão, a conduta administrativa pode ser classificada em termos de ação e de reação: se naquela os critérios de conveniência e oportunidade são amplos, nesta a conduta é obrigatória e vinculada pelo comando legal explícito ou implícito. Há ação quando a conduta administrativa traz inovação até então inexistente, que implica em acréscimo à atividade administrativa

Serra, obriga tal municipalidade a instalar equipamentos urbanos de escoamento de águas pluviais, pavimentar ou colocar cascalho nas vias de circulação que já estão abertas, executar obras de contenção de erosão e desassoreamento e instalar redes de esgoto sanitário e abastecimento de água potável em um loteamento local.

Neste caso, se observa a ineficácia total da administração pública, pois não existe política pública para garantir o direito ao meio ambiente, necessitando o Poder Judiciário, através de legítima provocação do Ministério Público, obrigar a municipalidade a formular tal política. Ainda, na mesma via da ineficácia/omissão total, é possível comentar a Apelação n.º 278.801.5/8-00 – TJ/SP⁶, na qual o município de São Paulo se apresentou omissivo quanto à realização de políticas públicas para tratamento especializado aos portadores de autismo, e novamente foi obrigado através do Poder Judiciário a formular tais políticas e garantir os direitos fundamentais dessas pessoas necessitadas.

Ante os exemplos citados acima, é possível concluir que embora os poderes governamentais tenham o dever de garantir o direito à boa administração pública, muitas vezes não o fazem, sendo necessária a intervenção do Poder Judiciário através de legítima provocação, para obrigá-los a formular ou complementar determinadas políticas públicas e garantir os direitos fundamentais a sociedade.

e em presumido acréscimo ao bem público. Há reação quando o Poder Público reage à conduta já praticada por seus agentes ou por terceiros, como ocorre em detectando infração à lei ou em cuidando de fatos já ocorridos ou por ocorrer, ou quando a ação é pré-determinada pela lei; não há discricionariedade: sua conduta é obrigatória e decorre do simples fato da infração. - 2. Políticas públicas e interferência do Judiciário. "Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto» ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão ? por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional A questão pertinente à reserva do possível'. Doutrina." (AgReg no RE n.º 410715/SP, 2ª Turma, Ret Min. CELSO DE MELLO* DJ de 03/02/2006). - 3. Loteamento urbano. Infraestrutura. A implantação de infraestrutura em loteamento urbano registrado, no caso sistema de drenagem de águas pluviais, construção de rede de água e esgoto, minoração da erosão e de assoreamento.

⁶ **Apelação Com Revisão 2788015800 Relator(a):** Magalhães Coelho **Órgão julgador:** 3ª Câmara de Direito Público **Data de registro:** 03/06/2005 **Ementa:** ... proteção à **saúde** pública - Alegada ingerência do Poder Judiciário no Poder Executivo - Inocorrência - Controle jurisdicional dos atos discricionários - Garantia de direito à **saúde** pública - Aplicação de multa diária -por descumprimento - Objetivo de compelir o administrador a implementar as políticas ... **Ementa:** AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Fornecimento de tratamento especializado aos autistas - Alegada ausência de interesse processual e ilegitimidade do Ministério Público - ocorrência - Art. 5º CF - Norma constitucional de proteção à saúde pública - Alegada ingerência do Poder Judiciário no Poder Executivo - Inocorrência - Controle jurisdicional dos atos discricionários - Garantia de direito à saúde pública - Aplicação de multa diária -por descumprimento - Objetivo de compelir o administrador a implementar as políticas públicas - Recursos não providos.

⁷ COMPARATO, Fábio Conder. Ensaio Sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 35, n. 138, abr./jun, 1998.

Como afirma Fabio Conder Comparato, “o juízo de validade de uma política não se confunde nunca com o juízo de validade das normas e dos atos que a compõe”⁷. Desta forma, deve ser levada a análise do Poder Judiciário a finalidade (funcionalidade) da política pública, deixando eventuais erros formais de criação do ato administrativo ou legislativo para ser sanada de maneira preliminar a discussão da eficácia ou necessidade de criação de determinadas políticas.

No entanto, o Poder Judiciário irá se deparar com diversos fundamentos levados pelo Poder Público que tentarão demonstrar os reais motivos da não criação de determinada política ou que tal política está funcionando adequadamente, e por muitas vezes tais argumentos poderão estar corretos.

Os fundamentos de defesa, geralmente invocados são a relativos a teoria da Tripartição de Poderes, a Discricionariedade Administrativa e a Reserva do Possível.

Quanto a tripartição dos poderes, a ideia de que o Poder Judiciário não possui legitimidade para intervir em decisões de cunho administrativo como as políticas públicas, é teoria ultrapassada.

A doutrina clássica da separação de poderes demonstrava, em sua essência, o respeito máximo com a lei, devendo todos os poderes seguir suas disposições, mas tal premissa positivista não é mais coerente com a nova ordem jurídica, pelo simples fato da lei ser elaborada por um único poder, o legislativo, o qual concentraria uma tendência tirana a exacerbar suas pretensões na letra da lei.

Posto isso, é possível concluir que Poderes Estatais continuam devendo respeitar plenamente a lei, mas daí surge à mudança de paradigma, não é uma lei simples e criada sem qualquer escrúpulo ou anseio social, é a lei maior, a Constituição, onde existem todos os preceitos para o desenvolvimento de uma sociedade livre, justa e igualitária, possuindo o Poder Judiciário obrigação de intervir, desde que legitimamente provocado, a analisar questões que remontam direitos fundamentais e sociais, como a problemática que envolve as políticas públicas.

No tocante a Discricionariedade Administrativa, Nessas lições, é observado que o poder discricionário da administração deve eleger e escolher opções adequadas à satisfação da finalidade legal, mas deve-se entender este conceito como finalidade constitucional ou finalidade dos direitos fundamentais.

Na forma deste conceito, a Administração Pública deve analisar de acordo com seu orçamento e prioridades, qual a melhor opção para os administrados, fato que comprovado, impediria a intervenção do Poder Judiciário na decisão discricionária do Poder Público.

No entanto, como salienta Fazoli e Ripoli⁸, “O Estado não possui discricionariedade na efetivação dos direitos fundamentais. Estes estão

⁸ FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas; RIPOLI, Danilo César Siviero. Direitos Fundamentais: a inexistência de discricionariedade na sua prestação. In: GÖTTEMS, Claudinei Jacob; SIQUEIRA, Dirceu Pereira. (Org.). **Direitos Fundamentais: da Normatização à Efetividade nos 20 anos da Constituição Brasileira**. Birigui: Boreal, p. 01/21, 2008.

imperativamente previstos na Constituição e não estão sujeitos a qualquer análise de conveniência e oportunidade quanto á sua concretização.”

Há também, a teoria da “Reserva do Possível”, desenvolvida pelo Alemão HÄBERLE⁹, na década de 70, é regularmente invocada pelo poder público, para demonstrar a ilegitimidade do Poder Judiciário em controlar as Políticas Públicas e suscitar a importância de limites financeiros para sua concretização.

Tal teoria leva em conta dois aspectos, um fático e outro jurídico, o primeiro conduz a falta de capital, pessoal ou condições materiais para a realização de tal preceito constitucional, e o segundo, destaca a necessidade de previsão orçamentária e recursos financeiros para sua realização.

A reserva do possível invoca elementos necessários a concretização dos direitos sociais, pois tais direitos para se tornarem efetivos socialmente contam com gasto público.

Tal teoria, embora muitas vezes suscitada de forma mentirosa pelo Poder Público, deverá ser alvo de análise minuciosa pelo operador do direito que deve analisar cada caso concreto, buscando compreender as necessidades postuladas em juízo.

O principal operador do direito nesses casos serão os membros do Poder Judiciário, pois decidirão eventuais demandas invocadas pelo Ministério Público e/ ou População, fator que exige uma adequada interpretação, evitando decisões autoritárias e/ou ineficientes acerca das políticas públicas.

Todo o descrito acima é de suma importância para compreender a complexidade dos problemas que envolvem as políticas públicas, principalmente quando tais questões são levadas ao Poder Judiciário e o julgador se depara com inúmeros fundamentos, importantes e passíveis de pender a qualquer uma das partes (Poder Público ou População).

É nesse aspecto que se encontram os fundamentos do presente artigo, pois a interpretação e fundamentação a ser utilizada pelo Poder Judiciário quando se depara com questões relativas ao controle judicial de políticas públicas é procedimento delicado que deve ser realizado com o estudo aprofundado de conceitos gerais de interpretação aplicando-os ao problema concreto, levando em conta suas especificidades.

Com isso, para conclusões posteriores não ficarem vagas foi necessário conhecer algumas regras básicas e de interpretação que serão seguidas neste para criação de um modelo, com a finalidade de seguir um raciocínio lógico e produtivo.

Lógico, que tal modelo não deverá ser encarada como única resposta para a problemática envolvida, mas tem como objetivo criar subsídios para aplicação prática e chamar a atenção para a necessidade de utilização de fundamentos concretos

⁹ HÄBERLE *pu*d KRELL, Andreas Joachim. Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição Concretizada: Construindo Pontes com o Direito Público e o Privado**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 25/60, 2000.

para as decisões judiciais que envolvam políticas públicas.

Com esta base, busca-se demonstrar neste artigo os métodos de interpretação e fundamentação das decisões judiciais para o controle das políticas públicas, partindo de diversos conceitos teóricos a um modelo exemplificativo de aplicação prática, sendo escolhida a aplicação da proporcionalidade com suas devidas adequações.

2-PRECEITOS BÁSICOS SOBRE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas grandes premissas: (I) quanto ao papel da norma; cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; (II) quanto ao papel do juiz; cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida. Com isso, a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato. No modelo convencional, as normas são percebidas como regras, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante subsunção¹⁰.

Resumindo tal afirmação, o modelo clássico é palpado nos ideais positivistas de pura subsunção da norma ao caso concreto.

Entretanto, surgiu a divisão da norma constitucional entre princípios e regras, mas é necessário tomar precauções antes de aplicar tal teoria no mundo prático, pois há basicamente duas divisões, que serão demonstradas.

Existem teorias que partem do ponto da fundamentalidade dos princípios e instrumental da regras, afirmando que os primeiros seriam as normas mais fundamentais do sistema, e as regras, seria uma concretização desses princípios:

“No âmbito dessa distinção, são inúmeras as tentativas de classificação dos princípios constitucionais. Canotilho, por exemplo, fala em princípios jurídicos fundamentais, princípios políticos constitucionalmente conformadores, princípios constitucionais impositivos e princípios-garantia. José Afonso da Silva, por sua vez, fala em princípios constitucionais fundamentais e princípios constitucionais gerais. Jorge Miranda fala, ainda, em princípios axiológicos fundamentais, princípios político-constitucionais e princípios constitucionais instrumentais. Luis Roberto Barroso, por fim, fala em princípios fundamentais, princípios gerais e princípios setoriais”¹¹

Por ora, vale alertar que caso o operador do direito deve estudar e escolher a teoria mais plausível para suas razões, não devendo confundi-las, para não gerar imperfeições jurídicas e teóricas, pois quando se parte da teoria quantitativa o

¹⁰ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In: *Revistas Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, Núm. 9, março/maio, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com>, acesso em: 07/10/2009.

¹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, p. 607-630, 2003.

'princípio da anterioridade' não seria princípio e sim 'regra da anterioridade', causando grande confusão caso seja adotada teorias incompatíveis num caso de colisão de direitos fundamentais.

Para nosso trabalho é imperioso destacar que "A nova interpretação constitucional não abandonou os elementos clássicos (gramatical, histórico, sistemático e teleológico), mas revitalizou a hermenêutica jurídica [...]. Isto possibilitou encontrar um meio-termo entre a *vinculação* e a *flexibilidade*, buscando melhores soluções para os conflitos entre direitos fundamentais."¹²

Com isso, surge a possibilidade de colisão de direitos fundamentais e a utilização do princípio (regra) da proporcionalidade, que será estudada e aplicada em momento oportuno deste trabalho, cabendo aqui apenas um mero esclarecimento, e as técnicas de ponderação e argumentação.

Para a colisão de direitos fundamentais, vamos partir do ponto da teoria quantitativa de divisão da norma constitucional.

Quando nos depararmos com um conflito de regras de direitos fundamentais¹³, a solução se apresenta um pouco mais sucinta devendo ser aplicado dois modos:

"(i) com a introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras ou, não sendo isso possível, (ii) com a declaração de invalidade – um juízo de (in)validez – de ao menos uma delas, com base em critérios como *Lex superior derogat legi inferiori*, *Lex posterior derogat legi priori* e *Lex specialis derogat legi generali*. Essas formas de solução – enfatize-se – decorrem das regras como mandamentos definitivos"¹⁴ que devem ou não ser aplicados.

Para o primeiro caso, podemos tomar como exemplo o conflito entre as seguintes regras, uma que existe para proibir que alunos saiam da sala de aula antes do toque do sinal, outra que permite a saída dos alunos antes do toque do sinal em caso de incêndio. Se o sinal não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos de dever-ser contraditórios entre si. Portanto, esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio.¹⁵

Mas, caso isso não seja possível, pois ambas as regras se apresentam contraditórias e impossíveis de serem aplicadas concorrentemente, temos o exemplo, de haver uma "regra que proíbe e outra que permite o fumo nas salas de aula. Aqui, não há possibilidade da instituição de uma cláusula de exceção, como no exemplo

¹² CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie.. (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. Salvador: Jus Podivm, 6 ed., p. 139-172, 2008.

¹³ Regra da Legalidade, Regra da anterioridade, entre outros.

¹⁴ STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, p. 11-53, 2005.

¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros Editores, p. 92., 2008.

anterior, porque as conseqüências jurídicas são totalmente excludentes entre si. Para a solução desse conflito só podem ser consideradas uma das outras duas máximas para solução de antinomias: *Lex posterior derogat legi priori* ou *Lex superior derogat legi inferiori*. O resultado será, inevitavelmente, a declaração de invalidade de uma das regras.”¹⁶

Com o conflito de princípios¹⁷, a interpretação deve ser muito mais elaborada e esquematizada, para chegar à solução da problemática envolvida.

Nestes casos, as colisões de princípios exigem um método de solução diferente, pois não há introdução de cláusula de exceção em um, nem declaração de invalidade de um dos princípios. Com base nas circunstâncias relevantes do caso, são eles que determinam o peso relativo de cada um dos princípios, um dos princípios precede o outro, ou um princípio cede ante o outro.¹⁸

Há ainda o conflito entre regras e princípios, mas partindo da idéia de que regras ‘são puramente aplicadas ou não’, de acordo com o critério de validade, ao contrário dos princípios, tem-se a solução citada em notas de rodapé da obra “Teoria dos Direitos Fundamentais” de Robert Alexy¹⁹ e descrita por Virgílio Afonso da Silva²⁰, assinalando que “quando um princípio entra em colisão com uma regra, deve haver um sopesamento. Mas esse sopesamento não ocorre entre o princípio e a regra, já que regras não são sopesáveis. Ele deve ocorrer entre o princípio em colisão e o princípio no qual a regra de baseia.”²¹

A técnica da ponderação se traduz na utilização do princípio (regra) da

¹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**: Os Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares. São Paulo: Malheiros, 1ª ed., 191 p., 2005., p. 33-34.

¹⁷Princípio da Igualdade, Princípio da liberdade, etc.

¹⁸ STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. 1ª Ed., 2ª Tiragem, São Paulo: Malheiros, p. 11-53, 2007.

¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros Editores, p. 90, 2008. Nota de rodapé n.º 24: “É necessário distinguir dois casos de restrição à realização ou à satisfação dos princípios por meio de regras: (1) A regra R, que restringe o princípio P, vale estritamente. Isso significa que vale uma *regra* de validade R', que diz que R' tem precedência em relação a P e o quão desimportante é a realização de R; (2) R não vale estritamente. Isso significa que vale um *princípio* de validade P', que permite, em determinadas situações, que P supere ou restrinja R. Essas condições não podem ser satisfeitas com a simples constatação de que o cumprimento de P é, no caso concreto, mais importante que o cumprimento do princípio PR, que *materialmente* sustenta R, pois isso faria com que P' não desempenhasse nenhum papel. Tudo seria uma questão de relação entre P e PR. P' desempenha um papel se para a determinação da precedência de P não somente se exija que P preceda o princípio PR, que *materialmente* sustenta R, mas também que P seja mais forte que PR em conjunto com o princípio P', que exige o cumprimento de regras e que, nesse sentido, sustenta formalmente R.”

²⁰ SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais**: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia. São Paulo: Malheiros Editores, p. 52, 2009.

²¹ SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais**: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia. São Paulo: Malheiros Editores, p. 52, 2009.

proporcionalidade e/ou razoabilidade²², na incessante busca pela “racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos”.²³

Por esse viés, remonta-se que a utilização tanto da proporcionalidade/razoabilidade visa à concretização dos direitos constitucionais, abrindo ao operador do direito, principalmente ao magistrado, a possibilidade de utilizar certa técnica de ponderação e bom-senso quando se depara com casos difíceis que a mera subsunção a determinado dispositivo legal não é suficiente para solucionar o problema.

3-INTERPRETAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO NAS DECISÕES JUDICIAS SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS

Os direitos sociais, são direitos prestacionais que devem como regra geral serem proporcionados pelo Estado, os quais possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que cria condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.²⁴

Com estas considerações, é possível concluir que o conteúdo dos direitos sociais está ligado à garantia de direitos como igualdade e liberdade, e o supradireito da dignidade da pessoa humana, os quais possuem conteúdo principiológico segundo a corrente qualitativa, pois apresentam essencialmente a possibilidade de serem realizados ao máximo, dentre as possibilidades fáticas e jurídicas.

Assim, quando se depara com a problemática do controle judicial de políticas públicas, não há como definir um sistema de aplicação uníssono, deve-se ter em mente as disposições demonstradas no tópico anterior para nortear e encontrar um resultado plausível para toda a sociedade.

Lenio Streck assinala que: “Interpretar é, pois, compreender. Somente pela compreensão é que é possível interpretar[...] Como condição de possibilidade para a

²² Há diversas discussões na doutrina acerca da diferenciação dos princípios ou regras da proporcionalidade e razoabilidade. A maioria da doutrina sustenta que ambos possuem o mesmo significado (Luis Roberto Barroso, Wilson Steinmetz, entre outros), mas há outras (Virgílio Afonso da Silva) que afirmam que ambos possuem características diferentes e não podem ser aplicados juntos. Entretanto, para a finalidade deste trabalho, que é sua aplicação como forma de ponderar as decisões, chegando-se a um resultado aparentemente justo, será utilizada como parâmetro a doutrina majoritária sobre o tema, pois embora a origem histórica dos dois princípios (regras) seja diferente, no direito brasileiro se desenvolve a aplicação deles com sentido de ‘ponderação justa’. Posto isso, não há qualquer incompatibilidade entre suas aplicações.

²³ BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. 1ª Ed., 2ª Tiragem, São Paulo:Malheiros, p. 271/316, 2007.

²⁴ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26ª Ed., São Paulo: Malheiros, p. 286/287, 2006.

interpretação, a compreensão abre possibilidades para evitar/ultrapassar a obediência passiva à autoridade da tradição. As dimensões de criatividade e crítica devem ser somadas ao esquema ontológico da hermenêutica filosófica, para construir uma resposta ao problema epistemológico do Direito.²⁵

Compreender, no direito contemporâneo, é respeitar os direitos fundamentais dispostos no texto constitucional e buscar a dignidade da pessoa humana em todas as decisões e atos do mundo jurídico, para refletirem na sociedade um bem estar social de igualdade.

Garantir os direitos sociais através das políticas públicas está inserida nesta compreensão, e quando surgem dúvidas quanto a sua omissão ou ineficácia, deve o Poder Judiciário decidir da maneira mais ponderável possível, levando em conta todos os fundamentos, tanto da sociedade insatisfeita quanto do Poder Público.

Portanto, com base nos ensinamentos de interpretação constitucional demonstrados e de toda teoria desenvolvida até o momento, é necessária a criação de um modelo, baseado no princípio da proporcionalidade, para demonstrar a linha de raciocínio a ser seguida nas decisões judiciais que envolvem políticas públicas.

Importante mencionar, que não se pretende criar um modelo definitivo e tido como unicamente correto. A maior pretensão é exemplificar os pontos necessários a serem abordados, demonstrando como uma decisão judicial deve ser fundamentada, para que não o Poder Judiciário não se torne um ente 'autoritário' com 'caprichos' ideológicos próprios, desrespeitando, sem motivos, a discricionariedade administrativa e a reserva do possível. Entretanto, acima de todos os pressupostos, tais decisões devem respeitar ao máximo os direitos sociais.

Antes de entrar na aplicação propriamente do princípio da proporcionalidade, são necessários alguns esclarecimentos.

Assim, inaugura-se um conflito de direitos fundamentais, onde de um pólo figura a coletividade, os reclamados pelo direito social supostamente desrespeitado, e no outro pólo o Poder Público, ente administrativo, que segue regras de aplicação de seus orçamentos e possui discricionariedade para aplicar decisões sobre políticas públicas.

Portanto, há um Direito Social (princípio) versus Regras da Administração Pública. Assim, deve-se retirar das regras o princípio que as condicionam, neste caso, Eficiência da Administração Pública, que aqui abarcará a administração em favor do interesse público condicionado a Discricionariedade e Reserva do Possível.

Para o modelo desenvolvido, a colisão é Direito Social versus Eficiência da Administração Pública, o que necessita a aplicação da lei de colisão, pois do lado da coletividade vigora o direito a prestação de determinado direito social, e do lado da Administração Pública, vigora o direito de administrar com eficiência, com seu

²⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 3ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 264/265, 2001.

poder discricionário e a reserva do possível, analisando as melhores opções para a criação ou não de políticas públicas.

Ante o exposto, será criado um esboço de colisão dos direitos fundamentais partindo do princípio da proporcionalidade, devendo ser utilizada uma técnica de ponderação, a qual determina “que a relação entre o fim que se pretende alcançar e o meio utilizado deve ser adequada, necessária e proporcional.”²⁶

A adequação, parte do pressuposto que o meio adotado deve se apresentar coerente com o fim almejado, devendo este ser legitimamente compatível com os preceitos, implícitos ou explícitos, do texto constitucional, devendo se apresentar “apto, útil, idôneo ou apropriado para atingir o fim pretendido”.²⁷

A necessidade, busca analisar se há outro meio de resolução da problemática, buscando uma solução intermediária, “mais suave”²⁸, entre a duas disposições, para não ocorrer à restrição de apenas um dos princípios.²⁹

A proporcionalidade em sentido estrito seria a própria ponderação do caso, devendo ser analisado que:

“quanto maior é o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro. Isso expressa que a otimização em relação aos princípios colidentes nada mais é que o sopesamento. A lei do sopesamento pode ser dividido em três passos. No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio”.³⁰

Com isso, Wilson Steinmetz, em outras palavras, mas com mesmo significado, chegou a três passos:

“Primeiro: determinação (‘mensuração’) do grau de não-satisfação ou de não-realização de um princípio (o princípio restringido). Trata-se de ‘quantificar’ o grau de intensidade da intervenção ou da restrição. Segundo: avaliação da importância (‘peso’) da realização de outro princípio (o princípio oposto”. Terceiro: demonstração de que a importância da realização do princípio oposto justifica a

²⁶ STEINMETZ, Wilson Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, P. 11/53, 2005.

²⁷ STEINMETZ, Wilson Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, P. 11/53, 2005.

²⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. Editor Celso Bastos: São Paulo, p. 85, 2002.

²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad.: Silva, Virgílio Afonso da São Paulo: Malheiros, 669 p., 2008.

³⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad.: Silva, Virgílio Afonso da São Paulo: Malheiros, p. 593/594, 2008.

não-realização do princípio restringido.”³¹

Com as considerações, passa-se ao exemplo hipotético e conseqüente criação de um modelo de fundamentação, em casos de políticas públicas insuficientes.

Situação levada ao Poder Judiciário: Crianças do ensino fundamental de uma escola municipal estão sem professores suficientes para o ano letivo, fato que lesa o direito a educação, pois, supostamente, não tem todas as aulas deixando de garantir a regular instrução.

Motivos da Administração Pública: Por seu Poder Discricionário e pelos elementos da Reserva do Possível, se concluiu, após estudos e análises sociais e econômicas, que a quantidade “x” de professores é capaz de atender a demanda de “y” alunos e “z” classes.

Diante dos elementos apresentados, passe-se a análise da primeira etapa do princípio da proporcionalidade, a “Adequação”.

Adequação: O meio adotado (ter “x” de professores para atender a demanda de “y” alunos e “z” classes) é coerente com o fim almejado (Garantia do Direito à Educação)?

Para chegar a essa conclusão, deve-se analisar o “fim almejado” com os fundamentos discricionários que levaram o Poder Público a decisão do “meio adotado”.

O “fim almejado” é a garantia satisfatória do direito à educação, especificamente da prestação dela através dos professores.

O “meio adotado” pertence, nesse caso, a esfera de poder discricionário da administração, cabendo a ela analisar e escolher o número adequado de professores para atender as crianças do ensino fundamental de maneira que lhes garantam o direito à educação.

Portanto, se a fundamentação e análise do Poder Público, demonstrar que o “meio adotado” é coerente/plausível para o “fim almejado”, pois o número de professores é suficiente para atender a demanda de alunos, pelo fato, por exemplo, de não utilizarem os dois períodos (matutino e vespertino) para ministrarem as aulas, e, com isso, realizam rodízios e substituições, abarcando todas as classes de forma eficiente, não há espaço para inibir a opção da Administração Pública.

Se esta for à conclusão, a decisão deve ser favorável ao Poder Público, respeitando seu poder discricionário, pois as crianças estão com o direito à educação garantido.

Mas, caso os fundamentos do Poder Público não sejam convincentes ou perceba-se qualquer indício forte de desrespeito ao direito social discutido, deve-se continuar a análise do caso, partindo para a segunda etapa do Princípio da Proporcionalidade, a Necessidade.

³¹ STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, p. 11/53, 2005.

Necessidade: Há uma solução intermediária para o conflito? Que agrade as duas partes e garanta o direito social em jogo?

Nessa segunda etapa, deve-se compreender que o objetivo é um acordo entre Poder Público, Poder Judiciário e Coletividade, no qual todos devem analisar possibilidades intermediárias, que possam agradar e respeitar todos os envolvidos.

Primeiro, é coerente analisar a gravidade do problema identificado na primeira etapa, para saber se a intervenção deve ser mediata ou imediata.

Segundo, estabelecer a possibilidade de propostas alternativas para a resolução do problema.

Assim, se a gravidade do problema for alta, por exemplo, as crianças do período matutino não estão tendo aulas pela falta de professores, que só conseguem ministrar para o período vespertino.

Ora, uma problemática dessas, exige uma medida imediata, portanto, o Poder Público deverá apresentar hipóteses eficazes de resolução desse problema, demonstrando, exemplificativamente, a proposta de contratação de professores provisórios, rodízio entre os professores existentes, entre outras.

Logicamente, busca-se nessa fase a possibilidade de respeito entre a Coletividade e o Poder Público, pois a proposta da Administração estará em acordo com sua discricionariedade e a reserva do possível.

Neste sentido, a alternativa apresentada pelo Poder Público deve ser analisada de acordo com a gravidade do caso. Caso seja coerente e eficaz, o conflito foi resolvido, e a decisão do Poder Judiciário deve ser a Homologação de um acordo, o qual deve ser acompanhado até a efetiva resolução do caso.

No entanto, caso nada seja proposto ou a alternativa se apresentar insuficiente para a resolução do problema, não sendo possível a realização de qualquer acordo, passe-se a terceira etapa, a análise da Proporcionalidade em Sentido Estrito.

Proporcionalidade em Sentido Estrito: Determinar o grau de não-satisfação ou de não-realização do Direito à Educação, ou, como analisado na etapa anterior, o grau de gravidade do problema.

Aqui, se deve analisar novamente a gravidade do problema, para identificar qual tipo de intervenção deve ser utilizada, imediata ou mediata.

Problema de gravidade alta, como o mencionado anteriormente 'as crianças do período matutino não estão tendo aulas pela falta de professores, que só conseguem ministrar para o período vespertino', exige uma intervenção imediata.

Nesse caso, quanto à avaliação da importância da realização do direito à educação em relação à eficiência da Administração Pública, deve-se tentar compatibilizar os fundamentos da reserva do possível com o direito desrespeitado, mas a efetivação do direito social deve prevalecer, impondo uma medida imediata para resolução do problema e concedendo prazo para o Poder Público regularizar a situação.

Assim, passa-se a demonstração de que a importância da realização do Direito à Educação justifica a não-realização ou uma realização menor da 'Eficiência' da Administração Pública.

Essa final fundamentação da decisão judicial deve ser corroborada por fundamentos concretos e plausíveis, para demonstrar a necessidade de obrigar o Poder Público a realizar determinada medida que garanta o Direito Social desrespeitado, devendo ser prolatada uma decisão favorável a sociedade ou parcialmente favorável.

Parcialmente favorável, pois embora o objetivo principal seja a garantia do direito social lesado, deve ser levado em conta pelo Poder Judiciário os fundamentos da reserva do possível da Administração Pública, tentando estabelecer um diálogo entre todos os atores sociais.

Por exemplo, caso a gravidade da lesão ao direito social seja baixa, não exigindo intervenção imediata, apenas mediata, é necessário observar fundamentos do Poder Público, podendo conceder um prazo coincidente com o próximo orçamento, enfim, compatibilizando a realização do direito com as regras da administração.

Mas, é importante deixar claro, que embora a decisão do Poder Judiciário deva tentar, ao máximo, compatibilizar todos os fundamentos levados ao seu conhecimento, a garantia e efetivação do direito social lesado, levando em conta o mínimo existencial, necessário ao bem estar do indivíduo, e a dignidade da pessoa humana, deve prevalecer em todos os casos.

Foi demonstrada a opção de fundamentação a ser seguida no caso de políticas públicas insuficientes, mas e no caso de omissão total de políticas públicas, qual fundamentação seguir?

Os direitos envolvidos serão os mesmos (Direito Social X Eficiência Administração Pública). Portanto, os fundamentos deveram repetir-se. Exemplificativamente, o Poder Público alegará, primeiro, que não implementou tal política, pois de acordo com sua discricionariedade, após minuciosos estudos sociais, tal medida não se apresentou necessária, segundo, poderá alegar que não possui condições financeiras para criar tal política pública.

Enfim, a análise sobre a Adequação, Necessidade e Proporcionalidade em Sentido Estrito, devem ser mantidas, compatibilizando os mesmos preceitos desenvolvidos anteriormente, de acordo com o caso concreto.

A diferença, é que quando existe uma política pública insuficiente, existe uma norma prévia, administrativa ou legislativa.

No entanto, não se leva ao Poder Judiciário a norma criadora da política pública, mas sua finalidade/funcionalidade. Assim, cabe a utilização imediata da Constituição em todos os casos, de insuficiência ou omissão.

A Carta Magna de 1988 pontificou, em seu art. 5º, §1º, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, corroborando a necessidade de repensarmos a postura meramente contemplativa em face de uma norma constitucional, a omissão

total não deixa de ser uma política pública negativa, um Município, por exemplo, onde não exista qualquer escola, se o prefeito opta por construir um campo de futebol em detrimento da construção da escola necessária ao atendimento do art. 208, I, da CF, não se pode vislumbrar outra solução constitucional que não seja permitir que o juiz possa impedir a construção do estádio e determine, com base diretamente na Constituição, que o Município deve, primeiramente, construir a escola.³²

Defende-se, portanto, a aplicação do Princípio da Proporcionalidade em ambos os casos, desde que, estabelecendo um raciocínio com base nas linhas de interpretação expostas e levando como paradigma judicial os direitos dispostos na Constituição, buscando compatibilizar as problemáticas envolvidas, demonstrando a coerência e justiça da decisão.

4-CONCLUSÃO

Os fundamentos utilizados com base na proporcionalidade, desenvolvidos neste artigo, constituem diretrizes para se alcançar uma correta fundamentação no caso de decisões judiciais acerca de problemas que envolvem as políticas públicas.

Mas, o mais importante, e até mesmo já mencionado ao longo deste trabalho, é que o trabalho de interpretação e fundamentação nas decisões judiciais não deve ser encarado como forma sistemática e objetiva de aplicação, ou seja, cada julgador possui autonomia e liberdade para decidir, devendo analisar cada caso com suas peculiaridades.

Não deve o julgador aplicar cegamente regras e orientações de interpretação e fundamentação, mas, sim, interpretá-los e entender que a essência da fundamentação se encontra em analisar várias idéias e propostas juntamente com o caso concreto e procurar a melhor solução.

O presente artigo traz subsídios para isso, mas não constitui única resposta adequada, pois se parte da constituição de um modelo que busca assessorar futuras decisões judiciais.

Criar um modelo nas ciências jurídicas e aplicá-lo como único e correto é, muitas vezes, tormentoso e pouco seguro, pois por mais semelhante que seja um caso com outro, sempre há particularidades a serem analisadas que divergem, em alguns pontos, dos modelos propostos.

Ademais, a ciência jurídica não é exata, pelo menos não é assim que deve ser encarada, pois caso fosse, bastaria encontrar uma 'fórmula' adequada e aplicá-la sem qualquer atividade interpretativa do operador do direito, criando-se uma linha de produção de decisões.

Nestes termos, o presente artigo demonstra a necessidade de interpretação e fundamentação das decisões judiciais em relação as políticas públicas, sendo possível ter decisões favoráveis ao Poder Público e outras a população.

³² FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: RT, 2005.

Restou demonstrado que a aplicação da proporcionalidade não é simples e posta de forma única, tendo de ser aplicada em moldes complexo e de grande análise por parte do julgador, que deve reunir todas as provas possíveis para encontrar a decisão mais correta ao caso.

Isto porque, como ensina Paulo Bonavides, a aplicação intensiva do princípio da proporcionalidade num determinado ordenamento jurídico, como aparelho de salvaguarda dos direitos fundamentais para frear a ação limitativa do Estado sobre esses direitos, por via das reservas de lei consagradas pela própria ordem constitucional, suscita o grave problema do equilíbrio entre o Legislativo e o Judiciário. Um inadvertido e abusivo emprego daquele princípio poderá compreender e abalar semelhante equilíbrio. Daqui resulta o temor da instauração de um eventual Estado de juízes.³³

Portanto, deve o julgador quando se deparar com uma problemática que envolva políticas públicas, direitos fundamentais, Poder Público e população, tentar estabelecer “um diálogo constitucional entre os três poderes.”³⁴ Havendo a necessidade de uma análise minuciosa de cada caso, como destaca Virgílio Afonso da Silva:

“para dar ensejo a alguma intervenção do Judiciário nesse âmbito, não basta que se verifique que uma ação que poderia eventualmente realizar um direito fundamental não tenha sido realizada – por exemplo, a compra de remédios para combater determinada doença; é necessário, além dessa verificação, que se analise se há, ou não há fundamentação jurídico-constitucional para a omissão. *Somente nos casos de omissão infundada é que se poderia imaginar alguma margem de ação para os juízes nesse âmbito.*”³⁵

A conclusão deste artigo contempla um raciocínio lógico, ou seja, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais relativas as políticas públicas, no entanto, o óbvio se torna complicado na prática, pois a fundamentação deve seguir rigorosos critérios para não ensejar situação injustas que prejudiquem ainda mais a população.

Muitas vezes, a aparente decisão favorável ao pedido da população, aos direitos fundamentais, é incorreta, pois se a política pública é satisfatória e os fundamentos do Poder Público são verídicos, obrigá-lo a criar outra política ou melhorar a existente recrutará recursos financeiros que poderiam ser aplicados em outras políticas públicas em favor da população.

Por fim, contemplando a concretização dos direitos fundamentais através da utilização de políticas públicas, fica o modelo desenvolvido neste artigo como

³³BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23ª Ed., São Paulo: Malheiros Editores, p. 420, 2008.

³⁴ SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. São Paulo: Malheiros Editores, p. 251, 2009.

³⁵ SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. São Paulo: Malheiros Editores, p. 251, 2009.

chamariz para a utilização fundamentado da proporcionalidade nas decisões judiciais e atenção aos cuidados que devem ser tomados para não aplicá-la de forma 'injusta' e 'prejudicial' a sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert . **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad.: Silva, Virgílio Afonso da São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. in: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Núm. 9, março/maio, Salvador, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com>, acesso em: 07/10/2009.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. 1ª Ed., 2ª Tiragem, São Paulo:Malheiros, p. 271/316, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23ª Ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie. (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 6 ed. Salvador: Jus Podivm, p. 139-172, 2008.

FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas; RIPOLI, Danilo César Siviero . Direitos Fundamentais: a inexistência de discricionariedade na sua prestação. In: GÖTTEMS, Claudinei Jacob; SIQUEIRA, Dirceu Pereira. (Org.). **Direitos Fundamentais: da normatização à efetividade nos 20 anos da constituição brasileira**. 1 ed. Birigui: Boreal, p. 01-21, 2008.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: RT, 2005.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito à Boa Administração Pública**. 2ª Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

KRELL, Andreas Joachim. Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição Concretizada: construindo pontes com o direito público e o privado**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 25-60, 2000.

LOPES, José Reinaldo Lima. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo. (Org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. 2a. Ed., São Paulo: Malheiros, v. 1, p. 113-143, 1994.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso. **A Constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, p. 607-630, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 1ª Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, p. 11-53, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

