

POLÍTICAS PÚBLICAS E AÇÕES CIVIS PÚBLICAS: JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA?

Vanice Regina Lírio do Valle

Visiting Fellow junto ao *Human Rights Program* da *Harvard Law School*. Pós-doutorado pela EBAPE/FGV (Rio de Janeiro); doutorado em Direito pela Universidade Gama Filho. Procuradora do Município do Rio de Janeiro. Professora Permanente do PPGD/UNESA

(Recebido: 03/07/2018 Aprovado: 31/07/2018 e 13/08/2018)

RESUMO: A existência de demandas coletivas é um fenômeno conhecido, deflagrado pela necessidade de reforçar o projeto de transformação trazida pela Constituição brasileira. Este texto explora as razões pelas quais decisões políticas traduzidas em políticas públicas vieram à atenção do Judiciário através de ações coletivas. O objetivo é sugerir parâmetros segundo os quais a crítica às políticas públicas em andamento deva ser submetida ao escrutínio judicial, garantindo uma apreciação objetiva – e não uma simples objeção subjetiva trazida pelo agente controlador.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas públicas – judicialização da política – ação civil pública – jurisdição constitucional

ABSTRACT: The existence of class actions discussing public policies is a well-known phenomenon triggered by the need to enforce the transformational project brought by the Brazilian Constitution. This text explores the reasons why political decisions translated into public policies came to judicial attention through class actions. The aim is to suggest parameters according to which the challenge of an ongoing public policy should be brought to judicial scrutiny, granting an objective appreciation – and not a mere subjective objection by controllers.

KEY-WORDS: Public policies – judicialization of politics – class actions – judicial review

1. INTRODUÇÃO

A afirmação do ingresso do tema das políticas públicas como objeto de cogitação do Poder Judiciário não traduz, aos 30 anos da Carta de 1988, nenhuma novidade. A leitura da pauta dos Tribunais evidencia de maneira aguda o fenômeno, cujo preciso equacionamento nos seus efeitos em relação ao exercício da jurisdição está a merecer ainda aprofundamento.

É na interseção entre políticas públicas e ações civis públicas que a jurisdição é chamada a encontrar o ponto médio entre a efetividade constitucional e o devido balanceamento entre poderes. Constitui objeto do presente texto, portanto, esse ponto de confluência entre políticas públicas, como mecanismo de orientação da ação estatal, e ações civis públicas, leito natural de exercício da ação de controle deste mesmo roteiro de atuação do ente público. O objetivo é contribuir para uma parametrização de como se deva desenvolver a explicitação do litígio pelas partes, de modo a que a jurisdição se possa apresentar como exercício racional de tradução das prioridades constitucionais – e não como mediação subjetiva de distintas visões do universo fenomenológico e do mundo.

O texto se inicia com as considerações de natureza introdutória apresentadas nesta Parte 1. As razões pelas quais o tema das políticas públicas ingressou no universo dos litígios formais são apresentadas na Parte 2, como componente indispensável ao desenvolvimento da proposta. Na Parte 3 tem-se a localização da origem histórica das ações civis públicas no sistema nacional, com destaque para o problema que a referida via de ação pretendeu responder. A parte 4 examina o lugar da jurisdição na confluência destes dois componentes, especialmente à vista de distorções que a vivência de cada um deles veio a apresentar no exercício rotineiro do contencioso. Finalmente, a Parte 5 examina contribuições para o aperfeiçoamento desse quadro trazidas pela recém-editada Lei 13.655/18, que acrescenta à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) preceitos especificamente relacionados à aplicação das normas de direito público.

O texto é desenvolvido com o uso do método crítico dialético, e integra o esforço mais amplo de pesquisa envolvendo o tema da deferência para com as escolhas administrativas precedidas do dever de planejamento.

A crítica ao exercício do poder é velha como o mundo, e se redireciona àquele arcabouço institucional que o desenvolve. A eclosão do Judiciário como agente relevante no controle de caráter mais estrutural do agir do poder atrai essa mesma censura, como se tem verificado crescentemente com a reprovação ao ativismo e à ação jurisdicional substitutiva. Constitui crença da autora que o exercício crítico é de ter a si associada a formulação de proposições quanto ao encaminhamento corretivo desejado – por isso o percurso exploratório aqui desenvolvido.

O projeto de transformação da Carta de 1988 se constitui desafio permanente posto a toda sociedade brasileira – no que se inclui academia e agentes integrantes do complexo universo dos conflitos judicializados. Contribuir para a sua efetividade não é domínio exclusivo de nenhum desses agentes, e, por isso mesmo, requer a contribuição de todos. Este é o meu esforço neste sentido.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS: POR QUE INGRESSAR NO UNIVERSO DO DIREITO?

Não obstante a categoria políticas públicas enquanto estratégia de ação estatal já se apresentasse na literatura desde os clássicos trabalhos de Lasswell na década de 50¹, sua sistematização como campo do conhecimento no domínio da ciência política se verifica tão somente ao final da década de 60, início da de 70.² A autonomização em si da área do conhecimento pode ser creditada a origens distintas na reflexão – a de matiz norte-americana, que analisava o processo de estruturação das ações de governo,

1 LASSWELL, Harold D. *The policy orientation*. Communication Researchers and Policy-Making (1951).

2 SABATIER, Paul A. Political Science and public policy. in THEODOULOU, Stella Z. e CAHN, Matthew A. *Public policy. The essential readings*. USA: Prentice Hall, 1995, p.10-15.

e a europeia, que tinha na reflexão sobre o papel do Estado a premissa para o pensamento no campo das políticas públicas.³

No cenário brasileiro, essa mesma categoria já tinha sido insinuada como canal possível de comunicação entre a política e o direito.⁴ Indiscutivelmente, é a Carta de 1988, com sua expressiva gama de compromissos valorativos, que apresentará de maneira mais aguda o imperativo da transição de uma lógica que se satisfazia com a máxima do *government by law* (inerente ao Estado de Direito), para aquela que exige o *government by policies*.⁵

Adotando-se para os fins deste trabalho uma compreensão de política pública como “programa de ação governamental visando realizar objetivos determinados”,⁶ soa verdadeiramente instintiva a sua associação ao princípio da eficiência, desiderato que só se lograria alcançar com o suporte deste componente estratégico que associa os reclamos atuais com os elementos disponíveis, veiculando a ação estatal através de um de seus braços organizacionais, projetando expectativas de resultado para o futuro. Política pública se aproximaria, portanto, da ação pública; e se reveste de um predicado juridicamente relevante por sua aptidão a racionalizar os meios acessíveis diante das tarefas postas à Administração.

Esse atributo de ordenação lógica dos meios disponíveis – exigível a partir de uma constituição compromissória em largo espectro – ganha ainda maior relevância com o pluralismo das coletividades, eis que distintas visões de mundo geram expectativas múltiplas, boa parte delas direcionadas direta ou indiretamente à ação estatal. Afinal, ainda que não se credite ao Estado

3 SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, n. 16, p. 20-45, Dec. 2006. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222006000200003&lng=en&nrm=iso>. acesso em 15 May 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S1517-45222006000200003>.

4 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 39.

5 BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no estado constitucional*, Problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Prefácio Luiz Edson Fachin, Apresentação Angela Cassia Costadello, Belo Horizonte: Editora Forum, 2007, p. 22. 287 p.

6 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. in _____. (org.). *Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 11. 298p. p. 1-49.

lato sensu o dever de agir neste ou naquele segmento, sua intervenção ordenadora (no mercado, por exemplo, em defesa dos princípios orientadores da ordem econômica) ou mesmo de indução ou propulsão a práticas socialmente desejáveis pode ser materializada por intermédio de política pública específica. Também no campo daquilo que Moreira Neto qualificava como funções neutrais⁷ – aquelas competências constitucionais prioritariamente afetas ao interesse direto da sociedade, mas igualmente alinhadas (sempre que compatível) àqueles do próprio Estado – a preservação da neutralidade técnica específica reclamará a estruturação do agir estatal por intermédio das políticas públicas respectivas.

Não se pode ainda olvidar que a pluralidade de anseios coletivos aumenta a possibilidade de competição interna entre as postulações, e ainda potencializa a necessidade de ações complementares. Também para a articulação dessa complementariedade, terão espaços as políticas públicas, costurando interdependências. Tudo isso induz a valorização da programação da ação estatal como meio de harmonização dos *inputs* direcionados ao poder.

Integra também o quadro que tematizou a matéria das políticas públicas no campo do direito, o incremento da capacidade de intervenção do homem no universo fenomenológico. Assim, das grandes interferências ambientais, passando pela engenharia genética, até a inteligência artificial e o *deep learning*, a ação humana pode determinar repercussões cuja previsão é ainda limitada – o que recomenda igualmente uma ênfase na sua estruturação e planejamento, especialmente quando ela se dá sob o manto justificador do atendimento ao interesse público.

Finalmente, o cenário de plúrimas necessidades culmina por determinar a multiplicação de modelos de ação – fenômeno que se vislumbra facilmente no Direito Administrativo pátrio, com a multiplicação de espécies contratuais e de vínculos jurídicos que se pode verificar na relação com o Estado *lato sensu* a Administração Pública. Tem-se então o convívio, na

7 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Reflexões sobre a transformação do Estado Moderno (desdobramentos de uma análise juspolítica). in _____. *Poder, direito e estado. O direito administrativo em tempos de globalização. In memoriam* de Marcos Juruena Villela Souto. Belo Horizonte: Editora Forum, 2011, p. 85, p. 65-95.

ilustração pitoresca de Sundfeld, entre a Administração do clips e aquela dos negócios.⁸ Variadas as opções de conduta, maior relevo tem a construção da estratégia de ação, figurando as políticas públicas como elemento justificador e legitimador.

Esse é contexto em que o tema das políticas públicas ingressa no direito: como categoria organizadora da ação estatal, portanto, particularmente relevante no exercício do controle. Natural que essa (adequada) associação propusesse o tema no âmbito jurisdicional, frequentemente na interseção com as ações coletivas. Mas qual o cenário e o papel que estas, por sua vez, têm no direito brasileiro?

3. AÇÃO CIVIL PÚBLICA: COMO ELA INGRESSA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO?

A crise do processo tradicional “...desenhado para o mundo das relações bilaterais e demandas bipolarizadas...”⁹ já era anunciada ao final da década de 70. Sociedade de massa não se coaduna com um sistema processual que tem em conta exclusivamente relações intersubjetivas e precisa recepcionar mecanismos que abarquem essa nova externalização possível de conflitos.

Sobrevém a edição da Lei 7347/85, instituindo a modalidade de ação coletiva hoje tão conhecida. Celebrava-se à época o reconhecimento enquanto categoria jurídica dos direitos coletivos *lato sensu* que, através de uma via específica de tutela, ganhavam um espaço político de reivindicação de que antes não se dispunham. Mais do que a inexistência em si do conceito jurídico viabilizador de uma tutela específica, a ideia de demandas coletivas conferia visibilidade a um segmento de interesses que se via sub-re-

8 SUNDFELD, Carlos Ari. O Direito Administrativo entre os clips e os negócios. *Fórum Administrativo: Direito Público*, Belo Horizonte, v. 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28446>>. Acesso em: 4 mar. 2011.

9 MOREIRA, Egon Bockamnn; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz e FERRARO, Marcell Pereira. *Comentário à Lei de Ação Civil Pública, Revisitada, artigo por artigo, à luz do Novo CPC e temas atuais*. São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2016, p. 39.

presentado, seja nas suas relações com o mercado, seja naquelas forjadas no processo político.

No campo específico do agir estatal, a figura da ação civil pública permite uma mudança na perspectiva de análise que não mais precisa se restringir aos efeitos na esfera individual de direitos, mas pode compreender a visão macro, sistêmica. Isso se põe de acordo com a própria lógica atualizada do que se entenda por interesse público, que não se identifica com a soma de interesses individuais, mas traduz uma síntese coletivizada destas aspirações subjetivas.

É bem verdade que já se dispunha à época da tradicional figura da ação popular, que, tendo por objeto a anulação ou declaração de nulidade de ato administrativos, permitia em alguma medida, sindicatizar escolhas administrativas mais simples. O problema estava em que sua orientação a um provimento exclusivamente de invalidação pouco auxiliaria no contexto de provimento de uma política pública que se entendia por constitucionalmente reclamada, mas cujo grau de eficácia se revelava insuficiente ou mesmo inexistente.

Em tese, as figuras do inquérito civil, e ainda dos termos de ajustamento de conduta complementadas pela Lei 7347/85, vinham à luz vocacionadas para a prevenção em si do litígio e construção consensuada de soluções. Afinal, já na década de 80 se tinha por claro que coexistem o interesse público deduzido no conflito, e aquele inerente à sua composição, sendo certa a sempre presente relevância da retomada da normalidade no desenvolvimento das ações administrativas.¹⁰ Esse espaço de composição consensual, é de se dizer, tem ainda a especial relevância de oportunizar a análise de eventual *trade off*, que, na perspectiva macro, justifique a escolha adotada pela Administração.

Aberta a possibilidade da impugnação da ação estatal para fins de buscar a condenação em obrigação de fazer e/ou não fazer, tem-se claramente

10 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre o progresso da consensualidade. in _____. *Novas mutações juspolíticas. I Em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 189. 158-191.

institucionalizado um veículo para o exercício da representação funcional¹¹, alternativa à clássica representação censitária. A via de ação se vê ratificada pela Carta de 1988 como relevante mecanismo de controle do poder, confiada ao manejo (ainda que sem exclusividade) pelo Ministério Público, no desenvolvimento das funções institucionais que lhe são próprias. Tem-se reforçada a possibilidade de vocalização de minorias sub-representadas que se vissem desatendidas, sob a perspectiva de políticas públicas, seja pela sua baixa capacidade de articulação como movimento social, seja pela sua eventual dispersão em todo o coletivo atendido pela Administração Pública.

Não é ocioso destacar o apontamento de Werneck Vianna de que a ação civil pública (dentre outros traços da Constituição Cidadã) revela uma “...valorização da esfera pública como instância de promoção de integração social e o papel ético pedagógico atribuído ao Direito, suas instituições e procedimentos na formação da cidadania...”.¹² Essa perspectiva se vê endossada, em alguma medida, pela recente extensão da legitimação à sua propositura em favor da Defensoria Pública, que detém igualmente relevante função de representação social. A fragilidade da proposta parece estar na ênfase conferida pelos referidos atores institucionais à atuação direta, substitutiva – e não indutora da cidadania. A lógica no longo prazo contribui para a não emancipação e a alienação mesmo da cidadania, que se sente confortável, se não melhor atendida, quando a demanda é proposta pelo substituto processual, tido como “mais forte” que a organização da sociedade. E não é isso que se tinha como o projeto constitucional.

Fato é que, substitutivamente ou não, tem-se na conjugação entre valorização de políticas públicas e disponibilização de via de acesso própria à sua impugnação a oportunidade ao incremento da judicialização, fenômeno aliamentado, por sua vez, por um contexto político institucional que vale aclarar.

11 WERNECK VIANNA, Luiz. O terceiro poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação. in R. G. Oliven et alii (orgs.), *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo, Hucitec/Anpocs/Fundação Ford, 2008.

12 VIANNA, Luiz Werneck e BURGOS, Marcelo Baumann. Entre princípios e regras: cinco estudos de caso de Ação Civil Pública. Dados [on line]. 2005, vol.48, n.4, pp.777-843. ISSN 0011-5258. <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582005000400003>.

4. JUDICIALIZAÇÃO: OS DESAFIOS DOS CONFLITOS COLETIVOS EM TORNO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Deflui da leitura da Carta de 1988 a identificação de um claro projeto de transformação social, cujos contornos se tem por delimitados pelo vasto elenco de direitos fundamentais – estes remetidos, por sua vez, à densificação pelo exercício do jogo político ordinário, tendo como ator principal o Poder Legislativo. É de se destacar que tudo isso é de boa técnica constitucional.

4.1 Breves apontamentos sobre a raiz da judicialização

Não é próprio às constituições a determinação em detalhes do conteúdo de direitos fundamentais – sob pena de fossilizá-los, retirando-lhes a aptidão para ofertar resposta aos anseios sociais. A deliberação, de outro lado, dos componentes identificadores do bem da vida objeto de proteção jurídica pela via da jusfundamentalização é atividade que pressupõe a formulação de um critério de justiça – distributiva, compensatória, ou o que seja. Essa escolha, por sua própria natureza, é de ser prioritariamente direcionada ao Parlamento.

A arquitetura da Carta de 1988, por sua vez, ciente dos riscos de obstrução do poder político, institucionalizava *ab initio* um vasto sistema de controle fundado na vinculatividade jurídica dos compromissos. Se é o Direito o fundamento para o exercício do controle, natural que seu manejo desague ao final no Poder Judiciário.

Elemento pouco explorado no quadro explicativo do cenário de judicialização é a atribuição teórica aos direitos fundamentais do caráter de “trunfos contra a maioria”.¹³ Tal condição abre espaço para o exercício da jurisdição constitucional contramajoritária toda vez que se tenha em jogo uma suposta violação a direito fundamental – e toda delimitação de conteú-

13 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, 285 p.

do de direito fundamental expressa uma decisão majoritária, que exclui de seu âmbito de proteção algumas situações. O resultado é que, na perspectiva puramente teórica, toda escolha legislativa ou administrativa no campo de direitos fundamentais permitirá o controle judicial, eis que é nesta seara que se poderia alcançar a pronúncia contramajoritária – única que atenderá ao interesse da parte autora, que se viu excluída da opção majoritária.

Mais do que decorrência de uma sempre proclamada inadequação da ação pública no campo dos direitos fundamentais, a judicialização é decorrência de uma arquitetura institucional que recambia o resultado da deliberação democrática a uma arena sempre disponível aos perdedores.

A par dessa abertura teórica à judicialização, tem-se o inequívoco reflexo dos fatores políticos, em especial, a inapetência do Poder Legislativo para a formulação de escolhas (sempre difíceis) no campo de políticas públicas. Assim é que a obstrução do jogo político ordinário, que compromete a efetividade das promessas constitucionais, pode se apresentar para o Parlamento como uma opção estratégica, poupando-se do desgaste de uma exclusão implícita, inerente à formulação de políticas públicas. Essa análise do ônus da inércia¹⁴ determina muitas vezes a inação do Legislativo – que, por vezes, num perverso cálculo político, conta com a intervenção jurisdicional como mecanismo de solução de problemas. Exemplo clássico na casuística constitucional brasileira é a regulação do direito de greve dos servidores públicos, objeto de inúmeros mandados de injunção e reclamações constitucionais, sem que o Legislativo se tenha animado até hoje a exercer sua função reguladora – embora critique sistematicamente a parametrização que o Supremo Tribunal Federal empreendeu à matéria.

É a oferta dos litígios que tem demonstrado, de outro lado, os desvios de percurso que se teve em relação aos projetos teóricos e constitucionais, seja no tema das políticas públicas, seja naquele da ação civil pública.

14 É de Dixon a indicação de que a inação legislativa seja creditável, ordinariamente, a um de dois fenômenos: os pontos cegos, a saber, aqueles temas que não se tinha por claro fosse necessária a interposição legislativa; e o ônus da inércia, avaliação empreendida pelo Legislativo em relação a qual conduta lhe seja mais onerosa politicamente – agir ou manter-se inerte. (DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong form versus weak-form judicial review revisited. *International Journal of Constitutional Law* 5.3 (2007): 391-418.

4.2 Convívio entre a dinâmica das políticas públicas e a estabilidade almejada pelo Direito

No campo das políticas públicas, uma dificuldade que de pronto se põe quando se verifica a judicialização é a fricção entre uma categoria que se rege pela dinâmica (como o são os programas de ação estatal) e uma matriz de análise que privilegia a estática, como o é o controle jurídico da ação estatal.

Programas de ação estatal vocacionados ao alcance de uma determinada finalidade são constantemente influenciados por elementos de dinâmica. A realidade sobre a qual a ação estatal incide muda; os efeitos das ações planejadas se revelam ligeiramente distintos do que antes se tinha suposto; a métrica originalmente prevista para monitorar o acompanhamento se revela inadequada. Reconfigurar a ação administrativa no campo de políticas públicas é uma virtude, é oferecer resposta a uma disfunção que se verificou na sua execução. Mas a transposição dessa lógica para a perspectiva do direito não é tão simples. No mundo da estática, da segurança jurídica, do *pacta sunt servanda*, a reconfiguração do desenho de ação se apresenta *ab initio* como uma patologia – e tem-se aí já um sensível ponto de conflito.

Reconfiguração e dinâmica são elementos que se põem igualmente à Administração no desenvolvimento de políticas públicas, quando se cuida de problemas ou estratégias novas. No domínio do inédito, dentre as estruturas clássicas de poder institucionalizado, a primeira a ser acionada para intervir é a Administração Pública. Pensemos em novas tecnologias e o potencial de ação humana que elas estão suscitando. Quem primeiro dispôs sobre o Uber? Quem está sendo chamado a cogitar sobre o uso de carros que se auto conduzem?

No domínio do novo, da disrupção, todos os que interferem o fazem com algum grau de experimentalismo, já que o fenômeno em si é inovador e o conhecimento sobre ele, seus usos e efeitos é parcial. A atuação da Administração Pública no domínio do novo é contingencial, pouco informada

e precária – mas precisa acontecer. Mas se a ação da Administração Pública se reveste de algum grau de inacuidade e incerteza, sua revisibilidade é inevitável, e nisso não se tem um vício, mas uma virtude. Essa é a lógica que atrita com os referenciais tradicionais de controle da Administração Pública¹⁵ – que se supõe seja (ou deva ser) a detentora de conhecimento pleno e o agente capaz de oferecer a solução única e virtuosa.

4.3 Desconfiguração da ação civil pública como demanda coletiva

A par das dificuldades inerentes à combinação no domínio da jurisdição de duas matrizes de ação totalmente distintas (políticas públicas e controle jurídico), tem-se igualmente algo de desconfiguração das ações civis públicas e seu papel no arranjo institucional delineado pela Carta de 1988. Nascida para a tutela de direitos coletivos, teve-se de início a associação da ação civil pública como via de ação própria ao Ministério Público – o que permitia já no nascedouro o seu manejo para a tutela de direitos individuais indisponíveis. Aqui, mais do que uma questão terminológica, tem-se um desafio de harmonização teórica e jurisprudencial, eis que sob um mesmo rito processual se tem a tutela de situações jurídicas totalmente distintas.

Essa “mixagem” conceitual e terminológica se tem igualmente na confluência entre ação civil pública e ação de improbidade – sendo comum o manejo pelo *Parquet* da primeira, para a tutela da conduta direcionada à segunda. Também aqui a combinação de figuras e ritos não contribui para a clareza de qual seja a prestação jurisdicional que efetivamente se busca, menos ainda para a consolidação de uma doutrina da ação coletiva.

Ainda no plano dos desvios de percurso, o alargamento do espectro de ações estatais passíveis de crivo pela via da ação civil pública tem permitido uma opção institucional pelo seu manejo, não para a crítica do programa de ação estatal como um todo, mas de cada qual de seus componentes, cada

15 Não se pode desconsiderar a afinidade do direito com a tradição, afigurando-se aquilo que a ameaça como verdadeira traição – por isso a resistência.

qual das ações estatais em que a política pública se desdobra. São conhecidos os exemplos no caso do Estado do Rio de Janeiro, em que problemas estruturais de contenção de encostas ou medidas assemelhadas são enfrentados pelo manejo de dezenas de civis públicas (uma para cada ponto de risco), e não por uma única demanda onde se empreenda à análise macro do programa de ação estatal em curso.

Curiosamente, também aqui se tem o afastamento dos propósitos originais da criação de demandas coletivas. Afinal, um dos seus elementos inspiradores era a dispersão pelo corpo social de postulações individuais que não logravam vocalização e cujo atendimento muitas vezes estava a depender de um comportamento de *free-rider*, com um agente se beneficiando da iniciativa de outro na busca de um bem coletivo.¹⁶ Segmentar o interesse coletivo em diversas ações que envolvem o mesmo e exato programa de ação estatal, que se projeta em vários pontos, é reproduzir artificialmente a dispersão e apostar na prática da *free ride* – se o juízo “a” não adotar a decisão desejada, ainda se tem uma chance com o juiz “b” ou “c”. A prática revela um percurso de caminho inverso ao pretendido com a criação da via de ação coletiva, com uma intencional abdicação dos benefícios do enfrentamento na matriz macro do problema submetido ao crivo judicial.

A preferência estratégica pela pulverização das demandas é conhecida de todos que atuam no contencioso e retratada pela literatura. Recorta-se a discussão para, em tese, diminuir a sua complexidade (e aumentar a probabilidade de êxito). O problema está em que a redução da complexidade pode conduzir a um desvio de perspectiva de análise. Problemas complexos (como o são no mais das vezes os que exigem políticas públicas específicas) não comportam soluções simples – esse é o dilema que vive diuturnamente o administrador.

Recentemente, com a decisão em 25/04/18, sob o regime de recursos repetitivos, do tema 766 vinculado ao Recurso Especial 1.681.690-SP,

16 SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas. in GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo e COSTA, Suzana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Editora JusPodium, 2017, p. 237-250.

tem-se a explicitação da possibilidade do manejo da ação civil pública pelo *Parquet* para fins de proteção individual ao direito à saúde, tido como direito individual indisponível – o que pode contribuir para o agravamento da tendência acima indicada da disseminação de demandas singulares. O risco é o aprofundamento da busca da jurisdição não para o controle de política pública no verdadeiro sentido da palavra, mas para a tutela da projeção na esfera individual de direitos, dos programas de ação estatal em curso. Isso é a negação dos objetivos que inspiram, a um só tempo, seja a lógica da formulação de políticas públicas, seja a criação da figura da ação coletiva.

A par da contradição teórica que esse desvio de percurso do encontro entre políticas públicas e ações coletiva proporciona, é de se destacar ainda a oportunidade para uma indesejável seletividade no que toca às pautas de controle – seja no que diz respeito ao tema controlado, seja no que alude à matriz sindicante a se aplicar (individual ou coletiva). A possibilidade do uso indistinto de qualquer das aproximações controladoras implica, do ponto de vista concreto, assegurar a este agente uma discricionariedade que a rigor não deflui do sistema constitucional. Em nenhum ponto se tem no Texto Fundamental uma preferência pela proteção individual em detrimento da tutela coletiva, estruturante. Ao revés, a leitura dos objetivos fundamentais da República aponta, em especial na alusão a uma sociedade justa e solidária, para a dimensão do todo como preferencial – ainda que disso não deflua a possibilidade da desconsideração das necessidades individuais.¹⁷

Cumpra ainda assinalar que esse (patológico) deslocamento da discricionariedade em favor do agente controlador completa-se com uma abertura que também não se revela argumentativamente sustentada, no que toca à formulação do pedido. Assim, apresenta-se na demanda que pretende o controle judicial de políticas públicas, ou o pedido de nulificação, ou ainda o de interrupção da iniciativa em curso – sem que se tenha a proposição da estratégica de ação que deva tomar lugar daquela censurada.

17 VALLE, Vanice Regina Lírio do. Controle judicial de políticas públicas: sobre os riscos da vitória da semântica sobre o normativo. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia* 14, no. 14.2 (2013): 387.

Também aqui tem-se o distanciamento – para não dizer a negação – do conceito em si de políticas públicas. Isso porque se, conceitualmente, nelas se tem a programação do agir estatal, não pode se admitir como resultado possível do seu controle judicial o simples bloqueio do programa que existe e está em curso. A efetiva aproximação entre direito e políticas públicas reclama como componente inafastável uma visão prospectiva que inclua uma estratégia jurídico-institucional orientada à superação do problema.¹⁸ Tampouco merece encômios o estratagema da formulação de pedido indeterminado que expressa, em última análise, a ausência de alternativa à ação estatal que se tem em curso.

Importante assinalar que as deficiências do modelo (desconfigurado) das ações civis públicas para fins de controle de políticas públicas não é realidade que passe despercebida pela doutrina. Mais recentemente, intensifica-se o interesse pelo tema dos conflitos de interesse público, categoria teórica cunhada originalmente por Chayes¹⁹, com significativa produção em terras estadunidenses, mas igualmente explorada na casuística colombiana.²⁰ Ali, conjuga-se a análise da dimensão corretiva das eventuais falhas na execução de políticas públicas e aquela da dimensão estruturante e prospectiva das medidas administrativas que devam dar conta da restauração da normalidade constitucional.

A convocação à reflexão já se tem em várias áreas do direito – mas o fato novo que se põe, contribuindo para a superação do cenário de perplexidades, é a edição da Lei 13.655/18, que, incluindo preceitos relacionados à aplicação específica das normas de direito público, contribuiu para a clarificação do debate.

18 BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde. Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de Direito e Políticas Públicas. in _____. e DUARTE, Clarice Seixas. *Judicialização da saúde. A visão do Poder Executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 38/39, p. 31-88.

19 CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation. *Harvard Law Review*. n. 7, vol. 89, p. 1.281-1.316, May, 1976. p.1.290.

20 VALLE, Vanice Regina Lírio do. Desafios à jurisdição em políticas públicas: o que se pode aprender com a experiência da Colômbia. in GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo e COSTA, Suzana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Editora JusPodium, 2017, p. 237-250.

5. RESGATANDO A RACIONALIDADE DOS ATORES: POR UM CONTROLE OBJETIVO

O conjunto de portas de entrada ao exercício da função controle acima descrita contribui em muito – e esta é uma queixa generalizada – para a subjetivação desta atividade. Tem-se nessa trilha um risco substantivo, eis que já se disse neste texto que problemas complexos não se harmonizam com soluções únicas e simplificadoras. E se intrincadas são as alternativas de resposta institucional, sempre será possível que aquela que se tenha eleito seja rejeitada por um agente revestido de atribuição para o controle – não necessariamente por uma inadequação auto evidente, mas por uma divergência de visões de mundo, de abordagens técnicas, de *timing* da ação política.

Importante ter por claro que essa abertura à subjetivação do controle se conecta com a modificação do paradigma legitimador da ação estatal. A transição da legalidade estrita para o poder valorativamente subordinado leva a análise da adequação das escolhas públicas à correção da sua orientação finalística²¹ – e essa é uma aferição que muitas vezes não se pode empreender com absoluta clareza no marco inicial de uma determinada política pública. Em determinados segmentos da ação pública, só a ultimação do programa e a aferição dos resultados permitirá a efetiva oferta do signo de legitimação. Se esta é uma dificuldade real, nem por isso se tem autorizado o desenvolvimento de um controle a partir de perspectiva eminentemente subjetiva. Afinal, a razão de ser dessa atividade é o reforço de efetividade do projeto constitucional, cujo conteúdo não se pode entender esteja a depender exclusivamente da formulação de juízos subjetivos. Impõe-se o resgate da objetividade possível – e nesse sentido, é relevante a contribuição recém-trazida pela Lei 13.655/18 na incorporação de parâmetros de orientação à aplicação de normas de direito público.

21 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos horizontes para o Direito Administrativo com o controle das políticas públicas – ecos de um Congresso: a próxima missão.. in _____. Poder, direito e estado. *O direito administrativo em tempos de globalização*. In memoriam de Marcos Juruena Villela Souto. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 105, p. 99-111.

Trinta anos foram necessários para que se compreendesse que a emancipação da Administração Pública da legalidade estrita reducionista para a juridicidade reverente à Constituição²² estaria a exigir uma reaproximação do exercício de aplicação das normas de direito público. Antes tarde do que nunca!

No tema específico da judicialização de políticas públicas, o primeiro apontamento que é de se fazer diz respeito ao explícito reconhecimento pela Lei 13.655/18, em seu art. 22, da necessidade de se ter em conta as exigências que delas decorram quando se cogita da delimitação de sentido às normas de direito público. Duas consequências são de se extrair dessa afirmação. A primeira delas diz respeito à reiteração da exigibilidade de formulação de políticas públicas como leito para a veiculação do programa de ação estatal. Não se tem aqui, a rigor, qualquer substantiva inovação no arcabouço jurídico aplicável à matéria, eis que essa mesma conclusão já se extrairia do texto constitucional.²³ De toda forma, e agora com a referência explícita ao instrumento das políticas públicas, tem-se a norma – elemento tão caro à cultura jurídica brasileira.

A segunda consequência diz respeito à necessidade de análise das relações de interferência recíproca entre o sentido que se confere à lei no momento da interpretação e políticas públicas que se tenha em curso. Este é comando mais inovador, e o ponto sensível estará na consolidação de uma leitura de sua aplicabilidade em relação não só à Administração Pública, mas também e em especial, ao controlador e ao Judiciário. Isso porque se é possível presumir a existência de um ponderável grau de coerência interna entre interpretação das normas e políticas públicas no âmbito da Adminis-

22 É de Sundfeld o apontamento da ainda persistência da lógica monista, da Administração como mera executora de leis, não obstante a insuficiência deste modelo e sua inadaptação às propostas transformadoras da Carta de Outubro. As vertentes explicativas apresentadas pelo autor compreendem uma instrumentalidade à resistência no período ditatorial, e ainda uma cultura de identificação do Legislativo como o espaço único para o exercício da deliberação pública (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2ª edição, rev. e ampliada, São Paulo: Malheiros, 2014, 351 p.).

23 Na matéria, consulte-se VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle. Dever constitucional de enunciação de políticas públicas e autovinculação: caminhos possíveis de controle jurisdicional. *Fórum Administrativo*, v. 82, p. 7-19, 2007; e VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. 2ª. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, 194 p.

tração Pública, o mesmo não se pode dizer quando se tem a provocação dos agentes controladores, que, como já apontado, têm uma prática de crítica e bloqueio de ações estatais específicas, sem que os efeitos dessa paralisação sejam considerados.

A incidência desse mesmo preceito às esferas controladora e judicial (para se utilizar as expressões que são próprias da Lei 13.655/18) parece defluir da leitura do referido art. 22, combinado com os anteriores arts. 20 e 21. Afinal, a interpretação de normas sobre gestão pública é antecedente lógico à determinação de valores abstratos (âmbito de incidência do art. 20), assim como da decisão de invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa. A par disso, se às políticas públicas se reconhece o mister de veicular as ações materializadoras dos compromissos constitucionais, a eventual interferência com esses mesmos vetores não pode ser um indiferente, seja para a esfera controladora, seja para a judicial, quando menos porque disso decorrem consequências administrativas e jurídicas, essas, inescapavelmente determinadas cogitar pela esfera controladora e judicial, na forma do art. 21, *caput*, da LINDB.

Efeito secundário desta mesma indicação normativa – da necessária consideração dos efeitos da intervenção controladora sobre as políticas públicas – será o reforço de coerência interna nas ações do controle. Isso porque a análise de que a censura à política pública “a” pode ter efeitos negativos sobre “b”, que se revela exitosa e desejável, a um só tempo desaconselha a impugnação de “a” e reforça o imperativo de proteção – até mesmo contra a descontinuidade – de “b”. A análise e identificação dessas interconexões entre políticas públicas necessariamente levará a um diálogo entre iniciativas controladas, que hoje acontecem a partir do querer e da inspiração de cada agentes tido por autônomo no seu mister. Desloca-se a lógica do controle da autonomia do agente para aquela da instituição, o que é sempre mais consentâneo com o exercício objetivo do monitoramento das finalidades constitucionais, sejam aquelas postas à Administração, sejam às estruturas de representação funcional. Não se veja nisso, como querem fazer crer as Cassandras de plantão, nenhuma tentativa de manietar o controle.

Afinal, o controle que a Constituição deseja é aquele que atue de maneira sistêmica, global – e não localizada, voluntarista. O que depura a ação pública é a função controle, e não o agente.

Constitui intuito inequívoco da Lei 13.655/18 conduzir Administração, controlador e Judiciário a um mesmo horizonte de compreensão. Não por outra razão se preconiza às três esferas o mesmo cuidado com a necessidade e adequação da medida cogitada (art. 20, Parágrafo Único da LINDB); com a análise de consequências práticas da densificação do valor jurídico abstrato (art. 20, *caput, fine* da LINDB); com a exploração de alternativas de condições de regularização de uma ação pública censurada (art. 21, Parágrafo Único da LINDB), dentre outros parâmetros. Conduzidos todos a um mesmo ponto de observação, intensificam-se as possibilidades dialógicas, portanto, a aptidão para a construção de uma solução consensual.

De outro lado – e esse parece ser o ponto mais relevante no tema sob análise –, a escolha coletiva na formulação da política sob exame, bem como a crítica desenvolvida pelo controlador, passam a ser subordinadas a um exercício declinável de racionalidade no processo de determinação de conteúdo das normas em aplicação e de análise consequencialista do que se está a propor. Não mais se admite a ação pública como opaca, imotivada, e que se abstrai das consequências. Isso não mais se reconhece como possibilidade, seja ao administrador, seja ao controladora. Na perspectiva do Judiciário, a proposta da Lei 13.655/18 qualifica o debate, que passa a se dar a partir de critérios conhecidos de crítica e de formulação de alternativas exploratórias. Ao juiz caberá empreender a análise comparativa entre as duas perspectivas, resgatando uma dialética que há de ser própria ao exercício da jurisdição.²⁴

As reações iniciais à formulação da Lei 13.655/18 foram negativas, especialmente de parte das estruturas que ela mesma qualifica como con-

24 Em trabalho anterior já defendi a dialética entre as razões da Administração Pública e aquelas manejadas pelo agente controlador como um componente da deferência, aproximação que é de ser adotada pelo Poder Judiciário quando se cogite de ação pública antecedida do devido dever de planejamento (VALLE, Vanice Regina Lírio do. Deferência como efeito jurídico da ação pública planejada. in LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio e NERY JR. Nelson (coord.). *Crise dos poderes da República. Judiciário, Legislativo e Executivo*. São Paulo: Thomson Reuters – Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 931-948).

troladoras, a saber, Ministério Público e Tribunais de Contas. A resistência se explica porque a norma intensifica o ônus argumentativo da sua atuação, que não mais se pode inspirar em critérios subjetivos, e não se pode resumir igualmente à proposta pura e simples de paralisação da ação administrativa, como se a descontinuidade fosse sempre em si um bem. Fato é que, em que pese o eventual desconforto de um dever de motivação que antes não se tinha posto com maior clareza, objetivar o poder é sempre positivo – e isso é verdade seja quando se cuida do Poder Executivo, seja quando se cogita do não menor poder que se desenvolve no exercício da função controle.

Numa perspectiva sistêmica, é de se dizer que a análise de consequências (por todas as esferas envolvidas) se harmoniza com uma das premissas do conhecimento no campo das políticas públicas, que é a busca de racionalização de recursos para o alcance de finalidade comum. Exigir a perspectiva consequentialista do agente controlador é reclamar que ele demonstra que suprimir ou redirecionar recursos (de toda ordem, não só financeiros) de uma determinada política pública é a opção mais racional. Assim, alinha-se o controle com o objetivo que é posto à ação controlada – o que parece igualmente consentâneo com o objetivo formalmente declinado, que é o de impulsionamento do projeto constitucional de transformação.

De outro lado, o prestígio à racionalidade – seja aquela do administrador, seja a do agente controlador – facilitará, na perspectiva do julgador, a análise do potencial de aproveitamento (ou aprimoramento) da política pública controlada. Ainda que o litígio especificamente considerado envolva situação pontual (e não análise sistêmica), os ônus argumentativos determinados pela Lei 13.655/18 seguem igualmente aplicáveis a outras demandas individuais relacionadas à mesma política pública. Isto tendencialmente permite que ainda que em demanda cujo destinatário final seja efetivamente o titular de direito individual (indisponível ou não), formule-se uma aferição da prática administrativa – e não da projeção de uma determinada cláusula constitucional assecuratória de direito fundamental na esfera subjetiva do substituído processualmente. Restaura-se a prevalência

da matriz estrutural, organizadora da ação estatal – e não do atendimento individual ou reparatório.

O fundamental, neste momento de câmbio, é a construção da narrativa em torno da proposta de nova racionalidade veiculada pela Lei 13.655/18. O discurso de que a exigência de ônus argumentativo manietta o controle parece vê-lo mais afinado com o ideal de contenção (do poder) que de emancipação (da pessoa). Mais sintonizado com o *veto* do que com o papel de *player* do projeto de transformação constitucional.

A posição *ab initio* antagônica nas relações para com a Administração não tem contribuído de maneira significativa para o aprimoramento da ação pública, como se verifica todos os dias da leitura dos jornais. A proposta é o estabelecimento de uma nova relação de colaboração e dialética. A ação civil pública não é intrinsecamente vocacionada à demonização do administrador. Ao revés, ela se pretende leito para a construção de uma esfera pública de deliberação. Pública, porque racionalmente fundamentada e conhecida. Esse o projeto que pode encontrar no Judiciário seu maior garantidor.