

3.2.2 As ações coletivas e a judicialização de políticas públicas no Estado Democrático de Direito: possibilidades e limites

Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau

Mestre e Doutora em Direito pela UFMG

Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFMG

INTRODUÇÃO

O estudo das ações coletivas assume lugar de destaque na ciência processual contemporânea. Com efeito, tendo em vista, sobretudo, o número de indivíduos que podem ser beneficiados pelos efeitos da sentença coletiva, bem como a ampliação do objeto material de tutela por meio da ação civil pública, operada pelo art. 129, inciso III, da Constituição da República de 1988 e pelo art. 110 da Lei nº 8.078/90, verifica-se que questões relacionadas à realização dos mais diversos direitos estão sendo coletivamente levadas à apreciação jurisdicional. Tal fato tem provocado a necessidade de repensar as funções do processo, as relações entre os três Poderes no Brasil e a importância da participação dos jurisdicionados nas decisões administrativas, especialmente naquelas em que o foco se refere às políticas públicas que se dirigem à efetivação dos direitos sociais.

1. DINÂMICA EVOLUTIVA DO DIREITO PROCESSUAL E A INFLUÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NAS ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS

Impõe-se notar que o estudo do processo, embora tenha passado a ser reconhecido, em meados do século XIX, como objeto de um ramo científico autônomo em relação ao direito material, tem tido sua evolução marcada pelo desenvolvimento e aperfeiçoamento de técnicas que objetivem proporcionar a mais rápida e efetiva realização dos direitos materiais garantidos pelo ordenamento jurídico, sem prejuízo à observância dos princípios que regem o devido processo legal.

Nesse contexto, assume especial relevância o estudo das ações coletivas que pretendem controlar ou implementar políticas públicas. É que as ações coletivas, por sua principiologia específica e características relativas à legitimação ativa, à postura ativa do juiz, à possibilidade de abertura de canais de participação democrática, aos efeitos da sentença e ao número de indivíduos beneficiados, apresentam-se como poderoso instrumento processual vocacionado à defesa dos direitos mais caros à sociedade, segundo uma perspectiva

coletiva e preocupada com os reflexos sociais das decisões judiciais.

As políticas públicas, por sua vez, aqui compreendidas como as metas, programas e atividades eleitas pelos governantes e legisladores para realizar os fins constitucionais, têm sido objeto de recentes discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca de seu controle judicial. Atribui-se esse interesse, sobretudo, à intensificação na propositura de ações coletivas que visam a questionar as escolhas da administração pública, ao fundamento de que estas não estariam atendendo às finalidades legais e constitucionais.

Até pouco tempo, o que se discutia em Direito administrativo, nessa matéria, restringia-se à possibilidade de o Poder Judiciário controlar ou não os atos administrativos discricionários. Hoje, esta discussão ampliou-se para o âmbito das políticas públicas, que, por implicarem normalmente uma vasta gama de decisões e atividades voltadas para atender a determinada finalidade, demandam uma nova compreensão e sistematização das funções administrativas e da sua consequente possibilidade de controle pelo Poder Judiciário.

Verifica-se atualmente, portanto, que as discussões restringem-se não apenas aos atos administrativos, cuja categoria jurídica já se encontra relativamente consolidada no âmbito do Direito Administrativo, mas ao intrincado complexo de atividades e decisões que envolvem a formulação e a implementação de uma política pública, termo cuja compreensão transcende as categorias jurídicas já previamente consolidadas¹.

Assim, da mesma forma que o eixo estruturador do Direito Empresarial passou dos *atos de comércio* do Código Comercial de 1850 para a *atividade econômica organizada*, prevista no art. 966 do Código Civil de 2002, o enfoque do Direito administrativo parece estar se deslocando dos atos administrativos, baseado numa visão eminentemente formal e isolada de tais atos da administração pública, para os *programas* ou *atividades administrativas* ou políticas públicas², baseadas num enfoque material, interdisciplinar e procedimental, mais preocupado com os resultados sociais a serem alcançados.

Nessa matéria, é curioso notar que o juízo de validade de uma política pública nem sempre coincide com o juízo de validade das normas e dos atos que a compõem. Uma lei editada para concretizar uma política pública pode ser inconstitucional, sem que a própria

¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 46-7.

² COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Direito Administrativo e Constitucional. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. Direito Administrativo e Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 353.



política pública o seja. Por outro lado, uma determinada política pública pode ser inconstitucional, sem que os atos que a compõem sejam, em si, inconstitucionais³. Portanto, na análise judicial de uma política pública, há que se levar em conta o macrocontexto em que ela se insere e os objetivos coletivos a que visa alcançar.

Desse modo, revela-se de suma importância conciliar as inovações que as ações coletivas representam no seio da ciência processual contemporânea com as mudanças que as políticas públicas têm operado na compreensão da validade dos atos da Administração Pública, sempre com o indispensável intuito de buscar a conciliação entre a técnica processual e as disposições de direito material, a fim de garantir o máximo de efetividade aos direitos constitucional e legalmente previstos, por meio do legítimo controle judicial.

2. CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS POR MEIO DE AÇÕES COLETIVAS

O controle judicial é expressão que se equipara à judicialização, com a nota distintiva de que esta, considerando o modo como é empregada pela doutrina e jurisprudência, parece implicar uma interferência judicial mais profunda sobre as decisões administrativas, por se traduzir, muitas vezes, em decisões judiciais que, além de examinarem o aspecto da legalidade ou constitucionalidade do ato, efetivamente substituem as decisões administrativas com o objetivo de buscar o melhor atendimento da finalidade legal ou constitucional. Aliás, pode-se afirmar que o termo *judicialização* foi cunhado justamente em decorrência do aumento verificado no número das ações judiciais, individuais e coletivas, que reclamam prestações estatais positivas relacionadas à efetividade dos direitos sociais fundamentais.

É interessante notar que o ajuizamento de ações coletivas que versam sobre questões dessa natureza vêm transformando as relações entre os três Poderes no Brasil, Executivo, Legislativo e Judiciário, em um sentido potencialmente democrático⁴, uma vez que tem acarretado uma intensa mobilização do Judiciário para decisões macropolíticas no país e crescente presença do Ministério Público no exercício da representação funcional de interesses estratégicos da sociedade⁵. Depreende-se, pois, que as ações coletivas constituem valiosos instrumentos por meio dos quais novos espaços

de discussão são criados, contrapondo interesses coletivos a interesses estatais e exigindo novas formas de práticas democráticas, além de servir como lugar de afirmação de novos direitos e de participação social na construção da agenda pública⁶.

Ressalta-se que a tutela coletiva se apresenta como o meio mais apropriado à conciliação de importantes questões, as quais se encontram inevitavelmente relacionadas à atividade judicial de controle de políticas públicas. Como exemplo, podem-se citar os anseios por justiça social, o equilíbrio das contas públicas, a solidariedade na distribuição dos recursos, as discussões aprofundadas sobre as prioridades públicas, a ampliação dos espaços de participação democrática e, sobretudo, a responsabilidade e o dever de todos os três Poderes e órgãos públicos em geral na busca da máxima efetividade dos direitos consagrados na Constituição da República de 1988, a despeito das diferentes formas e possibilidades de acesso à justiça que possam ser verificadas, na prática, entre os cidadãos.

A partir da análise de recentes decisões proferidas pelos tribunais brasileiros em sede de ações coletivas, pode ser identificada uma clara evolução no enfrentamento do tema, que caminha no sentido de ampliar as hipóteses de interferência judicial nas escolhas administrativas e legislativas, sempre que se verificar que elas foram omissas ou negligentes em relação a alguma necessidade coletiva premente e inadiável⁷. No entanto, pode-se verificar, por outro lado, que alguns tribunais ainda invocam o princípio da separação dos Poderes como fundamento para vedação apriorística ao controle judicial de políticas públicas, como se qualquer medida nesse sentido fosse provocar o desequilíbrio entre as funções estatais no Brasil⁸. Em

⁶ VIANA, A *democracia...*, p. 485.

⁷ RE 410715 AgR / SP – SÃO PAULO, AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 22/11/2005, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: DJ 03-02-2006, p. 76. Disponível em: <www.stf.jus.br>; RE 595595 AgR/ SC – SANTA CATARINA, AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. EROS GRAU, Julgamento: 28/04/2009, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: DJ 29-05-2009, p. 1651. Disponível em: <www.stf.jus.br>; REsp 510598 / SP, RECURSO ESPECIAL 2003/0003273-3, Ministro João Otávio de Noronha, Órgão julgador: Segunda Turma, Data do Julgamento: 17/04/2007, Publicação: DJ 13/02/2008, p. 148. Disponível em: <www.stf.jus.br>; REsp 753565 / MS, RECURSO ESPECIAL 2005/0086585-2, Relator Ministro Luiz Fux, Órgão julgador: Primeira Turma, Data do Julgamento: 27/03/2007, Publicação: DJ 28/05/2007, p. 290. Disponível em: <www.stf.jus.br>; Apelação Cível 1.0133.05.027113-8/001, Relatora Des. Maria Elza, Órgão julgador: Quinta Câmara Cível, Comarca de origem: Carangola, Data de julgamento: 29/11/2007, Publicação: DJ 22/01/2008. Disponível em: <www.tjmg.gov.br>; Agravo de Instrumento 1.0297.04.910503-6/001, Relatora Des. Maria Elza, Órgão julgador: Quinta Câmara Cível, Comarca de origem: Ibiraci, Data de julgamento: 14/10/2004, Publicação: DJ 05/11/2004. Disponível em: <www.tjmg.gov.br>.

⁸ Apelação Cível 1.0079.05.234764-2/001, Relator do acórdão: Des. Eduardo Andrade, Órgão julgador: Primeira Câmara Cível, Data do Julgamento: 04/03/2008, Publicação: DJ 29/09/2008. Disponível em: <www.tjmg.gov.br>; Apelação Cível 1.0694.06.029964-1/001, Relator Des. Cláudio Costa, Órgão julgador: Quinta Câmara Cível, Data do julgamento: 09/08/2007, Publicação: DJ 22/08/2007. Disponível em:

³ COMPARATO, *Ensaio...* p. 354.

⁴ CARVALHO, Maria Alice Rezende de. Cultura política, capital social e a questão do déficit democrático no Brasil. In: VIANA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 339.

⁵ VIANA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva. In: *A democracia...*, p. 484.



contraponto a esse entendimento, as considerações expendidas pelo Ministro Celso de Mello, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45, demonstram uma compreensão paradigmática do tema que está em consonância com o papel que se espera do Poder Judiciário na ordem constitucional vigente⁹.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS E O ATIVISMO DO PODER JUDICIÁRIO

A atividade política consubstancia os procedimentos de deliberação adotados para estabelecer os objetivos principais de uma comunidade, de uma região ou de um país. Nesse sentido, as políticas públicas podem ser compreendidas como metas, programas e atividades estabelecidas pelas leis e pelos governantes e, em certa medida, pelos juízes, a fim de dar concretude aos direitos previstos na Constituição da República de 1988.

É claro que se deve reconhecer que os parâmetros para definir as políticas públicas estabelecidas pelo Poder Judiciário são mais estreitos do que aqueles que regulam a escolha do administrador público ou do legislador, pois o julgamento a ser proferido representa apenas uma tentativa de conformação das escolhas políticas às diretrizes constitucionais e legais, e não à criação de novas políticas. Ainda que impliquem interferência direta na conformação da política pública então discutida, julgamentos dessa natureza não perdem a legitimidade à luz do Estado Democrático de Direito, pois impõe-se aperceber que os espaços de discussão acerca dos objetivos da sociedade também se estendem ao processo judicial.

Desse modo, compreende-se que o modelo de democracia contemplado na Constituição da República de 1988 não prevê apenas a eleição de representantes para os Poderes Executivo e Legislativo como forma de garantir o exercício da soberana vontade do povo. Ao contrário, a Constituição da República¹⁰ e algumas leis

ordinárias¹¹ contemplam uma série de oportunidades de participação dos cidadãos nas escolhas administrativas, como forma de legitimá-las e de torná-las efetivamente democráticas. Afinal, não mais se concebe que a soberania popular seja exercida somente mediante o voto. A atividade democrática mais importante é aquela que se desenvolve quando os governantes e parlamentares já estão no poder, com vistas a evitar omissões ou desvios de finalidades em suas atribuições. Nesse momento, as discussões travadas no bojo dos processos judiciais revelam-se de suma importância, a fim de expandir os espaços públicos de discussão de prioridades coletivas e garantir o atendimento oportuno das necessidades da população.

É importante ressaltar, contudo, que esse ativismo do Poder Judiciário pode não constituir um fenômeno digno apenas de elogios. A busca quase desenfreada, pelos juízes, de uma realização, a qualquer custo, dos direitos constitucionais é capaz de produzir sérias deturpações na estrutura e na eficiência do sistema democrático, criando uma cidadania clientelista da Justiça e incapaz de construir formas de autocomposição de seus conflitos e de conquista de seus direitos.

Portanto, ciente dos excessos suscetíveis de advir da conjugação do reconhecimento de que o Poder Judiciário pode interferir nas políticas públicas com a cláusula constitucional que atribui a esse Poder a prerrogativa de dar a última palavra nos conflitos surgidos no seio da sociedade, é preciso ter em vista a identificação de limites objetivos a essa função tão importante e, ao mesmo tempo, tão propensa a suscitar controvérsias a respeito do necessário equilíbrio entre os Poderes que compõem um Estado Democrático de Direito.

Deve-se frisar, primeiramente, que o grau de interferência direta dos juízes e tribunais na formulação e implementação de políticas públicas deve estar prioritariamente atrelado ao grau de densidade das normas constitucionais e legais aplicáveis, o que significa que nos casos em que a Constituição da República e as leis estabelecerem deveres claros e específicos ao administrador, com previsão inclusive dos recursos orçamentários destinados a custeá-los, as possibilidades do controle jurisdicional são amplas, a fim de viabilizar o máximo cumprimento do preceito constitucional ou legal violado. Exemplo claro de direito dessa natureza

por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações de assistência social em todos os níveis; art. 205, que incentiva a colaboração da sociedade na promoção da educação; art. 206, VI, que privilegia a gestão democrática do ensino público; art. 216, §1º, que prevê a colaboração da comunidade na proteção do patrimônio cultural brasileiro; art. 225, que impõe à coletividade, juntamente com o poder público, o dever de defender e preservar o meio ambiente.

¹¹ Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), art. 40, §4º, I, art. 43, I e II, e art. 44; Lei nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal), arts. 32 a 35; Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações), art. 39; Lei nº 9.869/99 (Controle concentrado de constitucionalidade), art. 9º, §1º.

<www.tjmg.gov.br>.

⁹ ADPF 45 MC / DF - DISTRITO FEDERAL, MEDIDA CAUTELAR EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 29/04/2004, Publicação DJ 04/05/2004, p. 12. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

¹⁰ Art. 10, que dispõe sobre a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação; art. 29, XII, que prevê a cooperação das associações representativas no planejamento municipal; art. 37, §3º, que ressalta a importância da participação do usuário nos serviços prestados pela administração pública direta e indireta; art. 194, que estabelece ações de iniciativa da sociedade e dos poderes públicos para compor o conjunto integrado de seguridade social; art. 194, VII, que destaca o caráter democrático e descentralizado da administração da seguridade social, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do poder público nos órgãos colegiados; art. 198, III, que dispõe sobre a participação da comunidade nas ações e serviços públicos de saúde; art. 204, II, que valoriza a participação da população,



refere-se ao acesso ao ensino fundamental obrigatório e gratuito¹².

Por outro lado, nos casos em que a Constituição da República ou as leis apenas preveem abstratamente o direito, mas não estabelecem de antemão as ações concretas para torná-lo efetivo, as possibilidades de controle judicial da política pública em questão ficam mais reduzidas. Isso pode ser exemplificado com o direito ao trabalho, pois, sem que haja uma lei que preveja ações estatais concretas no sentido de fomentar a geração de empregos, o Poder Judiciário não poderá, em princípio, formular ou implementar alguma espécie de incentivo à empregabilidade, cabendo essa iniciativa exclusivamente ao administrador ou legislador¹³.

Há, no entanto, casos em que as possibilidades e os limites da intervenção judicial só ficarão claros a partir do confronto entre as normas constitucionais e legais aplicáveis e o caso concreto submetido à apreciação. É que, em algumas hipóteses, a partir da mera leitura da norma, poder-se-á concluir que a implementação de seus preceitos, de forma mais ou menos gradual, está sujeita à conveniência do administrador.

Todavia, ao realizar o confronto com a situação fática – as disponibilidades orçamentárias, as prioridades que se encontram em implementação e os direitos sacrificados em razão do descumprimento da norma considerada –, é possível concluir que o grau de legítima interferência judicial delinea-se segundo as circunstâncias aferidas no caso concreto. Verifica-se que alguns tribunais brasileiros já estão reconhecendo a possibilidade, inclusive, de que seja determinado o remanejamento ou a inclusão de verbas no orçamento a fim de viabilizar o atendimento aos provimentos jurisdicionais que visam à implementação de algum

direito social violado¹⁴.

Nessa trajetória de identificação dos limites ao controle judicial, verifica-se que o processo – sobretudo o processo coletivo – desempenha funções primordiais, pois a presença de representantes adequados para a defesa dos interesses coletivos, a atuação judicial proativa, a possibilidade de produção de uma instrução probatória qualificada, a abertura de canais à participação dos interessados e os efeitos coletivos da decisão são capazes de ensejar um debate amplo e aprofundado sobre grande parte dos aspectos e interesses envolvidos no caso concreto, com vistas a produzir uma decisão judicial que não represente mera substituição do crivo do administrador pelo crivo judicial, mas uma decisão que seja produto do diálogo instaurado no curso do processo, levando-se em consideração os pontos de vista dos interessados a fim de produzir uma decisão efetivamente democrática que possa suprir a omissão ou a negligência do administrador.

CONCLUSÃO

Revela-se insuficiente, em um Estado Democrático de Direito, permitir que as decisões do administrador público sejam impostas à sociedade somente porque, em algum momento, no passado, essa mesma sociedade confiou-lhe o seu voto. A legitimidade para o exercício de um cargo público não emerge somente das urnas mas também das decisões cotidianamente adotadas pelo administrador e submetidas ao controle coletivo, tanto pela sociedade quanto pelo Poder Judiciário. Assim, entende-se que num sistema democrático, a legitimidade não deve ser pressuposta, mas construída e concedida, a cada decisão importante, pela própria sociedade.

O que se deve enfatizar é que a construção da democracia participativa e voltada para a realização dos direitos fundamentais, contemplada na Constituição da República de 1988, encontra nas ações coletivas que versam sobre a implementação de políticas públicas sociais um poderoso e legítimo instrumento para a sua concretização.

¹² Constituição da República de 1988: Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria; (...) IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; § 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. § 2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente; Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino. (...) § 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil; Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. (...) § 3º - A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, nos termos do plano nacional de educação; Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional): Art. 11. Os Municípios incumbir-se-ão de: (...) V - oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino.

¹³ TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 141.

¹⁴ Recurso Especial 429.570/GO, Rel. Ministra Eliana Calmon, Órgão julgador: Segunda Turma, Data do julgamento: 11/11/2003, Publicação: DJ 22/03/2004, p. 277.