

PL sobre controle jurisdicional de política pública é constitucional

Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 8.058/2014, do deputado federal Paulo Teixeira (PT-SP), que visa instituir processo especial para controle e intervenção em políticas públicas pelo Judiciário. O projeto surgiu da necessidade de se regulamentar fenômeno recorrente na prática — a intervenção do Judiciário em políticas públicas —, que até então tem se desenvolvido no país sem qualquer referencial normativo, o que resulta em indesejadas decisões com caráter particularista, inexecutáveis ou descoladas da realidade.

O Judiciário brasileiro, há muito tempo, deixou de cumprir apenas a função que tradicionalmente lhe é atribuída — resolver com justiça litígios individuais de caráter patrimonial — para assumir também um papel de destaque no cenário político, assegurando, diante da inércia e da ineficácia de atuação dos outros poderes estatais, a efetivação de direitos e de garantias fundamentais previstos na Constituição de 1988.

Ocorre que, até então, não obstante o esforço da doutrina e da jurisprudência neste sentido, tal atividade tem sido desenvolvida pelo Judiciário sem a existência de balizas legais precisas a orientar a conduta dos magistrados postos diante da necessidade de decidir questões cujos reflexos, por diversas vias, atingem a toda a sociedade (como sistemas escolares, estabelecimentos carcerários, instituições e organismos destinados à saúde pública, acesso ao transporte, moradia, saneamento, mobilidade urbana *etc.*). Derivam daí os litígios de interesse público, desenvolvidos a partir da década de 50 do século passado no direito norte-americano. Amplamente conhecido é o emblemático caso “Brown vs. Board Education of Topeka”, conduzido pela Corte Warren, juntamente com outros precedentes que permitiram o desenvolvimento da doutrina. Mauro Cappelletti foi o grande propulsor dessas idéias, em 1976.^[1] E entre nós, mostrando as transformações apontadas por Chayes,^[2] manifestou-se Fábio Konder Comparato sobre as características da chamada *public law litigation*.^[3] Como se vê, as ideias do PL que institui o controle jurisdicional de políticas públicas nada têm de só jabuticaba ou tupiniquim, bem ao contrário do que pensam os desavisados críticos. Elas são reflexos da experiência norte-americana, bem como de outros países, como África do Sul, Índia, Colômbia e Argentina, apenas para citar alguns. No curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, discute-se o tema há mais de dez anos. Portanto, nada de novo, nada de exclusivamente nacional.

Contra tal iniciativa legislativa, insurgiram-se, contudo, em artigo publicado no *Consultor Jurídico* em 10 de fevereiro de 2015, Lenio Luiz Streck e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima.^[4] Segundo eles, o Projeto de Lei não só conteria inconstitucionalidades, como também, se aprovado, permitiria que o Judiciário se sobrepusesse aos demais poderes estatais, o que os levou, portanto, a bradar pelo arquivamento do projeto.

Tirante o sarcasmo presente em grande parte da crítica, que em nada contribui para o debate de ideias e para o conseqüente aprimoramento da administração da justiça em nosso país (*Por que tanta perseguição à jabuticaba? O que é típico do nosso país por si só não é bom?*) e antes revela uma compreensão bem equivocada do tema, decorrente, por certo, do desconhecimento da matéria e de uma leitura apressada do texto projetado, as objeções suscitadas por tais autores ao mencionado Projeto de Lei não subsistem a uma análise mais acurada.

Afirmam os autores, por exemplo, que *“se aprovado o PL 8.058/2014 o Judiciário deixará de ser somente Judiciário. Executivo e Legislativo estão destinados a desaparecer diante da competência do Poder Judiciário. Basta que se leia os artigos iniciais do mencionado PL. Coisa bem ‘jabuticaba’, como poderão perceber. Já de pronto, o artigo 2º afirma que o controle das políticas públicas rege-se-á pelos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, garantia do mínimo existencial, justiça social atendimento ao bem comum, universalidade das políticas públicas e equilíbrio orçamentário. Que todos estes ‘princípios’ (sic) já estão na Constituição e nas Leis, não é surpresa. Que todos estes já são, infelizmente usados como bem entende qualquer juízo, também não traz nada de novo, infelizmente”*.

Em primeiro lugar, é preciso esclarecer que o Projeto de Lei não atribui qualquer competência ao Judiciário que a Constituição já não o tenha feito. É, aliás, da própria Constituição Federal, no artigo 5, parágrafo 1º — de acordo com o qual, as normas que estatuem direitos fundamentais têm aplicação imediata —, que decorre a legitimidade do Judiciário para atuar nos casos em que a inércia dos outros poderes estatais impede a satisfação de determinado direito fundamental. Trata-se simplesmente do exercício do controle da constitucionalidade, pelo qual o Judiciário é chamado — sempre *a posteriori* — para verificar se a ausência de uma política pública ou se a política pública criada e implementada pelo Legislativo ou pelo Executivo fere os direitos fundamentais ou não é adequada.

O que faz o Projeto de Lei, em realidade, em sentido contrário ao afirmado pelos referidos autores, é procurar limitar o subjetivismo judicial na tomada de decisões que determinam a implementação de uma certa política pública pela regulamentação que estimula o diálogo e a cooperação institucional entre os poderes estatais ao longo de todas as fases do processo.

A criticada positivação de princípios no artigo 2º, do Projeto de Lei, como o da proporcionalidade, razoabilidade, garantia do mínimo existencial, ademais, também cumpre a função de limitar o subjetivismo judicial. Tais princípios, se bem compreendidos, limitam as hipóteses em que a intervenção do Judiciário se justifica. Assim, por exemplo, “por meio da utilização de regras de proporcionalidade e razoabilidade, o juiz analisará a situação em concreto e dirá se o legislador ou o administrador público pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecidos pela Constituição. E assim estará apreciando, pelo lado do autor, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público. E, por parte do Poder Público, a escolha do agente público deve ter sido desarrazoada (...) a intervenção judicial nas políticas públicas só poderá ocorrer em situações em que ficar demonstrada a irrazoabilidade do ato discricionário praticado pelo Poder Público, devendo o juiz pautar sua análise em atenção ao princípio da proporcionalidade”.^[5]

A regulamentação levada a cabo pelo PL, a propósito, em nada desmerece os demais poderes estatais como querem fazer crer mencionados autores (*“Pois parece que o ilustre deputado Paulo Teixeira, em vez de combater o ativismo, resolveu regulamentá-lo. Ou seja, já que não podemos solucionar um problema, melhor é institucionalizá-lo*

.”). Não incumbe ao Legislativo “combater” o ativismo judicial, pois essa é uma tarefa irrealizável. Não se pode exigir do Legislativo que ele anteveja e, portanto, discipline todas as situações que podem por ventura ensejar a intervenção justificada do Judiciário na implementação de uma determinada política pública. O que pode, e o que deve fazer, o Legislativo é estabelecer parâmetros de conduta aos magistrados que se deparam com a necessidade de julgar causas dessa natureza. Trata-se de um modo de legislar moderno e consentâneo com as características da atual sociedade.

O novo processo que se está a instituir para disciplinar o controle jurisdicional de políticas públicas, se aprovado o Projeto de Lei, portanto, é marcado pelo incentivo ao diálogo e à cooperação institucional e pela flexibilidade de seu procedimento. Uma das principais causas de atritos entre os poderes estatais decorre da falta ou da dificuldade de comunicação entre eles a respeito das expectativas e das limitações de cada um no que condiz à implementação de uma determinada política pública. Não são raras as vezes em que o Judiciário, por exemplo, determina a realização de certa medida visando à satisfação de um certo direito fundamental sem nem sequer conhecer as limitações orçamentárias do Poder Executivo para tanto. Como efeito disso, a determinação judicial se torna ineficaz e o Judiciário perde legitimidade.

Por isso, de acordo com a nova lei, uma das primeiras providências a ser tomada pelo juiz antes de tomar qualquer decisão será a de notificar a autoridade responsável pela implementação da política pública em questão para que sejam apresentadas, por exemplo, informações sobre a existência de recursos financeiros previstos em seu orçamento para a implementação dessa política, ou então, a respeito do cronograma necessário a sua implementação (artigo 6º do PL). A formação do convencimento judicial, assim, se dará de maneira mais adequada, sem se descolar da realidade que envolve a implementação de uma política pública. Para melhor formação de seu convencimento, o magistrado poderá ainda designar a realização de audiências públicas que contarão com a participação de representantes da sociedade civil e de instituições e órgãos especializados (art. 10 do PL), conforme o artigo 10 do PL. Em tal ocasião, o magistrado terá possibilidade, por exemplo, de tomar conhecimento do que pensa a opinião pública a respeito da política pública em questão e será informado dos impactos que a sua decisão acarretará. Não fossem previsões dessa natureza, o que teríamos são aquelas decisões de gabinete em que o magistrado deve formar sua convicção a respeito de tema tão controverso e interdisciplinar tão somente a partir de duas visões diametralmente opostas. *(As faculdades de direito não precisarão formar “bacharéis-versados-em-‘políticas públicas’”, como temem os autores, mas pobre do curso jurídico que em pleno século XXI não forneça aos seus estudantes uma visão interdisciplinar dos fenômenos sociais)*

Da mesma forma, no ato de julgar, para assegurar a eficácia de sua decisão, o juiz poderá determinar ao ente público responsável a apresentação de um planejamento necessário à implementação da política pública em questão, o qual será objeto de debate entre o juiz, o ente público e os demais representantes da sociedade civil. A execução dessas decisões, portanto, se dará de maneira dialogal e colaborativa, o que tende a torná-la mais eficaz sem que o Judiciário se substitua ao administrador público. O juiz poderá, por exemplo, de acordo com o artigo 20, do PL, de ofício ou a requerimento das partes, alterar a decisão na hipótese de o ente público promover políticas públicas que se afigurem mais adequadas do que as determinadas em sua decisão. Por isso, é de se perguntar: que autoritarismo judicial é esse visualizado e tão temido pelos dois autores que criticaram o projeto? Além disso, em prol de sua efetividade, a decisão também poderá determinar ao Poder Público que inclua verbas no orçamento do ano em curso ou do ano futuro, com a obrigação de que elas sejam efetivamente aplicadas na implementação ou correção da política pública requerida.

De acordo com os dois críticos tal dispositivo seria inconstitucional: *“de que modo podemos imaginar que uma autoridade pública poderá informar um juiz a possibilidade de ‘transposição de verbas’, cujos orçamentos foram aprovados por leis complementares e leis ordinárias do Poder Legislativo? Como imaginar que uma decisão judicial altere estas leis no mesmo orçamento ou imponha determinações financeiras de gastos a orçamentos futuros os quais não constam das leis de diretrizes orçamentárias e planos plurianuais a que estão obrigados todos os Entes da Federação?”*. A resposta a essas questões é simples: a implementação de uma política pública depende, em primeiro lugar, de disponibilidade financeira — a chamada reserva do possível. E a justificativa mais usual da administração para a omissão reside exatamente no argumento de que inexistem verbas para implementá-la (...). O Judiciário, em face da insuficiência de recursos e de falta de previsão orçamentária, devidamente comprovadas, determinará ao Poder Público que faça constar da próxima proposta orçamentária a verba necessária a implementação da política pública. E, como a lei orçamentária não é vinculante, permitindo transposição de verbas, o Judiciário também determinará, em caso de descumprimento do orçamento, a obrigação de fazer consistente na implementação de determinada política pública (...) Para tanto, o parágrafo 5 do artigo 461, CPC, servirá perfeitamente para atingir o objetivo final almejado. Desse modo, frequentemente a ‘reserva do possível’ pode levar o Judiciário à condenação da Administração a duas obrigações de fazer a inclusão no orçamento da verba necessária ao adimplemento da obrigação; e à obrigação de aplicar a verba para o adimplemento da obrigação”.^[6]

Também não encontra correspondência com a realidade a crítica que os mencionados autores tecem a uma suposta ausência de visão do Projeto de Lei para a natureza essencialmente coletiva dos direitos envolvidos com a implementação de políticas públicas: *“a quase unanimidade dos intelectuais da área de saúde coletiva, por exemplo, condenam fortemente o conhecido fenômeno da ‘judicialização da saúde pública’, com decisões individuais a desorganizarem qualquer planejamento orçamentário e, principalmente a conceber o direito à saúde ou à educação como individuais e não coletivos. Para além dos aspectos constitucionais, O PL 8.058/2014 simplesmente ignora este acúmulo histórico vivido pela área de saúde pública, remetendo o poder de decisão sobre tão importante política para juízes os quais não são formados para tal”*. Ao contrário do afirmado, o PL em nenhum momento ignora a natureza coletiva desses direitos, tanto que é coletivo o processo nele disciplinado, mas com características especiais já mencionadas (conforme artigo 1º, parágrafo único, incisos I a XI, do Projeto de Lei), que o diferenciam do processo coletivo hoje existente. No artigo 1º, entre os princípios que o regem, estão

destacados o do “atendimento ao bem comum” e o da “universalidade das políticas públicas”, que tornam indubitosa a característica de processo coletivo. O processo individual está disciplinado apenas nos artigos 27 a 29. Todos os demais dispositivos são pertinentes ao novo processo coletivo. Além do mais, o projeto prevê a reunião de processos semelhantes para julgamento conjunto, de modo que a decisão a ser prolatada seja equitativa e exequível, como prevê os artigos 23 e 25 do PL), e ainda determina, em seu artigo 28, que “na hipótese de ações que objetivem a tutela de direitos subjetivos individuais cuja solução possa interferir nas políticas públicas de determinado setor, o juiz somente poderá conceder a tutela na hipótese de se tratar do mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de forma completa e acabada, nos termos do disposto no parágrafo 1º do artigo 7, e se houver razoabilidade do pedido e irrazoabilidade da conduta da Administração”. Para adequada tutela dos direitos coletivos, no artigo 30, do Projeto, há também a previsão de hipóteses que autorizam a conversão da ação individual em coletiva.

Por tudo isso, diferentemente daqueles que bradam pelo arquivamento de tão importante Projeto de Lei, não temos receio de defender a sua aprovação. Afinal, com a aprovação dessa lei, a ser levada a cabo na Câmara dos Deputados, e com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, o Judiciário brasileiro passará a dispor de um instrumental que o tornará mais apto a cumprir a missão que lhe foi outorgada pela Constituição.

([1]). Cappelletti, Mauro, *Vindicating the Public Interest Through the Courts: A Comparativists' Contribution*, 25 *Buffalo L. Rev.*, 643, 1976.

([2]) . Chayes, Abram, *The role of the judge in Public Law Litigation*, H.

([3]). Comparato, Fábio Konder, *Novas funções judiciais no Estado Moderno, Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, São Paulo, RT, vol 4, maio de 2011, p. 720. Eis as características do novo processo, magistralmente traçadas pelo mestre: “Observou-se, assim, que a sua estrutura diferia do processo tradicional em vários pontos. Os autores não litigam por interesse próprio, mas agem sem mandato na defesa de interesses coletivos. O objetivo da demanda não é resolver um litígio composto de fatos já acontecidos, mas editar normas de conduta para guiar o comportamento do réu no futuro. O provimento judicial não é necessariamente imposto, mas com frequência negociado entre as partes. O juiz não decide questões de direito sobre a interpretação de normas jurídicas, mas soluciona problemas de natureza econômica ou social, com o auxílio dos mais diferentes expertos, para criar normas gerais a partir dos fatos presentes e da evolução previsível”.

([4]). Ver: “*Lei das Políticas Públicas é ‘Estado Social a golpe de caneta?’*”. O texto na íntegra pode ser acessado por meio do seguinte endereço eletrônico: (<http://www.conjur.com.br/2015-fev-10/lei-politicas-publicas-estado-social-golpe-caneta>).

([5]). Ver: Ada Pellegrini Grinover, *O controle jurisdicional de políticas públicas*, in. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas* (orgs. Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe), Rio de Janeiro:

Forense, 2011, pp. 125-150, esp. pp. 137-138.

([6]). Ver: Ada Pellegrini Grinover, O controle jurisdicional de políticas públicas, in. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas* (orgs. Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe), Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 125-150, esp. p. 138.

Date Created

23/02/2015