

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**GUGLIELMO MARCONI SOARES DE CASTRO**

**LITIGÂNCIA DE INTERESSE PÚBLICO:  
adequação e efetividade da tutela jurisdicional no âmbito do  
controle judicial de políticas públicas**

**Natal/RN  
2016**

**GUGLIELMO MARCONI SOARES DE CASTRO. LITIGÂNCIA DE INTERESSE PÚBLICO:  
adequação e efetividade da tutela jurisdicional no âmbito do controle judicial de políticas públicas**

**2016**

**GUGLIELMO MARCONI SOARES DE CASTRO**

**LITIGÂNCIA DE INTERESSE PÚBLICO:  
adequação e efetividade da tutela jurisdicional no âmbito do  
controle judicial de políticas públicas**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor José Orlando Ribeiro Rosário.

**NATAL/RN  
2016**

Catálogo da Publicação na Fonte.  
UFRN / Biblioteca Setorial do CCSA

Castro, Guglielmo Marconi Soares de.

Litigância de interesse público: adequação e efetividade da tutela jurisdicional no âmbito do controle judicial de políticas públicas / Guglielmo Marconi Soares de Castro. - Natal, RN, 2016.

225f.

Orientador: Prof. Dr. José Orlando Ribeiro Rosário.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Pós-graduação em Direito.

1. Direitos fundamentais ó Dissertação. 2. Controle judicial - Políticas públicas - Dissertação. 3. Litigância de interesse público - Dissertação. 4. Adequação processual ó Dissertação. 5. Efetividade processual ó Dissertação. I. Rosário, José Orlando Ribeiro. II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/BS/CCSA

CDU 342.72

**GUGLIELMO MARCONI SOARES DE CASTRO**

**LITIGÂNCIA DE INTERESSE PÚBLICO:  
adequação e efetividade da tutela jurisdicional no âmbito do  
controle judicial de políticas públicas**

Dissertação aprovada em: ...../...../ ....., pela banca examinadora formada por:

**BANCA EXAMINADORA**

---

Professor Doutor José Orlando Ribeiro Rosário (orientador)  
Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN)

---

Professora Doutora Cristina Foroni Consani  
Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

---

Professor(a) Doutor(a) Francisco Seráfico da Nóbrega Coutinho  
Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte

*À minha esposa Ana Maria  
e aos meus filhos Henrique, Mariana e Gustavo.*

## **AGRADECIMENTOS**

Manifesto minha gratidão, primeiramente, ao Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte e ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, por viabilizarem a nossa participação no Curso de Mestrado em Direito da UFRN, juntamente com outros colegas Promotores e Procuradores de Justiça deste Estado, mediante convênio interinstitucional.

Agradeço também ao meu orientador, professor José Orlando Ribeiro Rosário, pela confiança depositada em nossa pesquisa desde os momentos iniciais, bem como pelo apoio e amizade a mim dedicados.

Aos valorosos colegas de turma, com quem muito aprendi durante essa desafiadora caminhada, pelo companheirismo, experiências e conhecimentos generosamente compartilhados.

Agradeço, por fim, aos meus familiares, pela imensa compreensão diante das horas de convívio que nos foram subtraídas, em decorrência do inestimável tempo investido na realização dos estudos que ora concluímos.

## RESUMO

A enunciação de direitos sociais, econômicos e culturais nos textos constitucionais ensejou o surgimento de uma nova modalidade de direitos públicos subjetivos, de caráter prestacional, em face do Estado. A efetivação de tais direitos passa a exigir, outrossim, o estabelecimento de metas e programas, o planejamento e o desenvolvimento de ações pelo poder público. Conquanto essas tarefas sejam primordialmente realizadas por meio da atividade política, continuam a ser necessariamente orientadas pela norma constitucional, ficando sujeitas, inafastavelmente, à possibilidade de controle jurisdicional. O exame de conformidade das políticas públicas com os ditames constitucionais e legais, pelo Poder Judiciário, também está sujeito a limites e parâmetros, ditados pela ordem jurídica. A exigibilidade de direitos prestacionais perante a Administração Pública, destarte, é uma decorrência necessária da admissibilidade do controle exercido pelos órgãos de jurisdição constitucional sobre a atuação estatal e suas omissões na concretização desses direitos. Não se prescinde, para tanto, da existência de meios processuais adequados para, com efetividade, satisfazer o objeto de pretensões visando a obtenção de prestações materiais do Estado. Para atender, pois, às especificidades do debate processual acerca de políticas públicas, torna-se premente a idealização de um modelo de tutela jurisdicional do interesse público, tipo de litigância que apresenta estrutura diferenciada em relação ao processo tradicional. Impende, assim, que sejam proporcionados meios para viabilizar a coleta de dados técnicos, sociais, orçamentários e financeiros indispensáveis para formar o convencimento do julgador na fase cognitiva, bem como, para possibilitar a construção, em conjunto com as partes e com a colaboração da sociedade civil, da solução para o litígio de interesse público e da forma pela qual tal decisão deve ser cumprida pelo poder público. Propõe-se, nesse sentido, que as medidas destinadas à execução de políticas públicas sejam realizadas preferencialmente mediante cronogramas negociados de cumprimento voluntário. Exige-se que resulte do processo, de todo modo, efetividade na implementação judicial de tais providências, priorizando-se as vias consensuais para a consecução de sua satisfação pela Administração Pública, sem descurar do uso forçado dos meios executivos cuja adoção venha a mostrar-se recomendável. Para esse fim, as medidas sub-rogatórias, coercitivas e punitivas, destinadas a assegurar a autoridade dos provimentos jurisdicionais, devem ser aplicadas sob enfoque diferenciado e adequado às particularidades dos litígios de interesse público e às prerrogativas processuais do Erário, inclusive alcançando,

quando cabível e necessário, o agente público incumbido da efetivação da política pública. O princípio da proporcionalidade assume destacada função na eleição dos meios executivos adequados e suficientes para a hipótese concreta. Nos casos complexos de litígios marcados por falhas estruturais, nos quais a situação de violação de direitos fundamentais encontra-se arraigada no próprio funcionamento do serviço ou entidade estatal, cumpre ao juiz valer-se de metodologia apropriada, devendo o direito pátrio buscar subsídios na experiência consolidada em outros ordenamentos jurídicos. A instituição de procedimento próprio para as ações voltadas ao controle judicial de políticas públicas pode contribuir enormemente, ademais, para conferir à matéria uma tutela adequada e efetiva. Estudo de natureza exploratória e descritiva, embasado em pesquisa bibliográfica, normativa e jurisprudencial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Controle judicial de políticas públicas; Litigância de interesse público; Adequação e efetividade processuais.

## **ABSTRACT**

The enunciation of social, economic and cultural rights in constitutional texts gave rise to the emergence of a new type of subjective public rights which must be mandatorily provided by the State. The implementation of those rights demands, also, setting goals and programs, planning and the development of actions by the government. Although these tasks are conducted primarily through political activity, they continue to be necessarily guided by constitutional law and shall be subject to the possibility of jurisdictional control. The analysis of the compliance of public policies with the constitutional and legal dictates, by the Judiciary Branch, is also subject to limits and standards setted by the legal order. The enforceability of social rights whose implementation is a government responsibility, before the Public Administration, therefore, it is a necessary result of the admissibility of the control exercised by the constitutional jurisdiction organs on the state action and its omissions in the fulfillment of those rights. Therefore, the existence of appropriate legal remedies to satisfy, with effectiveness, the object of the claims, in order to obtain materials installments from the State can't be dispensed. In order to comply the specific characteristics of the procedural discussion about the public policy, it is urgent to design a judicial protection model of the public interest, type of litigation tactics that has different structure compared to the traditional process. It is necessary, therefore, that means are provided to render viable the garnering of technical, social, budgetary and financial data, that are necessary to form the conviction of the judge in the cognitive stage, as well as to enable the construction, along the parts and with the collaboration of civil society, of the solution to the public law litigation and the way in which the decision should be complied by the government. In this sense, it is proposed that the actions aimed at implementing public policies are performed, preferably, through negotiated schedules of voluntary compliance. It is required that the process results, in any case, in the effectiveness in the judicial implementation of those providences, prioritizing consensual ways to achieving its satisfaction by the public administration, without neglecting the forced use of the executive means whose adoption will come to be recommended. To this end, the subrogatory actions, coercive and punitive, aimed at ensuring the authority of the judicial measures, should be implemented in a different approach and should be appropriate to the specific characteristics of public law litigation and to procedural prerogatives of the exchequer, including reaching, when appropriate and necessary, the public agent responsible for the execution of public policy. The

principle of proportionality plays a prominent role in the selection of adequate and sufficient executives means for concrete hypothesis. In complex cases of disputes marked by structural failure, in which the situation of fundamental rights violation is rooted in the functioning of the service or state agency, the judge must make use of appropriate methodology, and should national law seek subsidies in consolidated experience in other legal orders. The establishment of a specific procedure to actions focused on judicial control of public policies can contribute greatly to giving to the matter a adequate and effective protection. Study of exploratory and descriptive nature, based on bibliographical, case law and legislation research.

**KEYWORDS:** Judicial control of public policies; Public law litigation; Procedural adequacy and effectiveness.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>12</b>
<b>2</b>	<b>A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS POSITIVOS POR MEIO DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS</b>	<b>20</b>
2.1	A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DO NEOCONSTITUCIONALISMO: UMA BREVE EXPLANAÇÃO	20
2.1.1	<b>O novo paradigma constitucionalista</b>	<b>20</b>
2.1.2	<b>A dupla dimensão dos direitos fundamentais e a problemática de sua concretização</b>	<b>22</b>
2.2	O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MEIO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	25
2.2.1	<b>Conceito e finalidade das políticas públicas no Estado Democrático de Direito</b>	<b>25</b>
2.2.2	<b>A admissibilidade da intervenção judicial em matéria de políticas públicas</b>	<b>28</b>
2.3	A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENQUANTO PRESTAÇÕES ESTATAIS POSITIVAS	31
2.3.1	<b>A eficácia dos direitos fundamentais sociais: evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial no Brasil</b>	<b>31</b>
2.3.2	<b>A exigibilidade em juízo dos direitos prestacionais</b>	<b>35</b>
2.4	LIMITES E POSSIBILIDADES DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS	39
2.4.1	<b>Direitos prestacionais originários e mínimo existencial</b>	<b>40</b>
2.4.2	<b>A reserva do possível como limite fático aos direitos prestacionais</b>	<b>43</b>
2.4.3	<b>Parâmetros para o exercício do controle jurisdicional de políticas públicas</b>	<b>45</b>
<b>3</b>	<b>O CUMPRIMENTO DOS DEVERES ESTATAIS DE FAZER OU NÃO FAZER MEDIANTE TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA E EFETIVA</b>	<b>49</b>
3.1	O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA E EFETIVA	49
3.2	A LITIGÂNCIA DE INTERESSE PÚBLICO E O CUMPRIMENTO NEGOCIADO DE PROVIMENTOS JUDICIAIS ACERCA DE POLÍTICAS PÚBLICAS	55
3.2.1	<b>As especificidades dos litígios de interesse público e a necessidade de uma resposta jurisdicional efetiva e adequada</b>	<b>55</b>
3.2.2	<b>O cumprimento negociado de provimentos judiciais acerca de políticas públicas</b>	<b>58</b>

3.3	A TUTELA DOS DEVERES DE FAZER OU NÃO FAZER CONTRA O ESTADO: MEDIDAS DE EFETIVIDADE PROCESSUAL	63
3.3.1	As ações de obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa: algumas considerações	64
3.3.2	A tutela específica da obrigação e o resultado prático equivalente nas demandas contra o Estado	67
3.4	CRITÉRIOS JURÍDICOS PARA A ESCOLHA DOS MEIOS EXECUTIVOS ADEQUADOS AO CASO CONCRETO	70
3.4.1	Os princípios instrumentais do processo executivo	71
3.4.2	A proporcionalidade na escolha dos meios executivos adequados ao caso concreto	73
4	<b>O CONTEMPT OF COURT COMO ÓBICE À CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM FACE DO ESTADO</b>	81
4.1	O CONTEMPT OF COURT: CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS	81
4.2	O CONTEMPT OF COURT NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO	85
4.2.1	A sanção por descumprimento a ordem judicial no novo Código de Processo Civil	88
4.3	A CONFIGURAÇÃO DO CONTEMPT OF COURT NO ÂMBITO DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS	93
4.3.1	A questão da aplicabilidade à Fazenda Pública de sanção por atentado à dignidade da justiça	95
4.3.2	A incidência do agente público nas sanções por contempt of court em demanda movida contra o Estado	97
4.4	PRISÕES CIVIL E PENAL EM RAZÃO DO DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL POR SERVIDOR PÚBLICO NO DIREITO BRASILEIRO	101
4.4.1	A medida extrema da prisão civil como meio de efetivação da tutela específica de obrigação de fazer ou não fazer	101
4.4.2	A infração penal resultante do ato de descumprimento a ordem judicial por agente público	105
5	<b>O CUMPRIMENTO FORÇADO DE PROVIMENTOS JUDICIAIS ACERCA DE POLÍTICAS PÚBLICAS</b>	111
5.1	EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA E EFETIVIDADE PROCESSUAL: UMA PROBLEMÁTICA EQUAÇÃO	111
5.1.1	A exclusividade do regime de execução por precatório	111
5.1.2	As restrições à concessão de medidas liminares e antecipatórias contra o poder público	113
5.1.3	Os meios executivos aplicáveis no controle judicial de políticas públicas	116
5.2	PECULIARIDADES DO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER OU NÃO FAZER CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	118
5.3	MEDIDAS COERCITIVAS NOS PROVIMENTOS MANDAMENTAIS: EXECUÇÃO INDIRETA EM FACE DO ESTADO	123

5.3.1	<b>O bloqueio coercitivo de recursos públicos</b>	<b>124</b>
5.3.2	<b>O instituto das <i>astreintes</i> e a questão da sua aplicabilidade em desfavor do Erário</b>	<b>126</b>
5.4	A ADMISSIBILIDADE DA MULTA DIÁRIA EM FACE DE AGENTES PÚBLICOS	130
5.4.1	<b>O exame, em abstrato, da proporcionalidade da medida</b>	<b>130</b>
5.4.2	<b>A suscetibilidade de terceiros ao poder coercitivo da atividade jurisdicional</b>	<b>132</b>
5.4.3	<b>As garantias do devido processo legal, contraditório e ampla defesa ao agente estatal</b>	<b>138</b>
5.5	MEDIDAS SUB-ROGATÓRIAS NO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES DE FAZER, NÃO FAZER OU ENTREGA DE COISA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA	140
5.5.1	<b>A execução por terceiro nas demandas contra o poder público</b>	<b>142</b>
5.5.2	<b>O sequestro de ativos financeiros em contas públicas</b>	<b>144</b>
6	<b>OS CASOS COMPLEXOS E AS DECISÕES ESTRUTURAIS NOS LITÍGIOS DE INTERESSE PÚBLICO</b>	<b>147</b>
6.1	ORIGENS DAS DECISÕES ESTRUTURAIS	149
6.1.1	<b>Notas acerca das decisões estruturais na prática do direito norte-americano</b>	<b>152</b>
6.2	AS DECISÕES ESTRUTURAIS NO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO	155
6.2.1	<b>A admissibilidade da intervenção judicial em entidades públicas à luz do nosso direito processual civil</b>	<b>156</b>
6.2.2	<b>Estado de coisas inconstitucional e decisões estruturais</b>	<b>160</b>
6.3	O CASO DA INTERVENÇÃO JUDICIAL NA ENTIDADE GESTORA DO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO POTIGUAR	165
6.4	PROCEDIMENTO ESPECIAL PARA O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE DO PL 8.058/2014	170
6.4.1	<b>Da fase preliminar</b>	<b>172</b>
6.4.2	<b>Do juízo de admissibilidade do pedido e da etapa contenciosa</b>	<b>176</b>
6.5	ENTRE A COERÇÃO E A NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL: A ESCOLHA DO MELHOR CAMINHO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	181
7	<b>CONCLUSÃO</b>	<b>186</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>203</b>
	<b>ANEXO: PROJETO DE LEI N. 8.058/2014</b>	<b>226</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Fazer valer direitos constitucionalmente garantidos em face do Poder Público, por meio da tutela jurisdicional do Estado, quase sempre se revela uma tarefa hercúlea ao titular da pretensão deduzida em juízo, especialmente no que se refere às demandas objetivando a entrega das denominadas prestações positivas. Residem os grandes entraves, sobretudo, na parca efetividade do processo como instrumento prático bastante para promover, em casos da espécie, a tutela adequada dos correspondentes interesses individuais ou coletivos levados à apreciação judicial.

Há que se advertir desde logo, que, em matéria de efetivação de direitos fundamentais, a hermenêutica jurídica contemporânea não se satisfaz com os métodos tradicionais de interpretação e aplicação das normas, exigindo-se, para a concretização judicial de tais direitos, o recurso a aportes teóricos situados em harmonia com o atual paradigma constitucionalista.

O novo constitucionalismo alçou os princípios constitucionais e as normas definidoras de direitos fundamentais ao mais elevado grau na escala normativa, dotando-os de um efeito irradiante que se expande por todo o ordenamento jurídico, de modo a conformar todas as suas normas aos ditames estabelecidos na Constituição.

Assim é que, para decidir quanto ao direito de acesso do jurisdicionado a bens jurídicos fundamentais, cuja promoção reste negligenciada ou negada pela Administração Pública, não basta ao julgador apontar o dispositivo constitucional violado, em uma mera operação subsuntiva, de caráter silogístico, baseada na simples constatação dos fatos alegados pelo autor, confrontados com determinada norma jurídica. Incumbe-lhe, na verdade, para alcançar esse desiderato, realizar o controle de políticas públicas, efetuando o exame de conformidade da conduta estatal com a ordem constitucional vigente e pautando o deslinde das postulações destinadas à concretização de direitos fundamentais em face do Estado, quando necessário no caso concreto, pela técnica da ponderação de interesses.

Já se encontra amplamente consolidado, não apenas na seara doutrinária, mas também na Jurisprudência de nossos Tribunais Superiores, o entendimento acerca da eficácia plena e aplicabilidade imediata das disposições constitucionais consagradoras de direitos fundamentais, mesmo aqueles de caráter social, que demandam atuações práticas do Poder Público ó do que consiste exemplo por excelência o direito de acesso às ações e serviços públicos de saúde ó,

vários deles assentados em normas outrora consideradas meramente programáticas e destituídas de suficiente carga de eficácia normativa.

Superados, assim, em grande medida, os obstáculos de ordem hermenêutica para o acolhimento judicial de pedidos condenatórios do Estado à entrega de prestações positivas decorrentes de mandamento constitucional, o número progressivamente crescente de demandas dessa natureza passou a esbarrar em outros argumentos de resistência estatal. Mencione-se dentre estes, em um primeiro plano, a falta de previsão orçamentária ou a ausência de recursos financeiros disponíveis para assegurar o atendimento imediato das postulações aventadas em juízo, consubstanciadas na propalada objeção da reserva do possível, de resto igualmente já estudada de forma profunda no ambiente acadêmico nacional.

Percebe-se, no presente estágio de desenvolvimento científico e de evolução jurisprudencial acerca da matéria, a necessidade de investigação a respeito dos meios processuais hábeis para promover a concretização de direitos fundamentais em face do Estado pela via jurisdicional, com especial atenção à influência que possa vir a ser exercida, nesse sentido, pela conduta recalcitrante dos administradores públicos em dar cumprimento a decisões judiciais veiculadoras de ordens ao poder público.

Não se pode deixar de proceder, de toda sorte, a uma sumária abordagem dos pressupostos teóricos alusivos à admissibilidade de pretensões relacionadas ao controle judicial de políticas públicas, por se tratar de tema indissolúvelmente relacionado à efetivação de direitos fundamentais por intermédio do Poder Judiciário.

Há que se estudar, nesse passo, os lineamentos jurídicos dos direitos prestacionais originários, que os tornam judicialmente exigíveis, de igual modo aos direitos fundamentais dessa natureza que já tenham sido objeto de definição em nível infraconstitucional, bem como, os limites fáticos e os parâmetros normativos para a aferição da conformidade da conduta estatal com o ordenamento jurídico.

Nesse norte, observa-se que a jurisprudência tem se mostrado cada vez mais receptiva aos pleitos tendentes à imposição de prestações materiais a entes públicos, atribuindo máxima eficácia às normas constitucionais no âmbito exegético, mas não encontrando, em inúmeros e sucessivos casos, meios executivos adequados para fazer cumprir, com a efetividade esperada, o provimento judicial antecipatório ou de mérito que visa a realização de um comportamento ativo da Administração Pública.

Cumpre ter presente, a propósito do assunto, que as normas constitucionais, com o seu já mencionado efeito irradiante, impregnam não somente o direito material, mas também as

disposições legais de natureza processual, condicionando o trabalho do jurista à orientação do processo para que sirva como verdadeiro instrumento de concretização de direitos fundamentais. Devem as técnicas processuais ser adequadamente empregadas, por conseguinte, em prol do objetivo maior da efetividade na prestação jurisdicional, sem olvidar das garantias e vedações ínsitas a cada caso.

Há que se estudar, para tanto, as modalidades de tutela judicial propícias à imposição do cumprimento de deveres de fazer ou não fazer ao Estado, bem como, os princípios processuais que devem nortear a atividade executiva, a fim de eleger as medidas práticas pertinentes, à luz, obviamente, dos mandamentos constitucionais e legais incidentes na espécie.

Exsurge, nesse horizonte, um tipo diferenciado de lide, doutrinariamente identificada como litigância de interesse público, a reclamar o desenvolvimento e a afirmação de técnicas processuais consonantes com as especificidades das demandas da espécie, a fim de que se possa conferir-lhes um tratamento judicial verdadeiramente adequado.

Devem ser igualmente objeto de estudo, nesse contexto, os meios alternativos de resolução dos conflitos de interesse, a fim de que se indague acerca de suas vantagens, desvantagens e formas de adoção, nas causas atinentes ao controle judicial de políticas públicas.

Assim, vale perquirir se devem ser prestigiadas, no processo, as vias processuais conducentes a uma implementação negociada de políticas públicas, mediante a abertura de canais de diálogo entre o poder público, a parte autora e segmentos representativos da sociedade civil, a exemplo da realização de audiências públicas sobre o objeto da demanda e da discussão de cronogramas de cumprimento voluntário das medidas destinadas à satisfação do direito reclamado.

Sem embargo disso, deve-se proceder à imprescindível análise da aplicabilidade, em face do Estado ou de seus agentes, dos mais diversos métodos contenciosos de efetivação da tutela jurisdicional executiva, diante do regime jurídico diferenciado da execução contra o Erário e das prerrogativas e limitações legais inerentes à atividade administrativa.

Nessa senda, a ação civil pública e a ação de obrigação de fazer ou não fazer apresentam-se como as vias processuais mais difundidas e utilizadas para o mister assinalado, cumprindo examinar, em tal panorama, as modalidades de tutela executiva que melhor se adequam ao cumprimento de deveres do tipo, em desfavor de entes estatais.

Para nortear a decisão judicial acerca da escolha dos meios executivos adequados ao caso concreto, serão identificados os critérios jurídicos bastantes a essa análise, atentando para

a incidência, especificamente, dos princípios do processo executivo e, também, do princípio da proporcionalidade.

Impõe-se proceder, outrossim, a uma análise das possibilidades de configuração de *contempt of court* (ato atentatório à dignidade da justiça) na conduta da Administração Pública ou do gestor destinatário da ordem judicial, debruçando-se sobre as consequências jurídicas decorrentes do descumprimento deliberado de determinações judiciais por agente público, como também sobre os reflexos e implicações de tal comportamento nos resultados perseguidos na demanda.

Não se ignora, contudo, a existência de dificuldades de ordem prática e teórica para que se possa discernir, concretamente, as situações efetivamente ensejadoras da aplicação de sanções processuais ou criminais, em desfavor do Erário ou, nesta última hipótese, do servidor público incumbido da realização das providências administrativas judicialmente determinadas, o que também deverá ser devidamente estudado.

Será examinado, ainda, o eventual cabimento em nosso ordenamento jurídico da prisão civil como meio coercitivo para a obtenção do cumprimento de deveres alusivos a vínculos não obrigacionais, a exemplo do *civil contempt* do *common law*, bem como, em caso afirmativo, a sua possível aplicabilidade em face do agente público que esteja a embaraçar a efetivação da ordem jurisdicional, nas ações movidas contra o Estado.

Impende que se analisem, também, aspectos relacionados à admissibilidade, nas demandas contra o poder público, das medidas executivas genericamente previstas no ordenamento jurídico brasileiro para a implementação de obrigações de fazer ou não fazer, de cunho sub-rogatório, a serem necessariamente confrontadas com a natureza do objeto deduzível em juízo, além de compatibilizadas com as prerrogativas processuais inerentes ao sujeito passivo da lide.

Deve ser objeto de investigação, igualmente, se é dado ao órgão judicante recorrer a métodos coercitivos como forma de obter do ente público demandado, por meio de seus administradores ou servidores, o cumprimento de deveres de fazer ou não fazer.

Para tanto, faz-se necessário atentar para a natureza própria dos meios de execução indireta e, ainda, para a posição característica que o Estado ocupa na relação processual, implicando, conseqüentemente, na premissa de que a indução psicológica ao atendimento da determinação judicial deva ser eficazmente exercida sobre a pessoa do agente público destinatário da referida ordem, para que atue como mecanismo eficaz em relação aos fins a que se propõe.

Não integrando o agente público, como regra geral, a relação processual das ações destinadas à satisfação de direitos prestacionais pela Administração Pública, será necessário estudar as medidas e sanções processuais aplicáveis em face do terceiro, no direito processual civil brasileiro, observados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

No âmbito das medidas específicas de apoio à execução indireta, uma das que têm sido apontadas pela doutrina, de um modo geral, como detentora de maior poder de eficácia mandamental, para a obtenção dos resultados colimados no processo, tem sido a cominação de *astreintes*, na forma de multa periódica, incidente após o decurso do prazo judicialmente fixado para o atendimento da ordem emitida, conforme autoriza a legislação processual em vigor.

Nos casos em que o Estado figura como devedor da obrigação, todavia, a experiência forense tem evidenciado que, mesmo apresentando-se como juridicamente admissível o arbitramento de *astreintes* também em desfavor do ente público, tal mecanismo processual não tem demonstrado possuir semelhante efeito coercitivo para compelir os gestores ao cumprimento da determinação judicial, diferentemente do que ocorre quando aplicado em face de pessoas físicas ou jurídicas sujeitas ao regime de direito privado.

Vindo a recair unicamente sobre o Erário, em um futuro incerto, os encargos financeiros decorrentes do desatendimento do provimento judicial, cabe perquirir se ostenta a multa periódica, nessas condições, potencial dissuasório bastante para induzir o agente público à observância da determinação, desestimulando-o a assumir um comportamento configurador de *contempt of court*. Não se pode deixar de proceder, aliás, à necessária distinção entre a natureza jurídica e a finalidade dos institutos processuais da multa coercitiva e da sanção por ato atentatório à dignidade da justiça, para uma devida compreensão do tema.

O que emerge como objeto da investigação ora proposta, nesse ponto, consiste em examinar a admissibilidade da cominação de multa diária não apenas à pessoa jurídica de direito público destinatária da ordem judicial, mas também ao gestor cujo engajamento volitivo se mostre indispensável à concretização do direito fundamental vindicado, como forma de emprestar a devida efetividade à tutela jurisdicional em demandas da espécie, sem prejuízo da análise do cabimento e pertinência da adoção de outros meios executivos em face do Estado.

Dentre as medidas executivas de caráter direto, ou sub-rogatório, aliás, em que a vontade do réu é substituída pelo comando jurisdicional, mostram-se dignas de nota, apesar da ausência de taxatividade, a execução por terceiro, o sequestro de ativos financeiros em contas públicas e a intervenção judicial. Impõe-se indagar da admissibilidade de tais medidas nas demandas contra o poder público, diante da potencial probabilidade de êxito, em tese, quanto à

almejada efetividade na tutela jurisdicional, a fim de proporcionar o atingimento de resultado equivalente ao cumprimento voluntário da obrigação.

Com efeito, a exclusividade do regime de execução por precatório e as restrições legais à concessão de medidas liminares e medidas antecipatórias contra o poder público torna problemática a atribuição de efetividade às ações veiculadoras de pretensões contra a Administração Pública.

É necessário, assim, que se examinem aspectos relacionados à harmonização, ou concordância prática, entre normas consagradoras de privilégios processuais da Fazenda Pública e o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, velando-se para que não haja, de um lado, o sacrifício total do interesse versado na demanda, diante de uma possível inadequação dos meios processuais para concretizá-lo a tempo e modo devidos, nem, de outro, que se ignorem de forma absoluta as imposições constitucionais e legais que visam preservar o patrimônio público e a higidez orçamentária e financeira do Estado.

Impende estudar, por fim, as denominadas decisões estruturais, inspiradas nas *structural injunctions* do direito norte-americano, consistentes em uma técnica de julgamento e metodologia de atuação processual diferenciadas, concebidas para adequar os provimentos judiciais a determinadas espécies de litígio de interesse público dotados de singular complexidade, nos contextos jurídico e social.

Casos há, de fato, em que a violação de direitos fundamentais encontra-se incrustada no funcionamento do serviço ou atividade estatal, evidenciando a existência de falhas estruturais que os afetam gravemente, de maneira que pouca serventia prática assumirão as medidas jurisdicionais voltadas a solucionar tais problemas, caso se limitem a remediar os seus efeitos, sem combater as causas respectivas, que estejam a exigir uma verdadeira reestruturação institucional.

Em tais situações, deve-se investigar se são suficientes e adequados os métodos cognitivos e executivos tradicionais para a obtenção de um resultado plenamente satisfatório, já que este deve ser alcançado de modo gradativo, mediante etapas implementáveis sucessivamente e sob a supervisão ou direção judicial, do que constituem exemplo alguns tipos de decisões proferidas no âmbito do controle de políticas públicas, cujo cumprimento exige atos continuados de acompanhamento e fiscalização ulteriores.

A análise da admissibilidade da adoção de decisões estruturais no sistema processual civil brasileiro será necessária, após breve incursão acerca das origens do instituto, sem deslembrar de expor as vicissitudes próprias de tal metodologia processual e as críticas que

recebe no cenário acadêmico, por apresentar, entre nós, caráter indistintamente ousado e inovador.

Ensejando a imposição judicial de medidas estruturais a nomeação de auxiliares do juízo para que acompanhem, fiscalizem ou mesmo administrem temporariamente os órgãos ou entidades públicas alcançadas pela decisão, visando possibilitar a sua implementação, procederemos ao exame do cabimento, em nosso direito, da intervenção judicial para fins de controle de políticas públicas, por consistir no principal meio executivo viabilizador da realização prática da referida técnica decisória.

Serão igualmente objeto de consideração as consequências do reconhecimento judicial de situações configuradoras de um estado de coisas inconstitucional, que resultem, por sua vez, na adoção de medidas estruturais complexas, como forma de viabilizar a concretização de direitos fundamentais, consoante decisão recentemente exarada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro em emblemático caso, nos moldes idealizados pela Corte Constitucional da Colômbia.

Explanaremos, em seguida, acerca do significativo caso da intervenção estrutural na entidade gestora do sistema socioeducativo do Estado do Rio Grande do Norte, a FUNDAC, determinada pelo Juízo da Infância e da Juventude da capital potiguar, diante da constatação de um quadro generalizado de violação de direitos fundamentais, como forma de melhor ilustrar as abordagens teóricas que serão desenvolvidas em torno do assunto.

No estudo da adequação e efetividade da tutela jurisdicional nas demandas cujo objeto seja relacionado ao controle de políticas públicas, procederemos a uma análise dos aspectos principais do projeto de lei que tramita na Câmara dos Deputados acerca do tema, visando instituir procedimento especial para regular ditas ações, cotejando as suas disposições com os resultados das pesquisas que serão empreendidas ao longo deste trabalho.

O exame do teor dessa proposição legislativa revela-se importante, primeiramente, por ser oriunda de anteprojeto elaborado por doutrinadores versados na matéria, mas também por abraçar caminhos que incorporam e institucionalizam vários conceitos inerentes à litigância de interesse público. Não se pode deixar de submeter o mencionado projeto, por outro lado, a um necessário olhar crítico.

Serão investigadas, enfim, novas perspectivas de efetividade nos litígios de interesse público, mediante a apreciação dos diversos mecanismos e técnicas processuais postos à disposição dos operadores do direito para esse mister, à luz das normas constitucionais pertinentes, especialmente nos casos difíceis, nos quais podem validamente incidir o juízo de

ponderação e o princípio da proporcionalidade, a fim de harmonizar os diferentes interesses e valores postos em situação conflitiva.

O presente estudo, de natureza exploratória e descritiva, buscará expor as características do objeto proposto, com associação de variáveis e a explicitação da natureza dessa relação, conhecendo e interpretando dados e fenômenos da realidade. A pesquisa bibliográfica é centrada na análise de diversos autores e estudiosos do tema, confrontando suas ideias, procedendo-se, ainda, ao estudo contextualizado das leis que regem o assunto, além do exame da jurisprudência nacional.

## 2 A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS POSITIVOS POR MEIO DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

### 2.1 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DO NEOCONSTITUCIONALISMO: UMA BREVE EXPLANAÇÃO

Para tratar do tema alusivo ao controle jurisdicional de políticas públicas, mostra-se imprescindível abordar, ainda que sumariamente, alguns dos pressupostos conceituais básicos atinentes à teoria dos direitos fundamentais, perpassando, necessariamente, pela mudança do paradigma interpretativo advinda com o constitucionalismo contemporâneo.

#### 2.1.1 O novo paradigma constitucionalista

Encontra-se de há muito superada a compreensão da Constituição como uma carta meramente consolidadora de compromissos políticos, reconhecendo-se de modo incontroverso, na atualidade, a *força normativa* dos seus preceitos. O texto constitucional não consiste, pois, em simples expressão de uma realidade histórica, possuindo, no dizer de Hesse, o condão de ordenar e conformar a vida política e social, em consonância com as possibilidades e limites resultantes da correlação entre ser (*sein*) e dever ser (*sollen*).<sup>1</sup>

Ocorre que as normas constitucionais, sendo constituídas e permeadas por princípios e valores eleitos como da maior relevância para reger, nos mais diversos sentidos, a vida de uma nação, não se limitam a comportar unicamente os métodos tradicionais de aplicação do direito, dada a insuficiência da dogmática positivista clássica para atender à necessidade de integração e harmonização entre regras, princípios e valores que irradiam por todo o ordenamento jurídico, em um fenômeno identificado como constitucionalização do Direito.<sup>2</sup>

Inaugurando um novo paradigma jurídico, caracteriza-se o sistema jurídico constitucionalizado por possuir uma Constituição com força vinculante e que admite mecanismos de controle de constitucionalidade das normas, implicando ainda na *omnicomprensividade do Direito*. Consiste esta, por sua vez, no reflexo das normas constitucionais sobre toda a ordem jurídica. Possibilita-se, com isso, a aplicação direta da Constituição para regular as relações entre os poderes do Estado e destes para com os cidadãos,

---

<sup>1</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição (Die normative kraft der Verfassung)**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991, p. 24.

<sup>2</sup> FIGUEROA, Alfonso García. A teoria do direito em tempos de constitucionalismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Coord.). **Argumentação e estado constitucional**. São Paulo: Ícone, 2012, p. 513-516.

além de influir nas relações políticas, permitindo aos órgãos da jurisdição constitucional examinar a argumentação política subjacente às normas jurídicas.<sup>3</sup>

O advento do Estado Constitucional Democrático de Direito trouxe consigo, assim, uma teoria integradora do Direito, da política e da moral, sob o rótulo do neoconstitucionalismo, resultando em um novo modo de interpretar e aplicar as normas jurídicas. Passa a atividade interpretativa, invariavelmente, a ter que atentar para a incidência direta de normas constitucionais no caso concreto, em uma releitura do ordenamento jurídico.<sup>4</sup>

Exige-se do operador do Direito, por conseguinte, o domínio de técnicas que vão além de operações silogísticas e métodos exegéticos de mera subsunção de fatos a regras, sobretudo diante de hipóteses de colisão entre princípios constitucionais, em que se faz necessária a concordância prática entre eles, mediante a devida ponderação, orientada por uma argumentação racional.

A insuficiência da legalidade estrita para atender aos reclamos de uma sociedade de complexidade crescente e, especialmente, a necessidade histórica de superação do paradigma positivista, sob o qual prosperaram regimes ocidentais totalitários alinhados ao nazi-fascismo, conduziu à ascensão dos princípios ao mais alto grau hierárquico da escala normativa, acarretando profundas mudanças na hermenêutica constitucional.

Marcando o novo constitucionalismo em seu aspecto funcional, a técnica da ponderação, ou sopesamento, encontra amparo na teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, a *tese do caso especial*, pela qual o pensamento jurídico é um caso especial do pensamento prático geral.<sup>5</sup> Prioriza-se, assim, a perspectiva argumentativa no estudo do Direito, que passa a ser tratado como um sistema dinâmico de argumentos, ao invés de um sistema estático de regras e princípios.<sup>6</sup> Acentua-se, conseqüentemente, o deslocamento do protagonismo do Legislativo para o Judiciário, cujos riscos e vantagens serão abordados logo a seguir, em tópico adequado.

Muito embora se reconheça que existem variadas tendências de pensamento pós-positivista ó algumas das quais não vislumbram, inclusive, a aproximação entre direito e moral sustentada por autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Nino, Gustavo

---

<sup>3</sup> FIGUEROA, Alfonso Garcia. A teoria do direito em tempos de constitucionalismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Coord.). **Argumentação e estado constitucional**. São Paulo: Ícone, 2012, p. 516.

<sup>4</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro: EMERJ, v. 11, n. 43, 2008, p. 267-268.

<sup>5</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001, p. 212-217.

<sup>6</sup> FIGUEROA, Alfonso Garcia. Op. cit., p. 518-519.

Zagrebelsky e Manuel Atienza, chegando-se a apregoar que o constitucionalismo não surgiu para superar o positivismo, mas para aperfeiçoá-lo ó,<sup>7</sup> todos estão de acordo que o novo constitucionalismo assume a função de impor limites e vínculos aos poderes estatais, inclusive ao Legislativo, mediante a submissão a normas constitucionais de grau superior, veiculadoras de direitos fundamentais.<sup>8</sup>

Os direitos fundamentais, portanto, não escapam dessa nova realidade teórica, distinguindo-se das demais disposições constitucionais, inclusive, em razão de ostentarem um nível mais elevado de garantia, diante do seu caráter em geral imutável, bem como, por serem essencialmente vinculados aos valores históricos e filosóficos da liberdade e da dignidade humana, a conferir-lhes uma natureza universal.<sup>9</sup>

### **2.1.2 A dupla dimensão dos direitos fundamentais e a problemática de sua concretização**

O conteúdo das normas de direitos fundamentais submeteu-se a intensa evolução no decorrer dos séculos XIX e XX, também como resultado das transformações históricas e dos acontecimentos políticos, sociais e econômicos próprios da época, que tornaram inócuos os direitos clássicos de liberdade e igualdade para fazer frente aos impactos da industrialização e aos graves problemas que passaram a afetar a sociedade. Isso gerou movimentos reivindicatórios que ensejaram o surgimento do Estado de bem-estar social, com a proclamação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Os avanços tecnológicos e o rearranjo geopolítico do segundo pós-guerra, por sua vez, conduziram ao reconhecimento dos chamados direitos de fraternidade ou da solidariedade, de titularidade coletiva ou difusa, relacionados à manutenção da paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, dentre outros da espécie.<sup>10</sup>

Esses novos direitos fundamentais passaram a integrar o corpo de diversas constituições, a exemplo da brasileira, demandando o aprofundamento de estudos acerca da exigibilidade em juízo dos interesses albergados pelas respectivas normas constitucionais, bem como, dos posicionamentos que deveriam ser adotados pelos tribunais acerca do tema.

---

<sup>7</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo**. Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2011, p. 95-113, passim. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf>>. Acesso em: 29 dez. 2015.

<sup>8</sup> Ibid., p. 100.

<sup>9</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 515-516.

<sup>10</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 54-59.

A doutrina contemporânea adota a classificação tripartida dos direitos fundamentais, desenvolvida a partir da teoria dos quatro *status* de Jellinek, distinguindo-os em: i) direitos negativos ou de resistência à intervenção estatal, que protegem o indivíduo contra uma eventual atuação estatal, implicando, conseqüentemente, em limitações à atuação do Estado, cuja proibição imediata de interferência consiste na essência do direito respectivo; ii) direitos de *status positivus* ou prestacionais, compreendendo os direitos sociais, que permitem aos indivíduos exigir determinadas ações do Poder Público, a fim de garantir os pressupostos materiais necessários ao exercício das liberdades, mediante a entrega de prestações materiais ou normativas; iii) direitos políticos, destinados a assegurar a participação dos indivíduos nos processos de decisão do Estado.<sup>11</sup>

Ensina Gilmar Ferreira Mendes que os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Na concepção tradicional, os direitos fundamentais assumem a função de direitos de defesa, destinando-se a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, mediante disposições definidoras de uma competência negativa deste. Em sua dimensão subjetiva, as normas definidoras de direitos fundamentais conferem aos titulares a possibilidade de impor seus interesses em face dos órgãos obrigados, inclusive no que diz respeito a prestações fáticas ou jurídicas de índole positiva.<sup>12</sup>

Assim, a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais possibilita ao titular respectivo realizar a defesa judicial tanto de suas liberdades negativas ó atinentes ao dever de abstenção estatal de intervir na esfera individual fora das hipóteses estatuídas na norma constitucional ó, quanto de pretensões decorrentes das chamadas liberdades positivas, que exigem a implementação de ações pelo poder público, proibindo-se a omissão inconstitucional, notadamente no campo dos direitos fundamentais sociais.<sup>13</sup>

Pela perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, instituída a partir da decisão proferida pelo Tribunal Constitucional alemão no emblemático *caso Lüth*,<sup>14</sup> parte-se do pressuposto de que a função dos direitos fundamentais não se limita apenas à defesa de posições

---

<sup>11</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 49-54.

<sup>12</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 2-3.

<sup>13</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 116-117.

<sup>14</sup> VALE, André Rufino do. **50 anos do caso Lüth**. Brasília: Escola de Direito do IDP, 2008, passim. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cienciajuridica/article/viewFile/724/505>>. Acesso em: 04 jan. 2015.

jurídicas subjetivas do indivíduo em face do Estado, também contemplando decisões valorativas acerca dos fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos. Implica tal dimensão axiológica dos direitos fundamentais na constatação de que estes devem ter sua eficácia aferida não somente do ponto de vista subjetivo individual, mas igualmente sob a ótica da coletividade em geral, vindo a caracterizá-los como transindividuais, com eficácia dirigente da atuação do Estado para o fim de concretizá-los.<sup>15</sup>

Dentre os desdobramentos do reconhecimento da força jurídica objetiva dos direitos fundamentais, estão os deveres de proteção do Estado, que lhe impõem a incumbência de zelar pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos em face de agressões advindas de terceiros e mesmo de poderes públicos, inclusive de forma preventiva. Também decorre da mencionada perspectiva objetiva a função exercida pelos direitos fundamentais de fornecer parâmetros para a criação e constituição de instituições e procedimentos estatais, destinados a viabilizar o próprio exercício de direitos fundamentais.<sup>16</sup>

Dessa forma, o dever genérico de proteção emanado dos direitos fundamentais relativiza a separação entre ordem constitucional e ordem legal, mediante a irradiação dos efeitos de tais direitos sobre todo o ordenamento jurídico. Surge para o Estado, portanto, independentemente da existência de uma pretensão subjetiva em seu desfavor, o dever objetivo de tomar as providências bastantes para a concretização dos direitos fundamentais.<sup>17</sup>

Discorrendo sobre o direito geral a prestações estatais, preleciona Robert Alexy que as normas de direitos fundamentais que o originam são, do ponto de vista do direito constitucional, tão importantes que a decisão sobre elas não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples,<sup>18</sup> justificando a intervenção judicial nessa temática.

Esclarece o autor, ainda, que a concepção ampla e substancial de tais direitos é determinada pelo conceito de dignidade humana, constitutivo da tarefa de uma argumentação jurídico-constitucional também de índole substancial, concluindo pela existência de direitos fundamentais a prestações positivas nas modalidades de direitos *a proteção*, direitos *a*

---

<sup>15</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 165-176.

<sup>16</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>17</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 11-12.

<sup>18</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 450.

*organização e procedimento e direitos a prestações em sentido estrito*, estas últimas materializáveis nos direitos fundamentais sociais.<sup>19</sup>

Depreende-se, pois, que a implementação dos direitos fundamentais pelo Estado não mais depende, seja na perspectiva subjetiva, seja na objetiva, apenas da fixação de limites à atuação dos órgãos estatais, demandando, sobremaneira, o estabelecimento de metas e programas, o planejamento e o desenvolvimento de ações de caráter público, tarefas necessariamente orientadas pela própria norma constitucional e sujeitas, conseqüentemente, à possibilidade de controle judicial.

Resta indagar, a esse respeito, em que medida os direitos prestacionais podem ser judicialmente reivindicados a partir da norma constitucional, bem assim, até que ponto estão os órgãos da jurisdição constitucional autorizados a intervir nessa seara.

## 2.2 O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MEIO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

É intuitivo perceber que, para a realização prática dos direitos fundamentais de caráter prestacional, serve-se o Estado de meios de atuação regidos pelo Direito Público, devendo, para tanto, seguir as diretrizes emanadas da norma constitucional com vistas à formulação e ulterior execução das chamadas políticas públicas.

Impende compreender, inicialmente, em suas linhas basilares, o significado dessa forma de atuação estatal.

### 2.2.1 Conceito e finalidade das políticas públicas no Estado Democrático de Direito

Diante do caráter multidisciplinar que envolve o tema das políticas públicas, não se pode pretender que se realize uma abordagem exclusivamente jurídica da matéria. Isso porque, embora se esteja a cuidar, em última análise, de atividades desenvolvidas pelo poder público objetivando a efetivação de direitos fundamentais e o atingimento dos fins proclamados pela Constituição, que norteiam as medidas voltadas a tal desiderato, deve-se reconhecer que o ambiente no qual são gestados esses programas e ações estatais é conduzido, em primeiro plano,

---

<sup>19</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 433-519.

pelas articulações envidadas por grupos de interesse e instituições políticas e sociais, à luz dos elementos técnicos, políticos e econômicos pertinentes ao assunto.

Sob a perspectiva da ciência política, enfatiza a professora Celina Souza que o embate em torno de ideias e interesses constitui a essência da política pública, ensinando que

Não existe uma única, nem melhor, definição sobre o que seja política pública. [...] Para Peters (1986), política pública é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos. Dye (1984) sintetiza a definição de política pública como o que o governo escolhe fazer ou não fazer. A definição mais conhecida continua sendo a de Laswell, ou seja, decisões e análises sobre política pública implicam responder às seguintes questões: quem ganha o que, por quê e que diferença faz.<sup>20</sup>

Com efeito, destinam-se as políticas públicas, enquanto programas de ação governamental, a coordenar os meios à disposição do Estado e atividades privadas correlatas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Por meio de tais programas de ação, conseqüentemente, utiliza-se o poder estatal para o alcance de interesses públicos.<sup>21</sup>

Não há dúvida que é por meio da atividade política, primordialmente, que são concebidas, formuladas e implementadas as diversas políticas públicas. Isso não significa, porém, que o processo político possa, independentemente da observância de normas jurídicas e do respeito ao direito das minorias, ditar de forma absolutamente livre os rumos das políticas públicas, que afetam a vida da comunidade em seus mais profundos e fundamentais aspectos.

Por esse motivo é que as políticas públicas são tidas como o resultado de um conjunto de processos juridicamente regulados, quais sejam, os processos eleitoral, de planejamento, de governo, orçamentário, legislativo, administrativo e, por fim, o processo judicial.<sup>22</sup>

Observa-se, pois, por outro lado, que apesar de integrar o cerne das políticas públicas, o componente puramente político não tem igualmente como esgotar uma análise mínima que se possa fazer a respeito do tema.

Daí que a política pública jamais consistirá em simples norma ou ato estatal isolado, configurando, isto sim, uma *atividade*, uma série concatenada de normas ou atos, conjugados para a realização de um objetivo determinado. Pressupõe a política pública, portanto, uma meta a ser alcançada e um conjunto ordenado de meios ou instrumentos aptos ao atingimento de tal

<sup>20</sup> SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Revista sociologias**. Porto Alegre: PPGS/UFRGS, n. 16, jul.-dez 2006, p. 24.

<sup>21</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241-269.

<sup>22</sup> Id. 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. 39.

resultado. Esse complexo de normas e atos jurídicos somente obtém uma significação sistematizada na *finalidade* da política pública, ditada pela lei e, especialmente, pela norma constitucional.<sup>23</sup>

Caracterizam-se as políticas públicas, destarte, como o meio por excelência de concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais enunciados na carta constitucional, na qualidade de ações e programas estatais voltados para a proteção e promoção de tais direitos.<sup>24</sup>

O próprio funcionamento do Estado e a organização da sociedade brasileira, aliás, devem estar voltados para atender os objetivos fundamentais elencados no art. 3º da Constituição Federal,<sup>25</sup> quais sejam, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução as desigualdades sociais e regionais e, por fim, a promoção do bem comum, de maneira livre de preconceitos ou discriminação.

Diversos outros dispositivos constitucionais regulam, de forma específica, as políticas públicas a serem desenvolvidas com vistas à efetivação de direitos fundamentais, a exemplo dos direitos à saúde (arts. 196 a 200), à assistência social (arts. 203 e 204), à educação (arts. 205 a 214), à cultura (arts. 215 e 216), ao equilíbrio ambiental (art. 225) ou à segurança (art. 144).

Estabelece a Constituição, ainda, normas que devem ser observadas na implementação de políticas em assuntos de importância estratégica ou essencial, como a gestão de recursos hídricos (art. 23, inciso XI), o desenvolvimento urbano (arts. 182 e 183), a política agrícola (art. 187), a busca do pleno emprego (art. 170, inciso VIII), o desenvolvimento científico e tecnológico (arts. 218 a 219-B), dentre outros. Visam tais disposições, na essência, assegurar o gozo de direitos fundamentais relacionados à própria sobrevivência e dignidade da pessoa humana, constitutiva, por sua vez, de um dos fundamentos da República (art. 1º, inciso III).

É inequívoco, portanto, que as políticas públicas devem ser idealizadas e executadas em consonância com o que estabelece o texto constitucional, cabendo preponderantemente ao Poder Legislativo formulá-las mediante lei, ao Executivo implementá-las concretamente e ao

---

<sup>23</sup> COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Coord.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 248-249.

<sup>24</sup> BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle jurisdicional de políticas públicas: parâmetros objetivos e tutela coletiva**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 66.

<sup>25</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de informação legislativa**. Brasília: Senado Federal, n. 138 abr.-jun. 1998, p. 44.

Judiciário exercer o controle de legalidade e constitucionalidade a respeito da matéria, embora não haja rigidez no exercício de tais funções, no Estado contemporâneo.<sup>26</sup>

Não se pode negar à jurisdição constitucional, por conseguinte, o exame da conformidade das ações e programas estatais, constitutivos de políticas públicas, bem como, da atuação ou omissão estatal nessa seara, com os ditames da norma constitucional. Passaremos, doravante, a tecer considerações mais específicas a esse respeito.

### 2.2.2 A admissibilidade da intervenção judicial em matéria de políticas públicas

A discussão sobre estar autorizado, ou não, o Poder Judiciário a decidir acerca de assuntos relacionados à formulação ou implementação de políticas públicas deve iniciar-se, naturalmente, pela compreensão acerca do princípio da separação entre os poderes estatais na atualidade.

Como uma das bases do ideário que ensejou o surgimento do Estado Moderno, em consonância com os princípios da legalidade, da democracia e da garantia dos direitos individuais, a teoria da separação dos poderes consolidou-se por meio da célebre obra do Barão de Montesquieu, *O Espírito das Leis*, de 1748, inspirada pelo contexto histórico e político no qual prosperou o liberalismo.

A lei, como expressão da vontade geral, segundo a formulação de Rousseau, consagrava os parâmetros da legalidade como manifestação da soberania popular e do exercício democrático do poder estatal, já que, observando a deliberação coletiva, estaria o indivíduo obedecendo a si mesmo, mantendo-se, assim, livre.<sup>27</sup>

O escopo principal do pensamento de Montesquieu era a limitação do arbítrio estatal, como forma de preservar a liberdade individual. Para tanto, os três poderes estatais jamais deveriam ser atribuídos a uma mesma pessoa, de modo que o poder seja o freio do próprio poder.<sup>28</sup> O que mais importava, contudo, não era propriamente a especialização estanque de

---

<sup>26</sup> RESENDE, Fabrício Contato Lopes. **O papel do Poder Judiciário no controle da implementação de políticas públicas no Brasil: a política assistencial do artigo 20 da Lei nº 8.742/93**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 24-34.

<sup>27</sup> ROUSSEAU, J. J. **Do contrato social**. E-book, p. 37. Disponível em: <[http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=2244](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=2244)>. Acesso em: 14 jan. 2016.

<sup>28</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède e de. **O espírito das leis**. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, v. 1, 1962, p. 179-181.

funções por órgãos estatais, mas a limitação das competências de cada exercente do poder em nome do Estado.<sup>29</sup>

A proeminência do Legislativo em face dos demais poderes era notória na obra de Montesquieu, especialmente diante do Judiciário, no seio do positivismo exegético, quando prevalecia o dogma da completude jurídica das codificações, conferindo-se à atividade jurisdicional a função de mera *boca da lei*,<sup>30</sup> negando-se ao julgador qualquer papel criativo na aplicação do Direito.

Há que se interpretar a concepção teórica em exame, dessarte, em conformidade com as necessidades políticas vivenciadas no momento histórico específico no qual foi desenvolvida, cuja finalidade precípua, como dito, consistia em superar a forma absolutista de exercício do poder.

Nesse sentido, consoante observa Canotilho, a rigorosa separação entre os poderes, pretendida por alguns, nunca foi abraçada sequer pela teoria clássica, tendo em vista que, õmais do que separação, do que verdadeiramente se tratava era de **combinação** de poderes.<sup>31</sup> Isso porque, se ao juiz era reconhecida a função apenas de servir como *a boca que pronunciava as palavras da lei*, os poderes Executivo e Legislativo eram distribuídos por três potências, o rei, a nobreza (câmara alta) e a burguesia (câmara baixa). O problema verdadeiramente existente consistia na forma pela qual seriam combinadas tais potências, de modo a estabelecer qual classe política seria favorecida.<sup>32</sup>

Não obstante a distribuição formal das funções entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, não prevalecem nos estados democráticos contemporâneos uma divisão rígida em relação ao conteúdo da manifestação de poder estatal. Sobreleva que se assegure, desse modo, como ideia principal, que diversos detentores do poder participem da formação da vontade do Estado.<sup>33</sup>

Assim é que, na Constituição norte-americana ó assim como na brasileira, que adotou tal modelo desde a sua primeira Carta Republicana ó a separação de poderes é calcada na ideia dos *checks and balances*, ou sistema de freios e contrapesos, que visa atribuir a cada poder, no exercício de suas funções, mecanismos de controle e fiscalização recíprocos, além de uma

---

<sup>29</sup> BURDEAU, Georges; HAMON, Francis; TROPER, Michel. **Direito constitucional**. 27. ed. Trad. Carlos Souza. Barueri: Manole, 2005, p. 87.

<sup>30</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède e de. **O espírito das leis**. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, v. 1, 1962, p. 208.

<sup>31</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 260.

<sup>32</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>33</sup> GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 236-238.

atuação coordenada, tanto quanto possível, a fim de melhor amparar e efetivar os direitos fundamentais.<sup>34</sup>

É válido afirmar, nessa linha de raciocínio, que, se a lei possui uma natureza simultaneamente política e jurídica, o Estado de Direito pode servir como freio e contrapeso necessário para limitar o poder político, em prol da implementação de valores jurídico-constitucionais fundamentais, outorgando-se à atividade jurisdicional, em última análise, a função da salvaguarda e garantia de tais valores.<sup>35</sup>

Os fatores, porém, que têm tornado cada vez mais ultrapassada a tradicional separação entre os poderes, na lição de João Maurício Adeodato, consistem na õprogressiva diferenciação entre texto e norma, a crescente procedimentalização formal das decisões e o aumento de poder do Judiciário.<sup>36</sup>

Percebe-se, outrossim, que a interdependência existente entre o direito e a política conduziu à idealização da jurisdição constitucional, conferindo aos seus órgãos poderes para dar a última palavra acerca do significado concreto da norma constitucional.<sup>37</sup>

Ronald Dworkin, cuja teoria é apontada como precursora do neoconstitucionalismo, anunciou a aproximação entre direito, moral e política, descrevendo as *policies* como

aquela espécie de padrão de conduta (*standard*) que assinala uma meta a alcançar, geralmente uma melhoria em alguma característica econômica, política ou social da comunidade, ainda que certas metas sejam negativas, pelo fato de implicarem que determinada característica deve ser protegida contra uma mudança hostil.<sup>38</sup>

Já os princípios, para o autor, seriam padrões de observância obrigatória como uma õexigência de justiça ou equidade ou outra dimensão da moralidade.<sup>39</sup>

Desenvolvendo sua consagrada proposição científica, alude Dworkin aos argumentos *de política* e aos argumentos *de princípio*, definindo os primeiros como aqueles que justificam uma decisão política, desde que logrem demonstrar que esta õfomenta ou protege algum objetivo comunitário, exemplificando com os casos de concessão de subsídio econômico. Já os argumentos de princípio justificam uma decisão política, quando evidenciem que a decisão õrespeita ou garante direitos de um indivíduo ou de um grupo. Os princípios e as políticas, ou

<sup>34</sup> PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 260.

<sup>35</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>36</sup> ADEODATO, João Maurício. Adeus à separação dos poderes? In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de constitucional**: teoria da constituição. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 291.

<sup>37</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação constitucional e política. **Direito público**. São Paulo, v. 3, n. 10, out.-dez. 2005, p. 8 e 15.

<sup>38</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

<sup>39</sup> Ibid., loc. cit.

*policies*, constituem, assim, no entender do autor, os fundamentos essenciais da justificação política.<sup>40</sup>

Frisa o autor norte-americano, a esse respeito, que cabe aos tribunais, no exercício da jurisdição constitucional, tomar decisões políticas importantes. Quando chamados a decidir sobre o tema, porém, devem pautar suas decisões não por critérios de índole política, atinentes à melhor maneira para se promover o bem-estar geral, mas sim consoante os princípios, sobre os quais direitos as pessoas têm sob o sistema constitucional.<sup>41</sup>

Mesmo ao se admitir, portanto, que os órgãos da jurisdição constitucional possam decidir acerca de matérias situadas no limiar entre o direito e a política, tais como as questões inerentes a políticas públicas e sua conformidade com a norma de direito fundamental, não quer isso dizer que tal atividade judicial deva ser exercida de forma livre, infensa a qualquer tipo de limite ou controle racional, ainda que na forma de autocontenção. Disso cuidaremos de modo mais específico nos itens seguintes.

### 2.3 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENQUANTO PRESTAÇÕES ESTATAIS POSITIVAS

Por pressupor o exercício do controle judicial de políticas públicas, invariavelmente, a possibilidade de imposição ao Estado do cumprimento de prestações positivas, como forma de concretização de direitos fundamentais, sobretudo os de caráter social, mostra-se inevitável o exame da eficácia dos direitos sociais, a fim de determinar, o quanto possível, a medida da sua exigibilidade em juízo.

#### **2.3.1 A eficácia dos direitos fundamentais sociais: evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial no Brasil**

No tema da eficácia das normas constitucionais, prevaleceu entre nós, durante décadas, a doutrina de Rui Barbosa, inspirada no direito norte-americano e idealizada sob a égide da primeira Constituição Republicana, de 1891, classificando as normas constitucionais em autoaplicáveis e não-autoaplicáveis, conforme fossem, ou não, aptas a produzir efeitos

---

<sup>40</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 128-132.

<sup>41</sup> Id. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 101.

independentemente de interposição legislativa, a depender de se encontrar devidamente determinado o conteúdo respectivo.<sup>42</sup>

Citando a lenta evolução dessa orientação teórica, a partir da contribuição inicial de Pontes de Miranda, até chegar à crítica mais veemente de autores como José Afonso da Silva, José Horácio Meirelles Teixeira, Maria Helena Diniz, dentre outros, registra Ingo Wolfgang Sarlet que tal lição doutrinária passou a tornar-se incompatível com o direito constitucional positivo advindo a partir da Constituição de 1934, de caráter social e programático. Isso porque, ao passo que partia a teoria clássica da premissa de que a maior parcela das normas constitucionais não era aplicável sem a intervenção do legislador, sustenta a doutrina contemporânea que a maioria das disposições constitucionais é plena e diretamente aplicável.<sup>43</sup>

A maior parte das classificações doutrinárias propostas na atualidade, ainda que adotando diferentes nomenclaturas, adotam como ideia básica que, em relação à sua eficácia jurídica, dividem-se as normas jurídicas em dois grupos, quanto à necessidade, ou não, de interposição legislativa para possibilitar a produção da plenitude dos efeitos almejados pela norma, sendo unanimemente proclamado, porém, que não há norma constitucional completamente destituída de eficácia, em uma ruptura definitiva com o citado entendimento clássico.<sup>44</sup>

Desenvolveu Luís Virgílio Afonso da Silva uma das mais contundentes críticas a essa visão dicotômica das normas constitucionais, ao refutar a classificação destas em normas de eficácia plena ou limitada, já que, em relação às primeiras, verifica-se impropriedade ontológica, pois não há direitos fundamentais absolutos, sendo todos passíveis de restrição, seja pelo intérprete, seja pelo legislador, a fim de harmonizá-los diante de situações concretas. Por outro lado, defende o autor que todos os direitos fundamentais dependem de atuações estatais, meios institucionais e condições fáticas e jurídicas para se realizarem, motivo pelo qual, igualmente, não se justifica categorizar normas constitucionais como de eficácia limitada, pois todas as normas jurídicas, para que possuam eficácia, estão sujeitas a tais fatores condicionantes.<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> BARBOSA, Rui. **Commentários à Constituição Federal brasileira**: coligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva & Cia, v. II, 1933, p. 488-489.

<sup>43</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 253.

<sup>44</sup> DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 104.

<sup>45</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, n. 4, out.-dez. 2006, p. 23-51.

Daí se dizer em doutrina, acertadamente, que todas as normas constitucionais são detentoras de algum grau de eficácia, sendo aplicáveis na medida de seu próprio conteúdo objetivo.<sup>46</sup>

Não mais se admite, por conseguinte, que se negue eficácia a normas constitucionais, especialmente as definidoras de direitos fundamentais, mediante a invocação de óbices puramente dogmáticos, em uma atitude autoritária de anulação do direito, relegando a concretização de tais interesses ao livre talante das forças políticas, econômicas ou sociais prevalentes em uma dada conjuntura.

Mesmo as normas ditas programáticas, aliás, consoante o escólio de J. J. Gomes Canotilho, citando Crisafulli, contam hoje com o reconhecimento de um valor jurídico idêntico aos demais preceitos constitucionais, devendo ser consideradas de observância obrigatória pelos poderes constituídos. Vinculam o legislador de forma permanente, portanto, à sua realização, bem como, todos os órgãos concretizadores, como diretivas materiais ao exercício das atividades legislativa, executiva ou jurisdicional, além de vincularem os poderes públicos na qualidade de limite material negativo, sob pena de se dar ensejo à declaração da inconstitucionalidade dos atos de qualquer destes.<sup>47</sup>

No que diz respeito, mais propriamente, à eficácia dos direitos fundamentais sociais, há que se considerar que, de fato, na condição de direitos concretizáveis mediante a entrega de prestações estatais positivas, aqueles não raro são positivados na Constituição de modo a exigir, em princípio, a atuação mediadora do legislador para que produzam *todos os efeitos* a que se destinam. Por força do disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição brasileira, contudo, também os direitos prestacionais consistem, como todo direito fundamental, em normas diretamente aplicáveis já ao nível da Constituição.<sup>48</sup>

A ausência de atuação do legislador, com vistas à efetivação do comando normativo contido no direito fundamental, não pode, assim, vir a erigir-se em obstáculo intransponível à concretização de direitos subjetivos diretamente fundados na norma constitucional, pois, como já afirmado, nenhum direito fundamental é totalmente destituído de eficácia.

Nesse sentido, leciona Clèmerson Clève que os direitos prestacionais possuem *eficácia progressiva*, vinculando os poderes públicos no sentido de que sejam desenvolvidas políticas

---

<sup>46</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 216.

<sup>47</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 184.

<sup>48</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 279.

voltadas para o gradativo cumprimento daqueles. Referidos direitos teriam ainda o condão, no dizer do autor, de criar posições jurídico-subjetivas de vantagem que, embora limitadas, decorrem da conjugação da respectiva norma constitucional com o princípio da dignidade da pessoa humana, obrigando o Estado a respeitar o mínimo existencial.<sup>49</sup> Desenvolveremos melhor o tema, a propósito, nos tópicos seguintes.

Semelhante evolução pode ser percebida na jurisprudência de nossos Tribunais Superiores, que anteriormente possuíam orientação no sentido de que as normas constitucionais programáticas possuiriam eficácia meramente limitada, consistindo em õuma estrutura jurídica sem suficiente densidade normativa.<sup>50</sup> Tais normas, portanto, não confeririam aos titulares do interesse o poder de exigir a sua satisfação em juízo, sem que o legislador delimite o seu objeto e a sua extensão, não possuindo, antes disso, õforça suficiente para desenvolver-se integralmente.<sup>51</sup>

Outro passou a ser, todavia, alguns anos após, o entendimento dominante no Superior Tribunal de Justiça, ao afirmar ser de menor importância a discussão atinente ao caráter programático da norma alusiva ao direito à saúde, para proclamar a eficácia deste, determinando o fornecimento gratuito, pelo Estado, de medicamento a usuário do Sistema Único de Saúde (SUS).<sup>52</sup> Na mesma esteira, decidiu o Supremo Tribunal Federal que o caráter programático da regra contida no art. 196 da Constituição Federal não pode transformá-la em uma *promessa constitucional inconstitucional*, pois, se assim fosse, estaria o poder público fraudando as expectativas nele depositadas pela coletividade, para substituir, de modo ilegítimo, õo cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto de infidelidade governamental ao que determina a Lei Fundamental do Estado.<sup>53</sup>

---

<sup>49</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 54, jan. 2006, p. 37.

<sup>50</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 4/DF**, Relator Min. Sidney Sanches. Brasília, 07 mar. 1991. DJ de 25 jun. 1993, p. 12.137. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266153>>. Acesso em: 02 mar. 2016.

<sup>51</sup> Id. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). **RMS 6564/RS**, Relator Min. Demócrito Reinaldo. Brasília, 23 maio 1996. DJ de 17 jun. 1996, p. 21448. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num\\_processo=&num\\_registro=199500687828&dt\\_publicacao=17/06/1996](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199500687828&dt_publicacao=17/06/1996)>. Acesso em: 24 fev. 2016.

<sup>52</sup> Id. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). **RMS 11183/PR**, Relator Min. José Delgado. Brasília, 22 ago. 2000. DJ de 04 set. 2000, p. 121. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num\\_processo=&num\\_registro=199900838840&dt\\_publicacao=04/09/2000](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199900838840&dt_publicacao=04/09/2000)>. Acesso em: 24 fev. 2016.

<sup>53</sup> Id. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **RE 271286 AgR/RS**, Relator Min. Celso de Mello. Brasília, 12 set. 2000. DJ de 24 nov. 2000, p. 101. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 23 fev. 2016.

Tem perdido cada vez mais importância, entretanto, a discussão inerente à eficácia dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição, diante do disciplinamento legal da maior parte das políticas públicas constitucionalmente enunciadas, com a edição, ainda na primeira década seguinte à promulgação da Carta Republicana de 1988, de leis instituidoras, por exemplo, do Sistema Único de Saúde (Leis nºs. 8.080/90 e 8.142/90), das Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96), do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), da Política Nacional do Idoso (Leis nºs. 8.842/94 e 10.741/03), dentre várias outras.<sup>54</sup>

Muito mais rara, destarte, tem se tornado a necessidade de invocação direta de preceitos constitucionais para fazer valer direitos prestacionais em face do Estado, diante da farta produção legislativa já existente acerca do assunto, o que não chega a suprimir, contudo, a relevância do debate de vários outros aspectos atinentes ao tema, conforme teremos a oportunidade de expor a seguir, ainda que sinteticamente.

### **2.3.2 A exigibilidade em juízo dos direitos prestacionais**

O problema da exigibilidade de direitos fundamentais de caráter social em juízo, como direitos públicos subjetivos, envolve não apenas a questão da eficácia propriamente dita das normas constitucionais que os asseguram, gerando, igualmente, a necessidade de se refletir acerca do componente econômico necessário à satisfação desses direitos, e, conseqüentemente, a respeito da legitimação democrática e da capacitação técnica do Poder Judiciário para promover sua compulsória concretização.

É inequívoco que os direitos fundamentais de caráter social, por reclamarem o desenvolvimento de ações e programas mantidos pelo poder público, demandam a realização de gastos públicos para que possam vir a ser efetivados, sendo financiados, logicamente, pela sociedade em geral, por meio, no mais das vezes, da receita proveniente da arrecadação tributária.

Não se deve olvidar, todavia, que os direitos ditos prestacionais não se confundem unicamente com aqueles de cunho social ó apesar de envolver significativa parcela deles ó, pois tanto existem os dessa natureza que prescindem da entrega de bens materiais pelo Estado, a exemplo das normas protetivas do trabalhador, como também há a exigibilidade de atuações estatais da espécie em decorrência outras normas constitucionais, necessárias para concretizar

---

<sup>54</sup> FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 81-82.

o denominado *dever de proteção*, já mencionado em linhas anteriores, de que são exemplos os serviços ofertados nas áreas de segurança pública ou de defesa do meio ambiente.<sup>55</sup>

Em obra que tem se tornado referência obrigatória nos estudos acerca da dimensão econômica dos direitos fundamentais, os autores norte-americanos Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, em uma clara alusão à teoria de Dworkin, cunharam a expressão *levar os direitos a sério* significa também levar a escassez a sério, para defender a ideia pela qual todos os direitos fundamentais, positivos ou negativos, implicam em um custo para serem implementados, ainda que inerentes à manutenção do funcionamento de órgãos e instituições públicas incumbidas da sua defesa.<sup>56</sup>

Enfatizam os mencionados professores, outrossim, que ao determinar a satisfação de direitos fundamentais em face do Estado, devem os magistrados atentar que o custo correspondente é suportado pela comunidade contribuinte, implicando em um encargo adicional a ser coberto pelo orçamento público, ou no sacrifício de alguma outra despesa anteriormente prevista.<sup>57</sup>

Tal contexto é ainda mais dramático em países de economia em desenvolvimento e com acentuada desigualdade social, como o Brasil, onde a escassez de recursos impossibilita o atendimento imediato e simultâneo de todas as demandas sociais, mesmo as básicas, implicando em decisões sempre dificultosas quanto à alocação de verbas orçamentárias, chegando a significar *escolhas trágicas*, que redundam, em última análise, na negação de variados direitos, para viabilizar a efetivação de outros gastos.<sup>58</sup>

Diante da elevada complexidade da tarefa de definição das prioridades públicas a serem atendidas, que envolvem, invariavelmente, a tomada de decisões que repercutem nas esferas política, econômica e social, exsurge o questionamento acerca da legitimidade democrática do Poder Judiciário para intervir na matéria.

Debruçando-se sobre o assunto, aponta Daniel Sarmiento, em apertada síntese, três argumentos potencialmente autorizadores do exercício da atividade jurisdicional nessa seara. O primeiro deles seria o acentuado déficit democrático das instituições de caráter representativo

---

<sup>55</sup> TALAMINI, Eduardo. Concretização jurisdicional de direitos fundamentais a prestações positivas do Estado. In: TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (Coord.). **Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do professor Dr. Araken de Assis**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 153.

<sup>56</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: Norton & Co., 1999, p. 94.

<sup>57</sup> Ibid., p. 95.

<sup>58</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 147.

na atualidade, em que a falta de ressonância entre a vontade do cidadão e a atuação dos representantes eleitos tem ensejado a aprovação popular de posturas relacionadas ao ativismo judicial, como uma alternativa aceitável para a efetivação de direitos fundamentais negligenciados pela classe política.<sup>59</sup>

Tal inferência conduz, por sua vez, à segunda justificativa, que lança indagações sobre o próprio conceito de democracia ó que não se esgota apenas na garantia formal de eleições livres, sufrágio universal e alternância no poder ó, para invocar a lição habermasiana pela qual o ambiente democrático pressupõe não só a garantia dos direitos clássicos de liberdade, mas também direitos às condições materiais básicas de vida, que possibilitem o efetivo exercício da cidadania.<sup>60</sup> Assim, ao tutelar a implementação de direitos fundamentais, em detrimento dos abusos de maiorias políticas ou de entraves burocráticos injustificáveis, estaria o Estado-juiz, isto sim, contribuindo para o aperfeiçoamento e a consolidação da democracia, e não o contrário.<sup>61</sup>

Por fim, alude o autor que o caráter normativo da Constituição permite ao Judiciário fazer valer os direitos fundamentais previstos no seu texto, ainda que isso implique em controlar o exercício do poder estatal, o que consiste em um dos elementos da própria democracia. Alerta-se, contudo, para a nocividade de um protagonismo judicial exacerbado na efetivação de direitos sociais, a fim de que não se invada o espaço reservado à interação das forças políticas, devido às implicações ideológicas que o tema suscita.<sup>62</sup>

Mostrar-se-ia verdadeiramente ilegítimo e violador do princípio democrático e do regime republicano, por outro lado, um comportamento demasiadamente passivo dos órgãos jurisdicionais em concretizar os direitos prestacionais fundados no texto constitucional, sobretudo em países de modernidade tardia, como é o caso brasileiro, em que, apesar da alta carga tributária, imperam a ineficiência e a baixa qualidade dos serviços ofertados à população, ao mesmo tempo em que grassam escândalos de corrupção e de malversação de recursos públicos.<sup>63</sup>

---

<sup>59</sup> SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 546-547.

<sup>60</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 1997, p. 160.

<sup>61</sup> SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 547-548.

<sup>62</sup> Ibid., p. 550-552.

<sup>63</sup> TAVARES, André Ramos. Justiça constitucional e direitos sociais no Brasil. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 150.

A busca de um ponto de equilíbrio, destarte, deve dar a tônica da intervenção judicial nessa senda, de modo que a realização de direitos fundamentais positivos por meio de políticas públicas continue a constituir uma missão preponderantemente confiada aos Poderes Legislativo e Executivo, não cabendo ao Judiciário pretender monopolizar a missão de efetivar de tais direitos. Deve o controle jurisdicional apresentar-se, portanto, ão como instância reflexiva, em reforço à melhor concretização possível dos direitos constitucionais.<sup>64</sup>

Outro aspecto que demanda consideração refere-se à qualificação técnica dos juízes e tribunais para enfrentar questões complexas alusivas às particularidades de políticas públicas, nas suas mais variadas nuances, como as demandas individuais ou coletivas em matéria de saúde, educação, meio ambiente, segurança pública, dentre outras, que exigem a tomada de decisões que necessitam estar amparadas em conhecimentos especializados, em relação às quais estaria o Poder Executivo, em tese, melhor aparelhado para deliberar.

De fato, o processo judicial não é o melhor ambiente para que se desenvolva a *formulação*, em si, das políticas públicas. Daí porque, como já dito, devem se desincumbir dessa tarefa, em primeiro lugar, os demais poderes estatais, eleitoralmente responsabilizáveis, em articulação com as forças sociais e entidades da chamada sociedade civil organizada, o que é próprio do jogo político, em uma democracia.

Para a realização de atividades relacionadas ao *controle* judicial das políticas públicas, porém, em que o Poder Judiciário, de um modo geral, detém-se a examinar aspectos pontuais da atuação ó ou de eventual omissão ó estatal na satisfação de direitos prestacionais, não se vislumbra semelhante óbice. Isso porque, no exame dos argumentos deduzidos pelo autor da demanda e pela Administração Pública, pode o julgador servir-se não apenas do auxílio de peritos, como também pode admitir o ingresso na demanda de pessoas ou instituições com qualificação técnica e autoridade científica nas mais diferentes áreas do conhecimento humano, na qualidade de *amicus curiae*, tal como autoriza expressamente, inclusive, o novo Código de Processo Civil, em seu art. 138.

Não se ignora, porém, a existência de entraves e dificuldades de relevo para viabilizar a adequada análise, no bojo de um processo judicial, de questões com ampla repercussão social, como, por exemplo, nos temas inerentes à previsão e à execução orçamentária, de maneira a conduzir a uma exigência de reformulação dos próprios meios de capacitação dos magistrados

---

<sup>64</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. A dialética da democracia: entre legislador e jurisdição constitucional. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Org.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 439.

e demais operadores jurídicos. Exige-se destes, para tanto, a capacidade de examinar relatórios técnicos, interpretar dados econômicos, sociológicos e políticos, e de poder assimilar, enfim, noções de conhecimento multidisciplinar, no que, somente com uma maior aproximação e aprofundamento do diálogo com a sociedade e com suas instituições, poderão ser obtidos progressos substanciais a esse respeito.<sup>65</sup>

Destaque-se, por outro lado, que não deve a sociedade esperar por uma atuação paternalista do Poder Judiciário em tal seara, fazendo-se necessário, para que o processo de judicialização das questões políticas ocorra sem maiores riscos de trauma ao princípio democrático, que tal tarefa seja cada vez mais assumida, de modo proativo, por uma cidadania juridicamente participativa.<sup>66</sup>

Os desafios existentes para o aperfeiçoamento da atuação judicial no controle de políticas públicas, portanto, não se erigem em óbice definitivo à admissibilidade de demandas veiculadoras de pretensões visando a entrega de prestações estatais positivas, devendo haver, na verdade, uma maior preocupação e concentração de esforços em prol da superação de tais dificuldades, de parte não só dos juízes, mas de toda a sociedade, legítima e última interessada no resultado da tutela jurisdicional.

#### 2.4 LIMITES E POSSIBILIDADES DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A fim de que se possa apontar os parâmetros que vêm sendo propostos, nas sedes doutrinária e jurisprudencial, para balizar a tarefa inerente ao controle judicial de políticas públicas, especialmente quando destinado à entrega de prestações positivas pelo Estado, é necessário distinguir, em termos prefaciais, as duas modalidades básicas de direitos subjetivos que dão origem às diferentes pretensões deduzidas em juízo, sujeitas a distintos regimes de tratamento jurídico, conforme a essência e o grau de completude do respectivo direito fundamental ou política pública de que se esteja a cuidar.

Com efeito, denomina o professor Gomes Canotilho como direitos *originários* a prestações aqueles que, estando constitucionalmente assegurados, podem ser imediatamente

---

<sup>65</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Constitucionalismo democrático e governo das razões**: estudos de direito constitucional contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 237.

<sup>66</sup> CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **Revista Alceu**: comunicação, cultura e política. Rio de Janeiro: PUC Rio, v. 5, n. 9, jul.-dez. 2004, p. 105-113.

exigidos pelo cidadão, mesmo sem ter sido criados pelo Estado os pressupostos materiais bastantes ao seu exercício.<sup>67</sup> Já os direitos prestacionais *derivados* seriam, no dizer do mesmo mestre lusitano, aqueles que já foram objeto de concretização pelo legislador ordinário.<sup>68</sup>

Consoante se tratem de situações constitutivas de direitos prestacionais que possam ou não ser considerados como originários, conforme também sejam, ou não, carentes de mediação legislativa, poderá ser reconhecida a exigibilidade do respectivo bem da vida em face do Estado, a depender, obviamente, da resposta à primeira indagação, dentro dos limites reconhecidos pela ordem constitucional vigente.

Mostram-se fundamentais, no estudo do tema, os conceitos alusivos ao mínimo existencial e à reserva do possível, sobretudo no que diz respeito aos direitos originários a prestações, relativamente aos quais paira alguma indefinição quanto ao conteúdo do direito e, inclusive, à sua própria justiciabilidade, nas proporções colimadas em cada caso concreto, de múltiplas possibilidades fáticas.

#### **2.4.1 Direitos prestacionais originários e mínimo existencial**

Os direitos originários a prestações materiais do Estado, em sendo diretamente decorrentes da respectiva norma de direito fundamental, possuem um núcleo essencial que determina o seu conteúdo irrenunciável, possibilitando a sua reivindicação imediata por seus titulares e delimitando o espaço para a atuação conformadora do legislador ordinário.

Na preservação do mínimo existencial, portanto, reside a eficácia jurídica primeira dos direitos prestacionais originários, que cria em prol dos cidadãos o direito público subjetivo que os habilita a reclamá-los em juízo, ainda que consagrados somente de modo implícito na norma constitucional.<sup>69</sup>

Poucos são os direitos que podem ser identificados como inseridos nessa categoria, da qual são exemplos por excelência os direitos à educação básica ó e o direito à saúde.<sup>70</sup> Mesmo não havendo uma posição doutrinária taxativa quanto à precisa extensão dos

---

<sup>67</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 543.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 668.

<sup>69</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 38-39.

<sup>70</sup> TALAMINI, Eduardo. Concretização jurisdicional de direitos fundamentais a prestações positivas do Estado. In: TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (Coord.). **Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do professor Dr. Araken de Assis**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 156-157.

direitos constitutivos do mínimo existencial, autores há que acrescentam, além dos já citados, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça.<sup>71</sup>

A necessidade de observância do núcleo essencial de tais direitos prestacionais, na espécie, decorre da conjugação, com o princípio da dignidade da pessoa humana, do teor da norma constitucional asseguradora dos direitos fundamentais correspondentes. Embora seja tarefa sempre dificultosa a definição do que venha a ser o mínimo indispensável à preservação da dignidade humana, tal desiderato pode ser satisfatoriamente alcançado por meio do debate processual, no qual se procede à ponderação entre os bens constitucionais, princípios e direitos em jogo, devido ao caráter não absoluto dos direitos fundamentais.<sup>72</sup>

Serve a teoria do mínimo existencial, a propósito, além de contribuir para a densificação de conteúdos normativos vagos ou incompletos, para determinar a prioridade das prestações estatais tidas como obrigatórias sobre outros encargos do poder público,<sup>73</sup> quando da harmonização entre as diferentes normas constitucionais incidentes na hipótese concreta, que não deve implicar, ressalte-se, no sacrifício total de outros direitos fundamentais ou bens juridicamente protegidos.<sup>74</sup>

Robert Alexy defende existirem direitos fundamentais sociais de natureza originária, que assumem a feição de direitos subjetivos *definitivos*, de caráter vinculante, à obtenção do mínimo existencial.<sup>75</sup> O reconhecimento de tais direitos, no caso concreto, exige uma atividade de sopesamento, visando aferir o atendimento dos pressupostos inerentes: i) à premente necessidade de garantia do princípio da liberdade fática; ii) afetação mínima, o tanto quanto possível, dos princípios democrático e da separação dos poderes, relativamente à competência orçamentária do Parlamento; e iii) menor compressão possível, igualmente, dos princípios materiais colidentes, em especial no que se refere à liberdade jurídica de terceiros.<sup>76</sup>

Em proposição teórica que se aproxima, quanto ao resultado, da acima descrita, preleciona Clèmerson Clève, citando o direito norte-americano, notadamente a jurisprudência e o pensamento de Dworkin e de outros autores, ser defensável a tese, entre nós, em prol de um

---

<sup>71</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 258.

<sup>72</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 54, jan. 2006, p. 37.

<sup>73</sup> GOUVÊA, Marcos Maselli de. **O controle judicial das omissões administrativas**: novas perspectivas de implantação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 382.

<sup>74</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 228.

<sup>75</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 499-502.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 512.

controle de constitucionalidade forte, no que se relaciona aos direitos prestacionais, nas hipóteses de direitos de eficácia originária ou diante da defesa do mínimo existencial (que não se confunde com o mínimo vital), verdadeiras condições materiais para a democracia. Caberia, entretanto, tão-somente um controle débil ó ou *soft* ó, no caso de direitos sociais derivados, ou quando ultrapassem as fronteiras do mínimo existencial, passando-se a exigir uma postura de maior autoconceção ou deferência dos tribunais para com as deliberações legislativas.<sup>77</sup>

Ressalte-se, portanto, que a afirmação de direitos fundamentais sociais originários requer, via de regra, o desenvolvimento de esforço argumentativo do intérprete, no exercício da atividade ponderativa bastante para identificar a presença dos pressupostos assinalados por Alexy, para, só então, admitir-se o caráter vinculante do direito subjetivo afirmado, notadamente quanto à proteção, em concreto, do conteúdo atinente ao mínimo existencial.

De fato, o reconhecimento concreto de direitos públicos subjetivos ao nível da norma constitucional, ainda que restritos ao seu núcleo essencial, não se dá sem alguma dificuldade ao aplicador, mesmo em casos nos quais é incontroversa, no plano teórico, a existência do direito de índole social, como nas prestações materiais alusivas à saúde. Nestas, a amplitude das possibilidades fáticas proporcionadas pelos serviços médicos acarreta, necessariamente, a realização de escolhas quanto à abrangência da assistência a ser oferecida pelo sistema de saúde em prol da população, implicando na necessidade de priorização dos níveis assistenciais básicos ou daqueles de maior complexidade, devido à inegável finitude dos recursos disponíveis.

Não é dado ao poder público, todavia, optar pelo sacrifício de uma estratégia de atendimento público de saúde, em favor de outra, negligenciando, por exemplo, a atuação preventiva para ofertar unicamente atendimento curativo, o que pode ser objeto de controle judicial, mesmo na ausência de regramento infraconstitucional expressamente assecuratório de determinado direito prestacional. Dessa maneira, a baixa densidade da norma constitucional instituidora do direito subjetivo não elide o seu caráter vinculante.<sup>78</sup>

Já os direitos prestacionais derivados, que reclamam, para a sua concretização, interposição legislativa, estão sujeitos ao juízo de constitucionalidade no que se refere à eventual violação do princípio da igualdade, seja mediante a anulação do benefício

---

<sup>77</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. Constituição, governo democrático e níveis de intensidade do controle jurisdicional. In: **Revista jurídica luso-brasileira**. Lisboa: CIDP ó Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2015, p. 460-462.

<sup>78</sup> GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. In: GARCIA, Emerson (Coord.). **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 209-211.

discriminador, seja para estendê-lo às demais pessoas que a ele fazem jus, conforme as possibilidades do caso concreto.<sup>79</sup>

Resta igualmente aplicável a essa modalidade de direitos o denominado princípio da vedação do retrocesso, ficando o legislador proibido de abolir direitos sociais por ele próprio conferidos,<sup>80</sup> ressalvada, unicamente, a eventualidade da incidência, também aqui, dos efeitos deletérios da reserva do possível, de que trataremos a seguir.

#### **2.4.2 A reserva do possível como limite fático aos direitos prestacionais**

É inegável que todos os direitos fundamentais, possuem, em maior ou menor medida, um custo para sua efetivação, mormente os de caráter prestacional, por exigirem, para tanto, o desenvolvimento de políticas públicas e ações estatais positivas, como já tivemos a oportunidade de expor no item 2.3.2 retro. Erige-se como um aspecto de grande importância, conseqüentemente, para a análise do assunto inerente à concretização de direitos fundamentais sociais, o tema das limitações de recursos realmente existentes para tal fim.

Cumprido destacar, inicialmente, a advertência de Andreas J. Krell, no sentido de que a adaptação ao direito brasileiro da teoria da reserva do possível, criada pela Corte Constitucional alemã, não pode se dar sem a devida consideração às peculiaridades do precedente que a originou, nem à realidade sócio-econômica vigente em cada país.<sup>81</sup>

Lembra o autor que o Tribunal Constitucional Federal (TCF) da Alemanha, ao decidir o caso, definiu que o direito a prestações positivas ãestão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade, para proclamar, ao final, a ausência de obrigatoriedade da ampliação, pelo Estado, da quantidade de vagas ofertadas no ensino superior, a fim de atender a todos os candidatos existentes.<sup>82</sup>

Observe-se, outrossim, que o cerne principal da questão decidida pelo TCF alemão cingia-se à discussão acerca do direito que assiste aos cidadãos de escolher livremente os locais de ensino para a sua formação, como pressuposto ao exercício do direito de liberdade profissional, o que, por sua vez, estaria sendo obstaculizado pela restrição de acesso dos

---

<sup>79</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 318-319.

<sup>80</sup> Ibid., p. 313-314.

<sup>81</sup> KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional 'comparado'**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 51-57.

<sup>82</sup> Ibid., p. 52.

candidatos excedentes às vagas ofertadas para o curso de medicina em universidade pública, sem que houvesse lei dispondo acerca do assunto. A questão da existência, ou não, da obrigação estatal de ampliar tais vagas, constituía, portanto, matéria prévia ao exame da constitucionalidade da forma de admissão dos candidatos, então praticada pela instituição.<sup>83</sup>

Não se pronunciou aquela Corte Constitucional, no referido caso, sobre aspectos inerentes ao mínimo existencial, mesmo porque a possibilidade de acesso ao ensino superior não integra tal conceito, nem mesmo na desenvolvida Alemanha, restringindo-se a abranger, no dizer de Alexy, direitos fundamentais sociais básicos, a exemplo dos direitos de uma moradia simples, à educação fundamental e média, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistência médica.<sup>84</sup>

Daí porque não se pode concordar com a importação indiscriminada, para o nosso direito, da cláusula da reserva do possível, especialmente para os fins da sua já banalizada invocação pelos entes estatais, como forma de buscarem se eximir do cumprimento de direitos prestacionais dos mais elementares, inclusive os compreendidos pelo conceito de mínimo existencial.

Assim é que, conforme entendimento amplamente dominante, a objeção da reserva do possível não pode atingir o conteúdo dos direitos abarcados pelo mínimo existencial, mas, quando muito, acarretar a revisão de prioridades orçamentárias.<sup>85</sup> Em idêntico sentido, assinala Ingo Sarlet a existência de um elemento nuclear intangível da dignidade, que deve valer mesmo contra a reserva do possível.<sup>86</sup>

Outra não é, aliás, a orientação adotada de modo assente pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao afastar a aplicação de tal alegação defensiva sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial, afirmando a inadmissibilidade de sua invocação como forma de conferir legitimidade ao inadimplemento estatal de deveres prestacionais constitucionalmente exigíveis,

---

<sup>83</sup> Cf. íntegra da decisão BVERFG 33, 303 (*numerus clausus*). Apud MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 656-667.

<sup>84</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 512.

<sup>85</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 287-288.

<sup>86</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 141.

diante do caráter vinculante das normas que estabelecem *diretrizes de políticas públicas*, especialmente as relacionadas à saúde.<sup>87</sup>

Em decisão paradigmática a respeito do assunto, entendeu o STF que a alegada incidência da reserva do possível não tem o condão de obstar a imposição, ao ente federativo responsável, do mandamento constitucional de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso e atendimento, em favor das crianças de zero a seis anos de idade (CF, art. 208, IV), em creches e unidades de pré-escola, sobretudo diante da falta de comprovação objetiva de que todas as iniciativas possíveis a esse fim foram adotadas, com a aplicação máxima dos recursos disponíveis.<sup>88</sup>

Não se pode deixar de reconhecer, destarte, a existência de limitações materiais à concretização dos direitos fundamentais sociais, com a devida ressalva, porém, de que a alegação da ausência de recursos financeiros pelo Estado não tem como se erigir em pretexto para o descumprimento de deveres constitucionalmente impostos, em especial no que concerne às prestações inerentes ao mínimo existencial.

A constatação da efetiva carência de meios materiais para a implementação de determinada política pública, em todas as suas potencialidades e níveis de alcance social, deve ser sopesada em face das demais prioridades constitucionalmente estabelecidas, não se admitindo, porém, a abertura de espaço para uma omissão absoluta do poder público em qualquer das áreas essenciais em que deva atuar.

### 2.4.3 Parâmetros para o exercício do controle jurisdicional de políticas públicas

Têm sido objeto de consistentes pesquisas acadêmicas e doutrinárias, para além da admissibilidade em si do controle judicial de políticas públicas, nas mais diferentes perspectivas que o tema enseja, também os correspondentes parâmetros pelos quais pode a atividade judicante ser satisfatória e corretamente exercida nessa seara, mediante o desenvolvimento de substratos teóricos e a proposição de metodologias adequadas, a respeito dos quais faremos ligeira, mas necessária, digressão.

---

<sup>87</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **ARE 745.745 AgR/MG**, Relator Min. Celso de Mello. Brasília, 02 dez. 2014. DJe n. 250, de 18 dez. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

<sup>88</sup> Id. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **RE 410715 AgR/SP**, Relator Min. Celso de Mello. Brasília, 22 nov. 2005. DJ de 03 fev. 2006, p. 76. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>>. Acesso em: 02 mar. 2016.

O ponto de partida para qualquer análise que venha a ser realizada acerca de políticas públicas, logicamente, só pode ser o texto constitucional, a fim de averiguar, preliminarmente, se há diretrizes normativas explícitas que devam ser seguidas na elaboração, ou mesmo na execução, dos planos de ação estatais em determinada área específica.

O texto constitucional brasileiro, devido à sua natureza marcadamente analítica, apresenta inúmeras possibilidades normativas para o controle judicial de políticas públicas.

A título ilustrativo, cite-se o direito à educação, cujas políticas públicas destinadas à sua concretização devem observar o que estatuem os arts. 205 a 214 da Constituição da República, que fixam desde os princípios inerentes ao ensino ó como o pluralismo de ideias, a gestão democrática e a garantia de padrão de qualidade do ensino público, dentre outros contidos no art. 206 ó até o percentual de recursos mínimos a serem investidos anualmente pelos diferentes níveis de governo na manutenção e desenvolvimento do sistema educacional.

Eventual descumprimento de qualquer dessas normas constitucionais, seja pelo legislador, seja pelo administrador público, podem ensejar a intervenção dos órgãos da jurisdição constitucional, com vistas à satisfação do correspondente direito fundamental.

Ainda que a matéria constitutiva do objeto de exame judicial não seja diretamente regulada, quanto ao conteúdo, por disposição contida na lei fundamental, podem surgir, mesmo assim, repercussões relacionadas à observância de outros preceitos constitucionais, o que mais comumente ocorre quanto ao direito de igualdade, que deve sempre nortear a atuação dos poderes públicos em relação à oferta de serviços ou ações assistenciais disponibilizadas em prol da população.<sup>89</sup>

Também os princípios constitucionais regentes da Administração Pública, enunciados no art. 37 da Constituição, indicam as balizas pelas quais deve ocorrer a prestação de serviços públicos de um modo geral, assumindo lugar de destaque, nesse desiderato, o princípio da eficiência, que municia os cidadãos e o Poder Judiciário com um novo fator de controle dos atos do poder público.<sup>90</sup>

Aludê Juarez de Freitas, inclusive, à existência de um õdireito fundamental à boa administração públicaõ, a possibilitar a realização de medidas de controle das políticas públicas, abarcando o processo de tomada das decisões administrativas em sua totalidade, desde a opção

---

<sup>89</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 20-44.

<sup>90</sup> BUENO, Vera Scarpinella. As leis de procedimento administrativo: uma leitura operacional do princípio constitucional da eficiência. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guilherme Andrés (Coord.). **As leis de processo administrativo**: lei federal 9.784/99 e lei paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 356.

por agir (ao invés de não intervir) até a avaliação ulterior dos efeitos da atuação estatal, tendo sempre em mente os benefícios obtidos, confrontados com os custos sociais, ambientais e econômicos envolvidos.<sup>91</sup>

Revela-se ser não só admissível, mas realmente desejável, pois, a fiscalização judicial dos atos do poder público quanto à sua eficiência, em reforço à sindicabilidade das políticas públicas, assim como de quaisquer outros atos administrativos.<sup>92</sup>

Verdadeiro pressuposto para o controle das políticas públicas, a transparência administrativa, corolário do princípio constitucional da publicidade, inscrito no mesmo art. 37 já mencionado, é que torna factível a verificação da observância, em concreto, dos ditames legais e constitucionais pertinentes, pela Administração Pública, mediante a possibilidade de acesso facilitado dos cidadãos e autoridades públicas às informações alusivas à previsão, disponibilidade e execução orçamentária ó cuja publicação de relatórios, mesmo pela internet, é exigida pelo art. 48 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000).<sup>93</sup>

Um outro parâmetro bastante objetivo de controle da adequada formulação de políticas públicas, desta vez em nível infraconstitucional, consiste na averiguação de sua compatibilidade com o disposto na Lei Orçamentária Anual e na correspondente Lei de Diretrizes Orçamentárias, confrontadas, ainda, com as metas e objetivos contidos no Plano Plurianual, diante da necessidade de observância das prioridades traçadas nos referidos instrumentos de planejamento orçamentário, que limitam a liberdade do administrador para realizar despesas ou realocar recursos.<sup>94</sup>

Não se pode deixar de mencionar, enfim, as intensas potencialidades ostentadas pela legislação federal, estadual e municipal ó dispendo não só acerca do funcionamento da Administração Pública, mas também a respeito das variadas áreas de atuação estatal ó,<sup>95</sup> a

---

<sup>91</sup> FREITAS, Juarez de. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 32.

<sup>92</sup> GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 147.

<sup>93</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 257-263.

<sup>94</sup> BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle jurisdicional de políticas públicas: parâmetros objetivos e tutela coletiva**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 177-182.

<sup>95</sup> Pode-se citar, como exemplo, a legislação federal reguladora de políticas públicas em matéria de promoção e efetivação de direitos em prol da criança e do adolescente (Lei nº 8.069/90), do idoso (Lei nº 10.741/03), ou da pessoa com deficiência (Lei nº 13.146/15). As diferentes políticas públicas desenvolvidas pelo Estado devem respeitar, ainda, as normas de proteção ao meio ambiente (Lei nº 9.605/98) e ao consumidor (Lei nº 8.078/90), bem como, o teor dos diplomas legais inerentes ao funcionamento dos serviços de saúde (Lei nº 8.080/90), da assistência social (Lei nº 8.742/93), ou da educação (Lei nº 9.394/96), dentre vários outros. Alguns desses temas podem vir a ser objeto, também, de regulação mediante legislação estadual ou municipal concorrente ou suplementar (CF, arts. 23 e 24).

ensejar o fornecimento de diversificados critérios normativos para a realização do controle das políticas públicas em juízo, quanto ao atendimento dos ditames legalmente estabelecidos, especialmente na sua execução em nível administrativo, repercutindo, em última análise, no nível de concretização dos direitos fundamentais sociais.

A vasta legislação existente acerca de políticas públicas ainda é imensamente carente de efetivação, quanto à implementação dos numerosos direitos sociais legalmente conferidos aos cidadãos brasileiros, bastando, para tanto, consultar os indicadores sociais periodicamente divulgados, que, apesar dos avanços já obtidos ó passando de 52,2% de domicílios servidos com saneamento básico em 2000 para 70,6% em 2013 ó, ainda apontam para inacreditáveis 21,2% de domicílios atendidos com o serviço na Região Norte, alcançando a irrisória taxa de 2,4% no Estado do Amapá. Já as regiões Nordeste e Centro-Oeste atingiram por volta de 51% desse objetivo, ao passo que o Sul alcançou 67%, enquanto o Sudeste apresentou os melhores índices (91,1%), a evidenciar a extrema desigualdade social entre as diferentes regiões do país.<sup>96</sup>

A taxa de saneamento básico é um indicador bastante significativo da realidade nacional, por ser considerado um dos fatores condicionantes dos níveis de saúde da população, que, por sua vez, ãexpressam a organização social e econômica do Paísö, consoante estabelece o art. 3º da Lei nº 8.080/90.

O mero disciplinamento infraconstitucional de direitos prestacionais não esgota, portanto, as providências tendentes à implementação de políticas públicas, impondo-se, necessariamente, o desenvolvimento de atividades administrativas para realizar os direitos de natureza social, econômica ou cultural. Eventual omissão estatal nesse sentido fica, assim, inequivocamente sujeita ao exame judicial, assim como a atuação em desconformidade com os ditames normativos.

Assim, apesar da expressa consagração legal de inúmeros direitos sociais, com a finalidade de concretizar as disposições constitucionais que os instituíram, o Estado brasileiro ainda se apresenta em expressivo débito para com o cumprimento dos deveres objetivos que lhe cabem, mesmo quanto à efetiva realização das políticas já concebidas pelo legislador, de modo que se mostra inafastável a possibilidade de exercício do devido controle jurisdicional na matéria, em conformidade com os parâmetros fornecidos não apenas pela Constituição, mas também por nossas leis.

---

<sup>96</sup> BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística ó IBGE. **Síntese de indicadores sociais**: uma análise das condições de vida da população brasileira. Rio de Janeiro: IBGE, 2014, p. 174-184. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv91983.pdf>>. Acesso em: 04 mar. 2016.

### **3 O CUMPRIMENTO DOS DEVERES ESTATAIS DE FAZER OU NÃO FAZER MEDIANTE TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA E EFETIVA**

A efetivação do controle jurisdicional de políticas públicas, por implicar, no mais das vezes, na imposição do dever de entrega de prestações positivas, especialmente nas hipóteses em que haja o acolhimento da pretensão veiculada em desfavor do Estado, não prescinde da existência de meios processuais adequados para, com a efetividade necessária, concretizar em termos práticos a norma de direito fundamental em que se funda o pedido formulado na correspondente demanda individual ou coletiva.

Esta, aliás, constitui a principal preocupação do presente trabalho. O estudo de questões relacionadas à admissibilidade da intervenção judicial em matéria de políticas públicas, ou à exigibilidade em juízo dos direitos prestacionais, sinteticamente desenvolvido no capítulo precedente, foi realizado de modo a proporcionar, tão-somente, uma contextualização do tema, a fim de auxiliar na compreensão de sua problematidade, jamais com o propósito de examiná-lo em profundidade.

A efetividade no cumprimento dos deveres de fazer ou não fazer atribuídos à Administração Pública, como resultado final da tutela jurisdicional destinada à concretização de direitos fundamentais positivos ó que consiste, no nosso entender, em um dos grandes desafios que se impõem ao Poder Judiciário brasileiro na atualidade ó, é o objeto de investigação sobre o qual nos debruçaremos doravante.

#### **3.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA E EFETIVA**

É consabido que o processo, enquanto meio por excelência de acesso à tutela jurisdicional do Estado, existe para dar concretude aos direitos consagrados no ordenamento jurídico, como primado de existência do próprio Estado Democrático de Direito.

Não se admite que esse mesmo processo, todavia, possa desenvolver-se sem a observância das normas e princípios estabelecidos na Constituição, que o habilitem a ser reconhecido em conformidade com os ditames do devido processo legal, constitutivo do que se

denomina como *processo justo*,<sup>97</sup> com todas as garantias e implicações previstas no texto constitucional, proclamadas pela doutrina e jurisprudência.

O fenômeno da constitucionalização do processo, aliás, conferiu uma nova dimensão à cláusula do devido processo legal, passando-se a falar, inclusive, em um *devido processo constitucional*, por ter sido alçado o direito de ação à categoria de direito fundamental, culminando na ideia da indissociabilidade das atividades de enunciar o direito e de organizar democraticamente as funções vinculadas a sua produção e aplicação.<sup>98</sup>

Saliente-se, ademais, que o próprio conceito de acesso à justiça passou por uma importante evolução teórica, como resultado do surgimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, relativamente aos quais o mero reconhecimento formal, desacompanhado de mecanismos para sua efetiva reivindicação, não basta para atender às necessidades de seus titulares, de modo que o acesso à justiça, em tal acepção, poderia ser considerado como o mais básico dos direitos humanos, nas palavras de Cappelletti.<sup>99</sup>

Nesse sentido, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, contido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, veicula não somente uma garantia protocolar, mas a obrigatoriedade do acesso a uma efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa.<sup>100</sup>

Daí a pertinência da conclusão doutrinária de que a efetividade da tutela jurisdicional não consiste apenas em uma garantia, configurando-se como verdadeiro direito fundamental que reclama eficácia irrestrita, já que, no atual contexto do Estado Democrático de Direito, tal atributo se revela indispensável à concretização de todos os outros direitos assegurados em nível constitucional e legal.<sup>101</sup>

Sintetizando o que chama de *programa básico* do escopo de efetividade processual, alude José Carlos Barbosa Moreira a cinco objetivos a serem perseguidos: a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados a todas as modalidades de direitos previstos no

---

<sup>97</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 38-40.

<sup>98</sup> CALMON DE PASSOS, J. J. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 102, abr.-jun. 2001, p. 59.

<sup>99</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 5.

<sup>100</sup> WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.), **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 20.

<sup>101</sup> GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. **Novos estudos jurídicos**. Itajaí: Univali, v. 7, n. 14, jul. 2008, passim. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1>>. Acesso em: 09 mar. 2016.

ordenamento jurídico; b) tais instrumentos devem ser utilizáveis, em termos práticos, em favor de quaisquer titulares de direitos ou posições jurídicas de vantagem, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o universo dos sujeitos respectivos; c) devem ser asseguradas condições propícias à exata reconstituição dos fatos relevantes, visando garantir a máxima correspondência entre o convencimento do juiz e a realidade; d) o resultado do processo há de assegurar ao vencedor o gozo pleno, em toda extensão concretamente possível, da utilidade específica a que fizer jus; e) dito resultado deve ser alcançado com o mínimo dispêndio de tempo e energia.<sup>102</sup>

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, corolário dos princípios do devido processo legal e da inafastabilidade do controle jurisdicional do Estado, exige, portanto, que sejam proporcionadas técnicas e procedimentos aptos à satisfação de todo e qualquer direito, inclusive os relacionados à obtenção de prestações sociais em face do poder público, como ensina Marinoni.<sup>103</sup>

Contempla tal direito fundamental, no dizer do mesmo autor, a necessidade de que tanto o legislador quanto o juiz proporcionem aos jurisdicionados as técnicas processuais que assegurem o resguardo efetivo de seus direitos, mediante um procedimento adequado, o direito de acesso à tutela antecipatória, bem como o direito a um provimento judicial adequado e aos meios executivos igualmente em consonância com as particularidades do caso concreto.<sup>104</sup>

É a técnica processual, por outro lado, concebida à luz dos princípios constitucionais do processo, que vai nortear a realização das escolhas, no âmbito do processo civil, pelo grau de profundidade da cognição, pela maior ou menor restrição da iniciativa probatória do juiz, pela liberdade ou legalidade das formas, pela fungibilidade ou não dos meios,<sup>105</sup> regulando-se, enfim, o modo de desenvolvimento do processo e de realização dos atos processuais, a refletir diretamente no resultado da prestação jurisdicional.

Esse o motivo pelo qual a técnica deve servir aos fins do processo, delimitando-se o mínimo possível o desempenho dos sujeitos processuais, de modo que a regulação contenha apenas o indispensável para uma condução bem organizada e proporcionada do feito.<sup>106</sup>

---

<sup>102</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 20, n.77, jan.-mar. 1995, p. 168.

<sup>103</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 152.

<sup>104</sup> Ibid., p. 155-175.

<sup>105</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 73.

<sup>106</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 125-126.

Assim, a obtenção de uma solução equilibrada entre os fatores da segurança jurídica e da efetividade processual deve ser a meta a ser perseguida pelo intérprete, para assegurar igualdade de tratamento aos sujeitos processuais, viabilizando-se que exerçam influência sobre o resultado do processo, ao mesmo tempo em que se garanta uma tutela jurisdicional que corresponda, na máxima medida possível, à realização da regra de direito material, tanto sob o aspecto da justiça da decisão, quanto da celeridade.<sup>107</sup>

É intuitivo perceber, nessa linha de raciocínio, que o direito à prestação jurisdicional compreende não apenas o direito ao provimento judicial, mas também aos meios processuais capazes de dar efetividade ao direito substancial, implicando em um direito à efetividade em sentido estrito.<sup>108</sup>

Com efeito, diante da infinidade de situações proporcionadas pelo mundo dos acontecimentos, sobretudo na realidade de uma complexa sociedade massificada, cujos efeitos são crescentemente potencializados por incessantes avanços tecnológicos nas distintas áreas da ciência, a efetividade da tutela jurisdicional fica cada vez mais dependente de um maior grau de liberdade do magistrado na condução do processo, para que possa melhor adaptá-lo às necessidades da hipótese específica versada em cada demanda.

Alude a doutrina, conseqüentemente, a uma *efetividade qualificada*, que exige formas de tutela das mais elásticas e diferenciadas, hábeis a atender às peculiaridades das crises sofridas pelo direito material e às exigências do caso concreto, sem deixar, sob outra ótica, de preservar os direitos fundamentais envolvidos, assegurando-se um processo justo, como expressão do valor da segurança sob a ordem constitucional. Propõe Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, para tanto, que a exigência da adequação seja satisfeita mediante a flexibilização da tipicidade das formas de tutela, para abarcar uma maior multiplicidade de situações concretas, a fim de que possa refletir satisfatoriamente no mundo social.<sup>109</sup>

A almejada adequação da tutela jurisdicional, nas palavras do eminente processualista gaúcho, consistiria assim na sua aptidão para realizar a eficácia prometida pelo direito material, com a maior efetividade e segurança possíveis.<sup>110</sup>

---

<sup>107</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 77-78.

<sup>108</sup> WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.), **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 41.

<sup>109</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. **Revista forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 395, jan.-fev. 2008, p. 43.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 47.

A incessante busca por uma maior efetividade no processo, destarte, não deve ignorar a necessidade de preservação de um razoável escopo de segurança na relação processual, sob pena de grave risco de violação de garantias constitucionais do cidadão, conformadoras de uma ordem jurídica justa.

O poder-dever do órgão jurisdicional, portanto, de tutelar processualmente as situações jurídicas subjetivas, em conformidade com as necessidades e características peculiares do caso concreto, fazem emergir uma exigência de maior atenção aos bens e valores envolvidos, porém não lhe confere a faculdade de tornar letra morta as normas contidas na legislação processual em vigor.

Não é dado ao julgador, desse modo, o poder de, em nome da efetividade processual, substituir os ritos previstos em lei por procedimentos por ele próprio livremente idealizados, submetendo os litigantes a deveres, ônus ou sujeições distintos dos expressamente aplicáveis à situação em exame.<sup>111</sup>

Isso não significa dizer, todavia, que não possa o juiz realizar a análise da conformidade das regras processuais com os ditames constitucionais, desde que, objetiva e racionalmente, reste evidenciada alguma violação a norma de estatura constitucional ó a exemplo do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva ó, a ser demonstrada na fundamentação do ato decisório, tornando-o passível, conseqüentemente, de controle argumentativo em nível recursal.

Essa, aliás, é a lição de Marcelo Lima Guerra, valendo-se da expressão proposta por Barbosa Moreira, em alusão ao ideário de efetividade processual, por meio do postulado da *máxima coincidência possível*, como forma de enunciar o *direito fundamental à tutela executiva*, enquanto exigência de que a tutela jurisdicional do Estado proporcione ao titular do direito subjetivo a maior proteção realizável, a fim de que o resultado concreto do processo coincida, o quanto se mostre possível, com o que seria obtido mediante a satisfação espontânea do interesse tutelado em juízo. Traduz-se, pois, o referido princípio na exigência de que sejam dispostos meios processuais bastantes para proporcionar a exata realização do direito proclamado em um título executivo.<sup>112</sup>

---

<sup>111</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direito processual constitucional. **Revista estação científica**: edição especial de Direito. Juiz de Fora: Faculdade Estácio de Sá de Juiz de Fora, n. 4, out.-nov. 2009, p. 40-41.

<sup>112</sup> GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 99-102.

O direito fundamental à tutela executiva consiste, portanto, em uma manifestação específica do já mencionado direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, sob a perspectiva da satisfação concreta dos direitos subjetivos.<sup>113</sup>

Desse modo, no magistério do mesmo professor, o direito fundamental à tutela executiva, consagrado no ápice do ordenamento jurídico e dotado de aplicabilidade imediata, deve ser concretizado pelos órgãos jurisdicionais independentemente de mediação legislativa, implicando no poder-dever do magistrado de: a) *interpretar* as normas processuais de forma a delas extrair o significado que resulte em meios executivos que proporcionem maior efetividade ao direito tutelado; b) *deixar de aplicar* regras veiculadoras de restrição a um meio executivo, sempre que tal restrição não se mostre justificável para a proteção de outro direito fundamental prevalente, no caso concreto, sobre o direito fundamental à tutela executiva; c) *adotar* os meios executivos necessários à prestação integral de tutela executiva, ainda que não previstos em lei ou mesmo vedados por lei, desde que isso seja uma exigência do direito fundamental respectivo, respeitados os limites dos direitos fundamentais colidentes.<sup>114</sup>

O reconhecimento de um direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, por conseguinte, não pode converter-se em pura retórica, exigindo do Estado-juiz, conseqüentemente, que aplique as normas processuais de forma a satisfazer, na maior dimensão possível, o interesse juridicamente tutelável, tendo sempre como limite a concordância prática com outros princípios e direitos fundamentais envolvidos.

Em reforço à norma contida no texto constitucional, proclama o novo CPC, a propósito, em seu art. 4º, o direito que assiste às partes de obter em prazo razoável a solução **integral** do mérito, incluída a atividade satisfativa (grifo nosso). Não se contenta o legislador, portanto, com uma resolução meramente formal do litígio, impondo que a *satisfação* do direito deduzido em juízo ocorra de forma *integral e tempestiva*.

A efetividade processual, enfim, é um ideal a ser alcançado, do qual depende, muitas vezes, a própria essência do direito versado na demanda, cuja preservação se mostra indispensável, sob pena até mesmo de perecimento do objeto da pretensão. Assim se observa em relação aos direitos à vida ou à dignidade humana, a exemplo do acesso ao mínimo

---

<sup>113</sup> Esclareça-se, a propósito, que a alusão do autor à *tutela executiva* não se prende a uma modalidade específica de classificação das distintas categorias de tutela jurisdicional, pretendendo abranger todas as atuações dos órgãos jurisdicionais voltadas à concreta satisfação de um direito subjetivo, por qualquer modalidade de medida judicial (LIMA GUERRA, Marcelo. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 23).

<sup>114</sup> *Ibid.*, p. 103-104.

existencial, que, em inúmeros casos, constitui o bem jurídico almejado nas demandas movidas em desfavor do Estado, a respeito das quais estamos ora a nos debruçar de modo específico.

### 3.2 A LITIGÂNCIA DE INTERESSE PÚBLICO E O CUMPRIMENTO NEGOCIADO DE PROVIMENTOS JUDICIAIS ACERCA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

As inegáveis dificuldades para a implementação das decisões judiciais proferidas em matéria de controle de políticas públicas, especialmente no que se refere à obtenção de prestações positivas em face do Estado, têm levado a reflexões acerca da metodologia de atuação da atividade jurisdicional nessa seara, à luz da desejável efetividade processual.

Assim é que, independentemente dos esforços empreendidos no campo teórico em prol do aprimoramento dos meios tradicionais de exercício da tutela jurisdicional, nas ações contra o poder público, impende que se busquem métodos e estratégias apropriadas para que se possa dar um tratamento processual verdadeiramente adequado às demandas que tenham por objeto o referido tema,<sup>115</sup> em suas diversificadas nuances e particularidades.

#### **3.2.1 As especificidades dos litígios de interesse público e a necessidade de uma resposta jurisdicional efetiva e adequada**

O caráter complexo da atuação estatal no desenvolvimento de ações relacionadas à formulação e implementação de políticas públicas, por envolver diferentes instituições e órgãos públicos, em assuntos que interessam diretamente a toda a sociedade, enquanto financiadora e destinatária última de tais programas, por si só, já demonstra a necessidade de atribuição de um tratamento judicial diferenciado às causas que veiculem pretensões da espécie.

Não se deve ignorar, a esse respeito, que toda atuação da Administração Pública exige a realização de planejamento adequado, com a previsão, arrecadação e destinação de recursos orçamentários e financeiros suficientes, bem como, o emprego de meios materiais e de recursos humanos qualificados para a realização das ações alusivas a determinado programa estatal.

---

<sup>115</sup> RIZZI, Ester; XIMENES, Salomão. Litigância estratégica para a promoção de políticas públicas: as ações em defesa do direito à educação infantil em São Paulo. In: FRIGO, Darci; PRIOSTE, Fernando; ESCRIVÃO FILHO, Antônio Sérgio (Org.). **Justiça e direitos humanos: experiências de assessoria jurídica popular**. Curitiba: Terra de Direitos, 2010, p. 124-125.

Os conhecidos atributos da máquina pública brasileira, nada elogiáveis, que justificam a corriqueira adjetivação de lenta, pesada, excessivamente burocrática e ineficiente, somente tornam mais árdua e grandiosa a tarefa inerente ao controle jurisdicional de políticas públicas, particularmente quando se reclame a superação de omissões administrativas, por meio da imposição de deveres de fazer ou de entregar coisa.

Sem mencionarmos aqui a recorrente objeção da reserva do possível, as conhecidas amarras legalmente impostas ao gestor público, destinadas à observância de regras de responsabilidade fiscal, limites de gastos com pessoal, concurso público para a admissão de servidores, procedimento licitatório para a aquisição de bens e contratação de serviços e obras, dentre uma série de outras formalidades de obediência obrigatória ó sob pena de implicarem na responsabilização cível, administrativa ou criminal do administrador ó, devem ser devidamente consideradas pelo magistrado, ao julgar pedidos que impliquem na realização de prestações materiais pelo Estado.

Some-se a isso, também, os desvios de natureza ética, o despreparo funcional, os interesses corporativistas de grupos de servidores ou fornecedores de materiais e serviços e a falta de motivação e de comprometimento que, não raras vezes, acometem os agentes públicos incumbidos da efetivação da ordem judicial dirigida ao poder público, erigindo-se, em muitos casos, em relevantes obstáculos ao êxito da medida.

Tais fatores repercutem de modo indiscutível no processo e influenciam grandemente na definição do prazo e da forma de implementação de direitos prestacionais pela via judicial.

Daí que, para decidir de maneira responsável e abalizada, deve o juiz dispor, no processo, de informações técnicas suficientes, que o habilitem a determinar providências viáveis em termos práticos e admissíveis pelas normas de direito público, e que impliquem, ao mesmo tempo, na consecução de resultados satisfatórios em prol dos interesses subjetivos tutelados na demanda.

Ocorre, todavia, que o modo pelo qual são delineados os debates processuais, pensados para o deslinde de causas tipicamente individuais, dificilmente propicia condições adequadas para a obtenção, com a agilidade necessária, de dados estritamente técnicos acerca de questões cercadas de complexidade, de interesse geral da coletividade, de modo a viabilizar a concretização integral, e em lapso temporal desejável, do direito vindicado.

É nesse contexto que exsurtem preocupações doutrinárias voltadas para a idealização de um modelo de *tutela jurisdicional do interesse público*, a fim de atender adequadamente às especificidades do debate processual acerca de políticas públicas, chegando-se mesmo a falar,

com inspiração na experiência jurídica norte-americana, em um novo objeto de estudo, o processo civil de interesse público.<sup>116</sup>

O modelo processual da litigância de interesse público, no dizer de Fábio Konder Comparato, aludindo ao *public law litigation* de que fala o Professor Abram Chayes, da Harvard Law School, tem como principais características a estrutura diferenciada em relação ao processo tradicional, pois o objetivo da demanda não é solucionar um litígio relativo a fatos já ocorridos, mas atuar de modo prospectivo, mediante a criação de regras que conduzirão a atuação futura do réu para a satisfação de um direito. No exercício dessa atividade jurisdicional em particular, o maior desafio do juiz não é propriamente interpretar normas jurídicas, mas resolver problemas de ordem econômica ou social, devendo valer-se, para tanto, do auxílio de especialistas, visando a elaboração de um provimento que, com considerável frequência, também é resultado de negociação entre as partes.<sup>117</sup>

Não obstante a indeclinável justiciabilidade das questões concernentes ao controle de políticas públicas, deve-se reconhecer a pertinência da conclusão pela qual se afirma, nos planos teórico ou pragmático, que ninguém melhor que o administrador público detém acesso mais facilitado às informações bastantes à implementação das políticas que cabe ao Estado realizar, por ter condições privilegiadas para visualizar com mais propriedade *o todo* da estrutura operacional da máquina estatal, cujas potencialidades, vicissitudes e limitações fazem parte de seu cotidiano institucional e administrativo.

Somente as próprias pessoas afetadas pelas deficiências na atuação estatal, por outro lado, juntamente com os estudiosos ou profissionais ligados às diferentes áreas das políticas públicas destinadas à concretização de direitos fundamentais, podem esclarecer de modo completo e pormenorizado acerca de suas próprias necessidades e do melhor proveito social que pode resultar da ação positiva do Estado.

Essa é a razão pela qual, diante da necessidade de se conferir um tratamento processual adequado a tais ações, devem ser buscados meios para viabilizar a coleta de dados técnicos, sociais, orçamentários e financeiros indispensáveis não só para a formação do convencimento do julgador na fase cognitiva, mas também para construir, em conjunto com as partes e

---

<sup>116</sup> SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público: uma nova perspectiva metodológica. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). **Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 60-63.

<sup>117</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Novas funções judiciais no Estado moderno. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas essenciais de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, maio 2011, p. 720.

mediante a participação de pessoas ou entidades da sociedade civil, os parâmetros que devem nortear o desenvolvimento da etapa inerente ao cumprimento do provimento judicial que vier a ser emitido, a título provisório ou definitivo, em desfavor do Erário.

Casos há, de fato, em que não basta ao magistrado proclamar o direito a ser satisfeito e proceder à fixação de um prazo certo, no qual deverá ser cumprida pelo poder público a obrigação reclamada, exigindo-se, em determinadas situações, a definição de um verdadeiro cronograma para a adoção das diversas medidas administrativas tendentes à concretização do direito prestacional, a exemplo da implementação de uma política de saneamento básico, de natureza inquestionavelmente complexa.<sup>118</sup>

Ao invés de se partir, contudo, desde logo para o cumprimento coercitivo da política pública, mediante uma atuação individual e solitária do julgador em estipular o tempo e o modo pelo qual deve ser satisfeita a prestação positiva pelo Estado, sugere a doutrina que tal solução seja obtida, tanto quanto possível, de forma consensual, por meio da mútua colaboração das partes e de terceiros interessados.

### 3.2.2 O cumprimento negociado de provimentos judiciais acerca de políticas públicas

Sem prejuízo da já consolidada ó senão em termos culturais, ao menos na seara legislativa<sup>119</sup> ó valorização dos meios alternativos de resolução dos litígios, como a arbitragem, a conciliação, a mediação e, na área da tutela de direitos difusos e coletivos, o compromisso de ajustamento de conduta, o assunto atinente ao controle jurisdicional de políticas públicas pede um tratamento processual ainda mais sensível e atento às suas particularidades, quanto aos esforços com vistas à composição da lide mediante a colaboração das partes e interessados.

Propõe Eduardo José da Fonseca Costa, a esse respeito, que as medidas destinadas à implementação de políticas públicas, quando submetidas ao controle judicial, sejam realizadas preferencialmente mediante um cronograma negociado de cumprimento voluntário, na forma de providência executiva atípica, nos termos do art. 536, § 1º, do CPC (ou do art. 461, § 5º, do Código revogado). Constituindo-se tal medida em um negócio jurídico processual, passa o seu

---

<sup>118</sup> TALAMINI, Eduardo. Concretização jurisdicional de direitos fundamentais a prestações positivas do Estado. In: TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (Coord.). **Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil**: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do professor Dr. Araken de Assis. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 170-171.

<sup>119</sup> O art. 3º, § 3º, do CPC, dispõe que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

cumprimento a ser controlado e supervisionado pelo juiz e pelo exequente, com a possibilidade do auxílio de um *administrador* da confiança da Justiça ou indicado pelas partes ó denominado de *master*, no sistema estadunidense ó, sem poder de intervenção ou de gestão da política pública, mas com a função de monitorar a sua efetivação pelo Estado.<sup>120</sup>

A estipulação de uma óalendarização processualö, por acordo entre as partes, não impediria a definição, também de maneira consensual, de sanções para o caso de descumprimento das medidas convencionadas, o que serviria para conferir coercibilidade à chamada execução negociada de políticas públicas. Tal forma de resolução de litígios de interesse público teria a vantagem de quebrar a resistência do réu em cumprir as medidas necessárias à realização das ações estatais, pois seria fruto das negociações envidadas, ao invés de resultar de mera imposição judicial. Para a obtenção de bons resultados, porém, devem as partes estar abertas ao diálogo e atuar conforme a boa-fé processual, como também o juiz deve possuir habilidades para a condução da mediação e destinar tempo razoável para a realização de rodadas de conversa entre o poder público e demais sujeitos processuais.<sup>121</sup>

Há que se salientar, também, que a figura do mediador, tecnicamente capacitado para o exercício da função, poderia exercer relevante papel nessa tarefa, amenizando a sobrecarga de tais atribuições sobre a pessoa do magistrado, que poderia dedicar-se com maior intensidade, conseqüentemente, às atividades instrutórias e de julgamento propriamente dito, sem prejuízo de envidar diretamente tentativas para conciliar as partes, sempre que houver oportunidade.<sup>122</sup>

Não se pode deixar de consignar, ademais, que diante da complexidade envolvida no tema do controle judicial de políticas públicas, também o mediador, ou conciliador, deverá ser detentor de noções razoáveis de direito público ou de administração pública, para poder conduzir com alguma competência as discussões de caráter técnico, de modo a contribuir para a formulação do acordo destinado à implementação da política respectiva.

São evidentes, no entanto, as deficiências estruturais do Poder Judiciário para se desincumbir a contento, até mesmo, da missão de obter acordos que viabilizem a execução negociada em matéria de políticas públicas. Com efeito, devemos admitir que não é nada fácil identificar juízes que possuam perfil apropriado e detenham condições materiais de investir

---

<sup>120</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. A execução negociada de políticas públicas em juízo. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 212, out. 2012, p. 46-48.

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 41-44.

<sup>122</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e a execução participada de políticas públicas. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 224, out. 2013, p. 148-149.

espaço considerável de seu tempo e capacidade de trabalho na intrincada tarefa estimular a negociação entre os interessados, reunindo-se a sós com cada uma das partes para procurar identificar os interesses comuns e contrapostos, além de realizar audiências públicas e inspeções judiciais, consultar especialistas, dentre uma série de outras atividades,<sup>123</sup> tudo isso com o propósito de reunir dados técnicos e de obter uma solução consensual para os inúmeros litígios que versam sobre a temática em comento.

Quanto aos mediadores, o quadro se mostra ainda mais dramático, tendo em vista que, consoante informação divulgada pelo Conselho Nacional de Justiça, sequer existem cargos remunerados de mediador nos quadros do Poder Judiciário brasileiro, ainda estando sendo discutidos naquele órgão de controle externo os parâmetros estipendiais que devem nortear a correspondente política de estruturação de tal carreira.<sup>124</sup>

Não devem servir tais dificuldades, porém, para barrar o avanço das técnicas adequadas de solução judicial dos litígios de interesse público, restando às entidades e órgãos que têm por missão institucional a defesa de interesses difusos ou coletivos, e à própria sociedade civil, articularem-se no sentido de que sejam promovidas melhorias continuadas nesse elevado propósito.

O que se afeiçoa como essencial, no ponto, é que haja uma progressiva abertura do ambiente processual, para que este se torne mais capilarizado e favorecedor de um debate ampliado das questões de interesse geral da coletividade, submetidas ao crivo jurisdicional.

O destaque a ser dado à feição dialógica e participativa do processo, portanto, é que deve dar a tônica dos atos destinados à coleta de informes técnicos e à condução das citadas negociações, a fim de que, sob os auspícios de um contraditório dinâmico, como garantia de influência e não surpresa, se obtenham cronogramas de cumprimento dos provimentos judiciais atinentes a políticas públicas, nas hipóteses em que tal metodologia se mostre adequada e necessária, em benefício, inclusive, da própria efetividade processual.<sup>125</sup>

Já apregoava Carlos Alberto de Oliveira, ainda na primeira década de vigência da Constituição de 1988, a necessidade de se passar a compreender o contraditório como uma

---

<sup>123</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. A execução negociada de políticas públicas em juízo. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 212, out. 2012, p. 46-48.

<sup>124</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Mediação e conciliação no foco da magistratura nacional. **Notícias do CNJ**. Brasília, 10 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79021-mediacao-e-conciliacao-no-foco-da-magistratura-nacional>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

<sup>125</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e a execução participada de políticas públicas. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 224, out. 2013, p. 148-149.

verdadeira *divisão de trabalho*, no processo, entre os distintos sujeitos que o compõem, mediante colaboração e diálogo permanentes entre juiz, autor e réu, enaltecendo-se o direito da parte ãde atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e o seu resultado, em repúdio a uma investigação solitária do juiz acerca da matéria constitutiva do objeto da demanda.<sup>126</sup>

Privilegia-se, assim, a posição do jurisdicionado como, simultaneamente, autor e destinatário da ordem jurídica, assegurando-se-lhe a possibilidade de exercer influência sobre a condução dos rumos do processo e, conseqüentemente, sobre a resolução do conflito de interesses, como forma de ãcontrolar os provimentos dos agentes políticos e garantir a legitimidade discursiva e democrática das decisões, abandonando-se os focos de centralidade em qualquer dos sujeitos processuais, seja nas partes ou no juiz, em prol de um modelo policêntrico, ou participativo, de processo.<sup>127</sup>

Salienta a doutrina, outrossim, que a cooperação almejada nesse novo horizonte processual reside na ideia de uma *comunidade de trabalho*, por meio da qual as partes, agindo na defesa de seus interesses, possam contribuir para a construção do provimento de forma conjunta com o magistrado, como fruto do que vier a ser produzido em contraditório no processo, seja na reconstrução dos fatos, ou no levantamento de pretensões a direito (reconstrução do ordenamento).<sup>128</sup>

A cooperação que se pode exigir das partes, destarte, no âmbito do novo CPC, deve ser entendida como uma atuação processual que, embora pautada pelo dever de boa-fé, nos termos do art. 6º do referido Código, faculta aos contendores a prática de atos que visem, concomitantemente, a defesa de seus interesses e que se mostrem tendentes a contribuir com o magistrado, na medida da respectiva participação, para a construção do provimento jurisdicional mais adequado ao caso.

Vale enfatizar, outrossim, que na tutela executiva, ainda mais do que na atividade cognitiva, em razão de possuir o magistrado uma margem de atuação mais aberta, onde não prevalece a rigidez procedimental, impera a necessidade de busca de meios mais eficientes para

---

<sup>126</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 73, jan.-mar 1994, p. 7-14.

<sup>127</sup> MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. O que é um modelo democrático de processo? **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: AMPRS, n. 73, jan.-abr. 2013, p. 196. Disponível em: <[http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1383852047.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1383852047.pdf)>. Acesso em: 17 jun. 2015. Também: NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008.

<sup>128</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 72.

uma rápida satisfação do correspondente interesse, preservando-se a esfera jurídica do executado, de maneira que a lealdade e boa-fé manifestada na conduta das partes podem influir significativamente para o atingimento de tais desideratos.<sup>129</sup>

Trata-se, no dizer de Daniel Mitidiero, de uma mudança de compreensão do próprio direito, a fim de que passe a ser tratado como um problema para cuja solução pode pesar o aporte argumentativo carreado pelas partes ao processo, transitando-se da ideia de processo como *solilóquio judicial*, para a de um colóquio entre todos os que nele tomam parte.<sup>130</sup>

Daí a importância da viabilização de amplos canais de diálogo processual, envolvendo o julgador, as partes interessadas e a sociedade civil, bem como, de uma negociação cada vez mais exauriente acerca da forma que melhor otimize a implementação da política pública submetida ao controle judicial.

Isso não implica dizer, todavia, que possam ser vedados, postergados ou negligenciados, em demandas versando sobre deveres prestacionais do Estado, os mecanismos processuais destinados à concessão das tutelas de urgência e de evidência dos interesses subjetivos deduzidos em juízo, quando cabíveis, pois isso representaria manifesta afronta ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.<sup>131</sup>

As tentativas que devem ser envidadas em prol da obtenção de um cumprimento negociado de título executivo concernente à implementação de uma dada política pública, portanto, não podem constituir mais um entrave burocrático à efetividade processual, somente sendo admissíveis enquanto apresentem potencialidade para contribuir para a concretização do direito tutelado na ação. Caso contrário, devem abrir caminho à efetivação de providências coercitivas ou sub-rogatórias em desfavor do Erário, suficientes e adequadas para assegurar a integral observância dos provimentos judiciais.

Ressalte-se, inclusive, que mesmo quando frustradas as tentativas de resolução consensual do litígio, as medidas que vierem a ser determinadas pelo juiz, com vistas a assegurar a efetividade da tutela jurisdicional, devem ser antecedidas de uma prática discursiva fomentada no processo, de modo a viabilizar a coleta satisfatória das informações e

---

<sup>129</sup> GRECO, Leonardo. A execução e a efetividade do processo. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 94, abr.-jun. 1999, p. 52.

<sup>130</sup> MITIDIERO, Daniel. **Bases para construção de um processo civil cooperativo**: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo, p. 69. 2007. 147 f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/13221>>. Acesso em: 11 jun. 2015.

<sup>131</sup> LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 109.

contribuições fáticas e jurídicas das partes, a fim de que o provimento judicial emitido possa constituir-se em um autêntico òfruto de uma escolha que se constrói discursivamente pela concorrência das partes e do juizö.<sup>132</sup>

Exige-se que resulte do processo, de todo modo, efetividade na implementação de decisões acerca do controle de políticas públicas, priorizando-se os meios consensuais para a obtenção de seu cumprimento pela Administração Pública, na medida das possibilidades apresentadas no caso concreto, evidenciadas por instrumentos de diálogo, cooperação e participação processual pelas partes, especialistas e segmentos da sociedade civil, sem prejuízo, todavia, do uso dos meios coercitivos cuja adoção venha a mostrar-se particularmente recomendável.

Quanto aos procedimentos especificamente voltados à viabilização prática desse almejado modelo processual diferenciado, mais consentâneo aos litígios de interesse público, procederemos ao detalhamento de uma proposta doutrinária, *de lege ferenda*, por ocasião do Capítulo 6 do presente trabalho, reservado ao exame dos casos complexos e decisões estruturais.

### 3.3 A TUTELA DOS DEVERES DE FAZER OU NÃO FAZER CONTRA O ESTADO: MEDIDAS DE EFETIVIDADE PROCESSUAL

A necessidade da existência de meios executivos aptos à plena concretização do direito subjetivo reclamado em face da Administração Pública, mesmo diante de todas as dificuldades inerentes ao tema do cumprimento coercitivo de decisões judiciais em desfavor do Erário, revela-se como nítida expressão do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e adequada, do qual não têm os poderes estatais como se esquivar, em especial o Judiciário, no desenvolvimento de sua atividade típica de fazer valer os direitos contemplados no ordenamento jurídico.

Mostra-se indispensável, por conseguinte, para que se possa atribuir verdadeira efetividade à tutela judicial dos direitos prestacionais contra o poder público, o exame das normas processuais atinentes ao cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, sob o enfoque diferenciado da sua aplicação em desfavor do Estado, a fim de que se disponha, no

---

<sup>132</sup> GÓES, Ricardo Tinôco de. Direito processual e filosofia do direito: uma visão do processo com aporte na teoria do discurso: brevíssimas considerações. **Revista direito e liberdade**. Mossoró: Esmarn, v. 4, n. 3, jul.-dez. 2006, p. 467.

processo, de meios satisfatoriamente eficientes para a implementação prática de provimentos jurisdicionais nesse tipo de demanda.

### **3.3.1 As ações de obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa: algumas considerações**

A postulação de prestações positivas pelo cidadão em face da Administração Pública, veiculada por meio de demandas individuais ou coletivas que suscitam a realização de atos inerentes ao controle jurisdicional de políticas públicas, conduzem, na imensa maioria dos casos em que haja o acolhimento da pretensão autoral, à necessidade de imposição ao Erário de um dever de atuação visando a satisfação de determinado interesse, mediante a efetiva entrega do bem ou execução do serviço reclamados.

É inegável reconhecer que sempre haverá lugar para o levantamento de preocupações, muitas vezes fundadas, acerca da real disponibilidade de meios e recursos materiais suficientes para o atendimento imediato de todas as pretensões da espécie, o que deve ser objeto de indeclinável apreciação judicial, em conformidade com os critérios indicados pela doutrina e jurisprudência, sumariamente expostos em linhas precedentes.

Permitindo-nos realizar um recorte epistemológico em nosso objeto de estudo, todavia, cumpre ressaltar que o campo de investigação a ser abordado no presente tópico, em especial, diz respeito, fundamentalmente, aos meios processuais predispostos em nosso ordenamento jurídico para aplicação em desfavor do Estado ó ou de seus agentes, quando admissível ó, como forma de conferir efetividade às ações judiciais destinadas à concretização de direitos constitucionalmente assegurados, sem descurar da análise de aspectos concernentes às dificuldades práticas que se mostrem relevantes para a efetivação de tais direitos.

A eventual pertinência de objeções concernentes à reserva do possível, nesse contexto, deve ser primordialmente examinada diante do caso concreto, a fim de que possa o magistrado decidir acerca da viabilidade prática, ou não, da atribuição ao ente estatal do dever de proceder à entrega da prestação material vindicada, o que será sempre dependente, por óbvio, da sua real disponibilidade. É certo, porém, que o direito ao mínimo existencial jamais pode ser negligenciado, mesmo em um quadro de escassez de recursos, impondo-se a adoção das medidas bastantes à sua preservação, conforme salientamos anteriormente.

Uma vez afirmada, portanto, em decisão definitiva ou antecipatória, a necessidade de satisfação da posição jurídica intentada contra o Estado, deve o Poder Judiciário determinar as providências práticas a serem realizadas para esse desiderato, servindo-se, para tanto, das

normas processuais reguladoras dos deveres de fazer, não fazer ou entrega de coisa, outrora previstas nos arts. 461 e 461-A do CPC de 1973, atualmente disciplinadas pelos arts. 497 a 501, e 536 a 538, todos do novo Código de Processo Civil.

Cabe aqui destacar que, muito embora tenha o legislador optado por empregar a expressão *cumprimento de obrigação de fazer*, tanto no Código revogado, quanto no atual, não se restringe essa via processual a tutelar apenas os direitos obrigacionais oriundos de relações jurídicas de direito privado, aplicando-se a todos os deveres jurídicos cujo objeto seja um fazer ou um não fazer, em sentido amplo,<sup>133</sup> tal como estabelece o art. 536, § 5º, do novo CPC, compreendendo inclusive os deveres estatais destinados à satisfação de direitos fundamentais a prestações positivas.<sup>134</sup>

Examinando o tema, leciona Ovídio Baptista da Silva que, partindo da coerção eminentemente pessoal que os meios executivos ostentavam nos primórdios do direito romano, quando se admitia a aplicação de pena corporal ao devedor para compeli-lo ao pagamento de débitos, a influência do humanismo renascentista, inversamente, fez com que o direito dos sistemas contemporâneos exasperassem a mercantilização dos meios executórios, a ponto de tornar indenizáveis, e portanto negociáveis, até as mais graves ofensas morais.<sup>135</sup>

A dificuldade do nosso Direito em edificar os mecanismos de uma tutela executiva própria para o cumprimento das obrigações de dar coisa certa e de fazer ou não fazer, seria, outrossim, uma herança própria das bases jurídicas romanas o cujo processo fundava-se apenas na execução por quantia certa o, o que passou a ser corrigido pelo legislador brasileiro com as alterações promovidas pela reforma processual levada a efeito no CPC recém revogado, por intermédio da Lei nº 8.952/94, instituindo como regra a excepcionalidade da conversão de tais obrigações em perdas e danos.<sup>136</sup>

A problemática atinente aos meios processuais para a realização da tutela específica das obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa não é, contudo, restrita ao nosso ordenamento jurídico, sendo um fenômeno observado nas mais distintas culturas jurídicas, em decorrência da universalização das obrigações e do próprio escopo de efetividade da tutela

---

<sup>133</sup> TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 125-127.

<sup>134</sup> Ibid., p. 137-147.

<sup>135</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista. Execução obrigacional e mandamentalidade. In: TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (Coord.). **Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do professor Dr. Araken de Assis**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 601-605.

<sup>136</sup> Ibid., loc. cit.

jurisdicional. O sistema jurídico de cada país respondeu a esses anseios conforme sua própria tradição e coerência interna: o direito francês com o meio coercitivo pecuniário das *astreintes*; o inglês, no âmbito da *equity*, desenvolvida sob o *common law*, com as sanções de multa ou prisão por ato de *contempt of court*, em razão do descumprimento de ordens judiciais denominadas *injunction*; e o alemão, com um modelo misto específico, que envolve penas pecuniárias ou, excepcionalmente, restritivas de liberdade.<sup>137</sup>

Optou o legislador pátrio, na última redação atribuída ao art. 461 do CPC de 1973, por eleger tanto mecanismos sub-rogatórios ó que prescindem da participação do obrigado para a obtenção do resultado almejado ó, quanto mecanismos de coerção do devedor ao cumprimento da obrigação judicialmente exigida, que se prestam a atuar psicologicamente sobre a sua vontade, a fim de induzi-lo a adotar a conduta pretendida pela ordem jurídica,<sup>138</sup> dentre as quais se destacam as multas diárias, reconhecidamente inspiradas nas *astreintes* do sistema francês.

Servem-se de meios sub-rogatórios os chamados provimentos executivos *lato sensu*, ao determinarem medidas que independem da adesão volitiva do executado para serem cumpridas, como a busca e apreensão de coisas ou o impedimento de atividade nociva mediante o auxílio de força policial. Os provimentos mandamentais, por sua vez, veiculam ordem para que o destinatário cumpra diretamente a prestação ou abstenção estabelecida pelo juízo, sob pena de incidir em sanções determinadas, inclusive de natureza criminal.<sup>139</sup>

O regime de cumprimento dos deveres e obrigações de fazer ou não fazer, portanto, desde a aludida reforma processual no Código Buzaid, dá-se preferencialmente na forma de sua tutela específica, ou mediante garantia do resultado prático equivalente ao do adimplemento, com a imposição das medidas de reforço que já vinham estatuídas no § 5º, do art. 461 do referido diploma instrumental, e que continuam presentes no art. 536, § 1º, do novo Código.

Semelhante sistemática, aliás, já encontrava previsão no art. 11 da Lei nº 7.347/85, que disciplina a ação civil pública, contemplando a possibilidade de concessão da tutela específica da obrigação, bem como no art. 84 da Lei nº 8.078/90, instituidora do Código de Defesa do Consumidor, que introduziu em nosso ordenamento processual, para além disso, o mecanismo

---

<sup>137</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. A concretização da tutela específica no direito comparado. In: TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (Coord.). **Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil**: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do professor Dr. Araken de Assis. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 125-149.

<sup>138</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 1. ed. Campinas: Bookseller, v. 1, 1998, p. 349-350.

<sup>139</sup> TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 192-194.

do *resultado prático equivalente*, aperfeiçoando o microsistema de defesa dos interesses difusos e coletivos, por força dos arts. 90, deste último diploma legal, e 21, da Lei nº 7.347/85.<sup>140</sup>

Não se pode deixar de enfatizar, a propósito, a elevada importância que a ação civil pública e as demais vias processuais inerentes à tutela coletiva dos direitos exercem no controle judicial de políticas públicas e para a progressiva realização dos direitos fundamentais sociais, em razão de proporcionarem, por meio do processo, uma abordagem massificada de assuntos alusivos à atuação do poder público com vistas ao atingimento dos fins proclamados pela norma constitucional.<sup>141</sup>

Mesmo que não esteja legalmente estabelecida uma prioridade para o processo e julgamento das ações coletivas que versem sobre o objeto mencionado, em relação às demandas individuais de igual natureza, é notória a maior vocação da referida modalidade de tutela jurisdicional para viabilizar um alcance prático e social bem mais significativo da atuação do Judiciário nessa senda, merecendo acentuada atenção e prestígio, de parte dos operadores do direito.

### 3.3.2 A tutela específica da obrigação e o resultado prático equivalente

A tutela executiva das obrigações de fazer e não fazer, por implicar na realização de determinada prestação em sua forma específica, exige, mais do que em qualquer outra hipótese, uma preocupação reforçada em se alcançar o ideal proposto no clássico escólio de Chiovenda, pelo qual o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir.<sup>142</sup>

Ensina Marcelo Lima Guerra que a técnica processual da tutela específica da obrigação destina-se a atender às necessidades do correspondente direito material, mais especificamente os relativos a obrigações não monetárias, materializáveis em prestações de entregar coisa, fazer ou não fazer, que devem ser satisfeitas pelo devedor exatamente como previstas no título executivo, admitindo-se a conversão em pecúnia somente nas hipóteses em que se mostrar inviabilizada a realização da tutela na sua forma específica.<sup>143</sup>

---

<sup>140</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 807 e 1.685.

<sup>141</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 54, jan. 2006, p. 36.

<sup>142</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 1. ed. Campinas: Bookseller, v. 1, 1998, p. 67.

<sup>143</sup> GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 39-45.

Já o resultado prático equivalente, igualmente estabelecido na legislação processual como meio de efetivação de obrigações da mesma espécie, diferencia-se da tutela específica unicamente por realizar-se esta com o auxílio de medidas coercitivas, de caráter indireto, que visam exercer pressão psicológica sobre a vontade do devedor. No primeiro método citado, porém, a prestação pode ser obtida sem a participação do obrigado, atuando o Poder Judiciário por meios sub-rogatórios. Dispõe o juiz, contudo, em ambas as hipóteses, de amplos poderes para impor as medidas necessárias que proporcionem ao credor precisamente o resultado concreto a que faça jus.<sup>144</sup>

Cumpre atentar, em síntese, que nosso direito processual civil contempla tanto medidas diretas (ou sub-rogatórias), nos casos em que estas se revelem adequadas para assegurar a satisfação da almejada obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa, mediante provimentos executivos *lato sensu*, voltados para a obtenção do resultado prático equivalente ao adimplemento voluntário da prestação, como também providências coercitivas, próprias de ordens mandamentais, para as situações em que, conforme as peculiaridades do caso concreto e as disposições de direito material aplicáveis, seja exigível o cumprimento forçado pelo próprio devedor.

Em relação à admissibilidade de concessão da tutela específica da obrigação ou obtenção de seu resultado equivalente nas ações movidas em face do poder público, consignese que, embora haja posicionamento doutrinário pela impossibilidade de aplicação de medidas sub-rogatórias, especificamente, contra o Estado, sob pena de invasão judicial indevida da esfera própria do Executivo,<sup>145</sup> a orientação dominante é no sentido contrário, entendendo-se que não há, na espécie, violação ao princípio da separação dos poderes, devido à necessidade de submissão de todos os órgãos estatais ao império da ordem jurídica.<sup>146</sup>

Para igual norte converge a jurisprudência pacificada no Superior Tribunal de Justiça, que tem decidido no sentido de que é dever do juiz, para assegurar a autoridade de suas decisões, ôfazer uso de todos os meios disponíveis, desde que não proibidos pelo legislador, incompatíveis com os princípios reitores do Estado de Direito Democrático e do direito

---

<sup>144</sup> GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 45-48.

<sup>145</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 76.

<sup>146</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. **Processo civil moderno: processo de execução e cumprimento de sentença**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 2014, p. 338.

processual moderno, ou ofensivos à dignidade da justiça,<sup>147</sup> admitindo, para tanto, a adoção de medidas bastantes à efetivação da tutela específica ou obtenção do resultado prático equivalente.<sup>148</sup>

Quando da especificação, pelo órgão judicante, dos meios executivos aplicáveis em desfavor da Administração Pública e de seus agentes, no âmbito de demanda em que seja pleiteada a satisfação de direitos prestacionais, é que assumem relevância as particularidades da tutela executiva contra o poder público, do que cuidaremos em capítulo próprio.

É digno de registro, nesse passo, que o nosso ordenamento processual superou o princípio da tipicidade dos meios executivos, no tratamento legal atribuído ao cumprimento das obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa, conferindo maiores poderes ao magistrado para determinar a modalidade da tutela executiva e as medidas práticas mais adequadas ao caso concreto, como autêntico reflexo do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.<sup>149</sup>

Já lecionava Liebman, a propósito, que, quanto maior a flexibilidade e a riqueza dos meios executivos à disposição do juiz, maior também será a probabilidade de se poder realizar a execução em sua forma específica.<sup>150</sup>

De fato, na execução *por quantia certa* o interesse do titular do direito limita-se à satisfação de seu crédito pecuniário, de modo que a atuação jurisdicional pode orientar-se de modo restrito quanto aos meios de constrição patrimonial sobre os bens do devedor, em razão de haver previsibilidade suficiente para que a lei processual possa enunciar regras preordenadas sobre os atos de penhora, avaliação e expropriação, com oportunidade de defesa ao executado, conforme o disposto nos arts. 523 e seguintes do Código de Processo Civil.

Diferentemente, as obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa reclamam uma maior liberdade do julgador para conformar os meios executivos às especificidades do caso concreto, visando nortear a construção do melhor método para a obtenção da tutela específica

---

<sup>147</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). **REsp 863055/GO**, Relator Min. Herman Benjamin. Brasília, 27 fev. 2008. DJe de 18 set. 2009. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200601424418&dt\\_publicacao=18/09/2009](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200601424418&dt_publicacao=18/09/2009)>. Acesso em: 17 mar. 2016.

<sup>148</sup> Id. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). **REsp 1069810/RS**, Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 23 out. 2013. DJe de 06 nov. 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200801389284&dt\\_publicacao=06/11/2013](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801389284&dt_publicacao=06/11/2013)>. Acesso em: 17 mar. 2016.

<sup>149</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. In: DIDIER JÚNIOR, Freddie (Coord.). **Execução civil: estudos em homenagem ao professor Paulo Furtado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 228-229.

<sup>150</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 8.

da obrigação ou de seu resultado equivalente, observados os parâmetros estabelecidos na lei processual.

Não obstante o teor expresso da norma contida desde o art. 461 do CPC revogado, repetida no art. 536, § 1º, do novel diploma processual civil, enunciando claramente o caráter exemplificativo das medidas executivas de natureza direta ou indireta destinadas à satisfação do interesse jurídico tutelado na demanda,<sup>151</sup> convém atentar, ainda, para o disposto no art. 139, inciso IV, do Código de Processo Civil em vigor, que estabelece como dever genérico do juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

Trata-se, na verdade, de uma ampliação, pelo novo CPC, do âmbito de abrangência dos meios executivos atípicos outrora restritos ao cumprimento das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, para passar a compreender, até mesmo, as ordens judiciais emitidas em ações destinadas ao adimplemento de prestação pecuniária, diversamente do regime do Código anterior.<sup>152</sup>

A escolha da modalidade de efetivação da obrigação, se por meios sub-rogatórios ou coercitivos, bem como a especificação das medidas judiciais incidentes em cada hipótese concreta, embora possa partir de um rol de alternativas deveras ampliado, não é absolutamente livre ao julgador, devendo ser orientada por critérios jurídicos próprios, sobre os quais discorreremos logo a seguir, estando sempre presente, ressalte-se, a preocupação quanto à efetividade da atuação jurisdicional, como expressão dos direitos fundamentais do devido processo legal e do acesso à justiça.

### 3.4 CRITÉRIOS JURÍDICOS PARA A ESCOLHA DOS MEIOS EXECUTIVOS ADEQUADOS AO CASO CONCRETO

O cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, como já dito, deve proporcionar ao titular do interesse jurídico defendido na demanda a obtenção da tutela específica da

---

<sup>151</sup> TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 270.

<sup>152</sup> ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras de. Dos Poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JÚNIOR, Freddie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. E-book. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/library.html>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

obrigação ou o resultado equivalente ao adimplemento espontâneo, implicando na exigência de satisfação integral do direito.

Autoriza a lei processual, para esse mister, que o julgador determine, sem prejuízo de outras medidas não enumeradas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, inclusive mediante o auxílio de força policial, a teor do que estabelece o art. 536, § 1º, do CPC. Cabe ao órgão jurisdicional, assim, buscar o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela almejada, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas.<sup>153</sup>

Para a eleição do meio executivo mais apropriado ao caso concreto, contudo, deve-se atentar não só para os limites decorrentes das garantias constitucionais do cidadão, a partir mesmo da necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana, passando pelas restrições à atuação do Estado-juiz, inerentes aos direitos fundamentais. Impõe-se, também, que sejam observados os princípios básicos conformadores do processo executivo, como manifestação, nessa modalidade de exercício da atividade jurisdicional, do princípio constitucional do devido processo legal e do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, a fim de harmonizar as normas eventualmente conflitantes no caso concreto, para que se tenha um processo justo.

### **3.4.1 Os princípios instrumentais do processo executivo**

Dentre os diversos princípios doutrinariamente propostos para reger a atividade jurisdicional executiva, interessa-nos abordar, no presente trabalho, somente aqueles que têm pertinência com os aspectos instrumentais da tutela executiva, que se revelam úteis para fornecer critérios jurídicos suficientes para orientar a tomada de decisão quanto aos meios processuais aplicáveis em cada situação específica.

Com efeito, diante da adoção do princípio da atipicidade dos meios executivos, pelo Código de Processo Civil, em seus arts. 139, inciso IV, e 536, § 1º, implicando na multiplicação das formas de cumprimento das decisões judiciais, de modo especialmente relevante para a

---

<sup>153</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). **AgRg no REsp 824017/RS**, Relator Min. José Delgado. Brasília, 16 maio 2006. DJ de 08 jun. 2006, p. 150. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200600436821&dt\\_publicacao=08/06/2006](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600436821&dt_publicacao=08/06/2006)>. Acesso em: 18 mar. 2016.

efetivação das obrigações de fazer e não fazer, avulta a importância da existência de parâmetros racionais que possam nortear a condução das medidas executivas, e, bem assim, proporcionar mecanismos de controle argumentativo, tanto pelas partes quanto pelas instâncias revisoras, das deliberações adotadas pelo órgão julgante.

Nesse diapasão, o princípio da *utilidade da execução* consolida a ideia pela qual a execução deve ser útil ao credor, não se permitindo, por conseguinte, que as medidas executivas venham a transformar-se em instrumento de mera vingança, para fins de castigo ou sacrifício do devedor, sem reverter em vantagem prática efetiva e necessária em prol do titular do direito afirmado no título exequendo.<sup>154</sup>

Desse modo, o meio executivo que não demonstre serventia prática para satisfazer o interesse almejado na demanda, deve ser afastado pelo magistrado, a exemplo do uso da medida coercitiva das *astreintes*, ou sua eventual persistência, quando reste evidenciada a impossibilidade material de cumprimento da obrigação, pelo executado.<sup>155</sup>

Um outro princípio do processo executivo que exerce função de primordial importância na definição dos meios executivos pelo julgador, consiste no postulado da *máxima efetividade da execução*, que não significa nada mais do que a incidência particularizada, nessa modalidade de exercício da atividade jurisdicional, do princípio da efetividade do processo.<sup>156</sup>

Tal princípio também é denominado como o da *maior coincidência possível*, ou do *resultado*, pelo qual a execução forçada, em uma primazia da tutela específica, deve proporcionar ao credor a satisfação de seu direito da maneira que melhor se aproxime do que seria obtido mediante o adimplemento espontâneo pelo devedor.<sup>157</sup>

O reconhecimento explícito de tal princípio pelo legislador, na seara das pretensões destinadas ao cumprimento de deveres ou obrigações de fazer ou não fazer, está contido na dicção do art. 499 do CPC, pelo qual a obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

---

<sup>154</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: processo de execução e processo cautelar**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, 1998, p. 12.

<sup>155</sup> NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Princípios da execução**. Disponível em: <<http://www.professordanielneves.com.br/artigos/201011151812300.principiosdaexecucao.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2014.

<sup>156</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 2, 2006, p. 161.

<sup>157</sup> DIDIER JÚNIOR, Freddie et al. **Curso de direito processual civil: execução**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, v. 5, 2013, p. 53.

Todos os esforços admissíveis pela legislação processual, destarte, devem ser envidados para assegurar a realização integral, em favor do titular do direito subjetivo deduzido na ação, do interesse que lhe assiste, tal como previsto no título exequendo.

Igualmente impera no processo executivo, por outro lado, o princípio do *menor sacrifício do devedor*,<sup>158</sup> ou da *menor onerosidade da execução*,<sup>159</sup> consagrado no art. 805 do Código de Processo Civil, ao estabelecer que, õquando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executadoõ.

Destina-se esse princípio a servir como uma cláusula geral impeditiva do abuso de direito pelo exequente, para que a este não seja admitido utilizar-se de meio executivo desnecessariamente oneroso para o devedor, quando por outra forma se possa obter o mesmo resultado.<sup>160</sup>

Trata-se de norma que repete o teor do art. 620 do CPC de 1973, a respeito da qual, consoante já advertia José Carlos Barbosa Moreira, há que se proceder a uma compreensão adequada, no sentido de que õa opção pelo meio menos gravoso pressupõe que os diversos meios considerados sejam igualmente eficazesõ.<sup>161</sup>

Tal conclusão é reforçada, inclusive, pela inovação que o novo estatuto processual civil instituiu em relação ao tema, ao dispor, no parágrafo único do citado art. 805, em homenagem à efetividade processual, que ao executado que vier a aduzir a onerosidade de um dado meio executivo cabe o ônus processual de õindicar outros meios **mais eficazes e menos onerosos**, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinadosõ.<sup>162</sup> (Grifo nosso)

Não consiste tal princípio, portanto, em norma absolutamente antagônica ao postulado da máxima efetividade da tutela executiva, já que, para sua aplicação, não se pode impor ao credor que se contente com um meio menos idõneo à satisfação de seu direito, simplesmente por afetar em menor grau os interesses do executado. Dita solução somente será admissível quando lograr o devedor demonstrar que, dentre os meios executivos igualmente eficazes, algum deles mostrar-se menos oneroso para o cumprimento da obrigação que lhe incumbe, já

---

<sup>158</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2012, p. 513.

<sup>159</sup> DIDIER JÚNIOR, Freddie et al. **Curso de direito processual civil: execução**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, v. 5, 2013, p. 56.

<sup>160</sup> Ibid., p. 56-57.

<sup>161</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito processual**: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 221.

<sup>162</sup> ZARONI, Bruno Marzullo. Algumas inovações do CPC/15 em matéria de execução. **Cadernos jurídicos**. Curitiba: OAB Paraná, n. 62, dez. 2015, p. 2.

que a execução se realiza no interesse do exequente,<sup>163</sup> que faz jus à tutela jurisdicional adequada e efetiva.<sup>164</sup>

Mostra-se inevitável, contudo, a necessidade de, em determinados casos concretos, proceder-se a uma harmonização entre os postulados da máxima efetividade, de um lado, e, de outro, do menor sacrifício do devedor, do direito de defesa ou do princípio da dignidade da pessoa humana, diante da sempre latente possibilidade de colisão entre estes, tarefa para a qual terá grande utilidade o princípio da proporcionalidade,<sup>165</sup> do qual trataremos de maneira mais detida no item seguinte.

### 3.4.2 A proporcionalidade na escolha dos meios executivos adequados ao caso concreto

Consigne-se, desde logo, que não obstante a existência de certa controvérsia quanto à natureza principiológica da exigência de proporcionalidade, havendo uma proposição difundida na doutrina brasileira de que esta seria um *postulado*,<sup>166</sup> consistindo, para outros autores, verdadeiramente em uma *regra*,<sup>167</sup> optamos por seguir a terminologia mais usual e consolidada na doutrina e jurisprudência brasileiras, de princípio da proporcionalidade,<sup>168</sup> mesmo porque essa é a nomenclatura adotada em acórdãos do Supremo Tribunal Federal.<sup>169</sup>

Não há maiores dificuldades em se perceber a proeminência do assim designado princípio da proporcionalidade, em uma teoria que enxerga os princípios como *mandados de otimização*, realizáveis em gradações variadas, na medida das possibilidades fáticas e jurídicas, estas últimas resultantes da própria harmonização, por sopesamento, entre os diferentes valores tutelados pelas normas jurídicas em rota de colisão, incidentes sobre um caso concreto.

Esse é o ensinamento de Robert Alexy, para quem a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela, significando afirmar que a

<sup>163</sup> Cf. art. 797 do CPC.

<sup>164</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 641.

<sup>165</sup> DIDIER JÚNIOR, Freddie et al. **Curso de direito processual civil: execução**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, v. 5, 2013, p. 58-59.

<sup>166</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, n. 215, jan.-mar. 1999, p. 151-179.

<sup>167</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 798, 2002, p. 23-50.

<sup>168</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 95.

<sup>169</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI 5136 MC/DF**, Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 01 jul. 2014. DJe n. 213, de 30 out. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=7088799>>. Acesso em: 08 dez. 2014.

proporcionalidade, por meio das máximas parciais da adequação, da necessidade (ou mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (ou mandamento do sopesamento propriamente dito), é decorrente da própria natureza dos princípios.<sup>170</sup>

Discorrendo sobre o tema, anotam Clèmerson Clève e Alexandre Reis Siqueira Freire que o princípio da proporcionalidade exige que se proceda a uma ponderação entre as normas ou bens de natureza constitucional em jogo, conforme o peso que a eles se atribua, invocando a advertência de Karl Larenz, para esclarecer que o sopesamento, realizado pelo princípio em análise, deve ser procedido no caso concreto, na forma de um problema a ser resolvido.<sup>171</sup>

Lembra Paulo Bonavides, a propósito do tema, a lição de Manfred Gentz, para quem o princípio da proporcionalidade institui ãuma relação de meio e fim, tornando possível o *controle do excesso* por meio da confrontação entre *o fim* e *o fundamento* de uma dada intervenção.<sup>172</sup>

Consigne-se, a esse respeito, que embora não esteja expressamente previsto no texto constitucional, decorre o princípio da proporcionalidade da teoria dos direitos fundamentais, consoante a citada preleção de Alexy, consistindo, ainda, em exigência inafastável da fórmula política do Estado Democrático de Direito, adotada pelo constituinte brasileiro, que se expressa mediante três aspectos, ou subprincípios, quais sejam, a *adequação*, a *exigibilidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito*.<sup>173</sup>

Implica o primeiro componente do princípio que o meio a ser escolhido deve ser *adequado* para alcançar o resultado pretendido, apresentando conformidade e utilidade ao fim colimado. Para demonstração da *exigibilidade* (ou necessidade) do meio, este deve mostrar-se como o *mais suave* dentre os disponíveis, agredindo em menor proporção os direitos ou valores contrapostos. Por fim, a *proporcionalidade em sentido estrito* restará atendida quando o meio utilizado apresenta-se como o mais vantajoso para a promoção de certos valores, à vista de outras alternativas possíveis.<sup>174</sup>

---

<sup>170</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 116-117.

<sup>171</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 231-243.

<sup>172</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 357.

<sup>173</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: RCS, 2007, p. 75-76.

<sup>174</sup> Ibid., loc. cit.

Convém consultar, ainda, o que ensina sobre o assunto J. J. Gomes Canotilho, ao enfatizar que o subprincípio da adequação exige que a medida restritiva seja apropriada para a consecução dos fins invocados, ao passo que a necessidade busca evitar a eleição de determinada medida que, apesar de adequada, não se mostre como a *menos coativa* aos direitos afetados, dentre outros meios igualmente eficazes para o mesmo propósito.<sup>175</sup>

Já a proporcionalidade *stricto sensu*, segundo o constitucionalista lusitano, implica na inconstitucionalidade da lei restritiva que, embora passe pelo teste da adequação e da necessidade, adote ônus coactivos de direitos, liberdades e garantias desmedidas, desajustadas, excessivas ou desproporcionadas em relação aos resultados obtidos.<sup>176</sup>

Em poucas palavras, para atender ao princípio da proporcionalidade, consoante o magistério de Daniel Sarmiento, uma norma deverá, a um só tempo, ser apta para os fins a que se destina, ser a menos gravosa possível para que se logrem tais fins, e causar benefícios superiores às desvantagens que proporciona.<sup>177</sup>

Por força da constitucionalização do ordenamento jurídico, os princípios constitucionais, com sua particular estrutura, permitem expandir imensamente seu âmbito de influência, acarretando uma *onipresença da Constituição*, incidindo sobre todo o ordenamento jurídico, de modo a *impregná-lo* verdadeiramente.<sup>178</sup> Trata-se de um *efeito irradiante* das normas constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico, cuja interpretação e aplicação fica submetida, ineludivelmente, à normatividade dos princípios e regras constitucionais.

Não se pode pensar, destarte, na aplicação de normas jurídicas sem submetê-las a um inafastável exame de conformidade constitucional, de maneira que, ainda quando não incidam diretamente sobre casos concretos, a fim de regulá-los, as normas constitucionais continuam a disciplinar mediatamente as mais diversas relações jurídicas, mesmo com a interposição do legislador ordinário, pois este fica jungido aos limites materiais e formais estabelecidos na Lei Maior. Isto é o que alguns autores brasileiros têm denominado de *filtragem constitucional*,<sup>179</sup>

---

<sup>175</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 382-383.

<sup>176</sup> *Ibid.*, p. 383-384.

<sup>177</sup> SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 58.

<sup>178</sup> FIGUEROA, Alfonso Garcia. A teoria do direito em tempos de constitucionalismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Coord.). **Argumentação e estado constitucional**. São Paulo: Ícone, 2012, p. 517-518.

<sup>179</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. A hermenêutica constitucional: instrumento para implementação de uma nova dogmática jurídica. **Revista dos tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 741, jul. 1997, p. 39-59.

que em Portugal vem sendo chamado de *preeminência normativa*, no autorizado escólio de J. J. Gomes Cantotilho e Vital Moreira.<sup>180</sup>

Também os princípios de interpretação constitucional conduzem a raciocínio semelhante, sendo descritos por Canotilho, na esteira dos ensinamentos de Konrad Hesse, como o da *unidade da Constituição*, do *efeito integrador*, da *máxima efetividade*, da *conformidade funcional*, da *concordância prática ou da harmonização*, da *força normativa da Constituição* e, por fim, da *interpretação conforme a Constituição*.<sup>181</sup>

Merece destaque, aqui, o citado princípio da concordância prática, aplicável em caso de conflito entre princípios ou normas constitucionais, objetivando comprimir o alcance destas até que se encontre o ponto de ajuste de cada qual segundo a importância que elas possuem no caso concreto.<sup>182</sup>

Infere-se, por conseguinte, que o efeito irradiante das normas constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico resulta na potencial aplicabilidade do princípio da proporcionalidade não somente nos casos de tensão entre princípios constitucionais diretamente incidentes sobre uma dada situação jurídica, mas também no exame da constitucionalidade de leis e atos normativos do poder público, hipótese em que pode ser proferida, inclusive, uma interpretação conforme a Carta Magna em relação a determinada norma cuja validade seja objeto de questionamento judicial, em sede de controle difuso ou concentrado.

Isso não exclui, por outro lado, a ampla possibilidade de constatação da incidência concorrente, em um mesmo dispositivo legal ó ou em vários destes ó, de princípios constitucionais opostos que já tenham sido objeto de concretização mediadora pelo legislador infraconstitucional, harmonizando-os em fórmulas jurídicas sujeitas à ulterior interpretação e aplicação judicial a casos concretos, não sem um específico sopesamento.

Nesses casos, o princípio da proporcionalidade atua não apenas no plano do exame abstrato da verificação de conformidade da solução legislativa com o conteúdo dos princípios constitucionais em jogo, devendo ainda servir para orientar, na seara prática inerente ao exercício da atividade jurisdicional, a correta ponderação dos bens jurídicos em choque, com vistas à adoção, no caso concreto, das medidas que se mostrem de fato adequadas, exigíveis e

---

<sup>180</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 45-46.

<sup>181</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 226-229.

<sup>182</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO; Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 106.

proporcionais à efetivação das normas constitucionais incidentes na hipótese. Propicia-se assim, sobretudo, uma forma mais objetiva de *controle da fundamentação* do ato decisório.

Citando exemplos do que entende como aspectos da *projeção* do princípio da proporcionalidade sobre o Direito Civil, Willis Santiago Guerra Filho menciona o instituto da *lesão*, previsto no art. 157 do Código Civil, em que se busca preservar o valor inerente à dignidade da pessoa humana, em contraste com o princípio constitucional da livre iniciativa (*pacta sunt servanda*), mediante um exame de proporcionalidade.<sup>183</sup>

No Direito Processual Civil, pode-se encontrar um amplo leque de situações em que tem lugar o princípio da proporcionalidade, a exemplo da fixação do valor das multas processuais, assim como na concessão de liminares e utilização do poder geral de efetivação (art. 536, § 1º, CPC), na quebra de sigilo bancário, na identificação do meio menos gravoso para o executado (art. 805 do CPC) ou do que seja bem impenhorável (art. 832 do CPC), na admissibilidade do uso de provas ilicitamente produzidas, ou na decretação de nulidades processuais.<sup>184</sup>

Em todas as hipóteses citadas, observa-se a existência de uma considerável margem de abertura para a deliberação judicial, mostrando-se o princípio da proporcionalidade, com os seus referidos subprincípios, de grande valia para reduzir o grau de subjetivismo do ato decisório.

Dedicando-se ao assunto do dever de o juiz conformar o procedimento adequado ao caso concreto, a fim de proporcionar ao jurisdicionado uma tutela efetiva, salienta Marinoni que, podendo a técnica processual interferir de maneira mais ou menos gravosa sobre a esfera jurídica do demandado, deve o poder do juiz ser controlado por meio dos elementos da adequação e da necessidade.<sup>185</sup>

Prosseguindo em seu escólio, ensina dito processualista que, ao escolher a modalidade executiva adequada, ou ao colmatar eventuais lacunas na legislação processual, deve o magistrado pautar-se pelo princípio da proporcionalidade, diante da visível inter-relação existente entre o direito à efetividade da tutela jurisdicional e o direito de defesa, já que a ampliação do primeiro pode resultar em restrição a este último.<sup>186</sup>

---

<sup>183</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: RCS, 2007, p. 113-137.

<sup>184</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, v. 1, 2009, p. 38.

<sup>185</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4. ed. São Paulo: 2013, p. 188.

<sup>186</sup> *Ibid.*, loc. cit.

O novo Código de Processo Civil, em seu art. 8º, consagrou expressamente o princípio da proporcionalidade como um dos parâmetros, ao lado da razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência, para nortear o exercício da atividade jurisdicional, devendo o magistrado atentar, ademais, aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana, consoante a dicção legal.

A escolha da modalidade da técnica executiva a ser adotada no caso concreto ó se de natureza sub-rogatória ou coercitiva ó, bem como, a definição do meio executivo a ser empregado, deve ser orientada, pois, não só pelos princípios instrumentais do processo executivo, mencionados no item anterior, como também pelo princípio da proporcionalidade, quando aqueles se mostrarem insuficientes para esse mister, visando harmonizar o direito fundamental à tutela executiva com o direito de defesa e a dignidade da pessoa humana, que assistem ao devedor.<sup>187</sup>

Aplicando-se, assim, o elemento da adequação, exige-se que a medida executiva seja hábil, diante do caso concreto, para satisfazer diretamente o direito do credor, ou para exercer pressão suficiente sobre a vontade do executado, de maneira a induzi-lo ao cumprimento da prestação almejada. Pelo critério da exigibilidade, a medida coercitiva deve ser imposta dentro do que se mostre estritamente necessário para o atingimento dos fins pretendidos, devendo-se optar pela medida concretizadora do interesse autoral que resulte em menor prejuízo ao devedor. Verifica-se a proporcionalidade em sentido estrito, por fim, mediante um sopesamento dos benefícios e vantagens decorrentes da aplicação do meio executivo, com vistas à efetividade deste, ponderada com a intensidade da afetação da esfera jurídica do executado, a fim de buscar a solução que melhor equacione os valores em conflito.<sup>188</sup>

Desse modo, na tarefa alusiva à definição judicial da técnica e dos meios executivos aplicáveis em cada situação específica, a ampla liberdade que é proporcionada ao julgador pela regra da atipicidade, inscrita nos arts. 139, inciso IV, e 536, § 1º, do CPC, destina-se a assegurar a *máxima efetividade* da tutela executiva, objetivando alcançar uma maior coincidência possível, quanto ao seu resultado, com o ato de adimplemento voluntário. Não se pode ignorar, contudo, a incidência do princípio da *utilidade* da execução, a fim de que esta tenha por escopo realizar o direito do credor, sem transmutar-se em instrumento de mera vingança contra o devedor.

---

<sup>187</sup> GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 126.

<sup>188</sup> *Ibid.*, p. 126-127.

Deve o magistrado procurar garantir, outrossim, que a execução se realize com o *menor sacrifício* da situação jurídica do executado, preferindo-se os meios que se revelem, a um só tempo, mais eficazes, porém menos custosos ao devedor, observado o ônus que cabe a este último de indicar tais meios prioritários, na forma do art. 805, parágrafo único, do CPC.

A medida prática eleita para o caso concreto, sob os parâmetros decorrentes dos princípios regentes da tutela jurisdicional executiva, deve resistir ao final, ainda, a um exame de proporcionalidade, para revelar se atende efetivamente aos pressupostos da adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito, servindo como uma autêntica garantia de vedação do excesso, como mecanismo tendente a uma maior objetivação e controle racional do discurso jurídico contido no ato de fundamentação da decisão judicial.

#### 4 O *CONTEMPT OF COURT* COMO ÓBICE À CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM FACE DO ESTADO

Um dos aspectos da maior relevância, relacionados ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer em desfavor do poder público, diz respeito à atuação do agente público responsável pela efetivação da ordem judicial dirigida contra o órgão estatal demandado, bem como às consequências jurídicas de seu eventual desatendimento.

Isso porque, não sendo a pessoa jurídica de direito público detentora de vontade própria, pois age por intermédio de seus dirigentes e servidores, há que se indagar acerca da repercussão do comportamento desses terceiros no resultado da prestação jurisdicional, notadamente nas hipóteses em que seja determinada, no processo, a realização de condutas ativas, que reclamem uma atuação positiva do Estado, podendo esta ser obstaculizada, em termos práticos, pela omissão de agentes públicos.

Cuida-se, em linhas gerais, de investigar quais são as medidas jurídicas aplicáveis diante da prática de ato atentatório ao exercício da jurisdição, por desatendimento injustificado a ordem judicial, pelo ente público demandado.

##### 4.1 O *CONTEMPT OF COURT*: CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

Foi no *contempt of court* do *common law* que o legislador nacional identificou uma referência apropriada para moldar a sanção processual que deve incidir em casos da espécie, conforme a regra originalmente prevista no art. 14, inciso V, parágrafo único, do Código de Processo Civil recém revogado, mediante alteração promovida pela Lei nº 10.358, de 27 de dezembro de 2001.<sup>189</sup>

A origem do poder de *contempt* remonta ao próprio surgimento do Poder Judiciário nos ordenamentos jurídicos nos quais tal instituto se desenvolveu, em razão de imperar o entendimento pelo qual nenhuma corte ou tribunal carece do poder de vindicar sua própria autoridade, dignidade e respeito.<sup>190</sup> Trata-se, portanto, de um *inherent power*,<sup>191</sup> compreendido como essencial para a preservação da ordem em procedimentos judiciais e para a devida

---

<sup>189</sup> ASSIS, Araken de. O contempt of court no direito brasileiro. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 111, jul.-set. 2003, p. 18-37.

<sup>190</sup> Ibid., p. 2.

<sup>191</sup> Poder inerente, inato, em tradução livre.

administração da justiça, que acompanha os órgãos jurisdicionais desde o momento em que passaram a existir e foram investidos de jurisdição.<sup>192</sup>

Os poderes inerentes, como decorrência natural da própria doutrina de separação dos poderes estatais, possibilitam ao Poder Judiciário desempenhar sua função de forma efetiva, a fim de se desincumbir satisfatoriamente da missão institucional que lhe é conferida pela ordem constitucional, mediante a utilização de instrumentos que constituam verdadeiros pressupostos para o adequado exercício da atividade jurisdicional, na cultura jurídica anglo-americana.<sup>193</sup>

Com efeito, para que as ordens emitidas pelos juízes não assumam o papel inócuo de mero aconselhamento aos seus destinatários, necessita o Poder Judiciário dispor de meios práticos para emprestar autoridade às suas decisões, nisso residindo o fundamento lógico e precípuo das diferentes sanções por desobediência ou desacato.

Não obstante as consolidadas raízes históricas do chamado *contempt power*, nos países do *common law*, possibilitando sancionar condutas do tipo invocando apenas a autoridade dos precedentes, não se deve ignorar que mesmo em tais sistemas jurídicos, hodiernamente, há diversas leis regulando o assunto de forma expressa, estabelecendo os procedimentos e medidas incidentes na espécie.<sup>194</sup>

Consiste o *contempt of court* na prática de ato representativo de ofensa a um tribunal na administração da justiça, ou que possa vir a diminuir sua autoridade ou dignidade, no que se inclui, iniludivelmente, o desatendimento a uma determinação judicial.<sup>195</sup>

Alude Marcelo Lima Guerra ao *contempt of court* como um comportamento de ódesprezo à corte, ou ainda de desacato ao tribunal, conduta que constitui ofensa punível de diversas maneiras,<sup>196</sup> podendo ser cometida pelas partes do processo ou por terceiros, de forma

---

<sup>192</sup> GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 90-92.

<sup>193</sup> PASQUEL, Roberto Molina. **Contempt of court: correcciones disciplinarias y medios de apremio**. México: Fondo de Cultura Económica, 1954, p. 81-82.

<sup>194</sup> ZARONI, Bruno Marzullo. **Efetividade da execução por meio de multa: a problemática em relação à pessoa jurídica**. 2007. 355 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, Paraná. Disponível em: <[http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=86080](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=86080)>. Acesso em: 11 nov. 2015.

<sup>195</sup> SWAYZEE, Cleon Oliphant. **Contempt of court in labor injunction cases**. Nova Iorque: MAS Press, 1968. p. 17. Apud SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Contempt of court e Fazenda Pública**. Niterói: Eduff, 2015, p. 55. Tradução livre, a partir do original: *contempt of court may be defined as the commission of any act which tends to hamper a court in the administration of justice or to lessen its authority or dignity, whether by disobedience to an order of a court.*

<sup>196</sup> GUERRA, Marcelo Lima. Op. cit., p. 72.

direta (na presença do juiz) ou indireta (fora do tribunal), ensejando, conforme o caso, a aplicação de sanções nas searas cível ou criminal.<sup>197</sup>

Ainda segundo este último autor, uma mesma conduta desrespeitosa pode ser punida como *contempt* civil, penal ou ambos, sendo fundamental perceber que o aspecto criminal, apurado em procedimento próprio e distinto daquele onde haja sido verificada a prática do ato, possui caráter estritamente sancionatório, repressivo, ao passo que o *civil contempt* apresenta natureza coercitiva, pois visa o cumprimento em si da ordem judicial. Diz-se, por isso, que o primeiro volta-se *para o passado*, enquanto este se dirige *para o futuro*.<sup>198</sup>

Não é outra a lição de Ada Pellegrini Grinover, ao distinguir as duas espécies de *contempt of court*, destacando que, enquanto o criminal destina-se a punir o comportamento atentatório constatado, o *contempt* civil visa a obtenção do cumprimento da determinação judicial, valendo-se dos meios coercitivos bastantes, de modo que uma única conduta pode ensejar a adoção de medidas em ambos os aspectos, civil ou penal. Neste último, de índole punitiva, o processo é autônomo e sumário, sendo instaurado de ofício ou mediante provocação do interessado, ao passo que, no civil, que é coercitivo e transacionável, a aplicação da medida se dá nos mesmos autos, por requerimento de quem de direito, garantida ampla defesa.<sup>199</sup>

Assinala, ainda, a processualista ítalo-brasileira que, dentre as cominações admissíveis, tanto para o *contempt* civil quanto para o criminal, estão a prisão ó que na primeira modalidade citada é por tempo indeterminado, até que haja o efetivo atendimento da determinação judicial ó, além da multa, a perda de direitos processuais e o sequestro de bens.<sup>200</sup>

Não é todo ato de descumprimento de ordem judicial, todavia, passível de ser coibido, indiscriminadamente, a título de *contempt of court*, mas apenas aqueles que impliquem na inobservância de uma *injunction*, veiculada por meio de decisões de caráter mandamental, que exigem do seu destinatário que realize ou deixe de realizar alguma atividade,<sup>201</sup> destinando-se essencialmente tal determinação, portanto, a obter o cumprimento de obrigações em sua forma específica.<sup>202</sup>

---

<sup>197</sup> GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 93.

<sup>198</sup> *Ibid.*, p. 95-98.

<sup>199</sup> GRINOVER, Ada Pelegrini. Abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court. In: **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 65.

<sup>200</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>201</sup> BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 27-29.

<sup>202</sup> BRAGA, Paula Sarno. O parágrafo único do art 14 do CPC: um contempt of court à brasileira. **Revista jurídica direito Unifacs**. Salvador: Centro de Pesquisas Jurídicas, set. 2008, p. 5. Disponível em: <[http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao\\_setembro2008/](http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_setembro2008/)>. Acesso em: 05 jun. 2015.

Entende-se, no direito norte-americano, que o instituto das *injunctions* desempenha função intimamente relacionada à preservação da autoridade judiciária, de maneira que o desrespeito ao tribunal ocorre ainda que a ordem venha a ser posteriormente cassada ou alterada, quando do julgamento definitivo da causa. Parte-se do pressuposto de que não se pode deixar ao talante do destinatário decidir sobre a validade das ordens judiciais, sob pena de submeter-se o poder jurisdicional ao escárnio público.<sup>203</sup> Esse o sentido e a finalidade precípua da punição por *contempt*.

Quanto ao elemento subjetivo, não se exige prova de dolo ou má-fé para possibilitar a condenação por *civil contempt*, bastando que a ordem seja objetivamente descumprida, podendo a sanção vir a alcançar inclusive terceiros que não sejam parte no feito, desde que comprovadamente conheçam o conteúdo da decisão e tenham efetivamente auxiliado ou contribuído para o seu desatendimento prático.<sup>204</sup>

Anota Desirê Bauermann, a propósito, que a própria codificação das normas processuais federais dos Estados Unidos, *Federal Rules of Civil Procedure*, em sua regra 65(d)(2), parte final, estabelece textualmente que estão vinculados ao cumprimento das *injunctions* não só as partes do processo, mas também seus oficiais, agentes, serventes, empregados e advogados, abrangendo, inclusive, outras pessoas que com estas participem em ativa comunhão de desígnios,<sup>205</sup> hipótese em que ficam individualmente submetidas a formas de coerção como a multa ou a prisão civil, atingindo-as de forma distinta da esfera jurídica e do patrimônio da pessoa jurídica demandada.<sup>206</sup>

Esses seriam, em uma sumária abordagem, os contornos básicos do poder de *contempt* em seus fundamentos e aplicabilidade prática, valendo atentar para a característica de ser inerente ao próprio exercício da atividade jurisdicional, por destinar-se a garantir a autoridade

<sup>203</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **A doutrina brasileira da multa coercitiva:** três questões ainda polêmicas. Disponível em: <[https://www.academia.edu/214439/A\\_DOCTRINA\\_BRASILEIRA\\_DA\\_MULTA\\_COERCITIVA\\_TR%C3%8AS\\_QUEST%C3%95ES\\_AINDA\\_POL%C3%8AMICAS](https://www.academia.edu/214439/A_DOCTRINA_BRASILEIRA_DA_MULTA_COERCITIVA_TR%C3%8AS_QUEST%C3%95ES_AINDA_POL%C3%8AMICAS)>. Acesso em: 14 nov. 2015.

<sup>204</sup> BAUERMAN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer:** estudo comparado Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 40-44.

<sup>205</sup> Tradução livre do autor, a partir do original: §(2) Persons Bound. The order binds only the following who receive actual notice of it by personal service or otherwise: (A) the parties; (B) the parties' officers, agents, servants, employees, and attorneys; and (C) other persons who are in active concert or participation with anyone described in Rule 65(d)(2)(A) or (B). ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Rules of Civil Procedure**. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/file/rules-civil-procedure>>. Acesso em: 15 set. 2015.

<sup>206</sup> BAUERMAN, Desirê. Op. cit., p. 43-44. No mesmo sentido: GUERRA, Marcelo Lima. Contempt of court: efetividade da jurisdição federal e meios de coerção no Código de Processo Civil e prisão por dívida: a tradição no sistema anglo-saxão e aplicabilidade no direito brasileiro. **Série cadernos do CEJ**. Brasília: CJP, 2003, p. 319. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/serie-cadernos-do-cej>>. Acesso em: 19 set. 2015.

das decisões judiciais, destacando-se, ainda, a considerável amplitude de seus efeitos, alcançando as partes e mesmo terceiros alheios à relação processual, nas circunstâncias apontadas. Ainda que haja diferenças, aliás, em relação ao instituto congênere do direito pátrio, que examinaremos a seguir, é importante conhecer a natureza e particularidades de suas origens teóricas, para possibilitar uma melhor compreensão do tema.

#### 4.2 O *CONTEMPT OF COURT* NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

A Lei nº 10.358, de 27 de dezembro de 2001, ao promover alterações pontuais no Código de Processo Civil de 1973, deu nova redação ao seu art. 14, acrescentando, dentre os deveres das partes e de seus procuradores, *õcumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou finalõ (inciso V), além de estender a obrigatoriedade da observância de tais deveres a õtodos aqueles que de qualquer forma participam do processoõ.*

Estabeleceu-se, ainda, no parágrafo único do referido artigo, que o descumprimento da norma implicaria em ato atentatório ao exercício da jurisdição, suscetível à multa de até vinte por cento do valor da causa, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis.

Cuida-se de medida reconhecidamente inspirada no *contempt power* do *common law*, originária de projeto de iniciativa do Executivo, elaborado, por sua vez, com base em proposta formulada pela Escola Nacional da Magistratura e pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual.<sup>207</sup>

Consigne-se, a propósito do assunto, que a redação dada ao anteprojeto no âmbito do Ministério da Justiça previa não só a possibilidade de aplicação de multa em razão da prática do ato atentatório ao exercício da jurisdição, contemplando, igualmente, a admissibilidade de decretação da prisão civil do responsável, no caso de reiteração da conduta, pelo prazo de até trinta dias, ou até o efetivo cumprimento da determinação judicial, o que não veio a constar, contudo, do texto final do projeto encaminhado pela Casa Civil ao Congresso Nacional.<sup>208</sup>

Defendia-se, inclusive, que a natureza eminentemente coercitiva de tal modalidade de prisão civil, destinando-se a assegurar o atendimento a uma ordem judicial, não implicaria em

---

<sup>207</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 102, abr.-jun. 2001, p. 223.

<sup>208</sup> Id. Paixão e morte do *õcontempt of courtõ* brasileiro. In: CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito processual: inovações e perspectivas ó Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 7-9.

ofensa ao teor do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, que veda unicamente a prisão *por dívidas*, excetuada a hipótese do devedor de alimentos.<sup>209</sup> Disso trataremos de maneira mais específica logo adiante.

Foi erigida a sanção pecuniária, portanto, como a única medida aplicável para essa modalidade de ato atentatório à dignidade da jurisdição, podendo atingir, por outro lado, além das partes do litígio, *todos aqueles que de qualquer forma participam do processo*.

O amplo alcance subjetivo do instituto é salientado pela doutrina, podendo atingir terceiros que, embora estranhos à relação processual, de algum modo participam do processo, como o representante legal da parte; o pai, tutor ou curador da parte civilmente incapaz; a autoridade coatora no processo do mandado de segurança; a testemunha, etc.,<sup>210</sup> sendo mesmo inviável relacionar todos os potenciais destinatários da regra.

Tal entendimento tem sido sufragado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao difundir que os deveres contidos no art. 14 do CPC são extensivos a quem quer que cometa o atentado ao exercício da jurisdição, aplicando-se a multa prevista no parágrafo único a terceiros, como testemunhas ou peritos.<sup>211</sup>

Excluiu-se, todavia, em nossa legislação processual, na contramão do que estatuem os direitos inglês e norte-americano, a pessoa do advogado como suscetível de ser apenado por *contempt civil*.<sup>212</sup>

Para que houvesse a condenação por ato de ofensa à corte, sob a égide do CPC de 1973, bastaria que se deixasse de cumprir, *com exatidão*, provimento mandamental, ou se criassem embaraços à efetivação de determinações judiciais.

Buscava-se reprimir, assim, os atos e omissões que acarretassem dificuldade à obtenção do resultado prático almejado por meio do provimento judicial. Há posicionamento doutrinário, inclusive, que defende tratar-se de sanção assemelhada às hipóteses de

<sup>209</sup> SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Contempt of court e Fazenda Pública**. Niterói: Eduff, 2015, p. 54-55.

<sup>210</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. O contempt of court brasileiro como mecanismo de acesso à ordem jurídica justa. **Revista dialética de direito processual**. São Paulo: Dialética, n. 18, set. 2004, p. 9-19.

<sup>211</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **REsp 1013777/ES**, Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 13 abr. 2010, Dje de 01 jul. 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200702946938&dt\\_publicacao=01/07/2010](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200702946938&dt_publicacao=01/07/2010)>. Acesso em: 21 dez. 2015.

<sup>212</sup> GUERRA, Marcelo Lima. Contempt of court: efetividade da jurisdição federal e meios de coerção no Código de Processo Civil e prisão por dívida ó tradição no sistema anglo-saxão e aplicabilidade no direito brasileiro. **Série cadernos do CEJ**. Brasília: CJF, 2003, p. 319. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/serie-cadernos-do-cej>>. Acesso em: 19 set. 2015.

responsabilidade objetiva, sendo aplicável independentemente da perquirição de culpa, em prol da efetividade da prestação jurisdicional.<sup>213</sup>

Entendemos, contudo, que a razão está com Paula Sarno Braga<sup>214</sup> e Rui Stoco,<sup>215</sup> para quem deve ficar evidenciado o elemento subjetivo da conduta, embora não seja necessária a apuração dos motivos pelos quais o agente deixou de dar cumprimento à decisão judicial. Assim, uma vez satisfeito o requisito da *viabilidade prática* de realização da ordem jurisdicional, o seu desatendimento implica em violação ao referido dever processual.

Caso à parte ó ou a qualquer outro sujeito processual ó possa ser atribuída, portanto, conduta omissiva ou comissiva que implique em descumprimento injustificado ou criação de óbice à efetivação da decisão judicial, deve receber tal sanção processual, ressalvada a hipótese de impossibilidade fática do cumprimento da ordem.

Inseriu o legislador no texto do art. 14, inciso V, parágrafo único, do Código Buzaid, a ressalva de que a multa aplicável ao descumpridor do provimento judicial somente seria exigível òapós o trânsito em julgado da decisão final da causaõ, para fins de inscrição como dívida ativa da União ou do Estado, excluindo, com isso, a possibilidade de vir tal reprimenda a produzir efeitos imediatamente após a prática do ato de desobediência.

Restou delineado o *contempt of court* do direito processual brasileiro, enfim, para frustração geral dos estudiosos envolvidos na sua concepção, como uma versão meramente caricata de seu congênere do sistema do *common law*, não apenas por se mostrar destituído da admissibilidade de decretação da prisão civil, mas também em razão do caráter extremamente protraído no tempo, para que haja a incidência prática da sanção pecuniária legalmente cominada, despindo-a assim do almejado efeito inibitório, para emprestar-lhe uma feição puramente punitiva.<sup>216</sup>

Ostenta a multa por desrespeito a provimento jurisdicional entre nós, nesse sentido, consoante entendimento doutrinário, função essencialmente sancionatória ó e não de medida

---

<sup>213</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. O contempt of court na recente experiência brasileira: anotações a respeito da necessidade premente de se garantir efetividade às decisões judiciais. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 119, jan. 2005, p. 35-59.

<sup>214</sup> BRAGA, Paula Sarno. O parágrafo único do art 14 do CPC: um contempt of court à brasileira. **Revista jurídica direito Unifacs**. Salvador: Centro de Pesquisas Jurídicas, set. 2008, p. 17. Disponível em: <[http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao\\_setembro2008/](http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_setembro2008/)>. Acesso em: 05 jun. 2015.

<sup>215</sup> STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 116.

<sup>216</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Paixão e morte do òcontempt of courtõ brasileiro. In: CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lammêgo (Coord.). **Direito processual: inovações e perspectivas ó Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 9.

coercitiva ó,<sup>217</sup> assumindo a natureza de punição administrativa, decorrente do poder de polícia do magistrado para a condução do processo.<sup>218</sup>

Isso não significa, porém, que não haja em nosso direito instrumentos legais coercitivos destinados a compelir o réu ao cumprimento de decisões mandamentais, bastando atentar para o que já estabelecia o CPC de 1973, nos seus arts. 461, § 5º, e 461-A, versando sobre a tutela específica das obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa, disciplina legal que restou mantida pelo novo Código de Processo Civil, nos arts. 139, inciso IV, 497, 536, § 1º, e 538, § 3º.

Deliberou o nosso legislador, destarte, por conferir tratamento normativo distinto à sanção por ato de *contempt of court* e às medidas de reforço à execução indireta, cuja finalidade precípua reside em compelir o devedor à realização de uma conduta omissiva ou comissiva, conforme será objeto de análise em momento oportuno do presente trabalho.

#### 4.2.1 A sanção por descumprimento a ordem judicial no novo Código de Processo Civil

Mencionamos em linhas anteriores que o novo Código de Processo Civil não trouxe alterações substanciais em relação às disposições contidas no art. 14, inciso V, parágrafo único, do CPC revogado ó que já previa, na redação dada pela Lei nº 10.358/2001, a tímida sanção por *contempt of court* civil do nosso direito processual ó, mas contemplou algumas modificações dignas de nota, na regulação do instituto, que passaremos a abordar.

A verdadeira mudança que o novo CPC tendia a acarretar no tratamento legal dado ao ato atentatório ao exercício da jurisdição, que se encontrava prevista no anteprojeto elaborado pela comissão de juristas designada pelo Senado Federal, foi lamentavelmente suprimida no curso do processo legislativo, minando as perspectivas de uma maior efetividade na repressão de condutas do tipo.

Tratava-se do § 2º do art. 66, do Anteprojeto do novo Código, que possuía a seguinte dicção:

Art. 66. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:  
[í ];

<sup>217</sup> TALAMINI, Eduardo. Concretização jurisdicional de direitos fundamentais a prestações positivas do Estado. In: TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sergio Gilberto (Coord.). **Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil**: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 171.

<sup>218</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; JORGE, Flavio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A nova reforma processual**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 12.

V ó cumprir com exatidão as decisões de caráter executivo ou mandamental e não criar embaraços à efetivação de pronunciamentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

§ 1º Ressalvados os advogados, que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da Ordem dos Advogados do Brasil, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa.

**§ 2º O valor da multa prevista no § 1º deverá ser imediatamente depositado em juízo, e seu levantamento se dará apenas depois do trânsito em julgado da decisão final da causa.** [í ].<sup>219</sup> (Grifo nosso).

Possibilitaria tal dispositivo, caso houvesse sido convertido em lei, a *exigibilidade imediata* da multa aplicável em razão de conduta desrespeitosa a provimentos judiciais, inclusive mediante execução provisória, ao impor desde logo o recolhimento do valor em depósito judicial, condicionando somente o seu *levantamento* ulterior ao trânsito em julgado da decisão final do processo.

Essa não foi, contudo, a decisão de nosso legislador, que entendeu por bem estatuir, em seu lugar, que não sendo paga no prazo a ser fixado pelo juiz, tal multa deve ser inscrita como dívida ativa da União ou do Estado, õapós o trânsito em julgado da decisão que a fixouõ, observando-se na sua execução o rito destinado aos créditos fiscais.

É inegável o maior efeito pedagógico que assumiria, na hipótese, uma punição de incidência imediata, tal como se apresentava a proposta abraçada pelos autores do anteprojeto, comparada a uma quase sempre longínqua, imprevisível e incerta cobrança mediante processo de execução fiscal, sujeita às vicissitudes do funcionamento da pesada máquina burocrática estatal.

Perde o Processo Civil brasileiro, assim, uma grande oportunidade de tentar tornar mais efetivas as decisões judiciais, ao rejeitar o legislador a ideia de atribuir exigibilidade imediata à multa por ato de *contempt of court*. Manteve-se quase que inalterado, nesse aspecto em particular, o disposto no CPC revogado, preservando-se a larga distância existente, a respeito do assunto, entre o nosso direito e a autoridade ostentada pelas decisões judiciais no sistema do *common law*.<sup>220</sup>

<sup>219</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas. **Anteprojeto do novo Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=79547&tp=1>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

<sup>220</sup> CARPENA, Márcio Louzada. Os poderes do juiz no common law. **Revista da ABDPC**. Porto Alegre: Academia Brasileira de Direito Processual Civil, passim. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Os%20Poderes%20do%20juiz%20na%20Common%20Law%2020pronto.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

Permitimo-nos transcrever o texto do Código de Processo Civil de 2015, acerca do tema, para uma melhor confrontação com a legislação anterior:

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

[...];

IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;

[...];

VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

§ 1º. Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no caput de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça.

§ 2º. A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

§ 3º. Não sendo paga no prazo a ser fixado pelo juiz, a multa prevista no § 2º será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, e sua execução observará o procedimento da execução fiscal, revertendo-se aos fundos previstos no art. 97.

§ 4º. A multa estabelecida no § 2º poderá ser fixada independentemente da incidência das previstas nos arts. 523, § 1º, e 536, § 1º.

§ 5º. Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa prevista no § 2º poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

§ 6º. Aos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não se aplica o disposto nos §§ 2º a 5º, devendo eventual responsabilidade disciplinar ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz oficiará.

§ 7º. Reconhecida violação ao disposto no inciso VI, o juiz determinará o restabelecimento do estado anterior, podendo, ainda, proibir a parte de falar nos autos até a purgação do atentado, sem prejuízo da aplicação do § 2º.

§ 8º. O representante judicial da parte não pode ser compelido a cumprir decisão em seu lugar.

Trata-se da consagração do princípio da boa-fé objetiva no processo civil. Para atuar conforme reclama tal postulado, devem as partes e os demais sujeitos processuais abster-se de praticar condutas que frustrem a confiança do outro, ou de abusar das respectivas posições jurídicas.<sup>221</sup>

Tem afirmado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a propósito do tema, que o princípio do devido processo legal exige a observância da máxima do *fair trial*, como garantia de participação equânime, justa, leal e imbuída de ética e boa-fé, não só dos que fazem parte da relação processual, mas de todos os sujeitos, instituições e órgãos, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções no processo.<sup>222</sup>

<sup>221</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo CPC comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 162.

<sup>222</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **RE 464963-2/GO**, Relator Min. Gilmar Mendes. Brasília, 14 fev. 2006. DJ de 30 jun. 2006, p. 35. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=368520>>. Acesso em: 14 dez. 2015.

Nesse sentido, aliás, preceitua expressamente o art. 5º, do novo CPC, que **“aquele que de qualquer forma participa do processo** deve comportar-se de acordo com a boa-fé. Dispõe o art. 6º do mesmo Código, ademais, ao instituir o princípio da cooperação como um dos grandes vetores que regem a novel legislação processual,<sup>223</sup> que **“todos os sujeitos do processo** devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, **decisão de mérito justa e efetiva**”. (Grifo nosso).

Ganha ainda mais importância, portanto, com o novo Código, a necessidade de preservação de um ambiente processual pautado pela boa-fé, motivo pelo qual deve o Poder Judiciário não apenas concitar os partícipes do processo a assim proceder, mas, principalmente, reprimir com vigor as condutas ímprobas, desleais ou antiooperativas para a adequada resolução do litígio, praticadas por qualquer deles.

Ampliou o novo CPC o rol de provimentos judiciais cujo descumprimento se mostra passível de acarretar a aplicação das sanções a título de *contempt*, ao enunciar como dever processual, a ser por todos observado, o cumprimento com exatidão **as decisões judiciais**, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação.<sup>224</sup> Deixou-se, assim, de apenar o desatendimento unicamente a decisões *mandamentais*, como estatuiu o art. 14, inciso V, do Código de 1973, muito embora esse deva continuar a ser, ressalte-se, o seu principal campo de incidência.

A consequência prática que daí decorre consiste na possibilidade de se passar a reprimir, doravante, também os atos que impliquem na criação de óbices a decisões de qualquer natureza, compreendendo especialmente, no caso, as de caráter executivo, nas quais prescinde o Estado-juiz da colaboração do réu para a efetivação do comando judicial, comportando técnicas de cumprimento direto do provimento emitido. Pode-se sancionar, com isso, a conduta do executado que oculta bens para escapar à penhora, ou que impede a entrada do oficial de justiça no imóvel objeto de despejo ou de reintegração de posse.<sup>225</sup>

Uma outra alteração de relevo, no entanto, diz respeito ao valor da multa aplicável em razão da prática de atos da espécie, mantendo-se o mesmo limite de 20% (vinte por cento) do valor da causa, outrora contido no art. 14, parágrafo único, do CPC revogado, porém admitindo a sua fixação em até dez salários mínimos, nas hipóteses em que à causa seja atribuído valor

---

<sup>223</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 72.

<sup>224</sup> Art. 77, inciso IV, do CPC. Grifo nosso.

<sup>225</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **Alterações do Novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 138.

irrisório ou inestimável, consoante a dicção do art. 77, §§ 2º e 5º, do Código de Processo Civil em vigor.

Enfatiza a doutrina, a propósito do tema, que o montante da pena pecuniária em questão deve ser dimensionado conforme a gravidade da conduta, sem indagar da capacidade financeira do infrator.<sup>226</sup>

Estabelece o art. 77, § 1º, do novo Código, ademais, que cabe ao juiz *advertir* as partes, seus procuradores e todos aqueles que de qualquer forma participem do processo, que sua conduta é passível de punição como ato atentatório à dignidade da justiça. Salieta Guilherme Rizzo Amaral, a esse respeito, que *não constitui* requisito fundamental para a imposição da referida pena de multa a prévia advertência do magistrado, somente se exigindo esta nos casos em que o juiz tenha tido ciência antecipada de que a conduta reprovável poderia vir a ser praticada pelo sujeito processual respectivo.<sup>227</sup>

De fato, se o magistrado emite uma ordem a ser cumprida de modo específico por qualquer dos sujeitos processuais, convém que o advirta previamente que o seu hipotético desatendimento implicará na incidência das mencionadas sanções processuais. Exemplo eloquente disso é a necessidade de comparecimento pessoal das partes à audiência de conciliação, devendo ser expressamente alertadas, no mandado ou carta de citação ou intimação, que a ausência injustificada irá configurar ato atentatório à dignidade da justiça.<sup>228</sup>

Situação bem diferente, contudo, consiste no comportamento inesperado daquele que, no curso do processo, pratica conduta tendente a embaraçar o cumprimento de decisão judicial, como, por exemplo, o ato de ocultar bens que devam ser entregues à parte contrária. Nesse caso, não há que se exigir do Juízo que proceda a uma prévia advertência ao agente, acerca das sanções aplicáveis à hipótese, diante da impossibilidade material de antevisão do fato, sob pena de total ineficácia do dispositivo.

Outra regra trazida pelo novo CPC, cuja menção se mostra necessária, veio inserida no § 8º do multicitado artigo, ao enunciar que o representante judicial da parte não pode ser compelido a cumprir decisão em seu lugar. Trata-se de texto normativo que merece uma análise mais detida, mediante contextualização adequada, o que será procedido no item 4.3.2

---

<sup>226</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo CPC comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 165.

<sup>227</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **Alterações do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 139.

<sup>228</sup> DIDIER JR., Fredie; DOTTE, Rogéria; TALAMINI, Eduardo (Coord.). Enunciado n. 273. **Enunciados do fórum permanente de processualistas civis**: carta de Curitiba. Curitiba, 23 a 25 out. 2015. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/12/Carta-de-Curitiba.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2015.

infra, por ocasião do exame da aplicabilidade, ou não, ao agente público, das sanções processuais resultantes de ato atentatório à dignidade da jurisdição, em processo no qual seja parte pessoa jurídica de direito público.

Tornando ainda mais explícita a disposição contida no art. 14, parágrafo único, do CPC de 1973, que estabelecia a independência entre a referida sanção processual e as *astreintes*,<sup>229</sup> dispõe o § 4º do art. 77, do novo CPC, que a multa do § 2º pode ser fixada independentemente da incidência das previstas nos arts. 523, § 1º, e 536, § 1º.

Preserva-se, assim, a natureza essencialmente *punitiva* do instituto em comento, não se confundindo com o caráter coercitivo atribuído, no direito brasileiro, às *astreintes*.<sup>230</sup>

#### 4.3 A CONFIGURAÇÃO DO *CONTEMPT OF COURT* NO ÂMBITO DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Questão que nos interessa mais propriamente, para os propósitos do presente trabalho, diz respeito às consequências processuais do ato atentatório à dignidade da justiça perpetrado pelo próprio ente estatal, ou por seus agentes, ao se deixar de dar o devido cumprimento às determinações judiciais exaradas em face do poder público, em demandas destinadas ao controle jurisdicional de políticas públicas, cuja efetivação, na imensa maioria dos casos, se dá mediante a imposição de deveres de fazer ou não fazer.

Cumpra indagar, em tais hipóteses, acerca de quem deve responder pela sanção processual aplicável por força do disposto no art. 77, § 2º, do novo CPC: se a Fazenda Pública beneficiária da conduta desrespeitosa ou o servidor destinatário da ordem judicial inobservada, com atribuições para a prática dos atos administrativos necessários ao seu atendimento.

Um aspecto que deve ser objeto de atenção do juiz, entretanto, no momento de apuração do comportamento que haja sido imputado à Administração Pública ou ao agente público, passível ó em tese ó de punição por *contempt*, consiste na efetiva disponibilidade de recursos ou de meios materiais para a realização da obrigação reclamada, já que constitui requisito de aplicação da referida pena a viabilidade prática de efetivação da ordem judicial.<sup>231</sup>

---

<sup>229</sup> Art. 461, § 5º, do CPC de 1973.

<sup>230</sup> FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel. BASTOS, Fabrício. **Novo Código de Processo Civil**: o que é inédito, o que mudou, o que foi suprimido. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 101.

<sup>231</sup> STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 116.

Há que se ponderar, a esse respeito, que a busca por efetividade nas demandas movidas em face da Fazenda Pública se apresenta como matéria invariavelmente complexa, diante da necessidade de se distinguir, no caso concreto, o que afeta *interesses públicos primários*, inerentes a toda a coletividade, daquilo que diz respeito unicamente a *interesses públicos secundários*, atinentes às vicissitudes próprias do funcionamento e administração da máquina estatal.

Não existe razão bastante, de todo modo, que impeça a aplicação de instrumentos processuais destinados ao cumprimento de obrigação de fazer em face do Estado, que não goza de imunidade em relação ao escopo geral de efetividade processual.<sup>232</sup>

Hipóteses há, inclusive, em que, requisitadas informações ao agente público destinatário da ordem judicial, a fim de esclarecer acerca do seu atendimento, sequer são apresentados motivos concretos para justificar a falta de efetivação da medida, limitando-se a autoridade administrativa a informar laconicamente, por vezes, que aquela restou impossibilitada devido à inexistência de recursos suficientes para tanto. A apresentação de documentos comprobatórios dos fatos alegados também fica, em grande parte dos casos, carente de observância pela Administração Pública.

O tema remete, portanto, ao próprio cerne da recorrente tese defensiva estatal em demandas da espécie, atinente à reserva do possível, cabendo atentar, via de consequência, para a lição doutrinária no sentido de que cabe ao poder público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos, do não desperdício dos recursos existentes, assim como da eficiente aplicação dos mesmos.<sup>233</sup>

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, aliás, tem admitido amplamente a realização, pelos órgãos jurisdicionais, do controle de legitimidade da omissão administrativa quanto à implementação de políticas públicas, mediante atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais, como a proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso,<sup>234</sup> consoante exposição contida no Capítulo 2 do presente estudo.

---

<sup>232</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. A execução e a efetividade do processo em relação à Fazenda Pública. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). **Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 221.

<sup>233</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 375.

<sup>234</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **ARE 745745 AgR/MG**, Relator Min. Celso de Mello, 02 dez. 2014. DJe de 19 dez. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

Para a verificação da ocorrência de conduta atentatória à dignidade da justiça por descumprimento de decisão jurisdicional, quando já tenha havido cognição prévia acerca da viabilidade do pedido autoral, com maior razão, deve bastar que fique objetivamente evidenciado o caráter injustificado do descumprimento da determinação judicial, incumbindo ao ente estatal demandado fazer prova da impossibilidade material porventura existente para a efetivação da obrigação de fazer.

Somente nessa hipótese, de comprovação, pelo Estado, da real ausência de meios, no plano fático, para o cumprimento do *decisum*, poderá o magistrado deixar de aplicar a sanção processual ao ente público violador do mencionado dever processual, ou ao agente incumbido de tal função, do que trataremos com mais vagar a seguir.

#### **4.3.1 A questão da aplicabilidade à Fazenda Pública de sanção por atentado à dignidade da justiça**

A teor do disposto no art. 77, inciso IV, do novo CPC, o dever de cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais e não criar embaraços à sua efetivação, sob pena de incorrer na pena de multa prevista no § 2º do mesmo artigo, aplica-se, em princípio, a qualquer litigante em processo judicial, independentemente do regime jurídico a que esteja submetido, de direito público ou privado, não havendo qualquer norma que privilegie o Estado com exclusão da espécie.

Ocorre, todavia, que considerações não de ser feitas acerca da natureza do instituto do *contempt of court* e da destinação legal do proveito da sanção pecuniária que dele resulta, considerando a posição jurídica do ente público ao qual possa vir a ser imputada a prática do ato desrespeitoso à autoridade do juízo.

Consoante já tivemos a oportunidade de consignar em parágrafos anteriores, a multa de que trata o art. 77, § 2º, do novo Código, possui caráter essencialmente punitivo, como reprimenda à ofensa cometida contra a dignidade do Poder Judiciário, revertendo, coerentemente, em favor do próprio Erário, mantendo-se, quanto a esse ponto, a sistemática outrora adotada pelo art. 14, parágrafo único, do CPC revogado.<sup>235</sup>

Registra a doutrina, a respeito do assunto, que a fixação de multa por *contempt* em desfavor da Fazenda Pública se apresenta como uma medida ineficaz, notadamente quando seja

---

<sup>235</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do art. 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 131.

imposta contra a União ou o Estado-membro, nas ocasiões em que figurem como parte ou interveniente na Justiça mantida pelo mesmo ente federativo; é dizer, a União atuando perante a Justiça Federal e o Estado-membro junto ao correspondente Poder Judiciário. Em tais situações, vislumbra-se a configuração de *confusão* entre credor e devedor, a ocasionar a extinção da própria obrigação, nos termos do art. 381 do Código Civil.<sup>236</sup>

Não se verifica a ocorrência do mesmo fato jurídico impeditivo da sanção, porém, caso o ato atentatório atribuído ao Estado-membro tenha sido praticado em processo que tramite na Justiça Federal, ou, em qualquer hipótese, quando a sua prática seja imputada a um Município ou a entidade integrante da administração indireta, de qualquer das esferas de governo, não havendo óbice jurídico, destarte, à aplicação da multa em tais casos.<sup>237</sup>

Cumprе salientar, ainda, que o art. 77, § 3º, do novo CPC, determina o recolhimento do proveito da referida multa ao fundo de modernização do respectivo Poder Judiciário, versado no art. 97 do mesmo Código. Pode-se validamente cogitar, por conseguinte, da viabilidade de aplicação da reprimenda também ao Estado e à União, mesmo nas hipóteses em que se apontou a existência de confusão obrigacional, já que os recursos sairão, nesse caso, da sua dotação original, para passar a ser especificamente destinados em prol de investimentos para o melhor funcionamento da Justiça, aviltada em sua autoridade.

É certo, de todo modo, que a responsabilização do Erário mediante sanção pecuniária, em razão conduta de servidor público que haja embaraçado o cumprimento de ordem judicial, além de não possuir qualquer efeito pedagógico em relação ao verdadeiro autor do ilícito, representa uma dupla oneração da sociedade, enquanto provedora das receitas estatais e beneficiária última da atuação estatal.<sup>238</sup>

Para o mesmo sentido converge a lição de Hugo de Brito Machado, ao sustentar não ser razoável o entendimento pelo qual o Estado, incumbido de prestar jurisdição e de tutelar o interesse público primário, possa vir a perpetrar um ato atentatório à dignidade da justiça. Caberia ao agente estatal responsável pelo ato, ao revés, segundo seu escólio, suportar a sanção correspondente.<sup>239</sup>

---

<sup>236</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Inovações no processo civil**: comentários às leis 10.352 e 10.358/2001. São Paulo: Dialética, 2002, p. 21-23.

<sup>237</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lineamentos da nova reforma do CPC**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 32.

<sup>238</sup> VAZ, Paulo Afonso Brum. O contempt of court no novo processo civil. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 118, nov.-dez. 2004, p. 156.

<sup>239</sup> MACHADO, Hugo de Brito. Descumprimento de ordem judicial. **Revista dialética de direito tributário**. São Paulo: Dialética, n. 86, 2002, p. 50-59.

Daí porque se mostra pertinente indagar a respeito da admissibilidade de imposição da mencionada pena de multa ao próprio servidor público praticante do ato.

#### 4.3.2 A incidência do agente público nas sanções por *contempt of court* em demanda movida contra o Estado

Defendia parcela expressiva da doutrina, sob a égide do Código Buzaid, a possibilidade de incidência do funcionário público destinatário da ordem judicial nas penas então previstas no art. 14, parágrafo único, por descumprimento do dever processual descrito no inciso V do mesmo artigo, de não cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.<sup>240</sup>

Registrava Araken de Assis que, na condição de destinatário precípua da ordem, cuja atuação subordina-se ao princípio da legalidade, insculpido no art. 37 da Constituição Federal, ficava o servidor público sujeito às referidas sanções.<sup>241</sup>

Entendia-se, na esteira do instituto similar do *common law*,<sup>242</sup> que as sanções por ato de *contempt of court* alcançariam não só quem fosse parte no processo, mas, na literalidade do art. 14, caput, do CPC revogado, todos aqueles que de qualquer forma participam do processo, de modo a abarcar os terceiros em sentido estrito (como o assistente, o Ministério Público, ou o arrematante) e os terceiros em sentido lato (a exemplo da testemunha, do perito, do depositário, do administrador e qualquer do povo que se interponha entre o magistrado e o cumprimento do seu mandado).<sup>243</sup>

No mesmo diapasão era o ensinamento de Cândido Rangel Dinamarco, que visualizava no art. 14, inciso V, do CPC revogado, a existência de dois deveres distintos. O primeiro, que exigia o cumprimento da decisão mandamental, era atribuível exclusivamente ao titular da obrigação nesta especificada, de fazer, não-fazer ou entregar coisa. Já o segundo, de não embaraçar a efetivação dos provimentos judiciais, detinha eficácia *erga omnes*, sendo inerente

<sup>240</sup> VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 273-274.

<sup>241</sup> ASSIS, Araken de. O contempt of court no direito brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 111, jul.-set. 2003, p. 31.

<sup>242</sup> BAUERMAN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 40-44.

<sup>243</sup> MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil interpretado**. 6. ed. São Paulo: Manole, 2007, p. 20-23.

a õquem quer que, mesmo não tendo dever algum relacionado com essa efetivação, interfere no iter de sua produção mediante condutas que a impossibilitem ou dificultem.<sup>244</sup>

Essa também tem sido a orientação adotada pela jurisprudência do STJ, conforme se depreende do esclarecedor voto proferido pela Ministra Nancy Andrighi, acolhido à unanimidade por aquele Colegiado, no qual restou assentada a aplicabilidade das sanções do art. 14, parágrafo único, do CPC de 1973 em relação aos peritos e especialistas, que não integram a relação processual:

Nos termos do inciso V do art. 14 do CPC, **são dois os deveres** impostos com a finalidade de garantir a efetividade das decisões judiciais: **(i) cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e (ii) não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais de natureza antecipatória ou final.**

**Os destinatários da norma, portanto, são distintos:** o primeiro dever diz respeito ao obrigado direto do provimento mandamental, que deve cumprir imediatamente a ordem; **o segundo dever, contudo, é endereçado às partes e a todos os que, de qualquer modo, participem do processo.**

**Ao exigir que terceiros, alheios à relação jurídica processual, sejam também destinatários do dever de obediência inscrito art. 14, caput e sujeitos à multa prevista no parágrafo único do mesmo dispositivo legal, o CPC apenas enunciou o ônus de colaborar com a justiça, afeto a todos os cidadãos.**

[...] Conforme a regra do art. 14 do CPC, portanto, **mesmo quem não é parte ou terceiro interveniente está obrigado a submeter-se aos deveres nela inscritos** e, conseqüentemente, ao pagamento da sanção devida face ao desacato à jurisdição.<sup>245</sup> (Grifo nosso).

Ao comentar a norma proibitiva da criação de embaraços à implementação da ordem judicial, citava a doutrina, como exemplo expressivo de violação da regra, as dificuldades de natureza burocrática provocadas de forma artificiosa por agentes públicos de qualquer esfera da administração, devendo, em consequência, ser pessoalmente responsabilizados em razão de sua conduta.<sup>246</sup>

Ao regular o tema, o novo CPC trouxe poucas inovações em relação à anterior legislação processual, como já dito no item 4.2.1 retro, mantendo, em suas linhas gerais, a sanção cível por *contempt of court* instituída em nosso sistema jurídico pela Lei nº 10.358/2001, inclusive quanto ao alcance subjetivo dos deveres de cumprimento das determinações judiciais e de não criar embaraços à sua implementação, que continuam a caber às partes, a seus

<sup>244</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 60.

<sup>245</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **REsp 1013777/ES**, Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 13 abr. 2010, Dje de 01 jul. 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200702946938&dt\\_publicacao=01/07/2010](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200702946938&dt_publicacao=01/07/2010)>. Acesso em: 21 dez. 2015.

<sup>246</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. A efetividade do processo e a nova regra do art. 14 do CPC. In: CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito processual: inovações e perspectivas ó Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 363.

procuradores e *a todos aqueles que de qualquer forma participem do processo*, na forma do art. 77, inciso IV, do novo Código.

No que se refere especificamente ao *representante judicial da parte*, contudo, dispôs o § 8º do mencionado artigo que este não pode ser compelido a cumprir decisão em seu lugar. Deve-se indagar, conseqüentemente, se permanece válida, com a nova dicção legal ora em exame, a orientação doutrinária pela qual o gestor público poderia ser apenado por ato atentatório à dignidade da justiça, relacionado à falta de cumprimento de ordem judicial na qual figure como destinatário, alusiva a obrigações impostas ao ente estatal que integra.

É de se perceber, de início, que o teor do sobredito § 8º apenas explicita uma regra que se afeiçoa até mesmo intuitiva, por decorrente da absoluta distinção entre a personalidade jurídica do dirigente do órgão público e a deste próprio, a exigir, como consectário lógico, que o cumprimento da determinação jurisdicional seja efetivado às expensas da própria pessoa jurídica demandada, e não de seu representante judicial ou legal.<sup>247</sup>

Ora, como restou salientado nas linhas anteriores, a punição que poderia ser dirigida ao administrador da pessoa jurídica, segundo a doutrina, na forma do art. 14, inciso V, do CPC de 1973, não tinha por fundamento a norma contida na primeira parte do dispositivo, alusiva ao cumprimento em si da ordem judicial, exigível unicamente, por óbvio, de quem tenha o dever jurídico de agir. Vedava-se na segunda parte do texto legal, entretantes, que a pessoa que, *de qualquer forma*, participasse do processo, viesse a causar embaraços à efetivação do provimento emitido pelo Poder Judiciário.<sup>248</sup>

Tais regras foram mantidas e até mesmo ampliadas em relação ao seu alcance objetivo, como já expusemos no item 4.2.1 retro e pelo CPC de 2015, em seu art. 77, inciso IV. A norma do art. 77, § 8º, do novo CPC, portanto, limita-se a adotar de forma expressa os escólios doutrinário e jurisprudencial citados, pelos quais cabe às partes *cumprir* as decisões judiciais, sendo vedado *a qualquer pessoa*, contudo, embaraçar-lhes a efetivação, sob pena de incorrerem, em ambos os casos, nas penas por *contempt*.

Assim é que, na opinião de Guilherme Rizzo Amaral, as condutas diretamente imputáveis ao representante da parte, configuradoras de atentado à dignidade da justiça e que independam da capacidade de cumprimento da pessoa jurídica obrigada, podem resultar na

---

<sup>247</sup> Faz-se necessário examinar, todavia, a possibilidade de incidência subsidiária de medidas judiciais *coercitivas* em desfavor do gestor da pessoa jurídica, visando o cumprimento de ordem jurisdicional, o que será objeto de análise no capítulo próprio do presente trabalho, destinado ao estudo dos mecanismos de apoio aos provimentos de caráter mandamental.

<sup>248</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 60.

aplicação da sanção por *contempt*, como, por exemplo, o ato de se ocultar do oficial de justiça para não ser cientificado da decisão.<sup>249</sup>

Não se ignora, pois, para que possa haver a imposição de pena por *embaraço à implementação da decisão*,<sup>250</sup> a necessidade de restar devidamente caracterizado o comportamento abusivo do agente público, que lhe haja sido atribuído de forma individualizada, em razão de ação ou omissão no desempenho das atribuições funcionais exigíveis no caso concreto.

Entendimento diverso viria, inclusive, a contrariar frontalmente a compreensão pela qual configura crime de desobediência a conduta do servidor público que deixa de atender a provimento de natureza mandamental que lhe tenha sido dirigido, consoante estabelecem os arts. 26 da Lei nº 12.016/2009 e 536, § 3º, do novo CPC, o que será objeto de estudo no item 4.4.2 do presente trabalho.

Isso porque, na eventualidade de sequer chegar a constituir atentado à dignidade da justiça a atuação comissiva ou omissiva do agente público, violadora do dever processual de não embaraçar o cumprimento de ordem judicial que lhe tenha sido expressamente dirigida, não poderia tal conduta vir a ser considerada crime, diante do caráter subsidiário exercido pelo Direito Penal, decorrente do princípio da intervenção mínima.<sup>251</sup>

Leciona André Copetti, a propósito do tema, que se deve ôdar preferência a todos os modos extrapenais de solução de conflitos. A repressão penal deve ser o último instrumento utilizado, quando já não houver mais alternativas disponíveis.<sup>252</sup>

Não se pode admitir, desse modo, que o legislador tenha aberto mão de uma sanção de cunho processual para reprimir determinado comportamento, ao passo que mantém a tipificação da mesma conduta como infração penal. Caso se entenda de tal maneira, ter-se-á por derogado, pelo novo CPC, o crime de desobediência, em relação ao funcionário público no exercício de suas funções, enquanto destinatário da ordem mandamental prevista no art. 26 da Lei nº 12.016/2009, de forma contraditória, ademais, com o disposto no art. 536, § 3º, do próprio CPC.

Dita interpretação não se coaduna, no entanto, com os princípios do acesso substancial à justiça e da inafastabilidade do controle jurisdicional, que exigem, para afirmação do Estado

---

<sup>249</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **Alterações do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 140-141.

<sup>250</sup> Cf. art. 77, inciso IV, parte final, do CPC.

<sup>251</sup> Preconiza tal princípio que o Direito Penal somente deve ser chamado a interferir na vida em sociedade quando os demais ramos do Direito não sejam suficientes para proteger os interesses considerados mais importantes (GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 16. ed. Niterói: Impetus, v. 1, 2014, p. 51-52).

<sup>252</sup> COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 87.

Democrático de Direito, de modo indispensável, a preservação da autoridade das decisões judiciais, não se podendo, enfim, abdicar de meios legais asseguradores da respeitabilidade destas.

Vindo o agente público destinatário da ordem judicial, destarte, de modo injustificado, a deixar de dar-lhe o devido cumprimento, mediante omissão em realizar as atribuições funcionais que lhe incumbem para a obtenção dos resultados especificados, ou por vir a exercê-las de modo manifestamente incompatível com a efetivação do provimento jurisdicional, deve receber a sanção legalmente prevista para o ato atentatório à dignidade da justiça, arbitrada de forma proporcional à gravidade da conduta.

Convém atentar, por fim, para o equívoco cometido pelo legislador, ao associar ao *contempt of court* do art. 77 do novo CPC, de natureza essencialmente *punitiva*, a regra contida no § 8º, pela qual o representante judicial da parte não pode ser **compelido** a cumprir decisão em seu lugar (grifo nosso), buscando-se, assim, na verdade, vedar a aplicação de medidas *coercitivas* àquele, para o fim de induzi-lo à efetivação da medida no lugar da parte por ele representada em juízo, o que será, de igual modo, tratado oportunamente neste estudo.

#### 4.4 PRISÕES CIVIL E PENAL EM RAZÃO DO DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL POR SERVIDOR PÚBLICO NO DIREITO BRASILEIRO

A tradição jurídica e a legislação dos países do *common law* contemplam, como visto, a possibilidade de responsabilização criminal e da aplicação de medidas restritivas de liberdade ou sanções pecuniárias de caráter cível, diante da prática de atos atentatórios ao exercício da atividade jurisdicional. A inequívoca força coercitiva do instituto da prisão civil conduz, diante dos anseios por uma maior efetividade do processo, à reflexão acerca da admissibilidade desse meio executivo em nosso Direito, fora das hipóteses expressamente previstas na Constituição Federal.

##### **4.4.1 A medida extrema da prisão civil como meio de efetivação da tutela específica de obrigação de fazer ou não fazer**

Não obstante a falta de previsão legal expressa estatuinto a admissibilidade da prisão civil como medida coercitiva no direito brasileiro, para além da situação específica do inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, de que trata o art. 5º,

LXVII, da Carta Magna, controverte-se em doutrina acerca da existência de fundamento jurídico bastante para o cabimento do instituto em outros casos, especialmente naqueles de maior gravidade, que estejam a desafiar a autoridade dos provimentos jurisdicionais de caráter mandamental.

Ensina Ingo Sarlet que, contrariamente ao que comumente se possa pensar, a prisão civil era amplamente aceita nas origens do direito brasileiro, sobretudo nas hipóteses de depositário infiel e suas variações, conforme previsões contidas no Código Comercial de 1850 e no Código Civil de 1916, silenciando sobre o tema as Constituições de 1824 e de 1891. Já a prisão civil do devedor alimentante somente depois veio a ser instituída em nossa legislação. A partir da Carta Constitucional de 1934, passou a ser expressamente vedada a prisão civil por dívidas, multas ou custas, até se chegar ao modelo jurídico contido na Constituição vigente.<sup>253</sup>

É consabido que, por força da jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, por meio, respectivamente, da Súmula Vinculante n. 25, de 16 de dezembro de 2009,<sup>254</sup> e da Súmula n. 419, de 03 de março de 2010,<sup>255</sup> foi banida qualquer modalidade de prisão civil de depositário infiel, em razão da exegese dada ao art. 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).<sup>256</sup>

Resta saber, por conseguinte, se o correto é concluir que hoje somente se admite, como única modalidade de prisão civil, a do devedor de alimentos, ou, por outro lado, se a expressão *prisão civil por dívida*, de que trata o dispositivo constitucional citado, compreenderia unicamente as situações alusivas a obrigações pecuniárias, sem vedar terminantemente outras hipóteses em que ela possa ter cabimento.

Para Ovídio Baptista da Silva, não é aceitável a tese de que a Constituição proibiria apenas a prisão por dívidas. No entender do autor, ao mencionar as exceções abertas ao princípio, a Constituição aludiu a um caso de dívida monetária, qual seja, a obrigação alimentar, bem como, a outro que não se confunde com essa espécie de obrigação, que é a prisão do

---

<sup>253</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 478.

<sup>254</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 25**. Brasília, 16 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

<sup>255</sup> Id. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Súmula n. 419**. Brasília, 03 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

<sup>256</sup> CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Pacto de San José da Costa Rica**. San José de Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

depositário infiel. Assim, se a prisão por razões distintas de dívidas fosse autorizada, ficaria desprovida de sentido a exceção atinente à infidelidade depositária.<sup>257</sup>

Refutando tal raciocínio, assevera Sérgio Cruz Arenhart que a prisão do depositário infiel, assim como a do devedor de alimentos, consiste em situação tipicamente derivada de relação obrigacional. Dessa maneira, a menção feita pelo texto constitucional à prisão civil por dívida representaria uma vedação taxativa de tal meio coercitivo apenas para os casos originados de vínculo obrigacional. Essa seria uma interpretação que atribui algum significado à palavra *dívida*, empregada pelo constituinte, não podendo ser solenemente desconsiderada.<sup>258</sup>

Há que se salientar, ademais, que o entendimento consagrado na Súmula Vinculante n. 25, do STF, não se erige em empecilho a essa última orientação doutrinária, tendo em vista que os precedentes que originaram a emissão de tal enunciado restringem-se, unicamente, à hipótese da infidelidade depositária, fazendo-se necessária a devida distinção em relação a outros casos ainda não submetidos à análise de constitucionalidade pelo Pretório Excelso.<sup>259</sup>

De fato, quisesse o constituinte banir qualquer espécie de prisão civil, para preservar apenas as exceções expressamente descritas, não teria se utilizado do termo *dívida*. Isso pode estar relacionado, contudo, às origens históricas da norma, tal como vinha sendo adotada nas Constituições anteriores.

Refletindo sobre o tema, anota Marcelo Lima Guerra que a solução para esse dilema hermenêutico não pode ser obtida no plano puramente semântico, sendo necessária uma decisão interpretativa fundamentada. Consigna, ainda, que a tese ampliativa da prisão civil, que confere à palavra *dívida* o sentido de obrigação pecuniária, apresenta compatibilidade com a teoria dos direitos fundamentais, pois permitiria o uso concreto dessa medida coercitiva somente nos casos em que se revelasse necessário, exigível e proporcional proteger outro direito fundamental, com sacrifício da liberdade individual. Entendimento contrário implicaria em privilegiar, de modo abstrato e absoluto, a liberdade individual, em uma indevida hierarquização de direitos

<sup>257</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 535. No mesmo sentido: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Impossibilidade de decretação de pena de prisão como medida de apoio, com base no art. 461, para ensejar o cumprimento da obrigação in natura. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 112, out.-dez. 2003, p. 199.

<sup>258</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. A prisão civil como meio coercitivo. In: TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto. **Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 643-647.

<sup>259</sup> ZACARELLA, Peterson; COUTO, Mônica Bonetti. **Horizontes da prisão civil nas tutelas das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa certa no direito processual civil brasileiro: esvaziamento ante a Súmula Vinculante 25/STF?** In: IOCOHAMA, Hiroshi Celso; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (Coord.). **Processo e jurisdição**. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 280-283. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuritiba/livro.php?gt=97>>. Acesso em: 18 dez. 2015.

fundamentais. Desse modo, a comprovada eficácia da prisão civil como meio indutivo favorece o direito fundamental à tutela executiva, possibilitando a proteção de outros direitos fundamentais como o meio ambiente, a saúde, a privacidade e a própria vida.<sup>260</sup>

Prosseguindo em seu escólio, entende o doutrinador que, afastada a vedação do uso da prisão civil fora das hipóteses explicitamente previstas no art. 5º, LXVII, da Constituição, poderia ela ser empregada como medida coercitiva inominada, embasada no direito fundamental à tutela executiva e inserida na *moldura aberta* do art. 536, § 1º, do CPC. Essa seria, contudo, uma alternativa excepcional, sujeita ao exame de proporcionalidade no caso concreto, somente sendo admissível diante da inadequação de qualquer outro meio coercitivo para a obtenção do resultado almejado.<sup>261</sup>

A orientação esposada viabiliza a outorga da tutela jurisdicional adequada em situações nas quais estejam em jogo direitos fundamentais de igual estatura à dignidade e à liberdade, possibilitando-se a utilização da prisão civil como meio coercitivo quando, no caso concreto, se mostre necessária para assegurar o cumprimento de decisões judiciais destinadas à efetivação de deveres legais em hipóteses distintas de obrigações de natureza pecuniária.<sup>262</sup>

Essa é a conclusão que se extrai do método hermenêutico-concretizador,<sup>263</sup> pelo qual se deve evitar a interpretação da norma tão-somente com base no seu *texto*, isolada do *contexto* no qual deve incidir. O uso da prisão civil não deve ser descartado, portanto, quando se mostre como o único meio bastante para conferir uma tutela efetiva a direitos fundamentais.<sup>264</sup>

Outros autores entendem que, embora não haja obstáculo constitucional à prisão civil quando esta se apresente como necessária a proporcionar a satisfação de direitos fundamentais, especialmente aqueles destinados a assegurar uma existência digna ao seu titular ó como os direitos sociais a prestações fáticas, a exemplo das relacionadas à saúde, educação ou moradia ó, tal medida precisaria ser autorizada de forma expressa pelo legislador.<sup>265</sup>

---

<sup>260</sup> GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 135-136.

<sup>261</sup> *Ibid.*, p. 136-137.

<sup>262</sup> BALEOTTI, Francisco Emilio. Extensão dos poderes do juiz na execução. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 199, set. 2011, p. 132.

<sup>263</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 323.

<sup>264</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 230-231.

<sup>265</sup> TALAMINI, Eduardo. Concretização jurisdicional de direitos fundamentais a prestações positivas do Estado. In: TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto. **Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 172-173. Também: BAUERMAN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 135.

Não há razão, porém, para se exigir uma disposição legal específica nesse sentido, se a norma processual estabelece que cabe ao juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial,<sup>266</sup> em razão de consistir a prisão civil, nos casos em que possa ser admitida, em um meio coercitivo por excelência.

Registre-se, por fim, que somente na hipótese concreta será possível, mediante o esforço argumentativo típico de casos difíceis, fazer prevalecer, após uma acurada análise de proporcionalidade, a tutela de outro direito fundamental sobre o direito de liberdade, para se decretar a prisão civil como forma de dar efetividade à atuação jurisdicional, caso seja esta a única medida coercitiva capaz de salvaguardar o interesse tutelado, diante das peculiaridades da situação fática.<sup>267</sup>

No que diz respeito, mais propriamente, à admissibilidade da prisão civil do agente público, em sede de demanda movida contra o Estado para a realização do controle judicial de políticas públicas, verifica-se uma dificuldade ainda maior para que se tenha por autorizado o uso desse meio coercitivo extremo.

É que há, em tese, outras medidas igualmente hábeis para assegurar a observância da decisão judicial, pelo servidor, a exemplo da cominação de multa diária pessoal para o agente, de que trataremos mais adiante, ou mesmo do seu afastamento temporário do cargo, com prejuízo dos vencimentos, a título de medida coercitiva inominada, durante prazo razoável, a fim de que o correspondente substituto legal na função possa dar cumprimento à ordem jurisdicional, o que, sem dúvida alguma, possuiria menor invasão na esfera jurídica do administrador público do que a decretação de sua prisão civil. Tudo isso, é claro, devidamente cercado das garantias do contraditório e ampla defesa, para que possa resultar na imposição de qualquer medida coercitiva em face de um terceiro, que não integra, pois, a relação processual.

Infere-se, por conseguinte, que embora não se possa excluir de modo absoluto, diante do lastro teórico colacionado, a possibilidade de decretação da prisão civil do gestor público, como forma de viabilizar a efetivação da política pública judicialmente determinada, dando-se o necessário valor ao direito fundamental à tutela executiva, vislumbramos essa alternativa como altamente rara e excepcional. Somente será admissível o exame de seu cabimento, em

---

<sup>266</sup> Art. 139, inciso IV, do CPC.

<sup>267</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. A prisão civil como meio coercitivo. In: TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto. **Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 643-647.

concreto, quando não haja nenhuma outra medida capaz de amparar o direito fundamental vindicado na demanda, cujo sacrifício não seja razoável se exigir, mediante confrontação ponderativa com o direito de liberdade.

#### **4.4.2 A infração penal resultante do ato de descumprimento a ordem judicial por agente público**

O desatendimento proposital a determinação veiculada pelo magistrado em processo judicial pode acarretar, conforme o caso, além da aplicação de sanções processuais, a configuração de crime, a ser reprimido na esfera persecutória penal.

A independência entre as respostas punitivas estatais nos âmbitos criminal, civil ou processual, aliás, é ressaltada no próprio texto do art. 77, § 2º, do novo CPC,<sup>268</sup> a exemplo do que dispunha o art. 14, parágrafo único, do CPC de 1973.

É intuitivo que a mera possibilidade de incidência da parte ou de outros sujeitos processuais, enquanto destinatários diretos de determinações emanadas do Poder Judiciário, em sanções criminais, exerce efeito relevante no ânimo do agente, contribuindo para conferir a necessária autoridade a determinados tipos de provimentos jurisdicionais e atuando em prol da tão almejada efetividade processual.

O escopo geral preventivo, aliás, é o que mais propriamente caracteriza a lei penal, que possui natureza finalista, destinando-se à proteção de bens e interesses jurídicos merecedores de tutela estatal mais enérgica, mediante a ameaça legal de imposição de pena com maior poder intimidativo.<sup>269</sup>

Verifica-se em termos práticos o poder coercitivo indireto da cominação penal, sobretudo, quando da expedição de requisição judicial reiterativa de uma anterior determinação, em que o juiz faz constar, de forma expressa, a advertência de que a persistência no desatendimento poderá caracterizar infração penal, quando, segundo demonstra a experiência forense, costuma haver, em boa parte dos casos, o pronto cumprimento da ordem respectiva.<sup>270</sup>

Em se tratando de determinação dirigida pelo Poder Judiciário a um particular, não há dúvida de que o modelo típico incidente na espécie será, via de regra, o art. 330 do Código

---

<sup>268</sup> Art. 77. [...] § 2º. A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, **sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis**, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta. (Grifo nosso).

<sup>269</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, v. 1, 2001, p. 24.

<sup>270</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito processual**: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, n. 8, 1988, p. 39.

Penal: ãdesobedecer a ordem legal de funcionário público (Pena ó detenãção, de quinze dias a seis meses, e multa)ã.

Ainda paira no ambiente jurídicu brasileiro, porém, alguma controvérsia em relação ao delito que resta configurado, quando o sujeito ativo a quem seja atribuída a prática ilícita é funcionário público no exercício de suas funções, o que nos interessa mais propriamente, no objeto da presente pesquisa.

Com efeito, é de Nelson Hungria a liãção pela qual, inserindo-se o crime de desobediência no Capítulo II do Título XI do Código Penal, que versa acerca dos delitos ãpraticados por particular contra a administração em geralã, o sujeito ativo somente poderia ser um *extraneus*, ou um não-servidor público. A este poderia se equipar, no máximo, um funcionário que não esteja agindo nessa qualidade, pois, caso contrário, cometeria prevaricação, e não desobediência.<sup>271</sup>

Tal orientação doutrinária continua a ser perfilhada por alguns penalistas contemporâneos, como Cezar Roberto Bitencourt<sup>272</sup> e Guilherme de Souza Nucci,<sup>273</sup> dentre outros. O assunto merece, contudo, considerações mais aprofundadas, não sendo suficiente para o deslinde da controvérsia, com a devida vênia, uma análise baseada apenas, praticamente, na localização do tipo penal no Código respectivo.

O delito de prevaricação, do art. 319 do Código Penal,<sup>274</sup> embora tenha pena cominada superior ao crime de desobediência, exige, para sua configuração, a comprovação do elemento subjetivo do tipo alusivo ao dolo específico de ãsatisfazer interesse ou sentimento pessoalã.<sup>275</sup> Esse componente volitivo, além de demandar uma investigação mais aprofundada dos fatos, nem sempre se verifica no comportamento do servidor público que deixa de dar cumprimento à determinação que lhe venha a ser dirigida pelo órgão jurisdicional, motivo pelo qual pode o referido entendimento levar à impunidade de uma infinidade de condutas.

Tem obtido crescente aceitação, todavia, a opinião inversa, a exemplo da defendida por Rogério Greco, para quem o simples aspecto de ser inserido o crime de desobediência no mencionado capítulo do Código Penal, por si só, não impossibilita o seu cometimento por

<sup>271</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 9, 1958, p. 417.

<sup>272</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2012, p. 247.

<sup>273</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1.138.

<sup>274</sup> ãArt. 319. [í ] Pena: detenãção, de três meses a um ano, e multaã. Tal infração penal é igualmente classificada, porém, como infração penal de menor potencial ofensivo, para os fins do art. 61 da Lei nº 9.099/95.

<sup>275</sup> STOCO, Rui. Prevaricação. In: STOCO, Rui; FRANCO, Alberto Silva (Coord.). **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2001, p. 3.884.

agente público, desde que a ordem desatendida não lhe tenha sido especificamente dirigida por seu superior hierárquico, o que configuraria, tão somente, infração de natureza funcional.<sup>276</sup>

Esse tem sido, em linhas gerais, o entendimento adotado pela atual jurisprudência do STJ, especialmente em se tratando de descumprimento de determinação judicial, considerando que inexistente, no caso, vínculo de subordinação administrativa entre o órgão jurisdicional emissor da ordem e o agente público destinatário.<sup>277</sup>

Proclama o Superior Tribunal de Justiça, nas suas iterativas decisões acerca do assunto, que, por estar o servidor público situado fora da escala hierárquica administrativa em relação ao magistrado subscritor da determinação respectiva, a inobservância desta representa ofensa ao princípio da autoridade, objeto da tutela jurídico-penal, pois, do contrário, o pronunciamento judicial seria equiparado, de modo aviltante, a mero ato de aconselhamento.<sup>278</sup>

Não obstante, pretendendo encerrar em definitivo os questionamentos que possam remanescer acerca do tema, resolveu o legislador fazer constar do diploma legal que disciplina o mandado de segurança,<sup>279</sup> em seu artigo 26, disposição que estatui consistir crime de desobediência, definido no art. 330 do Código Penal, o não cumprimento de decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950, quando cabíveis.

Observe-se que a lei do mandado de segurança não promoveu qualquer alteração no tipo legal do crime de desobediência, mantendo íntegra a redação original do dispositivo. Limitou-se, assim, a remeter a conduta de não cumprimento de decisões proferidas na via mandamental ao crime de desobediência, previsto na Lei Penal. Trata-se, portanto, do que Carlos Maximiliano já denominava de *interpretação autêntica*, porquanto emanada do próprio poder que editou a norma a que faz referência, possuindo caráter obrigatório, de modo a vincular particulares e o poder público.<sup>280</sup>

---

<sup>276</sup> GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. Niterói: Impetus, 2008, p. 1.310-1.315.

<sup>277</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **REsp 1173226/RO**, Rel. Min. Gilson Dipp. Brasília, 17 mar. 2011, Dje de 14 abr. 2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200902466117&dt\\_publicacao=04/04/2011](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200902466117&dt_publicacao=04/04/2011)>. Acesso em: 08 dez. 2015.

<sup>278</sup> Id. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **REsp RHC 13964/SP**, Recurso Ordinário em Habeas Corpus 2003/0007357-6, Rel. Min. Felix Fischer. Brasília, 01 abr. 2004, DJ de 31 maio 2004, p. 326. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22FELIX+FISCHER%22%29.min.&processo=13964&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 08 dez. 2015.

<sup>279</sup> Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009.

<sup>280</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 72-73.

Há que se ponderar, nesse passo, que não há diferença ontológica entre as decisões exaradas em sede de mandado de segurança e aquelas que, embora emitidas em ações ordinárias ou sujeitas a rito próprio, como o da Lei da Ação Civil Pública,<sup>281</sup> por exemplo, também possuam natureza mandamental. Em sendo veiculada por tais provimentos judiciais a obrigatoriedade da realização de um dado comportamento omissivo ou comissivo, não há razão alguma para excluir da incidência no crime do art. 330 do Código Penal os atos de descumprimento daqueles, dentre os quais se inserem, por óbvio, as decisões concessivas da tutela específica de obrigação de fazer ou não fazer.<sup>282</sup>

Não por outro motivo, o novo CPC, em seu art. 536, § 3º, ao cuidar do cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, estabelece expressamente que ão executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, **sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência**. (Grifo nosso).

Pode-se validamente inferir, por conseguinte, que a conduta do servidor público que deixa, dolosamente, de dar o devido cumprimento à ordem judicial que venha a ser-lhe especificamente dirigida, para a realização de atos situados em sua esfera de atuação funcional, configura o delito de desobediência, a ensejar a instauração de procedimento próprio na seara criminal ó apesar da remotíssima possibilidade de vir a sofrer pena privativa de liberdade, por se tratar de infração de menor potencial ofensivo, não cabendo sequer, na hipótese, prisão em flagrante.

A via persecutória penal está longe de se apresentar, contudo, como uma tábua de salvação para o reduzido grau de efetividade das demandas cíveis, notadamente no que se relaciona à almejada força coercitiva das decisões judiciais proferidas em face do Poder Público, tão salientada no curso deste trabalho.

Não se pode deslembrar, assim, que a simples admissibilidade de vir a ser o agente público sujeito ativo da mencionada infração penal, enquanto destinatário de um comando jurisdicional emitido em ação proposta contra o ente estatal, não tem o condão de, isoladamente, promover a satisfação, em todos os casos, da obrigação objeto de tutela no processo.

---

<sup>281</sup> Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

<sup>282</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 806. Em igual sentido: TALAMINI, Eduardo. Prisão civil e penal e execução indireta. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo de execução e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 159.

Tais providências, ademais, encontram-se fora do âmbito de controle do juízo responsável pela efetivação da determinação emitida em face do Estado. Essa é a razão pela qual não se reclama apenas, em sede doutrinária, a criação de um tipo penal próprio, mais severamente apenado, para a conduta de desobediência a ordem judicial, propondo-se, ao mesmo tempo, que sejam conferidas ao magistrado, no processo cível, outros meios coercitivos e inibitórios minimamente eficazes, destinados a reforçar a autoridade de suas próprias decisões.<sup>283</sup>

Não se prescinde, de todo modo, como já dito, de uma adequada punição criminal ao agente público recalcitrante, por não se conceber que reste entregue às fileiras da impunidade o censurável ato de descumprimento deliberado de ordem judicial direcionada à Administração Pública, onde deve imperar a obediência aos princípios constitucionais inscritos no art. 37 da Carta de 1988, em especial o da legalidade.

---

<sup>283</sup> VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 265-266.

## 5 O CUMPRIMENTO FORÇADO DE PROVIMENTOS JUDICIAIS ACERCA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

### 5.1 EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA E EFETIVIDADE PROCESSUAL: UMA PROBLEMÁTICA EQUAÇÃO

Os entraves com os quais se depara o jurisdicionado ao litigar contra o poder público, no Brasil, que já são bastante evidentes na etapa cognitiva da relação processual, por força dos privilégios processuais de que normalmente goza a Fazenda Pública ó a exemplo do prazo geral em dobro para manifestar-se e do duplo grau de jurisdição obrigatório ó,<sup>284</sup> mostram-se ainda mais acentuados por ocasião da tutela executiva, na qual vigora um regime nitidamente diferenciado em relação aos particulares.

Consoante leciona Flávio Luiz Yarshell, òem relação à Fazenda Pública a questão da efetividade relaciona-se intrinsecamente com o cumprimento da ordem judicialö.<sup>285</sup> Isso porque se trata, na essência, de uma relação que envolve Estado (Administração) contra Estado (Jurisdição), em que frequentemente emergem questionamentos acerca dos limites da atuação do poder jurisdicional estatal, em face das prerrogativas da Administração Pública e do equilíbrio entre tais Poderes da República.

#### 5.1.1 A exclusividade do regime de execução por precatório

A maior expressão desse tratamento legal distinto em prol do poder público, sem dúvida, é a regra instituidora dos precatórios, contida no art. 100 da Constituição Federal, e reiterada no art. 535, § 3º, inciso I, do CPC, aplicável ao cumprimento de obrigações de pagar quantia certa, impedindo a realização de atos de constrição patrimonial sobre bens públicos.

A norma encontra justificativa na necessidade de observância dos preceitos de ordem orçamentária, disciplinadores das finanças públicas, previstos em título próprio da Constituição

---

<sup>284</sup> Cf. arts. 183 e 496, do CPC. Ressalve-se que o novo CPC mitigou as regras contidas nos arts. 188 e 475 do Código revogado, que estabelecia em favor da Fazenda Pública, no primeiro dispositivo, prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer, ao passo que, em relação ao segundo, foram consideravelmente ampliados os valores das condenações, bem como, elasticadas as hipóteses de conformidade com a jurisprudência dominante, que não acarretam a remessa necessária.

<sup>285</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. A execução e a efetividade do processo em relação à Fazenda Pública. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). **Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 215.

Federal e em vasta legislação infraconstitucional, que se revelam imprescindíveis à manutenção da organização e do planejamento das atividades do poder público, sob pena de grave risco à continuidade dos serviços públicos e ao funcionamento dos órgãos estatais. Tem por escopo, também, proporcionar uma ordem cronológica para pagamento das requisições judiciais de pagamento pelo Erário, como medida de moralidade administrativa.<sup>286</sup>

Não obstante a inequívoca fundamentação ética da regra dos precatórios, cumpre reconhecer que esta ainda continua a ser fonte, no contexto fático, de inegável proeminência dos interesses secundários da Administração sobre a situação jurídica dos particulares,<sup>287</sup> sobretudo por admitir, mesmo após as alterações promovidas no texto constitucional por meio da Emenda nº 62, de 2009, a postergação do pagamento do crédito por sucessivos exercícios orçamentários, o que ainda desafia a efetividade da prestação jurisdicional nas demandas contra a Fazenda Pública.<sup>288</sup>

Esta, contudo, é a sistemática eleita pelo constituinte para regular a forma de execução por quantia certa contra o poder público, consagrando-se a inalienabilidade e impenhorabilidade dos bens estatais, em decorrência da própria indisponibilidade do interesse público,<sup>289</sup> embora se trate de matéria suscetível a críticas e carente de contínuo aperfeiçoamento.

Assim, como a responsabilidade patrimonial do devedor consiste no principal pressuposto para a realização da execução civil, mediante a submissão de seu patrimônio ao adimplemento do débito, tem-se, na execução contra a Fazenda Pública, o paradoxo de um ôdébito sem responsabilidade,<sup>290</sup> já que o acervo patrimonial do Erário não pode ser diretamente alcançado para servir à quitação de dívidas, devido à prevalência do regime especial de precatórios.

Se a satisfação das obrigações pecuniárias do Estado pela via contenciosa judicial não escapa à obrigatoriedade da ordem cronológica de apresentação dos precatórios, com as

---

<sup>286</sup> VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 161-162.

<sup>287</sup> DELGADO, José Augusto. Execução contra a Fazenda Pública: revisão dos dispositivos constitucionais: algumas controvérsias. **Revista trimestral de jurisprudência dos Estados**. São Paulo: Jurid Vellenich, v. 107, n. 16, dez. 1992, p. 17-35. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/10005>>. Acesso em: 1 abr. 2016.

<sup>288</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI 4425 QO/DF**, Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, 25 mar. 2015. DJe n. 152, de 03 ago. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9016259>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

<sup>289</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 64-76.

<sup>290</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de execução civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 71-72.

exceções previstas no próprio texto constitucional,<sup>291</sup> o que dizer, sob outra ótica, do cumprimento forçado de deveres ditos não monetários, que implicam em um fazer, não fazer ou entrega de coisa? Como encontrar meios para compelir a Administração Pública à realização de condutas ativas ou passivas especificadas no provimento judicial exequendo, se o seu patrimônio não pode, como regra geral, ser atingido por medidas constritivas?

Essas são questões merecedoras de análise acurada, à luz, de um lado, do interesse público impositivo da preservação do patrimônio público e dos princípios regentes da Administração Pública, e, de outro, da efetividade e inafastabilidade da tutela jurisdicional do Estado, diante da necessidade de preservação da autoridade das decisões judiciais, valores detentores de relevância constitucional, que necessitam ser satisfatoriamente harmonizados. Disso cuidaremos, de modo mais específico, no decorrer do presente Capítulo.

### **5.1.2 As restrições à concessão de medidas liminares e antecipatórias contra o poder público**

Um outro aspecto inolvidável do tratamento diferenciado conferido por nossa legislação à Administração Pública, digno de registro, diz respeito às limitações de liminares e provimentos antecipatórios em desfavor desta, consoante as normas estatuídas nos arts. 1º a 4º da Lei n. 8.437/92 e no art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/09, reafirmadas pelo art. 1.059 do CPC.

O tema interessa particularmente ao estudo da efetividade no cumprimento das medidas judiciais alusivas ao controle de políticas públicas, porquanto as técnicas antecipatórias se afeiçoam, como já dito anteriormente, em providências por vezes indispensáveis à preservação do próprio conteúdo do direito vindicado em juízo, sob pena, em certos casos, de perecimento do objeto do direito fundamental que se busca tutelar.

Consistem tais restrições, em síntese, nas relacionadas a seguir:

a) vedação da concessão de medida liminar, nas seguintes situações: i) quando tal providência também não possa ser obtida em mandado de segurança, por força de proibição legal;<sup>292</sup> ii) quando impugnado ato de autoridade sujeita à competência originária de tribunal;<sup>293</sup> iii) que satisfaça no todo ou em parte o pedido final;<sup>294</sup> iv) que tenha por objeto a compensação

---

<sup>291</sup> Art. 100, §§ 1º a 3º, da Constituição Federal.

<sup>292</sup> Art. 1º, caput, da Lei n. 8.437/1992.

<sup>293</sup> Art. 1º, § 1º, da Lei n. 8.437/1992.

<sup>294</sup> Art. 1º, § 3º, da Lei n. 8.437/1992.

de créditos tributários ou previdenciários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza;<sup>295</sup>

b) necessidade, antes da apreciação de medida liminar, de prévia oitiva do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se manifestar no prazo de setenta e duas horas,<sup>296</sup> bem como de imediata intimação do órgão ou entidade pública, assim como de seu respectivo representante judicial, quando do deferimento de medida da espécie;<sup>297</sup>

c) previsão de efeito suspensivo à apelação ou à remessa necessária da sentença cautelar que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional;<sup>298</sup>

d) possibilidade de suspensão de liminar, pelo presidente do tribunal a que caiba o julgamento do recurso, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.<sup>299</sup>

Tais disposições legais foram alvo de intensos questionamentos acerca de sua conformidade com o texto constitucional, especialmente no que diz respeito ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, inscrito no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, até que, em Acórdão proferido no bojo de ação declaratória de constitucionalidade movida pelo Governo Federal, o Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido de que tais disposições não representam ofensa à mencionada norma constitucional.<sup>300</sup>

Assentou o STF, na oportunidade, que a razoabilidade das vedações às liminares e decisões antecipatórias contra o poder público, nas hipóteses descritas nos dispositivos legais impugnados, justifica-se em razão do interesse público subjacente, decorrente, em especial, da necessidade de observância do regime de precatório, nas condenações proferidas em face da Fazenda Pública, sob pena de quebra da isonomia em relação aos demais credores judiciais do Erário, consoante se pode verificar da fundamentação exarada no voto do Ministro Relator.<sup>301</sup>

Consigne-se, nesse passo, que tal decisão veiculada pela Corte Suprema no controle abstrato de constitucionalidade não se erige em proibição absoluta à concessão de liminares ou medidas antecipatórias em desfavor do Estado, restringindo-se aos casos estritamente elencados

<sup>295</sup> Arts. 1º, § 5º, da Lei n. 8.437/1992 e 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009.

<sup>296</sup> Art. 2º da Lei n. 8.437/1992.

<sup>297</sup> Art. 1º, § 4º, da Lei n. 8.437/1992.

<sup>298</sup> Art. 3º da Lei n. 8.437/1992.

<sup>299</sup> Art. 4º da Lei n. 8.437/1992.

<sup>300</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADC 4/DF**, Rel. Min. Sidney Sanches, Rel. p/ o Acórdão Min. Celso de Mello. Brasília, 01 out. 2008. n. 213, de 29 out. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630103>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

<sup>301</sup> *Ibid.*, p. 43-44.

em tais dispositivos, pois o próprio STF, em julgamentos posteriores, admitiu a possibilidade de deferimento de tais medidas em situações da espécie, vindo a editar a Súmula 729, pela qual, a decisão na ADC-4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária.<sup>302</sup>

Impõe-se, destarte, para que se possa conciliar ditas vedações com o princípio do amplo acesso à Justiça, que se proceda a uma interpretação restritiva das hipóteses elencadas nas mencionadas normas infraconstitucionais, devendo ser concedida a antecipação da tutela contra o Erário sempre que estiverem presentes os requisitos legais, em situações excluídas do âmbito de incidência do art. 1.059 do CPC, consoante a orientação jurisprudencial do STJ.<sup>303</sup>

Defende a doutrina, ademais, que tais limitações não devem ser reputadas absolutas, cabendo uma ponderação diante do caso concreto acerca do cabimento ou não da tutela provisória, à luz do princípio da proporcionalidade.<sup>304</sup>

Nesse sentido, aliás, vale atentar que o fenômeno da constitucionalização do direito, por implicar no reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais no ordenamento jurídico, aliado à estrutura pluralista e maleável dos princípios constitucionais, impõe o abandono da fórmula apriorística de supremacia do interesse público sobre o privado, obstando a prevalência, como regra, de interesses coletivos sobre individuais. Desse modo, as relações de sopesamento entre interesses públicos e privados não admitem uma definição prévia e em abstrato da questão, devendo ser procedidas no processo de concretização, dentro do jogo de ponderações proporcionais envolvendo direitos fundamentais e metas coletivas da sociedade.<sup>305</sup>

Esse é o motivo, portanto, pelo qual, embora considerando constitucionais as limitações de liminares e medidas antecipatórias contra o poder público, como forma de evitar

<sup>302</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 729**. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

<sup>303</sup> Id. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **AgRg nos EDcl no AREsp 240513/PE**, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 24 fev. 2015. DJe de 06 mar. 2015. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201202145274&dt\\_publicacao=06/03/2015](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202145274&dt_publicacao=06/03/2015)>. Acesso em: 04 abr. 2016.

<sup>304</sup> FRANZÉ, Luiz Henrique Barbante. Tutela de urgência na execução contra a Fazenda Pública. In: SHIMURA, Sérgio; BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Execução civil e cumprimento de sentença**. São Paulo: Método, 2009, v. 3, p. 418-421. No mesmo sentido: CRAMER, Ronaldo. Comentários ao art. 1.059 do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie. TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. E-book. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/library.html>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

<sup>305</sup> BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar.-maio 2008 p. 10-11. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%20C7O-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

o risco de irreversibilidade dos efeitos da decisão em desfavor do Erário, bem como, para garantir a observância do regime constitucional de precatórios, a jurisprudência de nossos Tribunais Superiores admite a realização de bloqueio de verba pública, mediante tutela antecipada, em casos extremos, como, por exemplo, para custear a aquisição de medicamentos imprescindíveis à preservação da vida humana, bem considerado, no caso concreto, em situação de primazia sobre normas de direito administrativo e financeiro.<sup>306</sup>

Assim, ainda que determinada medida implique na realização de providência antecipatória que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação,<sup>307</sup> como no exemplo acima citado, ou que resulte, em última análise, na mitigação da regra constitucional de requisição de pagamento por precatório, o princípio da inafastabilidade da jurisdição exige que o exame de proporcionalidade seja realizado em concreto pelo juiz, mediante ponderação entre os bens ou valores constitucionais pertinentes, visando definir os limites de atuação da tutela executiva em face do Estado.

### 5.1.3 Os meios executivos aplicáveis no controle judicial de políticas públicas

Segundo a clássica lição de Chiovenda, a tutela executiva, em sendo naturalmente destinada à obtenção prática do bem judicialmente atribuído a alguém, deve poder realizar-se em todos os modos mais diversos, conforme dois fatores: a diversa natureza do bem a conseguir, e a diversa natureza dos meios de consegui-lo. A execução identifica-se em cada caso com determinado meio executivo.<sup>308</sup>

Assim, conforme consista o bem jurídico pretendido em soma em dinheiro, entrega de coisa, ou prática de uma atividade ou abstenção, os meios executivos de que o órgão jurisdicional deve utilizar-se para dar concretude ao comando contido no título respectivo podem assumir feição coercitiva ou sub-rogatória, consoante se exija, ou não, a participação volitiva do devedor para a obtenção do resultado almejado, com diferentes consequências em relação às medidas de força que serão judicialmente empregadas.<sup>309</sup>

---

<sup>306</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). **REsp 787101/RS**, Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, 28 jun. 2006. DJ de 14 ago. 2006, p. 258. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=787101&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

<sup>307</sup> Cf. art. 1º, § 3º, da Lei n. 8.437/1992.

<sup>308</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 1. ed. Campinas: Bookseller, v. 1, 1998, p. 348.

<sup>309</sup> *Ibid.*, p. 348-350.

Casos existem em que o Poder Judiciário prescinde, pragmaticamente, da colaboração da pessoa obrigada para obter a realização prática do direito afirmado no provimento exequendo, como na busca e apreensão de coisa, na penhora e expropriação de bens, ou na interdição de estabelecimento comercial, em que basta o cumprimento forçado da medida sub-rogatória, para que haja a satisfação do interesse autoral.

De outra sorte, há situações nas quais se revela a existência de limites não apenas naturais, mas também jurídicos à atuação do julgador para, em substituição ao comportamento do executado, proceder diretamente à satisfação do direito tutelado na demanda, a exemplo das obrigações de fazer cuja prestação somente pode ser realizada pelo próprio devedor, relativamente à qual o juiz não disponha de meios sub-rogatórios para efetivar a tutela executiva independentemente da vontade do réu, restando-lhe recorrer, em tais hipóteses, aos mecanismos coercitivos bastantes para pressionar o obrigado a cumpri-la.<sup>310</sup>

No cumprimento de provimentos judiciais emitidos contra a Administração Pública, além dos aspectos relacionados à efetivação prática da tutela executiva, diversos outros fatores devem ser levados em consideração, seja devido às restrições legais e constitucionais decorrentes das normas de direito público a que se submetem os bens estatais e a atividade administrativa, seja em decorrência das particularidades que cercam as medidas judiciais coercitivas, quando exercidas em desfavor do Estado.

Em se tratando de deveres de fazer, não fazer ou entrega de coisa, exigíveis da Fazenda Pública por força de decisão exarada no exercício do controle jurisdicional de políticas públicas, caberá ao próprio ente estatal, via de regra, por seus agentes, realizar a conduta reclamada, devido às limitações e prerrogativas inerentes ao regime jurídico-administrativo, que marcam as atividades da Administração Pública,<sup>311</sup> dificilmente podendo a prestação ser executada por terceiros, atuando em lugar desta.

Imagine-se, para tanto, uma situação na qual se mostre necessária a realização de concurso público para a admissão de professores a fim de lecionar em estabelecimento de ensino, ou a contratação de empresa para a execução de obra pública, fazendo-se premente, assim, a abertura de procedimentos licitatórios e a prática de uma série de atos administrativos para a consecução dos resultados desejados. Em tais casos, somente os órgãos públicos competentes podem validamente exercer os atos inerentes às condutas estatais necessárias a ditas finalidades, assumindo destacada importância nesse contexto, por conseguinte, os meios

---

<sup>310</sup> GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 27-28.

<sup>311</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 59-61.

executivos *indiretos*, ou *coercitivos*, para viabilizar a concretização do interesse tutelado no processo.

Isso gera, outrossim, uma outra grande dificuldade de ordem prática, já que, como é consabido, as medidas coercitivas têm o condão de atuar sobre a vontade do devedor, a fim de compeli-lo, por meio da ameaça de sanções, a realizar a conduta judicialmente exigida, o que assume uma feição diferenciada, porém, quando tais mecanismos indutivos são direcionados em desfavor do Estado. Este depende, inequivocamente, da atuação dos agentes públicos para desenvolver suas diversas atividades, suscitando indagações acerca da admissibilidade e da própria efetividade dos meios de execução indireta em face da Administração Pública, do que trataremos com mais vagar em tópico próprio.

Não há, de todo modo, prioridade ou hierarquia previamente estabelecida entre os diferentes meios diretos ou indiretos de efetivação da tutela executiva das obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa. Tal escolha deve ser procedida conforme as especificidades da hipótese concreta, orientada pela ponderação entre os princípios da máxima efetividade da tutela jurisdicional e do menor sacrifício do réu, admitindo-se até mesmo, quando necessária, a conjugação de medidas coercitivas e sub-rogorárias.<sup>312</sup>

## 5.2 PECULIARIDADES DO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER OU NÃO FAZER CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Sabe-se que a finalidade precípua dos mecanismos coercitivos destinados à efetivação da tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa consiste, precisamente, em induzir o devedor ao cumprimento da determinação judicial, mediante pressão psicológica exercida pela cominação de uma dada consequência para o caso de sua inobservância, de que constituem exemplos por excelência a multa diária ou a prisão do devedor de pensão alimentícia, caracterizadas por sua natureza meramente processual, e não punitiva.<sup>313</sup>

Quando é o *poder público* que deva ser induzido a realizar determinada prestação, ou a abster-se de agir, contudo, tal como ocorre no controle judicial de políticas públicas, deve o julgador adotar as cautelas necessárias para que a medida eleita para a hipótese de inadimplemento possua, de fato, efeito coercitivo sobre a vontade daquele por meio de quem o

---

<sup>312</sup> TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 284-285.

<sup>313</sup> GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 34-38.

Estado efetivamente atua o gestor público, compelindo-o a adotar as providências devidas para satisfazer o direito tutelado na demanda.

Esse poder de persuasão nem sempre é verificado, porém, por razões que se mostram até mesmo óbvias, quando a sanção estipulada pelo magistrado limita-se a onerar o Erário, sem qualquer reflexo sobre a esfera jurídica do agente público recalcitrante à efetivação da ordem judicial.<sup>314</sup>

Não se pode ignorar, por outro lado, que a personalidade jurídica da entidade de direito público é distinta da de seus membros, sejam eles ocupantes de cargos, empregos ou funções públicas, de maneira que a aplicação de consequências de ordem penal ou processual em desfavor destes, quando admissíveis, deve guardar estrita relação com sua própria conduta. Assim, eventuais atos de descumprimento do comando jurisdicional somente devem resultar na aplicação de medidas sancionatórias ou coercitivas contra o agente estatal, quando possam ser pessoalmente imputáveis a este, em razão de suas próprias ações ou omissões, e não simplesmente da pessoa jurídica de cujos quadros seja integrante, o que por vezes se mostra, ressalte-se, particularmente dificultoso de distinguir, em termos práticos.

Vale lembrar, a respeito do tema, o ensinamento de Hely Lopes Meireles, abraçando a teoria do órgão desenvolvida por Otto von Gierke, no sentido de que os órgãos são centros de competências instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem.<sup>315</sup>

Assim, os órgãos públicos dependem de seus representantes legais, agentes ou servidores, para exercer as funções que lhes são legalmente conferidas e desenvolver as competências disciplinadas nas normas constitucionais e legais, porém os atos praticados por tais agentes ou representantes, ao atuarem nessa condição, são atribuíveis, nos planos civil e administrativo, ao próprio ente estatal.

Coerente com essa ideia, aliás, é a regra da responsabilidade objetiva dos atos do poder público, relativamente aos danos que seus agentes, nessa qualidade, ocasionarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa, na dicção do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Dessa forma, a Administração Pública assume o risco inerente às suas atividades e responde civilmente pelos danos porventura causados a terceiros por seus agentes, no exercício

---

<sup>314</sup> VILLEN, Antônio Carlos. Ação de preceito cominatório e Fazenda Pública. **Revista de direito público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 86, abr.-jun. 1988, p. 153-155.

<sup>315</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 68.

das funções respectivas, somente ficando isenta de tal responsabilidade quando comprovada alguma causa excludente, como a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior.<sup>316</sup>

A norma em comento é fundada na teoria do risco administrativo, que propugna pela repartição social equânime dos ônus provenientes de atos lesivos a terceiros, mediante a responsabilização da pessoa jurídica pelos danos decorrentes do funcionamento do serviço público, independentemente da verificação da qualidade deste.<sup>317</sup> Não serve a regra, portanto, para imunizar o servidor público quanto às consequências de seu proceder ó mesmo porque este pode ser condenado em ação regressiva estatal nos casos em que tenha agido com dolo ou culpa ó , mas para viabilizar a distribuição por toda a coletividade das consequências do prejuízo causado à vítima, que fica dispensada do ônus de provar a ocorrência de culpa do agente.<sup>318</sup>

No aspecto eminentemente processual das medidas coercitivas destinadas a assegurar o cumprimento de provimento judicial pelo ente estatal, todavia, cuida-se de eleger o mecanismo que se mostre mais hábil para compeli-lo à realização da conduta que lhe foi imposta, mediante pressão psicológica exercida sobre quem detenha a competência legal de atuar em nome do Estado, a saber, o agente público a quem caiba a efetivação da ordem.

Nesse diapasão, dispõe o novo CPC, em seu art. 77, § 8º, que ão representante judicial da parte não pode ser compelido a cumprir decisão em seu lugarõ. Verifica-se, inclusive, a ocorrência de impropriedade técnica do legislador, ao inserir a disposição em comento no artigo que disciplina a aplicação de sanção em virtude de ato atentatório à dignidade da justiça, de natureza indubiosamente punitiva, ao passo em que busca vedar, por meio de tal regra, a utilização de mecanismo coercitivo contra o representante da parte, como forma de o impelir à efetivação, *no lugar desta*, de provimento jurisdicional.

Renovamos, aqui, o raciocínio desenvolvido por ocasião do item 4.3.2 retro, pelo qual o dispositivo legal citado deve ser interpretado restritivamente, em sua dicção puramente literal, a fim de que não haja violação ao direito fundamental à tutela executiva. Explicando melhor, a exegese da regra é no sentido de que não se deve direcionar ao representante legal da parte, unicamente por se encontrar nessa posição jurídica, eventuais consequências do desatendimento de ordem judicial, como forma de pressioná-lo a cumprir, *por seus próprios meios*, a prestação ou abstenção reclamada. Desse modo, *todos os custos e encargos inerentes ao cumprimento* da

---

<sup>316</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **RE 109615/RJ**, Relator Min. Celso de Mello. Brasília, 28 maio 1996. DJ de 02 ago. 1996, p. 25.785. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=200815>>. Acesso em: 07 abr. 2016.

<sup>317</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1961, p. 466.

<sup>318</sup> STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 761.

medida determinada judicialmente devem ser suportados *pela pessoa jurídica figurante no polo passivo da ação*.

Enfática, porém, deve ser a resposta judicial ao comportamento do gestor que, colocando-se entre o órgão jurisdicional e a pessoa jurídica que integra, obstaculiza, mediante ação ou omissão abusivas, a efetivação da ordem judicial, seja deixando injustificadamente de praticar ato de ofício, necessário à implementação da medida respectiva, seja assumindo comportamento oposto à obtenção de tal resultado, hipótese em que se revela admissível o direcionamento de medidas coercitivas à pessoa do agente público.

À semelhança, portanto, do que se dá na responsabilidade objetiva por atos da Administração Pública, defendemos que, via de regra e ordinariamente, para que se obtenha a satisfação do direito tutelado na demanda, sejam eleitos meios indutivos da atuação do agente ou representante legal do poder público, sob pena da incidência em consequências que devem pesar, em primeiro lugar, sobre o Erário, afetando preferencialmente o interesse público secundário.

Caso reste evidenciado, entretanto, que o agente público deixou de adotar, com um grau minimamente aceitável de eficiência, as providências que razoavelmente estavam ao seu alcance, comportando-se, culposa ou dolosamente, de modo contrário ou incompatível com o que lhe seria exigível para dar cumprimento à determinação judicial, podem ser manejados contra a sua pessoa os meios de execução indireta do art. 536, § 1º, do CPC, a fim de que seja compelido a exercer as atribuições funcionais necessárias à implementação da decisão, tal como na ação regressiva cabível em desfavor do servidor que ocasionou dano a terceiro por dolo ou culpa, na forma do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.<sup>319</sup>

Essa, pois, é a única interpretação do art. 77, § 8º, do novo CPC, que se revela consentânea ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e adequada, identificado doutrinariamente como um direito às medidas judiciais consonantes com as necessidades do direito material deduzido em juízo e realizadas específica e concretamente em tempo hábil.<sup>320</sup>

Perceba-se, nesse passo, que a conduta do agente público que se oponha maliciosamente ao cumprimento de ordem judicial configura até mesmo *crime de*

---

<sup>319</sup> VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 267-268.

<sup>320</sup> MITIDIERO, Daniel. Direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, tutelas jurisdicionais diferenciadas e multa processual para o cumprimento das obrigações de pagar quantia. In: SHIMURA, Sérgio; BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Execução civil e cumprimento de sentença**. São Paulo: Método, v. 3, 2009, p. 131.

*desobediência*, a teor do que se depreende do art. 330 do Código Penal, conjugado com os arts. 26 da Lei do Mandado de Segurança (n. 12.016/09) e 536, § 3º, parte final, do Código de Processo Civil, conforme discorremos no item 4.4.2 do presente trabalho. Ora, se a determinação judicial dirigida ao servidor público, nas ações de obrigação de fazer ou não fazer movidas contra o Estado, possui caráter mandamental, cuja inobservância caracteriza infração penal, como sustentar que o Poder Judiciário não é autorizado a valer-se de meios coercitivos para assegurar o cumprimento de suas decisões, em face de quem tem a responsabilidade funcional de efetivá-la, e, injustificadamente, não o faz?

Nesse diapasão, leciona Sérgio Cruz Arenhart que, assim como ocorre nas sanções processuais por ato atentatório à dignidade da justiça, hoje disciplinadas pelo art. 77, inciso IV e § 2º, do novo CPC, que podem alcançar terceiros òque de qualquer forma participem do processo, também as medidas coercitivas atípicas previstas no art. 536, § 1º, do CPC, podem ser direcionadas aos servidores da pessoa jurídica destinatária da ordem judicial,<sup>321</sup> que possuem o dever de cumpri-la, não lhes sendo permitido opor embaraços à sua execução, sob pena de incorrerem nas reprimendas de ordem processual pertinentes.<sup>322</sup>

Para que o meio coercitivo eventualmente aplicado ao agente público não se transmude, contudo, em violação ao disposto no art. 77, § 8º, do CPC, nem venha a malferir o princípio da utilidade da execução, deve ser afastada a incidência de qualquer sanção processual em desfavor do servidor, nos casos em que o descumprimento resulte da real impossibilidade, por razões de ordem jurídica ou material, de efetivação, pelo ente público demandado, das providências necessárias à satisfação do direito.

A maior dificuldade, ressalte-se, para que se possa distinguir as hipóteses de inobservância voluntária e inescusável do provimento judicial, pelo agente público, daquelas em que o seu cumprimento se mostra impossibilitado, reside nas limitações cognitivas do próprio processo judicial, especialmente na tutela executiva, onde, de regra, não são desenvolvidos atos instrutórios exaurientes acerca da situação jurídica constitutiva da demanda, sobretudo nas ações relacionadas ao tema do controle judicial de políticas públicas, invariavelmente cercado de complexidade.

Esse é um dos motivos, aliás, pelo qual se deve preferir que, nos litígios de interesse público, a execução se desenvolva, tanto quanto possível, de forma negociada entre as partes e

---

<sup>321</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. A efetivação de provimentos judiciais e a participação de terceiros. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**. Curitiba: IAP, n. 34, dez. 2006, p. 228-230.

<sup>322</sup> Cf. item 4.3.2 retro.

o magistrado, visando construir um cronograma pactuado para a efetivação do provimento jurisdicional, a ser objeto de ulterior fiscalização pelos sujeitos processuais.<sup>323</sup>

Caso não seja possível, porém, a consecução de resultados satisfatórios pela via da colaboração entre as partes e demais interessados, com vistas ao atingimento consensual de tais objetivos, não é dado ao julgador pronunciar o *non liquet*, devendo valer-se dos instrumentos que a lei processual lhe conferem para, com a máxima efetividade, obter a satisfação integral do direito vindicado, inclusive empregando os meios coercitivos bastantes em face de quem, de modo suficientemente claro, esteja colocando embaraços, por ação ou omissão indevidas, ao cumprimento das medidas exigíveis na situação concreta.

Passemos à análise, doravante, dos diferentes meios executivos de natureza direta ou indireta, de que dispõe o julgador para o fim de realizar a tutela específica da obrigação ou de seu resultado equivalente em desfavor do Erário, à luz das normas e interesses potencialmente colidentes no caso concreto.

### 5.3 MEDIDAS COERCITIVAS NOS PROVIMENTOS MANDAMENTAIS: EXECUÇÃO INDIRETA EM FACE DO ESTADO

Consoante estabelecem os arts. 536, § 1º, e 538, do CPC, privilegia-se, no cumprimento das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, a efetivação da tutela em sua forma específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, cabendo ao juiz, para tanto, determinar a adoção das providências bastantes à satisfação do direito, mencionadas no texto legal, de forma exemplificativa, dentre medidas de natureza coercitiva e sub-rogatória.

Busca-se, com a técnica da tutela específica, oproporcionar a quem tem direito à situação jurídica final que constitui objeto de uma obrigação específica precisamente aquela situação jurídica final que ele tem o direito de obter,<sup>324</sup> adaptando-se à hipótese a máxima chiovendiana alusiva ao escopo geral de efetividade processual.

Isso porque, nos deveres de caráter não pecuniário, a conversão do comportamento exigível no seu equivalente em dinheiro revela-se geralmente insatisfatória, sobretudo nos casos relacionados à proteção de direitos fundamentais ó inclusive os de índole prestacional ó ou a

---

<sup>323</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. A execução negociada de políticas públicas em juízo. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 212, out. 2012, p. 41-48.

<sup>324</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 149.

interesses difusos ou coletivos, nos quais a indisponibilidade da situação jurídica constitui o traço preponderante.

Serve-se o direito processual, para tal mister, dentre outros, de mecanismos tendentes a persuadir o executado à realização da conduta objetivada pela norma de direito material, como forma de entregar ao credor, tanto quanto se mostre possível, o exato resultado prático atingível pelo adimplemento espontâneo.<sup>325</sup>

Ocorre, porém, que nas hipóteses em que um ente estatal figura como destinatário da ordem judicial a ser implementada, os meios coercitivos de que se vale o Poder Judiciário a fim de compeli-lo ao cumprimento, para que tenham real efetividade, devem ser especialmente moldados à realidade diferenciada que se apresenta sob esse contexto.

### **5.3.1 O bloqueio coercitivo de recursos públicos**

Uma das medidas de caráter coercitivo que por vezes tem apresentado resultados satisfatórios, na prática, para obter a efetivação dos provimentos judiciais emitidos em face do Erário, tem sido o bloqueio, em contas bancárias públicas, dos valores necessários ao custeio das providências bastantes à satisfação do interesse tutelado na ação.

Trata-se, vale frisar, de um mecanismo indutivo da atuação estatal à efetivação da ordem judicial, não consistindo ó apesar de implicar em restrição da utilização dos recursos bloqueados ó, em medida sub-rogatória, já que não possui, na modalidade ora versada, finalidade expropriatória em relação aos bens integrantes do patrimônio público.

Equivale tal medida, em termos pragmáticos, à indisponibilidade de ativos financeiros prevista no art. 854 do CPC, distinguindo-se fundamentalmente desta, porém, porque não implica na realização de penhora, e muito menos na possibilidade de levantamento pelo exequente. Busca-se, com o bloqueio coercitivo de verbas públicas, compelir o gestor a utilizá-las para o propósito específico de dar cumprimento à determinação judicial exequenda, impedindo-o de empregar os recursos em finalidade diversa.

Consigne-se, por oportuno, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, diante do caráter meramente exemplificativo do rol de medidas executivas previstas no art. 461, § 5º, do CPC revogado (cuja dicção foi repetida pelo art. 536, § 1º, do novo Código), tem admitido, em situações excepcionais, o bloqueio de verba pública para fins de levantamento e

---

<sup>325</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade**. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 59.

utilização, pelo próprio beneficiário, para custear a aquisição de medicamentos ou realização de tratamento de saúde indispensáveis à preservação da vida de usuário do SUS.<sup>326</sup>

No bloqueio coercitivo, contudo, preserva-se a competência do ente estatal para a prática dos atos necessários à implementação da política pública, restringindo-se, apenas, a destinação dos recursos correspondentes, que ficam materialmente vinculados à consecução dos objetivos afirmados no provimento judicial exequendo.

Tal medida tem sido amplamente aceita pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, especialmente em demandas relacionadas à defesa de interesses difusos e coletivos, visando a efetivação de direitos fundamentais como a educação,<sup>327</sup> segurança pública,<sup>328</sup> acessibilidade das pessoas com deficiência,<sup>329</sup> dentre outros.

Deve-se admitir, de todo modo, que a realização de atos constitutivos sobre recursos públicos, a depender do montante da verba atingida, pode representar risco à continuidade de serviços indispensáveis à população, motivo pelo qual se exige, sobretudo nos casos de repercussão pecuniária mais significativa, cautela na adoção de tal providência, que deve ser imposta mediante a análise de dados financeiros e orçamentários, coletados e discutidos em contraditório com as partes e demais interessados.

Não se pode olvidar, sob outra ótica, que a medida carente de efetivação pela Administração Pública pode destinar-se, na hipótese concreta, a preservar direito fundamental relacionado ao mínimo existencial, ou a realizar política pública injustificável e abusivamente negligenciada pelo gestor, de maneira que o retardamento na satisfação do interesse tutelado no processo pode redundar, isto sim, na perpetuação de uma inaceitável situação de violação de direitos, por força de indevida omissão estatal.

---

<sup>326</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). **AgRg nos EREsp 796509/RS**, Relator Min. Luiz Fux. Brasília, 11 out. 2006. DJ de 30 out. 2006, p. 233. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200600890202&dt\\_publicacao=30/10/2006](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600890202&dt_publicacao=30/10/2006)>. Acesso em: 08 abr. 2016.

<sup>327</sup> Id. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (1ª Câmara Cível). **Agravo de Instrumento nº 2012.000750-6**, Relator Des. Expedito Ferreira. Natal, 14 fev. 2013. Disponível em: <<http://esaj.tjrn.jus.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?&CDP=0100053NT0000&nuProcesso=2012.000750-6>>. Acesso em: 08 abr. 2016.

<sup>328</sup> Id. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (3ª Câmara Cível). **Agravo de Instrumento nº 2013.015332-5**, Relator Des. João Rebouças. Natal, 19 nov. 2013. Disponível em: <<http://esaj.tjrn.jus.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?&CDP=01000747G0000&nuProcesso=2013.015332-5>>. Acesso em: 08 abr. 2016.

<sup>329</sup> Id. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (2ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº 2012.017000-5**, Rel. Juiz Convocado Francisco Seráfico da Nóbrega Coutinho. Natal, 27 jan. 2015. Disponível em: <<http://esaj.tjrn.jus.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?&CDP=010005ZLP0000&nuProcesso=2012.017000-5>>. Acesso em: 08 abr. 2016.

O bloqueio da quantia necessária à implementação da política pública, por si só, possui o efeito coercitivo resultante da impossibilidade de utilização da verba para finalidade distinta, restringindo a capacidade gerencial do administrador público, o que pode não ser suficiente, todavia, em concreto, para exaurir os propósitos almejados em uma ação na qual se busca o cumprimento de obrigação de fazer, por exemplo. Nesse caso, deve o magistrado determinar, paralelamente à indisponibilidade dos recursos, a adoção pelo gestor das demais providências bastantes à aplicação destes, fixando prazo para a realização das etapas seguintes.

Vale atentar, a esse respeito, que caberá ao julgador avaliar se é necessário aplicar, na última hipótese citada, *cumulativamente* ao bloqueio de ativos financeiros do Estado,<sup>330</sup> alguma outra medida coercitiva ou sub-rogatória admissível pelo art. 536, § 1º, do CPC, a fim de reforçar o caráter cogente do provimento e assegurar a observância da decisão judicial pela Administração Pública, mediante a conjugação dos meios executivos cabíveis.<sup>331</sup>

O escopo principal que deve nortear o exame da suficiência e necessidade dos mecanismos coercitivos empregados em desfavor do Erário, destarte, deve ser sempre a efetividade da tutela jurisdicional, sem descuidar, contudo, da preservação do interesse público subjacente e das demais normas constitucionais e dos direitos fundamentais porventura colidentes, que devem ser harmonizados em cada situação específica, velando-se para que não haja o sacrifício total de qualquer deles.

### 5.3.2 O instituto das *astreintes* e a questão da sua aplicabilidade em desfavor do Erário

Medida coercitiva por excelência, a multa diária, ou *astreinte*, é sempre lembrada nas hipóteses em que se faz necessário o cumprimento forçado de obrigação de fazer ou não fazer diretamente pelo devedor, estando inserida dentre os meios executivos admissíveis para essa modalidade de tutela jurisdicional, na forma do art. 536, § 1º, do CPC.

Inspirada no direito comparado, sobretudo no sistema francês, como um dos raros instrumentos coercitivos eficazes na execução específica das obrigações de fazer ó diante da regra geral da inadmissibilidade, entre nós, devido à limitação do art. 5º, inciso LXVII, da

---

<sup>330</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 79, jul. 1995, p. 69.

<sup>331</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **REsp 830417/RS**, Relator Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, 14 set. 2010. DJe de 06 out. 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200600575652&dt\\_publicacao=06/10/2010](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600575652&dt_publicacao=06/10/2010)>. Acesso em: 08 abr. 2016.

Constituição Federal, da prisão civil dos países de *common law*, de indiscutível poder persuasivo ó, a multa coercitiva chega a ser apontada, no dizer de Araken de Assis, como o melhor meio executório hoje disponível, apesar das restrições que lhe são inerentes, pois somente surte efeitos práticos em face de quem disponha de bens suscetíveis de penhora, bem como, porque não exerce pressão satisfatória perante os gestores públicos, o sempre tentados a ignorá-la, repassando o encargo aos seus sucessores, fiados na cômoda fila do precatório.<sup>332</sup>

É nesse delicado cenário, fielmente retratado pelo ilustre professor gaúcho, que se insere o tema da aplicabilidade das *astreintes* nas demandas voltadas ao controle judicial de políticas públicas.

Antes de indagar, pois, acerca da admissibilidade de imposição, em desfavor do Erário, da pena de multa diária por descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, cumpre averiguar acerca da efetiva *adequação* da medida à hipótese versada, tendo em mente a natureza e finalidade do instituto, além do comportamento esperado das pessoas a quem de fato cabe o cumprimento da medida e os efeitos práticos que dela podem vir a resultar.

O caráter coercitivo das *astreintes*, que já era afirmado pela doutrina como uma dedução lógica da cumulabilidade entre a multa e as perdas e danos, enunciada no art. 461, § 2º, do Código Buzaid,<sup>333</sup> encontra-se agora melhor explicitada no dispositivo congênere do novo CPC, ao dispor, em seu art. 500, que o indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa fixada periodicamente **para compelir** o réu ao cumprimento específico da obrigação. (Grifou-se).

Com efeito, se o propósito da cominação pecuniária atribuída ao destinatário da ordem não é sancioná-lo, nem servir de fonte de enriquecimento ao beneficiário, mas o desestimular a inércia injustificada do sujeito passivo em cumprir a determinação do juízo,<sup>334</sup> é necessário certificar-se de que ela, de fato, detém potencialidade para produzir o efeito desejado, na hipótese em que se cogite sua aplicação.

No cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer em face do Estado, não se observa plausibilidade satisfatória da ocorrência de um resultado persuasivo sobre a vontade do

---

<sup>332</sup> ASSIS, Araken de. Execução na ação civil pública. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 82, abr. 1996, p. 51-52.

<sup>333</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 149.

<sup>334</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). **REsp 1112862/GO**, Relator Min. Humberto Martins. Brasília, 13 abr. 2011. DJe de 04 maio 2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200900590176&dt\\_publicacao=04/05/2011](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900590176&dt_publicacao=04/05/2011)>. Acesso em: 09 abr. 2016.

administrador, diante da simples incidência da entidade pública respectiva em multa periódica arbitrada pelo juízo.

Ora, mesmo abstraindo-se quaisquer divagações acerca do nível de zelo e preocupação que os gestores públicos brasileiros possam ter para com a preservação do patrimônio coletivo, cumpre-nos perquirir, na seara puramente processual, se é razoável esperar que um dirigente de órgão estatal se sensibilize com o fato de estar a entidade incorrendo em imposição pecuniária decorrente de decisão judicial, mesmo sabendo que as consequências financeiras práticas daí provenientes são absolutamente incertas, e que só podem vir a se concretizar por meio de uma futura e eventual execução pelo moroso regime do precatório.<sup>335</sup>

Ainda mais incerta, outrossim, seria uma ação regressiva da Administração Pública contra o administrador, a fim de ressarcir o Erário pelos prejuízos experimentados com o pagamento da multa diária. A aplicação de *astreintes* ao poder público, destarte, somente teria o condão de servir, quando muito, para impor mais um ônus às já combalidas finanças públicas, revitimizando o contribuinte carente da atuação estatal,<sup>336</sup> sem reflexo coercitivo bastante na demanda em que se busca a implementação de política pública determinada judicialmente.

Não milita a favor da ideia de adequação da multa periódica na hipótese, ademais, o argumento de que o demandante poderia valer-se da quantia obtida como proveito daquela para proceder à efetivação, com seus próprios meios, do direito prestacional objetivado na lide, ressarcindo-se dos gastos realizados para essa finalidade, a exemplo da aquisição de determinado medicamento ou do pagamento por cirurgia que deveriam ser custeados pelo poder público. É que não é esse o propósito do instituto, que não se presta a funcionar como mecanismo de conversão da obrigação em perdas e danos,<sup>337</sup> pois detém função eminentemente coercitiva, destinada a assegurar o *cumprimento específico* da obrigação.

Caso deseje, portanto, obter a conversão do dever de fazer ou não fazer em perdas e danos, deverá o autor socorrer-se do disposto no art. 499 do CPC,<sup>338</sup> ao invés de utilizar-se das consequências pecuniárias das *astreintes* para tal fim. Entendimento diverso pode abrir margem ao surgimento de uma mera fonte de enriquecimento dos que litigam contra o Erário, pois, além de poderem usufruir do proveito financeiro da multa diária, corriqueiramente ignorada pelos

---

<sup>335</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 162.

<sup>336</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 960.

<sup>337</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 75.

<sup>338</sup> Art. 499. A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor a requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

gestores, ainda se mostra cabível aos exequentes a formulação do pleito de conversão da obrigação em perdas e danos, em face da cumulabilidade prevista no art. 500, do mesmo Código.

Não possui a multa diária, portanto, quando se cuide de tutela executiva em desfavor do poder público, a devida õaptidão para pressionar a vontade do devedor, de modo a induzi-lo a cumprir a obrigação, <sup>339</sup> ao ser direcionada contra os cofres públicos, não revelando, assim, a necessária adequação à finalidade perseguida por meio do processo, qual seja, o efetivo cumprimento do provimento judicial.

Ressalte-se, todavia, que não estamos a repreender a orientação jurisprudencial consolidada no Superior Tribunal de Justiça, no sentido do *cabimento* da imposição de multa coercitiva em desfavor do Estado. <sup>340</sup> Permitimo-nos sustentar, por outro lado, a *falta de eficácia prática* de tal medida como meio de execução indireta contra a Fazenda Pública, <sup>341</sup> tornando recomendável que se busquem, em seu lugar, *outros mecanismos processuais* bastantes para assegurar, com a devida efetividade, o cumprimento da decisão exequenda.

Não passa a multa periódica, desse modo, quando utilizada em face do poder público, de um arremedo de meio coercitivo, para nada mais servindo do que conferir ao autor uma doce ilusão de que o ente demandado está sendo efetivamente compelido à satisfação do direito tutelado, ao mesmo tempo em que o Poder Judiciário, assim agindo, parece fingir que exerce algum esforço com esse desiderato. Consiste, enfim, em uma indesejável causa de descrédito e de mácula à autoridade das decisões judiciais, cuja prática no cotidiano forense ó se é que verdadeiramente há um compromisso com a efetividade processual ó, necessita ser extirpada, diante de seu caráter nitidamente inútil e até mesmo nocivo.

Assim, nada obstará, legalmente, a aplicação de *astreintes* contra o Estado, mas a falta de utilidade concreta de tal cominação para induzir o administrador público à implementação da política pública almejada no processo torna inadequado, via de regra, o seu manejo como meio coercitivo nessa espécie de demanda, ressalvadas as raríssimas hipóteses nas quais, de fato, haja fundadas razões que possam levar a conclusão diversa.

---

<sup>339</sup> GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 191.

<sup>340</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). **AgRg no REsp 1073448/RS**, Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 06 out. 2015. DJe de 15 out. 2015. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200801511600&dt\\_publicacao=15/10/2015](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801511600&dt_publicacao=15/10/2015)>. Acesso em: 09 abr. 2016.

<sup>341</sup> GOUVÉA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. In: GARCIA, Emerson (Coord.). **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 234-236.

Trataremos em tópico autônomo do assunto alusivo à possibilidade de se direcionar os meios coercitivos à pessoa do gestor em sede do controle judicial de políticas públicas, devido à necessidade de uma abordagem mais aprofundada do tema, em razão de suas especificidades.

#### 5.4 A ADMISSIBILIDADE DA MULTA DIÁRIA EM FACE DE AGENTES PÚBLICOS

Se a cominação de *astreintes* em desfavor da Fazenda Pública revela-se, embora legalmente cabível, inadequada como medida coercitiva suficiente na hipótese, como entendemos haver demonstrado no item anterior, não se pode simplesmente abrir mão desse importante meio de cumprimento dos deveres de fazer e não fazer, nas ações destinadas ao controle jurisdicional de políticas públicas, sem antes perquirir da sua aplicabilidade diante de quem, efetivamente, possui a competência e a responsabilidade legais de dar cumprimento às decisões emitidas contra a Administração Pública: os seus gestores e agentes.

Assinale-se, antes de mais nada, que a imposição de sanção por ato atentatório à dignidade da justiça, ao servidor público que vier a descumprir a ordem judicial, além de ser propriamente voltada à mera *punição* da conduta praticada ó não possuindo, assim, caráter coercitivo ó, somente pode ser executada, sob o rito das execuções fiscais, após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, a teor do art. 77, § 3º, do CPC. Descarta-se, por esse motivo, a serventia de tal norma para compelir o agente ao cumprimento da decisão, não se prescindindo, pois, da existência de medidas indutivas autônomas para assegurar, de modo imediato, a efetividade no cumprimento dos provimentos judiciais em face do Estado.

##### 5.4.1 O exame, em abstrato, da proporcionalidade da medida

A investigação da proporcionalidade dos atos do poder estatal, dentre os quais se inserem, inclusive, as medidas jurisdicionais, envolve, como já tivemos a oportunidade de salientar no decorrer desta pesquisa, o emprego dos elementos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.<sup>342</sup>

O pressuposto a ser verificado quando da análise da *adequação*, em tese, de um meio coercitivo consiste, naturalmente, na indagação acerca de seu potencial pragmático para compelir o destinatário da ordem judicial à observância desta, no que, sem maior esforço

---

<sup>342</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 356-361.

argumentativo, chega-se a uma conclusão afirmativa, na hipótese em comento, por razões que se afiguram cercadas de obviedades.

O poder persuasivo da multa periódica decorre, antes de mais nada, da própria exigibilidade imediata que a caracteriza, seja quando fixada em decisão concessiva de tutela antecipatória, seja na sentença ou na etapa executiva, por ser passível de cumprimento provisório, mediante depósito em juízo, condicionando-se apenas o levantamento da quantia ao trânsito em julgado da sentença favorável ao beneficiário da medida, consoante estabelece textualmente o art. 537, § 3º, do Código de Processo Civil, que acolheu o entendimento doutrinário existente sob o Código recém revogado,<sup>343</sup> superando a orientação jurisprudencial em contrário outrora dominante no Egrégio STJ.<sup>344</sup>

Dessa forma, os efeitos práticos da cominação pecuniária podem ser instantaneamente sentidos pelo obrigado, sujeitando-se o seu patrimônio ó preferencialmente o dinheiro eventualmente disponível em conta corrente ó,<sup>345</sup> aos atos constritivos correspondentes.

Assim é que, diante da possibilidade iminente de responder pessoalmente o administrador, com seus próprios bens, pelo retardamento indevido ou omissão injustificada em implementar as providências necessárias à efetivação da conduta judicialmente exigida em face do poder público, é bastante aceitável crer na eficácia indutiva das *astreintes* para atuar sobre a vontade do responsável pelo atendimento da determinação respectiva.

Prosseguindo no teste de proporcionalidade da medida, no contexto ora descrito, pode-se aferir a sua real *necessidade*, tendo em vista que as sanções penal e por ato atentatório à dignidade da justiça, abstratamente cominadas, não tem se mostrado aptas, por si sós, no aspecto prático, para que se obtenha do servidor público a prática dos atos bastantes à efetivação da decisão judicial, conforme expusemos no decorrer do Capítulo 4 do presente trabalho, carecendo-se de uma medida coercitiva de eficácia imediata para, com efetividade, alcançar os resultados processuais perseguidos.

A proporcionalidade em sentido estrito, por seu turno, deve ser observada concretamente, quando da definição do montante e da periodicidade da multa arbitrável em face

---

<sup>343</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 809.

<sup>344</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **REsp 1200856/RS**, Relator Min. Sidnei Beneti. Brasília, 01 jul. 2014. DJe de 17 set. 2014. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201001258394&dt\\_publicacao=17/09/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001258394&dt_publicacao=17/09/2014)>. Acesso em: 11 abr. 2016.

<sup>345</sup> Art. 835, inciso I, do CPC.

de determinado agente público, consideradas as peculiaridades do caso submetido à apreciação judicial.

Uma vez evidenciada a adequação da multa periódica para compelir o gestor à realização dos atos inseridos em sua esfera de competência para a implementação da política pública constitutiva do objeto do provimento jurisdicional, mostrando-se, em tese, proporcional aos fins almejados, impende que se analise o seu cabimento sob a ótica da observância do devido processo legal, em relação à pessoa do agente público potencialmente alcançável pela medida.

#### **5.4.2 A suscetibilidade de terceiros ao poder coercitivo da atividade jurisdicional**

Vale atentar, inicialmente, para a posição processual exercida pelo administrador público em relação ao cumprimento da ordem que lhe é dirigida, visando a efetivação de determinada providência em nome do ente estatal ao qual é vinculado.

Para além da evidente constatação de que o servidor não é parte na causa, pois o polo passivo deve ser sempre ocupado pela pessoa jurídica em face de quem tenha sido formulado o pedido meritório, não cabe ignorar que o administrador desta, a quem tenha sido diretamente emitida uma determinação para o cumprimento de medida relacionada às respectivas atribuições, passa a ostentar um inevitável liame com a relação processual, ainda que restrito ao atendimento do provimento judicial e à obrigatoriedade legal de prestar as devidas informações ao magistrado.<sup>346</sup>

Como decorrência do dever genérico de boa-fé processual que cabe a todos os sujeitos processuais e mesmo aos simples partícipes do processo, na forma do art. 5º do CPC, impõe o art. 77, inciso IV, do mesmo Código, que incumbe às partes, a seus procuradores e, também, a todos aqueles que de qualquer forma participem do processo, os deveres de (i) cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e (ii) não criar embaraços à sua efetivação. A inobservância de qualquer desses deveres, na dicção do § 2º, do mesmo artigo, constitui ato atentatório à dignidade da justiça, dando ensejo à aplicação, ao responsável, de multa de até vinte por cento do valor da causa, conforme a gravidade da conduta, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis.

---

<sup>346</sup> Cf. art. 378 do CPC: "Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade".

Trata-se, como enfatizado pela própria norma, de dever processual inerente a todos os sujeitos processuais e a qualquer pessoa *que de qualquer forma participe do processo*.<sup>347</sup> O caráter abrangente da regra visa, inapelavelmente, alcançar quem quer que possa contribuir com o cumprimento das decisões judiciais, ou ainda, inversamente, embaraçar-lhes a implementação, a fim de assegurar a autoridade da atividade jurisdicional do Estado.

Nesse sentido, aliás, tem entendido o Superior Tribunal de Justiça que a multa por ato atentatório à dignidade da justiça, anteriormente estatuída no art. 14, parágrafo único, do CPC de 1973, e hoje disciplinada, sem grandes alterações, pelo art. 77 do novo Código, aplica-se inclusive aos *peritos* atuantes no processo, que, notoriamente, não integram a relação processual. Em didático voto, inclusive, a eminente Ministra Relatora bem distinguiu os dois deveres destinados a garantir a efetividade das decisões judiciais, que podem dar azo à referida reprimenda pecuniária, quais sejam, o dever de cumpri-las com exatidão, inerente a quem haja sido diretamente atribuída tal incumbência, e, por fim, o de não criar embaraços à efetivação daquelas, sendo este último aplicável a todas as pessoas, ainda que alheias à relação processual, em decorrência do ônus de colaborar com a justiça, afeto a todos os cidadãos.<sup>348</sup>

É válido afirmar, por conseguinte, que o servidor público a quem seja dirigida uma ordem judicial para a adoção das providências administrativas que lhe caibam, por inerentes às suas atribuições funcionais, objetivando implementar determinada política pública, incorrerá, caso deixe de dar cumprimento a tal determinação, nas mencionadas sanções por ato de *contempt of court*, do art. 77, inciso IV, § 2º, do CPC. Pode ainda o agente incidir, ademais, nas penas por crime de desobediência, previsto no art. 330 do Código Penal, caso fique evidenciado que agiu com dolo, consoante expusemos por ocasião dos itens 4.3 e 4.4 deste estudo.

Essa é a razão pela qual respeitável corrente doutrinária sustenta que, assim como vários outros dispositivos da lei processual impõem deveres e responsabilidades para terceiros que não figuram como partes no feito,<sup>349</sup> ao ponto de implicar na emblemática possibilidade de serem apenados por ato atentatório à dignidade da justiça, mostra-se perfeitamente admissível

---

<sup>347</sup> A lei processual excepciona apenas, do âmbito de incidência da referida sanção, no § 6º do artigo, os advogados, Defensores Públicos e membros do Ministério Público, suscetíveis de responder tão-somente, na hipótese, por penalidade disciplinar, conforme previsão contida no estatuto funcional ou profissional próprio.

<sup>348</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **REsp 1013777/ES**, Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 13 abr. 2010, Dje de 01 jul. 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200702946938&dt\\_publicacao=01/07/2010](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200702946938&dt_publicacao=01/07/2010)>. Acesso em: 21 dez. 2015.

<sup>349</sup> Alude-se à situação congênere do depositário ou do administrador (arts. 159 a 161 do CPC), do arrematante (arts. 895 e 897), ou, ainda, da pessoa indicada para a execução de obrigação de fazer por terceiros (arts. 817 a 819), dentre outras hipóteses.

a aplicação de multa diária em desfavor do agente público a quem caiba a efetivação do provimento judicial, nas demandas contra o Estado, na forma do art. 536, § 1º, do CPC.<sup>350</sup>

Outra não é, também, a lição de Marcelo Lima Guerra, para quem a imposição de multa coercitiva contra terceiros ó dentre os quais o autor insere o administrador público de cuja ação ou omissão dependa diretamente a efetivação da tutela específica da obrigação ó, é uma exigência do direito fundamental à tutela executiva, autorizada pelo art. 461, § 5º, do Código revogado, cuja redação foi incorporada pelo art. 536, § 1º, do novo CPC.<sup>351</sup>

Salienta o professor cearense, ainda, que a ilação de que o poder jurisdicional não pode alcançar terceiros alheios à relação processual é um dogma incorreto que necessita ser desfeito, pois tal limitação diz respeito apenas às providências finais do processo, alusivas ao mérito da causa, e não ao poder coercitivo, òdestinado a remover obstáculos à administração da justiça,³⁵² a exemplo da determinação da exibição e apreensão de documentos e coisas em poder de terceiros ou da condução coercitiva de testemunhas faltosas.<sup>353</sup>

Demonstração evidente do acerto do escólio referido, a propósito, está na redação atribuída ao art. 380 do Código de Processo Civil, que teve acrescido um parágrafo único, em relação ao texto do art. 341 do CPC revogado, para estabelecer que, no caso de descumprimento, *pelo terceiro*, de qualquer dos deveres processuais de òinformar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento e de exhibir coisa ou documento que esteja em seu poder,³⁵⁴ poderá o juiz impor, além òde **multa**, outras medidas **indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogorias**. (Grifo nosso).

Trata-se da expressa confirmação legal, destarte, do inescapável alcance, também em relação a terceiros, do *poder coercitivo inerente às decisões jurisdicionais*, com maior razão ainda para aquelas revestidas de caráter mandamental, destinadas à obtenção da tutela específica de um fazer ou não fazer.

Diversos outros processualistas de escol compartilham do entendimento esposado,<sup>355</sup> ensinando Cândido Rangel Dinamarco que a necessidade de observância das decisões emitidas

<sup>350</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. A efetivação de provimentos judiciais e a participação de terceiros. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**. Curitiba: IAP, n. 34, dez. 2006, p. 217-221.

<sup>351</sup> GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 130-132 e 197.

<sup>352</sup> Ibid., p. 130-132.

<sup>353</sup> Arts. 403, parágrafo único, e 455, § 5º, do CPC.

<sup>354</sup> Art. 380, incisos I e II, do CPC.

<sup>355</sup> DIDIER JR., Fredie et al. **Curso de direito processual civil: execução**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, v. 5, 2014, p. 453. Também: CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 162.

pelo Judiciário em face dos demais Poderes impõe-se diante do dever recíproco de respeito às atividades legitimamente realizadas por cada um destes, sendo fundamental à existência de um ambiente democrático o cumprimento, pelos entes estatais, das determinações judiciais, sob pena de risco ao próprio Estado de Direito.<sup>356</sup>

Não se mostra admissível, todavia, uma generalização indiscriminada da imposição de multa coercitiva aos agentes públicos, no âmbito das ações destinadas ao controle jurisdicional de políticas públicas, pois isso poderia implicar em violação ao disposto no art. 77, § 8º, do CPC,<sup>357</sup> conforme discorreremos no item 5.2 retro.

De fato, dirigir uma determinação genérica a um servidor, para que proceda à implementação de determinada política pública, sob pena de incorrer, ele próprio, em cominação pecuniária, sem maiores considerações acerca das providências que estão ao alcance do agente estatal, dentro da sua esfera de atribuições, para conferir cumprimento à decisão judicial, parece implicar em uma indevida transferência para terceiro dos ônus atinente à satisfação do interesse tutelado na demanda, que deve caber ao Estado.

Entendemos que assiste inteira razão, desse modo, a Eduardo Talamini e a Desirê Bauermann, ao defenderem que a multa coercitiva somente seja imposta ao administrador público quando este demonstre *resistência injustificada* à efetivação do provimento jurisdicional,<sup>358</sup> ou quando, em razão de conduta a ele imputável, venha a adotar comportamento incompatível com o cumprimento da medida,<sup>359</sup> de modo a constituir embaraço à sua implementação.

Não se vislumbra, por outro lado, qualquer excesso ou censurabilidade na decisão judicial que, diante da existência de indícios suficientes de que tenha havido descumprimento desmotivado, pelo servidor, da determinação que lhe foi expressamente dirigida, relacionada ao plexo de atribuições funcionais inerentes ao cargo que ocupa, fixa prazo razoável para a efetivação da ordem, sob pena de incorrer pessoalmente na multa arbitrada em seu desfavor.

Tal providência, contudo, para que possa ser legitimamente adotada, deve resultar de um procedimento adequado, conduzido sob os ditames do contraditório, visando assegurar ao agente público interessado, enquanto terceiro alheio à relação processual, exercer as faculdades

---

<sup>356</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Efetividade do processo e os poderes do juiz**: fundamentos do processo civil moderno. 3. ed. São Paulo: Malheiros, t. 1, 2000, p. 606.

<sup>357</sup> Art. 77. [...] § 8º. O representante judicial da parte não pode ser compelido a cumprir decisão em seu lugar.

<sup>358</sup> TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 247 e 450.

<sup>359</sup> BAUERMAN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 123-127.

processuais bastantes à defesa da situação jurídica que lhe é própria, especialmente diante da ausência de disposição legal expressa autorizando a aplicação do referido meio coercitivo. Somente assim será necessariamente prevenida a ocorrência de qualquer mácula na decisão, superando-se, com isso, os entraves levantados por alguns autores contra a admissibilidade da medida.<sup>360</sup>

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, apesar de se registrar pelo menos um acórdão unânime da Segunda Turma, exarado em Recurso Especial oriundo do Estado do Rio Grande do Norte, admitindo a cominação das *astreintes* em ação civil pública ão apenas ao ente estatal, mas também pessoalmente às autoridades ou aos agentes responsáveis pelo cumprimento das determinações judiciais,<sup>361</sup> consoante o disposto no art. 11 da Lei n. 7.347/85, veio tal decisão a ser posteriormente modificada em sede de embargos declaratórios, afastando-se a aplicação da multa aos gestores por não lhes ter sido oportunizada prévia manifestação acerca do pedido, em violação ao contraditório e a ampla defesa.<sup>362</sup>

Decisões ulteriores do STJ reafirmaram tal orientação,<sup>363</sup> vindo esse Tribunal Superior a admitir, contudo, a adoção do referido meio coercitivo diretamente contra servidor público, pelo descumprimento de decisões proferidas em mandado de segurança, quando figure como autoridade impetrada no processo, por ser considerado, nesse tipo específico de relação processual, como parte *sui generis* na demanda.<sup>364</sup>

Já no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (TJRN), percebe-se a ocorrência de fenômeno inverso quanto à modificação no entendimento acerca do assunto, tendo em vista que, conquanto a jurisprudência local viesse se mostrando amplamente favorável à admissibilidade da incidência do administrador público em multa cominatória nas ações de

<sup>360</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do art. 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 129.

<sup>361</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **REsp 1111562/RN**, Rel. Min. Castro Meira. Brasília, 25 ago. 2009, Dje de 18 set. 2009. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200802788845&dt\\_publicacao=18/09/2009](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200802788845&dt_publicacao=18/09/2009)>. Acesso em: 12 abr. 2016. (Grifo nosso).

<sup>362</sup> Id. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **EDcl no REsp 1111562/RN**, Relator Min. Castro Meira. Brasília, 01 jun. 2010, Dje de 16 jun. 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200802788845&dt\\_publicacao=16/06/2010](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802788845&dt_publicacao=16/06/2010)>. Acesso em: 12 abr. 2016. (Grifo nosso).

<sup>363</sup> Id. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **AgRg no AREsp 196946/SE**, Rel. Min. Humberto Martins. Brasília, 02 maio 2013, Dje de 16 maio 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201201352666&dt\\_publicacao=16/05/2013](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201201352666&dt_publicacao=16/05/2013)>. Acesso em: 12 abr. 2016.

<sup>364</sup> Id. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). **REsp 1399842/ES**, Relator Min. Sérgio Kukina. Brasília, 25 nov. 2014, Dje de 03 fev. 2015. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201302794476&dt\\_publicacao=03/02/2015](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201302794476&dt_publicacao=03/02/2015)>. Acesso em: 12 abr. 2016.

obrigação de fazer,<sup>365</sup> a Corte de Justiça potiguar tem se inclinado, em julgados posteriores, compreensivelmente, para seguir a tendência atualmente verificada na jurisprudência do STJ, que admite a imposição de multa pessoal ao gestor, nos casos de descumprimento de decisão judicial em ação contra o Ente Público, desde que este **figure como parte no processo** e seja previamente instado a se manifestar sobre a possibilidade de sua incidência.<sup>366</sup> (Grifo nosso).

Observa-se, portanto, que tais julgados partem da premissa equivocada de que, para que alguém possa exercer o direito ao contraditório e estar sujeito, conseqüentemente, à incidência de multas processuais ou de outras medidas de caráter indutivo, necessita integrar a relação processual como parte.

Ocorre, contudo, que não só por meio dos escólios doutrinários citados, mas mediante simples leitura dos arts. 77, inciso IV, § 2º, e 380, parágrafo único, do novo CPC, pode-se concluir que a lei processual autoriza textualmente a adoção de sanções e de providências coercitivas em face de *terceiros* e de pessoas que, *de qualquer modo*, participem do processo.

A necessidade de observância do contraditório e ampla defesa não exige que esses terceiros componham a relação processual na qualidade de parte, pois, se assim fosse, jamais seria possível punir um perito, assistente técnico ou depositário por ato atentatório à dignidade da justiça,<sup>367</sup> nem seria admissível a aplicação de medidas coercitivas em desfavor de terceiros que estejam em poder da coisa ou documento cuja exibição tenha sido determinada pelo juízo,<sup>368</sup> relativamente às quais não se dispensa a observância do devido processo legal.

Uma vez estabelecida a admissibilidade da imposição de multas coercitivas em face de terceiros, impende, para que tal providência se torne possível, em prol da efetividade processual, que se indague acerca da maneira de exercício do contraditório e da ampla defesa, pela pessoa em desfavor de quem venha a ser pleiteada a medida.

<sup>365</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (1ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº 2012.019634-6**, Rel. Des. Expedito Ferreira. Natal, 06 fev. 2014. Disponível em: <<http://esaj.tjrn.jus.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?&CDP=0100066BP0000&nuProcesso=2012.019634-6>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

<sup>366</sup> Id. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (1ª Câmara Cível). **Agravo de Instrumento nº 2015.006782-4**, Relator Des. Cornélio Alves. Natal, 26 nov. 2015. Disponível em: <<http://esaj.tjrn.jus.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?&CDP=010009VUH0000&nuProcesso=2015.006782-4>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

<sup>367</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. O contempt of court na recente experiência brasileira: anotações a respeito da necessidade premente de se garantir efetividade às decisões judiciais. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 119, jan. 2005, p. 19.

<sup>368</sup> FERREIRA, William Santos. Comentários ao art. 380 do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie. TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. E-book. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/library.html>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

### 5.4.3 As garantias do devido processo legal, contraditório e ampla defesa ao agente estatal

É o magistério de Marcelo Lima Guerra, uma vez mais, que traz a lume uma proposta de rito previsto na legislação processual, para situação congênere, que se adequa de modo satisfatório à hipótese em exame, podendo ser analogicamente aplicável ao caso. Trata-se do procedimento previsto para a exibição de coisa ou documento em poder de terceiro, hoje previsto nos arts. 396 a 404 do CPC.<sup>369</sup>

Nesse sentido, autorizam os já citados arts. 403, parágrafo único, e 380, parágrafo único, do novo CPC, a aplicação em face de *terceiros*, como forma de cumprir os deveres processuais descritos nos incisos I e II deste último dispositivo, não só de *multa*, mas também de outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias que se mostrem necessárias.

Tais regras já se encontravam disciplinadas no Código Buzaid, em seus arts. 355 a 363, à exceção, dentre algumas poucas alterações, da possibilidade de aplicação de medida coercitiva em face do terceiro, inovação introduzida pelos mencionados dispositivos do novo diploma processual o que resultaram, inclusive, na superação do entendimento contido na Súmula nº 372, do STJ, pelo qual não seria cabível, na ação de exibição de documentos, a aplicação de multa cominatória.<sup>370</sup> Verificou-se, ainda, a ampliação do prazo para apresentação de resposta pelo terceiro, do art. 360 do Código revogado, de 10 (dez) para 15 (quinze) dias, a teor do art. 401 do novo CPC, observando-se o trâmite previsto nos artigos subsequentes.

Possibilita-se, assim, por meio da obediência ao referido rito, o exercício do contraditório e da ampla defesa, em prol do agente público, antes da imposição de multa diária em seu desfavor, na condição de terceiro que, de alguma maneira, *participa do processo*, como destinatário da determinação judicial visando a adoção de medidas para a implementação de determinada política pública.

Viabiliza-se, com isso, que possa o responsável pelo cumprimento da ordem judicial influir na formação do convencimento do magistrado, mediante o conhecimento prévio e

---

<sup>369</sup> GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 133.

<sup>370</sup> DIDIER JR., Fredie; DOTTE, Rogéria; TALAMINI, Eduardo (Coord.). Enunciado n. 54. **Enunciados do Fórum permanente de processualistas civis**: carta de Curitiba. Curitiba, 23 a 25 out. 2015. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/12/Carta-de-Curitiba.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2015.

peçoal do servidor sobre o pedido de *astreintes* formulado contra a sua pessoa, concedendo-se-lhe prazo para manifestação, no que restarão satisfeitos os propósitos do contraditório.<sup>371</sup>

Cabe reconhecer que dita proposta não consiste na solução mais perfeita e acabada para o caso, já que o procedimento previsto para a exibição de coisa ou documento em poder de terceiro, analogicamente aplicável à hipótese, parece ser mais complexo do que seria necessário para assegurar o direito ao contraditório. Trata-se, contudo, da alternativa que se mostra processualmente possível, diante da necessidade de aplicação de rito previamente moldado pelo legislador para hipótese que, juridicamente, possa garantir o devido processo legal ao terceiro em face de quem se pleiteia a imposição de medida coercitiva.

O melhor caminho para que se possa conferir um tratamento processual adequado às ações que versam sobre o controle judicial de políticas públicas, seguramente, passa por um regramento infraconstitucional de tais demandas, instituindo meios executivos adequados para emprestar efetividade às decisões proferidas contra a Administração Pública, diante das visíveis limitações do Código de Processo Civil para regular os litígios de interesse público, como já afirmamos em linhas precedentes. Já há, inclusive, iniciativa em curso perante o Congresso Nacional acerca do tema, fruto de proposta de estudiosos,<sup>372</sup> que abordaremos em item próprio no Capítulo seguinte.

Frise-se, por fim, que para mostrar-se admissível, no caso concreto, a aplicação de multa indutiva em desfavor do gestor público, em ações de obrigação de fazer ou não fazer movidas contra o Estado, o cumprimento da medida deve estar contemplado no rol de atribuições do agente público que vier a receber tal incumbência, além de ser efetivamente realizável no plano fático, somente sendo cabível a cominação da referida consequência pecuniária ao agente caso haja indícios de resistência injustificada deste, ou de conduta nitidamente incompatível com a obtenção do resultado perseguido no processo.

Assim, enquanto não houver um texto legal próprio para disciplinar adequadamente tais demandas diferenciadas, resta aos operadores jurídicos, no propósito de garantir a observância do direito fundamental à tutela executiva, aplicar a legislação processual comum

---

<sup>371</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 129-130.

<sup>372</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE Kazuo; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. PL sobre controle jurisdicional de políticas públicas é constitucional. **Consultor jurídico**, São Paulo, 23 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-23/pl-control-e-jurisdicional-politica-publica-constitucional>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

em toda a sua plenitude, para dela extrair os mecanismos que melhor se adequem às necessidades do caso concreto.

Diante, portanto, da existência de indícios de descumprimento inescusável, pelo agente público, das providências necessárias à efetivação do provimento judicial emitido em face do Estado, as medidas pertinentes exigem, concomitantemente, (i) a adoção dos procedimentos necessários à apuração do fato e punição do responsável, se for o caso, por *contempt of court*; (ii) a propositura de pedido incidental para a cominação de multa coercitiva em desfavor do servidor público, sob o rito dos arts. 396 a 404 do CPC; e, por fim, (iii) o encaminhamento de cópias das peças processuais ao Ministério Público, para apuração de eventual crime de desobediência, caso reste evidenciada a ocorrência de dolo na conduta do gestor.

Não se pode deslembrar, ademais, que após o arbitramento de *astreintes* contra o agente público, ainda não deve cessar o empenho autoral em busca de dar efetividade a tal decisão, cabendo ao demandante pleitear a execução do título, em caráter provisório ou definitivo, tão logo se mostre possível, pois, do contrário, será em vão todo o esforço até então empreendido nesse sentido.

A multa coercitiva, para ser realmente eficaz, precisa afetar concretamente a esfera patrimonial do atingido, ainda que o seu valor não se mostre necessariamente vultoso, devendo, na verdade, ser proporcional ao resultado almejado no processo e à realidade pessoal do obrigado, incidindo durante o lapso tempo necessário à satisfação do direito tutelado, conforme as circunstâncias do caso concreto.

## 5.5 MEDIDAS SUB-ROGATÓRIAS NO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES DE FAZER, NÃO FAZER OU ENTREGA DE COISA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Na chamada execução por sub-rogação, adotam-se medidas que, sem depender da colaboração do devedor, podem levar ao resultado prático desejado.<sup>373</sup> Prescinde-se, nelas, da participação do executado para a realização do provimento jurisdicional, atuando o juiz diretamente sobre a sua esfera jurídica para fazer satisfazer o interesse tutelado na demanda, a exemplo da constrição patrimonial, da adjudicação de bens, do bloqueio e transferência de ativos disponíveis em instituições financeiras, dentre outras medidas do gênero.<sup>374</sup>

---

<sup>373</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 79, jul. 1995, p. 68.

<sup>374</sup> ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 151.

Em se tratando, porém, de tutela executiva destinada à satisfação de deveres de fazer, não fazer, ou entrega de coisa, a medida sub-rogatória não consiste propriamente, via de regra, na exata realização do direito vindicado na demanda, que o titular somente poderia naturalmente obter com o cumprimento da prestação pelo devedor. Trata-se, no caso, de meio executivo de que se vale o Poder Judiciário para, atuando sobre o acervo patrimonial do executado, conceder ao credor *resultado prático equivalente* ao do normal adimplemento.

Assim, omitindo-se ou resistindo o devedor em realizar as condutas necessárias à efetivação do provimento jurisdicional, cabe ao magistrado ó não sendo o caso de impor medidas coercitivas para induzi-lo ao cumprimento da decisão ó, substituir a atuação do executado pela atividade judicial executiva, a fim de proporcionar ao titular ãresultado idêntico ou equivalente (econômica e juridicamente) ao que ele obteria com a satisfação espontânea de seu direito pelo devedor.<sup>375</sup>

Nas execuções contra o Erário, todavia, incide uma grave limitação à atuação da tutela jurisdicional, consistente na observância da regra constitucional do precatório, que implica na impenhorabilidade do patrimônio estatal.

Ora, se a obtenção do resultado equivalente ao cumprimento voluntário das obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa realiza-se com a adoção de medidas sub-rogatórias, que atingem, naturalmente, os bens do devedor, e estando estes fora do alcance dos atos judiciais constritivos, quando pertencentes ao Estado, um simples raciocínio lógico levaria à conclusão do não cabimento dessa modalidade executiva, nas ações contra este movidas.

A concretização de direitos fundamentais, contudo, não se compatibiliza com resultados interpretativos meramente formais, decorrentes de formulações teóricas preconcebidas. Isso porque a hermenêutica constitucional contemporânea jamais prescinde, para que possa ser validamente empregada pelo intérprete, da compreensão da norma em face de um problema concreto, pois sem isso não há interpretação da Constituição, consoante ensina Bonavides, citando Hesse.<sup>376</sup>

E a etapa do cumprimento da decisão proferida no âmbito do controle jurisdicional de políticas públicas, porquanto destinada à realização prática do direito reclamado em juízo, consistirá certamente no momento mais significativo do processo de concretização do direito fundamental, sob a ótica do titular do interesse, não podendo ser negligenciada, sobretudo nessa

---

<sup>375</sup> GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 24-25.

<sup>376</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 439-440.

fase crucial da demanda, a efetividade que se espera da atuação do Poder Judiciário, mesmo nas ações movidas em face do poder público.

Esse é o motivo pelo qual, diante das especificidades de determinados casos concretos, a jurisprudência tem afastado restrições ó ainda que decorrentes de normas constitucionais ó incidentes nas execuções contra a Administração Pública, a exemplo do regime exclusivo de pagamento por precatório, como veremos adiante.

Há situações, contudo, em que a implementação da política pública debatida em juízo não exige a realização de quaisquer atos de constrição patrimonial, bastando a efetivação de determinadas condutas que, persistindo a omissão estatal em adotá-las, podem ter um resultado equivalente alcançado por meio de outras medidas práticas. O exame da casuística de algumas medidas consideradas mais emblemáticas contribuirá para a exposição do tema.

### **5.5.1 A execução por terceiro nas demandas contra o poder público**

Na implementação do resultado prático equivalente, de que trata o art. 536, caput, do CPC, a realização das medidas sub-rogatórias destinadas ao cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer colimada exige, via de regra, a prestação do fato por um terceiro, às expensas do devedor.

Em tal hipótese, cabe ao Poder Judiciário atuar diretamente sobre o patrimônio do executado, a fim de custear as atividades desenvolvidas pelo terceiro, visando a satisfação do interesse tutelado no processo, não sendo admissível a atribuição do pagamento ao autor, para ressarcimento posterior, pois isso implicaria, na verdade, em uma conversão do pedido em perdas e danos, e não na concessão do resultado prático equivalente ao do adimplemento. Deve o magistrado, por conseguinte, adotar as medidas práticas bastantes à obtenção da quantia necessária para tanto, por meio do bloqueio de valores, apreensão de receitas, dentre outras.<sup>377</sup>

Cuidando-se de cumprimento de provimento judicial emitido em desfavor do Erário, todavia, incide não só a já referida restrição atinente à impenhorabilidade dos bens públicos, mas também a necessidade de observância das normas de direito público aplicáveis à escolha e contratação de particulares pela Administração Pública, implicando na indispensável submissão a procedimento licitatório, ressalvados os casos de dispensa e inexigibilidade legalmente previstos.

---

<sup>377</sup> TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 294-297.

Esse, aliás, é um dos motivos pelos quais entendemos que devam ser priorizados, sempre que possível, os métodos que possibilitem a realização, pelos próprios agentes do poder público, das providências bastantes à implementação da ordem judicial, seja no âmbito de um cronograma de cumprimento previamente pactuado em juízo, seja por força de medidas coercitivas impostas pelo magistrado, quando reste inviabilizada aquela alternativa. Os meios sub-rogatórios, quando se trate de execução de obrigação de fazer contra o Estado, enfrentarão, portanto, as dificuldades inerentes às limitações resultantes das normas de ordem pública.

Há situações, contudo, em que a inoperância dos gestores públicos em efetivar a política pública exigida, aliada à gravidade do contexto fático ou à urgência em evitar a intensificação dos danos ao interesse constitutivo do objeto da causa, impõe ao julgador que, usando da criatividade autorizada pelo caráter aberto das disposições contidas nos arts. 139, inciso IV, 497 e 536, § 1º, do CPC, adote medidas práticas que possibilitem o cumprimento imediato do provimento exarado em face do poder público.

Já se determinou, inclusive, devido à ausência de vagas suficientes em estabelecimentos hospitalares da rede pública de saúde, a oferta de atendimento a pacientes do Sistema Único de Saúde por prestadores a este conveniados, mediante a internação em leitos de UTI, a ser custeada com recursos orçamentários destinados à manutenção do SUS, sem prejuízo do atendimento também ocorrer em hospitais da rede privada, conforme a necessidade. No caso, foi previamente autorizada pelo juiz, na eventual inexistência de verba suficiente, o ressarcimento pelos serviços mediante compensação fiscal com débitos de natureza tributária de tais empresas, tudo sob o controle dos órgãos de fiscalização competentes.<sup>378</sup>

A adoção das providências bastantes à efetivação da medida podem ser judicialmente confiadas, ainda, a um auxiliar do juízo, designado com a finalidade específica de implementá-la, podendo praticar todos os atos administrativos necessários,<sup>379</sup> a exemplo da realização de procedimento licitatório para a escolha do terceiro que será incumbido da realização da obra ou prestação de serviço alusivo a determinada política pública, que esteja sendo objeto de omissão estatal.<sup>380</sup>

---

<sup>378</sup> LIMA, George Marmelstein. **Efetivação judicial dos direitos sociais, econômicos e culturais**. 2005. 239 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, Ceará, p. 231-239. Disponível em: <<http://georgemlima.xpg.uol.com.br/dissertacao.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

<sup>379</sup> GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 196-197.

<sup>380</sup> Desenvolveremos melhor o tema da intervenção judicial por ocasião do Capítulo seguinte.

Será geralmente por intermédio do bloqueio de recursos disponíveis em contas públicas, porém, que logrará o Judiciário obter os meios práticos que irão assegurar o efetivo pagamento pelos serviços ou materiais fornecidos pelo terceiro a quem venha a ser outorgada a execução da medida. Trata-se, contudo, de providência deveras invasiva da esfera administrativa e patrimonial da Administração Pública, que somente deve prevalecer em situações nas quais se mostre estritamente justificada, revestindo-se do caráter de singular excepcionalidade. Vejamos.

### 5.5.2 O sequestro de ativos financeiros em contas públicas

A Constituição Federal, ao disciplinar o regime de pagamento de débitos judiciais pela Fazenda Pública, estabeleceu, no art. 100, § 6º, duas hipóteses em que se mostra cabível a adoção da medida atinente ao sequestro, em contas bancárias do Erário, de valores em dinheiro, quais sejam, em razão da preterição da ordem cronológica dos precatórios ou da falta de alocação orçamentária do importe necessário à satisfação do crédito exequendo.

Embora denominada pelo constituinte como *sequestro*, cuida-se, na verdade, de um *arresto*, medida executiva de caráter satisfativo, destinada a entregar ao credor preterido em sua ordem preferencial a quantia apreendida.<sup>381</sup> Manteremos a terminologia adotada no texto constitucional, porém, para facilitar a abordagem do tema.

A jurisprudência de nossos Tribunais Superiores tem admitido, entretanto, a realização de medida análoga ao sequestro de verbas públicas fora dos casos expressamente elencados na Constituição, para possibilitar, por exemplo, a efetivação de provimento judicial impositivo da obrigação de custear a aquisição de medicamento<sup>382</sup> ou de tratamento de saúde<sup>383</sup> em favor de usuário do SUS.

Parcela da doutrina tece críticas a essa forma de assegurar o cumprimento das determinações judiciais emitidas em face do poder público, pois, embora tal medida encontre

---

<sup>381</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 328-329.

<sup>382</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **AI 597182 AgR/RS**, Relator Min. Cezar Peluso. Brasília, 10 out. 2006. DJ de 06 nov. 2006, p. 42. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390282>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

<sup>383</sup> Id. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). **AgRg nos EDcl no RMS 41734/GO**, Relator Min. Benedito Gonçalves. Brasília, 18 fev. 2014. DJe de 24 fev. 2014, p. 42. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201300904930&dt\\_publicacao=24/02/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300904930&dt_publicacao=24/02/2014)>. Acesso em: 18 abr. 2016.

fundamento no art. 536, § 1º, do Código de Processo Civil, redonda na inobservância, em termos práticos, do preceito inerente à impenhorabilidade dos bens públicos.<sup>384</sup>

Outros autores, porém, consideram cabível tal providência jurisdicional executiva quando, presente o requisito do *periculum in mora*, reste igualmente evidenciada a conduta procrastinatória da Administração Pública em satisfazer o direito fundamental vindicado. Assim, somente após a frustração de outros meios executivos anteriormente adotados, como a fixação de *astreintes*, seria possível ao Judiciário realizar o bloqueio de recursos públicos para custear, diretamente, a efetivação da medida, garantindo, assim, a autoridade de suas decisões.<sup>385</sup>

Entendemos que a razão está com esta última corrente doutrinária. Com efeito, não se pode deixar de reconhecer que tais atos de constrição patrimonial sobre dinheiro público consistem no mais incisivo meio expropriatório possível, impossibilitando de forma absoluta, inclusive, a aplicação da verba para outra finalidade de interesse público, já que implica na sua imediata e irreversível utilização para atender ao objeto da demanda.

Daí a necessidade de utilização da medida de sequestro de ativos financeiros do Estado unicamente como *o último meio sub-rogatório* aplicável em uma dada situação concreta, admitindo-a somente para evitar o perecimento do direito tutelado na demanda e assegurar, de modo inadiável, a observância da ordem judicial. Antes da sua adoção, porém, deve-se buscar a obtenção da devida efetividade processual por meio de outras medidas executivas que se mostrem adequadas à hipótese, salvo quando manifestamente incabíveis.

Nada impede, de todo modo, a utilização do mesmo fundamento empregado pelos referidos arestos, ao autorizarem o bloqueio de valores para custear gastos com a saúde de usuários do SUS, para, também, viabilizar a implementação de provimentos jurisdicionais que visem a realização de outros direitos fundamentais, especialmente aqueles relacionados ao mínimo existencial, de que se esteja a depender para a preservação da vida ou da dignidade humana de uma só pessoa ou de toda uma coletividade.

Não se deve pretender, contudo, converter esse mecanismo excepcional de efetivação das ordens judiciais contra o poder público em uma verdadeira regra na execução dos deveres de fazer ou não fazer em face do Estado. A sua aplicação no caso concreto deve ser sempre um reconhecimento de que fracassaram os demais meios coercitivos ou sub-rogatórios que

---

<sup>384</sup> VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 271.

<sup>385</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 312-313.

poderiam incidir contra o Erário em uma dada situação fática, como forma de conferir efetividade à atuação judicial, sob pena de banalização de tal mecanismo, com um conseqüente risco de se inviabilizar a boa gestão dos recursos públicos.

Ressalte-se, a propósito, que não há vedação absoluta da utilização de qualquer meio executivo em desfavor da Fazenda Pública, com a ressalva, porém, de que eles devem respeitar as normas constitucionais e legais atinentes à execução contra o poder público, dentre as quais se inserem a impenhorabilidade dos bens públicos e a observância do regime de precatórios para a obtenção do pagamentos de débitos.

Eventuais situações que exijam medidas concretas consubstanciadoras de superação de tais ditames constitucionais, conseqüentemente, devem ser devidamente justificadas pela hipotética colisão com normas de igual estatura, mediante o devido exame de proporcionalidade da providência adotada, sabendo-se que as conseqüências impostas aos cofres públicos são por todos suportadas, motivo pelo qual se reclama atenção para que se evitem possíveis violações ao princípio isonômico.

## 6 OS CASOS COMPLEXOS E AS DECISÕES ESTRUTURAIS NOS LITÍGIOS DE INTERESSE PÚBLICO

A obtenção da tutela específica de obrigações de fazer ou não fazer contra a Administração Pública, ou de seu resultado equivalente, no âmbito do controle judicial de políticas públicas, tem se mostrado por muitas vezes, como visto, uma tarefa hercúlea para os autores de demandas da espécie e, por que não dizer, para os órgãos jurisdicionais incumbidos da sua efetivação prática.

Há situações, ademais, em que a complexidade dos fatos inerentes a uma dada realidade social, mormente no atual contexto de sociedade de massa, apresenta-se de tal forma inter-relacionada com o funcionamento de serviços públicos e com o desenvolvimento de programas governamentais, que a intervenção do Estado-juiz, a título de controle das condutas estatais omissivas ou comissivas, mostra-se aparentemente destituída de um *método* processual apropriado para o deslinde satisfatório das controvérsias postas em juízo.

Tal constatação surge de forma ainda mais evidente na seara da tutela coletiva, a exemplo das ações civis públicas visando a instalação ou a ampliação da capacidade instalada de serviços de saúde, a realização de obras preventivas ou reparadoras de danos ambientais, ou, ainda, a estruturação de redes de atendimento social ou socioeducativo de crianças e adolescentes, apenas para ilustrar, nas quais o cumprimento, em si, das determinações judiciais acolhedoras da postulação contida na petição inicial, quando não enfrenta forte resistência da Administração Pública, esbarra em uma indiferente e perniciosa omissão estatal.

Tratam-se de litígios marcados por falhas estruturais, nos quais a situação de violação de direitos fundamentais encontra-se arraigada no próprio funcionamento do serviço ou órgão estatal, parecendo tender a perpetuar-se, tamanha a dimensão da dificuldade prática em superá-la pela via jurisdicional.

Daí que se passa a falar, conforme ensina Carlos Alberto de Salles, no advento de um novo modelo de litigância civil, que tem como objeto a vindicação da efetivação de políticas públicas, sobressaindo-se, nesse tipo de demanda, a preservação do interesse público como um dos escopos principais da prestação jurisdicional.<sup>386</sup>

---

<sup>386</sup> SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo civil e interesse público**: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 39-77.

Registra esse autor a distinção procedida pelo professor Abram Chayes, da Universidade de Harvard, em clássica publicação, entre o modelo tradicional de litigância e a novel modalidade de demanda cível, classificada no direito norte-americano dentre as formas de *adjudication*, ou adjudicação judicial.<sup>387</sup>

No primeiro, de feição tradicional, a ação judicial é marcada pelas características da *bipolaridade*, própria de uma competição entre dois indivíduos ou dois interesses, minimamente unitários, situados em posições diametralmente opostas; a lide é *retrospectiva*, voltando-se para eventos passados; a tutela jurisdicional decorre da violação de um direito subjetivo, de modo que ao autor deve ser dada uma *compensação*, dosada conforme a lesão causada pelo réu; o impacto do julgamento se confina ao *interesse das partes*; o processo é organizado e conduzido sobretudo pela *iniciativa dos litigantes*, que definem as principais questões a respeito das quais o juízo deve se pronunciar.<sup>388</sup>

No *novo* modelo processual, porém, vocacionado à defesa do interesse público, o objeto da ação não é uma disputa entre indivíduos privados sobre situações jurídicas que lhes são próprias, mas uma reclamação sobre a operação de uma dada política pública, implicando em uma substancial alteração da matéria ordinariamente submetida à deliberação judicial, a exigir, conseqüentemente, um tratamento teórico e metodológico diferenciados e em consonância com tais particularidades.<sup>389</sup>

Isso porque, nesse contexto distinto, o litígio gira em torno de interesses eminentemente coletivos, em que a demanda não busca solucionar uma lide atinente a eventos pretéritos, com propósitos punitivos ou compensatórios, mas visa, na realidade, a edição de normas de comportamento que deverão nortear a atuação futura do réu, mediante a prolação de sentenças normativas.<sup>390</sup>

Ostenta o direito estadunidense ampla experiência no tema, oriunda de décadas de estudo e de aplicação jurisdicional das denominadas *injuctions ó* ordens judiciais para o cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer *ó*, em especial no âmbito de processos

---

<sup>387</sup> SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo civil e interesse público**: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 71.

<sup>388</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>389</sup> Ibid., p. 72-73.

<sup>390</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Novas funções judiciais no Estado moderno. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas essenciais de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, maio 2011, p. 722.

destinados à concretização de normas ou valores constitucionais, por meio da sobredita modalidade processual da *adjudication*.<sup>391</sup>

Impende que os nossos operadores jurídicos, diante das dificuldades relacionadas à implementação de decisões judiciais acerca de políticas públicas, aproveitem o que de melhor possa ser extraído das vivências práticas daquele ordenamento jurídico do *common law*, quando se mostrem adequadas à hipótese concreta e compatíveis com o direito pátrio.

## 6.1 ORIGENS DAS DECISÕES ESTRUTURAIS

É no magistério de Owen M. Fiss, da Yale Law School, que encontramos o conceito mais preciso de reforma estrutural (*structural reform*), apontada como uma nova forma de solução de litígios, cujo surgimento reflete uma resposta do sistema de justiça norte-americano a um situação que venha a ser identificada como uma *ameaça fundamental aos valores constitucionais*, decorrente da atuação abusiva de organizações burocráticas, privadas ou estatais, que, em larga escala, exercem forte influência sobre os rumos da sociedade, ameaça essa que somente pode ser eficazmente eliminada por meio de uma *radical reorganização*.<sup>392</sup>

Não se trata, portanto, de uma solução convencional para a generalidade dos problemas envolvidos no controle judicial de políticas públicas, como se pode perceber antecipadamente.

Cuidam-se, nessa modalidade de tutela jurisdicional, dos mais graves e complexos casos de violação reiterada e sistêmica de direitos fundamentais, arraigada no próprio funcionamento orgânico de um ente público ou privado cuja atuação repercute coletivamente sobre interesses sociais, a exigir do Poder Judiciário a adoção de medidas que possam identificar e eliminar as causas determinantes dos ilícitos, incrustados no comportamento que se tenciona combater no caso concreto.

Para melhor compreensão do assunto, não se pode fugir de uma breve consulta aos registros doutrinários acerca do surgimento e da aplicação prática dessa nova metodologia de atuação judicial.

A reforma estrutural consiste em um gênero de litígio constitucional surgido no Direito norte-americano, entre as décadas de 1950 e 1960, quando a Suprema Corte daquele País estava

---

<sup>391</sup> FISS, Owen M. Modelos de adjudicação (Models of adjudication). **Caderno direito GV**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, v. 1, n. 8, nov. 2005, p. 29-30. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2810>>. Acesso em: 01 ago. 2015.

<sup>392</sup> *Ibid.*, loc. cit.

sob a presidência de Earl Warren, mais especificamente ao dedicar-se à efetivação da decisão proferida no caso *Brown v. Board of Education*, que repudiava os sistemas duais de escolas, com instituições educacionais separadas para negros e brancos, exigindo a sua transformação em sistemas unitários, não-raciais. Tal propósito reclamava, porém, uma reforma organizacional profunda, que não encontrava uma solução viável pelos meios tradicionais de solução de controvérsias.<sup>393</sup>

Nesse contexto foi que surgiu o processo judicial de natureza estrutural, como um modelo de atuação judicial em que a tarefa do órgão julgador não se exaure com o simples pronunciamento do direito aplicável ao caso concreto, ou com a mera emissão de uma ordem ao autor de um ato ilícito, mas demanda um esforço continuado e um profundo envolvimento do Poder Judiciário com determinada problemática relacionada à violação reiterada de valores constitucionais, a exigir a transformação de uma realidade social complexa, arraigada na própria burocracia estatal ou mesmo no comportamento coletivo.<sup>394</sup>

A intensa resistência sociocultural enfrentada, à época, pela denominada Corte Warren<sup>395</sup> para a implementação de sua decisão no caso citado somou-se aos grandes obstáculos práticos e operacionais que o problema implicava, por envolver, dentre vários outros aspectos, a redefinição dos procedimentos para a seleção de alunos e dos critérios para a construção de escolas, a substituição de corpos docentes, a reformulação do sistema de transporte escolar, a modificação de currículos educacionais e, inclusive, o aumento de verbas para o setor.<sup>396</sup>

Tratam-se, assim, de litígios denominados como *policêntricos*, em que um dado problema central caracteriza-se pela peculiar complexidade de ser inter-relacionado com diversos outros problemas subsidiários, cuja solução do primeiro depende da resolução paralela dos demais,<sup>397</sup> tal como no emblemático caso citado.

Reconhecendo a base constitucional do valor inerente à igualdade racial e comprometendo-se radicalmente com a sua efetiva e concreta observância no âmbito das

<sup>393</sup> FISS, Owen M. As formas de justiça. In: \_\_\_\_\_. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 26-27.

<sup>394</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>395</sup> Designação dada à composição da Suprema Corte norte-americana durante as décadas de 1950 e 1960, à época em que era presidida pelo juiz Earl Warren.

<sup>396</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>397</sup> FLETCHER, William A. The discretionary constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. **The Yale law journal**, n. 4, Yale, v. 91, mar. 1982, p. 645. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2698&context=facpubs>>. Acesso em: 19 abr. 2016. Tradução livre do autor, a partir do original: "polycentricity is the property of a complex problem with a number of subsidiary problem centers each of which is related to the others, such that the solution to each depends on the solution to all the others."

escolas norte-americanas, dedicaram-se os juízes federais incumbidos do cumprimento da decisão exarada pela Suprema Corte ao desenvolvimento de inovações procedimentais, legitimadas pela necessidade superior de concretização da norma constitucional.<sup>398</sup>

Após inaugurado o novo modelo de processo judicial, a experiência passou a ser reproduzida em outros casos, a exemplo dos destinados à eliminação da violência policial sistemática em determinada comunidade ou do tratamento desumano em presídios e hospícios, bem como, para assegurar a adequada administração dos recursos de assistência social, dentre outros contextos análogos, consagrando-se uma metodologia diferenciada de intervenção judicial na burocracia estatal, com vistas à efetivação de valores constitucionalmente protegidos, tais como a liberdade, a igualdade, o devido processo legal e a proibição de penas cruéis.<sup>399</sup>

Enfatiza o autor que, em oposição ao padrão usual de comparação, voltado à solução de controvérsias entre duas partes bem individualizadas, a reforma estrutural tem como foco as condições da vida social e o papel que as organizações de grande porte desempenham na determinação de tais condições. Por conseguinte, a questão objeto do processo não consistirá propriamente nas condutas particularizadas que ensejaram a propositura da demanda ó quais sejam, cada ato de discriminação racial nas escolas ou de violação dos direitos humanos em presídios ou hospícios ó, mas, sobretudo, a dinâmica organizacional que permite, em razão de deficiências ou peculiaridades de ordem estrutural, a repetição e até a proliferação de tais fatos.<sup>400</sup>

Apresenta-se a reforma estrutural do direito norte-americano, portanto, como uma metodologia de atuação judicial especificamente destinada à erradicação da ameaça continuada a normas ou valores inscritos na constituição estadunidense, mediante a reestruturação organizacional de instituições públicas, por meio de *injuctions*. Já estas consistem em mecanismos formais de caráter prospectivo, ou direcionados para o futuro, pelos quais o Poder Judiciário veicula as determinações bastantes para atingir tal desiderato, sob pena, na maior parte dos casos, de incidência nas sanções legais por desobediência às ordens judiciais ó o *contempt of court*.<sup>401</sup>

---

<sup>398</sup> FISS, Owen M. As formas de justiça. In: \_\_\_\_\_. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 29.

<sup>399</sup> *Ibid.*, p. 29 e 47.

<sup>400</sup> *Ibid.*, p. 49-50.

<sup>401</sup> *Ibid.*, p. 56-57.

### 6.1.1 Notas acerca das decisões estruturais na prática do direito norte-americano

É importante atentar para a amplitude do papel desempenhado pelo magistrado no bojo das ações tipicamente estruturais nos Estados Unidos da América, especialmente nos casos originários, em que os juízes chegavam a exercer funções próprias de administrador e mesmo de legislador, pois não só desenvolviam, mas também implementavam e supervisionavam políticas públicas.<sup>402</sup>

Isso porque o Judiciário atua, nas *structural injunctions* do direito norte-americano, para concretizar valores constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, independentemente de interposição legislativa, o que por vezes significa a definição de parâmetros de execução de políticas públicas ao alvedrio do julgador. Nas hipóteses de reformas estruturais em instituições prisionais classificadas como violadoras de direitos humanos, por exemplo, procedia o juiz desde a especificação do tamanho mínimo das celas à fixação do quantitativo máximo de presos por unidade celular, como também ao detalhamento do direito de acesso dos detentos a meios recreativos, dentre diversas outras nuances, objetivando a efetivação de normas constitucionais de caráter essencialmente aberto.<sup>403</sup>

Esse acentuado grau de subjetivismo, aliás, decorrente da ampla liberdade exercida pelo magistrado para a conformação da correspondente política pública, ao fixar para o caso concreto, de maneira minuciosa, a forma pela qual os direitos fundamentais devem ser respeitados pela instituição sob intervenção judicial, consistiu em um dos principais motivos para que as decisões estruturais fossem alvo de veementes críticas, diante do ativismo exacerbado que podem implicar, em determinados contextos.<sup>404</sup>

Os obstáculos enfrentados nas demandas que visam uma reforma estrutural não se limitam, contudo, à definição dos direitos a serem preservados em cada situação prática, evidenciando-se enormes entraves, também, na etapa de sua implementação em face da burocracia estatal, diante das dificuldades naturalmente existentes para uma adequada reestruturação institucional.

---

<sup>402</sup> ZARING, David. National rulemaking through trial courts: the big case and institutional reform. **University of California UCLA law review**, n. 1015, abr. 2004, passim. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=531282](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=531282)>. Acesso em: 03 set. 2015.

<sup>403</sup> BAUERMAN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 72-73.

<sup>404</sup> BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 94.

Sustenta-se, a esse respeito, que juízes e tribunais não seriam dotados de suficiente expertise para conduzir o aprimoramento orgânico-funcional necessário para a superação de uma realidade de sistemática e reiterada violação a direitos fundamentais, pela entidade sujeita à intervenção judicial, diante da necessidade de se possuir conhecimentos especializados na respectiva área de atuação, como, *e.g.*, em educação, saúde, sistema penitenciário, segurança pública, ou de outros segmentos técnicos, conforme o caso.<sup>405</sup>

Retorquem os teóricos da reforma estrutural, por outro lado, que uma eventual baixa probabilidade de êxito de tal medida seria compensada pela promessa de grandes retornos sociais da atuação jurisdicional, pois esta teria o condão, na hipótese de sucesso, não só de eliminar, mas também de prevenir uma série de conflitos e de danos atuais e futuros a interesses individuais ou coletivos, o que pode ser melhor alcançado, inclusive, quando o juiz toma a cautela de cercar-se de peritos ou auxiliares qualificados para assessorá-lo na efetivação das medidas necessárias, tais como os *special masters*.<sup>406</sup>

A experiência forense norte-americana delineou, ao longo do tempo, como anota Desirê Bauermann em percuciente pesquisa acadêmica, algumas modalidades de auxiliares do juízo, cujo rol de atribuições, poderes e responsabilidades variam conforme o papel que lhes seja atribuído em cada situação específica de intervenção judicial, sendo denominado *master* aquele que menos interfere na rotina do réu, cabendo-lhe obter informações e fazer recomendações, ou até definir a melhor forma de colocar em prática a decisão respectiva.<sup>407</sup>

Já ao *monitor* se atribui o encargo de averiguar, sobretudo nos casos complexos, se o destinatário da ordem judicial está cumprindo-a regularmente e se os objetivos estão sendo de fato atingidos. Progredindo na escala ascendente de concentração de poderes que lhes são conferidos pelo magistrado, tem-se a figura do *mediator*, a quem incumbe indicar, no caso concreto, os padrões para atendimento da decisão e o ritmo em que esta deve ser efetivada, ao passo que ao *administrator* cabe o exercício de função executiva mais abrangente, atuando em nome próprio, após designação judicial.<sup>408</sup>

Como última e mais drástica opção, tem-se a possibilidade da nomeação de um *receiver*, ao qual cabe a missão de substituir temporariamente os funcionários ou gestores da

---

<sup>405</sup> HOROWITZ, Donald L. **The courts and social policy**. Washington: Brookings Institution Press, 1977, passim. Apud FISS, Owen M. As formas de justiça. In: \_\_\_\_\_. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 72.

<sup>406</sup> FISS, Owen M. Op. cit., p. 69-72.

<sup>407</sup> BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer: estudo comparado Brasil e Estados Unidos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 81-85.

<sup>408</sup> Ibid., p. 81.

entidade sob intervenção, assumindo a responsabilidade por gerenciá-la, com amplos poderes para adotar as providências bastantes à satisfação do direito violado. Por esse motivo, somente é admitida a sua utilização nas hipóteses em que não seja possível a adoção de outra medida para alcançar os resultados colimados, ou se apresente como razoável diante da natureza do caso, da conduta do réu ou do contexto específico que envolve a situação fática.<sup>409</sup>

Tais medidas encontram previsão na *Rule 70* das *Federal Rules of Civil Procedure*,<sup>410</sup> sob o título *Enforcing a Judgment for a Specific Act*, tendo sido amplamente aplicadas no direito estadunidense, sobretudo a partir do *leading case* *Brown v. Board of Education*, não sem encontrar, porém, por diversas vezes, forte resistência dos destinatários das ordens judiciais ou mesmo de setores da própria sociedade, como nos casos das disputas raciais.

Por esse motivo, adverte José Carlos Barbosa Moreira que mesmo a Suprema Corte norte-americana ó por ele adjetivada como *o tribunal mais poderoso do mundo* ó, enfrentou, para a efetivação de decisões visando realizar reformas estruturais, imensas dificuldades para tutelar direitos por meio da modificação substancial do modo de funcionamento institucional.<sup>411</sup>

Essa pode ser uma das razões, aliás, pelas quais as *structural injunctions* têm experimentado uma tendência de declínio em sua utilização pelas cortes de justiça de seu país originário, especialmente a partir da década de 1970, com a progressiva alteração da composição da Suprema Corte, que passou a assumir um perfil mais conservador, observando-se daí em diante uma maior prevalência da postura de autocontenção judicial, em contraposição ao ativismo até então dominante.<sup>412</sup>

São inegáveis, todavia, os avanços sociais decorrentes de precedentes históricos como *Brown v. Board of Education* e *Roe v. Wade*,<sup>413</sup> que passaram a significar verdadeiros marcos culturais da sociedade norte-americana, sendo-lhes atribuída uma contribuição reconhecidamente determinante para a alteração de indicadores sociais, que refletiram, mais

---

<sup>409</sup> BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 83-84.

<sup>410</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Rules of Civil Procedure**. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/file/rules-civil-procedure>>. Acesso em: 15 set. 2015.

<sup>411</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. O poder da suprema corte norte-americana e suas limitações. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 155, jan. 2008, p. 124.

<sup>412</sup> JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 98-99.

<sup>413</sup> Declarou a Suprema Corte norte-americana, no caso *Roe v. Wade*, a inconstitucionalidade de lei estadual que restringia a prática do aborto, chegando a editar uma verdadeira regulamentação da matéria, fixando marcos temporais para a admissibilidade das restrições legais, conforme o tempo de gestação (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 240).

especificamente, no aumento da representatividade de mulheres e de negros no Congresso dos Estados Unidos.<sup>414</sup>

As contingências que levaram a Corte constitucional estadunidense a modificar seu perfil de atuação em relação ao tema, contudo, não devem servir para impedir o exame da sua adequação e aplicabilidade no direito pátrio, impondo-se um exame mais acurado da matéria.

## 6.2 AS DECISÕES ESTRUTURAIS NO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

A possibilidade de ser o Poder Judiciário autorizado a intervir na formulação ou execução de uma dada política pública, como forma de concretizar preceito constitucional, já está há tempos sedimentada em nosso direito, conforme tem decidido iterativamente o Supremo Tribunal Federal, a teor do que explanamos em linhas anteriores. Não há que se falar, destarte, absolutamente, em violação ao princípio da separação dos poderes em decorrência da atuação judicial legitimamente exercida a esse título, mormente se efetuada de forma subsidiária aos Poderes Legislativo e Executivo, quando omissos ou negligentes no desempenho de suas funções.

Há que se perquirir, entretanto, para os propósitos do presente trabalho, se, ao ensejo da realização do controle judicial de políticas públicas, é permitido ao órgão jurisdicional determinar a realização de medidas que afetam o próprio funcionamento, administração ou forma de organização da instituição pública figurante no polo passivo da relação processual, tal como ocorre nas *structural injunctions* do direito norte-americano, ao ponto de impor, até mesmo, a substituição temporária de gestores, durante o interregno necessário à implementação da decisão judicial.

As decisões estruturais podem ser efetivadas por diversos meios executivos, conforme as exigências do caso concreto e o nível de complexidade do problema versado, porém a forma mais expressiva que podem assumir, quanto ao seu cumprimento, consiste na intervenção judicial na administração da entidade encarregada da realização da política pública debatida em juízo, notadamente por ser a maneira presumivelmente mais eficaz para ensejar a transformação do estado de coisas que se busca combater. A importância e a gravidade que a intervenção pode assumir nessa seara recomendam, portanto, uma análise mais detida do instituto.

---

<sup>414</sup> APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 44.

### 6.2.1 A admissibilidade da intervenção judicial em entidades públicas à luz do nosso direito processual civil

Deve-se salientar, desde logo, que não se está a tratar aqui de atos corriqueiros de concretização de direito fundamental mediante ordem judicial dirigida ao poder público, consistindo, na verdade, na assunção pelo Poder Judiciário ó em maior ou menor medida, conforme as especificidades do caso ó, de um *controle direto sobre os atos de gestão* da entidade responsável pela execução da política pública, visando extirpar da prática institucional comportamentos nela arraigados, que implicam em grave violação de direitos fundamentais. Cuida-se, todavia, de solução excepcional para hipóteses complexas e incontornáveis pelas vias comuns.

Nesse sentido é que o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, que se traduz no *direito a um processo justo*, supõe uma *garantia de resultado* da atuação judicial para tutelar o interesse defendido na demanda, reclamando-se, portanto, uma *efetividade qualificada*. Para tanto, deve dispor o Estado-juiz de meios e técnicas processuais que se mostrem verdadeiramente eficazes para a realização prática do direito.<sup>415</sup>

Quando se apresente, no caso concreto, como o meio processual adequado e eficaz para tutelar os interesses judicialmente defendidos, a reforma estrutural deve ser examinada como um caminho para a efetivação do controle jurisdicional da política pública em questão, ainda que implique em intervenção judicial em órgão ou entidade estatal, com base na cláusula geral executiva dos arts. 139, inciso IV, 497 e 536, § 1º do CPC, especialmente quando não houver outro modo menos invasivo para o cumprimento satisfatório da obrigação perseguida.

Essa, aliás, é a orientação doutrinária de Marcelo Lima Guerra, que ainda nos primeiros anos seguintes à reforma de 1994 do CPC, aludindo aos *inherent powers* das cortes do *common law*, mormente no âmbito da *institutional litigation* ó que asseguram ao juiz poder indeterminado de aplicar medidas coercitivas para garantir o cumprimento de suas decisões ó via no art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil então em vigor, uma *norma de encerramento do sistema* de execução forçada, pela qual cabe ao juiz determinar, conforme as peculiaridades

---

<sup>415</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. **Revista forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 395, jan.-fev. 2008, p. 41-42. No mesmo diapasão: MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Execução civil**: estudos em homenagem ao professor Paulo Furtado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 225-245.

do caso, os meios sub-rogatórios mais adequados para a realização da execução em sua forma direta.<sup>416</sup>

Dentre os meios executivos passíveis de imposição pelo magistrado, menciona o referido autor a possibilidade de decretação de *intervenção judicial* em pessoas jurídicas, visando investir terceiros de poderes suficientes para atuar como *longa manus* do órgão judicante, a fim de que possa cumprir as prestações que lhes sejam atribuídas, principalmente as mais complexas e de caráter continuado, adotando-se no Direito Processual Civil solução similar à prevista na Lei Antitruste,<sup>417</sup> extensível a obrigações de fazer e não fazer disciplinadas em leis especiais, como a da Ação Civil Pública.<sup>418</sup>

Também o ensinamento de Sérgio Cruz Arenhart converge para o mesmo norte, lembrando que o já citado art. 461 do CPC,<sup>419</sup> ao enunciar uma *cláusula aberta* para a tutela de prestações de fazer e não fazer, deixa entrever uma atenuação ao princípio da demanda, de modo que o nosso sistema processual civil confere ao juiz suficiente margem de liberdade para a definição da forma de efetivação do comando jurisdicional, de maneira consentânea ao método de atuação das *structural injunctions*.<sup>420</sup>

Assim, as medidas estruturais se realizam por meio de *provements em cascata*, em que uma primeira decisão judicial ó antecipatória ou de mérito ó específica a obrigação a ser satisfeita, fixando as diretrizes gerais a serem observadas para a proteção do direito debatido na demanda, seguindo-se, na fase de cumprimento, de tantas outras decisões quantas se mostrem necessárias, visando a solução de questões pontuais supervenientes, que por vezes implicam em avanços ou mesmo em retrocessos, com vistas à implementação definitiva da obrigação principal, de caráter mais genérico e abrangente.<sup>421</sup>

A admissibilidade de concessão pelo julgador, além da tutela específica da obrigação, também do resultado prático equivalente, fazendo uso das *medidas necessárias* à sua

---

<sup>416</sup> GUERRA, Marcelo Lima. Inovações na execução direta das obrigações de fazer e não fazer. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo de execução e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 309-316.

<sup>417</sup> Lei nº 8.884/94, à época da publicação do artigo citado, cujas disposições são hoje regidas, de forma análoga, pela Lei nº 12.529/11, especialmente em seu art. 102, ao estabelecer que cabe ao juiz decretar a intervenção na empresa, quando necessária para permitir a execução específica, nomeando o interventor.

<sup>418</sup> GUERRA, Marcelo Lima. Op. cit., p. 317-321.

<sup>419</sup> Esclareça-se que o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) mantém, em seus arts. 497 e 536, § 1º, o regime legal da tutela específica da obrigação de fazer ou obtenção do resultado prático equivalente, preservando, dessa forma, o escopo geral do art. 461 do CPC de 1973. Nesse sentido: BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 331.

<sup>420</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 38, n. 225, nov. 2013, p. 399.

<sup>421</sup> *Ibid.*, p. 401.

implementação, resulta em uma mitigação do princípio da demanda, viabilizando, em termos práticos, a emissão de provimentos judiciais típicos de decisões estruturais. Isso porque estas exigem providências flexíveis, supervisionadas pela autoridade, que possam ser modificadas à medida que contingências do caso concreto imponham.<sup>422</sup>

Nada obsta, destarte, a prolação de decisões estruturais em nosso sistema processual, como forma de efetivação de obrigação de fazer ou não fazer, destinada à preservação ou concretização de direitos constitucionalmente assegurados, desde que se mostre adequada à hipótese e atenda ao critério da proporcionalidade.<sup>423</sup>

A novel legislação processual civil, inclusive, veio a tornar ainda mais explícita a admissibilidade da adoção de medidas estruturais em nosso direito, por força do disposto no art. 139, inciso IV, do CPC,<sup>424</sup> no sentido de que incumbe ao magistrado, no exercício do poder geral de efetivação de suas decisões, determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

A intervenção judicial em entidades públicas, por conseguinte, consiste em uma medida de caráter sub-rogatório que, destinando-se à obtenção do resultado prático equivalente ao do adimplemento voluntário pelo devedor, nos moldes do art. 536, do CPC, pode servir como meio bastante à efetivação de decisões estruturais, revestindo-se de formato análogo à providência prevista no art. 102 da Lei nº 12.529/11.

Não quer isso dizer, todavia, que a nomeação de interventor para gerir provisoriamente o órgão ou instituição pública incumbido do cumprimento da determinação judicial seja o único modo pelo qual podem ser solucionados os litígios estruturais, podendo haver variados meios que viabilizem o acompanhamento judicial da implementação das medidas havidas como necessárias para a hipótese.

A doutrina nacional enumera três modalidades pelas quais pode se realizar a intervenção judicial, sendo a mais drástica delas chamada de *expropriatória* ou *substitutiva*, na qual irá o interventor fazer as vezes de administrador temporário da entidade responsável pelo

---

<sup>422</sup> BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. O Ministério Público social e as decisões estruturais no Brasil. **Revista jurídica in verbis**. Natal: Curso de Direito da UFRN, n. 35, jan.-jun. 2014, p. 228.

<sup>423</sup> BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 169.

<sup>424</sup> JOBIM, Marco Félix. A previsão das medidas estruturantes no art. 139, IV, do novo Código de Processo Civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes (Coord.). **Coleção repercussões do novo CPC**: processo coletivo. Salvador: Juspodivm, v. 8, 2016, p. 230-233.

cumprimento do provimento jurisdicional, objetivando assegurar o atendimento da determinação.<sup>425</sup>

Há, porém, outras formas menos invasivas de intervenção, como a *cogestora* e a *fiscalizatória*. Na primeira, o gestor primitivo permanece na função, sendo entregues parte de suas atribuições, contudo, ao auxiliar nomeado pelo magistrado, na medida necessária à efetivação da ordem judicial, conforme a complexidade e extensão desta, ao passo que, na última modalidade, cabe ao interventor unicamente fiscalizar a correta observância da determinação do Juízo, de parte do responsável pela sua implementação.<sup>426</sup>

Para que essa espécie de atuação jurisdicional venha a ser de fato bem-sucedida, todavia, não se pode deixar de atentar para a experiência havida no direito norte-americano, em que tem se mostrado crucial não só que o juiz busque o auxílio de especialistas nas áreas em que será desenvolvida a intervenção, mas também que especifique claramente, em sua decisão, os *objetivos* a serem atingidos por meio da reforma estrutural, delimitando os *fins* a serem alcançados. Deve o magistrado, ainda, mostrar-se verdadeiramente comprometido com a obtenção de tais resultados, acompanhando cada etapa de cumprimento das medidas determinadas e velando pela efetividade destas.<sup>427</sup>

Como ocorre no ordenamento jurídico dos Estados Unidos, também entre nós as decisões estruturais devem consistir em um remédio extremo, reservado para complexas situações conjunturais, com o escopo bem definido de dar concretude e implementar determinada política pública, como expressão de direitos de estatura constitucional.

Os casos estritamente indicados para ser objeto de uma reforma institucional estrutural, aliás, são os que não encontram solução adequada na tradicional metodologia de abordagem processual, a saber, aqueles em que, para o cumprimento satisfatório de uma obrigação de fazer, não seja suficiente a emissão pura e simples de determinação judicial, exequível por meios diretos ou indiretos, sob cominação específica.

Frise-se, contudo, que a intervenção judicial que venha a ser imposta em face de determinado órgão ou instituição pública encontra um limite absoluto nas hipóteses que possam implicar em afastamento ou restrição à atuação de chefe do Poder Executivo, o que somente é

---

<sup>425</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica. **Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4. Região**. Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4. Região, v. 1, n. 1, out. 2014, p. 211-212.

<sup>426</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>427</sup> BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 85-88.

possível nos casos de intervenção da União nos Estados, ou destes nos Municípios, na forma estatuída nos arts. 34 a 36 da Constituição Federal brasileira,<sup>428</sup> o que não tem como deixar de ser observado no contexto alusivo à temática em estudo.

O maior desafio que se coloca em relação ao tema, portanto, reside na amplitude que a decisão estrutural possa vir a assumir no caso concreto, havendo maior chance de êxito, indubitavelmente, na medida inversamente proporcional à abrangência alcançada pelos objetivos colimados no processo. Dessa maneira, quanto mais precisos e delimitados forem os fins a serem atingidos por meio de determinada atuação jurisdicional, maior a possibilidade de se obter sucesso nas demandas de natureza estrutural.

### 6.2.2 Estado de coisas inconstitucional e decisões estruturais

Como demonstração inequívoca da necessidade de se conferir uma nova metodologia de abordagem processual ao controle judicial de políticas públicas, diante da manifesta insuficiência dos meios tradicionais de exercício da jurisdição para a solução de litígios de interesse público, o Supremo Tribunal Federal, julgando a Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, de 2015, movida pelo Partido Socialismo e Liberdade ó PSOL em face da União Federal e de todos os Estados-membros e do Distrito Federal, reconheceu a existência de um *estado de coisas inconstitucional* no sistema penitenciário nacional, determinando a realização de providências para sanar as *falhas estruturais* existentes.<sup>429</sup>

Assim, em face da situação degradante que inegavelmente defluiu do quadro de superlotação carcerária e das condições manifestamente desumanas de custódia dos presos no sistema penitenciário brasileiro, implicando em falhas estruturais representativas de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, entendeu o Pretório Excelso que a modificação de tal contexto está a depender de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária. Determinou-se, conseqüentemente, a liberação de verbas do Fundo Penitenciário Nacional, para imediato investimento em unidades prisionais, bem como a

---

<sup>428</sup> TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 283.

<sup>429</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADPF 347 MC/DF**, Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 set. 2015. DJe n. 031, de 18 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

realização obrigatória de audiências de custódia, pelos órgãos do Poder Judiciário, a fim de viabilizar a apresentação do preso perante a autoridade judiciária, em até 24h após a prisão.<sup>430</sup>

Consiste o estado de coisas inconstitucional em um novo conceito introduzido em nosso direito, desenvolvido no âmbito da jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia (CCC), cuja aplicação em nosso sistema judiciário começa a se desenhar a partir da referida decisão do STF.

Consoante registra Clèmerson Clève, o Tribunal Constitucional colombiano, inspirando-se nas *structural injunctions* do direito norte-americano, passou a identificar a existência de situações configuradoras de agressões em larga escala aos direitos fundamentais, reclamando a adoção, pelo Judiciário, õde respostas adequadas, singulares, muitas vezes incrementais, tudo para corrigir circunstância caracterizada pela generalizada violação dos direitos garantidos pela lei fundamentalö.<sup>431</sup>

Carlos Alexandre de Azevedo Campos, dedicando-se ao estudo do tema, identifica três pressupostos para o estado de coisas inconstitucional: a) a constatação de uma situação de violação sistemática e generalizada de direitos fundamentais, a atingir um amplo quantitativo populacional; b) a existência de uma *falha estatal estrutural*, evidenciada pela falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, a gerar a perpetuação do quadro de violação de direitos; c) necessidade de emissão de ordens não a um órgão apenas, mas a uma pluralidade destes, visando a realização de mudanças estruturais, a formulação de novas políticas públicas ou o ajuste das existentes, além da alocação de recursos e outras providências da espécie.<sup>432</sup>

Salienta o referido autor que um dos óbices suscitados por ocasião do julgamento, pelo STF, da mencionada medida cautelar na ADPF 347, em relação à adoção de tal técnica decisória entre nós, consistiu na ausência de resultados satisfatórios na atuação da Corte Constitucional da Colômbia no caso das falhas estruturais do sistema prisional daquele país, o que militaria contra a sua importação pelo direito pátrio. Esclarece, porém, que tal insucesso pode ser

<sup>430</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADPF 347 MC/DF**, Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 set. 2015. DJe n. 031, de 18 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

<sup>431</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. ADPF 347 e estado de coisas inconstitucional. **Gazeta do povo**, Curitiba, 11 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/artigos/adpf-347-e-estado-de-coisas-inconstitucional-7j1i7uoi7spj2ae0eryxbpbn2>>. Acesso em 23 abr. 2016.

<sup>432</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional e litígio estrutural**, p. 3. Disponível em: <[https://www.academia.edu/15685170/\\_Estado\\_de\\_Coisas\\_Inconstitucional\\_e\\_Lit%C3%ADgio\\_Estrutural](https://www.academia.edu/15685170/_Estado_de_Coisas_Inconstitucional_e_Lit%C3%ADgio_Estrutural)>. Acesso em 25 abr. 2016.

creditado à falta de flexibilidade das decisões judiciais exaradas na hipótese citada, tendo o mencionado tribunal deixado de monitorar adequadamente o cumprimento de suas ordens, confiando excessivamente na autoridade intrínseca à própria deliberação, ao invés de dialogar com as autoridades públicas incumbidas de sua efetivação.<sup>433</sup>

Tais equívocos operacionais foram corrigidos, contudo, em litígios estruturais posteriormente julgados pela CCC, com especial destaque para o caso do deslocamento forçado de pessoas,<sup>434</sup> resultante de ações violentas de grupos armados, tendo o Tribunal determinado, ao declarar o estado de coisas inconstitucional, a realização de uma série de medidas para a elaboração de políticas públicas, exigindo atenção orçamentária para o problema e a formulação de um marco regulatório para proteger não só os direitos individuais dos demandantes, mas para tutelar também a dimensão objetiva de tais direitos. A grande diferença, porém, residiu no diálogo mantido com os demais poderes e com a sociedade na fase de implementação da decisão, tendo os juízes acompanhado efetivamente o seu cumprimento mediante audiências públicas, acarretando verdadeira participação social e apresentando resultados satisfatórios.<sup>435</sup>

Assim como ocorre, portanto, com as *structural injunctions* do direito estadunidense, não se pode ignorar os riscos existentes também no modelo colombiano ora em exame, devido ao caráter tênue da linha demarcatória entre direito e política, a fim de que o Judiciário não invada a seara própria dos demais poderes e atraia para si, indevidamente, os ônus inerentes aos erros e acertos que são próprios das instituições democraticamente legitimadas para intervir politicamente, de forma ampla, em questões sociais.

Justifica-se, pois, a preocupação de parte da doutrina quanto à adoção, pelo Supremo Tribunal Federal, de tal técnica decisória idealizada pela mencionada Corte sul-americana, diante da vagueza e fluidez do conceito inerente ao estado de coisas inconstitucional, que poderia ser identificado nos mais variados temas alusivos aos direitos sociais no Brasil, nos quais grassam exemplos de violações sistemáticas a direitos fundamentais, como nos casos dos sistemas de saúde, segurança pública, educação, dentre uma série de outros.<sup>436</sup> Estaria o Poder

---

<sup>433</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional e litígio estrutural**, p. 5. Disponível em: <[https://www.academia.edu/15685170/\\_Estado\\_de\\_Coisas\\_Inconstitucional\\_e\\_Lit%C3%ADgio\\_Estrutural](https://www.academia.edu/15685170/_Estado_de_Coisas_Inconstitucional_e_Lit%C3%ADgio_Estrutural)>. Acesso em 25 abr. 2016.

<sup>434</sup> *Desplazamiento forzado*.

<sup>435</sup> *Ibid.*, p. 6-7.

<sup>436</sup> STRECK, Lenio Luiz. O que é preciso para (não) se conseguir um habeas corpus no Brasil. **Consultor jurídico**, São Paulo, 24 set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-24/senso-incomum-preciso-nao-obter-hc-brasil>>. Acesso em 25 abr. 2016.

Judiciário autorizado e preparado para enfrentar simultânea e imediatamente todas essas graves questões? Quais critérios poderiam ser validamente utilizados para nortear tais decisões?

De fato, se a intervenção judicial em políticas públicas, por si só, já suscita indagações acerca da admissibilidade da emissão de pronunciamentos jurisdicionais sobre o assunto, com maior razão ainda questionamentos podem ser levantados quanto à possibilidade de virem os juízes a ditar para autoridades administrativas ou para os legisladores a forma pela qual devem ser solucionados problemas sociais dos mais sensíveis e complexos.

Não se pode negar, todavia, a existência de situações configuradoras de litígios estruturais, que, se não forem adequadamente equacionados e tratados pelo Poder Judiciário, podem inviabilizar a concretização de direitos fundamentais expressamente assegurados em nosso ordenamento jurídico. Afirmar o contrário significa negligenciar os meios processuais de acesso à justiça, pois não se pode conferir soluções meramente pontuais, tópicas e superficiais para problemas sistêmicos, que se encontram arraigados no próprio funcionamento de órgãos e instituições públicas ou sociais, proporcionando violações generalizadas de situações jurídicas constitucionalmente protegidas.

Sem que o Estado-juiz intervenha, pois, para combater as falhas estruturais em suas causas, limitando-se a dar respostas tradicionais, próprias de um modelo que hoje se revela insuficiente, para os novos litígios que se apresentam nas demandas de interesse público, estará contribuindo, por omissão em prestar a tutela jurisdicional, para a perpetuação de graves e históricas transgressões de direitos fundamentais dos cidadãos. A escolha que cabe ao Judiciário, portanto, não está em *atuar ou não* em tais matérias, mas sim em *como* atuar e qual a *forma* e os *limites* dessa atuação.

Seja mediante a emissão de decisões estruturais, em moldes similares à experiência norte-americana, ou com o reconhecimento de situações caracterizadoras de um estado de coisas inconstitucional, resta confiar que os nossos órgãos de jurisdição constitucional, sobretudo o STF, saibam desenvolver com cuidado e responsabilidade o conceito mais apropriado para a realidade brasileira, definindo as providências cabíveis para enfrentar esses novos e superlativos desafios.<sup>437</sup>

O que deverá contribuir significativamente para o avanço do tema em nosso direito, decerto, será o manejo adequado da matéria pelos operadores jurídicos, especialmente os órgãos

---

<sup>437</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. ADPF 347 e estado de coisas inconstitucional. **Gazeta do povo**, Curitiba, 11 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/artigos/adpf-347-e-estado-de-coisas-inconstitucional-7j1i7uoi7spj2ae0eryxbpbn2>>. Acesso em 23 abr. 2016.

públicos e demais entes legitimados para a provocação da jurisdição constitucional brasileira, seja por meio do importante instrumento da arguição de descumprimento de preceito fundamental,<sup>438</sup> seja mediante a invocação da cláusula aberta para a tutela jurisdicional das obrigações de fazer ou não fazer (arts. 139, inciso IV, 497 e 536, § 1º, do CPC),<sup>439</sup> em ações ordinárias ou ações civis públicas.<sup>440</sup>

Assim, de nada adiantará apresentar uma causa de pedir ou um pedido demasiadamente amplo em uma petição inicial, em uma vã esperança de que sobrevenham soluções mágicas do Poder Judiciário, para obter remédios instantâneos para os inúmeros e crônicos problemas estruturais que impossibilitam a fruição, por um incontável segmento populacional, aos mais básicos direitos enunciados em nossa Lei Maior.

As chances de êxito das demandas veiculadoras de pretensões destinadas à resolução de litígios estruturais, como já dito, estão intrinsecamente relacionadas à forma como é deduzido o pedido e instrumentalizada a ação, sendo larga, também, a responsabilidade dos legitimados ativos para a judicialização da matéria, de apresentá-la adequadamente formulada e instruída para apreciação do magistrado.

Sem isso, não se pode pensar em efetividade da tutela jurisdicional colimada nessa espécie diferenciada de lide. A criatividade que se espera do Judiciário para contribuir para a consolidação desse novo modelo de concretização dos direitos fundamentais é condicionada, inegavelmente, pelo uso correto dos meios processuais à disposição do profissional do direito formulador da postulação autoral.

Pode-se dizer que já há, contudo, casos concretos que servem para ilustrar as incursões teóricas ora empreendidas. Permitimo-nos citar de maneira detalhada pelo menos uma situação específica, no tópico seguinte, atinente a uma destacada intervenção jurisdicional de caráter estrutural, efetivada mediante ação civil pública, que entremostra de modo prático a necessidade indeclinável, na hipótese, de realização dessa excepcional forma de atuação judicial, dado o caráter igualmente singular do problema evidenciado.

---

<sup>438</sup> JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 192-199.

<sup>439</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>440</sup> Em relação às ações civis públicas, tem assentado o STF, inclusive, a viabilidade até mesmo do exercício da verificação incidental da constitucionalidade das leis ou atos normativos por seu intermédio [BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Rcl 1898 ED/DF**, Relator Min. Celso de Mello. Brasília, 10 jun. 2014. DJe n. 151, de 05 ago. 2014, p. 12.137. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266153>>. Acesso em: 02 mar. 2016].

### 6.3 O CASO DA INTERVENÇÃO JUDICIAL NA ENTIDADE GESTORA DO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO POTIGUAR

Para melhor esclarecer as assertivas até aqui expostas, convém noticiar emblemático caso de reforma estrutural ora em andamento na Fundação Estadual da Criança e do Adolescente (FUNDAC/RN), à qual incumbe gerir o sistema socioeducativo do Estado do Rio Grande do Norte, determinada mediante decisões interlocutória e de mérito proferidas pelo Juízo da 3ª Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Natal, em ação civil pública movida pelo Ministério Público Estadual.

Narra a petição inicial da ação civil pública uma grave situação de abandono e de interferências de caráter eleitoreiro de parte do governo estadual na gestão da FUNDAC, resultando em um quadro crônico, que vinha cada vez mais se intensificando com o passar dos anos, diante não apenas de deficiências nas instalações físicas dos estabelecimentos de internação socioeducativa, mas também de sérias irregularidades na administração dos recursos humanos e na gestão da instituição, de modo a acarretar a completa ineficiência no atingimento dos fins a que se destinam as medidas aplicadas pela Justiça juvenil, no âmbito infracional.<sup>441</sup>

Expôs o órgão do Ministério Público, ainda, a intensa atuação anteriormente desenvolvida em torno da problemática, consistente em procedimentos investigatórios que resultaram na propositura de outras ações judiciais por meio das quais foi decretada a interdição de unidades isoladas de Centros Educacionais (CEDUCs) situados na respectiva Unidade Federativa, em face da constatação, por órgãos fiscalizadores como o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), da absoluta falta de condições de funcionamento.

Tais problemas não vieram, contudo, a ser solucionados por meio de tais demandas pontuais, chegando até mesmo a se agravar, já que, com a interdição de um estabelecimento socioeducativo, os seus internos eram transferidos para outra unidade do Estado, passando esta, por sua vez, a ver potencializada a sua própria situação de superlotação e de carências múltiplas.

Como resultado de todo esse contexto, vivenciava-se no início de 2014 um quadro caótico no sistema socioeducativo potiguar, ao ponto de ficarem os magistrados da área infracional sem qualquer alternativa de encaminhamento de adolescentes para cumprimento de

---

<sup>441</sup> BRASIL. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Justiça defere pedido em ação do MP e determina intervenção na Fundac. Íntegra da petição inicial e da decisão judicial. **Notícias do MPRN**, Natal, 11 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.mprn.mp.br/portal/inicio/noticias/6062-6062-justica-defere-pedido-em-acao-do-mp-e-determina-intervencao-na-fundac>>. Acesso em: 25 ago. 2015.

medidas em meio fechado, por total ausência de vagas, gerando um sentimento social generalizado de impunidade quanto aos atos infracionais apurados pelo Poder Judiciário.

Além da notória inadequação dos referidos Centros Educacionais para os propósitos socioeducativos, passaram a ser perceptíveis as consequências nefastas daí advindas para a sociedade, como a crescente utilização de adolescentes por organizações criminosas para a prática de ilícitos e o conseqüente recrudescimento da violência, acarretando, inclusive, o surgimento de grupos de extermínio de adolescentes suspeitos de envolvimento com práticas delitivas.

Constataram os operadores do sistema de justiça juvenil que as abordagens processuais até então desenvolvidas nas ações anteriormente propostas, no sentido de procurar solucionar as gravíssimas deficiências do sistema socioeducativo do Estado do Rio Grande do Norte, limitavam-se a buscar remediar *os efeitos* do problema, deixando incólumes as suas verdadeiras *causas*, decorrentes de irretorquível ineficiência de gestão, aliada ao uso eleitoreiro dos cargos comissionados disponíveis na aludida entidade administrativa.

O desvirtuamento do quadro de servidores comissionados da FUNDAC/RN foi comprovado, inclusive, em ação de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público Estadual em desfavor de uma ex-presidente do referido órgão, de parentes desta e de um outro integrante da diretoria, resultando em sentença condenatória em razão da prática de nepotismo, proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Natal em agosto de 2015.<sup>442</sup>

Optou-se, então, diante da manifesta ineficácia das demais estratégias de atuação judicial anteriormente desenvolvidas, por procurar solucionar tamanha crise por meio da metodologia diferenciada da reforma institucional estrutural, a ser realizada no âmbito da FUNDAC/RN, com o objetivo maior de promover a sua adequação às normas do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), instituído pela Lei nº 12.594/2012.

Estabelece tal diploma legal que o SINASE consiste no conjunto ordenado de princípios, regras e critérios que envolvem a execução de medidas socioeducativas, além de regulamentar a execução das medidas aplicáveis a adolescente que pratique ato infracional, estatuinto acerca dos requisitos a serem atendidos pelos programas pertinentes, em regime de semiliberdade ou internação, a forma de avaliação e acompanhamento da gestão do atendimento

---

<sup>442</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Ocupantes de cargos comissionados da FUNDAC são condenados por nepotismo. **Notícias**, Natal, 25 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.tjrn.jus.br/index.php/comunicacao/noticias/9330-ocupantes-de-cargos-comissionados-da-fundac-sao-condenados-por-nepotismo>>. Acesso em: 25 ago. 2015.

socioeducativo, a responsabilização dos gestores, operadores e entidades de atendimento, os direitos individuais do socioeducando, dentre outras normas.

Trata-se, portanto, de dar concretude, a um só tempo, por meio da intervenção judicial na FUNDAC/RN, a diversos preceitos constitucionais, consubstanciados nos princípios da dignidade da pessoa humana, da eficiência e da moralidade administrativas e, em última análise, no próprio direito difuso à segurança pública, sistematicamente violados por práticas desidiosas e irresponsáveis, nocivamente consolidadas na dinâmica organizacional do sistema socioeducativo potiguar.

Pleitearam os promotores de Justiça, ao final, a emissão de provimento judicial determinando o completo reordenamento institucional da FUNDAC para que passe a observar as diretrizes do SINASE, mediante a nomeação de interventor judicial, pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, prorrogável por iguais e sucessivos períodos, dotado de amplos poderes para gerir a entidade, em substituição ao atual gestor, fixando-se sua remuneração, a ser custeada pela FUNDAC, a fim de garantir o integral cumprimento das obrigações estabelecidas pelo Juízo.

Detalhando ainda mais o pedido, postulou o Ministério Público, em síntese, que o interventor judicialmente nomeado cumprisse as decisões proferidas pelo Poder Judiciário nas demais ações já ajuizadas contra a entidade, realizando investimentos em estrutura física, adquirindo materiais e elaborando planos de atendimento socioeducativos, cabendo ao Estado do Rio Grande do Norte, para tanto, realizar os repasses financeiros mensais do duodécimo previsto no orçamento estadual para a manutenção da entidade, além de outras medidas bastantes a assegurar-lhe a autonomia administrativa e financeira necessária à superação do problema.

Esclareça-se que o Poder Judiciário acolheu, em primeiro e segundo graus de jurisdição,<sup>443</sup> o pedido antecipatório formulado na petição inicial da mencionada ação civil pública, vindo a julgar procedente, ao final, por sentença, o pleito ministerial, confirmando a tutela de urgência anteriormente emitida, que restou submetida, desde logo, a cumprimento provisório.<sup>444</sup>

---

<sup>443</sup> BRASIL. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Justiça nega recurso para suspender intervenção na Fundac. **Notícias do MPRN**, Natal, 25 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.mprn.mp.br/portal/inicio/infancia-e-juventude/infancia-e-juventude-noticias/6094-6094-justica-nega-recurso-para-suspender-intervencao-na-fundac>>. Acesso em: 25 ago. 2015.

<sup>444</sup> Id. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Consultas processuais. **Autos nº 0108149-70.2014.8.20.0001**. Disponível em: <<http://esaj.tjrj.jus.br/cpo/pg/open.do>>. Acesso em: 26 set. 2015.

Tal decisão meritória veio a ser mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, ao julgar a causa em remessa necessária, em Acórdão assim ementado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. CRIANÇA E ADOLESCENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS FUNDAMENTAIS ASSEGURADOS ÀS CRIANÇAS E AOS ADOLESCENTES PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 227 DA CF/88. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. REORGANIZAÇÃO DA FUNDAÇÃO ESTADUAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - FUNDAC. DESIGNAÇÃO DE INTERVENTOR. CRISE NO SISTEMA DE APLICAÇÃO DE MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS DETECTADA EM RELATÓRIO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. DEVER DO ESTADO. INCIDÊNCIA DOS ARTS. 227, CAPUT E § 7º, DA CF/88. EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. IMPOSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO DO ARGUMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL NEM O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. ADOLESCENTES. CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DO REEXAME. PRECEDENTES.

**- O Poder Judiciário pode, em situações excepcionais, determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de modo a realizar políticas públicas indispensáveis para a garantia de relevantes direitos constitucionais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes.**

- Recentemente, em 13.08.2015, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 592.581/RS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, processo submetido ao regime de repercussão geral, considerou que o Poder Judiciário pode impor a realização de obras em presídios para garantir direitos fundamentais. Tal raciocínio pode ser aplicado, e até com mais razão, na concretização de direitos fundamentais relacionados a adolescentes que praticaram atos infracionais e cumprem medidas sócio-educativas em centros de internação/ressocialização administrados pelo Estado. **Assim, o Poder Judiciário pode determinar que a Administração Pública realize obras, reformas emergenciais e outras medidas necessárias em prédios que abrigam adolescentes submetidos às medidas sócio-educativas, para garantir os direitos fundamentais destes, como forma de preservar sua integridade física, psíquica e moral.**

- Considera-se que é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na **promoção de medidas na execução de obras em prédios ou outras providências necessárias, tais como a nomeação de interventor**, para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos internos (adolescentes em cumprimento de medidas sócio-educativas) respeito à sua integridade física e moral, **não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos Poderes.**<sup>445</sup> (Grifo nosso)

Muito embora se trate de medida ainda em fase de implementação ó cujo grau de êxito, naturalmente, somente poderá ser completamente avaliado ao cabo da correspondente intervenção judicial ó, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte tem considerado

<sup>445</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (3ª Câmara Cível). **Remessa Necessária nº 2015.010252-0**, Relator Des. João Rebouças. Natal, 29 set. 2015. Disponível em: <<http://esaj.tjrn.jus.br/cposg/>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

bastante positivos os resultados que começaram a ser colhidos nos primeiros meses de vigência da decisão antecipatória.<sup>446</sup>

Perceba-se, outrossim, que o litígio estrutural em comento não reclamou a edição de leis específicas ou de atos propriamente normativos, limitando-se a buscar, no referido caso concreto, a implementação de regras já contidas na legislação federal aplicável ao tema. A situação de intensa desordem administrativa, causadora de profundas precariedades materiais e, conseqüentemente, de uma continuada transgressão de direitos fundamentais no sistema socioeducativo potiguar, entretanto, evidenciaram a necessidade da adoção de medidas judiciais mais drásticas e profundas, que transbordavam da simples emissão de ordens judiciais para cumprimento pelas autoridades administrativas.

A manifesta insuficiência dos meios processuais ortodoxos, que se revelaram concretamente inadequados para reverter o odioso quadro outrora incrustado no âmbito da FUNDAC/RN, apesar das insistentes tentativas materializadas em ações civis públicas precedentemente ajuizadas, impeliu o Ministério Público a pleitear perante o Poder Judiciário Estadual providências sub-rogatórias que atendessem à complexidade e à gravidade da situação exposta.

Somente na intervenção judicial no órgão da Administração Indireta responsável pela gestão do sistema socioeducativo estadual, destarte, durante o período de tempo que venha a se mostrar necessário à eliminação satisfatória das causas da situação generalizada de violação de direitos fundamentais, é que se vislumbrou uma alternativa viável para implementar as políticas públicas necessárias à superação do contexto narrado.

Esse consiste, enfim, em um exemplo assaz significativo da adoção judicial de uma metodologia processual inspirada nas *structural injunctions* do direito norte-americano, como recurso extremo dos órgãos integrantes do sistema de Justiça, diante da comprovada inadequação dos meios contenciosos tradicionais anteriormente tentados para o controle jurisdicional, com a necessária efetividade, da política socioeducativa em regimes de internação e de semiliberdade no Estado do Rio Grande do Norte.

A extensão de semelhante técnica processual para outras hipóteses, todavia, deve ficar restrita a casos excepcionais, especialmente no que se refere à nomeação de interventor na

---

<sup>446</sup> BRASIL. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. MP comemora renovação de intervenção na Fundac. **Notícias do MPRN**. Natal, 24 set. 2014. Disponível em: <<http://www.mprn.mp.br/portal/inicio/infancia-e-juventude/infancia-e-juventude-noticias/6474-mp-comemora-renovacao-de-intervencao-na-fundac>>. Acesso em: 25 ago. 2015.

modalidade substitutiva,<sup>447</sup> devido aos inegáveis ônus e responsabilidades de peso que acarretam ao órgão jurisdicional. Trata-se, ademais, de medida inegavelmente restritiva de competências próprias de outros órgãos ou instituições públicas, que somente se mostra admissível quando justificada pela necessidade premente de preservação de normas ou interesses constitucionalmente tutelados, mediante a indispensável ponderação judicial.

#### 6.4 PROCEDIMENTO ESPECIAL PARA O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Afirmamos ao longo deste trabalho que os meios tradicionais de composição dos conflitos de interesse não atendem satisfatoriamente às necessidades específicas das ações que versam sobre o controle de políticas públicas, nas quais sobressai a natureza diferenciada do interesse público subjacente, em causas muitas vezes caracterizadas por singular complexidade.

Estudos têm sido realizados com vistas à instituição, entre nós, de um procedimento especial para as demandas veiculadoras de pretensões destinadas ao controle jurisdicional de políticas públicas, havendo alguns deles inclusive resultado na elaboração de um anteprojeto de lei tratando do assunto, encaminhado à Câmara dos Deputados em 2014, tendo recebido o número de ordem 8.058, encontrando-se atualmente tramitando perante a Comissão de Finanças e Tributação daquela Casa Legislativa.<sup>448</sup>

A teor do que consta da justificativa exposta pelo parlamentar subscritor do referido projeto, Deputado Paulo Teixeira, a versão inicial do texto foi elaborada pelos Professores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, havendo sido incorporadas, em seguida, contribuições resultantes de pesquisas acadêmicas e de debates entre membros de instituições da área jurídica, procurando-se aproveitar a experiência oriunda da práxis judicial em tribunais de países como os Estados Unidos, Colômbia e Argentina, acerca do tema.<sup>449</sup>

Registre-se, todavia, que a discussão do projeto de lei em questão não parece ter alcançado ainda dimensão compatível com a relevância que o assunto detém, apesar de ter sido objeto de análise em cursos de pós-graduação nos quais lecionam os autores do anteprojeto,

---

<sup>447</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica. **Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4. Região**. Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4. Região, v. 1, n. 1, out. 2014, p. 211-212.

<sup>448</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. PL 8058/2014. **Projetos de lei e outras proposições**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

<sup>449</sup> Ibid., loc. cit.

não havendo encontrado, por outro lado, uma repercussão mais forte perante a comunidade jurídica em geral, talvez por ter sido ofuscado pelos debates travados em torno do novo CPC, cujo processo legislativo se encontrava em suas etapas finais, à época da propositura daquele.

Embora não seja este o espaço apropriado para uma análise exauriente do teor da mencionada proposição legislativa, reputamos conveniente uma abordagem, ainda que sumária, do seu texto, diante da profunda pertinência que possui com o tema constitutivo do objeto da presente pesquisa.

Volvendo-nos ao conteúdo do Projeto de Lei (PL) n. 8.058/2014,<sup>450</sup> observa-se que restou explicitado, em seu art. 2º, que o controle judicial de políticas públicas deve ser regido, dentre outros, pelos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da garantia do mínimo existencial, da justiça social, do atendimento ao bem comum, da universalidade das políticas públicas e do equilíbrio orçamentário. Preceitua o parágrafo único do referido dispositivo, ademais, que o processo destinado ao controle jurisdicional de políticas públicas possuirá as seguintes características:

- I ó estruturais, a fim de facilitar o diálogo institucional entre os Poderes;
- II ó policêntricas, indicando a intervenção no contraditório do Poder Público e da sociedade;
- III ó dialogais, pela abertura ao diálogo entre o juiz, as partes, os representantes dos demais Poderes e a sociedade;
- IV ó de cognição ampla e profunda, de modo a propiciar ao juiz o assessoramento necessário ao pleno conhecimento da realidade fática e jurídica;
- V ó colaborativas e participativas, envolvendo a responsabilidade do Poder Público;
- VI ó flexíveis quanto ao procedimento, a ser consensualmente adaptado ao caso concreto;
- VII ó sujeitas à informação, ao debate e ao controle social, por qualquer meio adequado, processual ou extraprocessual;
- VIII ó tendentes às soluções consensuais, construídas e executadas de comum acordo com o Poder Público;
- IX ó que adotem, quando necessário, comandos judiciais abertos, flexíveis e progressivos, de modo a consentir soluções justas, equilibradas e exequíveis;
- X ó que flexibilizem o cumprimento das decisões;
- XI ó que prevejam o adequado acompanhamento do cumprimento das decisões por pessoas físicas ou jurídicas, órgãos ou instituições que atuem sob a supervisão do juiz e em estreito contato com este.

Trata-se da enunciação de diretrizes condensadoras das principais características que devem ser inerentes a um processo efetivamente adequado aos casos de litigância de interesse

---

<sup>450</sup> Cf. inteiro teor contido nos Anexos do presente trabalho.

público, como visto ao logo do presente estudo. Busca-se incorporar à legislação processual específica sobre o assunto, desse modo, as particularidades ínsitas a um modelo consentâneo a essa espécie diferenciada de lide.

Não basta, porém, enumerar as propriedades que se quer conferir a determinado procedimento judicial, sem que elas decorram do próprio teor do texto legal, o que, de fato, se constitui em grande desafio, dada a indiscutível complexidade da matéria.

#### **6.4.1 Da fase preliminar do procedimento especial**

Prevê o mencionado Projeto de Lei uma fase preliminar, em seu Capítulo III, destinada à coleta, junto à autoridade administrativa incumbida da efetivação da política pública, de elementos informativos acerca do objeto do pedido veiculado a título de tutela coletiva, visando esclarecer acerca de seu planejamento e execução, além dos recursos previstos e disponíveis para a sua implementação ou correção, e, também, do cronograma necessário ao eventual atendimento do pedido.<sup>451</sup>

O fornecimento de informações requisitadas pelo juízo é obrigatório, ficando a autoridade responsável sujeita às sanções previstas no Código de Processo Civil, no caso de omissão, podendo ainda ser convocada para prestá-las pessoalmente perante o órgão judicial, que pode servir-se, ainda, do auxílio de técnicos especializados para a análise dos dados coletados e designar audiência para complementar as informações.<sup>452</sup>

Estabelece o art. 7º que poderá o juiz abreviar a fase de coleta preliminar de informações, concedendo desde logo a antecipação da tutela, ãse o pedido envolver o mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada.

Trata-se de regra destinada a viabilizar o direito de acesso à tutela de urgência ou de evidência, embora implique em explícita restrição da técnica antecipatória às situações de preservação do mínimo existencial e aos casos em que haja um maior grau de certeza quanto à plausibilidade jurídica da pretensão, notadamente quando invocada diretamente com base no texto constitucional, como direito subjetivo originário.

---

<sup>451</sup> Art. 6º do PL n. 8.058/14.

<sup>452</sup> Arts. 8º e 9º do PL n. 8.058/14.

Essa disposição compatibiliza-se com as orientações doutrinária<sup>453</sup> e jurisprudencial<sup>454</sup> consolidadas a respeito do assunto, sendo razoável uma opção legislativa que atribui algum crédito às escolhas políticas do poder público, mormente na análise provisória e superficial própria da tutela antecipada, sem descuidar, contudo, da proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais e aos direitos subjetivos textualmente explicitados na Constituição.

Prevê o art. 10 do projeto a possibilidade da admissão de *amicus curiae* na demanda e da designação, após obtidos os esclarecimentos técnicos pertinentes, de audiência pública, objetivando o debate da matéria versada na causa junto a ãrepresentantes da sociedade civil e de instituições e órgãos especializados.

Deixa-se de levar em consideração na sobredita fase preliminar, todavia, os informes técnicos eventualmente coletados em inquérito civil previamente instaurado para instruir ação judicial ó especialmente a ação civil pública ó acerca de matéria atinente ao controle de políticas públicas, assim como as discussões ampliadas porventura já envidadas a respeito do objeto da demanda em audiências públicas promovidas pelo Ministério Público.

Corre-se o risco, assim, de se ignorar todo o esforço empreendido pelo órgão ministerial na condução de inquéritos civis e procedimentos investigatórios, previstos em norma constitucional ó art. 129, inciso III, da Constituição Federal ó e regulados por vasta legislação federal, como as Leis n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), bem como, pela Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/93), além das Leis Orgânicas do Ministério Público da União (Lei Complementar n. 75/93) e dos Estados (a exemplo da Lei Complementar Estadual n. 141/96, do Estado do Rio Grande do Norte), e, ademais, por Resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

As Resoluções n. 23/2007<sup>455</sup> e n. 82/2012,<sup>456</sup> ambas do CNMP, disciplinam, respectivamente, os procedimentos inquisitoriais voltados para a apuração de fatos que possam

<sup>453</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 38-39.

<sup>454</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **ARE 639337 AgR/SP**, Relator Min. Celso de Mello. Brasília, 23 ago. 2011. DJe n. 177, de 14 set. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

<sup>455</sup> Id. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n. 23/2007**. Regulamenta os artigos 6º, inciso VII, e 7º, inciso I, da Lei Complementar nº 75/93 e os artigos 25, inciso IV, e 26, inciso I, da Lei nº 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do inquérito civil. Brasília, 17 set. 2007. Disponível em: <[http://www.cnmp.gov.br/portal\\_legado/resolucoes/2814-resolucao-23](http://www.cnmp.gov.br/portal_legado/resolucoes/2814-resolucao-23)>. Acesso em: 04 maio 2016.

<sup>456</sup> Id. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n. 82/2012**. Dispõe sobre as audiências públicas no âmbito do Ministério Público da União e dos Estados. Brasília, 29 fev. 2012. Disponível em: <[http://www.cnmp.gov.br/portal\\_legado/resolucoes/2329-resolucao-82](http://www.cnmp.gov.br/portal_legado/resolucoes/2329-resolucao-82)>. Acesso em: 04 maio 2016.

ensejar a propositura, pelo Ministério Público, de ações para a tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos ou indisponíveis, bem como, a realização de audiências públicas sobre a temática constitutiva do objeto da investigação ministerial.

Não se pode deixar de atribuir o devido valor, destarte, a elementos informativos como perícias técnicas da mais diversa ordem, informações prestadas por órgãos públicos ou instituições privadas, depoimentos orais reduzidos a termo pela autoridade ministerial, inspeções *in loco* regularmente documentadas, dentre uma série de outros meios de coleta de dados contidos no inquérito civil, que, durante algumas décadas de exercício de atribuições relacionadas à defesa de interesses difusos e coletivos, tem servido para instruir ações civis públicas ajuizadas pelo *Parquet*.

Mesmo que se alegue, aliás, que as provas produzidas extrajudicialmente pelo Ministério Público possuem valor relativo, não se deve ignorar que cabe ao juiz proceder a tal análise em cada caso, segundo as normas de direito processual e material pertinentes, como tem sido realizado até hoje, sem maiores problemas, nas demandas movidas pela instituição ministerial,<sup>457</sup> sobretudo por se tratar de um instrumento investigatório previsto em norma constitucional expressa, exaustivamente regulado em nível infraconstitucional.

Assim, estando a petição inicial acompanhada de inquérito civil ou procedimento investigatório conduzido pelo Ministério Público, no qual reste devidamente documentada a coleta de informes técnicos e outros dados probatórios, deve o juiz ser autorizado a dispensar ou simplificar a fase preliminar prevista no Capítulo III do referido PL, em homenagem ao princípio constitucional da razoável duração do processo.

Essa conclusão, inclusive, poderia advir até mesmo de uma interpretação do disposto no art. 2º, inciso VI, do projeto, ao estatuir que o procedimento a ser seguido em ações da espécie deve ser *flexível*, podendo ser ãconsensualmente adaptado ao caso concreto. A alusão ao termo *consensual*, todavia, pode abrir margem a um entendimento no sentido de que somente caberia a dispensa da fase preliminar com a concordância do ente público demandado, ensejando a ocorrência de distorções, a serviço de interesses estratégicos da Administração Pública, que pode vir a tentar protelar indevidamente o andamento do feito.

Mais condizente, portanto, com o interesse público subjacente à tutela jurisdicional adequada e efetiva das demandas inerentes ao controle de políticas públicas, é a inserção, no mencionado projeto, de dispositivo prevendo expressamente a possibilidade de dispensa

---

<sup>457</sup> PROENÇA, Luis Roberto. **Inquérito civil**: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 117-120.

judicial da fase preliminar, ou sua abreviação, de ofício pelo magistrado ou a requerimento do autor, uma vez satisfeitas as condições de estar a petição inicial instruída com inquérito civil que contenha, em seu bojo, as informações versadas no art. 6º do Projeto n. 8.058/14.

A instituição ministerial, a propósito, tem historicamente ocupado, no Brasil, lugar de destaque nas iniciativas de promoção da tutela coletiva de direitos, superando numericamente, em muito, a propositura de ações civis públicas pelos demais co-legitimados,<sup>458</sup> de modo que, vindo a prevalecer uma orientação que implique em ignorar, por ocasião da fase preliminar do processo em comento, os elementos informativos coligidos ao inquérito civil, ter-se-á um verdadeiro retrabalho, resultando em desnecessária sobrecarga da atividade jurisdicional, em desprestígio da economia e celeridade processuais.

Dedica-se o Capítulo IV aos meios alternativos de solução de controvérsias, enaltecendo-se as vias da mediação, arbitragem, conciliação e celebração de compromissos de ajustamento de conduta como as melhores formas de composição do litígio de interesse público.

Apesar de o projeto não inovar significativamente quanto ao emprego de tais métodos consensuais em relação ao tema, limitando-se a fazer remissão à previsão contida na legislação específica já existente, prevê o art. 11 que a conciliação ou mediação devem ser conduzidas por profissionais *devidamente capacitados*. A necessidade de que existam conciliadores e mediadores qualificados para conduzir as negociações acerca da implementação da política pública debatida em juízo, aliás, já foi exposta por ocasião do item 3.2.2 do presente trabalho.

Relativamente ao compromisso de ajustamento de conduta, vale enfatizar que este tem se notabilizado como um importantíssimo instrumento de viabilização do controle de políticas públicas, tanto no aspecto preventivo, quanto resolutivo de litígios de interesse público,<sup>459</sup> especialmente em razão do seu intenso uso pelo Ministério Público no exercício das atribuições extrajudiciais de defesa dos interesses transindividuais ou individuais indisponíveis, contribuindo enormemente, sem dúvida alguma, para a realização de direitos fundamentais sociais, ao solucionar consensualmente as lides, evitando, conseqüentemente, o aforamento de inúmeras demandas.

Servem os compromissos de ajustamento de conduta, pois, como relevantes mecanismos de negociação para adequar a conduta questionada às exigências legais, mediante

---

<sup>458</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 226.

<sup>459</sup> NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de ajustamento de conduta**: teoria e análise de casos práticos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 302.

cominações, como forma de efetivação da obrigação na forma específica ou obtenção do resultado prático equivalente.<sup>460</sup>

#### 6.4.2 Do juízo de admissibilidade do pedido e da etapa contenciosa

Não obtido acordo, determina o art. 14 que o magistrado realizará o exame, em juízo de admissibilidade, da razoabilidade do pedido e da atuação da Administração, ocasião em que pode vir a extinguir o processo com resolução do mérito, o que equivaleria a um julgamento de improcedência liminar do pedido, nos moldes do art. 332 do CPC, porém sem os mesmos parâmetros de verificação de conformidade com a jurisprudência dominante.

Pensamos que o dispositivo mereça uma reformulação de seu texto, diante do elevado grau de subjetivismo conferido a uma decisão denegatória do pedido, não sendo recomendável que esta fique adstrita a vagos critérios de razoabilidade do julgador.

Comentando a possibilidade de rejeição liminar do pedido pelo juiz, por contrariedade manifesta à ordem jurídica, tendo a jurisprudência como referencial, na forma do referido artigo do novo CPC, salienta José Miguel Garcia Medina que se trata de medida excepcional, a exigir cautela redobrada do juiz sentenciante, sendo necessária, para tanto, a existência de uma firme definição do assunto nos precedentes estabelecidos em nossos Tribunais.<sup>461</sup>

Autorizar um juízo denegatório da admissibilidade do pedido, que resulte na extinção do processo *com resolução do mérito*, embasado apenas no entendimento de razoabilidade do órgão jurisdicional, não é uma solução compatível com os ditames do acesso à justiça, sendo necessário que se estabeleçam critérios jurídicos mais precisos e objetivos, para esse mister.

O acréscimo da expressão *manifestamente destituído de razoabilidade*, em relação ao pleito examinado pelo julgador, já poderia contribuir para um controle mais racional da fundamentação judicial empregada para decretar a improcedência liminar da postulação aventada, porém acreditamos que o mais correto seria remeter a hipótese à observância do disposto nos incisos I a IV do art. 332, do CPC.

Entendendo pela admissibilidade do pedido, o juiz ordenará a citação do representante judicial da autoridade competente para apresentar resposta.<sup>462</sup> Dispõe o art. 15

---

<sup>460</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 153-154.

<sup>461</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 342-344.

<sup>462</sup> Art. 14 do PL n. 8.058/14.

que, determinada a citação, a autoridade responsável pela política pública continuará vinculada ao processo, sem esclarecer, contudo, se essa autoridade será apenas, e necessariamente, o representante judicial da correspondente pessoa jurídica de direito público, nos moldes do art. 75 do CPC, ou se poderá ser o gestor público da respectiva matéria debatida no processo, como um secretário estadual ou municipal, ou um diretor de órgão público, exemplificativamente.

A intenção dos autores do projeto, possivelmente, foi de considerar o administrador público como uma parte *sui generis* no processo de controle judicial de políticas públicas, à semelhança do que ocorre no regramento processual do mandado de segurança,<sup>463</sup> já que não alude o art. 14 à citação *da pessoa jurídica de direito público* à qual seja vinculada dita autoridade, mas do representante judicial *da própria autoridade*.

Trata-se, ao nosso ver, de uma atecnia que precisa ser corrigida, uma vez que não se deve confundir a notificação da autoridade responsável pelo cumprimento da decisão judicial para prestar informações, com a citação *da pessoa jurídica de direito público* ó à qual caberá suportar os ônus financeiros de um eventual acolhimento do pedido ó, esta última sim, a ser procedida por meio do respectivo representante judicial, tendo em vista que tais atos de comunicação processual podem ser realizados de modo independente.

Isso porque, diferentemente do que se dá no mandado de segurança, nas ações que visam o controle judicial de políticas públicas não se questiona especificamente o ato da autoridade, mas a omissão estatal quanto à adequada satisfação do direito fundamental que assiste aos titulares do interesse que se busca tutelar no processo.

Estabelece o art. 18, por sua vez, que o juiz poderá determinar ão cumprimento de obrigações de fazer sucessivas, abertas e flexíveis, podendo estas consistir, *exemplificativamente*, na apresentação de cronograma para a implementação ou correção da política pública objeto da demanda, a ser debatido com as partes e com representantes da sociedade civil, ou na inclusão de créditos adicionais no orçamento do exercício em curso ou, também, na inserção de determinada verba no orçamento futuro, com a obrigação de ser efetivamente aplicada no propósito colimado na ação.

---

<sup>463</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). **REsp 1399842/ES**, Relator Min. Sérgio Kukina. Brasília, 25 nov. 2014, DJe de 03 fev. 2015. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201302794476&dt\\_publicacao=03/02/2015](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201302794476&dt_publicacao=03/02/2015)>. Acesso em: 12 abr. 2016.

Em uma clara compatibilização com o modelo norte-americano das *structural injunctions*,<sup>464</sup> contempla o art. 19 a possibilidade de nomeação de omissário, pertencente ou não ao Poder Público, que também poderá ser instituição ou pessoa jurídica, para a implementação e acompanhamento das medidas necessárias à satisfação das obrigações. Cabe a tal auxiliar do juízo informar-lhe acerca do gradual cumprimento da determinação exarada e solicitar a adoção das providências que entender cabíveis, devendo os seus honorários ser fixados pelo magistrado e custeados pelo ente público incumbido da efetivação da decisão.

A flexibilidade na execução da ordem jurisdicional é assegurada pelo art. 20, a fim de que esta possa ser ajustada às especificidades do caso concreto para, com isso, melhor atender ao interesse público tutelado na demanda.

Atentando para uma necessidade prática demonstrada na experiência forense brasileira, que evidencia a falta de efetividade das determinações judiciais emitidas a agentes públicos, contempla o art. 21 a possibilidade de imposição de medidas coercitivas à autoridade responsável pelo cumprimento da medida, inclusive multa periódica, solidariamente ao ente público ao qual esta é vinculada, sem prejuízo da devida responsabilização criminal e administrativa, ou da intervenção federal ou estadual no ente respectivo, conforme o caso.

Reiteramos nossa discordância quanto à metodologia de imposição de *astreintes* à pessoa jurídica de direito público, entendendo que a multa deve poder ser aplicada em desfavor unicamente do gestor público, quando cabível no caso concreto, pelos motivos explicitados no decorrer do Capítulo 5 do presente estudo.

Embora tenha o art. 21 autorizado a aplicação de medidas coercitivas, como forma de assegurar o cumprimento da decisão judicial, deixou de mencionar a possibilidade de imposição de providências de caráter sub-rogatório, tal como o sequestro de verbas públicas, que por vezes pode se mostrar, ainda que excepcionalmente, como a única providência capaz de viabilizar, em termos práticos, a efetivação da ordem judicial, como pudemos sustentar em tópico anterior, sendo salutar a previsão expressa da sua admissibilidade, ainda que aludindo genericamente às medidas já previstas no CPC para a obtenção do resultado equivalente ao do adimplemento.

De fato, o controle judicial de políticas públicas, por reclamar uma tutela jurisdicional apropriada aos chamados *novos direitos*, não se compatibiliza com o modelo rígido da tipicidade dos meios executivos, abandonado desde a reforma do Código Buzaid, na década de 1990, em prol da efetividade no cumprimento das obrigações de fazer e não fazer,

---

<sup>464</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 38, n. 225, nov. 2013, p. 399.

possibilitando-se, com a redação dada ao então art. 461, § 5º, a adoção de medidas executivas inominadas, de natureza sub-rogatória ou coercitiva, necessárias para a concretização dos direitos fundamentais sociais.<sup>465</sup>

Não pode o referido PL, portanto, de maneira contraditória com a característica da *flexibilidade* do comando judicial, prevista no art. 2º, inciso IX, patrocinar o retrocesso de uma eventual inadmissibilidade da adoção de meios sub-rogatórios atípicos em face do Estado, como forma de consecução do resultado prático equivalente ao cumprimento voluntário da obrigação, na contramão, inclusive, da orientação jurisprudencial consagrada em nossos tribunais superiores, ainda que para hipóteses restritas.<sup>466</sup> Urge, portanto, a supressão dessa imperdoável lacuna.

Limita o art. 28 do projeto a concessão da tutela de direitos subjetivos individuais às situações atinentes ao *mínimo existencial* e àquelas em que o bem da vida pretendido seja assegurado em norma constitucional de forma completa e acabada, caso o acolhimento hipotético do pedido possa vir a refletir negativamente nas políticas públicas de determinado setor, observada a razoabilidade da postulação. Nesse caso, deve o juiz comunicar o fato ao Ministério Público ou a outros legitimados para a ação coletiva, a fim de que promovam as medidas judiciais visando a implementação ou correção da política pública, em seus aspectos transindividuais.

Trata-se de norma claramente voltada ao controle *dos efeitos da judicialização* das políticas públicas, especialmente relacionadas, pode-se perceber, às decisões judiciais proferidas em ações veiculadoras de pedidos de prestações materiais relacionadas ao direito à saúde, como forma de minimizar as consequências coletivas do acolhimento de pretensões individuais, em prol do princípio isonômico.<sup>467</sup>

Apesar dos propósitos louváveis da norma, o seu conteúdo merece exame mais acurado, por não ser aplicável apenas ao juízo antecipatório, mas como a norma do art. 7º, mas por dizer respeito ao julgamento do próprio mérito da causa, podendo implicar, conseqüentemente, em violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. Extravassando a

---

<sup>465</sup> GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 116-117.

<sup>466</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 607582 RG/RS**, Relatora Min. Ellen Gracie. Brasília, 13 ago. 2010. DJe n. 159, de 27 ago. 2010, p. 1.185. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613791>>. Acesso em: 02 maio 2016.

<sup>467</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio (Coord.). **20 anos da Constituição brasileira**. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 187.

matéria, contudo, do âmbito de pesquisa do presente estudo, reservamos a sua análise para outra ocasião oportuna.

Enuncia o art. 30 regras acerca da conversão da ação individual em coletiva, desde que, dentre outros requisitos, haja relevância social da questão, ouvido o Ministério Público.

Prevê o art. 31, a título de disposições finais, de forma extremamente positiva, a criação pelos tribunais de varas especializadas para o processo e julgamento de ações que visem a realização do controle jurisdicional de políticas públicas, o que poderá contribuir sensivelmente para a redução das dificuldades materiais do Poder Judiciário para propiciar adequada tutela judicial às inúmeras e complexas demandas da espécie.

Consiste o referido projeto, enfim, em tentativa bastante elogiável de atribuir um regramento infraconstitucional adequado às ações voltadas ao controle jurisdicional de políticas públicas, a fim de melhor explicitar os meios processuais idôneos à efetivação de direitos prestacionais em face do Estado, mediante tutela individual ou coletiva, o que não suprime, todavia, a necessidade de um melhor amadurecimento da proposta, para fins de correções de rumos, apesar de aderirmos à defesa da constitucionalidade do projeto, quanto aos seus aspectos gerais, envidada pelos autores do anteprojeto.<sup>468</sup>

Não cabe supor, porém, que a adoção de medidas estruturais em nosso direito, assim como de outras providências executivas bastantes para dar efetividade às demandas que versam sobre a temática em exame, estejam a depender, exclusivamente, da aprovação do projeto de lei em questão, apesar da sua inegável importância para tal fim. Isso porque o nosso sistema processual civil, sobretudo após a edição do atual CPC, que possui viés nitidamente cooperativo e participativo, apresenta compatibilidade com o desenvolvimento de um modelo adequado de litigância de interesse público, abrindo caminho para a consolidação, entre nós, de uma teoria das decisões estruturais.<sup>469</sup>

Mesmo inexistindo um processo especial, portanto, cabe em nosso direito a adoção de medidas executivas inominadas, destinadas à implementação de decisões concessivas da tutela específica da obrigação ou de seu resultado equivalente em face de ente público, na forma já disciplinada na legislação processual em vigor, abordada ao longo do presente trabalho.

---

<sup>468</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE Kazuo; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. PL sobre controle jurisdicional de políticas públicas é constitucional. **Consultor jurídico**, São Paulo, 23 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-23/pl-controle-jurisdicional-politica-publica-constitucional>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

<sup>469</sup> BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Limites e possibilidades para a construção de uma teoria das decisões estruturais no Brasil**: as políticas públicas como um desafio para a tutela coletiva no século XXI, p. 6. Trabalho ainda no prelo, gentilmente cedido pelo autor para enriquecimento da presente pesquisa.

Impende ressaltar, de toda sorte, que independentemente da previsão em procedimento especial, o êxito das providências destinadas ao controle jurisdicional de políticas públicas está intimamente relacionado ao grau de abertura do processo e dos sujeitos processuais ao diálogo e às técnicas de negociação, envolvendo não só o juízo e as partes, mas o maior número possível de órgãos, instituições, especialistas e a própria sociedade civil, potencialmente interessados no resultado da demanda.

## 6.5 ENTRE A COERÇÃO E A NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL: A ESCOLHA DO MELHOR CAMINHO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Consoante restou enfatizado no curso do presente trabalho, a busca por efetividade no exercício da atividade jurisdicional tem sido uma das grandes preocupações dos que se dedicam ao estudo ou à prática cotidiana de demandas inerentes ao controle judicial de políticas públicas.

Encontrar meios processuais que viabilizem a implementação de decisões judiciais emitidas em face do Estado, destinadas à concretização de direitos fundamentais, não pode erigir-se, no entanto, em uma atividade solitária do julgador, não sendo razoável depositar-se sobre os ombros do magistrado toda a responsabilidade de conferir efetividade ao processo, mesmo porque esse não é um valor absoluto, que se possa preservar a qualquer custo.

Deve-se ter em mente, com efeito, que ao lado da efetividade, invariavelmente, coexiste um outro valor, por vezes contraposto ó porém igualmente digno de consideração ó, atinente à *segurança*, que se traduz em um ideal de processo justo. A necessidade de *adequação* da tutela jurisdicional às especificidades do caso concreto deve ser compreendida, por conseguinte, como a aptidão para ãrealizar a eficácia prometida pelo direito material, com a maior efetividade e segurança possíveis.<sup>470</sup>

Em se tratando, ademais, de ações judiciais nas quais se discute a realização de políticas públicas, deve-se ter sempre claro que não se cuida, via de regra, de um litígio qualquer de particulares contra a Administração Pública, pois raramente estará em jogo uma disputa envolvendo unicamente o interesse secundário desta última.

Isso porque os debates em torno da formulação e execução de políticas públicas habitualmente dizem respeito ao interesse público, tanto nos casos em que se esteja diante de uma pretensão à entrega de direitos prestacionais indevidamente resistida pelas autoridades

---

<sup>470</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. **Revista forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 395, jan.-fev. 2008, p. 47.

administrativas, quanto naqueles em que o ordenamento jurídico não autoriza a atribuição ao contribuinte e, enfim, à própria sociedade, dos encargos alusivos aos custos econômicos ou sociais de determinada postulação formulada em face do ente estatal.

A negativa ilegítima, pelo poder público, de uma prestação material objetivada por um cidadão, ou por uma dada coletividade de pessoas, afetará o interesse público em igual proporção ao favorecimento indevido de alguém que, pelo fato de conseguir ajuizar corretamente uma demanda, obtém provimento judicial que lhe possibilita, por exemplo, a obtenção de primazia de atendimento na rede pública de saúde, em detrimento de uma série de outros indivíduos em idêntica situação e, portanto, com igual direito público subjetivo, unicamente por não terem obtido a oportunidade de facilitação do acesso à justiça. Isso é algo que ocorre, aliás, quando se ignoram as falhas estruturais do serviço público, procurando-se soluções pontuais para problemas que possuem causas complexas, com inevitáveis repercussões coletivas.

Esse é o motivo, pois, pelo qual se afirma que os litígios de natureza transindividual reclamam a revisão de conceitos e de metodologias de exercício da atividade jurisdicional. Tais litígios apresentam diferentes graus de complexidade e diversas formas de conflituosidade. Será complexa, a propósito, a lide que admitir variados meios de tutela jurídica da violação de direitos verificada no caso concreto, em que se mostrem possíveis soluções distintas no plano fático, conforme os aspectos da lesão, a exemplo dos inúmeros métodos pelos quais se pode obter a reversão de um dano ambiental.<sup>471</sup>

A conflituosidade, que é um elemento variável nos litígios transindividuais, assume idêntica feição nas causas em que se discutem políticas públicas, sejam elas de índole individual ou coletiva. De acordo com a maior ou menor diversidade do modo pelo qual as pessoas sejam atingidas pela ofensa, haverá o proporcional dimensionamento da conflituosidade do litígio, pois os indivíduos serão impactados em diferentes contextos pela tutela jurisdicional, ocasionando uma multiplicidade de interesses e de posições entre os lesados.<sup>472</sup>

A natureza diferenciada dos litígios de interesse público, por conseguinte, exigem, ainda mais do que nas demandas tradicionais, uma nova postura de parte dos sujeitos processuais, sobretudo do magistrado, de quem se espera uma maior abertura ao diálogo e à

---

<sup>471</sup> VENTURELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In: DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes (Coord.). **Coleção repercussões do novo CPC: processo coletivo**. Salvador: Juspodivm, v. 8, 2016, p. 87.

<sup>472</sup> Ibid., loc. cit.

interação com as partes e, também, com a própria comunidade potencialmente alcançável pelo resultado do processo dedicado à implementação de políticas públicas.

A definição dos meios de efetivação da tutela executiva contra o Erário, em caráter provisório ou definitivo, não é, portanto, nos planos teórico ou pragmático, uma tarefa simples ou isenta de obstáculos. Para isso contribui sensivelmente, destaque-se, a realidade vivenciada em nosso sistema judiciário.

Vale atentar, a propósito, que os órgãos e entidades integrantes do setor público das três esferas de governo, no Brasil, estão classificados como *a maior classe de litigantes do país*, totalizando 22,77% do universo de processos pesquisados, dentre os ajuizados no ano de 2011, em levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, que relacionou os cem litigantes que mais figuram como parte em processos que tramitam no Poder Judiciário nacional, ficando logo à frente das instituições bancárias, que atingiram o percentual de 10,88%.<sup>473</sup>

Não por acaso, as Varas especializadas em matéria de Fazenda Pública, geralmente existentes nas comarcas e seções judiciárias que concentram um maior contingente populacional, costumam possuir as maiores taxas de congestionamento processual em nossa Justiça.<sup>474</sup>

Isso ajuda a compreender um pouco melhor o contexto no qual estão inseridos os órgãos jurisdicionais encarregados de realizar o controle judicial das políticas públicas, que precisam dedicar seu tempo de trabalho para a apreciação de toda sorte demandas envolvendo a Administração Pública, desde corriqueiras ó porém numerosas ó execuções fiscais,<sup>475</sup> até causas individuais ou coletivas que ostentam elevado grau de indagação.

Proceder ao exame de questões inerentes ao controle de políticas públicas, que exigem, em parte considerável dos casos, o enfrentamento de arguições como a preservação do mínimo existencial, de um lado, e da reserva do financeiramente possível, de outro, cuja solução requer não apenas uma detida análise probatória, como também aprofundadas ponderações jurídicas, certamente não se constitui em missão fácil para os nossos juízes, em um cenário funcional

---

<sup>473</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes**. Brasília: Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ, 2012, p. 8. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em: 31 mar. 2016.

<sup>474</sup> BRÍGIDO, Carolina. Juiz no Brasil acumula até 310 mil processos. **O Globo**, Brasília, 20 abr. 2014. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/juiz-no-brasil-acumula-ate-310-mil-processos-12246184>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

<sup>475</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2015**. Brasília: Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ, 2015, p. 91. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 14 maio 2016.

marcado pela enorme pressão do volume de trabalho, aliada à complexidade de significativa parcela das demandas e à alta relevância social dos temas debatidos.

Exigir dos julgadores, portanto, nesse quadro caracterizado por tantas carências e desafios, que demonstrem possuir dotes próprios de um *juiz Hércules*, superando expectativas sobre-humanas até mesmo para os padrões da metáfora dworkiniana que ilustra a teoria do direito como integridade,<sup>476</sup> de modo a encontrar sempre a equação ideal para resolver, solitariamente e com efetividade, justiça e celeridade, complexos litígios transindividuais, proporcionando uma tutela jurisdicional verdadeiramente adequada às especificidades de cada caso concreto, pareceria apostar em uma solução mágica, inatingível nas condições normais em que se desenvolve o processo judicial na realidade brasileira.

É necessário, outrossim, com a razoabilidade admissível no caso concreto, render certa deferência às escolhas da Administração pública, devendo-se conferir prioridade à implementação da política pública pelos órgãos constitucionalmente competentes para a sua execução, em homenagem ao princípio democrático e à convivência harmoniosa entre os poderes.

Cabe ao magistrado, assim, não só para emprestar maior legitimidade democrática à atividade jurisdicional, mas também como instrumento de repartição com os litigantes e demais interessados dos ônus e responsabilidades inerentes ao resultado do processo, valorizar as vias dialógicas de resolução dos litígios nas demandas de interesse público, privilegiando os meios consensuais de composição da lide e enaltecendo a necessidade de cooperação processual das partes para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.<sup>477</sup>

Mostra-se edificante, portanto, a pactuação em juízo, sempre que possível, da forma e do prazo para que haja a satisfação pelo poder público do direito prestacional vindicado, quando do controle jurisdicional da atuação estatal nessa seara.

A obtenção de cronogramas de cumprimento negociado dos provimentos judiciais acerca de políticas públicas,<sup>478</sup> nesse passo, apresenta-se como uma alternativa consentânea ao modelo participativo ou cooperativo de processo abraçado pelo novo CPC,<sup>479</sup> que em

---

<sup>476</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>477</sup> Art. 6º, do CPC.

<sup>478</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e a execução compartilhada de políticas públicas. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 224, out. 2013, p. 148-149.

<sup>479</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 45.

muitos casos poderá vir a favorecer, quando cabível, a integral satisfação de pretensões veiculadas em demandas da espécie, conforme expusemos no item 3.2.2 retro.

Ainda que se prestigiem ao máximo, porém, os métodos participativos ou pactuados de resolução dos litígios, não se pode abrir mão da existência de meios coercitivos e subrogatórios de implementação das decisões judiciais, necessários, mesmo no plano apenas potencial, para assegurar a autoridade do poder jurisdicional do Estado, inclusive nas demandas contra o poder público.

Embora o cumprimento negociado de políticas públicas se constitua na forma qualitativamente melhor para a efetivação do controle judicial reclamado, cumpre reconhecer que não raro a Fazenda Pública atua estrategicamente no processo, realizando a defesa de interesses puramente financeiros, burocráticos, ou mesmo de outros não identificáveis precisamente, de maneira que não é nada razoável supor que a Administração Pública irá sempre se portar em conformidade com os ditames do art. 6º do CPC.

Uma vez esgotadas, pois, as vias alternativas de solução do litígio de interesse público, deve o Poder Judiciário fazer uso dos meios executivos necessários para, sob as balizas do princípio da proporcionalidade, fazer valer suas decisões, que serão tanto melhores e acertadas quanto possam, a um só tempo, aplicar corretamente a norma jurídica e atender aos reclamos sociais pela concretização dos direitos fundamentais, sobretudo os de caráter social, econômico e cultural, sem deixar de respeitar o espaço de deliberação típico e próprio dos demais Poderes.

## 7 CONCLUSÃO

O advento da consagração dos direitos sociais, econômicos e culturais acarretou significativas alterações na função exercida pelos direitos fundamentais, que não se prestam mais, desde então, a atuar apenas como fonte de resistência à atuação estatal, passando a implicar, noutra perspectiva, no reconhecimento de direitos prestacionais dos cidadãos em face do Estado.

O respeito aos direitos fundamentais pelo poder público não mais depende, pois, somente da fixação de limites à sua atuação, demandando, sobremaneira, o estabelecimento de metas e programas, o planejamento e o desenvolvimento de ações de caráter público, tarefas necessariamente orientadas pela norma constitucional e sujeitas, conseqüentemente, à possibilidade de controle judicial.

É por meio da atividade política, primordialmente, que são concebidas, formuladas e implementadas as diversas políticas públicas. Isso não significa, porém, que o processo político possa, independentemente da observância de normas jurídicas, ditar livremente os rumos das políticas públicas, que afetam a vida da comunidade em seus mais profundos e fundamentais aspectos.

Não se pode negar à jurisdição constitucional, portanto, o exame da conformidade das ações e programas estatais, constitutivos de políticas públicas, bem como, das omissões estatais nessa seara, com os ditames da norma constitucional. Não quer isso dizer, contudo, que tal atividade judicial deva ser exercida de forma infensa a qualquer tipo de limite ou controle racional.

Para que se pudesse, por outro lado, afirmar a exigibilidade em juízo dos denominados direitos prestacionais, foi necessária uma gradual evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da eficácia dos direitos fundamentais sociais.

É hoje amplamente reconhecido, outrossim, que nenhum direito fundamental, ainda que de caráter programático, é totalmente destituído de eficácia, de modo que mesmo a ausência de atuação do legislador, com vistas à efetivação do comando normativo contido na Constituição, não se erige em obstáculo intransponível à concretização de direitos subjetivos fundados na norma constitucional.

Os direitos originários a prestações materiais do Estado, em sendo diretamente decorrentes da respectiva norma de direito fundamental, possuem um núcleo essencial que

determina o seu conteúdo irrenunciável, possibilitando a reivindicação imediata por seus titulares e delimitando o espaço para a atuação conformadora do legislador ordinário.

Com o disciplinamento legal, porém, da maior parte das políticas públicas constitucionalmente enunciadas, diante da edição, ainda na primeira década seguinte à promulgação da Carta Republicana de 1988, de inúmeras leis reguladoras de direitos prestacionais, tem se tornado muito mais rara a necessidade de invocação direta de preceitos constitucionais para fazer valer tais direitos em face do Estado.

Impende reconhecer, todavia, a existência de limitações materiais à concretização dos direitos fundamentais sociais, com a devida ressalva de que a alegação da ausência de recursos financeiros pelo Estado não tem como se erigir em pretexto para o descumprimento de deveres constitucionalmente impostos, em especial no que concerne às prestações inerentes ao mínimo existencial.

A constatação da efetiva carência de meios materiais para a implementação de determinada política pública, em todas as suas potencialidades e níveis de alcance social, deve ser sopesada em face das demais prioridades constitucionalmente estabelecidas, não se admitindo, no entanto, a abertura de espaço para uma omissão absoluta do poder público em qualquer das áreas essenciais em que deva atuar.

Quanto à existência de parâmetros para nortear a atividade de controle jurisdicional de políticas públicas, observou-se que o ponto de partida para a realização de tal análise consiste no próprio texto constitucional, a fim de averiguar se há diretrizes normativas explícitas que devam ser seguidas na elaboração ou execução dos planos de ação estatais em determinada área específica. A Constituição brasileira, que possui natureza marcadamente analítica, apresenta inúmeras possibilidades normativas para o controle jurisdicional de políticas públicas.

Também os princípios constitucionais regentes da Administração Pública, enunciados no art. 37 da Lei Maior, indicam as balizas pelas quais deve ocorrer a prestação de serviços públicos de um modo geral, assumindo posições de destaque, nesse desiderato, os princípios da eficiência ó que municia os cidadãos e o Poder Judiciário com um novo fator de controle dos atos do poder público ó e da publicidade. Este último consiste em verdadeiro pressuposto para o controle das políticas públicas, pois impõe a transparência das finanças públicas e atividades administrativas, para tornar acessíveis a todos as informações necessárias à fiscalização dos assuntos de interesse geral.

Outro parâmetro objetivo de controle da adequada formulação de políticas públicas, desta vez em nível infraconstitucional, consiste na averiguação de sua compatibilidade com o

disposto na Lei Orçamentária Anual e na correspondente Lei de Diretrizes Orçamentárias, confrontadas, ainda, com as metas e objetivos contidos no Plano Plurianual, diante da necessidade de observância das prioridades traçadas nos referidos instrumentos de planejamento público, que limitam a liberdade do administrador para realizar despesas ou realocar recursos.

Não se pode deixar de mencionar, também, as potencialidades ostentadas pela legislação federal, estadual e municipal, dispendo acerca do funcionamento da Administração Pública e das variadas áreas de atuação estatal, a ensejar o fornecimento de diversificados critérios normativos para a realização de controle das políticas públicas em juízo, especialmente quanto à sua execução, repercutindo, em última análise, no nível de concretização dos direitos fundamentais sociais.

Implicando a efetivação do controle jurisdicional de políticas públicas na imposição ao Estado do dever de entrega de prestações positivas, nas hipóteses em que haja o acolhimento da pretensão veiculada em desfavor daquele, não se prescinde da existência de meios processuais adequados para, com a efetividade necessária, concretizar em termos práticos a norma de direito fundamental em que se funda o pedido.

A efetividade da tutela jurisdicional configura, a propósito, verdadeiro direito fundamental, atributo que se revela indispensável, em um Estado Democrático de Direito, à concretização de todos os outros direitos assegurados em nível constitucional e legal.

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, corolário dos princípios do devido processo legal e da inafastabilidade do controle jurisdicional do Estado, exige que sejam proporcionadas técnicas e procedimentos aptos à satisfação de todo e qualquer direito, inclusive os relacionados às prestações sociais em face do poder público.

Para atender adequadamente às especificidades do debate processual acerca de políticas públicas, torna-se premente a idealização de um modelo de tutela jurisdicional do interesse público. Busca-se, para tanto, amparo na vasta experiência jurídica norte-americana desenvolvida em torno do assunto.

A litigância de interesse público apresenta estrutura diferenciada em relação ao processo tradicional, pois o objetivo da demanda não é punir ou remediar condutas anteriormente praticadas, mas atuar de modo prospectivo, mediante a indicação de regras que deverão conduzir a atuação futura do réu para a satisfação de um direito. No exercício dessa atividade jurisdicional, o maior desafio do juiz não é somente interpretar normas jurídicas, mas resolver problemas de ordem econômica ou social, consoante observa a doutrina.

Impõe-se, assim, que sejam identificados meios para viabilizar a coleta processual de dados técnicos, sociais, orçamentários e financeiros indispensáveis não só para a formação do convencimento do julgador na fase cognitiva, mas também para construir, em conjunto com as partes e mediante a participação de pessoas ou entidades da sociedade civil, os parâmetros que devem nortear o desenvolvimento da etapa inerente ao cumprimento do provimento judicial que vier a ser emitido em desfavor do Erário.

Ao invés de se partir, portanto, desde logo para o cumprimento coercitivo da política pública, mediante uma atuação individual e solitária do julgador ao estipular o tempo e o modo pelo qual deve ser satisfeita a prestação positiva pelo Estado, sugere a doutrina que tal solução seja obtida, tanto quanto possível, de forma consensual, por meio da mútua colaboração das partes e demais interessados.

Propõe-se, assim, que as medidas destinadas à implementação de políticas públicas, quando submetidas ao controle judicial, sejam realizadas preferencialmente mediante um cronograma negociado de cumprimento voluntário, na forma de providência executiva atípica, segundo autoriza o art. 536, § 1º, do CPC.

A estipulação de tal cronograma para o cumprimento da medida, por acordo entre as partes, não impediria a definição, consensualmente ou a cargo do juízo, na etapa executiva, de sanções para o caso de descumprimento das medidas convencionadas, servindo para conferir coercibilidade à execução negociada de políticas públicas.

Tal forma de resolução de litígios de interesse público apresenta a vantagem de quebrar a resistência do réu em cumprir as medidas necessárias à realização das ações estatais, pois seria fruto das negociações envidadas, ao invés de resultar de mera imposição judicial. Para a obtenção de bons resultados, porém, devem as partes estar abertas ao diálogo e atuar conforme a boa-fé processual, como também o juiz deve possuir habilidades para a condução da mediação e destinar tempo razoável para a realização de rodadas de conversa entre o poder público e os demais sujeitos processuais.

Há que se salientar, também, que o conciliador e o mediador, tecnicamente capacitados para o exercício das funções, podem exercer relevante papel nessa tarefa, amenizando a sobrecarga de tais atribuições sobre a pessoa do magistrado.

Isso não implica dizer, todavia, que possam ser vedados, postergados ou negligenciados, em demandas versando sobre deveres prestacionais do Estado, os mecanismos processuais destinados à concessão das tutelas de urgência e de evidência dos interesses

subjetivos deduzidos em juízo, quando cabíveis, pois isso representaria manifesta afronta ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Exige-se que resulte do processo, de todo modo, efetividade na implementação de decisões acerca do controle de políticas públicas, priorizando-se os meios consensuais para a obtenção de seu cumprimento pela Administração Pública, na medida das possibilidades fáticas e jurídicas apresentadas no caso concreto, sem prejuízo do uso forçado dos meios executivos cuja adoção venha a mostrar-se recomendável.

Para que se possa dar verdadeira efetividade à tutela judicial dos direitos prestacionais contra o poder público, contudo, as normas processuais atinentes ao cumprimento das obrigações de fazer e não fazer devem ser aplicadas sob enfoque diferenciado e adequado às particularidades dos litígios de interesse público.

O regime de cumprimento dos deveres e obrigações de fazer ou não fazer dá-se preferencialmente na forma de sua tutela específica, ou mediante o resultado prático equivalente ao do adimplemento, com o auxílio das medidas de reforço estatuídas no art. 536, § 1º, do CPC. Em relação à admissibilidade de qualquer dessas medidas nas ações movidas em face do poder público, não há, na espécie, violação ao princípio da separação dos poderes, devido à submissão de todos os órgãos estatais ao império da ordem jurídica.

Nosso ordenamento processual superou o princípio da tipicidade dos meios executivos, conferindo maiores poderes ao magistrado para determinar as providências mais adequadas ao caso concreto, como reflexo do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, pois a probabilidade de êxito da execução específica depende diretamente da flexibilidade e da riqueza dos meios executivos à disposição do juiz, o que restou consolidado na dicção do art. 139, inciso IV, do novo CPC.

A escolha das medidas judiciais incidentes em cada hipótese concreta, embora possa partir de um rol de alternativas deveras ampliado, não é absolutamente livre ao julgador, devendo ser orientada por critérios jurídicos próprios.

Nesse diapasão, os princípios da *utilidade da execução*, da *maior coincidência possível* e do *menor sacrifício do devedor* atuam como guias para o exercício da atividade jurisdicional. Mostra-se inevitável, ainda, em determinados casos concretos, a necessidade de proceder-se a uma harmonização entre tais postulados, diante da sempre latente possibilidade de colisão entre eles, tarefa para a qual também terá grande utilidade o princípio da proporcionalidade.

A medida prática eleita para o caso concreto, sob os parâmetros dos princípios regentes da tutela executiva, deve resistir, portanto, ao final, a um exame de proporcionalidade, para

revelar se atende efetivamente aos pressupostos da adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito, em prol de uma maior objetivação e controle racional do discurso jurídico contido no ato de fundamentação da decisão judicial.

Para que as ordens judiciais não assumam, por outro lado, o inócuo papel de mero aconselhamento aos seus destinatários, necessita o Poder Judiciário dispor de meios práticos para conferir autoridade às suas decisões.

A multa por ato atentatório à dignidade da justiça apresenta, entre nós, função essencialmente punitiva, decorrente do poder de polícia do magistrado para a condução do processo, sendo aplicável às partes *e a todos aqueles que, de qualquer forma, dele participem*.

Tendo o novo CPC estabelecido a necessidade do trânsito em julgado da decisão impositiva de pena pecuniária por desatendimento a ordem judicial, para que esta possa ser inscrita como dívida ativa e posteriormente executada, sob o rito da execução fiscal, perdeu-se uma grande oportunidade de atribuir maior poder persuasivo às ordens jurisdicionais. Não obstante isso, trata-se de instituto do qual não se pode abrir mão para reprimir tais condutas.

Para verificação da ocorrência de comportamento atentatório à dignidade da justiça por descumprimento de decisão judicial, no âmbito do controle jurisdicional de políticas públicas, deve bastar que fique objetivamente evidenciado o caráter injustificado do ato de descumprimento, incumbindo ao ente estatal demandado fazer prova da impossibilidade material porventura existente para a efetivação da obrigação de fazer.

A responsabilização do Erário mediante sanção pecuniária, em razão da conduta de servidor público que haja embaraçado o cumprimento de ordem judicial, porém, além de não possuir efeito pedagógico em relação ao verdadeiro autor do ilícito, representaria uma dupla oneração da sociedade, enquanto provedora das receitas estatais e beneficiária última da atuação do poder público.

Vindo o agente destinatário da ordem judicial, de modo injustificado, a deixar de dar-lhe o devido cumprimento, mediante omissão em realizar as atribuições funcionais que lhe incumbem para a obtenção dos resultados especificados, ou por vir a exercê-las de modo incompatível com a efetivação do provimento jurisdicional, deve receber a sanção legalmente prevista para o ato atentatório à dignidade da justiça.

Embora tenha o nosso direito processual, ademais, se espelhado no instituto alienígena do *contemp of court*, ao disciplinar a punição processual em razão de desrespeito à autoridade das determinações judiciais, não prevê expressamente nossa legislação processual,

contrariamente aos sistemas do *common law*, a possibilidade de decretação da prisão civil do desobediente, visando o atendimento da ordem.

A interpretação que melhor se coaduna com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, todavia, é no sentido de que, ao proibir a prisão civil por dívidas, ressalvada a hipótese do inadimplemento de débito alimentar, o texto constitucional veda de maneira taxativa o uso desse meio coercitivo, unicamente, para os casos de pretensão oriunda de vínculo obrigacional.

Nas hipóteses em que a prisão civil se revele como a única medida concretamente adequada para salvaguardar direito fundamental no processo, de igual estatura à liberdade individual da pessoa que deva cumprir a ordem judicial, após o devido sopesamento e harmonização, pode ela vir a ser empregada como medida coercitiva inominada, embasada no direito fundamental à tutela executiva e inserida na *moldura aberta* do art. 536, § 1º, do CPC.

Esta consiste, entretanto, em uma alternativa excepcional, necessariamente sujeita ao exame de proporcionalidade no caso concreto, conforme o método hermenêutico-concretizador, somente sendo admissível diante da absoluta inadequação de qualquer outro meio coercitivo para a obtenção do resultado almejado, como forma de evitar o perecimento do direito.

No que diz respeito, mais propriamente, à admissibilidade da prisão civil do agente público, em sede de demanda voltada à realização do controle judicial de políticas públicas, verifica-se uma dificuldade ainda maior para que se tenha por autorizado o uso desse meio coercitivo extremo.

É que há, em tese, outras medidas igualmente hábeis para assegurar a observância da decisão judicial pelo servidor, a exemplo da cominação de multa diária pessoal em seu desfavor, ou mesmo do afastamento temporário do cargo, com prejuízo dos vencimentos, a título de medida coercitiva inominada.

Inferese, por conseguinte, que embora não se possa excluir de modo absoluto a possibilidade de decretação da prisão civil do gestor público, como forma de viabilizar a efetivação da política pública judicialmente determinada, dando-se o necessário valor ao direito fundamental à tutela executiva, somente será admissível o exame de seu cabimento, em concreto, quando não haja nenhuma outra medida capaz de amparar o direito fundamental vindicado na demanda, cujo sacrifício não seja razoável exigir-se, mediante confrontação ponderativa com o direito de liberdade.

O desatendimento proposital a determinação veiculada pelo magistrado em processo judicial pode acarretar, conforme o caso, além da aplicação de sanções processuais, a configuração de crime, a ser reprimido na esfera persecutória penal.

Assim, a conduta do servidor público que deixa, dolosamente, de dar o devido cumprimento à ordem judicial que venha a ser-lhe especificamente dirigida, para a realização de atos situados em sua esfera de atuação funcional, caracteriza o delito de desobediência. Trata-se, porém, de infração penal de menor potencial ofensivo, em relação à qual sequer cabe prisão em flagrante, veiculadora de reprimenda manifestamente incompatível com a gravidade objetiva da ofensa ao bem jurídico que se pretende tutelar.

Revela-se imprescindível, todavia, além da criação de um tipo penal próprio para a conduta de desobediência a ordem judicial, mais severamente apenado, a fim de proporcionar uma adequada punição criminal ao agente público recalcitrante, que sejam conferidos ao magistrado, no processo cível, meios coercitivos e inibitórios minimamente eficazes, destinados a reforçar a autoridade das decisões judiciais.

Os entraves com os quais se depara o cidadão ao litigar contra o poder público, que já são bastante evidentes na etapa cognitiva da relação processual, por força dos privilégios processuais de que goza a Fazenda Pública, mostram-se ainda mais acentuados por ocasião da tutela executiva, na qual vigora um regime diferenciado em relação aos particulares, cuja maior expressão consiste na regra da execução por precatório e nas restrições legais à concessão de liminares contra o Erário.

Ainda que alguma medida implique, porém, em providência antecipatória cuja concessão contra o poder público seja legalmente vedada, ou que resulte, em última análise, na mitigação da norma constitucional da requisição de pagamento por precatório, o princípio da inafastabilidade da jurisdição exige que seja realizado um exame de proporcionalidade, em concreto, pelo juiz, mediante ponderação entre os bens ou valores constitucionais em jogo, a fim de definir os limites de atuação da tutela executiva em face do Estado.

Conforme a natureza do bem jurídico pretendido, os meios executivos de que o órgão jurisdicional se utilizará para dar concretude ao comando contido no título respectivo podem assumir feição coercitiva ou sub-rogatória, consoante se exija, ou não, a participação volitiva do devedor para a obtenção do resultado almejado, com diferentes consequências em relação às medidas de força que serão judicialmente empregadas.

Em se tratando de deveres de fazer, não fazer ou entrega de coisa, atribuídos à Fazenda Pública por força de decisão exarada no exercício do controle jurisdicional de políticas públicas, caberá ao próprio ente estatal, via de regra, por seus agentes, realizar a conduta reclamada, devido às restrições e prerrogativas inerentes ao regime jurídico-administrativo, que marcam as

atividades da Administração Pública, e que dificilmente podem ser conferidas a terceiros, para atuar em seu lugar.

Não há, de todo modo, prioridade ou hierarquia previamente estabelecida entre os diferentes meios diretos ou indiretos de efetivação da tutela executiva das obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa. Tal escolha deve ser procedida conforme as especificidades da hipótese concreta, orientada pela ponderação entre os princípios da máxima efetividade da tutela jurisdicional e do menor sacrifício do réu, admitindo-se até mesmo, quando necessária, a conjugação de medidas coercitivas e sub-rogatórias.

Nas hipóteses em que um ente estatal figure como destinatário da ordem judicial a ser implementada, os meios coercitivos de que se vale o Poder Judiciário a fim de compeli-lo ao cumprimento, para que tenham real efetividade, devem ser especialmente moldados à realidade diferenciada que se apresenta sob esse contexto.

Quando é o poder público que deva ser induzido a realizar determinada prestação, ou a abster-se de atuar, deve o julgador adotar as cautelas necessárias para que a medida eleita para o caso de inadimplemento possua, de fato, efeito coercitivo sobre a vontade daquele por meio de quem o Estado efetivamente atua ó o gestor público ó, compelindo-o a adotar as providências devidas para satisfazer o interesse tutelado na demanda.

Uma das medidas de caráter coercitivo que tem apresentado resultados satisfatórios, na prática, para obter a efetivação dos provimentos judiciais emitidos em face do Erário, tem sido o bloqueio, em contas bancárias públicas, dos valores necessários ao custeio das providências bastantes à satisfação do interesse tutelado na ação.

Trata-se de mecanismo indutivo da atuação estatal à efetivação da ordem judicial, não consistindo em medida sub-rogatória, tendo em vista que não possui, na modalidade ora versada, finalidade expropriatória em relação aos bens integrantes do patrimônio público.

Equivale tal medida, em termos pragmáticos, à indisponibilidade de ativos financeiros prevista no art. 854 do CPC, porém distingue-se fundamentalmente desta porque não implica na realização de penhora, nem na possibilidade de levantamento pelo exequente. Busca-se, com o bloqueio coercitivo de verbas públicas, compeli-lo o gestor a utilizá-las para o propósito específico de dar cumprimento à determinação judicial exequenda, impedindo-o de empregar os recursos em finalidade diversa.

Sob outra ótica, a multa diária, ou *astreinte*, medida coercitiva por excelência, é sempre lembrada nas hipóteses em que se faz necessário o cumprimento forçado de obrigação

de fazer ou não fazer diretamente pelo devedor, estando inserida dentre os meios executivos admissíveis para essa modalidade de tutela jurisdicional, na forma do art. 536, § 1º, do CPC.

Quando se cuide, contudo, de tutela executiva em desfavor do poder público, não se mostra a multa diária aplicada em desfavor do Erário como um mecanismo apto para impelir o gestor ao cumprimento da obrigação, deixando de revelar, assim, a necessária adequação à finalidade perseguida por meio do processo, qual seja, o efetivo cumprimento do provimento judicial.

A aplicação de *astreintes* ao poder público, destarte, somente tem o condão de servir, quando muito, para impor mais um ônus às finanças públicas, revitimizando o contribuinte carente da atuação estatal, sem reflexo coercitivo bastante na demanda em que se busca a implementação da política pública judicialmente determinada.

Nada obsta, legalmente, a cominação de *astreintes* contra o Estado, mas a falta de utilidade concreta da medida para induzir o administrador público ao atendimento da ordem jurisdicional torna inadequado, via de regra, o seu manejo como meio coercitivo nessa espécie de demanda, ressalvadas as raríssimas hipóteses nas quais, de fato, haja fundadas razões que possam levar a conclusão diversa.

Mostra-se admissível e pertinente, por outro lado, o arbitramento de multa coercitiva em face do agente público incumbido do cumprimento da medida, quando este demonstre resistência injustificada à efetivação do provimento jurisdicional, ou quando, em razão de conduta a ele imputável, venha a adotar comportamento incompatível com a finalidade colimada, de modo a constituir embaraço à realização prática da decisão.

A aplicabilidade de medida coercitiva em face de alguém que não compõe a relação processual, aliás, decorre da compreensão de que a lei processual autoriza textualmente a adoção de providências do tipo em face de terceiros e de pessoas que, de qualquer modo, participem do processo, como testemunhas ou peritos. Exemplos convincentes disso podem ser encontrados, dentre outros, nas regras dos arts. 403, parágrafo único, e 455, § 5º, do CPC.

Tal providência, para ser legitimamente adotada, ressalte-se, deve resultar de um procedimento adequado, conduzido sob os ditames do contraditório, visando assegurar ao agente público interessado, enquanto terceiro alheio à relação processual, o exercício das faculdades processuais bastantes à defesa da situação jurídica que lhe é própria.

O rito previsto para a exibição de coisa ou documento em poder de terceiro, previsto nos arts. 396 a 404 do CPC, consoante lição doutrinária, adequa-se de modo satisfatório à hipótese em exame, podendo ser analogicamente aplicável ao caso. Nesse sentido, autorizam

os arts. 380, parágrafo único, e 403, parágrafo único, do novo CPC, a aplicação em face de terceiros, como forma de cumprir os deveres processuais descritos nos incisos I e II do primeiro dispositivo citado, não só de multa, mas também de outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias que se mostrem necessárias.

Possibilita-se, por meio da observância do referido procedimento, o exercício do contraditório e da ampla defesa em prol do agente público, previamente à imposição de multa diária em seu desfavor, na condição de terceiro que, de alguma maneira, participa do processo, como destinatário da determinação judicial visando a adoção de medidas para a implementação de determinada política pública pelo Estado.

Já na chamada execução por sub-rogação, adotam-se medidas que, sem depender da colaboração do devedor, podem levar ao resultado desejado. Prescinde-se, nelas, da participação do executado para a realização do provimento jurisdicional, atuando o juiz diretamente sobre a sua esfera jurídica para fazer satisfazer o interesse tutelado na demanda.

No âmbito das execuções contra o Erário, todavia, incide uma grave limitação à tutela executiva na modalidade sub-rogatória, consistente na necessidade de observância da regra constitucional do precatório, que implica na insuscetibilidade do patrimônio estatal a atos judiciais constritivos.

A concretização de direitos fundamentais, contudo, não se compatibiliza com resultados interpretativos meramente formais, decorrentes de formulações teóricas preconcebidas, porquanto a hermenêutica constitucional contemporânea jamais prescinde, para que possa ser validamente empregada pelo intérprete, da compreensão da norma em face de um problema concreto, consoante pontifica a doutrina.

Há situações, portanto, em que a inoperância dos gestores públicos em efetivar a política pública exigida, aliada à gravidade do contexto fático ou à urgência em evitar a intensificação de danos ao interesse constitutivo do objeto da causa, impõe ao julgador que, usando da criatividade autorizada pelo caráter aberto das disposições contidas nos arts. 139, inciso IV, 497 e 536, § 1º, do CPC, adote medidas práticas que possibilitem o cumprimento imediato do provimento exarado em face do poder público.

Desse modo, a execução por terceiro e o sequestro de ativos financeiros em contas públicas, embora não consistam em medidas convencionais que possam ser rotineiramente impostas à Administração Pública, são soluções excepcionais que têm se mostrado admissíveis, em hipóteses concretas, caso se apresentem como imprescindíveis à implementação da política pública, conforme a natureza do direito perseguido na ação.

Eventuais situações que exijam medidas consubstanciadoras da superação de tais ditames constitucionais, assim, devem ser devidamente justificadas pela colisão de normas de igual nível, mediante o devido exame de proporcionalidade da providência adotada, sabendo-se que as consequências impostas aos cofres públicos são por todos suportadas, motivo pelo qual se reclama atenção para que se evitem possíveis violações ao princípio isonômico.

O escopo principal que deve nortear o exame da suficiência e necessidade dos meios executivos empregados em desfavor do Erário, destarte, deve ser sempre a efetividade da tutela jurisdicional, sem descurar, contudo, da preservação do interesse público subjacente e das demais normas constitucionais e dos direitos fundamentais porventura colidentes, que devem ser harmonizados em cada situação específica, velando-se para que não haja o sacrifício total de qualquer deles.

Vê-se, portanto, que as ações judiciais voltadas à realização do controle de políticas públicas envolvem, no mais das vezes, questões que suscitam indagações aprofundadas.

Há problemas, outrossim, em que a complexidade dos fatos inerentes a uma dada realidade social apresenta-se de tal forma inter-relacionada com o funcionamento de serviços públicos e com o desenvolvimento de programas governamentais, que a intervenção do Estado-juiz, a título de controle das condutas estatais omissivas ou comissivas, mostra-se aparentemente destituída de um *método* processual apropriado para o deslinde satisfatório das controvérsias postas em juízo.

Tratam-se de litígios marcados por falhas estruturais, nos quais a situação de violação de direitos fundamentais encontra-se arraigada no próprio funcionamento do serviço ou órgão estatal, parecendo tender a consolidar-se em definitivo, dada a dimensão da dificuldade prática em superá-la pela via jurisdicional.

Voltando os olhos, uma vez mais, para a experiência jurídica estadunidense, encontramos o conceito de reforma estrutural (*structural reform*), apontada como uma nova forma de solução de litígios, cujo surgimento reflete uma resposta do sistema de justiça daquele País a um situação que venha a ser identificada como uma ameaça fundamental aos valores constitucionais.

Dita ameaça pode estar sedimentada na atuação abusiva de entidades que exerçam influência sobre os rumos da sociedade, somente podendo ser eficazmente eliminada por meio de uma ampla reestruturação institucional.

Não se trata, absolutamente, de uma solução pronta para a generalidade dos problemas envolvidos no controle judicial de políticas públicas. Cuidam-se, nessa modalidade de prestação

jurisdicional, dos mais graves e complexos casos de violação reiterada e sistêmica de direitos fundamentais, a exigir do Poder Judiciário a adoção de medidas que possam identificar e eliminar as causas determinantes dos ilícitos incrustados no comportamento que se tenciona combater no caso concreto.

A partir do *leading case Brown v. Board of Education*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos na década de 1950, que visava superar a segregação racial no sistema educacional, a reforma estrutural surgiu como um gênero próprio de litígio constitucional, delineando-se ao longo do tempo, não sem enfrentar desafios e críticas.

A prática jurisdicional norte-americana recomenda que, para maior probabilidade de êxito da intervenção judicial em tais espécies de lide, o juiz tome a cautela de cercar-se de peritos ou auxiliares qualificados para assessorá-lo na efetivação das medidas necessárias.

As diferentes modalidades de auxiliares do juízo, os *special masters*, devem possuir atribuições, poderes e responsabilidades que variam conforme o papel que lhes seja confiado no caso concreto. Suas funções podem abranger desde a fiscalização, a coleta de informações e a expedição de recomendações, até a definição da melhor forma de cumprir o provimento jurisdicional, ou mesmo, em última hipótese, a administração temporária do órgão sobre o qual esteja a recair a intervenção.

A nomeação de interventor com poderes de gestão, na modalidade substitutiva (*receiver*), como mais drástica opção, somente é aceitável quando não seja possível a adoção de outra medida para alcançar os resultados colimados, ou se apresente como razoável diante da natureza do caso, da conduta do réu ou do contexto específico que envolve a situação fática, consoante escólio doutrinário.

A adoção de decisões estruturais, como técnica decisória e metodologia de atuação jurisdicional em litígios de interesse público, mostra-se admissível no direito processual civil brasileiro, quando se apresente, no caso concreto, como o meio processual adequado e eficaz para tutelar os interesses judicialmente defendidos.

Assim, ainda que implique na intervenção judicial em órgão ou entidade estatal, a reforma estrutural deve ser examinada como um caminho para a efetivação do controle jurisdicional de políticas públicas, com base na cláusula geral executiva dos arts. 139, inciso IV, 497 e 536, § 1º do CPC, especialmente quando não houver, em concreto, outro modo menos gravoso e invasivo para o cumprimento satisfatório da obrigação perseguida, em uma análise de proporcionalidade da medida.

Essa é uma decorrência, aliás, do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, pelo qual deve dispor o Estado-juiz de meios e técnicas processuais que se mostrem verdadeiramente eficazes para a realização prática do direito.

A intervenção judicial em entidades públicas, por conseguinte, consiste em uma medida de caráter sub-rogatório que, destinando-se à obtenção do resultado prático equivalente ao do adimplemento voluntário pelo devedor, nos moldes do art. 536, do CPC, pode servir como meio bastante para a efetivação de decisões estruturais, revestindo-se de formato análogo à providência prevista no art. 102 da Lei nº 12.529/11.

Para que essa espécie de atuação jurisdicional venha a ser de fato bem-sucedida, todavia, mostra-se crucial, também, que o juiz especifique claramente em sua decisão os *objetivos* a serem atingidos por meio da reforma estrutural, delimitando os *fins* a serem alcançados. Deve o magistrado, ainda, mostrar-se verdadeiramente comprometido com a obtenção de tais resultados, acompanhando cada etapa de implementação das medidas determinadas e velando pela efetividade destas.

Exemplo significativo de litígio estrutural, o estado de coisas inconstitucional consiste em um conceito desenvolvido no âmbito da jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia (CCC), cuja aplicação em nosso sistema judiciário está começando a se desenhar a partir da decisão proferida pelo STF na Medida Cautelar na ADPF nº 347, de 2015.

Por meio desse julgado, reconheceu o Pretório Excelso a situação degradante do quadro de superlotação carcerária e das condições manifestamente desumanas de custódia dos presos no sistema penitenciário brasileiro, implicando em falhas estruturais representativas de violação generalizada de direitos fundamentais. Entendeu a Corte Suprema que a modificação de tal contexto está a depender de medidas abrangentes, de natureza normativa, administrativa e orçamentária, tendo determinado, a título provisório, a realização de algumas delas.

Cumprir, desse modo, que deixando o Estado-juiz de intervir para combater as falhas estruturais em suas causas, para limitar-se a dar respostas tradicionais, próprias de um modelo que hoje se revela insuficiente, para os novos litígios que se apresentam nas demandas de interesse público, estará contribuindo, por omissão em prestar jurisdição, para a perpetuação de graves e históricas transgressões de direitos fundamentais dos cidadãos. A escolha que cabe ao Judiciário, portanto, não está em *atuar ou não* em tais matérias, mas sim em *como* atuar e qual a *forma* e os *limites* dessa atuação.

Cabe à comunidade científica, aos tribunais e aos operadores jurídicos, enfim, desenvolver com sabedoria e responsabilidade o conceito mais apropriado para a realidade

brasileira, aproveitando o que de melhor possa ser extraído das vivências práticas do direito comparado, a fim de aperfeiçoar a definição e os contornos das providências hábeis para enfrentar esses novos e superlativos desafios.

Há em andamento, inclusive, alguns casos práticos de decisões estruturais que podem servir de paradigma e fonte de observação para a realização de estudos na área, como o citado no presente trabalho, da intervenção na entidade gestora do sistema socioeducativo do Estado do Rio Grande do Norte, a FUNDAC/RN.

Tal medida judicial foi adotada como forma de dar concretude, a um só tempo, a diversos preceitos constitucionais, quais sejam, a dignidade da pessoa humana, a eficiência e a moralidade administrativas e, em última análise, o próprio direito difuso à segurança pública, sistematicamente violados por práticas desidiosas e irresponsáveis, nocivamente implantadas na dinâmica organizacional da referida entidade.

Embora já tenha apresentado alguns resultados positivos em sua execução, a intervenção judicial na FUNDAC somente poderá ser completamente avaliada, quanto aos resultados, após a cessação da medida, que vem sendo sucessivamente prorrogada a cada semestre, durante o último biênio, devido à necessidade de consolidação das providências bastantes à eliminação das causas das falhas estruturais, no funcionamento do órgão.

Consigne-se, por fim, que a aplicação de tal técnica processual deve ficar restrita a casos excepcionais, especialmente no que se refere à nomeação de interventor substitutivo do gestor da entidade, devido aos inegáveis ônus e responsabilidades de peso que acarretam ao órgão jurisdicional. Trata-se, ademais, de medida restritiva das competências próprias de outros órgãos ou instituições públicas, o que somente se mostra admissível quando, não sendo cabível a providência dos arts. 34 e 35 da Constituição, se justifique pela necessidade premente de preservação de outros bens e interesses constitucionalmente protegidos, mediante a indispensável ponderação judicial.

Vale registrar, por fim, a louvável iniciativa da propositura de projeto de lei visando instituir procedimento especial para as ações destinadas ao controle jurisdicional de políticas públicas, tendo recebido o número de ordem 8.058/2014, estando atualmente tramitando perante a Comissão de Finanças e Tributação da Câmara dos Deputados.

Com efeito, o anteprojeto elaborado por juristas com profundos conhecimentos na área reproduz, em seus aspectos essenciais, as principais ideias doutrinárias que buscam atribuir um tratamento processual adequado aos litígios de interesse público.

Prevê uma fase preliminar destinada à coleta de informações técnicas e dados financeiros e orçamentários, junto ao poder público, bem como à elaboração de um cronograma de implementação da política pública, estimulando a sua negociação entre as partes e a discussão com a sociedade civil em audiências públicas, além de admitir a participação de *amicus curiae*, ainda nessa etapa prévia.

Viabiliza-se, de toda sorte, a concessão de tutela antecipatória para proporcionar a proteção do direito no que tange ao mínimo existencial, podendo ainda abranger situações jurídicas nas quais reste claramente configurada a existência de direito público subjetivo.

Contempla o projeto de lei, também, a possibilidade de adoção de medidas práticas e coercitivas para assegurar a efetivação do provimento judicial ou da solução consensual da lide, como a fixação de multa pessoal ao agente público e a abertura de créditos especiais, ou a inclusão de verba no orçamento do ano seguinte.

Admite-se, ademais, a nomeação de auxiliares do juízo, denominados de *comissários*, para implementar e acompanhar as providências bastantes à satisfação do interesse versado na demanda, tornando expressa, em consequência, a admissibilidade de intervenção judicial em entes públicos, para fins de cumprimento de decisões estruturais.

Mostra-se necessária, contudo, a correção de algumas imperfeições evidenciadas no mencionado projeto.

Observa-se, inicialmente, a necessidade de valorização, no processo, dos elementos de convicção coligidos em inquérito civil, a fim de permitir ao magistrado abreviar a fase preliminar, quando haja nos autos investigatórios informes suficientes que possibilitem uma análise da conduta estatal questionada, em homenagem à celeridade e economia processuais.

A falta de previsão expressa de medidas sub-rogatórias, a exemplo do sequestro de verbas públicas, admitido pela jurisprudência em hipóteses excepcionais, igualmente, pode representar risco de retrocesso no processamento das demandas da espécie, pois não há sequer ressalva da aplicação subsidiária do CPC, quanto a esse aspecto.

Outro ponto preocupante diz respeito ao juízo de admissibilidade da postulação inicial, outorgando poderes ao magistrado para julgar liminarmente improcedente o pedido, caso entenda que este seja destituído de razoabilidade, sem vincular a apreciação do tema a qualquer parâmetro jurisprudencial, contrariamente ao modelo adotado pelo novo CPC.

Confere-se, assim, um caráter absolutamente subjetivo ao exame do pedido, pelo julgador, com sérias consequências para o autor da ação, pois pode implicar na extinção sumária

do feito, com resolução do mérito. O mais recomendável seria remeter tal análise à observância do disposto nos incisos I a IV do art. 332, do Código de Processo Civil.

Impõe-se, ainda, a correção da atecnia inerente à citação da pessoa jurídica competente para a implementação da política pública, que, na verdade, deveria ser procedida por meio de seu representante judicial, e não do representante da autoridade inicialmente notificada para prestar informações, como consta da redação dada ao projeto.

Ressalte-se, porém, que mesmo na inexistência de processo especial, mostra-se cabível a adoção de medidas estruturais em nosso direito, assim como de outras providências executivas bastantes para conferir efetividade às demandas que versam sobre a temática em exame, embora seja extremamente edificante a instituição de um rito especificamente apropriado para a realização do controle judicial de políticas públicas, sobretudo se bem idealizado, atentando-se para as particularidades da matéria.

A adequação e a efetividade processuais restarão favorecidas, enfim, caso se encontrem meios processuais bastantes para viabilizar, nos litígios de interesse público, a realização de debates públicos ampliados acerca do objeto da demanda, com a participação não só do poder público, mas dos segmentos interessados da sociedade civil, enaltecendo-se as vias dialógicas, participativas e consensuais para a implementação de políticas públicas.

Devem ser propiciados, para esse fim, na seara legislativa e mesmo na práxis judicial, métodos processuais que possibilitem a obtenção e a análise de dados técnicos, orçamentários e financeiros imprescindíveis à discussão pública das questões e ao exame aprofundado do pedido e, também, de seus possíveis reflexos no funcionamento das atividades estatais, em seus demais aspectos.

A existência de meios coercitivos, sub-rogatórios e punitivos bastantes para assegurar a realização prática de provimentos judiciais em desfavor do Estado constitui-se igualmente, decerto, em pressuposto essencial para que o Judiciário possa desincumbir-se com êxito de sua elevada missão institucional, nessa espécie diferenciada de lide.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Adeus à separação dos poderes? In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de constitucional: teoria da constituição**. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 283-292.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras de. Dos Poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JÚNIOR, Freddie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. E-book. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/library.html>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do art. 461 do CPC e outras**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. **Alterações do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ARENHART, Sérgio Cruz. A efetivação de provimentos judiciais e a participação de terceiros. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**. Curitiba: IAP, n. 34, p. 209-240, dez. 2006.

\_\_\_\_\_. **A doutrina brasileira da multa coercitiva: três questões ainda polêmicas**.

Disponível em:

<[https://www.academia.edu/214439/A\\_DOCTRINA\\_BRASILEIRA\\_DA\\_MULTA\\_COERCITIVA\\_TR%C3%8AS\\_QUEST%C3%95ES\\_AINDA\\_POL%C3%8AMICAS](https://www.academia.edu/214439/A_DOCTRINA_BRASILEIRA_DA_MULTA_COERCITIVA_TR%C3%8AS_QUEST%C3%95ES_AINDA_POL%C3%8AMICAS)>. Acesso em: 14 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica. **Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4. Região**. Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4. Região, v. 1, n. 1, p. 205-219, out. 2014.

\_\_\_\_\_. A prisão civil como meio coercitivo. In: TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto. **Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, p. 633-656, 2007.

\_\_\_\_\_. Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013.

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. O contempt of court no direito brasileiro. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 111, p. 18-37, jul.-set. 2003.

\_\_\_\_\_. Execução na ação civil pública. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 82, p. 46-52, abr. 1996.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 215, p. 151-179, jan., mar. 1999.

BALEOTTI, Francisco Emilio. Extensão dos poderes do juiz na execução. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 199, p. 123-136, set. 2011.

BARBOSA, Rui. **Commentários à Constituição Federal brasileira**: coligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva & Cia, v. 2, 1933.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle jurisdicional de políticas públicas**: parâmetros objetivos e tutela coletiva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

\_\_\_\_\_. **Limites e possibilidades para a construção de uma teoria das decisões estruturais no Brasil**: as políticas públicas como um desafio para a tutela coletiva no século XXI. Trabalho ainda no prelo, gentilmente cedido pelo autor para enriquecimento da presente pesquisa.

\_\_\_\_\_. O Ministério Público social e as decisões estruturais no Brasil. **Revista jurídica in verbis**. Natal: Curso de Direito da UFRN, n. 35, p. 213-235, jan.-jun. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio (Coord.). **20 anos da Constituição brasileira**. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 163-193.

BAUERMAN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2012.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar.-maio 2008 p. 10-11. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRAGA, Paula Sarno. O parágrafo único do art 14 do CPC: um contempt of court à brasileira. **Revista jurídica direito Unifacs**. Salvador: Centro de Pesquisas Jurídicas, set. 2008. Disponível em: <[http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao\\_setembro2008/](http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_setembro2008/)>. Acesso em: 05 jun. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Portal da legislação**: governo federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 28 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. PL 8058/2014. **Projetos de lei e outras proposições**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas. **Anteprojeto do novo Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=79547&tp=1>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. Mediação e conciliação no foco da magistratura nacional. **Notícias do CNJ**. Brasília, 10 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79021-mediacao-e-conciliacao-no-foco-da-magistratura-nacional>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes**. Brasília: Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ, 2012. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em: 31 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2015**. Brasília: Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ, 2015, p. 91. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 14 maio 2016.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n. 23/2007**. Regulamenta os artigos 6º, inciso VII, e 7º, inciso I, da Lei Complementar nº 75/93 e os artigos 25, inciso IV, e 26, inciso I, da Lei nº 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do inquérito civil. Brasília, 17 set. 2007. Disponível em:

<[http://www.cnmp.gov.br/portal\\_legado/resolucoes/2814-resolucao-23](http://www.cnmp.gov.br/portal_legado/resolucoes/2814-resolucao-23)>. Acesso em: 04 maio 2016.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n. 82/2012**. Dispõe sobre as audiências públicas no âmbito do Ministério Público da União e dos Estados. Brasília, 29 fev. 2012. Disponível em: <[http://www.cnmp.gov.br/portal\\_legado/resolucoes/2329-resolucao-82](http://www.cnmp.gov.br/portal_legado/resolucoes/2329-resolucao-82)>. Acesso em: 04 maio 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Portal da legislação:** governo federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 04 maio 2016.

\_\_\_\_\_. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística ó IBGE. **Síntese de indicadores sociais:** uma análise das condições de vida da população brasileira. Rio de Janeiro: IBGE, 2014. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv91983.pdf>>. Acesso em: 04 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Portal da legislação:** governo federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 05 maio 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. **Portal da legislação:** governo federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm)>. Acesso em: 04 maio 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Portal da legislação:** governo federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 04 maio 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. **Portal da legislação:** governo federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8437.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8437.htm)>. Acesso em: 04 maio 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Portal da legislação:** governo federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 04 maio 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. **Portal da legislação:** governo federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm)>. Acesso em: 04 maio 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985;

revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Portal da legislação:** governo federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 04 maio 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Portal da legislação:** governo federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm)>. Acesso em: 05 maio 2016.

\_\_\_\_\_. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Justiça defere pedido em ação do MP e determina intervenção na Fundac. Íntegra da petição inicial e da decisão judicial. **Notícias do MPRN**, Natal, 11 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.mprn.mp.br/portal/inicio/noticias/6062-6062-justica-defere-pedido-em-acao-do-mp-e-determina-intervencao-na-fundac>>. Acesso em: 25 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Justiça nega recurso para suspender intervenção na Fundac. **Notícias do MPRN**. Natal, 25 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.mprn.mp.br/portal/inicio/infancia-e-juventude/infancia-e-juventude-noticias/6094-6094-justica-nega-recurso-para-suspender-intervencao-na-fundac>>. Acesso em: 25 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. MP comemora renovação de intervenção na Fundac. **Notícias do MPRN**. Natal, 24 set. 2014. Disponível em: <<http://www.mprn.mp.br/portal/inicio/infancia-e-juventude/infancia-e-juventude-noticias/6474-mp-comemora-renovacao-de-intervencao-na-fundac>>. Acesso em: 25 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). **RMS 6564/RS**, Relator Min. Demócrito Reinaldo. Brasília, 23 maio 1996. DJ de 17 jun. 1996, p. 21448. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num\\_processo=&num\\_registro=199500687828&dt\\_publicacao=17/06/1996](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199500687828&dt_publicacao=17/06/1996)>. Acesso em: 24 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). **RMS 11183/PR**, Relator Min. José Delgado. Brasília, 22 ago. 2000. DJ de 04 set. 2000, p. 121. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num\\_processo=&num\\_registro=199900838840&dt\\_publicacao=04/09/2000](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199900838840&dt_publicacao=04/09/2000)>. Acesso em: 24 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **REsp RHC 13964/SP**, Recurso Ordinário em Habeas Corpus 2003/0007357-6, Rel. Min. Felix Fischer. Brasília, 01 abr. 2004, DJ de 31 maio 2004, p. 326. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22FELIX+FISCHER%22%29.min.&processo=13964&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 08 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). **AgRg no REsp 824017/RS**, Relator Min. José Delgado. Brasília, 16 maio 2006. DJ de 08 jun. 2006, p. 150. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200600436821&dt\\_publicacao=08/06/2006](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600436821&dt_publicacao=08/06/2006)>. Acesso em: 18 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). **REsp 787101/RS**, Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, 28 jun. 2006. DJ de 14 ago. 2006, p. 258. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=787101&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). **AgRg nos REsp 796509/RS**, Relator Min. Luiz Fux. Brasília, 11 out. 2006. DJ de 30 out. 2006, p. 233. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200600890202&dt\\_publicacao=30/10/2006](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600890202&dt_publicacao=30/10/2006)>. Acesso em: 08 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). **REsp 863055/GO**, Relator Min. Herman Benjamin. Brasília, 27 fev. 2008. DJe de 18 set. 2009. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200601424418&dt\\_publicacao=18/09/2009](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200601424418&dt_publicacao=18/09/2009)>. Acesso em: 17 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **REsp 111562/RN**, Rel. Min. Castro Meira. Brasília, 25 ago. 2009, DJe de 18 set. 2009. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200802788845&dt\\_publicacao=18/09/2009](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200802788845&dt_publicacao=18/09/2009)>. Acesso em: 12 abr. 2016. (Grifo nosso).

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **REsp 1013777/ES**, Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 13 abr. 2010, DJe de 01 jul. 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200702946938&dt\\_publicacao=01/07/2010](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200702946938&dt_publicacao=01/07/2010)>. Acesso em: 21 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **REsp 830417/RS**, Relator Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, 14 set. 2010. DJe de 06 out. 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200600575652&dt\\_publicacao=06/10/2010](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600575652&dt_publicacao=06/10/2010)>. Acesso em: 08 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **REsp 1173226/RO**, Rel. Min. Gilson Dipp. Brasília, 17 mar. 2011, DJe de 14 abr. 2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200902466117&dt\\_publicacao=04/04/2011](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200902466117&dt_publicacao=04/04/2011)>. Acesso em: 08 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). **REsp 1112862/GO**, Relator Min. Humberto Martins. Brasília, 13 abr. 2011. DJe de 04 maio 2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200900590176&dt\\_publicacao=04/05/2011](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900590176&dt_publicacao=04/05/2011)>. Acesso em: 09 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **AgRg no AREsp 196946/SE**, Rel. Min. Humberto Martins. Brasília, 02 maio 2013, DJe de 16 maio 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201201352666&dt\\_publicacao=16/05/2013](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201201352666&dt_publicacao=16/05/2013)>. Acesso em: 12 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). **REsp 1069810/RS**, Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 23 out. 2013. DJe de 06 nov. 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200801389284&dt\\_publicacao=06/11/2013](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801389284&dt_publicacao=06/11/2013)>. Acesso em: 17 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). **AgRg nos EDcl no RMS 41734/GO**, Relator Min. Benedito Gonçalves. Brasília, 18 fev. 2014. DJe de 24 fev. 2014, p. 42.

Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201300904930&dt\\_publicacao=24/02/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300904930&dt_publicacao=24/02/2014)>. Acesso em: 18 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **REsp 1200856/RS**, Relator Min. Sidnei Beneti. Brasília, 01 jul. 2014. DJe de 17 set. 2014. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201001258394&dt\\_publicacao=17/09/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001258394&dt_publicacao=17/09/2014)>. Acesso em: 11 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). **REsp 1399842/ES**, Relator Min. Sérgio Kukina. Brasília, 25 nov. 2014, DJe de 03 fev. 2015. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201302794476&dt\\_publicacao=03/02/2015](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201302794476&dt_publicacao=03/02/2015)>. Acesso em: 12 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **AgRg nos EDcl no AREsp 240513/PE**, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 24 fev. 2015. DJe de 06 mar. 2015. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201202145274&dt\\_publicacao=06/03/2015](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202145274&dt_publicacao=06/03/2015)>. Acesso em: 04 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). **AgRg no REsp 1073448/RS**, Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 06 out. 2015. DJe de 15 out. 2015. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200801511600&dt\\_publicacao=15/10/2015](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801511600&dt_publicacao=15/10/2015)>. Acesso em: 09 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Súmula n. 419**. Brasília, 03 mar. 2010. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 4/DF**, Relator Min. Sidney Sanches. Brasília, 07 mar. 1991. DJ de 25 jun. 1993, p. 12.137. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266153>>. Acesso em: 02 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **RE 109615/RJ**, Relator Min. Celso de Mello. Brasília, 28 maio 1996. DJ de 02 ago. 1996, p. 25.785. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=200815>>. Acesso em: 07 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **RE 271286 AgR/RS**, Relator Min. Celso de Mello. Brasília, 12 set. 2000. DJ de 24 nov. 2000, p. 101. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 23 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **RE 410715 AgR/SP**, Relator Min. Celso de Mello. Brasília, 22 nov. 2005. DJ de 03 fev. 2006, p. 76. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>>. Acesso em: 02 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **AI 597182 AgR/RS**, Relator Min. Cezar Peluso. Brasília, 10 out. 2006. DJ de 06 nov. 2006, p. 42. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390282>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **RE 464963-2/GO**, Relator Min. Gilmar Mendes. Brasília, 14 fev. 2006. DJ de 30 jun. 2006, p. 35. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=368520>>. Acesso em: 14 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADC 4/DF**, Rel. Min. Sidney Sanches, Rel. p/ o Acórdão Min. Celso de Mello. Brasília, 01 out. 2008. DJe n. 213, de 29 out. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630103>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 607582 RG/RS**, Relatora Min. Ellen Gracie. Brasília, 13 ago. 2010. DJe n. 159, de 27 ago. 2010, p. 1.185. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613791>>. Acesso em: 02 maio 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **ARE 639337 AgR/SP**, Relator Min. Celso de Mello. Brasília, 23 ago. 2011. DJe n. 177, de 14 set. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Rel 1898 ED/DF**, Relator Min. Celso de Mello. Brasília, 10 jun. 2014. DJe n. 151, de 05 ago. 2014, p. 12.137. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266153>>. Acesso em: 02 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI 5136 MC/DF**, Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 01 jul. 2014. DJe n. 213, de 30 out. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=7088799>>. Acesso em: 08 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **ARE 745745 AgR/MG**, Relator Min. Celso de Mello, 02 dez. 2014. DJe de 19 dez. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI 4425 QO/DF**, Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, 25 mar. 2015. DJe n. 152, de 03 ago. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9016259>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADPF 347 MC/DF**, Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 set. 2015. DJe n. 031, de 18 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 25**. Brasília, 16 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 729**. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (1ª Câmara Cível). **Agravo de Instrumento n° 2012.000750-6**, Relator Des. Expedito Ferreira. Natal, 14 fev. 2013. Disponível em: <<http://esaj.tjrj.jus.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?&CDP=0100053NT0000&nuProcesso=2012.000750-6>>. Acesso em: 08 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (3ª Câmara Cível). **Agravo de Instrumento n° 2013.015332-5**, Relator Des. João Rebouças. Natal, 19 nov. 2013. Disponível em: <<http://esaj.tjrj.jus.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?&CDP=01000747G0000&nuProcesso=2013.015332-5>>. Acesso em: 08 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (1ª Câmara Cível). **Apelação Cível n° 2012.019634-6**, Rel. Des. Expedito Ferreira. Natal, 06 fev. 2014. Disponível em: <<http://esaj.tjrj.jus.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?&CDP=0100066BP0000&nuProcesso=2012.019634-6>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (2ª Câmara Cível). **Apelação Cível n° 2012.017000-5**, Rel. Juiz Convocado Francisco Seráfico da Nóbrega Coutinho. Natal, 27 jan. 2015. Disponível em: <<http://esaj.tjrj.jus.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?&CDP=010005ZLP0000&nuProcesso=2012.017000-5>>. Acesso em: 08 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Consultas processuais. **Autos n° 0108149-70.2014.8.20.0001**. Disponível em: <<http://esaj.tjrj.jus.br/cpo/pg/open.do>>. Acesso em: 26 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (3ª Câmara Cível). **Remessa Necessária n° 2015.010252-0**, Relator Des. João Rebouças. Natal, 29 set. 2015. Disponível em: <<http://esaj.tjrj.jus.br/cposg/>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (1ª Câmara Cível). **Agravo de Instrumento n° 2015.006782-4**, Relator Des. Cornélio Alves. Natal, 26 nov. 2015. Disponível em:

<<http://esaj.tjrj.jus.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?&CDP=010009VUH0000&nuProcesso=2015.006782-4>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Ocupantes de cargos comissionados da FUNDAC são condenados por nepotismo. **Notícias**, Natal, 25 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/index.php/comunicacao/noticias/9330-ocupantes-de-cargos-comissionados-da-fundac-sao-condenados-por-nepotismo>>. Acesso em: 25 ago. 2015.

BRÍGIDO, Carolina. Juiz no Brasil acumula até 310 mil processos. **O Globo**, Brasília, 20 abr. 2014. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/juiz-no-brasil-acumula-ate-310-mil-processos-12246184>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

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

\_\_\_\_\_. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, p. 1-49, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUENO, Vera Scarpinella. As leis de procedimento administrativo: uma leitura operacional do princípio constitucional da eficiência. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guilherme Andrés (Coord.). **As leis de processo administrativo: lei federal 9.784/99 e lei paulista 10.177/98**. São Paulo: Malheiros, 2000.

BURDEAU, Georges; HAMON, Francis; TROPER, Michel. **Direito constitucional**. 27. ed. Trad. Carlos Souza. Barueri: Manole, 2005.

CALMON DE PASSOS, J. J. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 102, p. 55-67, abr.-jun. 2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O contempt of court brasileiro como mecanismo de acesso à ordem jurídica justa. **Revista dialética de direito processual**. São Paulo: Dialética, n. 18, set. 2004, p. 9-19.

\_\_\_\_\_. **Lições de direito processual civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 2, 2006.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional e litígio estrutural**. Disponível em: <[https://www.academia.edu/15685170/\\_Estado\\_de\\_Coisas\\_Inconstitucional\\_e\\_Lit%C3%ADgio\\_Estrutural](https://www.academia.edu/15685170/_Estado_de_Coisas_Inconstitucional_e_Lit%C3%ADgio_Estrutural)>. Acesso em 25 abr. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

\_\_\_\_\_; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARPENA, Márcio Louzada. Os poderes do juiz no common law. **Revista da ABDPC**. Porto Alegre: Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Os%20Poderes%20do%20juiz%20na%20Common%20Law%20%20pronto.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 1. ed. Campinas: Bookseller, v. 1, 1998.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **Revista Alceu: comunicação, cultura e política**. Rio de Janeiro: PUC Rio, v. 5, n. 9, p. 105-113, jul.-dez. 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 54, p. 28-39, jan. 2006.

\_\_\_\_\_. ADPF 347 e estado de coisas inconstitucional. **Gazeta do povo**, Curitiba, 11 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/artigos/adpf-347-e-estado-de-coisas-inconstitucional-7j1i7uoi7spj2ae0eryxbpbn2>>. Acesso em 23 abr. 2016.

\_\_\_\_\_; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, p. 231-243, 2003.

\_\_\_\_\_. Constituição, governo democrático e níveis de intensidade do controle jurisdicional. In: **Revista jurídica luso-brasileira**. Lisboa: CIDP ó Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 409-471, 2015.

COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação constitucional e política. **Direito público**. São Paulo, v. 3, n. 10, p. 5-15, out.-dez. 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de informação legislativa**. Brasília: Senado Federal, n. 138, p. 39-48, abr.-jun. 1998.

\_\_\_\_\_. Novas funções judiciais no Estado moderno. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas essenciais de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, p. 717-730, maio 2011.

\_\_\_\_\_. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (Coord.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, p. 244-260, 2003.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Pacto de San José da Costa Rica**. San José de Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A execução negociada de políticas públicas em juízo. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 212, p. 25-56, out. 2012.

CRAMER, Ronaldo. Comentários ao art. 1.059 do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie. TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. E-book. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/library.html>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011.

\_\_\_\_\_. **Inovações no processo civil**: comentários às leis 10.352 e 10.358/2001. São Paulo: Dialética, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DIDIER JR., Fredie; JORGE, Flavio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A nova reforma processual**. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11. ed. Salvador: Juspodivm, v. 1, 2009.

\_\_\_\_\_; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: execução**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, v. 5, 2013.

\_\_\_\_\_; DOTTI, Rogéria; TALAMINI, Eduardo (Coord.). **Enunciados do fórum permanente de processualistas civis**: carta de Curitiba. Curitiba, 23 a 25 out. 2015. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/12/Carta-de-Curitiba.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2015.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1995.

\_\_\_\_\_. **A reforma da reforma**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Efetividade do processo e os poderes do juiz: fundamentos do Processo Civil moderno**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, t. 1, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1989.

DELGADO, José Augusto. Execução contra a Fazenda Pública: revisão dos dispositivos constitucionais: algumas controvérsias. **Revista trimestral de jurisprudência dos Estados**. São Paulo: Jurid Vellenich, v. 107, n. 16, p. 17-35, dez. 1992. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/10005>>. Acesso em: 1 abr. 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Rules of Civil Procedure**. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/file/rules-civil-procedure>>. Acesso em: 15 set. 2015.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2011, p. 95-113. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf>>. Acesso em: 29 dez. 2015.

FERREIRA, William Santos. Comentários ao art. 380 do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie. TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. E-book. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/library.html>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. A teoria do direito em tempos de constitucionalismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Coord.). **Argumentação e estado constitucional**. São Paulo: Ícone, p. 511-536, 2012.

FISS, Owen M. Modelos de adjudicação (Models of adjudication). **Caderno direito GV**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, v. 1, n. 8, p. 29-57, nov. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2810>>. Acesso em: 01 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. As formas de justiça. In: \_\_\_\_\_. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FLETCHER, William A. The discretionary constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. **The Yale law journal**, n. 4, Yale, v. 91, mar. 1982, p. 635-397, 1981. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2698&context=facpubs>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel. BASTOS, Fabrício. **Novo Código de Processo Civil: o que é inédito, o que mudou, o que foi suprimido**. Salvador: Juspodivm, 2015.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FRANZÉ, Luiz Henrique Barbante. Tutela de urgência na execução contra a Fazenda Pública. In: SHIMURA, Sérgio; BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Execução civil e cumprimento de sentença**. São Paulo: Método, v. 3, p. 411-431, 2009.

FREITAS, Juarez de. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GÓES, Ricardo Tinôco de. Direito processual e filosofia do direito: uma visão do processo com aporte na teoria do discurso: brevíssimas considerações. **Revista direito e liberdade**. Mossoró: Esmarn, v. 4, n. 3, p. 447-468, jul.-dez. 2006.

GOUVÊA, Marcos Maselli de. **O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implantação dos direitos prestacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. In: GARCIA, Emerson (Coord.). **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 199-254, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. **Novos estudos jurídicos**. Itajaí: Univali, v. 7, n. 14, jul. 2008. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1>>. Acesso em: 09 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. A execução e a efetividade do processo. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 94, p. 34-66, abr.-jun. 1999.

GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. Niterói: Impetus, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito penal: parte geral**. 16. ed. Niterói: Impetus, v. 1, 2014.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court. In: **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

\_\_\_\_\_. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 102, p. 219-227, abr.-jun. 2001.

\_\_\_\_\_. Paixão e morte do contempt of court brasileiro. In: CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lammêgo (Coord.). **Direito processual: inovações e perspectivas ó Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira**. São Paulo: Saraiva, p. 1-11, 2003.

\_\_\_\_\_. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 79, p. 65-76, jul. 1995.

\_\_\_\_\_; WATANABE Kazuo; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. PL sobre controle jurisdicional de políticas públicas é constitucional. **Consultor jurídico**, São Paulo, 23 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-23/pl-control-e-jurisdicional-politica-publica-constitucional>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: RCS, 2007.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

\_\_\_\_\_. Contempt of court: efetividade da jurisdição federal e meios de coerção no Código de Processo Civil e prisão por dívida ó tradição no sistema anglo-saxão e aplicabilidade no direito brasileiro. **Série cadernos do CEJ**. Brasília: CJF, p. 312-332, 2003. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/serie-cadernos-do-cej>>. Acesso em: 19 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Inovações na execução direta das obrigações de fazer e não fazer. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo de execução e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 296-321, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição (Die normative kraft der Verfassung)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: Norton & Co., 1999.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 9, 1958.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

\_\_\_\_\_. A previsão das medidas estruturantes no art. 139, IV, do novo Código de Processo Civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes (Coord.). **Coleção repercussões do novo CPC: processo coletivo**. Salvador: Juspodivm, v. 8, p. 215-233, 2016.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional 'comparado'**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

LIMA, George Marmelstein. **Efetivação judicial dos direitos sociais, econômicos e culturais**. 2005. 239 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, Ceará. Disponível em: <<http://georgemlima.xpg.uol.com.br/dissertacao.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil interpretado**. 6. ed. São Paulo: Manole, 2007.

MACHADO, Hugo de Brito. Descumprimento de ordem judicial. **Revista dialética de direito tributário**. São Paulo: Dialética, n. 86, p. 50-59, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. Controle do poder executivo do juiz. In: DIDIER JÚNIOR, Freddie (Coord.). **Execução civil: estudos em homenagem ao professor Paulo Furtado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 225-254, 2006.

\_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo CPC comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Processo civil moderno: processo de execução e cumprimento de sentença**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 2014.

\_\_\_\_\_. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_; BRANCO; Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, v. 1, 2001.

MITIDIERO, Daniel. **Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo**. 2007. 147 f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/13221>>. Acesso em: 11 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. Direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, tutelas jurisdicionais diferenciadas e multa processual para o cumprimento das obrigações de pagar quantia. In: SHIMURA, Sérgio; BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Execução civil e cumprimento de sentença**. São Paulo: Método, v. 3, p. 129-145, 2009.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède e de. **O espírito das leis**. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1962, v. 1.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro: EMERJ, v. 11, n. 43, p. 247-268, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito processual: segunda série**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito processual: quarta série**. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. **Temas de direito processual: oitava série**. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. Efetividade do processo e técnica processual. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 20, n. 77, p. 168-176, jan.-mar. 1995.

\_\_\_\_\_. O poder da suprema corte norte-americana e suas limitações. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 155, p. 117-124, jan. 2008.

MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. O que é um modelo democrático de processo? **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: AMPRS, n. 73, p. 183-206, jan.-abr. 2013. Disponível em: <[http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1383852047.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1383852047.pdf)>. Acesso em: 17 jun. 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Método, 2012.

NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de ajustamento de conduta: teoria e análise de casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 73, p. 7-14, jan.-mar. 1994.

\_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. **Revista forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 395, p. 35-49, jan.-fev. 2008.

PASQUEL, Roberto Molina. **Contempt of court: correcciones disciplinarias y medios de apremio**. México: Fondo de Cultura Económica, 1954.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1961.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra, 1989.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2012.

PROENÇA, Luis Roberto. **Inquérito civil: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RESENDE, Fabrício Contato Lopes. **O papel do Poder Judiciário no controle da implementação de políticas públicas no Brasil:** a política assistencial do artigo 20 da Lei nº 8.742/93. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A concretização da tutela específica no direito comparado. In: TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (Coord.). **Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil:** estudos em homenagem aos 25 anos de docência do professor Dr. Araken de Assis. Rio de Janeiro: Forense, p. 125-149, 2007.

RIZZI, Ester; XIMENES, Salomão. Litigância estratégica para a promoção de políticas públicas: as ações em defesa do direito à educação infantil em São Paulo. In: FRIGO, Darci; PRIOSTE, Fernando; ESCRIVÃO FILHO, Antônio Sérgio (Org.). **Justiça e direitos humanos:** experiências de assessoria jurídica popular. Curitiba: Terra de Direitos, p. 105-125, 2010.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de execução civil.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ROTHENBURG, Walter Claudius. A dialética da democracia: entre legislador e jurisdição constitucional. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Org.). **Direitos humanos e democracia.** Rio de Janeiro: Forense, p. 429-440, 2007.

ROUSSEAU, J. J. **Do contrato social.** E-book. Disponível em: <[http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetailObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=2244](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetailObraForm.do?select_action=&co_obra=2244)>. Acesso em: 14 jan. 2016.

SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público: uma nova perspectiva metodológica. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). **Direito processual público:** a Fazenda Pública em juízo. São Paulo: Malheiros, p. 45-65, 2000.

\_\_\_\_\_. Processo civil de interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo civil e interesse público:** o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 39-77, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos**

**sociais:** fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 533-586, 2008.

\_\_\_\_\_. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 35-98, 2001.

SCHIER, Paulo Ricardo. A hermenêutica constitucional: instrumento para implementação de uma nova dogmática jurídica. **Revista dos tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 741, p. 39-59, jul. 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista. Execução obrigacional e mandamentalidade. In: TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (Coord.). **Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do professor Dr. Araken de Assis**. Rio de Janeiro: Forense, p. 601-616, 2007.

\_\_\_\_\_. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, n. 4, p. 23-51, out.-dez. 2006.

\_\_\_\_\_. O proporcional e o razoável. **Revista dos tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 798, p. 23-50, 2002.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Contempt of court e Fazenda Pública**. Niterói: Eduff, 2015.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Revista sociologias**. Porto Alegre: PPGS/UFRGS, n. 16, p. 20-45, jul.-dez 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Constitucionalismo democrático e governo das razões: estudos de direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. Prevaricação. In: STOCO, Rui; FRANCO, Alberto Silva (Coord.). **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2001.

\_\_\_\_\_. **Tratado de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. O que é preciso para (não) se conseguir um habeas corpus no Brasil. **Consultor jurídico**, São Paulo, 24 set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-24/senso-incomum-preciso-nao-obter-hc-brasil>>. Acesso em 25 abr. 2016.

TALAMINI, Eduardo. Concretização jurisdicional de direitos fundamentais a prestações positivas do Estado. In: TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sergio Gilberto (Coord.). **Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis**. Rio de Janeiro: Forense, p. 151-177, 2007.

\_\_\_\_\_. Prisão civil e penal e execução indireta: a garantia do art. 5, LXVII, da Constituição Federal. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo de execução e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 140-163, 1998.

\_\_\_\_\_. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TAVARES, André Ramos. Justiça constitucional e direitos sociais no Brasil. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 137-153, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: processo de execução e processo cautelar**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, 1998.

\_\_\_\_\_. Direito processual constitucional. **Revista estação científica: edição especial de Direito**. Juiz de Fora: Faculdade Estácio de Sá de Juiz de Fora, n. 4, p. 28-43, out.-nov. 2009.

\_\_\_\_\_; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e a execução compartilhada de políticas públicas. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 224, p. 148-149, out. 2013.

\_\_\_\_\_; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lineamentos da nova reforma do CPC**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VALE, André Rufino do. **50 anos do caso Lüth**. Brasília: Escola de Direito do IDP, 2008.  
Disponível em:

<<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cienciajuridica/article/viewFile/724/505>>. Acesso em: 04 jan. 2015.

VAZ, Paulo Afonso Brum. O contempt of court no novo processo civil. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 118, p. 149-172, nov.-dez. 2004.

VENTURELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes (Coord.). **Coleção repercussões do novo CPC: processo coletivo**. Salvador: Juspodivm, v. 8, p. 49-107, 2016.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2003.

VILLEN, Antônio Carlos. Ação de preceito cominatório e Fazenda Pública. **Revista de direito público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 86, p. 153-155, abr.-jun. 1988.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Impossibilidade de decretação de pena de prisão como medida de apoio, com base no art. 461, para ensejar o cumprimento da obrigação in natura. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 112, p. 196-212, out.-dez. 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. A efetividade do processo e a nova regra do art. 14 do CPC. In: CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito processual: inovações e perspectivas ó Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira**. São Paulo: Saraiva, p. 355-371, 2003.

\_\_\_\_\_. O contempt of court na recente experiência brasileira: anotações a respeito da necessidade premente de se garantir efetividade às decisões judiciais. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 119, p. 35-59, jan. 2005.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.), **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, p. 19-51, 1996.

YARSHELL, Flávio Luiz. A execução e a efetividade do processo em relação à Fazenda Pública. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). **Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo**. São Paulo: Malheiros, p. 212-222, 2000.

\_\_\_\_\_. **Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade**. São Paulo: Malheiros, 1993.

ZACARELLA, Peterson; COUTO, Mônica Bonetti. **Horizontes da prisão civil nas tutelas das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa certa no direito processual civil brasileiro: esvaziamento ante a Súmula Vinculante 25/STF?** In: IOCOHAMA, Hiroshi Celso; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (Coord.). **Processo e jurisdição**. Florianópolis: FUNJAB, p. 256-285, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuritiba/livro.php?gt=97>>. Acesso em: 18 dez. 2015.

ZARING, David. National rulemaking through trial courts: the big case and institutional reform. **University of California UCLA law review**, n. 1015, abr. 2004. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=531282](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=531282)>. Acesso em: 03 set. 2015.

ZARONI, Bruno Marzullo. **Efetividade da execução por meio de multa: a problemática em relação à pessoa jurídica**. 2007. 355 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, Paraná. Disponível em: <[http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=86080](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=86080)>. Acesso em: 11 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Algumas inovações do CPC/15 em matéria de execução. **Cadernos jurídicos**. Curitiba: OAB Paraná, n. 62, p. 1-4, dez. 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo:** tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

**ANEXO: PROJETO DE LEI N. 8.058/2014**

**PROJETO DE LEI Nº     , DE 2014**  
**(Do Sr. Paulo Teixeira)**

Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. Esta lei institui o processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências.

**CAPÍTULO I**

**DOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO CONTROLE JURISDICIONAL DE  
POLÍTICAS PÚBLICAS**

Art. 2º. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário rege-se pelos seguintes princípios, sem prejuízo de outros que assegurem o gozo de direitos fundamentais sociais:

I – proporcionalidade;

II – razoabilidade;

III – garantia do mínimo existencial;

IV – justiça social;

V – atendimento ao bem comum;

VI – universalidade das políticas públicas;

VII – equilíbrio orçamentário.

Parágrafo único. O processo especial para controle jurisdicional de políticas públicas, além de obedecer ao rito estabelecido nesta Lei, terá as seguintes características:

I – estruturais, a fim de facilitar o diálogo institucional entre os Poderes;

II - policêntricas, indicando a intervenção no contraditório do Poder Público e da sociedade;

III – dialogais, pela abertura ao diálogo entre o juiz, as partes, os representantes dos demais Poderes e a sociedade;

IV – de cognição ampla e profunda, de modo a propiciar ao juiz o assessoramento necessário ao pleno conhecimento da realidade fática e jurídica;

V – colaborativas e participativas, envolvendo a responsabilidade do Poder Público;

VI – flexíveis quanto ao procedimento, a ser consensualmente adaptado ao caso concreto;

VII – sujeitas à informação, ao debate e ao controle social, por qualquer meio adequado, processual ou extraprocessual;

VIII – tendentes às soluções consensuais, construídas e executadas de comum acordo com o Poder Público;

IX – que adotem, quando necessário, comandos judiciais abertos, flexíveis e progressivos, de modo a consentir soluções justas, equilibradas e exequíveis;

X – que flexibilizem o cumprimento das decisões;

XI– que prevejam o adequado acompanhamento do cumprimento das decisões por pessoas físicas ou jurídicas, órgãos ou instituições que atuem sob a supervisão do juiz e em estreito contato com este.

## CAPÍTULO II

### DA COMPETÊNCIA E DA PETIÇÃO INICIAL

Art. 3º. É competente para o controle judicial de políticas públicas a justiça ordinária, estadual ou federal, por intermédio de ação coletiva proposta por legitimado estabelecido pela legislação pertinente, ressalvadas as hipóteses de cabimento de ações constitucionais.

Parágrafo único. Para a implementação ou correção de política pública é admissível qualquer espécie de ação ou provimento.

Art. 4º. A petição inicial obedecerá aos requisitos previstos no Código de Processo Civil e deverá indicar com precisão a medida necessária para implementação ou correção da política pública, bem como a autoridade responsável por sua efetivação.

Parágrafo único. A petição inicial indicará a pessoa jurídica de direito público à qual pertence a autoridade responsável pela efetivação da política pública, e em razão desta será determinada a competência.

Art. 5º. Se a autoridade se der por incompetente, deverá declinar a que entender competente, que será igualmente notificada para a fase preliminar, de acordo com o disposto no art. 6º.

## CAPÍTULO III

### DA FASE PRELIMINAR

Art. 6º. Estando em ordem a petição inicial, o juiz a receberá e notificará o órgão do Ministério Público e a autoridade responsável

pela efetivação da política pública, para que esta preste, pessoalmente e no prazo de sessenta dias, prorrogável por igual período, informações detalhadas que deverão contemplar os seguintes dados da política pública objeto do pedido, os quais constarão do mandado:

I – o planejamento e a execução existentes;

II – os recursos financeiros previstos no orçamento para sua implementação;

III – a previsão de recursos necessários a sua implementação ou correção;

IV – em caso de insuficiência de recursos, a possibilidade de transposição de verbas;

IV – o cronograma necessário ao eventual atendimento do pedido.

Art. 7º. Se o pedido envolver o mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada, o juiz poderá antecipar a tutela, nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil, estando nessa hipótese dispensadas as informações a respeito dos incisos II, III e IV do artigo 6º.

Parágrafo único. Considera-se mínimo existencial, para efeito desta lei, o núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição Federal, em relação ao específico direito fundamental invocado, destinado a assegurar a dignidade humana.

Art. 8º. Se não prestadas as informações indicadas no caput, o juiz aplicará à autoridade responsável as sanções previstas no Código de Processo Civil, podendo convocá-la pessoalmente para comparecer a juízo.

§ 1º Na prestação de informações, a autoridade responsável pela execução da política pública poderá servir-se de assessores técnicos especializados.

§ 2º O juiz poderá utilizar técnicos especializados para assessorá-lo na análise das informações, sem prejuízo de consulta a órgãos e instituições do ramo (parágrafo único do art. 28).

Art. 9º. Se considerar as informações insuficientes, o juiz, de ofício ou a requerimento do autor ou do Ministério Público, quando este não for autor, poderá solicitar esclarecimentos e informações suplementares, a serem prestadas em prazo razoável, fixado pelo juiz, bem como designar audiências, em contraditório pleno, inclusive com a presença dos técnicos envolvidos, para os mesmos fins.

Art. 10. Caso tenha por esclarecidas as questões suscitadas na fase preliminar, o juiz poderá designar audiências públicas, convocando representantes da sociedade civil e de instituições e órgãos especializados.

Parágrafo único. Admite-se na fase preliminar e no processo judicial a intervenção de *amicus curiae*, pessoa física ou jurídica, que poderá manifestar-se por escrito ou oralmente.

#### CAPÍTULO IV

##### DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Art. 11. As partes poderão, de comum acordo, submeter o conflito ao juízo arbitral, observado o disposto na legislação em vigor ou à mediação ou conciliação judiciais ou extrajudiciais.

§ 1º A qualquer tempo e em qualquer fase e grau do processo, a autoridade judiciária poderá propor às partes que se submetam à mediação ou conciliação, conduzidas por mediadores e conciliadores devidamente capacitados, nos termos da legislação em vigor.

§ 2º A audiência de mediação ou conciliação será obrigatória quando se tratar de direito passível de transação.

§ 3º A remuneração dos mediadores e conciliadores e seus direitos e obrigações serão regidos pela legislação em vigor.

Art. 12. A qualquer momento as partes poderão transigir sobre o cumprimento da obrigação, sua modalidade e seus prazos, ouvido o Ministério Público ou o Defensor Público, conforme o caso.

Parágrafo único. A transação, homologada pelo juiz, terá efeito de título executivo judicial e, assinada pelos transatores e pelo Ministério Público, de título executivo extrajudicial.

Art. 13. O Ministério Público ou outros órgãos públicos legitimados às ações coletivas poderão tomar da Administração ou do ente privado termo de ajustamento de conduta sobre o cumprimento da obrigação, sua modalidade e seus prazos, que, em caso de existência de processo, somente terá eficácia após manifestação do autor.

Parágrafo único. O termo de ajustamento de conduta terá natureza jurídica de transação, submetendo-se à regra do parágrafo único do art. 12.

## CAPÍTULO V

### DO PROCESSO JUDICIAL

Art. 14. Não havendo acordo, o juiz examinará, em juízo de admissibilidade, a razoabilidade do pedido e da atuação da Administração, podendo extinguir o processo com resolução do mérito ou determinar a citação do representante judicial da autoridade competente para apresentar resposta.

Parágrafo único. Extinto o processo, serão intimados da sentença o autor, a autoridade responsável e a pessoa jurídica de direito público a que esta pertence.

Art. 15. Determinada a citação, a autoridade responsável pela política pública continuará vinculada ao processo, inclusive para os fins do disposto no artigo 21.

Art. 16. Todos os elementos probatórios colhidos na fase preliminar, em contraditório, serão aproveitados no processo judicial, devendo o juiz privilegiar o julgamento antecipado da lide sempre que possível.

Art. 17. O prazo para contestar será de 30 (trinta) dias, sem outros benefícios de prazo para a Fazenda Pública, observando o processo, no que couber, o rito ordinário previsto no Código de Processo Civil,

com as modificações com que o juiz e as partes concordarem, para melhor adequação ao objeto da demanda.

Art. 18. Se for o caso, na decisão o juiz poderá determinar, independentemente de pedido do autor, o cumprimento de obrigações de fazer sucessivas, abertas e flexíveis, que poderão consistir, exemplificativamente, em:

I – determinar ao ente público responsável pelo cumprimento da sentença ou da decisão antecipatória a apresentação do planejamento necessário à implementação ou correção da política pública objeto da demanda, instruído com o respectivo cronograma, que será objeto de debate entre o juiz, o ente público, o autor e, quando possível e adequado, representantes da sociedade civil.

II – determinar ao Poder Público que inclua créditos adicionais especiais no orçamento do ano em curso ou determinada verba no orçamento futuro, com a obrigação de aplicar efetivamente as verbas na implementação ou correção da política pública requerida.

§ 1º O juiz definirá prazo para apresentação do planejamento previsto no inciso I de acordo com a complexidade da causa.

§ 2º O planejamento será objeto de debate entre o juiz, o ente público, o autor, o Ministério Público e, quando possível e adequado, representantes da sociedade civil.

§ 3º Homologada a proposta de planejamento, a execução do projeto será periodicamente avaliada pelo juiz, com a participação das partes e do Ministério Público e, caso se revelar inadequada, deverá ser revista nos moldes definidos no parágrafo 2º.

Art. 19. Para o efetivo cumprimento da sentença ou da decisão de antecipação da tutela, o juiz poderá nomear comissário, pertencente ou não ao Poder Público, que também poderá ser instituição ou pessoa jurídica, para a implementação e acompanhamento das medidas necessárias à satisfação das obrigações, informando ao juiz, que poderá lhe solicitar quaisquer providências.

Parágrafo único. Os honorários do comissário serão fixados pelo juiz e custeados pelo ente público responsável pelo cumprimento da sentença ou da decisão de antecipação da tutela.

Art. 20. O juiz, de ofício ou a requerimento das partes, poderá alterar a decisão na fase de execução, ajustando-a às peculiaridades do caso concreto, inclusive na hipótese de o ente público promover políticas públicas que se afigurem mais adequadas do que as determinadas na decisão, ou se esta se revelar inadequada ou ineficaz para o atendimento do direito que constitui o núcleo da política pública deficiente.

Art. 21. Se a autoridade responsável não cumprir as obrigações determinadas na sentença ou na decisão de antecipação de tutela, o juiz poderá aplicar as medidas coercitivas previstas no Código de Processo Civil, inclusive multa periódica de responsabilidade solidária do ente público descumpridor e da autoridade responsável, devida a partir da intimação pessoal para o cumprimento da decisão, sem prejuízo da responsabilização por ato de improbidade administrativa ou das sanções cominadas aos crimes de responsabilidade ou de desobediência, bem como da intervenção da União no Estado ou do Estado no Município.

Art. 22. Quando o controle da política pública não for objeto específico da ação, mas questão individual ou coletiva suscitada no processo, o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, poderá instaurar incidente que obedecerá ao disposto nos artigos 18 a 22.

## CAPÍTULO VI

### DA REUNIÃO DOS PROCESSOS EM PRIMEIRO GRAU

Art. 23. Quando vários processos versando sobre pedidos, diretos ou indiretos, de implementação ou correção de políticas públicas relativas ao mesmo ente político tramitarem em diversos juízos, as causas serão reunidas, independentemente de conexão, para julgamento conjunto, a fim de o juiz dispor de todos os elementos necessários para uma decisão equitativa e exequível.

Parágrafo único. Aplica-se à reunião de processos a regra de prevenção do Código de Processo Civil.

## CAPÍTULO VII

### DAS RELAÇÕES ENTRE MAGISTRADOS

Art. 24. Os tribunais promoverão encontros periódicos, presenciais ou por videoconferência, com os juízes competentes para o processamento e julgamento de ações que visem, direta ou indiretamente, ao controle jurisdicional de políticas públicas, destinados ao conhecimento e possível harmonização de entendimentos sobre a matéria.

Parágrafo único. Sem prejuízo da providência mencionada no caput, os tribunais fomentarão reuniões regionais com o mesmo objetivo, com periodicidade adequada.

## CAPÍTULO VIII

### DA REUNIÃO DE PROCESSOS EM GRAU DE RECURSO

Art. 25. Quando o tribunal receber diversos recursos em processos que objetivem o controle judicial de políticas públicas relativamente ao mesmo ente político, e que poderão comprometer o mesmo orçamento, os processos de competência do tribunal pleno ou do respectivo órgão especial serão reunidos para julgamento conjunto, objetivando-se a prolação de uma decisão equânime e exequível.

## CAPÍTULO IX

### DOS CADASTROS NACIONAIS

Art. 26. O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o Cadastro Nacional de Processos sobre Políticas Públicas, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com sua existência e estado.

§ 1º Os órgãos judiciários aos quais forem distribuídos processos envolvendo controle de políticas públicas remeterão cópia da petição inicial, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional do Conselho Nacional de Justiça, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 2º No prazo de 90 (noventa) dias, contado da publicação da presente lei, o Conselho Nacional de Justiça editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional e os meios adequados para viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado por meio da rede mundial de computadores.

§ 3º O regulamento previsto no § 2º disciplinará a forma pela qual os juízos comunicarão a existência de processos objetivando o controle de políticas públicas e os atos processuais mais relevantes sobre o seu andamento, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença, o trânsito em julgado, a interposição de recursos e a execução.

Art. 27. O Conselho Nacional do Ministério Público organizará e manterá o Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário, os co-legitimados e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas à abertura do inquérito e à existência do compromisso.

§ 1º Os órgãos legitimados que tiverem tomado compromissos de ajustamento de conduta remeterão cópia ao Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta, preferencialmente por meio eletrônico, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 2º No prazo de 90 (noventa) dias, a contar da publicação da presente lei, o Conselho Nacional do Ministério Público editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e Compromissos de Ajustamento de Conduta, incluindo a

forma de comunicação e os meios adequados para viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado.

## CAPÍTULO X DAS AÇÕES INDIVIDUAIS

Art. 28. 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 art. 7º, e se houver razoabilidade do pedido e irrazoabilidade da conduta da Administração.

Parágrafo único. Cada circunscrição judiciária organizará e manterá comissão de especialistas destinada a assessorar o magistrado nos diversos setores de políticas públicas, fornecendo dados e informações que o auxiliem em sua decisão.

Art. 29. Na hipótese prevista no artigo 28, o juiz notificará o Ministério Público e outros legitimados às ações coletivas para, querendo, ajuizar o processo coletivo versando sobre a implementação ou correção da política pública, o qual observará as disposições desta lei.

Art. 30. Atendido o requisito da relevância social e ouvido o Ministério Público, o juiz poderá converter em coletiva a ação individual que:

I - tenha efeitos coletivos, em razão da tutela de bem jurídico coletivo e indivisível, cuja ofensa afete ao mesmo tempo as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade;

II – tenha por escopo a solução de conflitos de interesses relativos a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução deva ser uniforme, por sua natureza ou por disposição de lei, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo e padrão de conduta consistente e unitária para a parte contrária.

§ 1º Determinada a conversão, o autor manterá a condição de legitimado para a ação em litisconsórcio necessário com o Ministério Público ou outro co-legitimado para a ação coletiva.

§ 2º O Ministério Público ou outro legitimado poderão aditar ou emendar a petição inicial para adequá-la à tutela coletiva, no prazo a ser fixado pelo juiz.

§ 3º Se nenhum dos co-legitimados aditar ou emendar a petição inicial, o juiz encaminhará os autos ao Conselho Superior do Ministério Público para que indique membro da instituição para fazê-lo.

§ 4º A coisa julgada terá efeito *erga omnes*, nos termos do disposto nos arts. 103 e 104 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

§ 5º O Ministério Público atuará como fiscal da ordem jurídica se não intervier como parte.

## CAPÍTULO XI

### DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 31. No prazo de 120 (cento e vinte) dias, contado a partir da entrada em vigor desta lei, os tribunais federais criarão, e os estaduais poderão criar varas especializadas para o processamento e julgamento de ações que visem, direta ou indiretamente, ao controle jurisdicional de políticas públicas.

Art. 32. As disposições desta lei aplicam-se às fases e atos ainda não concluídos dos processos em curso.

Art. 33. Esta lei entrará em vigor no prazo de 90 dias contado da data de sua publicação.

## JUSTIFICAÇÃO

O controle jurisdicional de políticas públicas é uma realidade presente no dia-a-dia dos tribunais brasileiros. Embora a doutrina e a jurisprudência, sobretudo do STF, tenham se debruçado sobre a questão, fixando limites ao próprio controle e construindo princípios a respeito da matéria, ainda remanescem dúvidas e, frequentemente, o juiz enfrenta dificuldades concretas para decidir assuntos tão relevantes.

São dificuldades oriundas da falta de informações e de dados, da falta de assessoria, da falta de contatos com a própria Administração encarregada da implementação da política pública, com os demais juízes, com os tribunais; dificuldades de ordem orçamentária, dificuldades oriundas da multiplicidade de ações individuais que vão inevitavelmente incidir sobre as políticas públicas.

É preciso fixar parâmetros seguros para o juiz e para as partes e é preciso, principalmente, criar um novo processo, de cognição e contraditório ampliados, de natureza dialogal e colaborativa, com ampla intervenção do Poder Público e da sociedade, ou seja, um novo processo adequado à tutela jurisdicional dos chamados conflitos de ordem pública.

Somente assim a intervenção judicial em políticas públicas não criará problemas insolúveis para a Administração e para a população, como tem ocorrido, e o juiz poderá decidir com equilíbrio e justiça após conhecer todos os dados da questão que está em jogo, sem se substituir ao administrador. E deverá acompanhar a execução que, por sua vez, há de ser flexível para a efetividade do comando judicial.

Para auxiliá-lo no cumprimento da sentença está prevista a figura de uma pessoa ou ente colaborador, cuja denominação – comissário – foi inspirada na prevista nos arts. 21 e 114, § 3º, “d” do Código de Processo Administrativo italiano. Função semelhante também existe no ordenamento norte-americano.

É com tal finalidade que se propõe o presente projeto de lei, resultado de trabalho coletivo empreendido inicialmente pelo CEBEPEJ - Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, ora presidido pela Professora Ada Pellegrini Grinover, que sucedeu a seu criador, Professor Kazuo Watanabe. Pesquisadores do CEBEPEJ analisaram, em todos os seus aspectos, a problemática do controle jurisdicional de políticas públicas, apresentando seus trabalhos em seminário aberto ao público, realizado pelo CEBEPEJ e pelo Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP, em 14 e 15 de abril de 2010.

O Seminário apresentou conclusões, traçando as linhas gerais de um projeto de lei sobre controle jurisdicional de políticas públicas. Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe encarregaram-se da primeira versão do projeto, que foi depois aperfeiçoado pelos pesquisadores do CEBEPEJ e pelos alunos e professores do mestrado da FDV - Faculdade de Direito de Vitória, na disciplina "Controle Jurisdicional de Políticas Públicas".

Posteriormente, a última versão do projeto foi debatida por grupos de trabalho durante o 2º Seminário sobre controle jurisdicional de políticas públicas, realizado pelo CEBEPEJ-IBEA/RJ - Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP em 3 de outubro de 2011.

As propostas de modificação foram incorporadas ao projeto, cuja nova versão ainda foi examinada pelos alunos de mestrado/doutorado da disciplina "Políticas Públicas" ministrada na USP (com a colaboração de Paulo Lucon) e da mesma disciplina de doutorado da Universidad Lomas de Zamora, em Buenos Aires.

Apresentado a debate público na AASP de São Paulo no decorrer de 2012, com a participação de magistrados, membros do Ministério Público, defensores públicos e advogados públicos e privados, o projeto incorporou outras sugestões.

Foi também debatido na Universidade de Itaúna, onde é ministrada a disciplina "Controle Jurisdicional de Políticas Públicas", em nível de mestrado. E, finalmente, foi exposto e debatido mais uma vez em 2013 em seminário conjunto do CEBEPEJ e do IASP, na presença de especialistas argentinos e do Deputado Paulo Teixeira.

Mais recentemente, foram incorporadas ao projeto as últimas experiências de tribunais da Argentina, da Colômbia e dos Estados Unidos da América, que indicam o caminho a ser seguido pelo Poder Judiciário, em estreito contato com o Poder Público, para a construção do consenso ou a formulação de comandos flexíveis e exequíveis, que permitam o controle da constitucionalidade e a intervenção em políticas públicas, evitando que o juiz se substitua ao administrador.

É o resultado de todo esse trabalho, iniciado em 2010 e profundamente elaborado e discutido, que se apresenta agora ao Congresso Nacional.

Certo de que meus nobres pares reconhecerão a conveniência e oportunidade das medidas legislativas ora propostas, conclamo-os a apoiar a aprovação deste projeto de lei.

Sala das Sessões, em            de            de 2014.

Deputado PAULO TEIXEIRA

