



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A efetividade das decisões de controle das políticas públicas: Meios de coerção indireta

Camila de Mattos Anusz

Rio de Janeiro
2009

CAMILA DE MATTOS ANUSZ

A efetividade das decisões de controle das políticas públicas: Meios de coerção indireta

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como Exigência para obtenção do título de Pós-Graduação

Orientadores: Prof^a Neli Fetzner
Prof^o. Nelson Tavares
Prof^a. Mônica Areal

Rio de Janeiro
2009

A EFETIVIDADE DAS DECISÕES DE CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: MEIOS DE COERÇÃO INDIRETA

CAMILA DE MATTOS ANUSZ

Graduada pela Universidade Candido Mendes.

Advogada.

Resumo: este trabalho trata da eficácia das decisões que admitem a intervenção judiciária no controle das políticas públicas. Atualmente os Juízes possuem um novo papel na sociedade brasileira, pois são criadores ativos das condições sociais da comunidade. Vencida essa primeira etapa, qual seja, decisões que possibilitem essa intervenção, é necessário discutir a efetividade dessas decisões. Qual seria o meio adequado para possibilitar uma tutela jurisdicional justa ao cidadão? É essa a finalidade do trabalho.

Palavras-chaves: Efetividade; decisões; políticas; públicas.

Sumário: Introdução. 1- Panorama da situação atual. 2- A eficácia dos direitos fundamentais sociais. 3- A implementação dos direitos fundamentais sociais. 4- Análise jurisprudencial 5- Meios de coerção indireta para dar efetividade as decisões do judiciário. 6- Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O assunto objeto de estudo visa a encontrar soluções mais efetivas para os meios de coerção indireta das decisões de controle das políticas públicas.

O presente estudo inicia-se com a conceituação dos direitos fundamentais sociais e sua efetividade.

No segundo momento, é demonstrada a situação enfrentada pelos operadores do Direito diante da inobservância pelos entes estatais dos deveres prestacionais. São apontados todos os argumentos referentes à necessidade de intervenção do judiciário para garantir a eficácia dos direitos sociais.

Em seguida, é feita uma análise do posicionamento dos nossos Tribunais.

Após essa análise, dedica-se o estudo aos meios de coerção indiretas existentes no direito brasileiro e as novas experiências extraídas do direito alienígena.

Conclui-se pela necessidade de abandonar antigos paradigmas e adotar atitudes que viabilizem o cumprimento das decisões judiciais. Experiências do direito alienígena comprovam que profissionais com habilidades metajurídicas solucionaram problemas jurídicos.

1- PANORAMA DA SITUAÇÃO ATUAL

O controle das políticas públicas efetuada pelo poder judiciário gera vários questionamentos para a doutrina e a jurisprudência. Vivemos uma fase de grande transformação da sociedade e, principalmente, dos poderes estatais que possuem a missão de tornar eficaz todos os preceitos estabelecidos na Constituição da República, em especial, os direitos fundamentais.

Para que essa mudança seja efetiva é necessário um trabalho de integração entre os poderes legislativo, executivo e judiciário. Essa integração só é possível quando se prioriza o bem estar da população, garantindo condições mínimas de existência para o indivíduo.

Nesse contexto, o poder legislativo deve produzir leis que concretizem e dêem eficácia às normas constitucionais; o poder executivo deve priorizar políticas públicas sociais e o poder judiciário deve garantir a observância da ordem constitucional.

O controle das políticas públicas pelo judiciário ocorre quando o administrador não demonstra razoabilidade na utilização do dinheiro público. A delegação envolvida

na representação política não pode ser vista de forma absoluta, não justificando ou autorizando decisões idiossincráticas, comprovadamente ineficientes ou simplesmente sem sentido.

Levando-se em consideração as condições sociais da população brasileira, os direitos prestacionais do Estado devem ser vistos como prioridade absoluta. Qualquer gasto público que não contemple a consecução de políticas destinadas à implementação e concretização desses direitos deve ser judicialmente revisto, colocando o Estado em sintonia com a norma constitucional.

2- A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Os direitos fundamentais sociais são direitos de segunda geração que se caracterizam por outorgarem aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais, como moradia, seguridade social, saúde, previdência social, assistência social, direitos particulares (da família, crianças, adolescentes, idosos e pessoas portadoras de deficiência), direito ao trabalho, direito dos trabalhadores, cultura, desporto e educação.

Desde a Constituição de 1891, discute-se, na doutrina pátria, a eficácia das normas constitucionais. Dentre os doutrinadores, podemos citar as seguintes classificações:

BARBOSA (1933), inspirando-se no modelo norte-americano, acolheu a distinção entre normas auto-aplicáveis (ou auto-executáveis) e normas não auto-aplicáveis (ou não auto-executáveis). Aquelas estariam aptas a gerar seus efeitos independentemente de qualquer atuação do legislador, já que seu conteúdo encontra devidamente determinado. Aquelas indicam princípios sem estabelecer normas, por cujo meio se logre dar a esses princípios vigor de lei.

SILVA (1991) formulou a teoria tricotômica da eficácia. Segundo ele, as normas constitucionais podem ser divididas em três grupos: norma de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada. Normas de eficácia plena seriam aquelas que, por serem dotadas de aplicabilidade direta, imediata e integral, não dependem de atuação do legislador ordinário para alcançarem a plena operatividade. Já

as normas de eficácia contida, dotadas de aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral. As normas de eficácia limitada caracterizam essencialmente pela aplicabilidade indireta e reduzida, não tendo recebido do legislador constituinte a normatividade suficiente para, por si só e desde logo, serem aplicáveis e gerarem seus principais efeitos.

BARROSO (2001) divide em três grupos, quais sejam, normas constitucionais de organização, normas constitucionais definidoras de direito e normas constitucionais programáticas. As primeiras têm por objetivo organizar o exercício do poder político; as segundas têm por objetivo fixar os direitos fundamentais dos indivíduos; já as programáticas têm por objetivo traçar os fins públicos a serem alcançados pelo Estado.

Verifica-se, contudo, que essas classificações possuem um ponto de convergência, qual seja, todas reconhecem que determinadas normas da Constituição não geram, de forma imediata, seus principais efeitos, em virtude da ausência de normatividade suficiente. A geração desses efeitos dependerá de uma atuação concretizadora do legislador ordinário, razão pela qual também são chamadas de normas de eficácia limitada ou reduzida.

A Constituição atual inovou ao trazer no dispositivo do art. 5º, § 1º o seguinte texto: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Esse dispositivo salienta o caráter preceptivo dessas normas deixando claro que os direitos fundamentais podem ser imediatamente invocados, ainda que haja falta ou insuficiência da lei.

Quanto aos direitos fundamentais, o referido dispositivo tem outra função, qual seja, a tarefa dos órgãos estatais de “maximizar a eficácia” desses direitos e criar condições materiais para a sua realização.

Diante dessa nova redação, os maiores defensores de uma interpretação restritiva da norma reconhecem que o Constituinte pretendeu, com sua expressa previsão no texto, evitar um esvaziamento dos direitos fundamentais, impedindo que “permaneçam letra morta no texto da Constituição”.

Para interpretar esse dispositivo quanto ao seu significado e alcance surgiram diversos posicionamentos. FERREIRA FILHO (1988) leciona que a norma contida no art. 5º, § 1º, da CR não teria o condão de impedir que as normas de direitos fundamentais carentes de concretização venham a alcançar sua plena eficácia tão somente após uma *interpositio legislatoris*, não gerando, antes que tal ocorra, direito subjetivo para o titular.

Diversa é a posição BASTOS (2000) ao sustentar que os direitos fundamentais são, em princípio, diretamente aplicáveis, regra que, no entanto, comporta duas exceções: quando a constituição expressamente remete a concretização do direito fundamental ao legislador, estabelecendo, por exemplo, que este apenas será exercido na forma prevista em lei; quando a norma de direito fundamental não contiver os elementos mínimos indispensáveis que lhe possam assegurar a aplicabilidade, no sentido de que não possui a normatividade suficiente à geração de seus efeitos principais sem que seja necessária a assunção, pelo judiciário, da posição reservada ao legislador.

Outra posição é a do GRAU (1997) que advoga a tese da inexistência, em nossa Constituição, de normas programáticas, na medida em que, além da norma que consagrou a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, o constituinte cuidou para que fossem criados instrumentos processuais aptos a combater também a omissão por parte do legislador e dos demais órgãos estatais, nomeadamente o mandado de injunção (art. 5º, inc. LXXI, da CR) – ele mesmo constituindo um autêntico direito-garantia fundamental – e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da CR).

Levando-se em conta essa distinção, a melhor exegese da norma contida no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocadamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, entendimento este sustentado, entre outros, no direito comparado, por CANOTILHO (1998) e compartilhado, entre nós por PIOVESAN (1992) e SARLET (2007).

3- A IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Partindo da premissa que a Constituição atual outorgou plena eficácia aos direitos fundamentais sociais, devemos analisar as questões relativas ao poder

discricionário, ao princípio da separação dos poderes, à reserva do possível e ao mínimo existencial.

3.1- PODER DISCRICIONÁRIO:

O poder discricionário é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público.

Os principais elementos do poder discricionário são a conveniência e a oportunidade. Este diz respeito ao momento em que a atividade deve ser produzida. Aquele indica em que condições vai se conduzir o agente. Ressalte-se, ainda, que essa liberdade de escolha tem que estar de acordo com o fim colimado na lei, sob pena de não ser atendido o objetivo público da ação administrativa.

Observando esse princípio, o Poder Executivo deve ter a mais ampla esfera de conformação, sendo invalidado pelo Poder Judiciário apenas seus atos comissivos em hipóteses absurdamente excepcionais e abdicando, por completo de ingerir no campo das omissões administrativas.

Durante muito tempo, o enfoque da ilimitação e incontrolabilidade do poder discricionário foi observado cegamente pela doutrina e jurisprudência. No entanto, esse posicionamento vem sendo objeto de críticas na doutrina, com alguma ressonância na jurisprudência.

Adotando um novo enfoque, o Des. CAVALIERI FILHO (1996), decidiu no processo nº 799/96 que “(...) o princípio da legalidade (...). Seu alcance é bem maior, posto que abarca a conformação formal e ideológica da atividade administrativa com a lei, tanto na sua forma comissiva como omissiva (...)”.

Segundo FARIA (1998), o não atendimento dos preceitos constitucionais por omissão legislativa ou administrativa pode resultar numa inconstitucionalidade *permanente*, que leva à desestabilização política. Ademais, é incontestável o valor político de uma decisão judicial que declara que o Estado está em mora com obrigações constitucionais econômicas, sociais e culturais; essas sentenças assumem o papel de importantes veículos para canalizar as reivindicações da sociedade.

3.2- PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES:

No que concerne ao Princípio da separação dos poderes, o Estado, a teor da divisão funcional do poder político, é caracterizado pela especialização funcional e independência orgânica. Esta se relaciona com as funções estatais que devem ser exercidas por órgão independentes. Já a especialização denota que cada função estatal é exercida precipuamente por um Poder do Estado.

Essa divisão funcional do poder político é objeto de relativização, sendo certo que a evolução interpretativa dessa teoria é baseada na cooperação ou colaboração entre os órgãos estatais, que resulta da sobreposição, e não partilha das funções do Estado.

Sob o ângulo da doutrina estrangeira, PIÇARRA (1989) assinala que “o progressivo esbatimento de fronteiras entre as diversas funções do Estado e a fluidez e relatividade dos critérios de caracterização material e de discernimento entre elas tem levado a doutrina a desinteressar-se progressivamente da elaboração de uma teoria geral das funções estatais. Ver-se-á, finalmente, que no âmbito do princípio da separação de poderes ganha cada vez mais relevância a variedade de meios recíprocos de controle interorgânico”.

É evidente que o princípio da Separação dos Poderes, idealizado por Montesquieu no século XVIII, pode engessar as reivindicações da sociedade. Para evitar esse resultado, o referido princípio precisa ser submetido a uma nova leitura, para continuar servindo ao seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, também, a omissão estatal.

É necessária a reformulação funcional dos poderes através de uma distribuição que garanta um sistema eficaz de *freios e contrapesos*, para que “a separação dos poderes não se interponha como véu ideológico que dissimule e inverta a natureza eminentemente política do direito”. GOMEZ (2002) “Na medida que as leis deixam de ser vistas como programas *condicionais* e assumem a forma de programas *finalísticos*, o esquema clássico da divisão dos poderes perde sua atualidade”. HABERMAS (1997)

Na mesma linha, MANCUSO 2001 alega que essa nova percepção faz surgir um Estado de Direito no sentido plenamente *material*. Ou seja, todos os atos dos poderes legislativo, executivo e judiciário devem ser correlacionados pelo contexto jurídico-social, para terem validade e legitimidade, priorizando a moralidade, eficiência, economicidade, razoabilidade e proporcionalidade. Por isso, deve existir a possibilidade

de cobrança das obrigações de fazer do poder público estabelecidas na própria constituição, sendo a sindicabilidade judicial a regra.

3.3- RESERVA DO POSSÍVEL:

No que tange à reserva do possível, SARLET (2007) entende que possui uma dimensão tríplice abrangendo a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento no contexto do sistema constitucional federativo; bem como o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade.

O português Canotilho sustenta que a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais dentro de uma “reserva do possível” e aponta a sua dependência dos recursos econômicos. A elevação do nível da sua realização estaria sempre condicionada pelo volume de recursos suscetível de ser mobilizado para esse efeito. “Nessa visão, a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais”. KRELL (2002)

Essa teoria jurídica foi desenvolvida por países “centrais” com base em realidades culturais, históricas e sócio-econômicas completamente diferentes. Portanto, é muito questionável a sua utilização no sistema jurídico brasileiro.

O argumento da “reserva do possível” representa uma adaptação de um *tópos* da jurisprudência constitucional alemã (*Der Vorbehalt des Möglichen*), Segundo o Tribunal Constitucional Alemão, “a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos” Krell, (2002). A decisão sobre disponibilidade do dinheiro público está condicionada à discricionariedade dos governos e parlamentos, através da composição dos orçamentos públicos.

BRANCO (2002) é um dos autores brasileiros que acataram a argumentação da reserva do possível negando de maneira categórica a competência dos juízes (“não legitimados pelo voto”) a dispor sobre medidas políticas sociais que exigem gastos orçamentários.

AMARAL (1999) traz uma solução razoável ao sustentar que o “Estado deve demonstrar, judicialmente, que tem motivos fáticos razoáveis para deixar de cumprir, concretamente, a norma constitucional assecuratória de prestações positivas” (Amaral, 1999). Caso seja demonstrada a ponderabilidade dessas razões, não poderia o Judiciário se substituir ao Administrador.

Como bem salienta PAULO JÚNIOR (2007), “inexiste presunção de veracidade da alegação de que o ente público não tenha recursos para adimplir sua obrigação. Deve, ao revés, provar o que alega”. Exemplifica, ainda com uma situação recorrente em que o ente estatal mantém vultosos gastos em publicidade ou obras vultuosas, mas afirma a carência de recursos.

Impede analisar, ainda, a teoria do mínimo existencial. Esta consiste no fato de que o Estado deve assegurar ao indivíduo uma existência digna mediante a prestação de recursos materiais essenciais. A dignidade da pessoa humana está prevista na norma constitucional como princípio fundamental e também como condição de finalidade precípua da ordem econômica, ex vi do artigo 1º, inc. III e artigo 170, caput, ambos da CRFB/88.

3.4- MÍNIMO EXISTENCIAL:

A teoria do “mínimo existencial” defende que o indivíduo possui um direito subjetivo contra o Poder Público em casos de diminuição de serviços sociais básicos que garantem a sua existência digna. A doutrina constitucional brasileira discute pouco o que deve ser utilizado como parâmetro de condição existencial mínima da população para uma vida saudável. SARLET (2007), um dos poucos autores sobre o tema, sugere como diretriz mínima os parâmetros estabelecidos pela Organização Mundial de Saúde.

KRELL 2002) salienta que o referido “padrão mínimo social” deverá incluir sempre o atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso à alimentação básica e vestuário, à educação de primeiro grau e a garantia de uma moradia.

A finalidade do “conteúdo mínimo” para existência do indivíduo é fazer com que a administração pública atenda minimamente tais metas, impedindo políticas deficitárias, sem a efetividade dos direitos fundamentais, bem como as que privilegiem

outras metas que não as constitucionalmente estabelecidas. O controle do judiciário, nesses caos, é necessário para preservar a própria força normativa da Constituição.

Assim, com base no exposto, cumpre traçar um panorama da jurisprudência atual sobre o tema. Nossos Tribunais de Justiça e o Supremo Tribunal Federal têm admitido, ainda que de forma tímida, o controle do judiciário sobre os gastos públicos.

4- ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

A jurisprudência nacional, aos poucos, tem admitido a intervenção judicial nas políticas públicas para tornar eficazes os dispositivos da Constituição da República.

A propositura de ação requerendo o fornecimento de remédios tornou-se muito usual. O Judiciário tem admitido essas hipóteses sustentando que a prestação do serviço de saúde é um direito genérico de todos e obrigação do Estado, sob a égide do artigo 196 CRFB e das Leis nº 8080/90 e nº 9313/96. Entendendo pela solidariedade passiva dos entes estatais e competência comum para cuidar da saúde, *ex vi* do art. 23, II CR/88. Aduzindo, ainda, que a distribuição gratuita de medicamentos consubstancia dever do Estado.

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 MC/DF verifica-se a mudança dos antigos paradigmas. Nesse julgado, o Ministro Relator Celso de Mello discorreu sobre a possibilidade de a ação constitucional em referência ser instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.

Sustentou, ainda, que, excepcionalmente, poderá ser atribuído ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Posteriormente, chegou à Corte Suprema o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715-5/ SP em que se discutiu a intervenção do Judiciário no Município de Santo André. O Ministério Público Estadual requereu a construção de creche.

Nesse julgado, a Corte entendeu que o Município não pode demitir-se do mandado constitucional, sob pena dessa omissão governamental em grave vulneração a um direito fundamental da cidadania, qual seja, o direito à educação.

No recurso especial nº 493.811/SP o Superior Tribunal de Justiça julgou procedente em parte o pedido do Ministério Público. Este requereu que o Município de Santos implantasse um programa para atendimento de crianças e adolescentes viciados no uso de entorpecentes e a previsão orçamentária respectiva.

No Rio de Janeiro pode-se citar como exemplo a apelação cível nº 2003.001.34812. A referida demanda objetivou a implementação de políticas públicas concretas na área da saúde, e em especial em determinado hospital público estadual. O Tribunal de Justiça entendeu que era patente omissão do Poder Público Estadual, dando provimento ao recurso do Ministério Público.

No Rio Grande do Sul existem dois julgados interessantes. No primeiro, o Ministério Público requereu, na apelação civil nº 70022363717, a realização de obras em presídio. O Juiz de primeiro grau julgou procedente o pedido, mas o Tribunal de Justiça reformou a decisão.

No segundo, o Ministério Público requerer, no agravo de instrumento nº 70012518510, a criação de canil e gatil municipal. O Tribunal não deu provimento à esse pedido.

5- MEIOS DE COERÇÃO INDIRETA PARA DAR EFETIVIDADE AS DECISÕES DO JUDICIÁRIO

O processo tem a finalidade de proporcionar ao credor um resultado prático semelhante àquele que adviria do cumprimento espontâneo da obrigação pelo devedor. O pedido nas ações de intervenção nas políticas públicas, em regra, é uma obrigação de

fazer. Isso significa que se pretende uma atividade do devedor como a realização de uma obra ou a prestação de um serviço.

Primeiramente cumpre verificar o funcionamento da técnica mandamental. Essa técnica, incorporada como método comum de tutela das obrigações de fazer, surgiu para permitir ao Juiz constranger a vontade do credor de modo a forçar o cumprimento da tutela específica. Segundo essa técnica, a sentença traduz uma ordem, a cujo descumprimento comina-se uma sanção, normalmente consistente de multa diária ou *astreintes*.

O art. 11 da Lei 7.347/85 foi o primeiro dispositivo a determinar a cominação de multa com a finalidade coercitiva. No entanto, pecou ao determinar, no parágrafo 2º, do artigo 12 da Lei 7.347/85, que a cobrança da multa somente poderá ocorrer após o trânsito em julgado, tornando-a inócua em sede de tutela antecipatória.

O artigo 84 da Lei 8.078/90 estendeu essa previsão para ações individuais versando sobre relações de consumo.

O caput do artigo 461 do Código de Processo Civil finalmente consagrou a tutela mandamental como técnica de solução de conflitos.

Os artigos 644 e 645 do Código de Processo Civil prevêm a possibilidade de o Juiz fixar *astreintes* ou de majorá-las caso o seu valor originário não seja suficiente para constranger o devedor a cumprir a obrigação. Essa multa possui um conteúdo coercitivo e é nesta condição que pode ser majorada ou reduzida para valor diverso daquele fixado em sentença.

Na tutela mandamental, podem ser empregados dois tipos de medidas coercitivas; quais sejam; a prisão do devedor e a imposição de *astreintes*. Vejamos cada uma delas:

Quanto à prisão, no direito anglo-americano, existe o instituto do *judicial injunction* que é um remédio processual em que o Juiz determina condutas ativas e abstenções sob pena de multa ou, de prisão por desrespeito à ordem do Tribunal. (*Contempt of Court*)

Essa prisão tornou-se a principal cominação como medida coercitiva das decisões de implementação de políticas públicas pelo Judiciário norte-americano. GOUVÊA (2003), em sua obra “O controle judicial das omissões administrativas” cita um caso que ocorreu em 1987, no Distrito de Santa Clara, Califórnia, Estados Unidos, em que o Juiz “proferiu uma *contempt order* determinando que os supervisores

penitenciários permanecessem cinco dias encarcerados nas próprias dependências inadequadas do presídio local”.

A prisão é um meio mais eficaz de coerção do que a multa, no que tange ao cumprimento, pela Fazenda Pública, de direitos prestacionais. Dificilmente a *astreintes* aplicada será sentida pela mesma administração, sendo repassado o ônus a administração subsequente.

Ressalte-se, ainda, que essa multa é revestida aos fundos de direitos difusos que são administrados com a participação da própria pessoa de direito público infratora, gerando um contra-senso.

Quanto ao crime cometido pelo agente público que descumpra decisão judicial, diverge a doutrina. Há autores que defendem que se trata de crime de prevaricação, tendo em vista que o crime de desobediência encontra-se no rol de “crimes praticados por particular contra a administração em geral”. Outros entendem que seria desobediência.

No entanto, ambos possuem uma cominação de pena insignificante, já que dificilmente a condenação por um desses crimes vai resultar em prisão para o autor do ilícito. Dessa forma, faz-se necessário aprofundar a discussão acerca de uma prisão processual civil, como o *contempt of court* no sistema brasileiro.

O art. 11, parte final da Lei 7.347 possibilita ao Juiz aplicar execução específica ou cominar multa diária nos casos em que o devedor se manter inerte. GOUVÊA (2003) questiona o conteúdo da expressão “execução específica”, o conteúdo do §4º do art. 84 da Lei 8.078; e do §4º do art. 461 do CPC. O autor sustenta que, “embora a legislação brasileira não tenha expressamente consagrado o *contempt of court*, existem normas genéricas que o impõem sempre que outras formas de execução, menos gravosas, não forem suficientes”.

Há quem sustente a impossibilidade de aplicação desse instituto, tendo em vista o disposto no art. 5º, LXVII, da Constituição da República que impede a prisão civil, salvo quando diante de inadimplemento de pensão alimentícia. Outra objeção seria o princípio da legalidade, já que todo e qualquer crime deveria ter seu tipo prévia e concretamente delineado, sendo insuficiente vedação genérica de “desprezo à corte”.

Os defensores do “*Contempt of Court*” alegam que a prisão não visaria sancionar uma dívida, mas o desrespeito para com a ordem judicial. Outro argumento é o de ponderar a garantia da vedação de prisão por dívida com o art. 5ª, XXXV da CR/88 que consagra a inafastabilidade de jurisdição. O Juiz teria o dever de ousar, formulando

soluções que garantam o resultado almejado, caso não tenha obtido sucesso com os outros meios de coerções usuais. Com isso, flexibiliza-se o conceito de obrigação alimentícia para englobar a prestação do mínimo existencial.

Já a tutela mandamental pela multa é prevista nos artigos 461, 644 e 645 do Código de Processo Civil. Esses dispositivos possibilitam que o Juiz imponha multa como meio de coerção indireta de suas decisões.

Quando esse meio de coerção é aplicado à Fazenda Pública, na seara dos direitos prestacionais, surge a questão quanto ao impacto financeiro. O instituto do precatório, além de ser moroso, faz com que as execuções pecuniárias se processem no orçamento seguinte, o que pode significar o repasse do ônus à gestão subsequente.

GOUVÊA (2003) oferece uma solução interessante. O autor lembra que a multa é revertida para o autor ou para um Fundo. Existem fundos nacionais, estaduais e municipais previstos em diversas leis como a Lei 7.347/85, Lei 8.069/90, Lei 9.008/95.

Segundo ele, quando a Administração Pública afirmasse a indisponibilidade de recursos, o Juiz deveria autorizar o Fundo a arcar, emergencialmente com os ônus financeiros daquele direito, ficando o ente réu obrigado a ressarcir-lo. Esse Fundo funcionaria como financiador não discricionário das decisões judiciais relativos à direitos transindividuais. A Administração Pública providenciaria no orçamento subsequente a verba orçamentária.

Vistos os aspectos concernentes à técnica mandamental, impõe-se abordar a tutela de remoção do ilícito. Essa técnica pode se dá através da atuação de terceiros ou por meio de coerção direta.

A atuação por terceiros ocorre quando o magistrado determina que a Administração Pública arque com os custos da prestação. Como exemplo, pode-se citar o caso em que a Administração Pública alega não ter vaga na creche pública para uma determinada criança e o Magistrado determina o pagamento dos custos em uma creche particular.

Já a coerção direta é aquele em que o Magistrado nomeia um interventor ou um Administrador Judicial. No direito anglo-americano existe o instituto da *experimental orders* que são provimentos complexos em que toda uma atividade é examinada por peritos, que propõem uma solução global para o problema.

A experiência alemã adotou a figura do *officer of the court*, do *receiver*, do *máster*, do *administrator*, dos *committees* ou do comissário “ad acta”. Os *recievers* são os indivíduos aos quais se transfere o poder de gestão sobre a instituição. Já aos *masters*,

incumbe apenas a supervisão da instituição, para acompanhamento do atendimento às determinações judiciais. A adoção dessa técnica o Magistrado é auxiliado por leigo, com formação profissional específica, ao qual se confia a administração, sob a orientação da Corte. Esse auxiliar presta contas e é possível que o Juiz revise o ato por ele praticado mediante requerimento do executado ou exequente.

A figura do interventor gera questionamentos quanto aos aspectos orçamentários da Administração Pública.

Para SALLES (1999) o Judiciário deve determinar ao administrador que promova o remanejamento de verba orçamentária em favor do programa de trabalho no qual se insere a prestação exigível, nos termos e limites autorizados pela lei de orçamento, facultando-se-lhe a liberdade de escolher o montante e a origem dos recursos a serem direcionados ao referido programa. Caso a Administração se recuse a realizar esse remanejamento, o Magistrado estará legitimado a suprir este ato administrativo, substituindo-se à Administração para determinar o valor a ser transferido e escolher um programa menos prioritário cujas verbas orçamentárias serão relocadas, quando este for o único meio hábil a assegurar ao Judiciário o desempenho de sua função de garantir a implementação de uma ordem jurídica justa.

O direito norte-americano criou o sistema do *structural injunctions*. Esse sistema admite a intervenção do Judiciário para promover a reforma de instituições (públicas ou privadas), que adotem práticas ilegais de forma generalizada e contumaz.

As principais experiências com o referido sistema foram o *prision reform cases*, os *mental hospital cases* e os casos de dessegregação do sistema educacional. Nos casos das reformas das prisões, o Magistrado identificava a situação ilegítima e sugeria medidas consideradas hábeis para a solução dos problemas. A Administração formulava um plano de acordo com essas sugestões que, após a aprovação do juiz, era implementado sob a supervisão de um *staff* nomeado pelo Juiz.

No caso dos hospitais psiquiátricos públicos, destacou-se o caso da *Escola Estadual Pennhurst vs Halderman*. Terry Lee Halderman tinha sido um residente da escola e denunciou alegando que as condições eram insalubres em Pennhurst, desumana e perigosa, que essas condições de vida violava os décima quarta emenda, e que Pennhurst utilizava punição cruel e incomum em violação da oitava e décima quarta emenda. Afirmou, ainda, que o retardo mental têm um direito constitucional à habitação e a uma educação. O tribunal concluiu que as condições em Pennhurst violavam esses direitos legais federais e estaduais.

Já as escolas que funcionavam sob o regime da segregação racial, surgiram diversas ações visando condenar os governos estaduais e distritais a aparelhá-las adequadamente.

Nessas reformas judiciais norte-americanas, a maioria dos juízes utilizou a figura dos auxiliares – os especial *masters ou complice coordinators* – que forneciam relatórios periódicos ao juízo.

GOUVÊA (2003) sustenta que esse sistema poderia ser aplicado à realidade brasileira utilizando, por exemplo, organizações não-governamentais para auxiliarem no cumprimento de julgados, cedendo técnicos, equipamentos e espaço físico.

Podemos encontrar, na legislação brasileira, exemplos semelhantes à esse instituto. A Lei 8.884/94, conhecida como lei antitruste possui um dispositivo possibilitando que o Judiciário intervenha em uma empresa e assuma a sua gerência, mediante a nomeação de um interventor.

Outro exemplo é a antiga lei de falência (Decreto-lei 7.661/45) que previa a figura do síndico como *longa manus* do Magistrado e responsável pela gerência da massa falida.

Defende-se que deve ser formulado o pedido na ação civil pública requerendo a nomeação de comissão de profissionais pertencentes ao quadro público para integrarem o corpo funcional de órgão judicialmente criado.

Podemos utilizar, também, medidas jurídico-políticas como forma de coerção indireta. Estão nesse rol sanções como crime de responsabilidade, determinação de inelegibilidade do político, atos de improbidade administrativa, bem como a intervenção ferederal.

As omissões da Administração Pública quanto aos direitos prestacionais e o descumprimento de ordem judicial podem configurar crime de responsabilidade.

Vislumbra a Constituição da República, no art. 85, III e VII duas espécies de crimes que podem ser cometidos pelo Presidente da República. Esses crimes de responsabilidade possuem cunho político, em razão da administração pública, praticados por detentores de altos cargos públicos.

De acordo com os princípios do Estado Democrático de Direito, o governo deve possuir, acima de si, mecanismos que possam controlar os seus atos, evitando, deste modo, qualquer extrapolação das funções que lhe são inerentes. A Constituição da República se preocupou em manter estas responsabilidades que devem ser observadas pelos governantes, mas principalmente pelo Presidente da República, tendo em vista a

importância do cargo que ocupa. Nossa Carta Magna veda qualquer espécie de exercício de poder arbitrário por parte do governo, corroborando com o princípio democrático de direito de que o governo é do povo e para o povo.

Neste diapasão, CANOTILHO (1998), obtempera que a responsabilidade política "exprime a situação do controlado face ao controlante. Esta situação implica que o titular do órgão controlado goza de uma relação de confiança do controlante e que perante este responde pelos resultados e pelas orientações políticas da sua actividade".

A Constituição, no art. 85, descreve um rol exemplificativo de crimes de responsabilidade política, dentre eles, os que atentem contra o livre exercício dos direitos políticos, individuais e sociais, bem como o descumprimento de leis e decisões judiciais.

A Lei 1.079/50 trata e estabelece especificamente os crimes de responsabilidade, descritos no art. 85 e seus incisos da Constituição, estendendo sua aplicação também para os Governadores dos Estados. (Art. 74 e seguintes da lei 1.079/50)

O Decreto-lei 201/67 tipifica os crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, dentre eles o de negar a execução da lei federal, estadual e municipal, ou deixar de cumprir ordem judicial.

Além do crime de responsabilidade, o descumprimento dos direitos prestacionais também pode resultar a inelegibilidade de qualquer cargo. A Lei Complementar 64/90, art. 1º, I, "c" determina a inelegibilidade para qualquer cargo dos Governadores, Prefeitos e seus Vices que tiverem perdido os respectivos mandatos por infringência a dispositivo da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município.

Outra medida jurídico-política é a condenação pela prática de improbidade administrativa por violação ao princípio da legalidade e eficiência administrativa, conforme disposto no art. 11 da Lei 8.429/92. O que esvaziou a importância dessa lei é a discussão sobre a possibilidade de os agentes políticos poderem cometer atos de improbidade.

Tramitou no Supremo Tribunal Federal, Reclamação nº 2.138, de relatoria do Ministro Nelson Jobim, proposta em favor do ex-ministro Ronaldo Mota Sardemberg, que questionou a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos. O Egrégio Tribunal por maioria (6 votos contra 5), julgou a referida Reclamação

precedente, sob fundamento de que os agentes políticos respondem por crimes de responsabilidade e não por improbidade administrativa.

Como a referida Reclamação produz efeitos inter- partes, há fundadas expectativas de mudança de posicionamento da Suprema Corte, considerando-se que houve uma significativa modificação na sua composição. Assim, cinco dos onze Ministros da atual formação do Supremo Tribunal Federal não manifestaram seus posicionamentos naquela representação, quais sejam Carlos Alberto Direito, Eros Roberto Grau, Ricardo Lewandowski, Carmem Lúcia Antunes Rocha, Carlos Ayres Brito. Ademais, no mesmo dia do julgamento da referida reclamação - 13 de junho de 2007 _ ao apreciar uma questão de ordem apresentada em petição pelo deputado federal Paulo Maluf, os três últimos ministros citados externaram suas posições de que agentes políticos podem, sim, ser julgados por improbidade administrativa, inclusive sem foro especial.

Temos ainda A intervenção Federal como medida jurídica-política que pode ser utilizada tanto para o descumprimento de ordem judicial (art. 36, II da CR), quanto para as hipóteses de violação aos direitos da pessoa humana (art. 34, VII, “b” da CR).

Um exemplo atual é o Estado do Rio Grande do Sul. Mergulhado em uma crise penitenciária que já fez muitos juízes deixarem de cumprir a lei por falta de vagas nos presídios, o Ministério Público Estadual pediu ajuda ao Ministério Público Federal para conseguir uma intervenção federal no estado. Um ofício enviado em 15 (quinze) de junho desse ano pelo Procurador de Justiça gaúcho Lenio Luiz Streck pede à Procuradoria-Geral da República que vá ao Supremo Tribunal Federal. O objetivo é que a corte suprema decrete a intervenção federal e tire temporariamente do governo estadual o controle sobre a política prisional. . A medida poderá permitir a construção de presídios com recursos da União sem a consulta ao governo do estado.

Os argumentos para a intervenção são que os direitos humanos dos presidiários estão sendo violados, assim como os direitos fundamentais à segurança dos gaúchos. O Supremo já aceitou a hipótese de intervenção nesses casos. Em 1991, a Corte admitiu a intervenção federal em Mato Grosso, em situação similar. A intervenção acabou não sendo efetivada, depois que o governo estadual mostrou que tomaria medidas para corrigir a superlotação.

Situação semelhante ocorreu no Estado de Minas Gerais. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), órgão ligado ao Ministério da Justiça, entregou ao procurador-geral da República, Antônio Fernando de Souza, pedido de

intervenção federal no Espírito Santo em função de denúncias de precariedade das unidades prisionais e da prática de tortura e esquiteamentos nos presídios do estado. Em uma das penitenciárias, o conselho identificou pessoas presas em containers, cercados de lixo e esgoto a céu aberto e grande quantidade de insetos.

“Em termos práticos, cumpre reconhecer que o caráter político – ainda que não exclusivo – destas sanções as torna pouco proveitosas para a imposição dos direitos prestacionais”. GOUVÊA (2003)

Questão tormentosa diz respeito à tutela antecipada na ação civil pública. O parágrafo 2º do artigo 12 da Lei 7.347/85 e o art. 213, §3º do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecem que somente após o trânsito em julgado eventual multa condenatória poderá ser executada. Trata-se de questão controvertida.

Com o objetivo de dar efetividade à esses dispositivos, sustenta-se que lei superveniente que generaliza um tratamento jurídico ainda mais avançado deve aplicar-se a estas situações. Portanto, havendo silenciado na lei mais recente, há de se entender que o legislador preferiu não considerar a cobrança da multa ao fim do processo.

Por fim, deve-se verificar se é possível a concessão de provimento antecipatório contra a Fazenda Pública. A Lei nº 8.437/92 vedou, em seu art. 1º a concessão de medida liminar.

Humberto Theodoro Júnior sustenta que, dada a diferença existente entre tutela antecipada e a medida cautelar, deve-se entender pela sua possibilidade, desde que observados os requisitos do artigo 273, do CPC. Nelson Nery ressalva que não pode haver violação à redação do artigo 100, da Constituição Federal.

WAMBIER (1997), sustenta que a decisão que concede a tutela antecipada não é sentença, não estando sujeita, portanto, ao que determina o artigo 475, do Código de Processo Civil.

GOUVÊA (2003) defende que os dispositivos limitadores da concessão de tutela de urgência devem ser interpretados à luz da Constituição da República. O magistrado deve dar preferência ao comando constitucional, concedendo a tutela necessária, tendo em vista o art. 5, XXXV da CR.

O Instituto da Tutela Antecipada foi criado pelo legislador com o objetivo primordial de zelar pela efetividade dos bens em litígio.

A tutela antecipatória é um provimento de caráter satisfativo ao titular do direito material em face de um litígio concreto. Esse instituto veio preencher uma lacuna que existia no ordenamento jurídico brasileiro em que a demora da prestação

jurisdicional trazia ao litigante conseqüências desfavoráveis, quando de uma sentença definitiva. Dessa forma, em observância ao princípio do não retrocesso e a máxima efetividade do processo, deve-se admitir a concessão da antecipatória.

6- CONCLUSÃO

Dessa forma, verifica-se que os direitos fundamentais sociais precisam ter uma maior eficácia, proporcionando ao cidadão o mínimo para a sua existência. Os direitos fundamentais constituem elemento nuclear da Constituição material, fazendo surgir um Estado ideal, cuja concretização passou a ser tarefa permanente.

Isso exige esforço de cada ente estatal e de cada poder para tornar a Constituição eficaz. Tarefa árdua que mudou os paradigmas jurídicos tradicionais na aplicação das normas, através de uma interpretação material – valorativa.

A antiga resistência do Poder Judiciário em assumir seu papel no processo de judicialização da política está perdendo força, quando são postos na balança os antigos óbices políticos e a garantia do mínimo existencial, bem como a dignidade da vida de um cidadão.

Na clássica concepção romana, o escopo do processo, como instrumento de realização da justiça, é dar a cada um aquilo que é seu. Portanto, a preocupação desse estudo foi analisar as diversas formas de fazer do processo uma forma de tutela jurisdicional dos direitos.

È corolário constitucional a necessidade de tutelas jurisdicionais diferenciadas, entendendo-se que o devido processo legal compreende o processo legal adequado, útil e eficaz.

A concretização do provimento jurisdicional pode se dar com a implementação do instituto estrangeiro *judicial injunction* adaptado à realidade brasileira. A utilização dos Fundos estatais para atender a urgência do momento também é uma forma de dar efetividade ao provimento judicial.

Além desses mecanismos podemos adotar a prisão processual com base no sistema norte-americano *contempt of court*, adotando a tese da possibilidade de sua aplicação quando estiverem em jogo posições jurídicas de caráter fundamental.

Ressalte-se, porém, que a implementação desses mecanismos só será possível a mudança do texto da norma.

O presente estudo espera ter contribuído para a compreensão de que é possível dar efetividade aos direitos fundamentais e à prestação jurisdicional, demonstrando para a sociedade o conteúdo material da nossa Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. “*Interpretação dos Direitos Fundamentais e o conflito entre poderes*”, in: TORRES, Ricardo Lobo (org), *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.95-116.

BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, vol. II, São Paulo: Saraiva & Cia, 1933.

BARROSO, Luiz Roberto. *O direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio da Janeiro: Renovar, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRANCO, Paulo; G. Gonet; COELHO, Inocencio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira, *Hermenêutica Constitucional Direitos Fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 2002

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio da Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3. ed, Coimbra – Portugal: Almedina, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CRISTO, Alessandro. *MP defende intervenção federal no Rio Grande do Sul*. São Paulo. Consultor Jurídico: 2009. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-jun-15/mp-defende-intervencao-federal-rs-falta-vagas-presidios>> Acesso em 22 jun. 2009.

FARIA, José Eduardo (org). *Direitos Humanos, Direitos sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *A aplicação imediata das normas definidoras de Direitos e Garantias Fundamentais*, in Revista da Procuradoria – Geral do Estado de São Paulo nº 29 (1998).

FUX, Luiz. *O Novo Processo de Execução*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMEZ, . *Surpresas de uma crítica: a propósito de juristas repensando as relações entre Direito e o Estado*, Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial da Omissões Administrativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre facticidade e Validade* (trad. Flávio Beno Siebeneichler), Vol. 1, Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LIMA, Luciana. *Conselho Penitenciário pede intervenção federal no Espírito Santo*. Brasil. Agência Brasil: 2009. Disponível em: <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2009/05/15/materia.20090515.3240150290/vw>> Acesso em: 22 jun. 2009

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas”, in: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação civil pública*. Lei 7347/85 – 15 anos, São Paulo: Revista dos tribunais, 2001.

MARINONE, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MORES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Procedimentos e tutela antecipatória "in" Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PAULO JUNIOR, José Marinho. *O Poder Jurisdicional de Administrar Criação Judicial de Órgão Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional: Um Contributo para o Estudo das suas Origens e Evolução*. Portugal: Coimbra, 1989.

PIOVESAN, Flávia. *Constituição e Transformação Social: A Eficácia das Normas Constitucionais Programáticas e a Concretização dos Direitos e Garantias Fundamentais*, in Revista da Procuradoria – Geral do Estado de São Paulo nº 37, 1992.

SALLES, Carlos Alberto de. *Execução Judicial em matéria ambiental*. São Paulo, RT, 1999.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7. ed. São Paulo, RT 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

THEODORO JÚNIOR., Humberto. *Tutela antecipada "in" Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Antecipação da tutela e desapropriação indireta "in" Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997