

CRISE DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA

CRISIS OF THE EFFECTIVENESS OF COLLECTIVE JURISDICTIONAL PROTECTION

SAMUEL ALVARENGA GONÇALVES

Promotor de Justiça

Ministério Público do Estado de Rondônia, Brasil

samuelalvarengagoncalves@gmail.com

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade apresentar breves reflexões sobre a crise na implantação material dos direitos coletivos *lato sensu* no século XXI pela via do processo coletivo, dadas algumas deficiências dos seus instrumentos de efetivação. Propõe-se a questionar se o Direito – e a noção de justiça que costumeiramente vem atrelada a este conceito – é capaz de atender ao pacto constitucional da Carta Cidadã de 1988. O Poder Público é um dos maiores demandados em sede de ações coletivas propostas pelo Ministério Público. Assim, o texto abordará especialmente as dificuldades no cumprimento de sentença em face do Estado no tocante às suas obrigações de fazer judicialmente determinadas.

PALAVRAS CHAVES: Processo; coletivo; crise; instrumentos; efetivação.

ABSTRACT: The purpose of this article is to present brief reflections on the crisis in the substantial implementation of collective rights *lato sensu* in the XXI century through the collective process, due to some deficiencies of its instruments of effectiveness. It proposes to question whether the Law - and the notion of justice that is usually linked to this concept - is capable of meeting the constitutional pact of the Citizen Charter of 1988. The Government is one of the largest defendants in collective actions proposed by the Public Prosecution Service. Thus, the text will address, in particular, the difficulties in complying with the judgment against the State in relation to its obligations to make certain judicial decisions.

KEY WORDS: Process; collective; crisis; instruments; effectiveness.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Hiperjudicialização das demandas coletivas em razão da omissão sistêmica ou da ineficiência administrativa do Poder Executivo. 3. Insuficiência das medidas de coerção em sede de execução de obrigações de fazer em face do Poder Público negligente ou omissor. 3.1 Aplicação de multas. 3.2 Interferência no orçamento, bloqueio de verbas e atos administrativos em sentido estrito. 3.3 Responsabilização pessoal do agente público. 3.4 Resolução em perdas e danos. 4. Conclusão: em busca de novos rumos para a realização do direito material coletivo. 5. Referências.

1. Introdução

A tutela (material e processual) dos direitos coletivos *lato sensu* ainda encontra fortes obstáculos em nosso país, não obstante sua importância e notória imprescindibilidade no contexto da proteção aos direitos massificados.

Elton Venturi destaca a inadequação do tratamento jurídico quanto ao tema da responsabilidade civil por danos difusos e coletivos:

E neste aspecto, a insuficiência do ordenamento jurídico positivo no campo da reparação aos danos difusos e coletivos, sem dúvida, constituiu e ainda constitui óbice aos reclames da vida social. Os sistemas de responsabilidade civil, tanto contratual como aquiliana, baseados na culpa, revelam-se à evidência inadequados para um sistema geral de reparação àquelas espécies de danos, derivados da produção em série, da distribuição e consumo em massa. (VENTURI, 1995, p. 79-98).

Nesse cenário, a preocupação com a efetividade da tutela coletiva e dos instrumentos à sua realização vem merecendo a atenção da doutrina em nosso país.

Desde os primeiros movimentos para a sedimentação de uma teoria geral aplicável ao processo coletivo, sempre se primou em reservar, à tutela jurisdicional coletiva, ferramentas e fundamentos que a diferenciasssem das demais formas de tutela jurisdicional de natureza meramente individual.

Para Teori Albino Zavascki,

não há como deixar de reconhecer, em nosso sistema processual, a existência de um subsistema específico, rico e so-

fisticado, aparelhado para atender aos conflitos coletivos, característicos da sociedade moderna. Conforme observou Barbosa Moreira, “o Brasil pode orgulhar-se de ter uma das mais completas e avançadas legislações em matéria de proteção de interesses supraindividuais”, de modo que, se ainda é insatisfatória a tutela de tais interesses, certamente “não é a carência de meios processuais que responde” por isso. (ZAVASCKI, 2017, p. 37).

Contudo, em que pesem os reconhecidos avanços nessa seara, a estrutura normativa da tutela coletiva em nosso país ainda possui algumas falhas e apresenta certos obstáculos a serem superados.

Sérgio Shimura (2006, p. 20) nos ensina que os dispositivos relativos à execução coletiva necessitam de melhor sistematização e organização em virtude dos inúmeros diplomas legais existentes, nem sempre passíveis de adaptação ao fenômeno da tutela coletiva.

Por isso, conquanto tenha havido inquestionável avanço no trabalho de sistematização do processo de certificação dos direitos coletivos *lato sensu*, a sua execução/efetivação no plano processual ainda apresenta pontos de fragilidade e a simples condenação não assegura o acesso à justiça, de forma concreta e a contento.

2. Hiperjudicialização das demandas coletivas em razão da omissão sistêmica ou da ineficiência administrativa do Poder Executivo

O uso das ações coletivas é conhecido desde as mais remotas épocas, especialmente durante o período medieval envolvendo disputas entre aldeões e seus *lords*, fiéis e seus clérigos, tendo por objeto a discussão sobre a condição de

servos, problemas relativos ao uso dos feudos e o pagamento de impostos às autoridades locais (LEAL, 1988, p. 21-22)¹.

Entretanto, notadamente na sociedade massificada pós-revolução industrial e pós II Guerra Mundial que verificamos uma intensificação da necessidade no uso de mecanismos aptos ao ataque dos problemas complexos que dali surgiram.

Sérgio Shimura (2006, p. 33) anota que é justamente nesse período que as relações jurídicas contemporâneas “[...] ultrapassaram esfera puramente material para afetar grupos de pessoas, determináveis ou não, exigindo a transformação do direito material ou processual, e principalmente, a mudança de mentalidade, de postura e de cultura”.

Na mesma linha, no que concerne à realidade brasileira, José Rogério Cruz e Tucci (2015, p. 277) sustenta que especialmente após a Constituição de 1988 instaurou-se um verdadeiro espírito de cidadania no brasileiro, desejoso da concretização do ideário constituinte.

Diante desse importante fenômeno, houve, como era notório, um vertiginoso crescimento de demandas perante o Poder Judiciário. Os números alarmantes são de conhecimento geral. E isso tudo agravado pela circunstância de que a constitucionalização de um conjunto tão ousado de garantias, mas sem um plano estratégico e consistente de concretização das políticas públicas e sociais correlatas, tem propiciado uma maciça judicialização dos conflitos.

1 Porém, segundo aponta Mafra Leal (1988, p. 22): “A maioria da doutrina, entretanto, prefere localizar os antecedentes da moderna ação coletiva no século XVII como uma variante do *bill of peace*. O *bill* era uma autorização para processamento coletivo de uma ação individual e era concedida quando o autor requeria que o provimento englobasse os direitos de todos que estivessem envolvidos no litígio, tratando a questão de maneira uniforme, evitando a multiplicação de processos”.

Atento a este significativo problema, de todo indesejado, o legislador pátrio tem procurado introduzir em nosso sistema processual, ao longo do tempo, inúmeras técnicas tendentes a acelerar a marcha do processo, pagando um altíssimo preço à custa dos jurisdicionados (CRUZ E TUCCI, 2015, p. 277).

Há aproximadamente 25 anos, Arruda Alvim já escrevia sobre a quantidade e a oferta de instrumentos processuais existentes no Direito brasileiro, ao lado de um extenso rol de direitos previstos no texto da Constituição. Todavia, igualmente advertia Alvim: “[...] não é animadora a situação estrutural do Poder Judiciário, como também, precária é a situação de conscientização de grandes camadas da população”. (ALVIM, 1991, p. 7-23).

Se, por um lado, houve a inegável confirmação de novos direitos no plano material, por outro lado, há quem sustente que a burocracia na tramitação do processo ainda mostrava-se responsável por uma demora irrazoável na concretização desses direitos.

Para Montenegro Filho (2005, p. 173), a *arte de litigar*, própria do povo latino, acaba por permitir que sejam levados, ao Judiciário, tantos casos sem qualquer relevância, assim como matérias de alta indagação com reconhecida repercussão jurídica.

Bem por isso, com a priorização no uso das ações coletivas, imaginou-se que haveria uma nova racionalidade na gestão processual, assegurando maior efetividade na salvaguarda de direitos proporcionada com a tutela jurisdicional coletiva.

Não obstante os esforços em possibilitar uma nova e coerente gestão processual, aliada à criação de mecanismos de

bloqueio na perpetuação indefinida das lides, denota-se que ainda hoje o excesso de judicialização é um dos principais entraves para a tutela de direitos no País, com reflexos negativos no que concerne às demandas massificadas, mais complexas e, portanto, de mais difícil trato e resolução final.

O Poder Executivo, sem dúvida o maior litigante brasileiro, ao descumprir reiteradamente os preceitos que a própria Constituição Federal lhe obriga seguir, acaba por canalizar, ao Judiciário, dezenas de milhares de ações que simplesmente poderiam ser evitadas, caso fossem efetivadas, a tempo e forma, as políticas públicas em benefício do cidadão, em especial daqueles considerados hipervulneráveis, na tão bem cunhada expressão usada pelo Ministro Herman Benjamin, junto ao Tribunal da Cidadania².

2. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA FÍSICA, MENTAL OU SENSORIAL. SUJEITOS HIPERVULNERÁVEIS. fornecimento de prótese auditiva. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA ad causam. LEI 7.347/85 E LEI 7.853/89.

1. Quanto mais democrática uma sociedade, maior e mais livre deve ser o grau de acesso aos tribunais que se espera seja garantido pela Constituição e pela lei à pessoa, individual ou coletivamente.

2. Na Ação Civil Pública, em caso de dúvida sobre a legitimação para agir de sujeito intermediário, Ministério Público, Defensoria Pública e associações, p. ex., sobretudo se estiver em jogo a dignidade da pessoa humana, o juiz deve optar por reconhecê-la e, assim, abrir as portas para a solução judicial de litígios que, a ser diferente, jamais veriam seu dia na Corte.

3. A categoria ético-política, e também jurídica, dos sujeitos vulneráveis inclui um subgrupo de sujeitos hipervulneráveis, entre os quais se destacam, por razões óbvias, as pessoas com deficiência física, sensorial ou mental.

4. É dever de todos salvaguardar, da forma mais completa e eficaz possível, os interesses e direitos das pessoas com deficiência, não sendo à toa que o legislador refere-se a uma “obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade” (Lei 7.853/89, art. 1º, § 2º, grifo acrescentado).

5. Na exegese da Lei 7.853/89, o juiz precisa ficar atento ao comando do legislador quanto à finalidade maior da lei-quadro, ou seja, assegurar “o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiência, e sua efetiva integração social” (art. 1º, caput, grifo acrescentado).

6. No campo da proteção das pessoas com deficiência, ao Judiciário imputam-se duas ordens de responsabilidade: uma administrativa, outra judicial. A primeira, na estruturação de seus cargos e serviços, consiste na exigência de colaborar, diretamente, com o esforço nacional de inclusão social desses sujeitos. A segunda, na esfera hermenêutica, traduz-se no mandamento de atribuir à norma que requer interpretação ou integração o sentido que melhor e mais largamente ampare os direitos e interesses das pessoas com deficiência.

7. A própria Lei 7.853/89 se encarrega de dispor que, na sua “aplicação e interpretação”, devem ser considerados “os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito e dignidade da pessoa humana, do bem-estar, e outros indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais de direito” (art. 1º, § 1º).

8. Por força da norma de extensão (“outros interesses difusos e coletivos”, consoante o art. 129, III, da Constituição de 1988; “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”, nos termos do art. 110 do Código de Defesa do Consumidor; e “outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos”, na fórmula do art. 25, IV, alínea “a”, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), cabe ao Judiciário, para fins de legitimação ad causam na Ação Civil Pública, incorporar ao rol legal em numerus apertus, importa lembrar, novos direitos e interesses, em processo de atualização permanente da legislação.

9. A tutela dos interesses e direitos dos hipervulneráveis é de inafastável e evidente conteúdo social, mesmo quando a Ação Civil Pública, no seu resultado imediato, aparenta amparar uma única pessoa apenas. É que, nesses casos, a ação é pública, não por referência à quantidade dos sujeitos afetados ou beneficiados, em linha direta, pela providência judicial (= critério quantitativo dos beneficiários imediatos), mas em decorrência da própria natureza da relação jurídica-base de inclusão social imperativa. Tal perspectiva que se apoia no pacto jurídico-político da sociedade, apreendido em sua globalidade e nos bens e valores ético-políticos que o abrigam e o legitimam realça a necessidade e a indeclinabilidade de proteção jurídica especial a toda uma categoria de indivíduos (= critério qualitativo dos beneficiários diretos), acomodando um feixe de obrigações vocalizadas como jus cogens.

10. Ao se proteger o hipervulnerável, a rigor quem verdadeiramente acaba beneficiada é a própria sociedade, porquanto espera o respeito ao pacto coletivo de inclusão social imperativa, que lhe é caro, não por sua faceta patrimonial, mas precisamente por abraçar a dimensão intangível e humanista dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Assegurar a inclusão judicial (isto é, reconhecer a legitimação para agir) dessas pessoas hipervulneráveis, inclusive dos sujeitos intermediários a quem incumbe representá-las, corresponde a não deixar nenhuma ao relento da Justiça por falta de porta-voz de seus direitos ofendidos.

11. Maior razão ainda para garantir a legitimação do Parquet se o que está sob ameaça é a saúde do indivíduo com deficiência, pois aí se interpenetram a ordem de superação da solidão judicial do hipervulnerável com a garantia da ordem pública de bens e valores fundamentais in casu não só a existência digna, mas a própria vida e a integridade físico-psíquica em si mesmas, como fenômeno natural.

12. A possibilidade, retórica ou real, de gestão individualizada desses direitos (até o extremo dramático de o sujeito, in concreto, nada reclamar) não os transforma de indisponíveis (porque juridicamente irrenunciáveis in abstracto) em disponíveis e de indivisíveis em divisíveis, com nome e sobrenome. Será um equívoco pretender lê-los a partir da cartilha da autonomia privada ou do ius dispositivum, pois a ninguém é dado abrir mão da sua dignidade como ser humano, o que equivaleria, por presunção absoluta, a maltratar a dignidade de todos, indistintamente.

13. O Ministério Público possui legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada. Precedentes do STJ.

14. Deve-se, concluir, por conseguinte, pela legitimidade do Ministério Público para ajuizar, na hipótese dos autos, Ação Civil Pública com o intuito de garantir fornecimento de prótese auditiva a portador de deficiência.

15. Recurso Especial não provido.

(REsp 931.513/RS, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias - Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região, Rel.: p/ Acórdão Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 25/11/2009, Dje 27/09/2010).

Essa judicialização crescente – que em última análise importa na transferência, para o Judiciário, do dever de decidir sobre temas tradicionalmente afetos ao Executivo ou Legislativo – tem sido levada a efeito não por escolha ou opção dos Tribunais.

A omissão sistêmica das instâncias essencialmente políticas na efetivação dos comandos constitucionais acaba por conduzir o cidadão às portas do Judiciário, em busca da concretização de direitos ou acerto dos mais diversos temas.

E essa inação ou síndrome de omissão do Poder Executivo acaba por gerar, segundo palavras de Mafra Leal, uma indevida e otimista “fuga ao Judiciário” para a concretização dos direitos difusos, especialmente daqueles capitulados nas políticas públicas constitucionalmente previstas:

Se o Executivo é fraco e com graves lacunas no cumprimento de direitos e não dispõe de força suficiente para atender aos comandos normativos que encerram políticas públicas, as esperanças de complementar essa tarefa se volta para o Judiciário. Ao invés de fortalecer o Executivo, desvia-se para uma espécie de ‘fuga para a ação coletiva’ para compensar essa debilidade.

Acreditar que o Judiciário está em condições de atender a essa expectativa de compensar e implementar políticas públicas parece ser uma posição demasiado otimista, até porque se deveria ter uma reflexão profunda sobre as suas funções precípua. Há uma confiança exagerada no modelo brasileiro de que a responsabilidade civil ou obrigações de fazer com preceitos cominatórios, via ação coletiva, para forçar a implementação de políticas públicas, possa substituir a ação administrativa. (LEAL, 2014, p. 181).

Em certa medida, a advertência acima de Mafra Leal possui pertinência. Cada vez mais, ações coletivas vêm sendo ajuí-

zadas no Judiciário contra a omissão do Poder Executivo; contudo, atacam o problema da omissão de implementação de políticas públicas apenas de maneira fragmentada, e não de forma sistêmica.

E outra: decisões judiciais sobre matérias tecnicamente complexas, que não conseguem se concretizar por ausência de mecanismos processuais hábeis, acabam por minar a confiança no sistema de tutela jurisdicional coletiva.

Como efeito colateral, no campo político-jurídico, existe o perigo de envolver e sobrecarregar o Judiciário com decisões complexas, porque a concretização de interesses difusos, na maior parte das vezes, implica a transferência ao Judiciário da tarefa residual de realizar programas do Estado Social. Por isso, as decisões do Judiciário sem efeito prático podem minar a confiabilidade de que as ações coletivas possam resolver tais conflitos. (LEAL, 2014, p. 193).

Talvez por isso, a doutrina especializada tem advertido quanto aos “casos em que a ação civil pública gera uma decisão favorável ao seu autor que, contudo, não consegue executá-la, numa verdadeira ‘vitória de Pirro’, ou seja, ele ganha, mas não leva.” (DIAS, 2006, p. 81-82).

3. Insuficiência das medidas de coerção em sede de execução de obrigações de fazer em face do Poder Público negligente ou omissor

Um dos grandes obstáculos na efetivação de direitos constitucionais, notadamente daqueles ligados a um *facere* estatal, diz respeito justamente aos entraves que a ordem jurídica vigente ainda oferece na concreção desses interesses massificados, quando utilizada a via jurisdicional como instrumento de pacificação e transformação positiva da realidade social.

Por exemplo, basta imaginarmos uma condenação para que o Poder Público construa uma creche em determinada cidade, em sentença já transitada em julgado.

Iniciada a fase de cumprimento de sentença, o gestor responsável pela execução da sentença invoca toda a sorte de impedimentos, sendo a justificativa mais comum e rotineira a indisponibilidade orçamentária para a alocação dos recursos financeiros necessários. E, justamente a partir daí, o ordenamento jurídico, segundo nos parece, ainda não fornece mecanismos hábeis a permitir o atendimento da providência fixada no título.

A doutrina e jurisprudência têm apontado as seguintes medidas processuais de coerção em face da desídia do Poder Público na efetivação do comando judicial:

- a) imposição de *astreintes* em face do ente estatal ou do próprio gestor público responsável.
- b) ordem para destinação de rubrica no orçamento do exercício financeiro do ano seguinte, com bloqueio de valores do Erário respectivo.
- c) admoestação quanto às implicações criminais (crime de desobediência), cíveis (ato de improbidade administrativa) e políticas (crime de responsabilidade) quanto ao descumprimento da ordem.

Contudo, tais medidas tradicionalmente aplicadas, na prática, podem não se mostrar adequadas quando a obrigação de fazer dependa de uma ação efetiva e material por parte do destinatário da ordem.

No caso de uma obra pública, por exemplo, várias etapas de um meticuloso desdobramento de atos administrativos serão necessárias até a conclusão daquilo cujo acerto judicial já foi obtido: destinação de verbas, desenvolvimento de projetos, formação de comissões, realização de licitação, escolha

do vencedor do certame, recebimento da obra, empenhos, aprovação de memorandos, análises pela controladoria-geral do respectivo ente público *etc.*, enfim, todas essas ações praticamente não são obtidas pela simples imposição das atuais formas de penalidade ou pelas técnicas de coerção que o ordenamento jurídico prevê ao gestor desidioso.

Não bastasse, há ainda situações de decisões judiciais que proporcionam pontos de tensão e de conflitos entre valores constitucionalmente assegurados, como por exemplo, ações coletivas envolvendo a proteção ao meio ambiente e o direito à moradia de populações vulneráveis que invadem áreas ambientalmente protegidas, lembram Vladimir Passos de Freitas e Mariana Almeida Passos de Freitas.³

Nesses casos, os citados autores apontam que a execução desse tipo de sentença é a fase que tem causado mais controvérsias, sendo importante ao juiz a busca pela conciliação mesmo que o processo esteja em fase de execução. E mais: eventualmente, [...] poderá até dar solução diversa da que foi determinada especificamente na sentença, ou seja, que tome medida que vise à efetiva cessação do dano ambiental ou respeito ao direito de moradia.” (FREITAS; FREITAS, 2015, p. 860).

Assim, de forma patente, as medidas de responsabilização ao gestor ou à pessoa jurídica têm se mostrado frágeis ou insuficientes para alcançar o bem da vida buscado no bojo do processo coletivo.

3 “No Brasil é bastante comum a ocorrência de grandes levas populacionais migratórias e consequente des controle de uma situação urbana, com aumento da pobreza e prática de invasão de áreas de proteção ambiental, em razão da ausência de moradia. As grandes migrações internas podem ser fruto da mecanização da agricultura, das condições climáticas, em especial a seca, e da construção de grandes empreendimentos que acabam atraindo trabalhadores que, com suas famílias, ocupam áreas menos valorizadas e próximas do local de trabalho. Mas tudo isso acaba sendo feito sem um estudo adequado, sem a devida ordenação do território através de um Plano Diretor, tal qual prevê a Constituição Federal em seu art. 182, § 1.o, ou seja, mediante “um instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana” (FREITAS; FREITAS, 2015, p. 853).

3.1 Aplicação de multas

No caso das multas, a sua aplicação em face da pessoa jurídica de direito público em nada traz efetividade à realização do direito material violado. Isso porque o gestor, em regra, não se sente pressionado a cumprir a obrigação, justamente porque a invasão patrimonial será feita em desfavor do Erário, em nada atingindo seus recursos particulares.

Essa medida revela ainda múltipla inutilidade: *primeiro*, porque redundante em novo prejuízo à sociedade, a qual já teve determinado direito coletivo violado em razão da não concretização pelo Poder Público e, ainda, será quem efetivamente pagará a multa aplicada contra o Erário; *segundo*, além de haver regras constitucionais rígidas quanto ao recebimento desse valor, a cobrança apenas poderá ser feita após o trânsito em julgado da decisão⁴, o que se mostra desprovido de qualquer poder de intimidação ao gestor omissor ou negligente; *por fim*, não podemos deixar de mencionar que existe previsão legal para que multas aplicadas em sede de ações civis públicas sejam canalizadas a fundos próprios, e não para, em regra, serem usadas diretamente na execução ou na concretização da medida buscada⁵.

4 “[...] - Inexiste óbice à imposição de multa diária em desfavor do poder público, na medida em que constitui meio coercitivo legítimo a promover o cumprimento da determinação judicial, devendo ser fixada em valor razoável considerando as peculiaridades do caso concreto. - O valor das 'astreintes' somente poderá ser objeto de execução após o trânsito em julgado da decisão definitiva, confirmando a tutela antecipada anteriormente concedida”. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento-Cv 1.0344.12.002852-9/001. Relator Desembargador Moacyr Lobato. Quinta Câmara Cível. Julgamento em 07/07/2016. Publicação em 19/07/2016).

5 “[...] “A multa cominatória, em caso de descumprimento da obrigação de não fazer, deverá ser destinada ao Fundo indicado pelo Ministério Público, nos termos do art. 13 da Lei n. 7.347/85, uma vez que não é possível determinar a quantidade de consumidores lesados pela cobrança indevida da tarifa sob a emissão de boleto bancário”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 794.752/MA. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgamento em 16/03/2010. DJe 12/04/2010)

3.2 Interferência no orçamento, bloqueio de verbas e atos administrativos em sentido estrito

Na doutrina, Inês Virgínia Prado Soares (2006, p. 504), sustenta a possibilidade de que, em sede de ação civil pública, “[...] ordem judicial determine a inclusão de verba no orçamento do próximo exercício financeiro”, como forma de assegurar a “[...] efetivação de políticas sociais estabelecidas em planos de governo e que integram as políticas públicas do Estado”.

Todavia, mesmo a reserva do orçamento pode não ser suficiente para que ocorra a implementação efetiva determinada no comando judicial. É o que nos traz Inês Soares:

A alocação de recursos, em determinado projeto, não garante o gasto efetivo. Dessa forma, administrador tem, em tese, liberdade para ponderar os interesses envolvidos e decidir concretamente a aplicação dos recursos financeiros. Ou ainda, pode o administrador manter-se inerte, sem decidir acerca dos recursos alocados para uma determinada área, possibilitando a exaustão orçamentária ou a relocação das verbas, desde que autorizadas legalmente. Por isso, a esfera decisória de aplicação da dotação orçamentária deve ser fiscalizada pela sociedade e controlada pelo Judiciário, via ação civil pública, em que pese todas as dificuldades e especificidades técnicas (SOARES, 2006, p. 506).

Como escreveu João Batista Lopes, a mera previsão orçamentária é inócua se a ela não for dada a plena efetividade. Por isso, adverte autor, inviável conceber “[...] que outros interesses menos nobres, subalternos, politiquieiros e paroquiais sejam contemplados em detrimento de toda a coletividade, beneficiária das verbas reservadas para a implementação”. (LOPES, 2015, p. 385).

Logo, é fator de grave crise na efetividade da tutela jurisdicional coletiva o fato de não haver um controle mais efetivo

da rigidez e da viabilidade do orçamento ao longo do exercício financeiro. Ora, o simples ajuizamento de ações coletivas para a materialização de direitos não prescinde da existência de um orçamento público organizado e concreto.

De nada adianta os autores coletivos exigirem a implantação dos vários direitos sociais positivados no texto constitucional se não houver um rígido acompanhamento da execução do orçamento que está sob a responsabilidade do gestor. Ou seja, de pouco vale a existência de determinada política pública se não houver recursos efetivamente disponíveis a tal desiderato.

Se, tradicionalmente, essa sempre foi uma incumbência dos Tribunais de Contas, em tempos hodiernos deverá o Ministério Público brasileiro se especializar ainda mais nesse campo de sua atribuição, inclusive para poder oferecer caminhos plausíveis e possíveis dentro dos processos coletivos em fase de cumprimento/efetivação de sentenças/decisões.

Paula Fernanda Vasconcelos Navarro Murda (2012, p. 96), em trabalho dedicado ao assunto, nos lembra de que o orçamento público é “[...]a peça fundamental na elaboração de qualquer despesa pública. É no orçamento que estará a previsão das despesas, bem como os detalhes de cada programa governamental”.

Por isso, dominar o orçamento, compreendê-lo e, acima de tudo, atuar de forma preventiva a evitar o seu esfacelamento e/ou o seu gerenciamento débil, irresponsável ou corrupto, esse sim é um dos maiores desafios do órgão ministerial na fiscalização aos Poderes da República, notadamente, ao Executivo.

Sem um controle preventivo e altamente eficaz do orçamento, a crise da implantação das políticas públicas arrastar-se-á por anos a fio sem se chegar a lugar algum no tocante à consolidação político-constitucional do 1988.

Como se nota, ainda que seja bloqueado determinado valor do ente público, separando-o para a realização da construção de uma obra, o problema agora apenas se torna mais complexo, pois, a quem então caberão as responsabilidades ordinárias acima citadas?

Por mais que o crédito esteja disponibilizado para a execução da política pública em questão, depende-se ainda de uma série de atos materiais por parte da Administração Pública para dar concretude ao interesse coletivo ainda não implementado.

Como poderíamos, nesse sentido, instrumentalizar a contratação de uma empresa para realização uma obra de engenharia, em total substituição à vontade do gestor, fora do seio da Administração?

Assim, seria possível ao próprio Judiciário ou ao Ministério Público sub-rogarem-se pessoalmente no lugar do gestor, em razão da sua incúria e sua apatia administrativa, promovendo a contratação de terceira pessoa para a consecução do direito judicialmente assegurado?

Mesmo que fosse possível, novas dúvidas surgirão, tais como: a quem competirá escolher o terceiro que realizará o mandamento judicial; como será feito o controle de legalidade e dos demais atos de fiscalização em relação ao executor da ordem; pode o órgão do Poder Judiciário ou do Ministério Público tornarem-se o ordenador de despesa em relação ao Poder Executivo ou, ainda, é possível que outro ente público seja chamado em seu lugar para aceitar o múnus?

Por fim, uma atuação responsável e coerente do órgão *parquetiano* jamais poderá deixar der ter em mente que bloqueios de grandes quantias do orçamento público necessariamente representam desfalques desse mesmo orçamento em outros setores.

Assim, a apreensão de valores do orçamento, via de regra, poderá impactar na inexecução ou suspensão de outras políticas públicas de igual ou até mesmo superior importância.

As demandas por serviços públicos são infinitas, mas finitos são os recursos que estão à disposição especialmente das administrações públicas dos pequenos municípios. Por isso, repise-se: o simples e inadvertido bloqueio do orçamento, muito antes de se tornar remédio, pode se tornar a doença.

3.3 Responsabilização pessoal do agente público

Na visão de Ada Pellegrini Grinover, as sanções mais adequadas para fazer combater o problema do descumprimento de ordens judiciais são:

a responsabilização por improbidade administrativa e a intervenção federal ou estadual no Estado ou Município; o crime de desobediência pelo descumprimento da ordem emitida em mandado de segurança; e, em âmbito mais limitado, a imputação ao Prefeito Municipal de crime de responsabilidade”. (GRINOVER, 2013, p. 137).

Entretanto, também não podemos deixar de lembrar o fato de que ainda que o gestor seja processado criminalmente por desobediência, responda a uma ação civil pública pela prática de ato de improbidade administrativa (violação a princípio constitucional), seja afastado do cargo por meio de processo político perante o Poder Legislativo correlato em razão da prática de crime de responsabilidade, ainda assim o direito constitucional afetado daquela coletividade não terá sido restaurado, revelando de novo certa deficiência do atual sistema processual para tratar desse tipo de demanda, a qual possui ímpar relevância em virtude dos impactos e da própria pertinência que se reveste em si mesmo.

Especificamente em relação ao crime de desobediência, existe divergência se o servidor público pode ser enquadrado como sujeito ativo desse tipo de delito, já que, de acordo com determinado setor da jurisprudência e da doutrina, tal infração seria praticada apenas pelo particular em face da Administração.⁶

Mesmo assim, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que para a caracterização do crime de desobediência (art. 330 do CP), é necessário que não haja sanção especial para o seu não cumprimento, ou seja, se pelo descumprimento de ordem legal de servidor público, alguma lei estabelece determinada penalidade administrativa ou civil, não se deverá reconhecer o crime em questão, salvo se a referida lei expressamente ressaltar a cumulativa aplicação do art. 330 do CP.⁷

Assim, na hipótese de descumprimento da decisão pelo gestor, Jefferson Dias (2006, p. 89) aponta que restaria a pos-

6 Para ilustrar a divergência, o STJ já decidiu no sentido de que “[...] Os funcionários contratados por Prefeituras Municipais, no exercício de funções pertinentes aos serviços de saúde pública, atuam como agentes públicos, e nessa qualidade não cometem o crime de desobediência, pois tal delito pressupõe a atuação criminosa do particular contra a Administração.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 9.189/SP Relator Ministro Vicente Leal. Sexta Turma. Julgado em 14/03/2000. DJ 03/04/2000). Todavia, em acórdão mais recente, pontuou o Tribunal da Cidadania: “[...] O funcionário público pode cometer crime de desobediência, se destinatário da ordem judicial, e considerando a inexistência de hierarquia, tem o dever de cumpri-la, sob pena da determinação judicial perder sua eficácia. Precedentes da Turma. Rejeição da denúncia que se afigura imprópria, determinando-se o retorno dos autos ao Tribunal a quo para nova análise acerca da admissibilidade da inicial acusatória. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.173.226/RO. Relator Ministro Gilson Gipp. Quinta Turma. Julgado em 17/03/2011. DJe 04/04/2011). Segundo Jefferson Aparecido Dias, o fato de o crime de desobediência (art. 330 do CP) encontrar-se no capítulo dos crimes praticados por particular contra a Administração em Geral impediria a sua prática por um servidor público. Diz o autor: “[...] A partir de uma interpretação gramatical é possível concluir que um agente público, intimado para cumprir uma decisão judicial, se não o fizer, não poderá ser punido pela prática de crime de desobediência, pois não é um ‘particular’, não lhe sendo aplicado todo o Capítulo II, do mencionado Título, do Código Penal” (DIAS, 2006, p. 87).

7 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.492.647/PR. Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma. Julgado em 10/11/2015.

sibilidade de ele vir a ser processado por crime de prevaricação, muito embora, seja qual for o crime adotado, o rito será o das infrações de menor potencial ofensivo (Lei dos Juizados Especiais).

É dizer: a ineficácia desse tipo de sanção é de todo evidente.

Em se tratando de crime de menor potencial ofensivo, não são cabíveis medidas mais drásticas, como a própria prisão em flagrante nos casos em que, após a lavratura do termo circunstanciado de ocorrência, o agente é encaminhado ao Juizado Especial ou se compromete a comparecer, na data apazada. Depois, o próprio rito da Lei do JECRIM, em conjugação com os dispositivos de alternativa à prisão do próprio Código Penal, facultam ao agente público descumpridor de ordem judicial uma série de medidas destituídas de completa eficácia intimidatória.⁸

No que tange ao processo de responsabilização por ato de improbidade, a jurisprudência tem se inclinado no sentido de que o “[...] descumprimento de ordem judicial pela autoridade competente, permite apuração por eventual crime de desobediência, bem como remessa dos autos ao Ministério Público para apuração de eventual ato de improbidade administrativa”.⁹

8 “Se mesmo assim o réu não cumprir a decisão, terá contra si lavrado um número sucessivo de termos circunstanciados, e somente poderá ser preso se não se comprometer de comparecer ao Juízo competente, quando intimado (...). Na realidade, não nos parece possível classificar o descumprimento de ordem judicial como um crime de menor potencial ofensivo, dada a sua gravidade e, ainda, a importância do objeto jurídico tutelado que é o respeito que deve ser observado pelas decisões do Poder Judiciário. Mais inconcebível ainda é o descumprimento de ordem judicial por funcionário público que, ao contrário, teria o dever de cumpri-la prontamente, até mesmo para servir de exemplo para os particulares. Como vemos, a utilização de preceitos do Código Penal, não tem colaborado muito para garantir o cumprimento de decisões judiciais e a solução terá que ser buscada em outro lugar” (DIAS, 2006, p. 90).

9 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento-Cv 1.0686.14.005749-4/001. Relator Desembargador Moacyr Lobato. 5ª Câmara Cível. Julgamento em 03/03/2016.

Contudo, a questão do elemento subjetivo para a configuração do ato ímprobo substanciado no descumprimento da ordem judicial assume especial relevo nesse cenário, eis que o gestor pode alegar uma série de justificativas e escusas ao descumprimento da ordem judicial como forma de se ver livre das sanções oriundas da Lei de Improbidade Administrativa e, com isso, frustrar mais uma vez a efetividade do cumprimento ou execução de medidas certificadoras de direitos coletivos *lato sensu* perante o Judiciário.

A comprovação do elemento subjetivo no descumprimento de ordens judiciais, para fins de caracterização do ato ímprobo, nem sempre é empreitada viável. Às vezes, a simples comprovação da conduta ilícita não possibilita a plena identificação do dolo ou culpa do agente público.

Em determinadas situações, a natureza do cargo desempenhado e a formação profissional ou acadêmica do agente público fazem parecer mesmo incompatível com o atuar desídia ou negligente com a coisa pública. É dizer, por exemplo, não se pode esperar outra postura de um ocupante de cargo jurídico que não o zelo e o respeito pelo cumprimento da legalidade, notadamente nas situações em que não há qualquer limbo interpretativo ou esforço exegético no proceder administrativo.¹⁰

Contudo, não raro, o despreparo administrativo do gestor, sua desqualificação para o exercício do cargo público ou a sua plena incapacidade ou inabilidade gerencial, ainda que consubstanciada pelo patente descumprimento de ordem judicial, não tem sido o suficiente para, na visão de alguns julgados, receber a pecha de ato ímprobo. Taxam-

10 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no AREsp 470.565/PA. Rel. Ministro Humberto Martins. Rel. p/ Acórdão Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 10/03/2015.

-na, bem assim, como mera irregularidade no exercício da função pública.

Por isso, o descumprimento da ordem judicial aparentemente pode ser justificado por uma série de argumentos que inexoravelmente afastarão o elemento subjetivo necessário ao ingresso da responsabilização por ato ímprobo, embora o tema, forçosamente temos que registrar, não possui um encadernamento jurisprudencial já plenamente escrito e finalizado.¹¹

Por fim, no que toca ao processo político perante o órgão legislativo respectivo, a realidade do País tem mostrado que o

11 Como certa vez destacou o STJ: “No presente caso, a Corte de origem, ao analisar o suposto ato de improbidade consubstanciado no descumprimento de ordem judicial pelo agente, consignou que “no caso em tela, não se extrai da conduta do réu repercussão ao erário municipal, revelando tal conduta mais um despreparo gerencial do que ato de improbidade administrativa, afastando-se, portanto, a aplicação das normas dos artigos 11 e 12 da Lei nº. 8.429/92”. Ora, tais considerações feitas pelo Tribunal de Justiça afastam a prática do ato de improbidade administrativa por violação de princípios da administração pública, uma vez que não foi constatado o elemento subjetivo dolo na conduta do agente, o que não permite o reconhecimento de ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92.” (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp 1.352.541/MG. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Julgado em 05/02/2013). Em outro julgado, o STJ apreciou caso em que um prefeito houvera sido condenado na instância de origem “em face da não inclusão na proposta de orçamento financeiro seguinte de valor necessário ao pagamento de crédito trabalhista decorrente de decisão da Justiça do Trabalho. Por ocasião da sentença (fls. 77/85), o pedido foi julgado procedente a fim de condenar o réu ao pagamento de multa civil e à suspensão dos direitos políticos, a qual foi mantida em sede de apelação”. Segundo decidiu o STJ, “Efetivamente, a configuração do ato de improbidade administrativa por lesão aos princípios da Administração Pública não exige prejuízo ao erário, nos termos do art. 21 da Lei 8.429/92. Entretanto, é indispensável a presença de conduta dolosa do agente público ao praticar o suposto ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, elemento que não foi reconhecido pela Corte a quo no caso concreto. 6. Tais considerações, ainda que se trate de ilegalidade ou mera irregularidade, afastam a configuração de ato de improbidade administrativa, pois não foi demonstrado o indispensável elemento subjetivo, ou seja, a prática dolosa da conduta de atentado aos princípios da Administração Pública, nos termos do art. 11 da Lei 8.429/92. É importante ressaltar que a forma culposa somente é admitida no ato de improbidade administrativa relacionado a lesão ao erário (art. 10 da LIA), não sendo aplicável aos demais tipos (arts. 9º e 11 da LIA). (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.036.229/PR. Rel. Ministra Denise Arruda. Primeira Turma. Julgado em 17/12/2009).

processo de infrações político-administrativas pela instância política de julgamento (Poder Legislativo) ou não tem sido utilizado com a frequência recomendada, ou tem sido utilizado de forma traumática, ou inevitavelmente acaba sendo levado à impugnação pelos meios próprios no Judiciário, o que, seja por um aspecto ou outro, faz com que essa via de intimidação ou coerção ao gestor descumpridor de ordem judicial também não inspire a eficácia desejada.

Em tese, o descumprimento de uma ordem judicial, que negligencia o interesse público, poderia ser enquadrada no art. 4º, VIII do Decreto-Lei 201/67. A verdade é que mesmo esse decreto, cuja redação é defasada e desvirtuada aos tempos de hoje, também não oferece a resposta adequada à não execução de políticas públicas via ação judicial.

3.4 Resolução em perdas e danos

O próprio Código de Processo Civil, no seu art. 499, determina que “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”.

Novamente, em uma análise preliminar, a simples conversão em perdas e danos também não trará nenhum benefício à coletividade.

E igualmente aqui sobram dúvidas: o pagamento desse dinheiro – se e quando ocorrer – será efetivamente revertido à tutela daquele bem da vida violado? Será aplicado concretamente na restauração do patrimônio lesado? Será destinado a algum fundo indicado na lei? Quem será o responsável por administrar a quantia e todas as demais etapas da obrigação?

Com efeito, é com a execução específica, e não com a conversão em perdas e danos, que teremos a máxima efetividade da tutela no âmbito dos interesses transindividuais. Assim, mesmo que haja pedido expresso do autor para a conversão da obrigação em perdas e danos, antes do seu deferimento, o juízo deve analisar se a pretensão da tutela específica ou a obtenção do resultado equivalente seja jurídica e materialmente impraticável.¹²

Por isso, com razão Érica Barbosa e Silva (2009, p. 65) ao anotar que “[...] as tutelas preventivas e inibitórias, com destaque para as técnicas da tutela mandamental, conhecidas no sistema do *common law* como *injunctions*, devem ser priorizadas e assumem importância inexorável”.

4. Conclusão: em busca de novos rumos para a realização do direito material coletivo

É de se entender, portanto, que ainda existe certa lacuna na ordem jurídica em vigor no que concerne à efetividade da tutela jurisdicional coletiva na concretização dos direitos coletivos *lato sensu*.

Imperioso o resgate do grau de importância e de coerção das decisões judiciais, com a valorização e a agilidade na condução tanto da execução da obrigação quanto do afastamento do gestor resistente.

12 “A tutela específica, na defesa do bem coletivo, é a única que contemplará integralmente a gama de interesses relativo ao direito lesado. É justamente pela prevalência dessa tutela que os legitimados não poderão, na defesa dos interesses transindividuais, fazer o pedido visando ao pagamento de quantia em dinheiro, exceto se a tutela específica, pelo lapso temporal ou pela sua própria natureza, se mostrar impossível. Vale destacar que essa impossibilidade decorre também do caráter indisponível do objeto tutelado. Só será legítima a conversão da tutela específica para tutela reparatória se aquele se revelar absolutamente impraticável” (BARBOSA E SILVA, 2009, p. 67).

Repensar a forma de concretizar tais direitos na via jurisdicional, ainda que por medidas de sub-rogação, é assegurar, em última instância, a efetividade da própria tutela jurisdicional coletiva como um dos principais instrumentos à disposição da coletividade e da transformação positiva da realidade social.

Para Humberto Theodoro Júnior (2005), a crise do processo não é brasileira, é universal, e a simples reforma de leis e procedimentos não é o suficiente para a solução do problema.¹³

Não adianta agravar o sancionamento em face do próprio ente público, especialmente nos casos que a punição possa vir a influenciar a execução de outras políticas públicas

13 “Ao findar o século XX, nem mesmo as nações mais ricas e civilizadas da Europa se mostram contentes com a qualidade da prestação jurisdicional de seu aparelhamento judiciário. A crítica, em todos os quadrantes, é a mesma: a lentidão da resposta da justiça, que quase sempre a torna inadequada para realizar a composição justa da controvérsia. Mesmo saindo vitoriosa no pleito judicial, a parte se sente, em grande número de vezes, injustiçada, porque justiça tardia não é justiça e, sim, denegação de justiça.[...] É, portanto, preciso conscientizar-se de que o aprimoramento da prestação jurisdicional não acontecerá somente em virtude de modificações procedimentais, nem tampouco do simples crescimento numérico dos juízes disponíveis. A solução para o mal da demora dos processos, seja aqui, seja na Europa, terá de ser procurada por outras formas. [...] A legislação processual é sem dúvida um sistema de técnica de realizar a composição dos litígios, mas não é um sistema completo e exaustivo, pois pressupõe organismos oficiais por meio dos quais irá atuar. Os métodos e recursos de trabalho desses organismos são vitais para que o propósito sistemático da lei processual seja corretamente alcançado. Para manter uma sincronia entre a norma legal e sua operacionalidade administrativa, é preciso conhecer, cientificamente, as causas que, in concreto, frustram o desiderato normativo. E isto, obviamente, será inatingível, pelo menos com seriedade e segurança, se a organização dos serviços judiciários não contar com órgãos especiais de estatística e planejamento. [...] Não serão, como é intuitivo, as simples reformas das leis de procedimento que irão tornar realidade, entre nós, as garantias cívicas fundamentais de acesso à justiça e de efetividade do processo. O tão sonhado processo justo, que empolgou e dominou todos os processualistas no final do século XX continua a depender de reformas, não de leis processuais, mas da justiça como um todo”. (THEODORO JÚNIOR, 2005).

de igual importância já em curso. O desfalque do orçamento para o cumprimento de determinada ordem judicial, sem dúvidas, poderá refletir na execução de outro programa de ações políticas deflagradas pelo administrador, caso não haja um controle racional dos gastos e das despesas da pessoa jurídica.

Lembra Márcio Mafra Leal, com bastante lucidez:

Reformas sociais e o cumprimento de políticas públicas, via Judiciário, interferem de tal modo no orçamento que se torna indispensável alguma legitimação política qualificada para tanto, a não ser que a verba pretendida já esteja lá prevista. A doutrina das cortes superiores não aborda a violação do direito parlamentar de definir as opções de gastos públicos e seu financiamento, porque a decisão judicial atinge exatamente o centro político desse direito, que é a prerrogativa constitucional dos congressistas de alocar recursos públicos. (LEAL, 2014, p. 192).

De fato, paira sobre o Brasil a *síndrome da ineficiência administrativa*. A maioria dos direitos constitucionais, de viés social, ainda não foram implementados. Se, por um lado, a efetivação e a concretização desses direitos é hoje mandamento de indiscutível observância, por outro lado, o crescente número de intervenções isoladas e não coordenadas, via Judiciário, na gestão administrativa (e consequentemente, no orçamento) do Poder Executivo é algo que pode se tornar insustentável em dado momento.

De fato, se antes era recomendável o ajuizamento de ações coletivas, em substituição às ações individuais, hoje, talvez, possamos falar em *coletivização das ações coletivas*.

Atacar a síndrome da ineficiência administrativa com múltiplas ações coletivas, eventualmente, pode não mais ser a melhor resposta para se promover a indução de políticas públicas ainda não concretizadas; pelo menos, se não houver um devido planejamento uniforme e delineamento de estratégias para uma atuação verdadeiramente coerente e consistente.

Outrora, proclamava-se a sobrecarga do Judiciário pelas demandas de natureza individual; hoje, a multiplicidade de ações coletivas talvez possa ser o grande mal ser enfrentado, considerando a crescente interferência na gestão administrativa sem qualquer critério de uniformização, estudos e colheita de dados prévios, aferição dos impactos e das consequências que aquela política pública implantada causará no universo das demais políticas públicas em curso ou ainda não executadas.

Pensar políticas públicas de maneira fragmentada, sem os devidos conectores com os demais campos e nichos de atuação do gestor público, isso sem dúvida já não mais satisfaz o compromisso do constituinte de 1988, o qual dispôs direitos fundamentais de grande magnitude, em extensa pauta de deveres ao gestor, embora não tenha explicitado a melhor forma de realizá-los.

Luís Roberto Barroso (2009) já advertia sobre o excesso de ativismo judicial na implementação de políticas públicas que tem se desenhado no Brasil desde a abertura democrática em 1988. Segundo Barroso, a interferência do Judiciário pode desorganizar por completo a atividade administrativa, inclusive comprometendo a boa alocação dos recursos públicos. O excessivo número de decisões com impactos no orçamento do ente público pode comprometer a fluidez organizacional e inviabilizar o cumprimento das metas e projetos

concebidos pelos Poderes Executivo e Legislativo, instâncias politicamente legitimadas para a matéria.¹⁴

A percepção do problema induz na sistematização, talvez, de um regime próprio e especial de cumprimento de sentença em tais casos. Bem por isso, as regras de efetivação/judicialização das políticas públicas – que é absolutamente pertinente e necessário em um País cuja gestão pública é extremamente ineficiente – precisam agora evoluir.

Forçoso concluirmos, portanto, que os meios e métodos procedimentais tradicionais não são mais hábeis ao cumprimento forçado de ordens judiciais complexas quando envolvem uma obrigação de fazer pelo Poder Público, especialmente quando envolvem municípios menores e de tímido potencial financeiro.

Deverá, pois, a doutrina nacional centrar esforços na sistematização de novas e efetivas técnicas de execução específica/direta da sentença compatíveis com o atual cabedal de leis do ordenamento jurídico vigente.

14 “Também o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados pode recomendar, em certos casos, uma posição de cautela e deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastradas. Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde. Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação espontânea, antes eleva do que diminui”. (BARROSO, 2009).

Talvez, por isso, nos lembre Ada Pellegrini Grinover (2008) que “[...] as ações coletivas, nos países de *civil law*, em geral ainda não alcançaram o estágio de amadurecimento e evolução das *class actions* norte-americanas, mas a tendência é no sentido de cada vez mais países criarem verdadeiros sistemas de processos coletivos”.

Por essa razão, defende-se a necessidade de instituições como o Ministério Público, o principal autor coletivo legitimado no sistema brasileiro, retomar seu papel de destaque no cenário da tutela coletiva.

Competirá ao órgão *parquetiano* cada vez mais buscar compreender o *modo-de-ser* do sistema orçamentário do ente público¹⁵, bem como atuar na formulação das políticas pú-

15 São precisas e extremamente pertinentes as ponderações críticas de Paula Fernanda Murda a esse respeito: “O papel do Ministério Público é ainda mais relevante quando observada a realidade brasileira de altos índices de corrupção e de desvio de dinheiro público. [...] E, nessa seara, o Ministério Público é a mais importante instituição brasileira com o dever de fiscalizar tais práticas lesivas à coletividade, com atribuição de trazer ao Poder Judiciário as provas e os elementos de convicção para condenação dos culpados e o ressarcimento do erário. [...] A atuação ministerial no controle da implementação do orçamento público é peça-chave no combate à corrupção, como também no controle da higidez dos processos licitatórios, em que ocorrem frequentes desvios de verbas públicas. Isso ocorre tanto no âmbito municipal, em que não há tanto controle e exposição pública e política, quanto em âmbitos estadual e federal. Todas as esferas de poder recebem grande monta de verbas públicas, seja por meio do pagamento de tributos em geral, seja mediante repasse de verbas federais e estaduais para aplicação nas necessidades locais. O que se observa na prática diuturna é que os Promotores Públicos ficam assoberbados de trabalho pelas deficiências das comarcas menores e não possuem tempo hábil para fiscalizar o poder público. O Ministério Público deveria se comprometer com essa causa, visto que afeta o interesse de toda a coletividade, por meio da designação um promotor especialmente para fiscalizar a implementação do orçamento público e a higidez dos processos de licitação. [...] Evidente que a atuação ministerial não pode comprometer a independência do Poder Executivo, tampouco influir nas decisões administrativas. Também não se sugere que o Promotor de Justiça substitua a atuação dos Tribunais de Contas, exercendo o controle externo do Poder Executivo, dado que essa atuação não lhe é atribuível e já possui os contornos constitucionais próprios. O que se propõe é uma atuação administrativa mais contundente e de forma preventiva do órgão ministerial, para que eventuais desvios sejam coibidos e dificultados, pois é muito mais difícil obter o ressarcimento daquilo que já foi desviado do que evitar desvios e fraudes, fato que ocorre atualmente com a atuação a posteriori da instituição.

blicas desde sua origem, influenciando positivamente os rumos da administração nos pontos de comprovada omissão na concretização dos direitos fundamentais.

A visualização da Administração Pública, de maneira global, é salutar para o desempenho da função constitucional de defensor da sociedade pelo Ministério Público.

A simples identificação da omissão administrativa, culminando tão somente com o ajuizamento de ações estanques, já não mais é capaz de resolver o problema da falta de acesso aos direitos constitucionais prestacionais. Em termos mais claros, deverá a Instituição ministerial dotar-se de novos instrumentos e estratégias de atuação que possam, efetivamente, reverberar positivamente no seio da administração pública, sem que haja, por certo, indevida intromissão no Poder Executivo.

Talvez, seja esse, o grande desafio deste tempo hodierno e contemporâneo ao Ministério Público brasileiro no campo da indução e da efetivação das políticas públicas constitucionalmente previstas no ordenamento jurídico: um novo perfil de atuação extrajudicial, com maior efetividade e poder de resolutividade, mais ampliado e mais especializado.

Para tanto, o Promotor Público também deve ter tempo e condições materiais de receber e atender a população local para saber das necessidades públicas da localidade, a fim de propor junto ao poder público as soluções cabíveis para cada caso em particular. [...] O Ministério Público deve, pois, assumir a função que lhe é constitucionalmente sagrada para a efetivação dos direitos sociais, por meio de uma atuação proativa, de ofício, mediante a fiscalização dos orçamentos públicos, acompanhando a efetivação de programas previstos no orçamento, com a cobrança para que o poder público cumpra aquilo a que se comprometeu, sem desvio de verbas para finalidades secundárias do Estado ou, mesmo, desvio criminoso de políticas públicas. Trata-se de verificar a compatibilidade entre o planejado e o que está sendo executado". (MURDA, 2012, p. 156-163).

5. Referências

ALVIM, Arruda. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo: sua evolução ao lado do direito material. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 64, p. 7-23, out./dez. 1991.

BARBOSA E SILVA, Érica. *Cumprimento de sentença em ações coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *RDE: Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eadcnj/mod/resource/view.php?id=47743>>. Acesso em: 4 maio 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.036.229/PR, Primeira Turma, Rel.: Min. Denise Arruda, Brasília, DF, 17 de dezembro de 2009. *DJe*, 2 fev. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RHC 9.189/SP, Sexta Turma, Rel.: Min. Vicente Leal, Brasília, DF, 14 de março de 2000. *DJ*, 3 abr. 2000.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 794.752/MA, Quarta Turma, Rel.: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 16 de março de 2010. *DJE*, 12 abr. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 931.513/RS, Rel.: Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região), Rel. para o acórdão Ministro Herman Benjamin. Primeira Seção, Brasília, DF, 25 de novembro de 2009. *DJe*, 27 set. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.173.226/RO, Quinta Turma, Rel.: Min. Gilson Gipp, Brasília, DF, 17 de março de 2011. *DJe*, 4 abr. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.352.541/MG, Segunda Turma, Rel.: Min. Mauro Campbell Marques, Brasília, DF, 5 de fevereiro de 2013. *DJe*, 14 fev. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 470.565/PA, Segunda Turma, Rel.: Min. Humberto Martins. Rel.: p/ Acórdão Ministro Herman Benjamin, Brasília, DF, 10 de março de 2015. *DJe*, 16 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.492.647/PR, Quinta Turma, Rel.: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Brasília, DF, 10 de novembro de 2015. *DJe*, 17 nov. 2015

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Contra o processo autoritário. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério *et al.* *O Novo Código de Processo Civil*: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015. p. 267-282.

DIAS, Jefferson Aparecido. A efetividade das decisões proferidas em ações civis públicas. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZZETA, Ubiratan (Coord.). *Ação Civil Pública*: 20 anos da Lei n. 7.347/85. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 81-101.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Mariana Almeida Passos de. A complexidade das ações civis públicas envolvendo meio ambiente e populações vulneráveis. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação Civil Pública após 30 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 851-864.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências em matéria de ações coletivas nos países de *civil law*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 157, p. 147-164, mar. 2008.

_____. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATABANE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. São Paulo: Forense, 2013. p. 125-150.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações Coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

_____. *Ações Coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento-Cv 1.0344.12.002852-9/001. Relator Desembargador Moacyr Lobato, 5ª Câmara Cível, Belo Horizonte 07 de julho de 2016. DJE 19 jul. 2016.

LOPES, João Batista. Novos aspectos polêmicos da ação civil pública. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação Civil Pública após 30 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 381-392.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento-Cv 1.0686.14.005749-4/001. Relator Desembargador Moacyr Lobato, 5ª Câmara Cível, Belo Horizonte, 3 de março de 2016. DJe, 15 mar. 2016.

MONTENEGRO FILHO, Misael. Importância da ação civil pública no panorama da abarrotada justiça brasileira: vicissitudes e perigos da ação em estudo. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 171-183.

MURDA, Paula Fernanda Vasconcelos Navarro. *O controle judicial e o papel das funções essenciais à Justiça para a efetivação das políticas públicas*. 2012. 219f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

SHIMURA, Sérgio. *Tutela Coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006.

SOARES, Inês Virgínia Prado. Ação civil pública como instrumento de controle da execução orçamentária. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZZETA, Ubiratan (Coord.). *Ação Civil Pública: 20 anos da Lei n. 7.347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 465-506.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 125, p. 61-78, jul. 2005. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/61-artigos-set-2008/5870-celeridade-e-efetividade-da-prestacao-jurisdicional-insuficiencia-da-reforma-das-leis-processuais>>. Acesso em: 4 maio 2017.

VENTURI, Elton. Responsabilidade civil por danos causados aos direitos difusos e coletivos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 15, p. 79-98, jul./set. 1995.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos e tutela coletiva de direitos*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

Artigo recebido em: 04/05/2017.

Artigo aprovado em: 10/06/2017.

DOI: