

A DIFÍCIL EXECUÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NOS CONTROLES JURISDICIONAIS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

1. *Introdução;*
2. *Apresentação do cenário e premissas para a compreensão do problema;*
3. *A inefetividade da execução sob a ótica das limitações do processo civil individual solucionada neste ponto pela coletivização destas demandas;*
4. *Necessidade de um novo olhar;*
 - 4.1 *A “execução negociada” e a necessária adaptação de um procedimento de execução que se mostre adequado às vicissitudes do caráter multifacetado das demandas no controle das políticas públicas;*
 - 4.2 *A técnica dos procedimentos estruturais;*
 - 4.3 *A figura do comissário ad acta – no contencioso administrativo italiano;*
5. *Conclusões;*
6. *Referências bibliográficas.*

1. Introdução

A investigação ora feita propõe-se a analisar a grande dificuldade na execução das decisões judiciais envolvendo o controle jurisdicional das políticas públicas no Brasil.

Por certo, premissas iniciais serão traçadas para desenhar o cenário em que se proporá a discussão, que pretende seja técnica-processual, para o cotejo de questões que possam ser pensadas no intuito de dirimir, ou melhor, dar algum passo em busca de possíveis soluções técnicas a esta problemática.

É sabido e consabido que o Poder Público, aqui dito o Executivo, não é propriamente o melhor exemplo do que seria um exímio cumpridor de ordens, decisões judiciais, resultantes do controle exercido pelo judiciário decorrente da não realização, total ou parcial, de políticas públicas. E, acredita-se que não apenas porque a renitência do devedor é imanente da experiência cultural brasileira, como também, no âmbito do poder estatal a prática de ações tendentes ao cumprimento de decisões nesta matéria toca em facetas múltiplas que, verdadeiramente geram entraves outros, financeiros-orçamentários, burocráticos ou de impossível execução, circunstâncias todas essas que de modo algum podem ser ignoradas em qualquer análise que se proponha a dar alternativas de solução do problema apresentado.

Neste exato contexto, no momento em que muito se tem propalado a

justiciabilidade¹ dos direitos fundamentais sociais, é patente a utilidade do estudo quando, dentre outros problemas da ação judicial, observa-se que muitas das decisões proferidas pelo judiciário no controle destas políticas públicas não vem sendo cumpridas.

Acredita-se que muito desse insucesso deve-se ao desenho processual adotado – não apenas, por certo, já que o tema é por natureza multidisciplinar –, mas não raras vezes, o processo civil tradicional (voltado à tutela de direitos individuais) tem sido o palco desta dialética, e acima de tudo, mostrando-se desprovido de elementos técnicos que não só não permitem ao julgador dizer da forma mais adequada o direito em exame, como também executá-lo. Ao contrário, há hoje a prestação jurisdicional que no jargão cotidiano convencionou-se apelidar de “tutela de misericórdia”² que, a toda luz, não revista a posição com a seriedade que merece, conduzirá o problema a cenários ainda mais nefastos.

O desenvolvimento não só da controvérsia em sede adequada, ou digamos, mais apropriada que o processo individual, parece-nos ser o processo coletivo que, muito embora ainda e, também, com limitações técnicas, mas de algum modo mais propício ao tratamento das questões nesta seara.

Não por outras razões, a necessária adequação da tutela jurisdicional em políticas públicas já movimentou os estudiosos na feitura de um código procedimental para este fim, cujo conteúdo compõe o Projeto de Lei 8.058/2014, que institui processo especial para controle e intervenção em políticas públicas pelo Judiciário.

É dizer, em suma, que deste enredo urge o interessante estudo em busca de acurada análise técnica-processual e, porque não dizer, extraprocessual, já que, como se pretende demonstrar, hoje, *lege lata*, a solução eficaz destas questões em políticas públicas tem demandado dos operadores do direito, muito além da prática de atos processuais coercitivos, sancionatórios e restritos às lindes das controvérsias para, em busca da efetividade, traçar novos caminhos também multifocais.

2. Apresentação do cenário e premissas para a compreensão do problema

¹ WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de Políticas Públicas*. in O controle jurisdicional de políticas públicas, coord. Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, Rio de Janeiro, Gen-Forense, 2012, 2º ed, p. 216: ... “*justiciabilidade*’...requisito para o acolhimento, pelo mérito, da pretensão de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais”.

² Expressão cunhada, sobremaneira, no âmbito da jurisdição sobre direito à saúde, quando há na tutela interesses individualizados, deixando de considerar um movimento maior, causando efeitos sociais distorcidos.

A começar pelo desenho institucional da Constituição Federal de 1988, em que ocorre uma própria alteração do Judiciário, então, como Poder e apto a dizer sobre conflitos entre os próprios Poderes Executivos e Legislativo, certo ainda que não é só. Passa-se a um número expressivo de direitos sociais protegidos, além dos individuais, causando a ampliação da atuação Estatal, num primeiro momento do Executivo e do Legislativo no atendimento a todos estes direitos, onde, em tese, não haveria lugar para a omissão do Estado.³

Na realidade, é o conjunto destes fenômenos somados - a amplitude de direitos, o descrito desenho institucional e a inação na concessão/proteção destes direitos em gênero fundamentalmente protegidos pela Constituição – que desembocam literalmente nos braços do Judiciário, as questões a eles afetas e para quem o controle é inafastável.

Muito embora este controle feito pelo judiciário ao executivo tenha raízes mais longínquas⁴, inegavelmente, foi na Constituição de 1988 que na conjuntura dos fatores mencionados, desdobrou-se a impossibilidade de afastamento do controle jurisdicional da atuação administrativa e legislativa.

Ainda, nem se diga sobre a sustentabilidade do argumento da separação dos poderes (art. 2º da Constituição Federal) como meio de elidir o controle propagado. De forma alguma, ao contrário. É palmar e bem-vindo o olhar teleológico do dispositivo constitucional que hodiernamente é com tranquilidade interpretado no sentido de que há uma unidade Estatal que deve refletir também uma unidade de poder, certo ainda que cada forma de expressão deste poder exerce atividade específica, cuja descrição está na constituição e apenas e tão-somente nestas funções é que estariam vedadas as interferências recíprocas⁵.

Feitas estas observações preliminares, partindo-se então da premissa de que o controle jurisdicional não apenas é possível, mas necessário à justa observância e

³ SADEK, Maria Teresa. *Judiciário e Arena Pública*, in O controle jurisdicional de políticas públicas, coord. Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, Rio de Janeiro, Gen-Forense, 2012, 2º ed, p. 15.

⁴ Com a Lei de Ação Popular 4.717/65, que propiciou ao judiciário a análise meritória do próprio ato administrativo. A respeito: GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário*, in O controle jurisdicional de políticas públicas, coord. Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, Rio de Janeiro, Gen-Forense, 2012, 2ª ed, p. 127.

⁵ ZANETI JR., HERMES. A teoria da separação dos poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (coords.). O controle jurisdicional de políticas públicas. coord. Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, Rio de Janeiro, Gen-Forense, 2012, 2º ed, p. 48. Além disso, entendimento jurisprudencial representativo sobre este ponto, está no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, n. 45, pelo STF, também citada pelo autor referido nesta nota, que colocou uma pá de cal na discussão sobre a impossibilidade do controle jurisdicional em matéria de políticas públicas, incluindo a implementação das mesmas, ambas na hipótese de abusividade governamental.

realização dos direitos sociais pelo Poder Executivo, no que concerne a atuação para suprir omissões em matéria de políticas públicas, surgem questões pragmáticas processuais na efetivação das decisões que se prestam a este controle.

Não será objeto deste pequeno ensaio a análise quanto à extensão deste controle jurisdicional, senão as dificuldades encontradas no cerne do poder judiciário, do ponto de vista técnico-processual na execução das medidas tendentes à prática de ações voltadas ao atendimento destas políticas públicas.

No cenário atual desta discussão, não são poucos os problemas encontrados que se colocam como óbice à efetividade jurisdicional das decisões neste tema.

Para a análise de uma execução factível destas decisões tendentes ao controle das políticas públicas o ponto de partida reside na compreensão, pelo judiciário, de que são muitas as vertentes práticas a serem consideradas, podendo aqui ser exemplificadas minimamente nos (i) entraves burocráticos à atuação executiva, dos quais decorrem a necessária análise de viabilidade de condutas pela Administração Pública, (ii) a limitação orçamentária, (iii) limites democráticos internos e externos que não raras vezes geram impedimento de agir da própria Administração Pública.

Em suma, não podendo ignorar de modo algum tais condicionantes, devendo portanto ter consciência de que será neste cenário que o poder judiciário deverá alojar-se para exercer um controle efetivo, útil e que atenda, de fato, a expectativa da concretização destes direitos sociais.

Apenas assim, este controle jurisdicional encontrará mecanismos para discernir e adequar meios executórios viáveis, na clara compreensão de que soluções reais advirão de uma atuação pensada e praticada em conjunto.

Este é ponto de partida.

Quais seriam, então, os mecanismos processuais que permitiriam a conjugação destes fatores em busca de uma real e verídica solução deste controle em políticas públicas?

A coletivização das demandas tem sido o foco processual desta proposta de solução, além do projeto de lei especial para a condução destes casos, como apontado no início deste texto, o que inegavelmente significa um grande avanço, no entanto, a nosso ver, é preciso ir além.

Sim, é preciso pensar o processo civil, nestas questões, com a possibilidade de releitura de procedimentos, quebra de paradigmas, sobremaneira na fase executiva, de

modo a alargar e alcançar os problemas interdisciplinares, como este em estudo, cada vez mais frequentes na vida contemporânea, muitos ainda sem respostas satisfatórias, sobremaneira neste capítulo sob investigação.

Que sejam usadas ferramentas velhas com propósitos novos. Que pensemos em novos mecanismos, mas, o mais importante, é o despir-se de um pensamento estanque, engessado, que tem se mostrado, a bem da verdade, mais ao desserviço que à realização dos direitos sociais, quando o assunto perpassa pelas mãos do judiciário.

3. A inefetividade da execução sob a ótica das limitações do processo civil individual solucionada neste ponto pela coletivização destas demandas

Pensando o problema da inefetividade da execução das decisões no âmbito dos interesses públicos, é inafastável que se apontem as limitações processuais, do processo civil tradicional, como fonte primeira do problema visto sob este viés.

Isto porque, quando nos deparamos com as decisões judiciais inexecutáveis – ou de difícil execução – que tutelam tais matérias, irrefutavelmente nos deparamos antes disso com sentenças lapidadas a partir dos limites ditados na causa de pedir e pedido de uma petição inicial, que tutelem um suposto direito subjetivo individual que, não raras vezes, pode representar um pedido individual com efeitos coletivos, ou ainda pior, o que a doutrina convencionou chamar de *pseudoindividuais*, na medida em que o pedido, embora com feição e dentro de um processo civil individual, em verdade, abriga relação de direito material que só deveria ser formulado de forma coletiva⁶.

O problema técnico-processual está todo calcado no fato de que, não pode o juiz, em uma demanda individual, furtar-se de decidi-la, *a priori*, nos exatos limites em que ela tenha sido proposta. Ora, nenhuma novidade, ao contrário, premissa basilar do processo civil, que por força da regra de correlação entre o provimento jurisdicional e a demanda – expressada no princípio da congruência – o juiz deve atentar-se aos limites da lide como posta e fundamentada⁷.

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O projeto de novo CPC e sua influência no minissistema de processos coletivos*. p.3.

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6a ed, v. II. São Paulo: Malheiros Editores Editores, 2001, p. 138 e 139.

A inadequação da tutela destes direitos resulta na pouca maleabilidade na fase executiva, dada esta adstrição que se direciona a uma sentença rígida, que poderá se revelar inexecutável.

Mas além de muitas outras críticas e conotações ruins desta faceta do problema, a exemplo de uma inadequada distribuição da justiça, há outras, também de ordem técnica-processual, atrelada à dificuldade na elaboração do pedido nestas ações envolvendo pretensões ligadas aos interesses públicos e sociais.

Quer-se com isso dizer que há uma carga essencialmente dinâmica na força motriz e meandros destes conflitos, apta a gerar uma decisão que não só não atenderá ao demandante, como gerará uma decisão inexecutável ou de difícil execução.

Não raras vezes, as demandas individuais ainda na fundamentação e no pedido “subestimam” a grandeza e proporção da controvérsia levada à solução jurisdicional, retirando do magistrado a possibilidade de melhor solução, determinada à limitação do desenho da demanda.

E exatamente esta inaptidão fruto das limitações do clássico processo individual fica afastada, neste particular, na maior adaptabilidade destes mesmos institutos – causa de pedir e pedir – do processo coletivo.

E não é só. O processo coletivo, porque habilitado a atuar em questões deveras intrincadas e de grande complexidade material, está munido de mecanismos que permitam, na execução, dirimir questões cognitivas, inclusive, mitigando esta rígida divisão preconizada no processo civil individual⁸.

De todo modo, o processo coletivo por melhor que atenda a tais questões em relação ao processo individual⁹, também se mostra limitado a atender as questões mais complexas a exigirem hoje, do julgador, padrões outros, que permitam ainda maior flexibilização para adequar procedimentos, quanto mais em sede executiva, momento em que o desafio tem se mostrado hercúleo ao julgador, na administração das diversidades e agruras que o direito material embutido nas questões de políticas públicas a ele reserva.

⁸LEONEL, Ricardo de Barros. *Ações Coletivas: nota sobre competência, liquidação e execução*. Revista de Processo, vol 132, p. 30-51, fev-06. São Paulo: editora Revista dos Tribunais. p. 39.

⁹ E não só o novo Código de Processo Civil perdeu a oportunidade de avançar no desenvolvimento do processo civil coletivo, a nosso ver, como ainda retirou o que poderia significar um avanço, ao ver extirpado pelo veto presidencial o incidente de coletivização de demandas (previsto nos arts. 334 e ss do projeto);

4. Necessidade de um novo olhar;

São emblemáticos, infelizmente, os casos em que as decisões proferidas pelo Judiciário em matéria de políticas públicas esbarram na inexecutabilidade.

Os motivos são de várias ordens, a depender do caso em análise, no entanto, a nosso ver, todos parecem padecer de um mesmo mal: foram pensados e desenhados em um cenário não propício, ou despreparado a tal fim e, por isso, não puderam ser executados na medida em que deveriam a consecução de um fim, qual seja, entregar a tutela jurisdicional prevista no julgado que lhes concedeu um direito, apreciado em seu mérito.

É exemplo propício desta ineficácia o controle jurisdicional realizado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo ¹⁰, para a implantação da política pública relacionada ao Autismo, em que a forma como foi desenhado o provimento jurisdicional de primeiro grau, desdobrado em detalhes, simplesmente fez por culminar com incomensurável número de execuções individuais, transformando a serventia daquela vara numa própria repartição às avessas da administração pública. Triste desfecho, muito embora a intenção na gênese de todo o processado, acredita-se, tenha sido das mais bem intencionadas, o que, por certo, não bastou à solução do problema, ao contrário.

Muito embora possa-se atribuir ao infortúnio deste episódio o equívoco do Ministério Público em buscar guarida deste direito intitulando-o como individual homogêneo e não como difuso¹¹, o que, em tese, geraria uma sentença genérica e não contemplativa de vários pontos e ordens descobertos no passo adiante como de impossível realização prática, porque idealizado em momento em que seria impossível a previsão consecutiva de todos aqueles atos, naquele precoce momento, tendentes à implantação de uma malha logística tendente a acolher o público autista em matéria de educação, socialização e saúde. Ainda assim, o caso não desnatura do exemplo da ineficácia das execuções nesta matéria.

¹⁰ processo no. 053.00.027139-2, que tramitou perante a 6a. Vara Cível da Fazenda Pública.

¹¹ Análise do caso feito por Grasiley de Oliveira Spínola, intitulado “Autismo: o ideal e o real na efetivação da decisão jurisdicional que implementa políticas públicas”.

4.1 A “execução negociada”¹² e a necessária adaptação de um procedimento de execução que se mostre adequado às vicissitudes do caráter multifacetado das demandas no controle das políticas públicas;

Exatamente neste ponto problemático da atuação jurisdicional é que se vê a possibilidade, melhor, a necessidade de se pensar mecanismos outros, multidisciplinares, que possam dar a guarida correta e necessária ao sucesso das execuções nesta matéria.

A grande verdade é que o poder judiciário, ainda hoje, ao exercer o controle jurisdicional em políticas públicas, desconhece os meandros e detalhes de todo um contexto absolutamente complexo, cuja relação com o desfecho final de uma ação judicial é de imbricadíssima correlação.

Estamos a falar de atos complexos e correlacionados não só pela própria natureza, como dependentes de observância legal, financeira, que parece o judiciário ignorar, ou desconhecer, no momento em que profere uma determinação ao ente público executivo.

Este seria o nó górdio da questão inerente à dificuldade de execução destes comandos judiciais direcionados ao cumprimento pela Administração Pública.

Para trazer à luz a realidade do quanto se sustenta, vale a transcrição dos exemplos colhidos no texto de Eduardo José Fonseca da Costa¹³, que muito bem elucida o problema ao assim dizer:

“Quando o Poder Judiciário condena um determinado Município a desativar em tempo diminuto um lixão a céu aberto e construir uma unidade de coleta e de tratamento adequado do lixo urbano, muitas vezes não tem em mente que a implantação dessa nova política exige, por exemplo: (a) disponibilidade orçamentária para a aquisição do terreno ou a afetação de um terreno já possuído para a nova destinação pública; (b) interdição da área do lixão; (c) retirada de pessoas do novo terreno; (d) realização de concurso público e capacitação de novos servidores para o tratamento adequado do lixo; (e) realização de licitação para a edificação da nova unidade e para a compra de materiais de trabalho; (f) contratação de vigilância permanente para impedir o ingresso de pessoas no local, antes acostumadas à cata de resíduos; (g) implantação de programa de educação ambiental de manejo de lixo para a população residente às voltas do extinto lixão; (h) implantação de coleta fina e regular de lixo nos bairros

¹² COSTA, Eduardo José da Fonseca. *A “execução negociada” das políticas públicas em juízo*. Revista de Processo, v. 212, p. 25. Out-2012. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, p. 7.

¹³ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *A “execução negociada” das políticas públicas em juízo*. Revista de Processo, v. 212, p. 25. Out-2012. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, p. 8.

circundantes ao extinto lixão; (i) revogação dos alvarás concedidos às empresas que antes despejavam resíduos no lixão; (j) implantação de plano de recuperação ambiental da área degradada; (k) cadastramento e capacitação de cooperativas de coleta, separação e destinação de material reciclável; (l) adequação de todos esses gastos no tempo em função do planejamento orçamentário preestabelecido; (m) desvinculação das verbas públicas anteriormente destinadas a outras finalidades. O cumprimento da obrigação de fazer terá de obedecer a um cronograma e será fracionado entre as diversas secretarias municipais encarregadas da tarefa pertinente (Secretaria de Planejamento, Secretaria de Obras Públicas, Secretaria de Finanças Públicas, Secretaria da Educação, Secretaria de Meio Ambiente, Secretaria de Serviços Públicos, Secretaria de Orçamento, Gabinete do Prefeito etc.).

Da mesma maneira, quando existe determinação judicial para o fornecimento de medicamentos excepcionais, o Poder Público tem de: (a) verificar se o medicamento está disponível no mercado nacional e se existe mais de um fornecedor; (b) se o medicamento estiver disponível no mercado nacional e existir mais de um fornecedor, providenciar a primeira aquisição por dispensa de licitação emergencial (art. 24, IV, da Lei 8.666/1993) e as próximas aquisições por licitação (geralmente pelo sistema de registro de preços); (c) se o medicamento estiver disponível no mercado interno, mas existir tão só um fornecedor, comprar por exclusividade (art. 25, I, da Lei 8.666/1993), mediante apresentação de atestado de exclusividade pelo princípio ativo; (d) se não houver disponibilidade do medicamento no mercado interno, iniciar o procedimento de compra internacional e verificar se existe mais de um fornecedor; (e) se houver mais de um fornecedor internacional, providenciar a primeira aquisição por dispensa de licitação emergencial (art. 24, IV, da Lei 8.666/1993) e as próximas aquisições por licitação internacional, caso em que deverá obter licença de importação e desembaraço aduaneiro; (f) se houver um único fornecedor internacional, comprar por inexigibilidade de licitação (art. 25, da Lei 8.666/1993), mediante a apresentação de documentos que comprovem que somente um fabricante possui o medicamento. Não se pode olvidar que também aqui vários órgãos e repartições têm participação (setor de assistência farmacêutica, que informa o nome do princípio ativo, a forma farmacêutica, a quantidade a ser adquirida e os possíveis fornecedores etc.; o setor responsável pelas compras; o órgão de consultoria jurídica). Ou seja, o cumprimento da decisão num curto lapso temporal é sempre dramático, pois ele pressupõe obediência a rígidos trâmites burocráticos, disponibilidade orçamentária e financeira, avaliações de mercado e uma comunicação intersetorial (sempre problemática na Administração Pública)".

O contato com a descrição exauriente de possíveis passos necessários à obediência de uma ordem judicial, mostra-nos o quanto essa mesma ordem aparentemente “inofensiva” – ‘desative um lixão a céu aberto e construa uma unidade de coleta adequada, pode carregar, e na maioria das vezes carrega, um sem números de atribuições, condicionantes e determinantes, nos mais variados gradientes de dificuldade para atingimento e de tempo de execução, que traz à lume a notória, e detectável, realidade da situação hoje: a dificuldade de cumprimento efetivo pelos meios processualmente tradicionais.

E eis aqui, certamente, o grande desafio para o qual todos os operadores desta engrenagem não podem se descurar.

Ignorar estas facetas pragmáticas só contabiliza vertentes para o crescimento do problema.

O fomento à ideia de uma execução necessariamente cooperativa entre os envolvidos no processo, em fase de execução, parece ser senão a única, a mais visível alternativa para o avanço na efetividade da execução. Por mais contraditório que este intuito possa parecer, é um contraponto a ser pensado, sobremaneira, quando se dá atenção, de modo geral, ao grande número de exemplos que podem ser colhidos na jurisprudência acerca do quão ineficaz tem sido, nestas situações, o uso desmensurado de mecanismos coercitivos tradicionais do processo civil, em face da Administração Pública, e os pontos nefastos são percebidos *prima facie* sob duas perspectivas, a saber: (i) de pouco adianta incitar o cumprimento por mecanismos coercitivos, da multa, por exemplo, quando a Administração Pública se vê desprovida de condições para efetivar determinada ordem, a exemplo dos inúmeros desdobramentos a depender da situação prática, como mencionado pouco antes neste texto, já que o cumprimento demandaria a observância de um calendário e/ou cronograma, além da observância a ditames legais, materiais e temporais, contra os quais, não haveria como a Pública Administração furtar-se sem incorrer em outros descumprimentos, e ainda (ii) a fixação de multa neste cenário só aumenta o problema, porque faz com que a medida atinja patamares de valores expressivos, e o pagamento desta multa pelo Estado, se ao final ocorresse, provocaria notório ‘sangramento’ ao Erário, o que, em efeito cascata, de igual modo, só faria piorar toda a problemática, com o esvaziamento dos cofres públicos, em circunstância de orçamentos já escassos.

A questão é: foge ao alcance do judiciário capacidade para prever, antever, prevenir

as situações que envolvam a implantação, sobremaneira, mas também o controle quando houver necessidade de que a engrenagem da administração pública se movimente.

No entanto, para a mínima viabilidade deste propósito, acredita-se que, antes mesmo de uma mudança legislativa, é preciso haver uma mudança cultural. É dizer, a funcionalidade desta integração depende de profissionais julgadores não só voluntariosos a esta alternativa, como preparados a pensar como mediadores e por que não, também gestores.

Segundo Humberto Theodoro Júnior¹⁴, abordando exatamente este ponto, sobre a ineficiência da execução-sanção nesta seara e ao defender, portanto, a necessidade de uma execução coparticipativa nos litígios de interesse público, discorre sobre a percepção dos problemas e entraves, sobremaneira nesta exata deficiência cognitiva do julgador acerca da amplitude das questões envolvendo políticas públicas, apontando ainda, para o risco de uma inércia funcional do administrador público, diante da crescente provocação do judiciário:

“A execução, contudo, ainda permanece presa à ideia de coerção do Estado, uma vez que se parte da mora do devedor em cumprir sua obrigação espontaneamente. Mesmo com as alterações promovidas no CPC (LGL\1973\5) que trouxeram a execução para dentro do processo de conhecimento, o caráter coercitivo não diminuiu, ao contrário, ressaltou-se o poder cominatório do magistrado a exigir o cumprimento forçado da sentença – tudo com vistas a garantir a eficácia/utilidade/celeridade da fase executiva. Como dito acima, uma das dificuldades em se conseguir o cumprimento da decisão que trata de políticas públicas está em questões que fogem ao conhecimento do magistrado. **Por mais que o magistrado se esforce, há questões técnicas, financeiras e burocráticas que apenas a Administração Pública domina e que deverão ser consideradas quando da definição do “como” e “quando” as políticas deverão ser implantadas. Isso ainda é mais grave, porque, diante do aumento exponencial da judicialização de políticas públicas, o Estado tende a permanecer numa “inércia funcional”, isto é, “só atua se for pressionado pelo Judiciário”**”.

(grifos nossos).

Vê-se que a tutela processual adequada e destinada ao atendimento das controvérsias inerentes a esses litígios de interesses públicos deve ser aquela em que sejam

¹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Litigância de interesse público e execução participada de políticas públicas*. Revista de Processo, vol 224, p. 121-152. Out-13. Revista dos Tribunais: São Paulo.

privilegiados, sobremaneira o diálogo entre os poderes, um judiciário atuante a partir de um método eminentemente dialogal, um cumprimento de sentença flexibilizado e adaptado à necessidade que este direito material complexo apresenta, o que o direito comparado tem dado mostras a respeito da viabilidade destes mecanismos com vistas à necessária modificação de mecanismos processuais clássicos¹⁵.

4.2 A técnica dos procedimentos estruturais;

A doutrina e experiências casuísticas estrangeiras¹⁶, sobremaneira, a norte-americana, muito têm contribuído para novos ideários procedimentais neste campo e exercitado o olhar da doutrina brasileira. Nessa exata linha de raciocínio, Sergio Cruz Arenhart¹⁷, traz à luz o tema:

“Percebeu-se que muitas decisões sobre questões coletivas exigem soluções que vão além de decisões simples a respeito de relações lineares entre as partes. Exigem respostas difusas, com várias imposições ou medidas que se imponham gradativamente. São decisões que se orientam para uma perspectiva futura, tendo em conta a mais perfeita resolução da controvérsia como um todo, evitando que a decisão judicial se converta em problema maior do que o litígio que foi examinado. As questões típicas de litígios estruturais envolvem valores amplos da sociedade, no sentido não apenas de que há vários interesses concorrentes em jogo, mas também de que a esfera jurídica de vários terceiros podem ser afetados pela decisão judicial”.

Do que se viu até então, e nos limites estreitos dos arrojados do presente estudo, a concepção desta ideia mostra-se absolutamente sedutora e tendente, deveras, a trazer grande contribuição à solução dos conflitos nos assuntos de políticas públicas, que carregam em essência a exata descrição do litígios estruturais.

No entanto, chama-nos à atenção, ainda Arenhart no texto referido, que adesão a estes mecanismos, por certo, condicionam-se minimamente ao seguinte: (i) a admissão da ‘separação dos poderes’ – com o que vimos até então no início do presente estudo e com o que também coloca o autor mencionado, seria uma questão superada – (ii) pelo caráter intrusivo que apresentam, tais medidas deveriam ser muito bem pensadas e colocadas em plano e momento em que outras já tivessem sido exauridas, considerando inclusive a

¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil*. p.17.

¹⁶ Caso Beatriz Mendonza, encontrado em

¹⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. Revista de Processo, vol 225, p. 389, nov-13. Revista dos Tribunais: São Paulo. p. 394 e 395.

questão do custo ao poder judiciário de uma atuação participativa desta natureza. Complementa, por fim, que a admissão de provimentos desta natureza no ordenamento brasileiro estariam ainda condicionados a uma atenuação do princípio da demanda, o que seria necessário para que o julgador tivesse mínima margem necessária para as manobras tendentes a esta “gestão compartilhada” de atos tendentes ao cumprimento e execução de medidas necessárias.

Os conceitos trazidos em muito alargam a luz do holofote já existente, não só para a proliferação das ideias possíveis em melhorias *lege ferenda*, como também acredita-se à própria releitura do sistema processual brasileiro – ainda que com as limitações técnicas e culturais – permita-nos um ensaio interpretativo a essa luz, dentro da abrangência do art. 461, e incisos do Código de Processo Civil, inacreditavelmente ainda conservadoramente explorado pela jurisprudência pátria, a nosso ver.

4.3 A figura do comissário *ad acta* – no contencioso administrativo italiano;

No clássico, “os juízes legisladores?”, de Mauro Cappelletti¹⁸, nota-se a preocupação do autor italiano, no final do século XX, em colocar em pauta o estudo das razões da então, e já necessária, “criatividade” da função jurisprudencial não só na realidade Italiana, como na de outros países, na proposta do estudo comparativo.

E, não apenas no âmbito legislativo, mas também no executivo, ao analisar o crescente aumento destas novas responsabilidades dos juízes nas sociedades contemporâneas, no contexto das grande transformação da função judiciária, afirma que “... um aspecto dessas novas responsabilidades, talvez ainda mais incisivo e frequentemente anterior, foi o crescimento *sem precedentes* da justiça administrativa, vale dizer (mais precisamente), do controle judiciário da atividade do executivo e de seus derivados”¹⁹.

O contencioso administrativo italiano, voltado à solução dos conflitos entre os cidadãos e a administração pública, é considerada uma justiça especializada, e neste particular muito diferente da nossa brasileira, porque é – netas questões – uma jurisdição propriamente dita (não um simples processo administrativo), que instaura o processo jurisdicional contraditório, formando a coisa julgada²⁰.

¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1999.

¹⁹ *Op.cit.*, p. 46.

²⁰ TRAVI, Aldo. *Lezione di giustizia amministrativa*. 11ª edição. Torino: Giappichelli Editore, 2014. p. 3 a 7.

Neste contexto, o código de processo administrativo italiano²¹, prevê a interessante figura do *Comissario ad acta*, nos termos do art. 21 do CPA italiano, é um auxiliar do juiz administrativo, com atuação marcada sobremaneira no âmbito do *giudizio de ottemperanza* (art. 114, linha 3, letra d, do código de processo administrativo italiano), entendido este exatamente como um processo de cumprimento da decisão, transitada em julgado, frente ao descumprimento pela Administração Pública italiana.

Por processo de cumprimento, leia-se, procedimento voltado a atos tendentes à coerção deste cumprimento, previstos nos arts. 112 a 114 do Código de Processo Administrativo Italiano.

A grande peculiaridade do sistema italiano é que este auxiliar do juízo – o *comissario ad acta* – revela exatamente o braço técnico do juiz na atuação prática nesta fase de cumprimento efetivo da decisão trânsita, dada a resistência da pública administração, e não apenas um auxiliar técnico opinativo em questões cognitivas, como acontece na jurisdição comum brasileira.

Na lição de Aldo Travi²², a possibilidade prevista no *giudizio de ottemperanza*, do juiz administrativo substituir a atuação da administração pública dá-se de forma indireta pela figura deste comissário.

Claro que se pensarmos esta figura, sob esta mesma conotação no direito brasileiro, parece-nos, à primeira vista, de impossível assimilação, sobremaneira se pensada no estrito senso e imaginando a ausência de suporte normativo ao judiciário no comando direto da atividade discricionária administrativa, ainda que em sede de cumprimento de uma ordem judicial.

No entanto, pensá-la analogicamente no contexto travado acerca da execução compartilhada – na lição trazida por Humberto Theodoro Júnior -, nos ensinamentos do direito comparado dos procedimentos estruturais e na necessária visão que deve ter o julgador pátrio na gestão do processo e da execução propriamente dita, para que a efetividade seja alcançada, esta figura auxiliar parece ser um elemento facilitador, que corporificaria um gestor administrativo-técnico no trato do estudo de viabilidade de mecanismos de execução em políticas públicas.

Inegavelmente, sem um auxílio técnico-administrativo a serviço do olhar do julgador, haverá uma grande dificuldade em avançar em execuções eficientes.

²¹ <https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/Codiceamministrativo/index.html>

²² TRAVI, Aldo. *Lezione di giustizia amministrativa*. 11ª edição. Torino: Giappichelli Editore, 2014. p. 382 e ss.

5. Conclusões

Pensar e repensar, construir e destruir, fazer e refazer são todos verbos que em muito harmonizam-se com a produção científica.

Importa, portanto, pensar que as ideias confrontadas, ao longo do texto, permitiram a reflexão sobre o problema trazido, não necessariamente para obtenção de uma única resposta, senão para proporcionar o exercício *pro et contra* das ideias lançadas.

Viu-se, nos limites da pesquisa feita, que o sistema processual brasileiro clama por um novo olhar ao se analisar o contexto da atuação do judiciário quando diz sobre as matérias em políticas públicas.

A complexa teia interdisciplinar que enreda o cenário já nos dá exemplos práticos do quão o desenho utilizado têm se mostrado, senão inapto, ao menos pouco eficiente no trato destas questões.

Os mecanismos processuais tradicionais do clássico processo civil, se não pensados à luz de inovações não atenderão às questões trazidas ao judiciário para fazer valer todos os direitos sociais previstos na Constituição Federal.

Aliás, a gênese do problema está exatamente no fato do Estado (poderes executivos e legislativos – que deveriam atuar previamente e conjuntamente) não conseguir atender a gama infindável de garantias fundamentais e sociais que a Constituição Federal de 1988 a todos garante na grandeza dos arts. 3º e 5º. A inércia, ou impossibilidade, em entregar o que deveria por força do texto constitucional, aliado ao desenho institucional com atuação do Poder Judiciário, propriamente como um Poder, e a serviço do controle para efetivação de todos estes direitos é que chegamos aonde estamos. Vivenciando uma era de crescente protagonismo jurisdicional, que desprovido de ferramentas estruturais suficientes, também deixa de atender ao propósito constitucional finalístico de sua atuação.

E não é só, porque quando falamos na inércia da Administração Pública para a entrega de todos estes direitos preconizados na Constituição Federal não estamos a falar somente de traços de ineficiência no trato da má qualidade do serviço público, ou de mazelas outras afetas aos caminhos da corrupção que os noticiários diariamente nos participam a triste realidade. Estamos a falar da impossibilidade de realizar esta Constituição Federal no âmbito do atendimento de todos estes direitos.

A par de tudo isso, é conhecida a fala do ex-presidente José Sarney acerca da

ingovernabilidade²³ do país diante desta gama de garantias preconizadas na Constituição vigente, que precisou e precisa a cada passo de uma emenda, e que torna altíssimo, e por isso, inviável, o custo Brasil desta Constituição. É um ciclo vicioso que acarreta problemas em outras esferas, mas que existe e está aí a desafiar olhares atentos e estudiosos, em busca de novas soluções.

²³ Boletim de notícias Conjur – entrevista concedida pelo Senador José Sarney, em 14.09.2008 – Desequilíbrio de poderes – A Constituição de 1988 tornou o país ingovernável. http://www.conjur.com.br/2008-set-14/constituicao_88_tornou_pais_ingovernavel_sarney, acesso em 02.05.2015

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 3ª Ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. Revista de Processo, vol 225, p. 389, nov-13. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 394 e 395.

_____. *A tutela coletiva de interesses individuais – para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. 2a. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

APPIO, Eduardo, Controle judicial das políticas públicas no Brasil, Curitiba, Juruá, 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*. 6a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros. 2010

_____. *Algumas considerações sobre o cumprimento da sentença condenatória*. Atualidades do Processo Civil (coordenação Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim). Curitiba: Editora Juruá, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas, 3ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar 1996.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: Fabris, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. Tradução da 2a ed. italiana por J. Guimarães Menegale acompanhada de notas pelo Prof. Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1969.

COSTA, Susana Henriques da. O Poder Judiciário no controle de políticas públicas: uma breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal. In: GRINOVER, Ada

Pellegrini et al (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *A “execução negociada” das políticas públicas em juízo*. Revista de Processo, v. 212, p. 25. Out-2012. São Paulo: Revista dos Tribunais.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6a ed, v. II. São Paulo: Malheiros Editores Editores, 2001.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6a ed, v. III. São Paulo: Malheiros Editores Editores, 2009.

_____. “Nova era do Processo civil”. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário*, in *O controle jurisdicional de políticas públicas*, coord. Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, Rio de Janeiro, Gen-Forense, 2012, 2ª ed.

_____. *O Projeto de novo CPC e sua influência no minissistema de processos coletivos: a coletivização dos processos individuais*.

_____. *Processo coletivo*, in *Teoria Geral do Processo*, colab. Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, São Paulo, .Malheiros Editores, 30ª ed., 2014, cap. 35.

_____. *Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil*.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Ações Coletivas: nota sobre competência, liquidação e execução*. Revista de Processo, vol 132, p. 30-51, fev-06. São Paulo: Revista dos Tribunais.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença – e outros escritos sobre a coisa julgada*. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense. Notas ao direito vigente por Ada Pellegrini Grinover. 1981.

LOPILATO, Vincenzo. *Esecuzione e Cognizione nel giudizio de ottemperanza*. In <https://www.giustiziaamministrativa.it/cdsintra/wcm/idc/groups/public/documents/docume>

nt/mdax/otmy/~edisp/nsiga_3790160.pdf. Acesso em 29.05.2015.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 6ª. Ed., vol 21 Coleção Estudos de Direito de Processo (Enrico Tullio Liebman). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 2014.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 3ª. Ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

SABINO, Marco Antonio da Costa, Políticas Públicas, Judiciário e saúde: limites, excessos e remédios, Tese de doutorado, FDUSP 2014.

_____. *Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais: o caso da Saúde*, in O controle jurisdicional de políticas públicas, coord. Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, Rio de Janeiro, Gen-Forense, 2012, 2º ed.

SADEK, Maria Teresa. *Judiciário e Arena Pública*, in O controle jurisdicional de políticas públicas, coord. Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, Rio de Janeiro, Gen-Forense, 2012, 2º ed.

SALLES, Carlos Alberto. *Políticas Públicas e a Legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos*, Revista de Processo 121, ano 30, n. 121, p. 38-50, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, março de 2005.

SPINOLA, Grasielly de Oliveira. *Autismo: o ideal e o real na efetivação da decisão jurisdicional que implementa políticas públicas*. Disponível em :
<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/2756>,
acessado em 05.06.2015, às 11:31h.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Litigância de interesse público e execução compartilhada de políticas públicas*. Revista de Processo, vol 224, p. 121-152. Out-13. São Paulo: Revista dos Tribunais.

TRAVI, Aldo. *Lezione di giustizia amministrativa*. 11ª edição. Torino: Giappichelli Editore, 2014.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZANETI JUNIOR, Hermes. A teoria da separação dos poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. coord. Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, Rio de Janeiro, Gen-Forense, 2012, 2º ed.

ZUFELATO, Camilo, Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais, in *O controle jurisdicional de políticas públicas*, coord. Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, Rio de Janeiro, Gen-Forense, 2012, 2º ed.

Boletim de notícias Conjur – entrevista concedida pelo Senador José Sarney, em 14.09.2008 – Desequilíbrio de poderes – A Constituição de 1988 tornou o país ingovernável.

http://www.conjur.com.br/2008-set-14/constituicao_88_tornou_pais_ingovernavel_sarney, acesso em 02.05.2015.