

Ação civil pública: instrumento para a implementação de prestações estatais positivas (*)

EDUARDO SANTOS DE CARVALHO (**)

1. INTRODUÇÃO

Dentre as várias novidades introduzidas na ordem constitucional pela Carta de 1988, ocupam lugar de destaque as disposições tutelando bens jurídicos e atribuindo direitos de natureza “coletiva”, como o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), à defesa do consumidor (art. 5º, XXXII), à acessibilidade dos portadores de deficiências (art. 227, §1º, II), etc. Algumas prestações, como aquelas relativas à saúde (art. 196), educação (art. 205), segurança pública (art. 144), tutela do meio ambiente (art. 225) e até incentivo ao desporto (art. 217) passam a ser referidos como “*deveres do Estado*”, de modo a reforçar a natureza *compulsória* de sua observância pelo Poder Público.

Como recorda FÁBIO KONDER COMPARATO, esta orientação atende ao perfil do Estado Contemporâneo, cujo sistema jurídico se organiza em função de *políticas públicas* voltadas para a transformação social. O reconhecimento de uma *nova função para a norma jurídica* (que passa a regular mecanismos econômicos e sociais) implica no reconhecimento de uma *nova categoria de direitos* (de natureza transindividual), que por sua vez demanda um *novo tipo de função jurisdicional*. Como afirma RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, o Estado Contemporâneo, “ao editar uma lei, nem de longe pode considerar cumprida sua tarefa básica, senão que, ao contrário, a partir daí vincula-se ao dever de realização *eficiente* do programa estabelecido na norma-objeto”.

Na medida em que surgem pretensões transindividuais, no sentido de garantir a aplicabilidade desses direitos sociais, fazem-se necessários novos mecanismos processuais, para promover a solução desta nova modalidade de conflito de interesse.

Para assegurar a efetividade desses direitos transindividuais, a CF/88 criou alguns *instrumentos jurídicos novos* (como o mandado de injunção - art. 5º, LXXI, a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão - art. 103, § 2º, e o mandado de segurança coletivo - art. 5º, LXX) e *ampliou o objeto de outros remédios* já existentes (como a ação popular, que passou a ser expressamente

(*) O presente trabalho obteve o 1º lugar no “Prêmio Jurídico Luiz Carlos Cáfaro” (2003), promovido pela FEMPERJ, com apoio da CAMPERJ e do CEPROJUS.

admitida para a anulação de atos lesivos à moralidade pública, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural - art. 5º, LXXIII, e a ação civil pública, cujo objeto foi ampliado para alcançar quaisquer "interesses difusos ou coletivos" - art. 129, III).

Antes de 1985, o único meio processual para a impugnação de atos administrativos lesivos ao interesse público seria a ação popular, cuja iniciativa cabia ao cidadão individual (tradicionalmente considerada apenas como instrumento para a anulação de atos lesivos ao patrimônio de entes públicos). Afora essas hipóteses, a intervenção do Judiciário na Administração Pública estaria virtualmente restrita aos mandados de segurança individuais e à promoção da responsabilidade civil do Estado por danos pessoais.

Com o advento da Lei nº 7.347/85, que introduziu a ação civil pública no ordenamento pátrio, outorgando ao Ministério Público e a outras entidades legitimidade concorrente para sua iniciativa, surgiu a primeira forma de tutela efetiva de interesses difusos e coletivos, originalmente previstos em relação *numerus clausus* nos incisos I a III do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública. A CF/88 alçou a ação civil pública ao plano constitucional, consagrando-a como função institucional do Ministério Público, ampliando a sua incidência para a tutela de quaisquer interesses difusos ou coletivos, antes mesmo de a Lei nº 8.078/90 acrescentar o inciso IV ao art. 1º da Lei nº 7.347/85.

O tratamento constitucional da tutela coletiva se insere em um contexto mais amplo: o movimento pelo "acesso à justiça", que se disseminou no pensamento jurídico nacional devido à marcante influência da doutrina italiana.

O movimento pelo "acesso à justiça" inaugurou uma nova fase metodológica do Direito Processual: a fase *instrumentalista*¹. Após a 2ª Guerra Mundial, concluiu-se que não era suficiente aspirar à correção técnica do provimento jurisdicional: o processo não poderia ser um fim em si mesmo, sob pena de se converter em um exercício formal e estéril. Redescobriu-se, então, a noção da *finalidade* como algo externo ao processo: o processo há de estar voltado à implantação do direito no mundo real. Numa palavra, o processo há de ter *efetividade*; nos dizeres de GIUSEPPE CHIOVENDA, "na medida do praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de obter".

O princípio do "acesso à justiça", portanto, concebe a ação como algo muito além de um mero "direito abstrato"; a ação há de ser um "instrumento" voltado para a efetividade da tutela pleiteada. A exigência constitucional não se esgota na possibilidade de *acesso formal ao órgão judiciário*, mas exige o *acesso a um resultado justo* (a uma "ordem jurídica justa").

¹ Segundo a classificação exposta por CÂNDIDO DINAMARCO em *A Instrumentalidade do Processo*, a primeira fase do direito processual seria a *sincrética*, na qual o processo era encarado apenas como um modo de exercício do direito material; seguiu-se a esta a fase *autonomista*, na qual a doutrina passou a afirmar a independência do processo em face da relação de direito material.

Tal é o que se depreende do texto constitucional, quando dispõe no inciso XXXV do art. 5º: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Extraí-se deste dispositivo, como inevitável decorrência lógica, que a CF/88 assegura ao Poder Judiciário os *meios* para afastar as ameaças e reparar as lesões a quaisquer direitos. Afinal, seria inútil assegurar que o Judiciário possa “apreciar” as lesões ou ameaças a direito, se a autoridade jurisdicional nada pudesse fazer a respeito. O Judiciário haverá de ter meios para obter resultados práticos na implementação da “ordem jurídica justa”², sob pena de esvaziar a garantia constitucional, o que reduziria o Poder Judiciário a um papel insignificante, e inviabilizaria a promoção da “defesa da ordem jurídica”, para a qual o Ministério Público é constitucionalmente vocacionado (art. 127, *caput* da Constituição).

2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E SEPARAÇÃO DE PODERES

Da conjugação dessas inovações constitucionais (efetividade da tutela e possibilidade de tutela jurisdicional de interesses transindividuais) decorreu um *redimensionamento* do sistema de “freios e contrapesos”, inerente à separação de poderes.

A separação de poderes não é um conceito unívoco, ou estanque: varia conforme o tempo e o lugar (*cf.*, por exemplo, as diferenças entre o modelo americano e o modelo francês de separação de poderes). Certamente, a Constituição de 1988, inspirada por um ideário democrático de cidadania, instituiu um sistema de freios e contrapesos bem diferente daquele do regime autoritário da Emenda Constitucional nº 1/69.

Especificamente, a evolução do Estado Liberal para o Estado Social, ao consagrar *direitos* dos cidadãos e *deveres* do Estado, na implementação de políticas públicas, gera um novo campo de superposição entre o âmbito das atividades administrativa e judicial. Por isso, afirmam alguns doutrinadores, a noção de que os poderes atuem “em esferas incondicionalmente autônomas e perfeitamente delimitadas (...) não encontra amparo no texto constitucional”³.

Portanto, não se pode pensar a separação de poderes (e, conseqüentemente, os limites ao controle judicial dos atos administrativos discricionários) sem levar em consideração o novo papel reservado pela CF/88 ao Judiciário: a

² Como afirma KAZUO WATANABE, o art. 5º, XXXV assegura “o acesso à justiça que propicia a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação de justiça e também o acesso à ordem jurídica justa”.

³ LÍDIA HELENA COSTA PASSOS, “Discricionariedade administrativa e justiça ambiental: novos desafios do Poder Judiciário nas ações civis públicas”, in *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 - 15 anos*, p. 462.

implementação efetiva dos interesses difusos e coletivos, cuja promoção foi constitucionalmente outorgada ao Ministério Público.

Durante milênios, prevaleceu uma concepção individualista do processo, na qual os interesses difusos ou coletivos estariam fora do alcance do Judiciário: eram considerados meras reivindicações políticas, cuja implementação dependeria da boa vontade do legislador e do administrador (especialmente deste último, na medida em que, embora a lei pudesse impor obrigações ao Estado – por exemplo, em matéria ambiental – não havia previsão de meios eficazes para coagi-lo a seu cumprimento). Todavia, o perfil do Estado Contemporâneo, comprometido com a implementação de programas sociais, demandou o alargamento da garantia do acesso à justiça, para acolher tutela dessa nova categoria de interesses, de modo que o Judiciário passou a ter de assumir novas funções e a enfrentar situações que, anteriormente, lhe seriam consideradas alheias.

O Poder Constituinte percebeu que os interesses difusos e coletivos na CF/88 eram relevantes demais para que sua implantação ficasse condicionada à conveniência do administrador. Se a Constituição contém normas impositivas (por exemplo, exigindo a atuação do Executivo na realização de alguns programas), paralelamente conferiu à sociedade meios processuais idôneos para assegurar sua implementação, e constituiu representantes legítimos para exigilo judicialmente. Por isso, diz-se que as demandas coletivas são uma modalidade de participação direta da sociedade no exercício do poder (atendendo ao princípio da *democracia participativa*, consagrada no art. 1º, §1º da CF/88), agindo o Ministério Público (assim como os demais co-legitimados à ação civil pública) como “porta-voz” de interesses dispersos na sociedade. Trata-se daquilo que CÂNDIDO DINAMARCO havia identificado como uma “função política” do processo: ser um canal para a participação do indivíduo (e de grupos sociais) nos destinos da sociedade ⁴.

Era inevitável, portanto, que o advento da CF/88 abrisse um novo campo de “interferência” do Judiciário na atuação do administrador público ⁵: o que CARLOS ALBERTO DE SALLES denomina “ações judiciais de interesse público” (*public interest litigation*), voltadas para “vindicar a efetivação de políticas públicas expressas em lei ou decorrentes de valores consagrados constitucionalmente” (efetivação

⁴ *A Instrumentalidade do Processo*, p. 379 e ss.

⁵ “Sempre se disse que a Administração Pública é que aprecia o interesse público e que o Judiciário não podia examiná-lo, porque o direito de ação tradicional só podia ser exercido para proteger o direito individual; daí o Judiciário dizer que a apreciação do interesse público não lhe compete. Se hoje existe o direito de ação para proteger o interesse público, o interesse coletivo, o interesse difuso, o Judiciário não mais pode se omitir. Se houver conflito entre interesses públicos diversos, o Judiciário tem que pôr fim ao litígio. Quem decide conflitos de interesse em última instância? É, evidentemente, o Judiciário” (MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “Discricionariedade administrativa e controle judicial da Administração”, in *Processo Civil e Interesse Público – O processo como instrumento de defesa social*, p. 189).

que, conseqüente e inevitavelmente, terá repercussão na alocação de recursos públicos) ⁶.

Em síntese, a Constituição reconhece o Poder Judiciário como uma instância legítima para dar resposta às exigências sociais de efetivação dos interesses difusos e coletivos assegurados pela própria CF/88 e pela legislação infraconstitucional, de cuja defesa o Ministério Público foi incumbido.

3. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E CONTROLE DAS OMISSÕES ADMINISTRATIVAS

O tema do controle dos *atos* administrativos através da ação civil pública não apresenta maiores dificuldades, pois se insere no mesmo contexto dos instrumentos tradicionais do Direito Administrativo (como a ação popular e o mandado de segurança). Provavelmente por isso, as ações civis públicas voltadas para *impedir* a Administração Pública de praticar um ato lesivo a interesse difuso ou coletivo, não tem suscitado maiores controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais.

O tema do controle judicial das *omissões* administrativas (ou seja, das ações voltadas para exigir do Estado a implementação de uma prestação positiva), todavia, está a exigir maior reflexão.

Há alguns limites ao controle jurisdicional que se apresentam, ao menos à primeira vista, como incontroversos, no que tange, por exemplo, a atos que dependam do Poder Legislativo, como instituição de tributos, criação de cargos e atividade legiferante em geral; ou quanto ao mérito de opções políticas, como declaração de guerra, ratificação de tratados, decretação de estado de sítio, sanção ou veto de projeto de lei *etc.* Estes atos constituem manifestações da vontade política do Estado e, como tal, estão imunes à interferência do Poder Judiciário.

Todavia, alerta RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO: “Não há fundamento técnico-jurídico ou argumentação logicamente sustentável que dê respaldo a uma pretensa assimilação entre as políticas públicas e os atos exclusivamente políticos ou puramente discricionários”.

Afinal, como já vimos, o regime da CF/88 não mais reserva a implementação de políticas públicas ao exclusivo arbítrio do Administrador: impõe deveres ao ente público e sujeita a eventual inobservância desses deveres à atuação do Judiciário. Como afirma ÁLVARO MIRRA, o Judiciário não pode criar políticas públicas, mas pode impor a execução daquelas estabelecidas na lei ou na Constituição.

O foco deste texto será a efetivação de políticas públicas previstas em lei, ou seja, a implementação de comandos diretos da lei ao Administrador, aplicáveis

⁶ CARLOS ALBERTO DE SALLES expõe que a introdução da tutela coletiva ampliou o papel do Poder Judiciário, ao lhe conferir a função de adjudicar o interesse público, “decidindo no caso concreto o interesse que deve ser predominante entre aqueles consagrados pela ordem jurídica”, e realizando “opções relacionadas com a alocação e apropriação de recursos comuns” (*Execução Judicial em Matéria Ambiental*, p. 58).

mediante simples subsunção (ou seja, normas dirigidas ao Poder Público que descrevam suficientemente a prestação exigida e sua hipótese de incidência, contendo portanto elementos para sua aplicabilidade imediata).⁷ Tal como o art. 88 da Lei de Execuções Penais, que dispõe acerca das condições mínimas da cela de penitenciárias; o art. 5º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, que assegura a todas as crianças o direito público subjetivo de acesso ao ensino fundamental; o art. 54, IV do Estatuto da Criança e do Adolescente, que impõe ao Poder Público o dever de oferecer atendimento em creches e pré-escola para as crianças de zero a seis anos; ou uma lei ambiental que exija do Poder Municipal o tratamento dos efluentes lançados.

Poderia a ação civil pública veicular pretensões voltadas para a implementação desta categoria de preceitos?

Tradicionalmente, a doutrina e a jurisprudência têm se inclinado no sentido de considerar juridicamente impossível o acolhimento de pedidos deduzidos no sentido de obrigar o Estado a realizar despesas ou executar obras de qualquer natureza. Segundo os partidários deste entendimento, a destinação de recursos públicos seria sempre uma decisão política; somente o Administrador teria condições para definir as prioridades públicas, levando em consideração a realidade administrativa e financeira do ente estatal.⁸

Na doutrina, esta tese é esposada por PEDRO DA SILVA DINAMARCO, que reputa como juridicamente impossível qualquer demanda, em face de um agente estatal, que "signifique, na prática, a imposição de uma destinação específica dos recursos públicos". A mesma posição é defendida por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR.⁹

Tal afirmação encontra apoio na doutrina tradicional de SEABRA FAGUNDES, que entende que as omissões estatais não implicariam violação à lei: "A Administração Pública pode, assim, sem contrariar o 'regime de legalidade', sem

⁷ Não se pretende abordar, portanto, a matéria ainda mais controversa da implementação de interesses difusos assegurados genericamente pela Constituição, cuja implementação enseja outras categorias de problemas: como a indefinição da natureza ou alcance das prestações concretas exigíveis, em função da abertura dos comandos constitucionais (p.ex., assegurar a segurança pública); ou o confronto entre interesses contrapostos, demandando ponderação para sua conciliação (que os processualistas descrevem como a "conflituosidade interna" dos interesses difusos: p. ex., o interesse na preservação da qualidade ambiental pode conflitar com o interesse no desenvolvimento econômico e social). Parece intuitivo que nessas matérias haverá um espaço mais amplo de liberdade para o administrador buscar uma solução razoável: mas poder-se-ia cogitar que esses preceitos genéricos, embora não exigíveis em grau máximo, contivessem um núcleo mínimo de efetividade (um conteúdo mínimo exigível), sem o qual se esvaziaria a proteção ao interesse. Mas trata-se de tema que desborda os limites do presente trabalho.

⁸ Neste sentido, VICENTE GRECO FILHO afirma que, mesmo na tutela de direitos individuais, a efetividade da execução de obrigações de fazer, em face do Poder Público, "fica sacrificada pela impossibilidade jurídica da execução específica da obrigação de fazer, porque o Judiciário, perante o sistema constitucional vigente, não pode praticar atos administrativos da esfera do Executivo, pois estaria invadindo área privativa de outro Poder" (*Da Execução contra a Fazenda Pública*, pp. 36/37).

⁹ "Completamente injurídico é, pois, o manejo da ação civil pública para remanejamento de verbas orçamentárias ou para alterar as prioridades administrativas quanto às aplicações das disponibilidades do tesouro, dando preferência a um investimento em lugar de outro, ou

ir positivamente de encontro a determinações legislativas, abster-se de executar a lei. Quando não exista uma peremptória fixação de prazo para a aplicação da regra, fica-lhe a faculdade de conciliar a execução com as conveniências de tempo e utilidade indicadas por circunstâncias que só ela pode aferir. Em certos casos, o próprio interesse público pode aconselhar a não pôr em movimento o texto legal”¹⁰.

Dentre vários precedentes jurisprudenciais nesta linha, invoca-se um particularmente eloqüente: “O art. 3º da Lei 7.347/85, a ser aplicado contra a administração pública, há de ser interpretado como vinculado aos princípios constitucionais que regem a administração pública, especialmente o que outorga ao Poder Executivo o gozo de total liberdade e discricionariedade para eleger as obras prioritárias a serem realizadas, ditando a oportunidade e conveniência desta ou daquela obra, não sendo dado ao Poder Judiciário obrigá-lo a dar prioridade a determinada tarefa do poder público”¹¹.

Data maxima venia, entende-se que esta tese é manifestamente incompatível com o atual regime constitucional.

A partir do momento em que a CF/88 institui a tutela da saúde, da educação, do meio-ambiente e de tantos outros direitos sociais e interesses difusos e coletivos, expressa ou implicitamente, como *deveres do Estado*, neste mesmo instante cessou de haver autonomia para o Executivo decidir unilateralmente sobre a “oportunidade e conveniência” da implementação desses direitos. Tratam-se de regras *cogentes*, incompatíveis, portanto, com um suposto regime de “total liberdade e discricionariedade” vislumbrado no precedente jurisprudencial acima invocado.

Afirmar que somente a Administração poderia aferir se há “interesse público” em cumprir a lei equivale a atribuir ao Poder Executivo o *monopólio* da definição do interesse público: seria negar a relevância da vontade popular manifestada através do Poder Legislativo (ou da própria Constituição), adotando-se como exclusivo critério a conveniência do administrador. No fundo, esta tese nega a imperatividade da lei: para o Estado, ela seria uma mera “recomendação”, uma diretiva para ser cumprida, quem sabe um dia, “quando der”, se não for muito inconveniente. Mas no Estado Democrático de Direito, o Estado também tem de se submeter à lei e não há qualquer motivo pelo qual essa submissão haja de se restringir às determinações de abstenções, e não às determinações positivas.

Ademais, esta doutrina obviamente conflita com o princípio do acesso à justiça (que garante o acesso a uma “ordem jurídica justa”), pois importaria em subtrair do Judiciário os meios para assegurar a implementação de direitos outorgados pela Lei ou pela Constituição. Incorre-se, assim, em afronta ao art. 5º, XXXV da

simplesmente impondo à Administração o dever de realizar uma obra pelo só fato de ser de interesse coletivo” (“Ação civil pública e outras ações coletivas: algumas observações”, in *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*, nº 9, p. 151/152).

¹⁰ *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, pp. 82/84.

¹¹ STJ-1ª Turma, AgIn 138901-GO.

CF/88: não se pode inviabilizar a tutela de direitos que demandem prestações estatais positivas. Recusar tutela a estes direitos equivale, na prática, a negar a sua existência: *se o direito existe, sua reivindicação judicial não pode ser juridicamente impossível*.

Alguns autores buscaram conciliar a concepção tradicional da separação de poderes (e a sua inerente aversão à intromissão do Judiciário em assuntos da Administração Pública) com as novidades introduzidas pela tutela coletiva. Nesta linha, poder-se-ia citar o entendimento de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, que sustenta ser juridicamente possível o pedido “preordenado para determinada situação concreta, causada pelo Estado” (ex.: reparos em abrigo em situação precária), mas não para condenações “genéricas, abstratas, inespecíficas e indiscriminadas” (incluindo nessa categoria: demanda para obrigar o Município a matricular todas as crianças e adolescentes na rede de ensino; obrigação de instalar estação de tratamento de esgoto; obrigação de reformar zoológico)¹².

Em que pese o brilhantismo do eminente administrativista, pede-se vênia para discordar. A objeção é procedente quanto a pedidos efetivamente genéricos (p.ex., caso o pedido da ação civil pública versasse, abstratamente, sobre a “garantia da segurança pública”), embora não se tratasse propriamente de hipótese de impossibilidade jurídica do pedido, mas sim de *inépcia* da inicial, diante do art. 286 do CPC, que exige a formulação de pedido “certo e determinado”. Não se verifica, todavia, o mesmo impedimento diante das hipóteses acima invocadas, que dizem respeito a prestações de fazer “certas e determinadas”, distinguindo-se apenas por uma diferença de grau de custo, complexidade ou prioridade da obrigação. A circunstância de uma prestação ser mais complexa ou custosa não a torna menos obrigatória ou impassível de sindicância judicial.

A tese da impossibilidade jurídica do pedido desconsidera, em última análise, as novidades introduzidas pela Constituição de 1988 (em particular, a garantia do efetivo acesso à justiça, e a consagração da tutela jurisdicional de interesses difusos e coletivos), que redesenharam o papel do Judiciário e, por extensão, a configuração da separação dos Poderes do Estado. Ao decidir acerca da implementação de interesses transindividuais, o Poder Judiciário está realizando atividade jurisdicional típica (solução dos conflitos de interesse que lhe são submetidos, mediante interpretação e aplicação da lei), mas em nova seara, que foi acolhida e ampliada pela CF/88.

Invoca-se, nesta linha, a sempre pertinente lição de LUÍS ROBERTO BARROSO: “É puramente ideológica, e não científica, a resistência que ainda hoje se opõe à efetivação, por via coercitiva, dos chamados direitos sociais”.

No mesmo diapasão, ensina LUIZ GUILHERME MARINONI: “Sempre que a lei regula de forma vinculada a atuação administrativa, obrigando a administração a um determinado comportamento, não se pode falar em insindicabilidade dessa

¹² *Ação Civil Pública – Comentários por Artigo*, p. 81.

atuação, justamente porque, existindo o dever de atuar, não há margem para qualquer consideração de ordem técnica e política. (...) sendo assim, e se há uma norma no sistema que estabelece para a administração o dever de agir em determinada situação, o descumprimento do dever é pura e simplesmente violação de lei, como tal passível de corrigenda pelo Poder Judiciário”¹³.

Em síntese: onde há dever legal, não pode haver opção discricionária pela omissão. O administrador que descumpra a lei não age no exercício da legítima liberdade discricionária, mas sim no campo da ilegalidade e da arbitrariedade: não existe discricionariedade *contra legem*. Se há determinação legal, não existe opção de não fazer (ou de somente fazer no “dia de São Nunca”); embora se possa admitir a ocorrência de outros impedimentos fáticos ou jurídicos à efetivação imediata da prestação (que serão abordados mais adiante), estes serão sempre fatores externos à vontade do administrador.

Esposada a tese da possibilidade jurídica do suprimento judicial de omissões administrativas, as eventuais controvérsias acerca da obrigatoriedade (ou não) da prestação positiva exigida, e acerca das circunstâncias fáticas, técnicas, orçamentárias e financeiras que eventualmente justifiquem a não-implementação da prestação *integram o mérito da lide* e, portanto, haverão de ser consideradas quando do julgamento da causa diante das peculiaridades de cada caso concreto.

Ainda que de modo incipiente, diversos julgados admitem a sindicância de prestações positivas para a implementação de interesses difusos ou coletivos, especialmente no campo da proteção à infância e à juventude¹⁴ e da proteção ao meio-ambiente¹⁵.

Repita-se, mais uma vez, a advertência de ÁLVARO MIRRA: o Judiciário não pode criar políticas públicas, mas pode impor a execução daquelas estabelecidas na lei ou na Constituição. Reafirma-se, aqui, o postulado da efetividade da tutela coletiva: se a Constituição e a lei impõem obrigações ao Administrador, decorre

¹³ *Tutela Inibitória (individual e coletiva)*, p. 103.

¹⁴ Veja-se o seguinte voto, da lavra do eminente Des. Sérgio Cavalieri: “(...) quando (o Judiciário) atua no sentido de assegurar o cumprimento dos preceitos constitucionais, não interfere na autonomia municipal; apenas exerce o seu poder de controle da legalidade da atividade administrativa, eis que a ilegalidade pode decorrer não só da conduta omissiva como também da ativa” (TJRJ - Conselho da Magistratura, Proc. 799/96, julg. 03.08.98).

¹⁵ “*Ação civil pública - Demanda proposta pelo Ministério Público visando obrigar a Municipalidade a efetuar prévio tratamento antes de lançar o esgoto em cursos d’água, com restauração do ambiente degradado - Carência da ação decretada em primeira instância, sob o fundamento de interferência no Poder Executivo - Possibilidade da demanda e da atuação ministerial na forma do artigo 129, III da Constituição Federal e Lei n. 7.347/85 - Pretensão buscando coibir degradação de meio ambiente e de danos à saúde pública, não podendo ser obstada sob o manto da discricionariedade administrativa - Sentença de carência afastada, com determinação para prosseguimento da ação - Recurso ministerial provido*. Possível o ajuizamento de ação civil pública, pelo Ministério Público, visando obstar ato de Municipalidade de despejar esgoto, sem tratamento, em curso d’água, evitando-se a degradação do meio ambiente e danos à saúde pública. (TJSP- 1ª Câm. Dir. Público, Ap. Cív. n. 47.991-5, julg. 16.11.99).

de imperativo constitucional que se reconheça à sociedade (e, por extensão, ao Ministério Público, instituição destinada para a defesa dos interesses sociais) o recurso aos meios jurisdicionais para assegurar o cumprimento desses deveres.

4. OBJEÇÕES AO SUPRIMENTO JUDICIAL DE OMISSÕES ADMINISTRATIVAS

É indiscutível que o tema da possibilidade jurídica de se exigir do Judiciário prestações estatais positivas, em matéria de políticas públicas, suscita ampla controvérsia. Buscar-se-á, a seguir, enfrentar algumas das objeções frequentemente argüidas contra a tese ora sustentada.

4.1 LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO

Uma primeira categoria de objeções pretende negar legitimidade ao Judiciário para determinar ao Poder Executivo a realização de prestações positivas.

Nesta linha, afirma-se que tal atividade jurisdicional violaria a separação de poderes e que o Judiciário estaria “substituindo” o Administrador. Critica-se a “politização” do Judiciário, que estaria agindo de forma “anti-democrática”, de modo a implementar uma “ditadura do Judiciário”.

Os argumentos, todavia, não procedem.

Quanto à separação de poderes, já se demonstrou que a mesma tem que ser entendida sob o prisma da nova ordem constitucional, que consagra a tutela efetiva dos interesses difusos e coletivos e o acesso a uma “ordem jurídica justa”.

Partindo-se do pressuposto de que o Judiciário vai estar implementando uma *obrigação legal do Estado*, o que se estará objetivando é o restabelecimento da submissão do Administrador à lei, o que é perfeitamente admissível (mais até: é uma *necessidade*) em um regime constitucional de “freios e contrapesos”. Se o Administrador pretende submeter o cumprimento da lei ao seu juízo discricionário de conveniência e oportunidade, é o Poder Executivo que estará violando a separação dos poderes, ao reduzir à insignificância a vontade popular conforme emanada do Poder Legislativo e consagrada no texto legal. Diante desta anomalia, o Ministério Público terá o dever de requerer ao Judiciário o suprimento da omissão estatal, não para impor novas diretrizes políticas, mas para restabelecimento do regime de legalidade afrontado pela ilegítima omissão estatal.

Admitidas as premissas acima expostas, também se demonstra infundada a pecha de “politização” do Judiciário: com tal expressão, pretende-se reduzir a aplicação da lei a uma reivindicação política, desprovida de juridicidade. Uma vez convertida em lei, o que era “reivindicação política” integra-se ao ordenamento jurídico e torna-se “direito”: é uma manifestação *imperativa* da vontade popular. Outorgar ao Executivo o monopólio sobre a implementação dessa vontade equivaleria a negar sua submissão à lei que lhe comanda determinada ação.

Quanto ao suposto viés “anti-democrático” da intervenção jurisdicional na atuação do representante eleito do povo, há que se recordar que a democracia não se resume apenas à escolha do Chefe do Poder Executivo: o restabelecimento do império da lei e da sujeição do administrador à vontade popular emanada de um Poder Legislativo democraticamente eleito, é uma afirmação da democracia. Como afirma HERBERT HART, a sujeição do Poder Executivo ao controle jurisdicional “é o preço que se tem de pagar pela consagração de limites jurídicos ao poder político”¹⁶.

4.2 PRESTAÇÕES POSITIVAS E PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA

Outra objeção freqüentemente aduzida é a de que as prestações positivas demandadas não poderiam ser implementadas, por ausência de previsão orçamentária¹⁷.

Este mesmo obstáculo já foi reiteradamente levantado - e hoje se encontra inteiramente superado - nas ações dirigidas contra entes públicos para o fornecimento de medicamentos à população: pacificou-se, atualmente, o entendimento de que a fruição de direitos fundamentais (como o direito à saúde) não pode estar condicionado ao planejamento orçamentário.

Aliás, MARCOS MASELLI chega a identificar em alguns acórdãos do STF na matéria “um certo menosprezo” pelo princípio da legalidade orçamentária, que parece ser encarado como um problema interno à Administração, uma preocupação de ordem secundária¹⁸.

¹⁶ *O conceito de direito*, p. 339, *apud* LÍDIA HELENA COSTA PASSOS, “Discrecionabilidade administrativa e justiça ambiental: novos desafios do Poder Judiciário nas ações civis públicas”, in *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 - 15 anos*, p. 483.

¹⁷ O argumento beneficia-se do preconceito, amplamente difundido, que privilegia as “normas de organização” em detrimento das “normas definidoras de direito”, como se aquelas fossem mais “vinculantes” (e, portanto, mais “jurídicas”) do que aquelas. A implementação das normas definidoras de direitos estariam sempre dependendo de algum evento futuro (seja uma lei para regulamentar a Constituição, ou um decreto para regulamentar a lei, ou uma portaria para regulamentar o decreto, ou ainda, depois de percorrido todo este *iter*, a inclusão de previsão no orçamento do exercício seguinte). Recorde-se, novamente, a advertência de LUIS ROBERTO BARROSO, que desmascarou a natureza ideológica, e não jurídica, dessa postura.

¹⁸ Confira-se o voto do Min. Celso de Mello, no RE 273.834/RS: “A falta de previsão orçamentária não deve preocupar ao juiz que lhe incumbe a administração da justiça, mas, apenas, ao administrador que deve atender equilibradamente as necessidades dos súditos, principalmente os mais necessitados e doentes. (...) entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde (...) ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, (...) razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção”.

Atualmente, questiona-se que o orçamento, que haveria de ser um instrumento para o controle do Executivo ¹⁹, possa ser invocado como álibi para desobrigar o administrador do cumprimento da lei ²⁰.

CARLOS ALBERTO DE SALLES afirma que o objetivo do art. 100 da Constituição da República é “preservar a *clausura orçamentária*, para impedir a desorganização das contas do Estado, não significando uma limitação do poder jurisdicional na imposição de medidas tendentes a fazer valer as obrigações legalmente estabelecidas às entidades públicas”. Segundo o mesmo autor, a aplicação da regra do art. 100 “é pertinente apenas à execução por quantia” ²¹, não alcançando a regulação das execuções de obrigação de fazer.

De qualquer modo, seria contraditório entender que a despesa pública se encontra submetida à ordem constitucional apenas sob os seus aspectos formais (no que tange à previsão orçamentária), mas não sob os seus aspectos teleológicos. Uma lei orçamentária que não destinasse recursos aos fins essenciais do Estado estaria esvaziando a autoridade da Constituição Federal. Como afirma ANA PAULA DE BARCELLOS: “Imaginar que a influência da Constituição no que diz respeito aos gastos públicos se limitaria à formalidade de sua previsão orçamentária seria ignorar por completo a natureza normativa da Carta e dos fins materiais por ela estabelecidos. Tal concepção provocaria, ainda, uma partição inteiramente sem sentido na atividade financeira do Estado: a apuração das receitas, especialmente no que diz respeito ao direito tributário, estaria submetida aos comandos constitucionais, mas as despesas, não (!). Se é assim, e os meios financeiros não são ilimitados, os recursos disponíveis deverão ser aplicados prioritariamente no atendimento dos fins considerados essenciais pela Constituição, até que eles sejam realizados. Os recursos remanescentes deverão de ser destinados de acordo com as opções políticas que a deliberação democrática apurar em cada momento” ²².

Quando confrontado com uma demanda na qual se pleiteia a implementação de uma prestação estatal positiva, o Poder Público costuma recorrer ao discurso das restrições orçamentárias, como impedimento ao adimplemento da prestação; todavia, tal alegação deve ser analisada com reservas e sempre diante das peculiaridades do caso concreto. *A uma*, porque frequentemente se constatará

¹⁹ Historicamente, a exigência da legalidade orçamentária surgiu como exigência para o controle social da arrecadação e das despesas da Administração Pública (cfr. RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, Volume V, p. 10 e ss.)

²⁰ “... no cabe menoscabar derechos constitucionales bajo el subterfugio de no contar con medios financieros suficientes para ello. De ser así, estaríamos en una situación en la cual estaría totalmente desnaturalizada la razón misma de ser de la actividad financiera. De ser un médio para la institucionalización de um estado de derecho se convertiría en el medio idóneo para socavarlo” (HORACIO GUILLERMO CORTI, *apud* ANA PAULA DE BARCELLOS, “Educação, Constituição, democracia e recursos públicos”, in *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, p. 50, nota 45).

²¹ Ob. cit., p. 294.

²² “Educação, Constituição, democracia e recursos públicos”, in *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, pp. 48/49.

que a lei orçamentária aloca recursos para um programa de trabalho no qual se enquadraria a prestação específica demandada em juízo, e que este programa dispõe de recursos não-comprometidos suficientes para a implementação da prestação demandada. *A duas*, porque as leis orçamentárias costumam conceder ao Executivo uma margem relativamente ampla para o remanejamento de verbas orçamentárias: não é raro constatar freqüentes aberturas de crédito suplementares em favor de projetos de interesse da Administração, seja por receitas adicionais ou por cancelamento de outras alocações orçamentárias.

Por isso, freqüentemente a alegação de “ausência de previsão orçamentária” apresenta-se desprovida de credibilidade, seja pela existência de autorização para despesas em projeto de trabalho contido no orçamento, seja porque a lei orçamentária permite ao Poder Executivo promover significativos remanejamentos na destinação dos recursos²³. Se, diante de um caso concreto, o único meio eficaz de atender ao comando da lei for a redistribuição de verbas orçamentárias, parece claro que o administrador estará obrigado a proceder a tal remanejamento, nos limites autorizados pela lei orçamentária²⁴. Naturalmente, esta assertiva conduz a cogitar-se da possibilidade de intervenção judicial na alocação de recursos orçamentários, questão que será abordada no item 5.4 deste trabalho.

4.3 A “RESERVA DO POSSÍVEL”

Outra categoria de objeções à implementação de prestações estatais positivas invoca a denominada “reserva do possível”: dado que os recursos públicos são escassos, seria impossível exigir a satisfação plena e imediata de todas as pretensões que são dirigidas contra o Estado. Assim, aplicar-se-ia o antigo brocardo: *ad impossibilia nemo tenetur*.

Argumenta-se que o princípio da efetividade é uma mera utopia, que teria restado superada com a derrocada do modelo do Estado Social. Como todos os direitos têm um custo para o Estado, a implementação maximizada desses direitos conduziria à falência do ente público.

²³ Estas questões foram enfrentadas em interessantíssimo precedente jurisprudencial, narrado por MARCOS MASELLI em sua magistral obra *Controle Judicial das Omissões Administrativas*, p. 384. Tratou-se da execução de Termo de Ajustamento de Conduta celebrado entre o Ministério Público e o Município de Macaé, para a implantação de abrigos e de outros programas previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente. Na ocasião, o Ministério Público, através do Promotor EMERSON GARCIA, além de apresentar estimativa dos custos da execução das obras, para demonstrar sua viabilidade, apresentou em juízo a lei orçamentária do Município, que autorizava o Poder Executivo a promover amplo remanejamento de recursos. A decisão do Juízo da Vara de Família, Infância e Juventude reconheceu, na ocasião, que “não há óbice à efetivação (do TAC) em termos de dotação orçamentária, quer porque firmado no exercício próximo passado, quer porque (a lei orçamentária) autoriza o Executivo a transpor, remanejar ou transferir recursos orçamentários no valor de até 70% de suas despesas, quer porque os valores necessários ao cumprimento da obrigação revelam-se irrisórios frente às finanças municipais”.

²⁴ Invoque-se, neste particular, a doutrina de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, que ressalta que o administrador tem o “dever de adotar a solução mais adequada” à satisfação do interesse público (*Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 48).

Este é um argumento particularmente problemático, na medida em que questiona uma das premissas sobre as quais se assenta a presente tese: o princípio da *efetividade*, que pressupõe que o Estado-Juiz possa, através de implementação judicial, assegurar a todos a fruição dos direitos sociais. A objeção levantada é, ao menos em parte, procedente.

Atente-se, desde logo, que o Judiciário tende a aplicar “dois pesos e duas medidas”, ao avaliar o impacto de suas decisões sobre as finanças públicas. Nas lides que versem sobre direitos individuais (sejam, por exemplo, desapropriações milionárias, ou restituições de anos de tributos pagos por grandes empresas), o Judiciário habitualmente despreza as possíveis repercussões de suas decisões sobre os recursos públicos; mas ao se pleitear a implementação de políticas públicas em sede de ação civil pública, o Judiciário parece reagir como se o pedido formulado representasse grave risco de desequilíbrio de todo o orçamento estatal, sem se importar com a avaliação do real impacto financeiro da medida pleiteada²⁵. Todavia, não se vislumbra qualquer justificativa plausível para se adotar a “reserva do possível” em uma hipótese e recusar-lhe aplicação na outra²⁶, mormente quando se considera que a tutela dos direitos individuais implicam, igualmente, em ônus sobre os cofres públicos²⁷.

²⁵ “Na ausência de um estudo mais aprofundado, a *reserva do possível* funcionou muitas vezes como o mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais. A iminência do terror econômico, anunciada tantas vezes pelo Executivo, cuidava de reservar ao Judiciário o papel de vilão nacional, caso determinadas decisões fossem tomadas” (ANA PAULA DE BARCELLOS, “Educação, Constituição, democracia e recursos públicos”, in *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, p. 45).

²⁶ Questiona MARCOS MASELLI: “Com base em que o Judiciário, por exemplo, deixa de acolher ações visando ao desmembramento de centros de internação que abrigam mais de 40 adolescentes, se a Constituição e a Lei nº 8069/90 deixam subentendida a existência de algum limite (para conforto mínimo e segurança dos jovens) e a normatização do CONANDA fixa expressamente este número? Se é apenas em virtude da possível limitação de recursos, então nenhuma outra condenação deveria recair sobre o Estado, nem mesmo – por exemplo – condenações ao pagamento de indenizações ou à restituição de tributos pagos indevidamente. Porque estas duas situações são tratadas de forma distinta, uma vez que se afiguram equivalentes no que tange à sua onerosidade?” (ob. cit., pp. 265/266).

²⁷ “(...) os direitos sociais não são os únicos a custar dinheiro, e esse é um ponto fundamental. Também os direitos individuais e os políticos demandam gastos por parte do Poder Público. São necessários recursos públicos, *e.g.*, para a manutenção da polícia e dos bombeiros, cuja função principal é proteger não apenas a vida, mas também a propriedade, direito tipicamente individual. Boa parte da atuação do Poder Judiciário – que custa dinheiro, lembre-se – destina-se à proteção dos direitos individuais, como a propriedade, diversas formas de expressão da liberdade, a honra, a imagem *etc.* O cadastramento eleitoral e a realização de eleições, para não alongar os exemplos, também dependem de recursos públicos. Assim, a diferença entre os direitos sociais e os individuais, no que toca ao custo, é uma questão de grau, e não de natureza. Ou seja: é mesmo possível que os direitos sociais demandem mais recursos do que os individuais, mas isso não significa que estes apresentem custo zero. Desse modo, o argumento que afastava, *tout court*, o atendimento dos direitos sociais pelo simples fato de que eles demandam ações estatais e custam dinheiro não se

A doutrina mais moderna tem reconhecido os limites do princípio da efetividade, seja sob o aspecto metodológico ²⁸, seja sob o aspecto prático (destacando-se, neste último, a questão da finitude e da escassez de recursos do Estado). Portanto, diante de casos em que a efetividade dos direitos assegurados pela lei ou pela Constituição possa efetivamente comprometer as finanças do Estado, de modo a causar risco para o desempenho de outras funções estatais essenciais, pode ser que o princípio da efetividade haja de ceder diante da ponderação dos interesses em confronto.

Embora pareça incontestável que pretensões deduzidas em face do Estado se submetam à reserva da possível, o que não se pode admitir é a “presunção de impossibilidade” de qualquer lei que imponha condutas à Administração. Toda regra jurídica se reveste, ao menos, de uma obrigatoriedade *prima facie* (à primeira vista), ainda que esta possa ceder em casos excepcionais, devidamente demonstrados.

Para LUIS ROBERTO BARROSO, se a lei atribui um direito, o mesmo só não será sindicável se for “evidente e demonstrável” a impossibilidade de sua realização no mundo dos fatos. Mas, como ressalta MARCOS MASELLI, a impossibilidade fática não é o único óbice legítimo à implementação de um direito: a efetivação desta prestação poderá colidir com outras posições jurídicas relevantes ou demandar recursos necessários para “outros objetivos políticos essenciais”, de modo a comprometer a satisfação de outros direitos assegurados pela ordem jurídica.

O princípio do acesso à justiça e da efetividade dos direitos estão sujeitos, portanto, à ponderação diante de outros valores. O aplicador do direito há de ampliar sua compreensão da “ordem jurídica justa” a ser implementada, de modo a visualizar não somente a perspectiva microscópica dos interesses imediatamente deduzidos em juízo, mas a perspectiva macroscópica de todas as possíveis repercussões sociais de sua efetivação: quando a implementação de uma pretensão difusa ou coletiva possa reverter em prejuízo para outros interesses sociais, há de se proceder ao princípio da ponderação, para buscar um ponto de equilíbrio entre os interesses em conflito. Imagine-se, por exemplo, que o valor do salário mínimo fosse imediata e integralmente reajustado de modo a atender a todas as exigências do art. 7º, IV da CF/88 (valor que, segundo estimativas do DIEESE, corresponderia a mais de R\$ 1.400,00): parece indiscutível que tal medida inviabilizaria as finanças do Poder Público (particularmente no campo da previdência social), além de ter gravíssimas conseqüências no campo econômico.

sustenta. Também a proteção dos direitos individuais tem seus custos, apenas se está muito acostumado a eles” (ANA PAULA DE BARCELLOS, ob. cit., p. 46).

²⁸A afirmação da efetividade dos direitos pouco ou nada esclarece acerca do conteúdo do direito, nem oferece critérios para identificar o ponto de equilíbrio entre interesses conflitantes, hipótese em que a afirmação da “efetividade” de um direito implicará em negar “efetividade” ao direito que lhe é contraposto.

Todavia, a verificação de uma colidência (ou possibilidade de colidência) entre a pretensão deduzida em juízo e outras atividades desempenhadas pelo ente público não é suficiente para afastar-se ou restringir-se a obrigatoriedade da lei. Como já se afirmou anteriormente, não existe “opção discricionária” pelo descumprimento da lei: pode haver, porém, casos extremos em que o cumprimento (ao menos, o cumprimento integral e imediato) da lei possa causar ao interesse público (na perspectiva macroscópica) prejuízos maiores do que o seu descumprimento²⁹.

Ao se admitir essa exceção, todavia, não se estará reconhecendo ao Executivo uma “opção” pelo cumprimento (ou descumprimento) da lei, conforme lhe parecer conveniente ou oportuno: o administrador haverá de *demonstrar* que o custo da implementação da prestação exigida em lei não poderá ser suportado sem prejuízo a outras atividades essenciais do Estado, ou comprometimento à economia pública. “Para que o não-reconhecimento do direito prestacional seja legítimo, deve o juiz basear-se não em uma dificuldade presumida, mas sim na comprovação cabal da absoluta insuficiência do Erário”³⁰.

Do confronto entre a obrigatoriedade *prima facie* das prestações exigidas pela Constituição e pela lei (em particular no campo dos direitos fundamentais, como a vida, a saúde e a educação) e as limitações do Erário (“reserva do possível”), decorre o princípio da *prioridade*. Como afirma MARCOS MASELLI: “O que resta da auto-aplicabilidade, quando cotejada com o condicionamento representado pela reserva do possível, é o predicado de prioridade. Assim, quando a Administração deixa de realizar determinado direito, mas efetua outras prestações, torna-se possível cotejar essas alocações de recursos, de modo a aferir se há título de prioridade em favor da prestação que deixou de realizar”³¹.

A alocação de recursos públicos em projetos sujeitos a juízos de “conveniência e oportunidade” da Administração, em detrimento da implementação de prestações positivas exigidas pela ordem constitucional, serve de evidência da disponibilidade de recursos públicos que poderiam ser destinados para implementação dos “deveres do Estado”, o que afasta a invocação da “reserva do possível”. Nessa hipótese, o Poder Público terá o dever de remanejar os recursos, indevidamente destinados a finalidades não essenciais, para atender à tutela dos direitos fundamentais, aos quais a Constituição outorgou inquestionável prioridade.

Por idêntico raciocínio, parece claro que o Judiciário poderá determinar a realização de prestações positivas estatais no campo dos direitos da infância e juventude, qualificados pelo art. 227 da Constituição da República como tendo “prioridade absoluta”, inclusive mediante o remanejamento de recursos públicos

²⁹ Cogite-se da patologia da “insinceridade normativa”, nos dizeres de LUIS ROBERTO BARROSO, verificada quando o texto legal outorga “direitos” cuja implementação seja incompatível com as reais disponibilidades do Erário (p.ex., uma norma que assegurasse a todos o direito a uma habitação custeada pelo ente público).

³⁰ MARCOS MASELLI, ob. cit., pp. 88.

³¹ Ob. cit., p. 249/250.

destinados a projetos que não gozem de prioridade legal e constitucional.

Afinal, a Administração Pública tem liberdade para escolher suas prioridades políticas, mas é obrigada a respeitar as prioridades que a Constituição e a lei já elegeram de antemão ³².

5. MEIOS DE IMPLEMENTAÇÃO DE PRESTAÇÕES ESTATAIS POSITIVAS

Superada a controvérsia acerca da possibilidade (e traçados alguns limites) da tutela jurisdicional de interesses voltados para a realização de prestações estatais positivas (em particular no campo das “obrigações de fazer”), passa-se a traçar um breve painel dos instrumentos processuais que poderão ser utilizados para a implementação dessas prestações.

Estes meios podem ser classificados em duas categorias: *meios de coerção* (através dos quais são aplicadas sanções ao devedor, como a multa e a prisão civil, a fim de estimulá-lo a praticar o ato que lhe incumbe) e *meios de subrogação* (através dos quais o Juízo promove a substituição do devedor, de modo que a prestação é realizada através de terceiro ou do próprio Judiciário).

5.1 - MULTA

A aplicação de multas diárias, devidas pelo descumprimento da obrigação (fixada liminar ou definitivamente), é um dos meios coativos tradicionais do Direito brasileiro, que colheu inspiração das *astreintes* do Direito francês.

O art. 11 da Lei nº 7.347/85 expressamente dispôs acerca da possibilidade de cominação de “multa diária” pelo descumprimento das prestações demandadas através de ação civil pública; todavia, o mesmo diploma legal prevê que a multa liminar somente se tornaria exigível após o trânsito em julgado da sentença (art. 12, § 2º da Lei nº 7.347/85).

Essa limitação virtualmente esvazia o poder de coerção da multa liminar, mormente em face do poder público: diante da morosidade do Judiciário e das amplas possibilidades recursais no sistema processual pátrio, é provável que o trânsito em julgado da sentença (e portanto, a cobrança da multa) somente venha a ocorrer anos depois de uma decisão liminar que tenha fixado multa, possivelmente em gestão posterior à do atual administrador. Além disso, quando a multa acumula valores extremados diante da contumaz inadimplência da Administração, esta freqüentemente se vale da complacência do Judiciário, que,

³² *Cfr.*, neste sentido, o seguinte precedente da 7ª Câmara do TJRS: “A CF, em seu art. 227, define como prioridade absoluta as questões de interesse da criança e do adolescente; assim, não pode o Estado-membro, alegando insuficiência orçamentária, desobrigar-se da implantação de programa de internação e semiliberdade para adolescentes infratores, podendo o Ministério Público ajuizar ação civil pública para que a Administração Estadual cumpra tal previsão legal, não se tratando, na hipótese, de afronta ao poder discricionário do administrador público, mas de exigir-lhe a observância de mandamento constitucional” (Ap. 596.017, in RT 743/132).

gozando da prerrogativa de reduzir as multas excessivas (art. 644, parágrafo único do CPC), dificilmente destinará ao Fundo previsto no art. 13 da LACP um grande volume de recursos públicos, que poderão ser necessários para o desempenho das demais funções públicas estatais.

Ainda no campo da multa, outra relevante novidade introduzida na reforma do CPC foi o recente acréscimo do inciso V e do parágrafo único ao art. 14 do CPC, introduzidos pela Lei nº 10.358/2001, prevendo a aplicação de multa ao agente que descumprir ou embaraçar a efetivação de provimentos judiciais.

Em função deste dispositivo, passou a ser possível promover a cobrança de *multa pessoal* em face do administrador público que se recusa a implementar a prestação positiva determinada pelo Judiciário. A experiência prática vem demonstrando que o risco de perda de patrimônio pessoal do administrador vem exercendo função intimidatória muito mais eficazmente do que a possibilidade de cobrança de multa a ser suportada pelo erário público.

A referida multa pessoal, todavia, provavelmente será menos eficaz quando incida sobre autoridades que ocupam cargos de alto escalão no Estado ou na União, uma vez que a lei outorga a "cobrança" da multa aos referidos entes políticos (embora fosse mais adequado, *de lege ferenda*, que o Ministério Público ou outro co-legitimado pudesse executar referida multa em favor do Fundo a que se refere o art. 13 da Lei da Ação Civil Pública).

5.2. - SANÇÕES CRIMINAIS

A rigor, a aplicação de sanções criminais contra o administrador que descumpra determinação judicial não tem função coercitiva, mas sim punitiva; porém, insere-se no contexto dos meios coercitivos, na medida em que a cominação de sanções criminais certamente destina-se a estimular o agente público a atender à determinação judicial.

Controverte-se qual seria a tipificação do delito praticado pelo servidor público que descumprir determinação judicial: crime de desobediência (art. 330 do Código Penal, no qual se comina pena de 15 dias a 6 meses de detenção) ou de prevaricação (art. 319 do CP, com pena de 3 meses a um ano de detenção).

Parcela expressiva da jurisprudência adota o entendimento (consagrado, inclusive, no Enunciado Criminal nº 6 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro³³) de que o crime de *desobediência*, por ser inserido no capítulo dos crimes dos "particulares" contra a Administração Pública, não poderia ser praticado por agente público. A este caberia, tão somente, a imputação pelo crime de prevaricação.

³³ "O descumprimento de ordem judicial por agente público caracteriza crime de prevaricação".

Tal entendimento, todavia, poderia conduzir à impunidade do agente público que descumprir ordem judicial: com fundamento na descrição do elemento subjetivo do tipo (dolo específico) do crime de prevaricação (retardar ou deixar de praticar ato de ofício, “para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”), alguns julgados têm entendido que o agente público que descumpra a ordem judicial, atendendo a determinação de seus superiores, não estaria agindo por “interesse pessoal”, afastando-se deste modo a incidência da norma penal. Este entendimento, acolhido pelo STJ no HC 1351-6, é criticado por EDUARDO TALAMINI, que recorda que a ordem superior que determina o descumprimento de decisão judicial é “manifestamente ilegal”, não incidindo, portanto, a excludente da obediência hierárquica, prevista no art. 22 do Código Penal.

De toda sorte, a possibilidade de aplicação de sanções criminais ao agente público que se recusa a cumprir uma determinação judicial tem sido de reduzida efetividade, seja em função da raridade com que estes casos são levados à Justiça (mormente nas hipóteses de autoridades que gozam de prerrogativa de foro), seja pela aplicação pouco efetiva da transação penal a que se refere a Lei nº 9.099/95, uma vez que se trata de delito de menor potencial ofensivo³⁴; ou seja pela reação pouco enérgica do Judiciário face a este tipo de conduta.

5.3 - PRISÃO CIVIL

Diversamente da sanção criminal anteriormente descrita, a prisão civil não está voltada para a punição da desobediência, mas sim como verdadeira medida coercitiva. Neste caso, a prisão visa a coagir o devedor ao cumprimento da obrigação; uma vez prestado o fato, cessaria o fundamento da privação de liberdade.

No direito brasileiro, tal modalidade extrema de coação é tradicionalmente admitida somente contra o devedor de alimentos ou o depositário infiel, nos termos do art. 5º, LXVII da CF/88.

Todavia, têm surgido reclamos doutrinários³⁵ por um instrumento de coação assemelhado ao *civil contempt of court* do sistema da “*common law*”, que concede ao Judiciário amplos poderes para determinar a privação de liberdade daqueles que descumprem as determinações judiciais. Espera-se, com isso, lograr resgatar a efetividade das já desacreditadas decisões do Judiciário³⁶.

³⁴ Embora EDUARDO TALAMINI vislumbre na aplicabilidade da transação penal um forte estímulo ao cumprimento da ordem judicial (ob. cit., pp. 313/318), a prática forense massificada dos Juizados Especiais Criminais freqüentemente se contenta com prestações meramente assistenciais (p. ex., fornecimento de cestas básicas), afastando-se do que haveria de ser o enfoque principal do instituto, ou seja, a cessação e reparação das ilegalidades cometidas.

³⁵ Destaque-se, neste sentido, a proposta de acréscimo de parágrafo ao art. 14 do CPC, defendida por ADA PELLEGRINI GRINOVER no artigo “Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o *contempt of court*”, in *RePro* 102/219.

³⁶ “Não admitir a prisão como forma de coerção indireta é aceitar que o ordenamento jurídico apenas proclama, de forma retórica, os direitos que não podem ser efetivamente tutelados sem que a jurisdição a tenha em suas mãos para prestar tutela jurisdicional efetiva. Soará absolutamente

Sustentam estes autores que, nestes casos, não se estaria diante de uma “prisão por dívidas”, vedada pela Constituição, mas sim de uma prisão pela prática de ato atentatório à dignidade e autoridade da Justiça.

Grassa controvérsia acerca da extensão da expressão “prisão por dívida”, em particular quanto à eventual incidência da vedação constitucional quando o Judiciário determinar a realização de prestações de natureza não-pecuniária³⁷.

Um outro aspecto da prisão civil, pouco explorado na doutrina e na jurisprudência, diz respeito ao alcance do conceito de “dívida alimentar”.

Alguns autores vislumbram a possibilidade de invocar o cabimento da prisão civil, não somente para assegurar o pagamento de alimentos em sede do direito de família (ou da dívida alimentar decorrente da prática de ilícito, conforme as normas de responsabilidade civil), mas para *toda prestação de natureza alimentar*, cujo adimplemento seja necessário para a subsistência do credor.

Com efeito, o atributo fundamental de uma dívida alimentar é a *essencialidade* do direito tutelado: o inadimplemento da prestação justifica a prisão do devedor precisamente na medida em que importa em risco à dignidade humana (e à própria sobrevivência) do credor. O direito à liberdade do devedor somente pode ceder perante um direito ainda mais valioso: o direito do credor à sua própria subsistência³⁸.

Por isso, sugere MARCOS MASELLI, deve-se adotar um “conceito mais elástico de dívida alimentar”, para abranger toda prestação relativa a direitos fundamentais. Na mesma linha, EDUARDO TALAMINI afirma que a dívida de alimentos “abrange todo e qualquer crédito cuja função precípua seja a de possibilitar a subsistência digna do credor”³⁹.

falsa e demagógica a afirmação da Constituição Federal, no sentido de que ‘todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as futuras gerações’ (art. 225, *caput*), se não for viável a utilização da prisão como meio de coerção indireta. Seria o mesmo que interpretar esta norma constitucional como se ela dissesse que o meio ambiente, embora fundamental para a sadia qualidade de vida e para as futuras gerações, infelizmente não pode ser efetivamente tutelado em face de um réu que não se importa com os efeitos da multa” (LUIZ GUILHERME MARINONI, *Tutela Inibitória (individual e coletiva)*, p. 233).

³⁷ Segundo OVIDIO BAPTISTA DA SILVA, das duas hipóteses excepcionais previstas no art. 5º, LXVII da CF/88, somente uma trata de prestação pecuniária (dívida alimentar); se a outra hipótese excepcional se refere a uma dívida não-pecuniária (restituição do bem depositado). *A contrario sensu*, sustenta o autor que os demais casos de dívidas de natureza não-pecuniária não admitiriam prisão civil (*Do processo cautelar*, comentário aos arts. 855 e 856, p. 535). Diverge deste entendimento LUIZ GUILHERME MARINONI, segundo o qual a norma constitucional não visa proibir toda e qualquer prisão civil, mas apenas a “prisão por dívidas”; estender a vedação a qualquer espécie de prisão civil, segundo o autor, seria esvaziar o significado da expressão “dívida” (*Tutela Inibitória (individual e coletiva)*, p. 231).

³⁸ “A despeito da imensa importância da liberdade individual, é razoável ameaçar-se o devedor com sua momentânea restrição quando não restar alternativa hábil à garantia de prestação essencial à existência condigna de outrem” (grifos no original – MARCOS MASELLI, ob. cit., pp. 299/300).

³⁹ “Prisão civil e penal e ‘execução indireta’ (a garantia do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal)”, in *RePro* 92/46.

Logo se vê, portanto, que a Fazenda Pública também poderá ser considerada “devedora de alimentos”; nesta linha, por exemplo, caso um agente público se recusasse a fornecer medicamentos essenciais para a sobrevivência de um doente, ou a promover reparos em equipamento médico essencial para a sobrevivência de pacientes internados, poderia ser decretada a sua prisão civil até o adimplemento da prestação.

5.4 - MEIOS DE SUBROGAÇÃO

A modalidade tradicional de subrogação da conduta do devedor encontra-se regulamentada nos arts. 634 e ss. do CPC, e consiste na possibilidade de execução da obrigação fungível pelo credor ou por terceiro, às custas do devedor. O CPC estabelece um minucioso procedimento de “concorrência” para escolha do terceiro que irá prestar o fato, o que torna esta modalidade de execução extremamente burocrática, pouco atraente e notoriamente ineficiente.

Por outro lado, a execução por conta própria pode ser eficaz para o implemento de obrigações de menor complexidade (por exemplo, no que diga respeito a remoção de coisas, que poderia ser obtida através de força policial); todavia, a maior parte das prestações positivas demandadas em ação civil pública exigem recursos financeiros e técnicos que excedem as capacidades do Ministério Público ou das demais entidades legitimadas para a tutela coletiva.

Logo, normalmente se faz necessário o recurso a outros expedientes, que possam oferecer um resultado mais efetivo do que o instrumental tradicional da legislação processual.

Nos casos em que a pretensão dirigida contra o Estado verse sobre prestações juridicamente infungíveis, poder-se-á cogitar de seu suprimento por decisão do próprio Judiciário.

Imagine-se, por exemplo, um pedido dirigido contra uma escola que se recusasse a fornecer diplomas de segundo grau ou contra uma autoridade que, injustificadamente, se recusasse a conceder licença para o funcionamento de uma estação de tratamento de esgoto, que houvesse comprovadamente atendido a todos os requisitos legais e técnicos para tanto. Nestas hipóteses, o resultado que seria obtido através do ato da autoridade poderá ser obtido por intermédio de decisão judicial, que se substituirá ao ato administrativo para constituir o direito pretendido (concedendo-se aos interessados um título judicial com eficácia equivalente ao diploma escolar ou à licença ambiental) ⁴⁰.

⁴⁰ Neste sentido, desenvolveu-se experiência pioneira em ação civil pública proposta pelas Promotorias de Defesa da Cidadania, na Capital do Estado do Rio de Janeiro, em ação na qual se pleiteava ao Judiciário a posse de policiais civis aprovados em concurso e nomeados pelo anterior Chefe do Poder Executivo. Diante da reiterada recusa da autoridade em atender à determinação judicial, solicitou-se ao Judiciário a “posse judicial” dos policiais civis, requerimento que, todavia, não chegou a ser acolhido pelo Judiciário.

Retorne-se, agora, ao tema da exigência de prestação estatais positivas, diante de uma previsão orçamentária insuficiente (*cf.* item 4.2 deste trabalho), para discutir os possíveis meios de intervenção judicial em matéria orçamentária.

Naturalmente, a intervenção direta do Judiciário em matéria orçamentária deve ser evitada ao máximo possível: será sempre mais eficiente, e menos traumático, incentivar o Poder Público ao adimplemento da prestação, que poderá ser planejada, orçada e programada pela Administração Pública e, posteriormente, discutida entre o Ministério Público e o órgão administrativo competente, com vistas à realização de termo de ajustamento de conduta (*cf.* art. 5º, § 6º da LACP, introduzido pelo CDC).

Para o fim de assegurar a implementação da prestação, o Ministério Público poderá conceder prazos mais alongados para o cumprimento da obrigação (mormente nas hipóteses em que se pleiteiam prestações de alta complexidade, como ocorre, por exemplo, em matéria ambiental - *p. ex.*, a remediação de uma área contaminada), de modo a possibilitar a inclusão de verbas suficientes para a realização da prestação no próximo exercício orçamentário, superando, deste modo, eventuais questionamentos acerca da compatibilidade da atual previsão orçamentária com a pretensão requerida.

Por outro lado, caso não haja consenso entre as partes e os recursos orçados (e não previamente empenhados) sejam insuficientes para assegurar a efetivação da prestação, o MP poderá requerer ao Judiciário que determine à Administração que seja incluída, no projeto de lei orçamentária do exercício vindouro, previsão de recursos orçamentários suficientes para cumprimento da obrigação.

MARCOS MASELLI afirma que tal procedimento seria análogo a um precatório em favor do próprio Estado: se o Poder Judiciário pode estipular a destinação de recursos públicos para o particular, parece admissível, *a fortiori*, que determine o direcionamento destas verbas para o aparelhamento do próprio Estado ⁴¹.

LUIZ GUILHERME MARINONI também defende a possibilidade de o Judiciário impor à Administração a disponibilização orçamentária dos recursos necessários para o cumprimento de sua obrigação legal: "(...) Justamente porque não se pode isentar a Administração dos seus deveres em virtude da falta de disponibilidade orçamentária, nada impede que a tutela inibitória ordene a realização da incumbência devida pela Administração e, alternativamente, a disponibilização, em orçamento, do valor necessário para a consecução de sua obrigação legal. Se a Administração demonstrar incapacidade orçamentária para cumprir, prontamente, o determinado pela tutela inibitória, a multa incidirá apenas para

⁴¹ Ob. cit., p. 314. O mesmo autor sustenta a possibilidade de o Judiciário se utilizar dos recursos do Fundo previsto no art. 13 da Lei nº 7.347/85 para financiar a implementação da prestação determinada pelo Juízo, relativa a direitos transindividuais, mediante posterior ressarcimento do Erário no exercício financeiro subsequente (ob. cit., pp. 304/305). Na mesma linha, poder-se-ia cogitar da condenação do Estado à destinação de recursos para um fundo judicial *ad hoc*, constituído e administrado pelo juízo da causa ou por um auxiliar do juízo, que se destinaria à implementação da prestação positiva demandada do Poder Público naquele caso específico.

obrigá-la a disponibilizar o valor suficiente e necessário para o cumprimento do seu dever, reafirmado pela tutela inibitória que não pôde ser observada.”⁴²

No mesmo sentido, CARLOS ALBERTO DE SALLES entende que, nas hipóteses em que inexistir dotação orçamentária suficiente para a implementação da obrigação de fazer estatal, poderá haver “interferência judicial” no campo do “planejamento orçamentário”.

Todavia, poder-se-ia cogitar de hipóteses em que a prestação se faça necessária com tal urgência, que não se possa aguardar a inclusão de previsão orçamentária no exercício seguinte. Pense-se, por exemplo, em uma situação de risco iminente de um desastre ambiental de grandes proporções: um depósito de rejeitos tóxicos estaria prestes a se romper e contaminar uma área densamente habitada; uma obra emergencial de contenção precisa ser realizada com urgência, mas o custo desta obra excede os limites da previsão orçamentária disponível para aquele exercício. Diante de uma situação de risco grave e iminente, o Poder Executivo não poderá “optar” pela omissão, mesmo sob o argumento da ausência de previsão orçamentária, mormente quando a lei lhe autorizar a proceder ao remanejamento de recursos orçamentários. Recorde-se que o administrador está obrigado, no exercício da discricionariedade administrativa, a realizar a escolha mais adequada para a satisfação do interesse público; e se não o fizer, sujeita-se ao controle do Judiciário para correção da ilegítima ação ou omissão.

Por esses motivos, há que se admitir, em tese, a possibilidade de o Judiciário determinar ao administrador que promova o remanejamento de verba orçamentária em favor do programa de trabalho no qual se insere a prestação exigível, nos termos e limites autorizados pela lei de orçamento, facultando-se-lhe a liberdade de escolher o montante e a origem dos recursos a serem direcionados ao referido programa. Todavia, caso a Administração se recuse a realizar tal remanejamento, o Judiciário estará legitimado a suprir este ato administrativo⁴³, substituindo-se à Administração para determinar o valor a ser transferido e escolher um programa menos prioritário cujas verbas orçamentárias serão relocadas, quando este for o único meio hábil a assegurar ao Judiciário o desempenho de sua função de garantir a implementação de uma “ordem jurídica justa”.

⁴² *Tutela Específica*, pp. 119/120.

⁴³ Em sentido contrário, CARLOS ALBERTO DE SALLES parece entender que somente seria cabível a adoção de meios coativos, e não de meios subrogatórios, em matéria orçamentária: “Em qualquer hipótese, a atividade jurisdicional não poderá substituir diretamente a atividade do administrador na gestão orçamentária, devendo ser imposta mediante medida constritiva ao agente público responsável” (“Ação civil pública contra omissões do Poder Público: limites e possibilidades”, in *Processo Civil e Interesse Público: O processo como instrumento de defesa social*, p. 216). No sentido do texto, ANA PAULA DE BARCELLOS entende cabível o “empenho imediato pelo juiz” dos recursos necessários para a implementação do direito à educação (ob. cit., p. 56). Anote-se, ainda, que já há previsão legislativa admitindo que o Judiciário promova o “seqüestro de numerário” de entes públicos federais, para efetivação dos julgados dos Juizados Especiais Federais, independentemente de precatório (art. 17 da Lei Federal nº 10.259/01).

Trata-se, por fim, da intervenção judicial em órgãos públicos, cuja viabilidade é sustentada por CARLOS ALBERTO DE SALLES, em sua magnífica obra *Execução Judicial em Matéria Ambiental*, nas hipóteses em que o único modo de assegurar a implementação de uma obrigação de fazer seja “transferir para o comando o supervisão do juízo o desempenho de certas atividades”⁴⁴.

A solução proposta é inspirada nas *structural injunctions* do direito norte-americano: lá, admite-se a intervenção do Judiciário para promover a reforma de instituições (públicas ou privadas) que adotem práticas ilegais de forma generalizada e contumaz. Na experiência norte-americana, o emprego das *structural injunctions* foi instrumental para a afirmação do movimento pelos direitos civis, quando se fazia necessária a implementação de mudanças organizacionais, por exemplo, nas escolas que funcionavam sob o regime da segregação racial ou na reforma do sistema penitenciário (*prison reform cases*). Normalmente, esta intervenção se dá através de auxiliares do Juízo: *recievers*, aos quais se transfere o poder de gestão sobre a instituição, ou *masters*, aos quais incumbe apenas a supervisão da instituição, para acompanhamento do atendimento às determinações judiciais.

MARCOS MASELLI se opõe à solução da intervenção judicial, não por entender juridicamente impossível sua implementação, mas por reputá-la inconveniente sob o aspecto prático, uma vez que o Judiciário brasileiro não dispõe de estrutura ou capacidade técnica, nem goza de condições políticas que lhe possibilitem assumir a responsabilidade pela administração de órgãos públicos. O autor admite, porém, que o Juízo possa montar uma equipe de supervisores judiciais para acompanhamento da execução das obrigações impostas ao ente público.

Até mesmo por sua tradicional aversão ao ativismo judicial, o Judiciário brasileiro dificilmente assumiria responsabilidades de gestão administrativa⁴⁵. A despeito disto, pode-se cogitar da intervenção judicial em órgãos públicos como uma afirmação *in extremis* da efetividade do processo: quando restassem frustrados todos os meios para suprimimento da omissão do administrador, admitir-se-ia que o Judiciário, ainda que através de um auxiliar, passasse a praticar diretamente os atos administrativos da esfera do Poder Executivo, necessários para a implementação de uma prestação positiva. Evidentemente, trata-se de

⁴⁴ Ob. cit., p. 294.

⁴⁵ A possibilidade de “intervenção” judicial em órgãos públicos goza de autorização legal expressa, todavia, no que tange a entidades públicas de atendimento à criança e ao adolescente, nos termos do art. 97, I, b e c da Lei nº 8.069/90; parece pacífico admitir-se, portanto, o afastamento dos dirigentes de entidades desta natureza, em incidente no contexto da implementação de uma determinação judicial por parte da referida entidade de atendimento. CARLOS ALBERTO DE SALLES menciona também as hipóteses do art. 63 da Lei nº 8.864/92 e dos arts. 677/679 do CPC, como casos de intervenção judicial, embora dirigidas contra empresas privadas (Ob. cit., p. 219).

uma medida extrema; porém, não se pode descartar, *a priori*, a possibilidade de existirem casos igualmente extremos a justificar sua adoção.

6. CONCLUSÃO

De tudo quanto se expôs, podem ser extraídas, em síntese, as seguintes conclusões:

- a) a Constituição de 1988 consagrou uma nova categoria de direitos, de natureza transindividual, ao mesmo tempo em que ampliou a possibilidade de acesso à justiça para a efetivação de interesses dessa natureza, conferindo ao Ministério Público a função de promover a sua tutela processual;
- b) ao acolher a tutela jurisdicional de interesses transindividuais, a CF/88 redimensionou o regime de separação de poderes, reconhecendo no Judiciário uma instância legítima para vindicar a efetivação dos deveres do Estado para com a sociedade, ao mesmo tempo em que reconhecia no Ministério Público um “porta-voz” dos interesses da sociedade civil;
- c) o tradicional entendimento segundo o qual seriam juridicamente impossíveis os pedidos de prestações positivas que impliquem em despesas do Estado não mais se justifica no atual regime constitucional;
- d) diante de um comando legal dirigido contra o Estado, este não tem margem de liberdade para optar pelo descumprimento da norma, uma vez que inexistente discricionariedade *contra legem*;
- e) ao exigir do Estado a implementação de prestações positivas, o Ministério Público não estará solicitando ao Judiciário que invada seara que lhe seja alheia, mas sim que exerça sua função típica de solução de conflitos de interesses (ainda que de natureza transindividual), mediante aplicação da lei;
- f) o princípio da legalidade orçamentária não exige a Administração Pública do cumprimento dos deveres que lhe são impostos pela Constituição ou que dela decorram;
- g) a efetivação dos direitos transindividuais pode ceder diante da escassez de recursos públicos (reserva do possível), mas somente diante da demonstração, no caso concreto, da inviabilidade de realização imediata da prestação;
- h) diante da insuficiência de recursos públicos, a Administração deverá priorizar as atividades estatais consideradas como essenciais pela Constituição, estando a alocação dessas verbas sujeita ao controle jurisdicional;
- i) a implementação de prestações estatais positivas pode se dar através de meios coativos, como a aplicação de multa contra o ente público ou de multa pessoal contra o agente da Administração, através de sanções criminais ou, ainda, através de meios subrogatórios;

- j) nas hipóteses em que o agente público negar prestação essencial para o sustento de terceiro (ou de uma coletividade de pessoas), será cabível a decretação de sua prisão civil;
- l) inexistindo recursos orçamentários suficientes para a implementação de uma prestação estatal positiva, o Judiciário pode impor à Administração a inclusão desses recursos no orçamento subsequente, ou, em casos urgentes, determinar o remanejamento de recursos públicos destinados a atividades não-prioritárias, dentro dos limites autorizados pela lei orçamentária;
- m) para assegurar a efetivação da prestação estatal, o Judiciário poderá nomear auxiliares para supervisão da atividade do órgão público, podendo até mesmo, caso inviabilizados os demais meios coativos e subrogatórios, determinar intervenção judicial no órgão público.

(*) EDUARDO SANTOS DE CARVALHO é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.
