

MULTA PESSOAL AO AGENTE POLÍTICO: UMA POSSIBILIDADE DE EFETIVIDADE AO INSTITUTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

PERSONAL FINES TO POLITICAL AGENTS: A POSSIBILITY OF
EFFECTIVENESS TO PUBLIC CIVIL CLAIMS

Marcio Vieira

*Especialista na Carreira do Ministério Público
Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina*

RESUMO: Este trabalho pretende analisar a possibilidade de multa pessoal ao gestor público por descumprimento de decisões judiciais que visam garantir a efetividade dos direitos sociais fundamentais. Além disso, trabalha a questão dos direitos estampados no art. 6º da Constituição Federal como fundamentais e de aplicação imediata, analisa a possibilidade do controle judicial de políticas públicas e o instrumento da ação civil pública como objeto de efetivação desses direitos e, finalmente, sugere a fixação de multa pessoal ao gestor público e não ao ente público por inércia em caso de descumprimento de obrigações que visam resguardar os direitos sociais básicos dos cidadãos.

Palavras-chave: Direitos sociais. Multa pessoal. Gestor público.

ABSTRACT: This paper intends to analyze the possibility of a personal fine to public managers for noncompliance with judicial decisions aimed at guaranteeing the effectiveness of fundamental social rights. The paper deals with the rights set forth in article 6 of the Federal Constitution as fundamental and immediately applicable. It analyzes the possibility of judicial control of public policies and the instrument of public civil claim as an object of fulfillment of these rights. The work suggests setting a personal fine for public managers and not for public entities due to inertia in case of noncompliance with obligations aimed at safeguarding the basic social rights of citizens.

Keywords: Social rights. Personal fine. Public manager.

Enviado em: 05-09-2018

Aceito em: 17-10-2018

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo busca analisar a plausibilidade jurídica de fixar multa pessoal ao gestor público decorrente da omissão estatal em implementar políticas públicas que visam garantir os direitos fundamentais sociais dos cidadãos. Para tanto, a fim de delimitar as balizas do trabalho, avaliar-se-ão os fundamentos jurídicos, doutrinários e jurisprudenciais que permitem a aplicação de *astreintes* ao agente, em razão de desobediência de comandos judiciais que buscam assegurar esses direitos.

Com a consagração dos direitos sociais, a partir do art. 6º da Constituição Federal, surge a necessidade de efetivá-los, especialmente diante do art. 5º, § 1º, do texto constitucional, que versa sobre a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Assim, diante desse contexto, sendo perceptível a omissão do poder público em efetivar os direitos sociais, extrai-se a necessidade de intervenção do Poder Judiciário para assegurá-los, quando, logicamente, esgotados os outros meios de solução dos conflitos.

Assim, considerando a ação civil pública como um dos instrumentos que pretendem resguardar os direitos sociais reclamados pela coletividade, a fim de dar efetividade à prestação jurisdicional para os casos que envolvam a implementação de políticas públicas, até mesmo como forma de evitar a dilapidação do já combalido orçamento público, emerge o ponto sensível deste artigo, qual seja, a possibilidade de imposição de *astreintes* contra a pessoa natural do gestor e não exatamente contra o Estado, em caso de descumprimento da ordem judicial.

2 DA NECESSÁRIA EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

De acordo com o art. 6º da Constituição Federal, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados constituem-se direitos sociais. Tais direitos, de acordo com Tavares (2006, p. 712), podem ser divididos em: direitos sociais dos trabalhadores; direitos sociais de seguridade social; direitos sociais de natureza econômica; direitos sociais da cultura; e direitos sociais de segurança.

Assim, dada sua topologia no texto constitucional, a Constituição Federal classificou-os como sendo fundamentais, abandonando a fórmula de textos anteriores que os localizavam em outros títulos, como, por exemplo, os relacionados à ordem econômica e social, circunstância que imprimia reduzida eficácia e efetividade a esses direitos. (SARLET, 2001, p. 17).

Vale registrar que a localização e contextualização dos direitos sociais no texto constitucional mostra-se importante em razão dos reflexos daí advindos, em especial na garantia de sua aplicabilidade, conforme o disposto no art. 5º, §1º, da Constituição Federal, ao determinar que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Nota-se que, muito embora o dispositivo antes mencionado esteja inserido no capítulo da Constituição referente aos “direitos e deveres individuais e coletivos”, a doutrina entende que sua aplicação deve abranger todas as normas relativas a direitos fundamentais previstas no ordenamento constitucional, até mesmo porque “a extensão do regime material da aplicabilidade imediata aos direitos fora do catálogo não encontra qualquer óbice no texto de nossa Lei Fundamental, harmonizando, para além disso, com a concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais consagrada, entre nós, no art. 5º, § 2º, da CF”. (SARLET, 2010, p. 16).

Os direitos sociais podem ser classificados como fundamentais de segunda geração/dimensão, uma vez que procuram conferir um caráter substancial às liberdades (direitos de primeira geração/dimensão), em que é necessária uma atuação positiva do Estado, visando conferir igualdade entre os indivíduos. Assim, de acordo com Galindo (2004, p. 59), a partir desse enfoque, não se tem a concepção de um Estado abstencionista, mas intervencionista no plano socioeconômico, em que os desprivilegiados teriam participação no bem-estar social, ou seja, possuiriam “direitos ao acesso e utilização de prestações estatais” ou, em outros termos, “direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade”.

Apesar de estarem localizadas no cume do sistema jurídico, nem sempre as normas que visam à proteção a direitos sociais, incluindo neste aspecto, as normas decorrentes da constitucionalização do direito (BARROSO, 2011, p. 376), conseguem atingir sua efetividade. Contudo, é necessário que se constate inexistir norma constitucional desprovida de eficácia e aplicabilidade. Afinal, o

compromisso constitucional relacionado aos direitos sociais, sem que o Estado tenha a possibilidade de promovê-los, não pode gerar ceticismo e frustração dos cidadãos, mas sim a busca por meios de concretizá-los.

Para tanto, exsurge o já mencionado dispositivo constitucional acerca da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias constitucionais (art. 5º, § 1º, da Constituição Federal), em que a efetividade dar-se-á, na concepção de Silva (2003, p. 164), “até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento”, concluindo que “o Poder Judiciário, a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes”.

Convém mencionar, ainda, que a questão da eficácia reduzida dos direitos sociais não está relacionada à letargia do legislador ordinário, mas sim ao processo de formular e implementar políticas públicas, em especial diante da escassez de recursos financeiros. Aliás, o legislador brasileiro é pródigo em regulamentar infraconstitucionalmente os direitos sociais, como se pode citar, por exemplo, as Leis n. 8.069/90 (infância e juventude), n. 8.080/90 (saúde), n. 8.742/93 (assistência social) e n. 9.394/96 (educação), que, embora tenham trazido mudanças significativas, muitas vezes não alcançaram a concretização esperada.

Nesse contexto, considerando a omissão de implementação das políticas públicas essenciais aos cidadãos, a fim de assegurar uma vida pautada na dignidade da pessoa humana, é trivial que o Poder Judiciário deverá intervir em políticas públicas, quando, logicamente, esgotados outros meios de solução dos conflitos.

3 DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

As políticas públicas podem ser definidas como “execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos”. (APPIO, 2007, p. 136). É por elas que o Estado poderá, de forma organizada, realizar os objetivos já previstos na Constituição Federal, especialmente com relação aos direitos fundamentais que dependam de suas ações. (BARCELLOS, 2005, p. 90).

Logo, o que se percebe é que a questão relativa à eficácia dos direitos sociais está imbricada com o controle das políticas públicas que, em alguns momentos, pode ser realizado pelo Poder Judiciário. Diante, então, de ação ou omissão do Estado, quando esvaídos os outros meios de solução dos conflitos, haverá a possibilidade de intervenção judicial nas escolhas dos Poderes Legislativo e Executivo, a fim de garantir determinada prestação social.

Sobre a intervenção do Poder Judiciário na “esfera discricionária” do ato administrativo, é maciço o entendimento jurisprudencial sobre sua possibilidade. Os precedentes do Supremo Tribunal Federal dão conta que é dever do Estado proporcionar os meios que viabilizem o exercício de direitos fundamentais dos cidadãos, razão pela qual a concretização desses direitos não pode depender de avaliações meramente discricionárias e, portanto, ainda que a formulação e execução sejam atos primariamente relacionados aos Poderes Legislativo e Executivo, deverá o Judiciário determinar as hipóteses em que devam ser implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão “mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional”. (BRASIL, 2010b).

O orçamento, por sua vez, é o instrumento essencial para realização das políticas públicas, de forma que o controle judicial da execução desses programas, que tendem a viabilizar os direitos sociais, passa pelo controle da disponibilidade de recursos e da execução orçamentária.

É necessário atentar, contudo, que a arrecadação dos entes estatais é limitada e, em razão disso, há que se ponderar que o Estado não poderá realizar prestações sociais que ultrapassem sua disponibilidade financeira. Logo, não se podendo ignorar a realidade fática, a questão econômica deverá corresponder a um limite para implementação dos direitos sociais, especialmente porque o direito não tem o condão de gerar os recursos para realização das políticas públicas. (SARLET, 2010, p. 327).

Surge, então, o primeiro óbice para efetivação, via controle judicial, das políticas públicas, destacando-se o conceito que a doutrina e a jurisprudência costumam denominar como teoria da reserva do possível. Esta constitui-se elemento limitador da aplicação do direito ao verberar que a efetivação dos direitos sociais está condicionada à disponibilidade fática e jurídica dos recursos necessários para consecução de determinado interesse.

A antes citada teoria trata-se, na essência, de construção jurídica alemã originária de ação judicial (caso conhecido como "*numerus clausus*") em que estudantes objetivavam frequentar instituições de ensino superior ao argumento da garantia de livre escolha de trabalho, de ofício ou de profissão. A Suprema Corte daquele país decidiu que somente se pode exigir do Estado a prestação de direito social se observados os limites de razoabilidade, uma vez que se estaria sujeito à "reserva do possível". (STIBORSKI, [2015]).

Assim, ao verificar ser impossível atender as necessidades de todos os cidadãos, o Estado deve elencar as prioridades, ou seja, selecionar quais os direitos sociais devem ser priorizados. Essa "escolha trágica", denominação utilizada para respaldar a opção entre um e outro investimento, é realizada pelo administrador quando propõe a elaboração do orçamento e das próprias políticas públicas.

Entretanto, conforme leciona Joskowicz (2010, p. 10), é necessário verificar se a ausência de subsídios para o estabelecimento de política pública essencial não é decorrente de uma má alocação de recursos públicos. A autora discorre que é possível extrair do texto constitucional as prioridades estabelecidas pelo poder constituinte, dentre as quais a efetivação dos direitos fundamentais, razão pela qual o orçamento deve ser destinado prioritariamente aos fins considerados essenciais. Havendo, então, desvios de recursos, o argumento da reserva do possível perde sua legitimidade.

Logo, cabe aos poderes Legislativo e Executivo implementar os meios necessários ao acautelamento dos direitos sociais e não usufruir da teoria da reserva do possível, a não ser que devidamente fundamentada a impossibilidade de alcançar-se o resultado pretendido pela absoluta falta de recursos financeiros. A importante construção jurídica não pode ser utilizada como subterfúgio pelos maus administradores que visam se esquivar de suas responsabilidades.

Consoante bem advertiu o Ministro Celso de Mello, ao decidir monocraticamente a ação de descumprimento de preceito fundamental n. 45, mostra-se ilícita a criação de obstáculo artificial, mediante a manipulação da atividade financeira, que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Assim, salvo a

existência de justo motivo, a cláusula da “reserva do possível” não poderá ser utilizada como escusa para o descumprimento das obrigações constitucionais, “notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”.

Registra-se que, não obstante a questão das limitações financeiras, não se pode deixar de considerar, também, um eventual segundo óbice alegado na questão do controle judicial das políticas públicas, qual seja, a alegação de afronta ao princípio da separação dos poderes. Contudo, como anotado na decisão antes citada, ADPF n. 45 (BRASIL, 2014), se os Poderes Legislativo e Executivo agirem de modo irrazoável ou procederem com nítida intenção de comprometer a eficácia de direitos sociais, de modo a comprometer as condições mínimas necessárias a uma existência digna, a atuação do Poder Judiciário faz-se necessária, por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico, para garantir a fruição de bens injustamente sonegados pelo Estado.

Assim, sem que haja afronta ao princípio da separação dos poderes, não estando os recursos preordenados para garantir a efetivação de direitos fundamentais, “cabe ao Poder Judiciário, em cada caso, definir qual é o real espaço dentro do qual o Legislativo e o Executivo efetivamente podem fazer suas livres escolhas e se estas foram feitas com observância dos parâmetros estabelecidos pelo ordenamento” (JOSKOWICZ, 2010, p. 13), interferência que não poderá ser realizada no âmbito de discricionariedade do administrador (escolhas trágicas).

4 A INSTRUMENTALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS POR MEIO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Ultrapassada a tese de que o Poder Judiciário não pode imiscuir-se de analisar situações que envolvam políticas públicas, frente a uma das principais características dos direitos sociais, qual seja, sua indisponibilidade, tem-se que a ação civil pública é um dos meios adequados para proteção coletiva desses direitos, com expressa previsão no art. 129, inciso III, da Constituição Federal, complementada pela Lei n. 7.347/85, que, em seu art. 1º, prevê as hipóteses de sua propositura, especialmente quando outras ferramentas não conseguirem êxito na solução dos conflitos¹.

¹ Podem ser citados como outras ferramentas as audiências públicas, a recomendação, o termo de ajustamento de

Zenkner (2006, p. 46), ao comentar os instrumentos hábeis de tutela para efetividade processual, menciona que o modelo de processo individualista estabelecido pela legislação processual civil (faz menção à legislação de 1973, mas que pode ser observada, em parte, no novo CPC) mostra uma carência evidente com relação aos litígios atuais. Assim, menciona que, diante da massificação das relações sociais, foram criados poderosos instrumentos de tutela dos direitos coletivos, incluindo, aí, a antes mencionada Lei da Ação Civil Pública, bem como o Código de Defesa do Consumidor.

Quanto a seu objeto, o art. 3º da Lei n. 7.347/85 disciplina que “a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”, ressaltando-se, com relação as últimas hipóteses (obrigação de fazer ou não), que “o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária” (art. 11), especialmente se a medida for suficiente, compatível e independente de pedido do autor.

Com efeito, a legislação que rege a ação civil pública inicia um período em que o Poder Judiciário passou a garantir o exercício de direitos difusos, que, de acordo com a concepção prevista no Código de Defesa do Consumidor (legislação integrante do microsistema de tutela coletiva), são aqueles “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (art. 81, inciso I). Tem-se, então uma transmutação na jurisdição “de singela subsunção do fato à norma de regência, para entrar em ponderações outras, de cunho sociológico, cultural, político e econômico”. (MANCUSO, 2001, p. 68).

De acordo com as lições de Alonso Júnior (2005, p. 209), o instituto da ação civil pública deve ser utilizado diante da verificação de ameaça, lesão ou sonegação de direitos coletivos fundamentais, mencionado que se verifica maior dificuldade de implementação dos direitos fundamentais sociais, previstos em geral em normas constitucionais de eficácia limitada, que dependem de concretização pelo legislador infraconstitucional para obter plena eficácia. Discorre, ainda, que, por meio da ação civil pública, poder-se-á acompanhar a conveni-

conduta e os atos dos Tribunais de Contas. São importantes canais que buscam a mitigação dos instrumentos tradicionais que abastecem o Poder Judiciário de demandas, colaborando, então com a desobstrução da máquina jurisdicional do Estado.

ência e oportunidade da Administração. Assim, se for analisado e concluído que a situação de não agir demonstra ofensa aos direitos fundamentais, existindo condições para uma atuação positiva, haverá sustentação para deflagração do processo. (ALONSO JUNIOR, p. 215).

Diante, então, da presença de algum direito social sonogado, seja ele de natureza difusa ou coletiva, caberá a propositura da ação civil pública por seus legitimados, como prevê o art. 1º, inciso IV, da Lei n. 7.347/85. Contudo, não basta apenas garantir o início de um procedimento, é preciso também garantir sua finalidade, de modo a proporcionar que os entes públicos responsáveis pela política em discussão cumpram peremptoriamente o exigido pelos administrados.

Nessa perspectiva, surge a necessidade de aperfeiçoamento da tutela coletiva, como será proposto no próximo item, a fim de conferir a ela segurança e efetividade, especialmente porque, consoante ensina Borba (2008, p. 151), na atualidade, a atenção deve ser voltada com maior agudez para a instrumentalidade do processo, em respeito, obviamente, às garantias inalienáveis do devido processo legal.

5 A MULTA PESSOAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS EM AÇÕES QUE ENVOLVAM POLÍTICAS PÚBLICAS

Como já mencionado, o art. 11 da Lei da Ação Civil Pública prevê a possibilidade de cominação de multa diária em caso de descumprimento da prestação da atividade objeto da lide. O dispositivo deve ser lido em conjunto com os arts. 536² e 537³ do Código de Processo Civil, que versam, também, sobre a hipótese de aplicação de multa no cumprimento de sentença.

Percebe-se, então, que a tutela inibitória, que tem fundamento nos dispositivos antes citados, como instrumento de efetividade do processo, é medida colocada à disposição do julgador para atribuir segurança e efetividade às

² Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente. § 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial. (sem grifos no original)

³ Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito. (sem grifos no original)

decisões judiciais com o intuito de garantir a própria respeitabilidade da ordem jurídica, tudo isso com vistas a resguardar, quando se trata de tutela coletiva dos direitos sociais, os próprios fundamentos da República, previstos no art. 1º da Constituição Federal. Afinal, fazer valer a autoridade da prestação jurisdicional, que é a última instância para solver os conflitos de interesse, é uma das mais evidentes expressões do Estado de Direito.

É necessário registrar, inicialmente, que não há dúvidas acerca da fixação de *astreintes* em face da pessoa jurídica de direito público, sem que exista maiores distinções em comparação com as pessoas de direito privado, conforme entendimento já fixado pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recursos repetitivos⁴.

É necessário, contudo, ressaltar que o entendimento jurisprudencial antes citado não se traduz em consenso na doutrina, que, de forma mais atenta aos anseios sociais, menciona que a multa deve ser direcionada aos agentes públicos. Com efeito, Greco Filho (2009, p. 245) menciona argumenta que este meio executivo é ineficaz “porque não é o administrador renitente que irá pagá-la, mas os cofres públicos, ou seja, o povo”, acrescentando Arenhart (2008, p. 5) que, por não sofrer o titular do cargo público, pessoalmente, a ameaça do meio coercitivo que se pretende revelar, dificilmente ele será estimulado a cumprir a ordem judicial.

Logo, a fixação de multa contra a pessoa jurídica não se afigura a providência mais adequada para efetivação de direitos, até mesmo porque, consoante esclarece Fiori Júnior ([201-]), p. 3), o mau gestor não se importa com o erário, não se sentindo, logicamente, pressionado pelo prejuízo causado em função do descumprimento da ordem judicial, embora seja possível contra ele ação de regresso ou responsabilização por ato de improbidade administrativa.

⁴ PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC/1973. AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PARA O TRATAMENTO DE MOLÉSTIA. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA (ASTREINTES) COMO MEIO DE COMPELIR O DEVEDOR A ADIMPLIR A OBRIGAÇÃO. FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO CONTEÚDO NORMATIVO INSERTO NO § 5º DO ART. 461 DO CPC/1973. DIREITO À SAÚDE E À VIDA. 1. Para os fins de aplicação do art. 543-C do CPC/1973, é mister delimitar o âmbito da tese a ser sufragada neste recurso especial representativo de controvérsia: possibilidade de imposição de multa diária (astreintes) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros. 2. A função das astreintes é justamente no sentido de superar a recalcitrância do devedor em cumprir a obrigação de fazer ou de não fazer que lhe foi imposta, incidindo esse ônus a partir da ciência do obrigado e da sua negativa de adimplir a obrigação voluntariamente. 3. A particularidade de impor obrigação de fazer ou de não fazer à Fazenda Pública não ostenta a propriedade de mitigar, em caso de descumprimento, a sanção de pagar multa diária, conforme prescreve o § 5º do art. 461 do CPC/1973. E, em se tratando do direito à saúde, com maior razão deve ser aplicado, em desfavor do ente público devedor, o preceito cominatório, sob pena de ser subvertida garantia fundamental. Em outras palavras, é o direito-meio que assegura o bem maior: a vida. Precedentes: AgRg no AREsp 283.130/MS, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 8/4/2014; [...] REsp 1474665/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/04/2017, DJe 22/06/2017. (BRASIL, 2017).

Ademais, Cunha (2016, p. 138-139) indica que qualquer fixação de *astreintes* contra a Fazenda Pública impõe a impressão do procedimento executivo sobre rito dos precatórios. Logo, de acordo com o processualista, a multa contra o ente estatal somente poderá ser exigida após o trânsito em julgado, razão pela qual se mostra necessária a adoção de meios alternativos para assegurar a eficácia prática dos meios executivos que, contudo, não visam a substituição da execução por precatórios, mas a efetividade da decisão judicial.

Não há dúvidas, portanto, de que são necessários outros meios para dar efetividade ao provimento jurisdicional que envolva direitos sociais. Essa busca passa, pois, por uma construção que busque a responsabilização imediata do agente público. Como antes mencionado, é certo que a responsabilização por ação de regresso ou por improbidade administrativa são medidas que podem ser tomadas contra pessoas naturais que impeçam a consagração das políticas públicas, providências que, contudo, não são dotadas de coercibilidade imediata.

Logo, afigura-se necessário dar força coercitiva e imediata com base nessa “ameaça” ao administrador. Como bem pontua Didier Júnior (2014, p. 453), para evitar a renitência dos maus gestores, diante do poder geral de efetivação conferido ao magistrado, não há impedimento para que ele fixe *astreintes* diretamente ao agente público responsável pelo cumprimento da obrigação, especialmente porque a ameaça vai mostrar-se séria e apta a satisfazer o credor.

Importante ressaltar que, embora inexista expressa previsão legal acerca da possibilidade de coerção do administrador público, tal entendimento deve decorrer de uma interpretação sistemática dos dispositivos legais que fomentam a hipótese de multa. O art. 11 da Lei da Ação Civil Pública, que permite a fixação de multa por descumprimento da obrigação de (não) fazer, cumulado com o art. 536, § 1º, do Código de Processo Civil, disponibiliza ao magistrado essa faculdade, uma vez que esse último dispõe, de forma exemplificativa, “entre outras”, quais medidas poderão ser adotadas para dar efetividade à decisão.

Sobre a questão relativa à presença de norma para concretização da aplicação da multa pessoal, é importante mencionar, ainda, que a doutrina de Guerra (2003, p. 77-78) afirma que não se pode deixar de utilizar o instrumento por ausência de previsão legal, até mesmo porque, diante de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, eles podem ser concretizados independente de lei e até mesmo *contra legem*, com a observância, obviamente, de outras garantias fundamentais.

Quanto à jurisprudência acerca da possibilidade de multa ao administrador público, cabe ressaltar que a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em geral, é refratária em admitir tal fixação. Encontra-se, no âmbito da citada Corte Judicial, as seguintes situações: (i) precedente que, reformando decisão de primeiro grau, redireciona a multa à pessoa jurídica envolvida⁵; (ii) julgado que entende que o gestor público deva figurar no polo passivo da demanda⁶; e (iii) acórdão que reconheceu a legitimidade da autoridade para figurar no polo passivo⁷.

No Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, embora exista o entendimento predominante no sentido de não ser possível aplicação de multa ao agente público por não ter participado do processo⁸, há precedente em sentido oposto, que afirma que, no âmbito de ação civil pública, a multa “pode ser direcionada não apenas ao ente estatal, mas também pessoalmente às autoridades ou aos agentes responsáveis pelo cumprimento das determinações judiciais”⁹.

Fixada, então, a premissa de que é possível, através interpretação sistêmica, a fixação de multa pessoal ao gestor público por descumprimento de ordem judicial que envolva políticas públicas, importa atentar-se às garantias do contraditório e da ampla defesa previstas no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Assim, consoante ensina Cunha (2016, p. 139), é necessário “que, antes de impor multa ao agente público, seja observado o contraditório, intimando-o para cumprir a decisão e advertindo-o da possibilidade de se expor à penalidade pecuniária”.

Marinoni (2013, p. 476), ao também discorrer sobre a participação do gestor no processo, menciona que não há procedência no argumento de que a pessoa natural do gestor não pode ser obrigada a pagar multa por não ser parte

⁵ TJSC, Agravo de Instrumento n. 0150208-31.2015.8.24.0000, de Palhoça, rel. Des. João Henrique Blasi, Segunda Câmara de Direito Público, j. 04-10-2016.

⁶ TJSC, Apelação Cível n. 2013.055289-1, de Caçador, rel. Des. Stanley da Silva Braga, Terceira Câmara de Direito Público, j. 24-06-2014.

⁷ TJSC, Agravo de Instrumento n. 2014.060991-1, da Capital, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Segunda Câmara de Direito Público, j. 27-10-2015

⁸ Por exemplo, AgRg no AREsp 196.946/SE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 16/05/2013

⁹ PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER. ASTREINTES. VALOR. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 07/STJ. FIXAÇÃO CONTRA AGENTE PÚBLICO. VIABILIDADE. ART. 11 DA LEI Nº 7.347/85. 1. O pedido de minoração da quantia arbitrada a título de astreintes não ultrapassa a barreira do conhecimento, uma vez que o valor confirmado pela Corte de origem - R\$ 5.000 (cinco mil reais) por dia - não se mostra manifestamente desarrazoado e exorbitante. Por conseguinte, sua modificação dependeria de profunda incursão na seara fático-probatória. Incidência da Súmula 07/STJ. 2. A cominação de astreintes prevista no art. 11 da Lei nº 7.347/85 pode ser direcionada não apenas ao ente estatal, mas também pessoalmente às autoridades ou aos agentes responsáveis pelo cumprimento das determinações judiciais. 3. Recurso especial conhecido em parte e não provido. REsp 1111562/RN, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 18/09/2009. (BRASIL, 2010a)

no processo. Afirma, ainda, que a cobrança de multa não guarda relação com o fato de o inadimplente ser o responsável pelo cumprimento da decisão, uma vez que não se exige nada da autoridade em virtude do que foi discutido no processo, mas em razão de sua posição de agente capaz de dar cumprimento ao provimento jurisdicional. Logo, segundo o autor, a tese de que a multa não pode recair sobre sua pessoa só seria admitida se partisse da premissa de que o poder público pode descumprir decisões judiciais em prol do interesse público.

É oportuno destacar que o precedente antes citado do Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 1.111.562/RN) foi objeto de embargos¹⁰ declaratórios, em que restou assentada a necessidade de proporcionar às autoridades o contraditório e a ampla defesa, ressaltando que a simples intimação das autoridades para informar o conteúdo da decisão não é suficiente para ensejar a multa pessoal. Contudo, a solução aviada pelo relator no decorrer do seu voto, consubstanciada na formação de “processo sumário e incidental, onde viria assegurada a ampla defesa e o contraditório a esse mesmo agente administrativo”, baseada no procedimento da exibição de documentos previsto na legislação processual, afigura-se por demais burocratizada, na medida em que exacerba a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa e olvida o princípio da razoável duração do processo e os meios que garantam sua celeridade, também estampado no art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal.

Acerca do ponto acima citado, vale mencionar as regras do instituto *contempt of court* (desprezo pela corte/ultraje à corte) do direito comparado, que visam, em síntese, garantir a boa administração da justiça e o prestígio do Poder Judiciário. No direito canadense, por exemplo, em caso de descumprimento de decisões da corte, o procedimento visa à efetividade e, como regra, não pode

¹⁰ PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO E OMISSÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ASTREINTES. FIXAÇÃO CONTRA AGENTE PÚBLICO. VIABILIDADE. ART. 11 DA LEI Nº 7.347/85. FALTA DE PRÉVIA INTIMAÇÃO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DEVIDO PROCESSO LEGAL. 1. Ainda que não tenha ocorrido a alegada contradição, pois as premissas do voto são coerentes com a conclusão a que chegou, o acórdão embargado foi omissivo, ao não atentar para as especiais circunstâncias deste caso, em que a astreinte veio a ser estendida aos agentes públicos que não haviam integrado a relação processual. 2. Como anotado no acórdão embargado, o art. 11 da Lei nº 7.347/85 autoriza o direcionamento da multa cominatória destinada a promover o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer estipulada no bojo de ação civil pública não apenas ao ente estatal, mas também pessoalmente às autoridades ou aos agentes públicos responsáveis pela efetivação das determinações judiciais, superando-se, assim, a deletéria ineficiência que adviria da imposição desta medida exclusivamente à pessoa jurídica de direito público. 3. Todavia, no caso dos autos, a prolação da decisão interlocutória que determinou a aplicação da multa não foi antecedida de qualquer ato processual tendente a chamar aos autos as referidas autoridades públicas, sucedendo-se apenas a expedição de mandados de intimação dirigidos a informar sobre o conteúdo do citado decisum. 4. Assim, as autoridades foram surpreendidas pela cominação de astreintes e sequer tiveram a oportunidade de manifestarem-se sobre o pedido deduzido pelo Parquet Estadual, de sorte que se acabou por desrespeitar os princípios do contraditório e da ampla defesa sob o aspecto material propriamente dito, daí porque deve ser afastada a multa. 5. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes. EDcl no REsp 1111562/RN, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 16/06/2010. (BRASIL, 2009).

ter maiores formalidades que as essenciais para assegurar o sumário exercício de defesa, ou seja, “quem seja considerado culpado [flagrado] por *contempt of court* na presença de um juiz no exercício de suas funções pode ser condenado de plano, providenciando-se para que seja chamado a justificar seu comportamento” (SANTOS, 2011, p. 95).

Logo, a fim de conferir eficácia aos pronunciamentos judiciais que busquem a efetivação de direitos sociais e políticas públicas, como forma de resguardar as garantias do contraditório e da ampla defesa, bem como garantir a razoável duração do processo, é necessário crer que seja suficiente a intimação do gestor público para que explicita as razões de sua inércia, sob pena da fixação de *astreintes* caso se mantenha silente ou o magistrado entenda que as explicações não o convençam.

Não faz sentido, então, a adoção de um formalismo exacerbado, com a formação de incidente, para que, no final do processo, reste configurada a responsabilidade pessoal do agente público. Adotar essa concepção significa reduzir a eficácia do provimento jurisdicional, como acontece com a imposição da multa à pessoa jurídica responsável, que, como já registrado, fica submetida a execução pelo procedimento dos precatórios. A simples intimação para que a pessoa responsável se defenda é medida que a sociedade espera, e se coaduna com os princípios norteadores do devido processo legal, que também alberga a duração razoável do processo.

Ora, a necessidade de formação de um processo incidente, considerando a rotatividade dos gestores em cargos que tendem a garantir a realização dos direitos sociais, inviabiliza qualquer tentativa de estabilização da demanda. Assim, o que se deve ter em mente, então, é que a interpretação da supracitada legislação processual não pode ser literal, mas, sim, realizada em consonância com a finalidade da norma que possibilita ao magistrado tomar medidas necessárias para dar maior efetividade aos comandos judiciais proferidos, podendo, inclusive, direcioná-la a terceiro que não integra a lide. Afinal, o art. 77, inciso IV, do Código de Processo Civil define os deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de alguma forma participarem do processo (aqui incluindo o agente público), cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação, inclusive

mencionando a possibilidade de aplicação do já citado art. 536 do mesmo diploma (art. 77, § 4º).

Com efeito, por meio dessa construção sistêmica, é possível, ainda evitando o formalismo exacerbado da necessidade de angularização de uma tríade processual (autor/estado-juiz/agente público), garantir aos cidadãos a satisfação de seus interesses sociais, não sendo viável, por respeito à dignidade da pessoa humana, que se aguardem a concretização de instrumentos processuais específicos, especialmente diante da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. O princípio da proibição de resistência instrumental, conforme cita Canela Júnior (2011, p. 136), traduz-se justamente nisso: o impedimento de que a inexistência de subsídios processuais impeça a efetivação dos direitos fundamentais, razão pela qual deve ser autorizada ao magistrado a adaptação das normas subconstitucionais para atingir o fim pretendido.

Logicamente, por fim, importa ressaltar que não é todo e qualquer gestor que deve ser responsabilizado pessoalmente pela multa. É preciso aferir as circunstâncias pelo inadimplemento da obrigação, sempre analisado o tema sobre a ótica da necessidade da judicialização do fato e do princípio da reserva do possível. O que se pretende, então, não é adotar uma regra imutável com relação aos administradores da coisa pública, mas simplesmente impor àqueles que agem com dolo ou culpa, porque nestes casos não agem “em nome do órgão estatal, mas sim, em nome próprio” (VARGAS, 2001, p. 125), do ônus da multa, a fim de dar maior efetividade ao provimento judicial determinado.

6 CONCLUSÃO

Não há dúvidas que os direitos sociais, estampados no art. 6º da Constituição Federal, são considerados fundamentais e, portanto, exigem que todo o sistema normativo seja configurado para que sejam implementados, especialmente diante do art. 5º, § 1º, do ordenamento constitucional, em que está prevista a aplicação imediata dos direitos fundamentais. Assim, considerando a explícita impossibilidade de implementação de políticas públicas que envolvam esses direitos, poderá haver a intervenção judicial para assegurar dignidade aos cidadãos.

Sendo, então, factível o controle judicial, é necessário atentar-se ao óbice apresentado em ações que possuem como objeto justamente a efetivação das

políticas públicas. Os recursos frequentemente são suficientes para satisfazer toda a gama de demandas, mas nem por isso o poder público pode utilizar o argumento da “reserva do possível” como forma de se exonerar de sua responsabilidade. Inexistindo, pois, causa plausível e justificável para eventual omissão, não há falar em indevida intromissão do Judiciário na margem de discricionariedade do Poder Executivo.

O controle judicial, em termos de tutela coletiva, pode ser impulsionado pela via da ação civil pública, instrumento que, diferentemente do processo civil comum, entrega um objeto determinado a parte, preocupando-se com os aspectos sociais, culturais, políticos e econômicos. Considerando, portanto, o objeto das demandas que envolvam a coletividade, é sempre necessário atentar para a criação de instrumentos que busquem proporcionar a entrega da prestação jurisdicional de forma mais efetiva.

Nesse contexto, reinante a inércia dos agentes estatais em cumprir as decisões judiciais que envolvam direitos sociais, surge como alternativa a imposição de multa ao gestor público pela sua culpa ou dolo para concretização do objeto pleiteado, sempre tendo como balizas a análise do controle judicial de políticas públicas (concreta impossibilidade de atendimento da reivindicação) e a garantia de princípios essenciais, como são as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Contudo, as garantias do contraditório e ampla defesa não podem servir como escudo para impossibilitar a aplicação da multa pessoal ao gestor público responsável pela obrigação. É necessário, então, que se adote uma interpretação sistêmica, sem formalismos exacerbados, a fim de que a observância do contraditório e da ampla defesa coadune com os demais princípios constitucionais, em que estão incluídos a garantia de um processo célere e respeito aos direitos sociais.

REFERÊNCIAS

ALONSO JÚNIOR, Hamilton. A Ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos Direitos Fundamentais. *In*: MILARÉ, Edis (coord.). **A Ação Civil Pública Após Vinte Anos: efetividade e desafios**. 1ª ed. Coordenador: Edis Milaré. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá. 2007.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A doutrina brasileira da multa coercitiva – Três questões ainda polêmicas**. 2008. Disponível em: <<http://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistajuridicafafibe/sumario/5/14042010171201.pdf>> Acesso em: 10 fev. 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Renovar, v. 240, p. 83-103, abr. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BORBA, Joselita Nepomuceno. **Efetividade da tutela coletiva**. São Paulo: LTr, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL. **Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no REsp 1111562/RN**. Relator:

Ministro Castro Meira. Distrito Federal, 1º de junho de 2010a. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1111562&b=ACOR&p=true&l=10&i=7>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1111562/RN**. Relator: Ministro Castro Meira. Distrito Federal, 25 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1111562&b=ACOR&p=true&l=10&i=8>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1474665/RS**. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Distrito Federal, 26 de abril de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402074797&dt_publicacao=22/06/2017>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45 MC**. Relator: Ministro Celso de Mello. Distrito Federal, 29 de abril de 2014. Disponível em: <<http://tinyurl.com/bu3e9ae>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 603575 AgR**. Relator: Ministro Eros Grau. Distrito Federal, 20 de abril de 2010b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611114>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13. ed. São Paulo: Forense, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: volume 5 - execução. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2014.

FIORI JÚNIOR, Sidney. **Da imposição de multa pessoal ao gestor pela ação ou omissão do poder público na garantia do direito da criança e do adolescente**. [201-]. Disponível em: <http://www.crianca.caop.mp.pr.gov.br/arquivos/File/download/multa_pessoal_gestores.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2018.

GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais**: análise de sua concretização cons-

titucional. Curitiba: Juruá, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**: volume 3 - processo de execução a procedimentos especiais. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JOSKOWICZ, Graziela Mayra. A eficácia dos direitos sociais e o controle judicial das políticas públicas. **Revista da AGU**, v. 9, n. 24, p. 107-138, abr./jun. 2010. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/1617571>. Acesso em: 10 fev. 2018.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Ação Civil Pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (coord.). **Ação civil pública**: Lei nº 7.347 – 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4. ed. São Paulo: RT, 2013.

SANTOS, Eduardo Sens dos. **Efetividade do processo civil coletivo**: a prisão civil no *contempt of court* como mecanismo de efetivação de decisões judiciais. Florianópolis, 2011. 158 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <<http://www.tede.ufsc.br/teses/PDPC-1058-D.pdf>>. Acesso em 14 mar. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed., atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 1, p. 17, 2001. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/6463366/os-direitos-fundamentais-sociais-na-cf-88-ingo-sarlet-2>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

STIBORSKI, Bruno Prange. **Reserva do possível**: Origem, conceito e ordens. [2015]. Disponível em: <<https://bstiborski.jusbrasil.com.br/artigos/197458820/reserva-do-possivel-origem-conceito-e-ordens>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

VARGAS, Jorge de Oliveira. **As consequências da desobediência da ordem do juiz cível**. Curitiba: Juruá, 2001.

ZENKNER, Marcelo. **Ministério Público e efetividade do processo civil**. São Paulo: RT, 2006.