

# A “Execução Negociada” de Políticas Públicas em Juízo

Eduardo José da Fonseca Costa\*

## Sumário

1. Introdução. 2. Execução Forçada de Políticas Públicas. 3. “Execução Negociada” de Políticas Públicas. 4. Dogmática Jurídica e Execução Judicial de Políticas Públicas. 5. “Execução Negociada” como Negócio Jurídico Processual. 6. Conclusão. 7. Bibliografia.

## Resumo

A execução judicial das políticas públicas tem intrigado a comunidade jurídica. Isso ocorre porque as medidas coercitivas não têm sido suficientes para pressionar os agentes políticos e administrativos envolvidos. De fato, a realização das políticas públicas é difícil, já que sempre marcada por altas complexidades técnicas, travas burocráticas e limitações financeiras. Um meio judicial eficaz para a efetivação dessas políticas é a celebração de *cronogramas negociados de cumprimento voluntário*. Trata-se de acordos processuais firmados entre as partes, nos quais se regulam: (1) as etapas para a implantação; (2) o tempo necessário à implantação dessas etapas e (3) a forma de supervisá-las. Todavia, o êxito das tratativas pressupõe que as rodadas de negociação sejam presididas por juízes com vocação para a mediação profissional, o pensamento interdisciplinar e o diálogo multilateral.

## Palavras-chave

Controle judicial de políticas públicas. Tutela específica das obrigações de fazer. Execução forçada. Negócio processual. Cronograma.

## Resumen

*La ejecución judicial de las políticas públicas ha intrigado a la comunidad jurídica. Esto ocurre porque las medidas coercitivas no han sido suficientes para presionar a los agentes políticos y administrativos involucrados. De hecho, la realización de las políticas públicas es difícil porque es siempre marcada por altas complejidades técnicas, trabas burocráticas y limitaciones financieras. Un medio judicial eficaz para la efectivización de esas políticas es la celebración de cronogramas negociados de cumplimiento voluntario.*

\* Juiz Federal Substituto em Ribeirão Preto – SP. Bacharel em Direito pela USP. Especialista, Mestre e Doutorando em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Membro do IBDP e da IPDP. Membro do Conselho Editorial da Revista Brasileira de Direito Processual.

*Se trata de acuerdos procesales firmados entre las partes, en los cuales se reglan (1) las etapas para la implantación, (2) el tiempo necesario para la implantación de esas etapas, y (3) la forma de supervisarlas. Sin embargo, el éxito de las tratativas supone que las rondas de negociación sean presididas por jueces que tienen vocación de mediación profesional, pensamiento interdisciplinario y diálogo multilateral.*

## Palabras clave

*Control jurisdiccional de las políticas públicas. Tutela específica de las obligaciones de hacer. Ejecución forzosa. Negocio procesal. Cronograma.*

## 1. Introdução

Já se tornou corrente nas teorias política e constitucional que, se outrora houve a passagem dum Estado *antropocrático* [anthrōpos = homem; krátos = governo] para um Estado *nomocrático* [nómos = lei; krátos = governo], hoje se assiste à passagem de um Estado *nomocrático* para um Estado *telocrático* [télos = fim; krátos = governo]. Em um Estado *nomocrático*, é correio afirmar-se – ainda que de maneira inexata – que o Poder Legislativo cria as leis, o Poder Executivo aplica-as de ofício e o Poder Judiciário aplica-as por provocação.

Num Estado *telocrático*, porém, os papéis tendem a mudar: o Poder Legislativo passa a estabelecer os fins, o Poder Executivo a implantar os meios para atingi-los e o Poder Judiciário a controlar a implantação<sup>1</sup>. Na verdade, o Poder Legislativo continua a criar as leis; no entanto, elas tendem a fixar tão apenas os objetivos últimos e a deixar para a ação do Executivo a programação e o planejamento dos meios estruturais de concretização. *Grosso modo*, ao conjunto ordenado das ações governamentais direcionadas à consecução desses objetivos é dado o nome de *política pública*<sup>2</sup>. Tem lugar, assim, o *government by polices* [*Policy* = macronorma política]<sup>3</sup>, que não suprime o *government by law* [*Law* = micronorma jurídica], mas o desenvolve e aprimora. Daí me parece correta a afirmação – tecida por Eros Grau – de que o “Estado da lei” foi *substituído* pelo “Estado das políticas públicas”<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Ao longo do texto, usar-se-á a palavra *implantação* em lugar de “implementação”, que é estrangeirismo neologista derivado do inglês *to implement*.

<sup>2</sup> Famosa já se tornou a definição de política pública tecida por Maria Paula Dallari Bucci: “Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” (O conceito de política pública em direito, p. 39).

<sup>3</sup> Não se confundem *polity* [= ordem normativo-constitucional = política de estruturação básica do Estado], *politics* [= jogo político = política de formulação de decisões governamentais e de ocupação de postos de governo pelos competidores em eleições] e *policy* [= política pública]. Sobre a diferenciação e a interrelação desses conceitos: COUTO, Cláudio Gonçalves. *Política constitucional, política competitiva e políticas públicas*, p. 97 e ss.

<sup>4</sup> *A ordem econômica da Constituição de 1988*, p. 348.

Deve-se aproveitar o ensejo para a erradicação de imprecisões que têm grassado na compreensão da matéria. Decididamente, a justificação *télica* das estruturas de poder e das ordenações jurídicas não é uma concepção *exclusiva* e *específica* do *Welfare State* liberal contemporâneo.

De acordo com a tipologia de José Guilherme Merquior, existem quatro modos macro-históricos predominantes de legitimidade (embora o próprio autor admita que esses tipos ideais não são cortes precisos e absolutos): i) *árquico*; ii) *télico*; iii) *tectônico*; iv) *tópico*<sup>5</sup>.

No *primeiro* modo (vigente aproximativamente desde a Antiguidade Clássica até a primeira metade do século XVIII), a legitimidade é fundada numa ideologia arcaico-tradicional, que se reporta a mitos de origem, buscando no passado o sentido imutável da autoridade; daí que os acontecimentos são interpretados como se estivessem fora do controle humano, o poder é enxergado como elemento de coerção, o Estado é simples fruto orgânico de uma acumulação histórica, a sociedade é fortemente hierarquizada e a lei é contemplada como norma imemorial e sacralizada, não como um produto da ação humana.

Já no *segundo* modo (vigente aproximativamente da segunda metade do século XVIII à primeira metade do século XIX), a legitimidade é fundada em uma ideologia individualista e progressista, afirmada à medida que se amplia o domínio humano sobre a natureza e a sociedade; isso faz com que – diante de uma sociedade em larga expansão demográfica e prosperidade econômica, cuja economia de mercado sofre estimulante desenvolvimento – o Estado de então passe a ser julgado pela capacidade de responder às necessidades dos governados e de concretizar finalidades projetadas sobre o poder, e a lei passe a ser vista como o produto artificial de um *design* voluntarista.

No *terceiro* modo (vigente aproximativamente desde a segunda metade do século XIX até a primeira metade do século XX), a legitimidade funda-se numa ideologia arquitetônica e totalista, em que natureza e sociedade passam a ser divisadas como ordens submetidas a princípios, que vão sendo desvendados pela ciência e pela técnica; o Estado, concebido sob uma visão nacionalista, absorve toda a esfera normativo-social e torna-se o único centro ascético de autoridade de uma sociedade orgânica, disciplinada e industrializada.

Por fim, no *quarto* modo (vigente aproximativamente desde a segunda metade do século XX até hoje), a legitimidade não é fundada em qualquer critério compacto de validade, já que a sociedade de consumo de massa é permeada por formas egocêntricas de conduta e pela índole protéica do homem moderno, especialista em rápidas mudanças de crença e identidade; isso faz com que o Estado seja premido por "causas específicas" (isto é, por reivindicações concretas de movimentos étnicos, regionais, profissionais, etários, etc.), que se validam por traços particulares e "locais" de situações e valores.

<sup>5</sup> *O argumento liberal*, p. 157-171.

Vê-se, com isso, que o componente tético não é uma novidade pós-moderna. Ele surgiu no entremeio dos séculos XVIII e XIX; no entanto, embora tenha sido retomado pelo Estado telocrático, telocracia não significa *telicidade pura*. Em parte, as instituições políticas do Estado contemporâneo são moldadas por uma concepção jurídica tectônica: a projeção de finalidades últimas sobre o Estado pelas constituições e pelas leis revela o traço *tético*. Já a coordenação técnico-racional das ações governamentais necessárias à consecução dessas finalidades revela o traço da *tectonicidade*. Telicidade pura tornaria o Estado contemporâneo um âmbito de postostas demagógicas. Entretanto, é preciso que o binômio tético-tectônico seja temperado por uma racionalidade *tópica*, ou seja, que os tecnocratas não se isolem em seus gabinetes tentando elaborar diagnósticos públicos e soluções que lhe soem mais adequadas: os destinatários da política pública e os demais interessados na ação governamental devem ser consultados<sup>6</sup>. Trata-se de um imperativo da democracia constitucional hodierna. Política pública sem participação da população é tecnocracia autoritária.

Daí se pode notar que, no *Welfare State* liberal contemporâneo, a legitimidade das ações governamentais tem carga 4 de telicidade, 3 de tectonicidade, 2 de topicidade e 1 de arquicidade. O elemento árquico é ínfimo, embora detectável como coercitividade potencial imanente a toda atividade estatal. Há quem sustente, aliás, que, no Estado pós-moderno, direito eficiente é direito *não-prescritivo*, fundado em técnicas *brandas* de “direção jurídica não autoritária das condutas” [= *soft law*]<sup>7</sup>. Nesse sentido, toda *policy* deve ter, fundamentalmente, três dimensões: a *técnico-racional*, a *político-teleológica* e a *democrático-participativa*. A dimensão coercitivo-autoritária é a menos influente.

Pois bem. Se o alcance dos objetivos é imputado ao Estado como um *dever*, por conseguinte o Estado também tem o *dever* de criar os meios eficientes, de complementar os meios insuficientes e de substituir os meios ineficientes (isto é, de implantar políticas até então inexistentes, de incrementar políticas falhas já existentes e de mudar políticas ineficientes)<sup>8</sup>. No entanto, a definição do conteúdo dessas ações governamentais fica, em regra, sob a *discricionariedade* da Administração Pública. Isso tem causado largas discussões acerca da possibilidade de o Poder Judiciário controlar a implantação dessas políticas e da eventual afronta, nesse caso, ao princípio constitucional da separação de poderes. Afinal, quase sempre há vários meios adequados, necessários e proporcionais ao alcance da finalidade pretendida, motivo pelo qual só o administrador público dispõe das informações técnicas e da visão de conjunto dos problemas internos para poder escolher o melhor meio. Logo,

<sup>6</sup> Sobre a necessidade de aumento da dimensão participativa nos processos judiciais de controle de políticas públicas: BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito, p. 44-46; PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução de políticas públicas, p. 163 e ss.

<sup>7</sup> CHEVALIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*, p. 166 e ss.

<sup>8</sup> A respeito da possibilidade de controle judicial de políticas públicas deficientes e ineficientes: DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas, p. 118; ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional, p. 65-67.

quando o Poder Judiciário condena o Estado a implantar uma política até então inexistente, a complementar uma política deficiente ou a aperfeiçoar uma política ineficiente, o juiz da causa acaba imiscuindo-se em um elemento de “mérito” da atividade administrativa e tendo alguma ingerência no desenho institucional da política pública pretendida (conquanto não tenha ele o poder de *make public choices*, ou seja, de fixar as metas, os objetivos e as finalidades, mas tão só de assegurar as escolhas já tomadas). Ou seja, o Judiciário fatalmente exerce alguma discricionariedade<sup>9</sup>.

Ora, “onde quer que haja poder discricionário há atividade política” [Pontes de Miranda]. Portanto, os juízes acabam exorcizando a pecha de “bocas da lei”, que lhes foi dada por Montesquieu, e passando por aquilo que Tércio Sampaio Ferraz Jr. chama de “desneutralização política”<sup>10</sup>. Com isso, abalam-se fortemente as tradições clássicas do direito administrativo (que sempre reservou a definição do “mérito” à livre escolha da Administração Pública) e do direito constitucional (que sempre pintou o juiz como um agente de Estado “politicamente indiferente”). Mais: fica afetado o equilíbrio de forças entre os três poderes: o Poder Executivo assiste a um crescimento hipertrófico dos seus poderes, o Poder Legislativo passa a limitar-se à condição de um simples fiscal do Poder Executivo e o Poder Judiciário ingressa em uma onda irreversível de ativismo [*judicial activism*]. Isso faz com que sejam colocados em profunda crise os “princípios fundamentais do Estado legislativo de direito: a) do princípio da supremacia do poder legislativo; b) da legalidade da atividade executiva do Estado, que há de dar-se segundo as formas preestabelecidas da lei universal e abstrata; c) do controle de legitimidade, isto é, da conformidade com a lei, exercida pela atividade judiciária”<sup>11</sup>.

Controvérsias à parte, no dia a dia forense têm vingado inúmeras condenações do Estado à implantação, à complementação e à melhoria de políticas públicas<sup>12</sup>. Em boa processualística, trata-se de *sentenças condenatórias de cumprimento de obrigações de fazer*. Mais: trata-se de sentenças eminentemente *normativas*, dotadas de força geral e impessoal, que são menos jurisdicionais que regulamentares<sup>13</sup>. É

<sup>9</sup> Como bem apontado pela cientista política Maria Tereza Sadek, “assiste-se à confluência de fenômenos correlatos: de um lado, a limitação da margem de discricionariedade dos atores políticos com atuação no Executivo e no Legislativo e, de outro, a ampliação das possibilidades de interferência do Judiciário” (*Judiciário e arena pública*, p. 19).

<sup>10</sup> *Direito Constitucional*, p. 406 e ss.

<sup>11</sup> GOZZI, Gustavo. Estado contemporâneo, p. 406.

<sup>12</sup> É importante frisar que, na ordinariade dos casos, o controle judicial se faz sobre políticas públicas *de governo* (isto é, sobre políticas que têm como objetivo a promoção de ações pontuais de proteção e promoção de específicos direitos fundamentais expressos na Constituição), não sobre políticas públicas *de Estado* (isto é, sobre políticas que têm como objetivo a consolidação institucional da organização política do Estado, a consolidação do Estado Democrático de Direito e a garantia da soberania nacional e da ordem pública). Aliás, só se produz no Brasil doutrina sobre o controle judicial de políticas de governo (especialmente quando envolvam a concretização de direitos fundamentais de segunda geração, ou seja, de direitos econômicos, sociais e culturais). Entretanto, não existem motivos para esses vácuos de atuação funcional e de produção científica. Lembre-se, p. ex., das notórias e imperdoáveis deficiências da política nacional de segurança em áreas de fronteira do nosso País. Para uma distinção entre *políticas de governo* e *políticas de Estado*: ALTH, Fernando. *Políticas públicas de Estado e de governo*, p. 217 e ss.

<sup>13</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*, p. 153-154.

importante trazer à baila os aspectos processuais da “justiciabilidade” [*justiciability*] das políticas públicas, haja vista que a dogmática jurídica tradicionalmente construída no Brasil em torno dessa questão tem se limitado a elucubrações de natureza administrativo-constitucional. Ora, não se pode aqui negar a extrema relevância dessas meditações extraprocessuais. Entretanto, sob o ponto de vista pragmático, elas têm contribuído pouco para a execução daquelas sentenças. Afinal, infelizmente, é cediço que o Poder Público no Brasil – por mais obtuso e revoltante que isso possa parecer – é um péssimo cumpridor de decisões judiciais (tanto mais se se tratar de resoluções de índole quase-legislativa). Pior: sente-se induzido a uma espécie de *inércia funcional*, já que só atua se for pressionado pelo Judiciário (fenômeno que já se vê em matéria de fornecimento de medicamentos de alto custo e concessão de benefícios assistenciais e previdenciários). Logo, não basta ao juiz ouvir os destinatários e os interessados na ação governamental [= constitutividade *tópica*] e reconhecer o dever do Estado de implantar, melhorar ou substituir uma política [= constatatividade *télica*]; necessário é que ele disponha dos meios técnico-processuais para forçar [= performatividade *árquica*] ou induzir o cumprimento do dever estatal [= performatividade *tectônica*].

## 2. Execução Forçada de Políticas Públicas

Se a implantação de uma política pública implica uma *obrigação de fazer*, logo se pensa na aplicação do artigo 461 do Código de Processo Civil. O § 4º do dispositivo prevê a possibilidade de o juiz fixar um prazo *razoável* para o cumprimento do preceito e impor *multa diária* (a chamada *astreinte*). Já o § 5º descreve um rol *exemplificativo* de “medidas de apoio” para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente (p. ex., imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva). Nota-se que todos esses instrumentos são essencialmente *coercitivos*. Nem por isso têm se mostrado suficientes para compelir o Poder Público a cumprir o comando sentencial. Não raro, na execução de sentenças condenatórias de implantação de políticas públicas, o roteiro é repetitivo: o juiz fixa um prazo intuitivo, o prazo é extrapolado, o Ministério Público protesta, o juiz fixa multa diária, o réu pede mais prazo, as multas acumulam-se até cifras milionárias e a obrigação de fazer continua sendo descumprida ou cumprida de forma parcial ou insatisfatória. Pior: esse acúmulo infundável de multas é cobrado da pessoa jurídica de direito público, não do agente político ou do servidor resistente, o que acaba sangrando o Erário e, com isso, prejudicando a manutenção de serviços públicos essenciais (embora seja razoável admitir-se o redirecionamento das *astreintes* contra os terceiros cuja cooperação seja imprescindível para a efetivação da tutela, contanto que a adoção da medida seja precedida do devido processo legal<sup>14</sup>).

<sup>14</sup> Entendendo possível o redirecionamento, v.g.: CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Algumas questões sobre as astreintes*, p. 104; FERREIRA, Éder. *As ações individuais no controle judicial de políticas públicas*, p. 346-347; GUERRA, Marcelo Lima. *Execução contra o Poder Público*, p. 78-79; TALAMINI, Eduardo.

Em 1986, Fábio Konder Comparato já antevia o problema: “A condenação pecuniária do Erário Público reflete-se, negativamente, sobre toda a população, sem dar adequada satisfação aos que seriam beneficiados com a execução da política negligenciada”<sup>15</sup>. Como se percebe, os autos acabam resumindo-se às pressões do autor, à indignação do juiz e aos queixumes do réu.

Nem se diga que a adoção do *Contempt of Court* seria a solução para o problema da execução judicial de políticas públicas.

Para que se verifique isso, algumas palavras sobre a origem do instituto se fazem necessárias.

No domínio contratual, as *Courts* inglesas não propiciavam remédios adequados contra o descumprimento, senão a reparação de danos. Assim, em face da indiferença do *common law*, os comuns do povo passaram a recorrer à *justiça do rei*, que, fiel à tradição medieval, julgava com arrimo na equidade, não no *strictum ius* da jurisdição ordinária. Para tanto, o rei era assistido pelo *King’s Council*, um grupo de clérigos-juristas. Entre esses religiosos estava o Chanceler [*Lord Chancellor*], o funcionário principal do reino, guardião da consciência do rei e do seu sinete (razão por que também chamado de *Lord Keeper*).

No começo, o Chanceler selecionava as petições para o rei examiná-las; com a multiplicação de *petitions*, porém, o *Lord Keeper* passou a decidir diretamente. No final do séc. XIV, o Chanceler passou a assumir uma posição autônoma dentro da burocracia judiciária, formando-se a Corte da Chancelaria [*Court of Chancery*]. Tratou-se de órgão de jurisdição especial, paralelo e concorrente às *Courts of common law*. Perpassada pelo espírito do direito canônico, a *Equity* considerava a falta à palavra dada nas convenções jurídicas [*breach of contract*] um pecado possível. Portanto, na medida em que as cortes do *common law* não conferiam tutela aos contratos verbais ou firmados por instrumento, a *Court of Chancery* começou a reprimir a quebra da palavra [*breach of faith*] com base no princípio da fé jurada [*pact sunt servanda*].

Para isso, lançava mão de duas medidas. Na primeira, atribuía ao lesado um *writ* para que este exercesse o seu direito à prestação específica junto aos tribunais da *common law*. Na segunda, ordenava o comparecimento do devedor para que o litígio fosse resolvido na presença de ambas as partes, sob pena

*Concretização jurisdicional de direitos fundamentais a prestações positivas do Estado*, p. 169-170; *idem*. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, p. 449-450. Na jurisprudência, v.g., STJ, 2ª Turma, EDcl no RESP 1.111.562/RN, rel. Ministro Castro Meira, j. 01.06.2010, DJe 16.06.2010. Sérgio Cruz Arenhart defende a possibilidade de redirecionamento a qualquer representante – com base na teoria da desconsideração – que se utiliza da personalidade autônoma da pessoa jurídica para frustrar direitos (A efetivação de provimentos judiciais e a participação de terceiros, p. 980-982). No mesmo sentido: FARO, Julio Pinheiro. *Mecanismos de efetivação da tutela específica em sede de controle judicial de políticas públicas*, p. 71-73. Contra a extensão da multa diária aos representantes da pessoa jurídica de direito público, na doutrina, p. ex., AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro*, p. 127 e ss.; AZEM, Guilherme B. Nassif. *Cumprimento dos pronunciamentos emitidos contra a Fazenda Pública*, p. 247-248; VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da Fazenda Pública*, p. 268; na jurisprudência, p. ex., STJ, 5ª Turma, RESP 747.371/DF, rel. Ministro Jorge Mussi, j. 06.04.2010, DJe 26.04.2010.

<sup>15</sup> *Para viver a democracia*, p. 152.

de multa ou prisão [*writ of subpoena*]. Julgado o caso, prolatava-se o *decree for specific performance* (para as prestações *positivas*) ou o *decree for injunction* (para as prestações *negativas*). Se o réu persistisse na inexecução, a desobediência era tida como “desprezo pelo tribunal” [*contempt of court*] e o Chanceler ordenava o seu aprisionamento durante o tempo necessário para o devedor arrepender-se e anunciar o seu intento de cumprir a obrigação<sup>16</sup>.

Em contrapartida, há na doutrina quem divise que a origem remota da *Contempt of Court* é romana, tendo sido já acolhida nas Ordenações do Reino, mas não preservada pela força dos influxos culturais do movimento liberal do séc. XVIII. Quando tratavam das “cartas de sentença” [Livro V, Tít. 128], as Ordenações Filipinas já previam a prisão pelo descumprimento da determinação judicial (“desprezo”, na literalidade do referido texto português, que, não coincidentemente, se traduz para o inglês como *contempt*). Ali já se haveria revelado a fonte romana do instituto do *Contempt of Court* e, em germe, os elementos formadores da hodierna ação mandamental<sup>17</sup>. Aliás, a mesma norma jurídica é já encontrada nas Ordenações Manuelinas, desta feita contida no Livro V, Título 50<sup>18</sup>.

De qualquer maneira, a comunidade jurídica passou a deitar os seus olhos sobre o instituto anglo-saxão em face da necessidade prático-forense de qualificar-se a recusa ao cumprimento de uma determinação judicial como um desprezo ao Poder Judiciário, a ser sancionado com o encarceramento (“*Refusal to comply with the order is a contempt of court punishable by imprisonment!*”). Em princípio, os mecanismos de efetivação do *Contempt of Court* seriam bem-vindos à implantação judicial de políticas públicas, já que esse tipo de execução tem funcionado em baixo grau de efetividade e eficiência. Porém, o nosso ordenamento não permite algumas medidas inerentes ao regime anglo-saxão.

O juiz brasileiro cível não dispõe de competência *ratione materiae* para decretar prisão por crime de desobediência [CP, art. 330]<sup>19</sup>. Quando muito pode ele, com base no artigo 40 do CPP, ordenar a remessa de peças ao Ministério Público para que haja o oferecimento de denúncia ou a abertura de inquérito policial. Mesmo que lei autorizasse o juiz cível a decretar a prisão, esbarrar-se-ia, provavelmente, nas proibições de prisão por dívida contempladas na Constituição Federal de 1988 e na

<sup>16</sup> Cf. SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. p. 193; TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. p. 83-86; TOMASETTI JR, Alcides. *Execução de contrato preliminar*. p. 112-119.

<sup>17</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 2, p. 350.

<sup>18</sup> FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 4. t. 1, p. 247.

<sup>19</sup> Entendendo tratar-se de crime de desobediência, p. ex.: TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*, p. 301 e ss.; WATANABE, Kazuo. *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*, p. 27. Contra, argumentando que crime de desobediência é praticado em desfavor da Administração Pública, não podendo ter como sujeito ativo um servidor público, mas tão-só um particular: AZEM, Guilherme Beux Nassif. *Cumprimento dos pronunciamentos emitidos contra a Fazenda Pública*, p. 249-250; BUENO, Cássio Scarpinella. *Liminar em mandado de segurança*, p. 350; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*, p. 285. Sugerindo que se trata de crime de prevaricação: TALAMINI, Eduardo. *Concretização jurisdicional de direitos fundamentais a prestações positivas do Estado*, p. 173-174.

Convenção Americana dos Direitos do Homem. Portanto, não é possível inserir-se no sistema nacional o *Contempt of Court* Civil Direto praticado nos países anglo-saxões, mas somente o *Contempt of Court* Penal Indireto (*penal*, pois não há aplicação de pena restritiva de liberdade nos próprios autos, mas em persecução penal; *indireto*, pois não há prisão imediata do desobediente, salvo em caso de prisão em flagrante: exige-se rigoroso procedimento incidental em trâmite perante o juízo criminal<sup>20</sup>).

Mesmo assim, a responsabilidade criminal do agente público é o que menos importa para a coletividade. O seu indiciamento não faz necessariamente com que a implantação da política pública seja apressada. O enfoque penal não cria uma solução para o deslinde da questão, pois a sanção penal satisfaz o ímpeto revanchista do autor [ética retributivista], mas nunca a pretensão de direito material alegada por ele em juízo [ética utilitarista]. Ademais, a pena cominada à desobediência é insignificante [detenção de 15 dias a 6 meses, e multa], razão pela qual propicia as vantagens da Lei nº 9.099/1995 (e faz com que muitas vezes o réu seja perdoado mediante a entrega de cestas básicas a instituições de caridade). Por conseguinte, as consequências penais são tão diminutas que não desestimulam a desatenção à ordem judicial. Pior: é vencedor o entendimento de que deve existir expressa previsão legal para que a sanção processual civil (p. ex., multa diária) seja acumulada com a sanção penal prevista no artigo 330 do CP<sup>21</sup>. Logo, não se pode cogitar de *persecutio criminis* a título de desobediência no caso de descumprimento de sentença condenatória de implantação de políticas públicas, seja porque a efetivação dessa sentença pode ocorrer mediante a incidência de multa diária, seja porque não há previsão legal para a acumulação das sanções processuais cabíveis e a sanção penal prevista no artigo 330 do CP.

O dia a dia forense tem mostrado, assim, que a *execução forçada* não é a forma mais eficiente de implantar-se em juízo determinada política pública. Execução forçada é vista tradicionalmente como *sanção*; sanção é consequência jurídica de ato *ilícito*; atos ilícitos são atos *imorais*. Daí a elevada carga de reprovabilidade e de coercitividade que existe no regime de efetivação das tutelas específicas de obrigação de fazer e não fazer [CPC, art. 461, §§ 4º e 5º] e nos veementes instrumentos do *Contempt of Court* anglo-saxão.

No entanto, nem sempre o Estado deixa de implantar uma política pública por desmazelo. Nalguns casos, as limitações orçamentárias o forçam a priorizar políticas públicas emergenciais em detrimento de outras menos prementes. Noutros, o conjunto das amarras administrativas impele-o a desincumbir-se da política pública com demora indesejada pela coletividade. Por isso, não raro, diante de uma sentença condenatória, os entes públicos veem as suas prioridades

<sup>20</sup> Para uma classificação das formas de *contempt of court*: GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*, p. 93 e ss.

<sup>21</sup> Na jurisprudência: RT 399/283, 412/401, 558/319, 728/562; JUTACRIM 46/353, 77/143, 94/199; na doutrina: FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro*. v. 5, p. 552; HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. IX, p. 417; JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. v. 4, p. 187; NORONHA, Magalhães. *Direito penal*. v. 4, p. 302.

ser redefinidas e o seu planejamento financeiro ser bastante desorganizado. É preciso ter em mente, além do mais, que a implantação de uma política pública é sempre algo assaz complexo. Trata-se de um agir governamental intersetorial e interdisciplinar; portanto, os atos de preparação para o cumprimento da correspondente obrigação de fazer têm de ser internamente analisados e referendados por vários departamentos do ente público (muitos deles sem ágil comunicação entre si e padecendo de artrose burocrática). Enfim, é necessário existir o concerto sincrônico e diacrônico de esforços oriundos de diferentes esferas da Administração. Isso revela a massa multitudinária de agentes políticos e servidores públicos geralmente envolvida na realização dessa ação, pois isso revela, ainda, que muitas vezes não há dolo por parte do agente público, razão pela qual não se configuram o crime de desobediência definido no artigo 330 do CP, o crime de responsabilidade do prefeito municipal definido no inciso XIV do artigo 1º do Dec.-lei nº 201/1967 e o crime de desobediência definido no artigo 26 da Lei nº 12.016/2009.

Com isso já se vê que o enquadramento da conduta do agente público resistente no inciso II do artigo 11 da Lei 8.429/1992 também não resolve o problema<sup>22</sup>. De acordo com o aludido dispositivo, “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício” constitui ato de improbidade administrativa atentatório aos princípios da Administração Pública. Porém, exige-se *dolo*, ainda que genérico, para que se configurem as hipóteses do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa (*cf.*, p. ex., STJ, 1ª Turma, AgRg no RESP 1.225.495-PR, rel. Ministro Benedito Gonçalves, j. 14.02.2012, DJe 23.02.2012; STJ, 1ª Turma, AgRg no RESP 21.662-SP, rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. 07.02.2012, DJe 15.02.2012; STJ, 1ª Turma, AgRg no RESP 975.540-SP, rel. Ministro Teori Albino Zavascki, j. 17.11.2011, DJe 28.11.2011; STJ, 2ª Turma, RESP 912.448-RS, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, j. 02.12.2010, DJe 14.12.2010; STJ, 1ª Turma, AgRg no RESP 1.122.474-PR, rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, j. 16.12.2010, DJe 02.02.2011; STJ, 2ª Turma, AgRg no RESP 1.307.907-MG, rel. Ministro Humberto Martins, j. 02.09.2010, DJe 28.02.2011, STJ, 2ª Turma, RESP 1.156.564-MG, rel. Ministro Castro Meira, j. 26.08.2010, DJe 08.09.2010; STJ, 2ª Turma, RESP 1.182.968-RJ, rel. Ministra Eliana Calmon, j. 19.08.2010, DJe 30.08.2010; STJ, 2ª Turma, RESP 1.156.209-SP, Rel. Ministro Herman Benjamim, j. 19.08.2010, DJe 27.04.2011).

Da mesma maneira, a intervenção federal nos Estados-membros [CF, art. 34, VI] e a intervenção estadual nos Municípios [CF, art. 35, IV] não resolvem o problema<sup>23</sup>. Ora, trata-se de medidas extremas oponíveis exclusivamente aos Estados e Municípios. Além disso, a jurisprudência entende que a intervenção é possível apenas nos casos de descumprimento voluntário ou injustificado de

<sup>22</sup> Conquanto essa solução seja propugnada por GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas*, p. 141.

<sup>23</sup> Solução também propugnada por GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas*, p. 141.

decisão judicial. Ou seja, entende-se que a intervenção é admissível somente em casos de descumprimento *doloso* ou *intencional* (cf., p. ex., STF, 2ª Turma, AI 786676-MG, rel. Ministro Gilmar Mendes, j. 01.02.2011; STF, Pleno, IF 5050 AgR-SP, rel. Ministro Ellen Gracie, j. 06.03.2008; STF, Pleno, IF 506 AgR-SP, rel. Ministro Maurício Correa, j. 05.05.2004; STF, Pleno, IF 3773-RS, rel. Ministro Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Ministro Gilmar Mendes, j. 03.04.2003). E nem poderia ser diferente: a intervenção é o *punctum dolens* do equilíbrio federativo, motivo pelo qual é medida de intromissão drástica e excepcional, que dificilmente será deferida se o Poder Público alegar a existência de sérios entraves burocráticos, ou inexistência de recursos financeiros para a implantação da política pública pretendida.

Conseqüentemente, a par de toda carga despótica, a imposição de multa diária, a responsabilização por improbidade administrativa, a intervenção em Estado e Município e a responsabilização criminal não são medidas com bom desempenho na implantação judicial de uma política pública. Como foi bem ressaltado por Samuel Meira Brasil Jr. e Juliana Justo Botelho Castelo, "dada a complexidade fática e técnica, a interferência de diversos complicadores na execução da política pública, a mera punição do agente ou a utilização de uma técnica coercitiva pode não ser suficiente e adequada à efetividade da decisão judiciária"<sup>24</sup>. Na supercomplexidade da vida social pós-moderna, as fórmulas áruicas de coercitividade judicial tendem, em razão da sua ingenuidade simplificadora, a falhar. Aliás, elas vão na contramão de um mundo em que se assiste à disseminação de "técnicas leves" de interferência social.

Nem a tão propalada *intervenção judicial* se mostraria eficiente. Como cedo, a intervenção judicial sempre foi tradicionalmente tratada como um provimento cautelar de conservação, fiscalização e controle da atividade administrativa do réu, exercidos por um terceiro da confiança judicial. Por meio de um *longa manus*, o juiz procura evitar o mau uso de um bem litigioso (e.g., propriedade, sociedades empresariais). Para tanto, o interventor pode ser nomeado: a) para uma simples fiscalização, sem que o demandado perca seus poderes de administração [= interventor-observador]; b) em substituição aos administradores naturais, que serão removidos de maneira compulsória, mas temporária [= interventor-administrador]; c) para uma mera co-gestão, ao lado dos administradores naturais [= interventor cogestor]<sup>25</sup>. Mas a mesma técnica interventiva pode ser usada como uma "medida de apoio" atípica à efetivação da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer<sup>26</sup>. A questão é saber se é possível a intervenção judicial em uma pessoa jurídica de direito público com o objetivo de fazê-la implantar uma determinada política pública. Ora, é preciso aqui tomar inúmeras precauções, já que o afastamento de agentes políticos da

<sup>24</sup> O cumprimento coercitivo das decisões judiciais no tocante às políticas públicas, p. 486.

<sup>25</sup> Sobre o tema, ver, p. ex., PEREIRA, Luiz Fernando C. *Medidas urgentes no direito societário*, p. 205-263; SILVA, Ovídio A. Baptista da. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*, p. 418-422.

<sup>26</sup> TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, p. 275-283.

administração da pessoa jurídica pode afetar o sistema federativo. Não é por outra razão – como já visto – que a intervenção sofrida por Estados e Municípios recebe regime específico de envergadura constitucional. Essa é, aliás, uma das razões por que o STJ entendeu ser incabível intervenção judicial em qualquer instância de órgão público (2ª Seção, AgRg na Pet 734-CE, rel. Ministro Barros Monteiro, DJU 25.11.1996, p. 46134)<sup>27</sup>. De toda forma, ainda que esse tipo de intervenção fosse admissível, o próprio administrador judicial acabaria fatalmente verificando várias e tormentosas dificuldades de natureza burocrático-administrativa e orçamentário-financeira para a implantação da política pública desejada.

### 3. “Execução Negociada” de Políticas Públicas

Quando o Poder Judiciário condena um determinado Município a desativar em tempo diminuto um lixão a céu aberto e construir uma unidade de coleta e de tratamento adequado do lixo urbano, muitas vezes não tem em mente que a implantação dessa nova política exige, por exemplo: a) disponibilidade orçamentária para a aquisição do terreno ou a afetação de um terreno já possuído para a nova destinação pública; b) interdição da área do lixão; c) retirada de pessoas do novo terreno; d) realização de concurso público e capacitação de novos servidores para o tratamento adequado do lixo; e) realização de licitação para a edificação da nova unidade e para a compra de materiais de trabalho; f) contratação de vigilância permanente para impedir o ingresso de pessoas no local, antes acostumadas à cata de resíduos; g) implantação de programa de educação ambiental de manejo de lixo para a população residente às voltas do extinto lixão; h) implantação de coleta fina e regular de lixo nos bairros circundantes ao extinto lixão; i) revogação dos alvarás concedidos às empresas que antes despejavam resíduos no lixão; j) implantação de plano de recuperação ambiental da área degradada; k) cadastramento e capacitação de cooperativas de coleta, separação e destinação de material reciclável; l) adequação de todos esses gastos no tempo em função do planejamento orçamentário preestabelecido; m) desvinculação das verbas públicas anteriormente destinadas a outras finalidades. O cumprimento da obrigação de fazer terá de obedecer a um cronograma e será fracionado entre as diversas secretarias municipais encarregadas da tarefa pertinente (Secretaria de Planejamento, Secretaria de Obras Públicas, Secretaria de Finanças Públicas, Secretaria da Educação, Secretaria de Meio Ambiente, Secretaria de Serviços Públicos, Secretaria de Orçamento, Gabinete do Prefeito etc.).

Da mesma maneira, quando existe determinação judicial para o fornecimento de medicamentos excepcionais, o Poder Público tem de: a) verificar se o medicamento está disponível no mercado nacional e se existe mais de um fornecedor; b) se o medicamento estiver disponível no mercado nacional e existir mais de um fornecedor, providenciar a primeira aquisição por dispensa de licitação

<sup>27</sup> Para uma discussão desse caso: ARENHART, Sérgio Cruz. *A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica*, p. 824-826.

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

No cotidiano forense é comum deparar-se com situações em que o réu reconhece a necessidade de realizar o *objeto* da pretensão de direito material alegada em juízo, mas resiste à realização desse objeto no *tempo* pretendido pelo autor. Afinal, as implantações de políticas públicas pretendidas em juízo soem ter sólido embasamento constitucional e ser socialmente relevantes. Contudo, as várias limitações orçamentárias e os inflexíveis controles burocráticos internos e externos frequentemente impedem a Administração de desincumbir-se dos seus importantes misteres no tempo desejado pela população (ávida por melhorias), ou mesmo pelos gestores públicos (ávidos por reconhecimento eleitoral). Daí por que, nessas ações, o deslinde da causa não exige a solução de questões jurídicas, mas de questões fáticas. Mais: o deslinde da causa está em saber qual o tempo *razoável* para o ente público cumprir a obrigação de fazer.

Afinal, como bem diz Osvaldo Canela Junior, "para o orçamento programa, a ausência de receita é pressuposto de atuação *no tempo* e não fator de paralisação da atividade estatal"<sup>28</sup> [d.n.]. Isso mostra que, em grande parte das lides que envolvem implantação de políticas públicas, não se está diante de um conflito sociológico propriamente *dialético*, em que uma parte está certa e a outra está errada (caso em que a solução do conflito deve ser *disjuntiva* ou *dualista*, ou seja, deve haver vencedor e vencido). Na verdade, está-se diante de um conflito *exlético*, em que as duas partes estão erradas: o réu errou porque não cumpriu o *objeto* da pretensão;

<sup>28</sup> O orçamento e a "reserva do possível", p. 231.

o autor errou porque exigiu o cumprimento em *tempo* infactível (caso em que a solução do conflito deve ser *conjuntiva* ou *integralista*, ou seja, as duas partes devem ganhar e perder). Daí por que, nessa seara, um dos maiores contribuintes para o descumprimento das decisões judiciais é o próprio magistrado, que, de maneira unilateral e desajeitada, só inventar prazos absolutamente irrealizáveis para que o demandado cumpra o preceito (o que desmoraliza a jurisdição).

É possível, aliás, identificar três formas de fixação de prazos para a implantação de uma política pública em juízo: 1) *apriorística* (em que o juiz deduz abstratamente um prazo a partir da sua razão e do seu bom senso); 2) *empírica* (em que o juiz se utiliza de sua experiência anterior em casos similares para intuir um prazo); 3) *científica* (em que o juiz chega indutivamente a um prazo só após resignar-se a conhecer as possibilidades particulares e concretas do réu). Nem é preciso dizer que, na ordinariade dos casos, os juízes se limitam a (1) e (2). Contudo, na implantação judicial de uma política pública, é preciso uma ética de eficiência e de melhores consequências, o que somente é viável em (3). Os juízes não dominam o emaranhado técnico subjacente a essas execuções, motivo por que é temerário fiarem-se apenas em sensações casuísticas e raciocínio escolástico. Antes, é preciso que se socorram de dados positivos. Ou seja, para mudar a realidade, o juiz tem de desvelá-la e refletir sobre ela. Por isso, quando o § 4º do artigo 461 do Código diz que o juiz deve fixar um prazo *razoável* para o cumprimento do preceito, ele está a referir-se não a uma razoabilidade abstrata (derivada de palpites e intuições), mas *concreta* (calcada em dados metodologicamente angariados).

Esses dados podem ser obtidos numa audiência preliminar [*pretrial conference*] entre autor e réu. Dificilmente o juiz logrará obter dados, porém, para a fixação do prazo e o início de uma execução *forçada*: o réu nunca cooperará a contento para o sucesso de atos coercitivos a serem perpetrados contra ele próprio. Todavia, a audiência poderá ser frutífera se os dados forem utilizados para a construção de uma “execução” *negociada*. Após o réu expor à mesa sua capacidade real e concreta de implantar a política pública, o juiz terá melhores subsídios para propor às partes um acordo sobre o cumprimento voluntário da decisão liminar ou da sentença dentro de um *cronograma*. A utilização de cronogramas na implantação judicial de políticas públicas não é, aliás, desconhecida da doutrina e da jurisprudência.

No Brasil, Eduardo Talamini recomenda que, “em vista da complexidade da prestação envolvida”, o juiz estabeleça “um *cronograma* com marcos parciais que possam ser objetivamente aferidos” [d.n.]<sup>29</sup>. Na Argentina, p. ex., Roberto Omar Berizonce relata que, no conhecido caso “Beatriz Mendoza”, a *Corte Suprema de Justicia de la Nación* determinou aos Estados envolvidos a apresentação de um plano integrado e completo, baseado no princípio da progressividade, a fim de que os objetivos fossem alcançados de modo gradual através de metas projetadas em

<sup>29</sup> *Concretização jurisdicional de direitos fundamentais a prestações positivas do Estado*, p. 170-171.

um *cronograma*<sup>30</sup>. Solução similar foi dada pela Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, em sessão de 13 de agosto de 2008, antecipou os efeitos da tutela pretendida pelo Ministério Público para determinar ao Município de Canoas que apresentasse em 20 (vinte) dias o cronograma de um projeto de implantação do Serviço Residencial Terapêutico para atendimento dos portadores de doença mental em situação de abandono (Agravo de Instrumento 70024042095, Relatora Desembargadora Denise Oliveira Cezar). Porém, como se pode ver, o cronograma é tradicionalmente inserido no contexto de uma execução forçada, não de uma “execução negociada”.

É importante sublinhar que, na expressão “execução negociada”, há razão para a expressão ser colocada entre aspas: aqui, não há uma execução em sentido estrito, pois o Estado-juiz não invade forçadamente a esfera jurídica do demandado [execução *direta*], nem por meio de ameaças o compele a fazer algo [execução *indireta*]. Porém, tomando a palavra *execução* em sentido amplíssimo (ou seja, no sentido de “efetivação”), pode-se afirmar que, numa implantação negociada de política pública em juízo, haveria *soft judicial execution* (escorada na *persuasão*, na *liquidez*, na *incitação*, na *flexibilidade*, no *diálogo* e na *criatividade*), e não *hard judicial execution* (escorada na *força*, na *solidez*, na *coerção*, na *rigidez*, na *imposição* e na *subsunção*). Nesse tipo bastante diferenciado de execução judicial, os princípios da *boa-fé* e da *colaboração* assumem alta densidade, já que a cooperação do executado e a lealdade recíproca entre as partes são indispensáveis à obtenção de um cronograma de implantação e, conseqüentemente, à realização da tutela jurisdicional<sup>31</sup>. Trata-se de uma verdadeira *execução complexa cooperativa*, pois.

Para que se consiga um cronograma negociado desse tipo, recomenda-se, entre outras coisas: i) que o juiz da causa se reúna as sós com cada uma das partes para ouvir suas posições, identificar interesses subjacentes comuns e contrapostos, simular algumas alternativas de acordo e interromper a audiência quando a conversação se mostrar hostil ou obstruída (na técnica da mediação, essa reunião privada é chamada de *cáucus*); ii) a instauração de rodadas de negociação para a discussão dos temas e de cada uma das etapas do cronograma; iii) a presença não apenas dos advogados, do Ministério Público e dos representantes legais dos entes envolvidos, mas também dos responsáveis técnicos encarregados internamente do cumprimento de cada etapa do cronograma; iv) a consulta eventual a terceiros especialistas – nomeados pelo juiz como peritos, ou intervenientes na qualidade de *amicus curiae* – para a ampliação das informações imprescindíveis<sup>32</sup>; v) a possibilidade democrática de participação não só das partes e dos auxiliares da justiça, mas dos

<sup>30</sup> *Tutelas procesales diferenciadas*, p. 147-148.

<sup>31</sup> Sobre o princípio da colaboração na execução: MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*, p. 141-149.

<sup>32</sup> Embora *a priori* não divise a valia do *amicus curiae* “na atividade jurisdicional voltada precipuamente à realização concreta, à realização prática do direito”, Cassio Scarpinella Bueno reconhece que o *amicus curiae* pode assumir “foros de utilidade” na execução da sentença proferida em processo coletivo (*Amicus curiae* no processo civil brasileiro, p. 604-608).

setores da sociedade interessados na implantação da política pública, fazendo-se, assim, com que a relação processual assuma uma *estrutura polifônica* e transponha a bilateralidade autor-réu (já que, no Estado Social e Democrático de Direito, construído para uma sociedade fragmentária e pluralista, as experiências institucionais conquistam maior legitimidade – de natureza *tópica*, sublinhe-se – à medida que se estruturam sob canais de controle e participação direta dos destinatários da ação governamental); vi) a possibilidade de os presentes usarem na audiência mapas, planilhas, gráficos, plantas, desenhos, rascunhos, orçamentos, croquis, vídeos, fotografias, retroprojetores, slides, quadros, lousas, telas para *PowerPoint*, propostas, comentários e toda sorte de recursos audiovisuais necessários à explanação técnica de suas perspectivas; vii) a possibilidade de eventual interrupção da audiência para a realização de inspeção judicial nos locais de instalação das estruturas que serão necessárias à implantação da política; viii) a reserva de um espaço amplo e informal para acolher com conforto os presentes, facilitar o diálogo entre eles e comportar toda a estrutura física acima sugerida<sup>33</sup>.

Mas, para que tudo isso funcione, há uma condição *objetiva* de possibilidade (o juiz deve ser verdadeiramente capacitado na técnica de mediação<sup>34</sup>) e outra *subjetiva* (o juiz deve ter inclinação pessoal para o diálogo, a escuta ativa, a interrupção adequada, a paciência, a curiosidade, o improviso, o comprometimento, o bom senso, a articulação, a apreensão dos interesses não externados, a desconstrução de impasses, etc.). Enfim, duas condições dificilmente encontráveis em um juiz, mas bastante desejáveis em um *psicoterapeuta*. E não sem razão. Como foi bem percebido por Tércio Sampaio Ferraz Jr., “com o advento da sociedade tecnológica e do Estado social, [...] o juiz é chamado a exercer uma função *socioterapêutica*, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução das finalidades políticas das quais ele não se exime em nome do princípio da legalidade [*dura lex sed lex*]”<sup>35</sup> [d.n.].

De qualquer maneira, na implantação judicial de políticas públicas, a mediação é algo novo e desafiador mesmo para quem está habituado a esse método alternativo de solução de controvérsias, visto que o instituto é preponderantemente raciocinado para a solução de conflitos empresariais, trabalhistas, familiares e

<sup>33</sup> Parte dessas medidas já foi sugerida por Ada Pellegrini Grinover, embora para a fase de cognição: “[...] o processo deverá obedecer a um novo modelo, com cognição ampliada, que permita ao magistrado dialogar com o administrador para obter todas as informações necessárias a uma sentença justa e equilibrada, que inclua o exame do orçamento e a compreensão do planejamento necessário à implementação da nova política pública. A sociedade deverá ser ouvida em audiências públicas, admitindo-se a intervenção de *amici curiae*. Caberá também o juiz atentar para outras despesas que possam comprometer o mesmo orçamento, o que poderá ser feito pela reunião de processos em primeira ou segunda instância” (*O controle jurisdicional de políticas públicas*, p. 139).

<sup>34</sup> Segundo Francisco José Cahali, “por mais que uma pessoa tenha habilidade e talento como negociador ou gestor de conflitos, a mediação exige estudo específico, técnicas, experiência, e constante aprendizado para aprimoramento do conhecimento”, razão pela qual “a capacitação é indispensável à correta utilização deste valioso instrumento” (*Curso de arbitragem*, p. 62).

<sup>35</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Direito constitucional*, p. 406.

ambientais. Ademais, o juiz é obrigado a sincronizar-se com três formas de diálogo estruturalmente distintas, mas funcionalmente interdependentes: precisa interagir: (a) com os agentes políticos para que a atuação dos técnicos seja politicamente orientada (ou seja, para que essa atuação ganhe legitimidade *télica*); (b) com o *staff* técnico para que a ação dos políticos receba diretriz técnica (isto é, para que essa ação ganhe legitimidade *tectônica*); (c) com os destinatários e os demais interessados na ação governamental para que a atuação dos técnicos e políticos esteja sintonizada com os anseios gerais da população (ou seja, para que ação tético-tectônica também ganhe legitimidade *tópica*).

Isso exige da autoridade judicial um relativo domínio tanto da linguagem *político-administrativa* quanto da *técnico-científica*, que decodificam os impasses internos (como se a ele não bastasse ter de dominar com proficiência a linguagem *jurídico-processual*, estruturante da “execução negociada”). Isso o obriga, além o mais, a sair de uma mediação tradicionalmente *bilateral* (em que tomam parte na audição os litigantes e os seus advogados) para uma mediação *multilateral* (em que, além dos litigantes e seus procuradores, há intervenção de uma camada compósita de agentes políticos, altos servidores públicos, representantes de setores organizados da sociedade, técnicos, etc., que potencializam o *brainstorming*). Se assim não for, o juiz estará incorrendo irresponsavelmente em um “ativismo judicial despreparado” [Virgílio Afonso da Silva]. E a chance de isso ocorrer é grande, visto que a formação técnica e humanista dos magistrados – distante da multidisciplinaridade, da interdisciplinaridade e da transdisciplinaridade desejáveis – ainda é bastante inadequada para lidar com políticas públicas<sup>36</sup>. Hoje, os juízes ainda são selecionados e capacitados apenas para a composição de litígios privados ou entre indivíduos e o Estado, conquanto sejam cada vez mais chamados à especial coordenação de uma “democracia deliberativa em juízo” e à concretização dos grandes objetivos sócio-econômicos plasmados no texto constitucional.

É importante registrar que a mediação não é proveitosa apenas nos litígios entre a coletividade e o ente público, em que haja pedido de implantação de política pública, mas em litígios entre entes públicos, em que a implantação de uma política pública faça parte tão somente da causa de pedir. Recentemente, o DNIT tornou-se coordenador da política pública de adequação de capacidade de tráfego

<sup>36</sup> Sobre essa inadequação: COSTA, Susana Henriques da. *O Poder Judiciário no controle de políticas públicas*, p. 460; ZUFELATO, Camilo. *Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais*, p. 314, nota 8. Segundo Maria Paula Dallari Bucci, “definir as políticas públicas como campo de estudo jurídico é um movimento que faz parte de uma abertura do direito para a interdisciplinaridade” (*O conceito de política pública em direito*, p. 1). No mesmo sentido: ARNAUD André-Jean e DULCE, Maria José Fariñas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*, p. 244-245: “Somente a análise interdisciplinar permite examinar as relações entre as políticas públicas e o direito, os vazios que podem explicar más implementações. Só ela pode permitir descobrir o tempo e enunciar os riscos de derrapagem consecutivos à tentativa de impor políticas, quando se pesquisa a eficácia máxima, sem respeitar escrupulosamente todos os constrangimentos do Estado de direito. Só ela pode permitir medir o impacto de cada tipo de regulação na implementação das políticas públicas e sugerir a substituição de um tipo de regulação previsto por um outro tipo – substituir, por exemplo, uma regulação jurídica por uma regulação social ou inversamente”.

e restauração da malha viária da BR 101 Nordeste (o que redundou na realização de obras de duplicação). Porém, para a continuidade das obras, foi preciso que as empresas concessionárias de energia elétrica remanejassem os suportes de suas linhas de transmissão estendidos ao longo das faixas de domínio da mencionada rodovia federal. Nem é necessário dizer que vários impasses surgiram, visto que as concessionárias alegaram falta de disponibilidade financeira para a remoção imediata de uma quantidade infinitesimal de postes. Nas inúmeras demandas propostas pelo DNIT, o cumprimento das liminares e das sentenças condenatórias só foi obtido mediante a celebração de acordos constitutivos de um minucioso cronograma de retirada das linhas transmissoras, em que se logrou harmonizar a urgência da autarquia federal com as limitações das empresas concessionárias. Isso demonstra que a mediação judicial é importante fonte propiciadora de diálogo interinstitucional (tão raro no âmbito governamental) e, portanto, eficiente instrumento para viabilização de políticas públicas emperradas por conflitos entre entidades que compartilham a mesma infraestrutura de serviço.

#### 4. Dogmática Jurídica e Execução Judicial de Políticas Públicas

O dia a dia do foro tem demonstrado que o índice de realização de acordos nessa audiência é enorme e que os entes públicos os cumprem cabalmente. Afinal de contas, a solução costuma proporcionar benefícios mútuos. Mais: o cotidiano demonstra que, na execução judicial de políticas públicas, o melhor a ser feito não é a fixação monolítica e unilateral de um prazo fixo e rígido para o cumprimento forçado da obrigação (ao estilo de uma *hard judicial execution*), mas sim a fixação fracionada e negociada de prazos flexíveis e revisáveis para cada etapa de um cronograma de cumprimento voluntário (ao estilo de uma *soft judicial execution*).

Nesse sentido, o *cronograma negociado de cumprimento voluntário* pode ser inserido no rol do § 5º do artigo 461 do CPC como mais uma das possíveis “medidas de apoio” para a efetivação da tutela específica das obrigações de fazer (embora se trate de uma medida não coercitiva). Lembre-se que, conquanto esse rol seja exemplificativo, a jurisprudência tem sido pouco criativa na aplicação do aludido dispositivo, limitando-se praticamente às medidas de apoio já sugeridas. Isso revela o despreparo do Judiciário na lida com um tipo novo de legislação processual civil, que permite ao juiz inventar meios de efetivação adequados às vicissitudes do caso concreto, a fim de que sua decisão seja executada com maior *rendimento de produção*. O artigo 461 do CPC não traz previsão exaustiva da sequência procedimental necessária à implantação de uma política pública em juízo; enfim, não há uma solução genérica e abstrata oferecida *a priori* pelas normas. Isso faz com que o sistema perca previsibilidade (que é a preocupação do Estado Liberal de Direito). No entanto, na execução judicial de políticas públicas, é importante que os instrumentos de efetivação possam ser regulados discricionariamente pelo magistrado. Com isso, o sistema ganha capacidade de particularização, individualização, adaptação, fragmentação e maleabilidade, isto é, o sistema se torna mais flexível para a

consecução de *metas e finalidades* (que é a grande preocupação do Estado Social e Democrático de Direito). Sem habilidade imaginativo-institucional, portanto, pouco resultado se obtém numa execução complexa. Só assim é possível gerenciar uma realidade processual civil que não é *always under law* e conceito-subsuntiva.

Daí se percebe que a execução judicial de políticas públicas é um problema a ser enfrentado por meio de uma abordagem dogmática com a qual a maioria dos juristas do processo não está acostumada. A Processualística brasileira é dotada de uma invejável capacidade *analítica* para elaborar conceituações, definições, distinções, classificações e sistematizações. Entretanto, ela jamais se dignou a desenvolver estudos convincentes de *hermenêutica jurídica*. Ademais, ainda engatinha na arte *pragmática* de desvencilhar-se sem culpa de argumentos de coerência analítica para pautar-se naqueles que promovam maior praticidade de resultados. Ainda nos falta uma cultura de eficiência (conquanto a eficiência seja cada vez mais condição e garantia de legitimidade do agir jurisdicional). Por isso, quando se estuda juridicamente o problema da execução judicial de políticas públicas, somente se encontram dois tipos de produção literária: trabalhos dogmáticos a respeito das normas sobre a execução das obrigações de fazer [plano do “dever-ser”] e trabalhos sociológicos sobre os desafios técnicos na implantação de políticas públicas ambientais, educacionais, assistenciais, culturais, de saúde, habitacionais, econômicas, de lazer, de saneamento básico, de segurança pública, de produção agropecuária, de transportes, de abastecimento alimentar, etc. [plano do “ser”].

E com isso subsiste uma distância abismal entre o “dever-ser” e o “ser”, sem que seja desenvolvida uma séria investigação técnico-jurídica sobre os instrumentos práticos para a diminuição dessa distância e sobre a arte de manejar tal *instrumentarium*. Assim, na seara da execução de políticas públicas em juízo, precisa-se menos de uma “*analítica* processual da implantação judicial” (que é um saber *científico* e *organizatório* sobre as *normas* de execução) e mais de uma “*pragmática* processual da implantação judicial” (que é um saber *tecnológico* e *instrumental* sobre as *estratégias* de execução). A bem da verdade, é preciso menos uma pragmática *executivo-dialética* (que é o saber técnico voltado a estratégias de *subjugação* do executado) e mais uma pragmática *executivo-exlética* (que é o saber técnico voltado a estratégias de *harmonização* entre executado e exequente). Todas essas considerações antecipam um pouco o que provavelmente será a dogmática processual pós-moderna: a elevada flexibilidade procedimental infundirá um “processo civil mínimo”, de modo que a ciência analítico-processual será desenvolvida por *constitucionalistas especializados* – os futuros guardiães do *due process of law* nas searas administrativa, legislativa e jurisdicional –, reservando-se aos *empiristas do foro* o conhecimento estratégico-pragmático sobre as fórmulas bem-sucedidas de realização prática da tutela jurisdicional (ou seja, os processualistas, tal como os conhecemos hoje, sofrerão profunda modificação). No entanto, os juizes atuais, que precisam ser municiados doutrinariamente com essas fórmulas, ainda têm sido bombardeados, p. ex., com discussões estéreis sobre a natureza jurídica das *astreintes*.

## 5. “Execução Negociada” como Negócio Jurídico Processual

Após o estudo da desenvoltura *pragmática* da chamada “execução negociada de políticas públicas”, é possível enxergar o instituto sob uma ótica *analítica*. A dogmática jurídica da tradição romano-germânica costuma desenvolver o caminho inverso, porém, especula o potencial prático de um determinado instituto somente após haver separado, cheirado, catalogado e sistematizado todos os seus “mil pedacinhos”. Nem é necessário dizer que nessa tradição sempre há grandes abismos entre a teoria e a prática. Ora, quem não se prontifica a entender antes a vida jurídica, não tem outro ponto de partida senão os textos de direito positivo. Não se pode olvidar, todavia, que esses textos são simples “pinturas” de um organismo vivo, não o organismo em si. Os institutos jurídicos *vivem* dinamicamente em sociedade e o desenho que o texto normativo deles faz é apenas uma pálida imagem estática. Daí a esterilidade da “ciência dos professores” [*Law-in-books*], que só lida com desenhos, e a fertilidade da prática quotidiana forense [*Law-in-action*], que trabalha com institutos vivos. Entre o retrato morto de um instituto e a sua vivência empírica pode haver dessimetrias. O instituto vivo pode ser mais “rico” que sua pintura [hipotrofia estrutural do texto normativo] e a pintura pode ser mais “rica” que o instituto retratado [hipertrofia estrutural do texto normativo]. No primeiro caso, a ciência jurídica tradicional peca por ingenuidade; no segundo, por delírio. Por isso, para não se incorrer em qualquer dos dois pecados, é preferível teorizar-se sobre a vida forense a descobrir-se, na prática, que a teoria que a antecedeu serve para pouco.

Pois bem. Partindo-se da classificação dos fatos jurídicos estruturada por Pontes de Miranda, percebe-se rapidamente que o *acordo sobre o cronograma de cumprimento voluntário* não é um ato jurídico *stricto sensu* e, portanto, um *ato executivo*: na chamada “execução judicial negociada”, o réu não tem sua esfera jurídica invadida a fórceps pelo Estado-juiz, nem é pressionado por medidas coercitivas a cumprir voluntariamente a sua obrigação. Em verdade, trata-se de *negócio processual* ou *negócio jurídico “executivo”* (o que desmente os juristas que negam a existência dessa categoria no direito processual civil positivo brasileiro vigente<sup>37</sup>). Mais: trata-se de negócio jurídico celebrado *dentro* da relação processual civil e para irradiar os seus efeitos *dentro* desse processo, sem que todos esses efeitos estejam previstos expressamente em texto de direito positivo.

Aqui, está-se diante de um fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste numa manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta aos sujeitos parciais do processo, dentro de limites predeterminados e amplitude variada, o poder de estruturação da sequência procedimental que ensejará a implantação prática da política pública. Nesse caso, o

<sup>37</sup> Defendendo a existência dos negócios processuais: BRAGA, Paula Sarno. *Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual*, p. 466-473; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*, p. 54-64; LIMA, Bernardo Silva de. *Sobre o negócio jurídico processual*, p. 115-123.

negócio processual será celebrado somente entre os sujeitos parciais do processo: o juiz não é codeclarante, uma vez que não se obriga nem imputa qualquer ônus a si próprio; limita-se a homologar o acordo, ou seja, cinge-se a produzir um *elemento integrativo de eficácia*<sup>38</sup> (noutras palavras: celebrado entre o autor e o réu, o negócio processual será *bilateral*; a homologação judicial não o tornará trilateral).

A partir de então, o negócio jurídico estruturante de procedimento irradiará os seus efeitos e juiz e autor poderão promover um controle individual ou conjunto do cumprimento das fases do cronograma, isto é, poderão realizar o acompanhamento e o monitoramento dos *timings* [*procedural timing controls*]. Essa supervisão *pari passu* do cumprimento das tarefas também pode ser realizada por um *administrador* da confiança da Justiça ou indicado pelas partes (chamado pela doutrina norte-americana de *master*), sem que a ele se atribuam poderes de intervenção no Poder Público ou de gestão direta sobre a implantação da política pública<sup>39</sup>. Com isso se vê que, em execuções complexas delongadas sob racionalidade cooperativa, a dinâmica processual assemelha-se a uma atividade *regulatória*: as cláusulas do acordo de cronograma definem os marcos [*rule-making*] e os meios de fiscalização do cumprimento do cronograma [*monitoring*].

No acordo, é possível estipular-se: α) a incidência de multa penal pelo atraso no cumprimento de cada etapa do cronograma (ou seja, é possível a estipulação de sanções pelo descumprimento dos *timings*), sem prejuízo de multa diária em caso de expiração do prazo para o cumprimento total da obrigação de fazer; β) a incidência de multa diária em caso de expiração do prazo para o cumprimento total da obrigação, sem que incida qualquer multa penal por atraso nos *timings*. Indiscutivelmente, a opção (β) é preferível: o que importa é o cumprimento *global* da obrigação. Ora, não raro, surgem imprevistos na execução das etapas do cronograma. Assim, em face de caso fortuito ou força maior, pode o réu invocar a *teoria da imprevisão* e requer a convocação de uma nova audiência para discutir-se a revisão do acordo, a fim de readequá-lo às novas circunstâncias, que dificultam a implantação total da política pública no tempo originariamente previsto.

Para que se evite a necessidade de revisão de todo um complexo cronograma já negociado, é possível – e, não raro, recomendável – que cada etapa seja objeto de uma rodada própria de negociação. Ou seja, é possível que, ao fim de cada etapa cumprida, o juiz convoque as partes para a negociação do passo subsequente. A esse agrupamento funcional de acordos dá-se o nome de *coligação de negócios jurídicos* [Orlando Gomes] ou *união interna de negócios jurídicos* [Pontes de Miranda]: embora cada negócio tenha a sua identidade própria, eles têm os seus destinos ligados entre si<sup>40</sup>. Essa técnica de várias negociações sucessivas revela-se adequada

<sup>38</sup> Sobre o conceito: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*, p. 46-48.

<sup>39</sup> Cf. BRASIL JR., Samuel Meira; CASTELLO, Juliana Justo Botelho. *O cumprimento coercitivo das políticas judiciais no tocante às políticas públicas*, p. 480-481.

<sup>40</sup> Sobre o tema: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*, p. 192-193.

para os casos de políticas públicas de implantação hipercomplexa e demorada, pois permite ao juiz e às partes uma avaliação da gestão administrativa no cumprimento dos passos anteriores e um reajuste das expectativas e uma readequação das tarefas para as etapas posteriores. Em um certo sentido, esse tipo fracionado de “execução cooperativa” aproxima-se mais da forma real como, na prática, as políticas públicas se concretizam extrajudicialmente, uma vez que a implantação costuma apresentar-se em *ciclos* (não em fases claramente discerníveis) e a avaliação é feita no curso da implantação (não ao final), o que acaba introduzindo novos elementos na agenda inicialmente cogitada e fazendo com que ela seja continuamente revista e adaptada à realização do objetivo<sup>41</sup>. Daí por que, aqui, a implantação voluntária da política pública não decorrerá da celebração de um *único* negócio processual, mas de *vários* negócios, todos eles interligados por subordinação ou coordenação e pertencentes a uma unidade funcional complexa.

Diante de todas essas considerações, é irresistível associar esse tipo de acordo ao instituto da “calendarização processual” [*timing of the procedural steps*].

*Grosso modo*, a calendarização significa uma delinação imediata de uma expectativa temporal para a prolação da sentença [*dead-line*], a fim de que todas as etapas do procedimento sejam orientadas em função dessa expectativa. Com isso, elabora-se um calendário ou tabela temporal [*timetable*] de toda a fase de conhecimento e se ganha tempo não remetendo os autos à conclusão para despacho e publicação na imprensa. Como se vê, trata-se de uma técnica de *gestão* do tempo processual, em que uma tutela jurisdicional mais racional e célere é prestada mediante flexibilização procedimental negociada entre as partes. Nos EUA, a possibilidade de celebração de negócios constitutivos de formato procedimental não encontra respaldo em dispositivos legais, mas num livro de recomendações a juízes, *The elements of case management: a pocket guide for judges*, redigido por William W. Schwarzer e Alan Hirsch e editado *Federal Judicial Center* no ano de 2006. Na Europa, a prática é descrita na Recomendação (1984) 5 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, adotada em 28 de fevereiro de 1984 (e hoje prevista, por exemplo, no § 9-4 do *Dispute Act* norueguês, na regra 1.4.2 das *Civil Procedure Rules* inglesas, no art. 764 do *Code de Procédure Civile* francês e no art. 183 do *Codice di Procedura Civile* italiano). Em todos esses países, o poder do juiz de designar uma audiência para a composição de uma “programação do procedimento” [*schedule*] está inserido num contexto mais amplo chamado *case management powers* (que são poderes de gestão concedidos aos juízes para conduzirem ativamente os processos, adaptando-os flexivelmente às circunstâncias de cada caso e tornando-os, assim, mais ágeis<sup>42</sup>).

<sup>41</sup> Cf. MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. *Dimensão jurídica das políticas públicas*, p. 70.

<sup>42</sup> Sobre o assunto, p. ex.: CALHAO, Antônio Ernani Pedrosa. *Justiça célere e eficiente*, p. 229 e ss.; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental*, p. 112 e ss.; MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo civil actual*, p. 116 e ss.; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*, p. 37 e ss.

No entanto, quando se pensa em “calendarização processual”, pensa-se sempre numa tabela temporal para o desenvolvimento da atividade *cognitiva*, especialmente das fases instrutória e decisória. Num calendário típico, os *timings* dizem respeito à prática de atos como oferecimento de contestação, tomada de depoimento pessoal das partes, oitiva de testemunhas, juntada de documentos, apresentação de razões finais e prolação de sentença. Porém, é plenamente possível – como já visto – a instituição de uma tabela temporal para a fase de implantação prática de uma sentença condenatória de obrigação de fazer (obviamente nos casos em que o réu concorda em cumpri-la). Ou seja, a técnica da calendarização é aplicável tanto a fases pré-sentenciais como a fases pós-sentenciais. Nisso, o instituto assemelha-se muito a um *compromisso arbitral* (que também é um negócio processual<sup>43</sup>). Nesse sentido, o *cronograma negociado de implantação de política pública* se mostra como uma espécie de “compromisso para-arbitral de formação pós-sentencial”.

Isso tudo revela a importância que o *negócio jurídico* – categoria classicamente associada ao direito privado – assume na gestão pública contemporânea, especialmente após os êxitos obtidos com a ideologia do *New Public Management* e as novas técnicas de “governança pública” difundidas durante as Eras Thatcher e Reagan. A necessidade de *eficiência* no setor governamental (*i.e.*, de qualidade, produtividade, aumento de receita, redução de despesas e responsabilidade dos funcionários) fez com que a rigidez formal da racionalidade de *comando* (fundamentada em noções publicistas, técnicas cartoriais e modelos hierárquicos) desse lugar à flexibilidade informal da racionalidade de *consenso* (fundada em noções privatistas, técnicas empresarias e modelos gerenciais). Ou seja, em razão da insuficiência das fontes de legitimação *a priori* e da conseqüente necessidade de aquisição de legitimidade *a posteriori*, o Estado teve de incrementar seu desempenho e passou a buscar formas alternativas, plásticas e ágeis de atuação institucional, o que o impeliu a uma verdadeira “fuga para o direito privado” (Maria João Estorninho). Daí por que as relações jurídicas travadas pela Administração Pública passaram a ser cada vez menos reguladas por leis, regulamentos e portarias (nos quais prevalecem os princípios da dessimetria e da adjudicação compulsória) e cada vez mais por acordos, convenções, cartas, pactos, quase-contratos, etc. (nos quais prevalecem os princípios da simetria e da cooperação voluntária)<sup>44</sup>. Ou seja, como bem dito pelo jurista alemão Hans Peter Bull, a “Administração autoritária” [*obrigkeitlichen*] tem cedido passo a uma “Administração soberana consensual” [*schlicht-hoheitlichen*]<sup>45</sup>.

É inevitável que essa lógica negocial passe a ser determinante na realização de políticas públicas e faça com que os diversos atores públicos envolvidos nessa implantação sejam coordenadamente regulados, nos planos verticais e horizontais,

<sup>43</sup> Cf., e.g., CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*, p. 128.

<sup>44</sup> Sobre o tema: CHEVALIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*, p. 160 e ss.

<sup>45</sup> *Apud* ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*, p. 44 e ss.

por cláusulas negociais igual e reciprocamente discutidas. Ora, se extrajudicialmente a forma mais eficiente de concretização de políticas é a *negociação*, não há razão para que em juízo as coisas se deem de forma diferente. Por isso, é preciso que, em execuções cooperativas complexas, os juízes “desçam do pedestal”, abandonem a assepsia política e percam o medo de desempenhar atividades operativo-instrumentais sem as velhas e ineficientes prerrogativas de autoridade. Mais: é preciso que atuem com polivalência funcional e conhecimento global. Ádua tarefa...

## 6. Conclusão

Para Hans Kelsen, os ordenamentos jurídicos estatais apresentam duas formas de sanção: a pena e a execução civil<sup>46</sup>. Numa implantação judicial cooperativa de política pública, todavia, a noção de execução civil ganha contornos outros. Aqui, prepondera o *consenso* [execução *exlética*], não a *coerção* [execução *dialética*]. A sanção-execução não é imposta de maneira propriamente forçada [solução vertical], mas por meio de um cronograma estabelecido entre as partes [solução horizontal], que substitui um sem-número de medidas coercitivas de natureza retaliatória. Isso lembra bastante a *poiné* da Grécia Antiga (palavra de que derivam *pain* em inglês e *poena* em latim): tratava-se de uma composição pecuniária pactuada entre os envolvidos [solução horizontal], que substituiu a vingança privada [solução vertical] e servia compensatoriamente para honrar o morto. Como se nota, ao contrário do que se pode imaginar, as soluções dos problemas jurídicos da chamada “pós-modernidade” não precisam ser inéditas e decorrer de uma “hipercriatividade institucional alternativa”. As *sanções negociadas* são um exemplo disso. Talvez as soluções mais apropriadas para os confusos dias de hoje estejam no *passado*. Afinal, ele costuma estranhamente repetir-se.

## Bibliografia

AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Org. Maria Paula Dallari Bucci. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 217-245.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro*: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ARENHART, Sérgio Cruz. A efetivação de provimentos judiciais e a participação de terceiros. *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. Coord. Fredie Didier Jr. et al. São Paulo: RT, 2004, p. 951-993.

\_\_\_\_\_. A intervenção judicial e o cumprimento da tutela específica. *Temas atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao Professor Donaldo Armelin*. Coord. Mirna Cianci et al. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 811-826.

<sup>46</sup> *Teoria pura do direito*, p. 121-123.

ARNAUD, André-Jean; DULCE, María José Fariñas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Trad. Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

AZEM, Guilherme Beux Nassif. Cumprimento dos pronunciamentos emitidos contra a Fazenda Pública. *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis*. Coord. José Maria Rosa Tesheiner *et al.* Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 237-253.

BERIZONCE, Roberto Omar. *Tutelas procesales diferenciadas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009.

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual – plano da existência. *Revisitando a teoria do negócio jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello*. Coord. Fredie Didier Jr. *et al.* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 445-474.

BRASIL JR., Samuel Meira e CASTELLO, Juliana Justo Botelho. O cumprimento coercitivo das decisões no tocante às políticas públicas. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Coord. Ada Pellegrini Grinover *et al.* Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 467-488.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Org. Maria Paula Dallari Bucci. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Liminar em mandado de segurança: um tema com variações*. São Paulo: RT, 1999.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. São Paulo: RT, 2001.

CALHAO, Antônio Ernani Pedroso. *Justiça célere e eficiente: uma questão de governança judicial*. São Paulo: LTr, 2010.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a "reserva do possível": dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Coord. Ada Pellegrini Grinover *et al.* Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 225-236.

CHEVALIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

COSTA, Susana Henriques da. O Poder Judiciário no controle de políticas públicas: uma breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Coord. Ada Pellegrini Grinover *et al.* Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 451-466.

COUTO, Cláudio Gonçalves. Política constitucional, política competitiva e políticas públicas. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Org. Maria Paula Dallari Bucci. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 97-130.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Algumas questões sobre as *astreintes* (multa cominatória). *Revista Dialética de Direito Processual* nº 15. Jun.2004, p. 95-104.

\_\_\_\_\_. *A Fazenda Pública em juízo*. 5ª ed. São Paulo: Dialética, 2007.

DANIEL, Juliana Maia. Discrecionabilidade administrativa em matéria de políticas públicas. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Coord. Ada Pellegrini Grinover et al. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 93-124.

DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2011.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Lisboa: Almedina, 2009.

FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro*. v. 5. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1943.

FARO, Julio Pinheiro. Mecanismos de efetivação da tutela específica em sede de controle judicial de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Processual* nº 76. Out.-dez./2011, p. 57-80.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri: Manole, 2007.

FERREIRA, Éder. As ações individuais no controle judicial de políticas públicas. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Coord. Ada Pellegrini Grinover et al. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 333-351.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 4. t. 1. São Paulo: RT, 2001.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.

GOZZI, Gustavo. Estado contemporâneo. *Dicionário de política*. Org. Norberto Bobbio et al. v. 1. 12ª ed. Brasília: Ed. UnB, 1999, p. 401-409.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Coord. Ada Pellegrini Grinover et al. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 125-150.

GUERRA, Marcelo Lima. Execução contra o Poder Público. *Revista de Processo*. nº 100. Out./dez. 2000, p. 61-80.

\_\_\_\_\_. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1999.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. v. 4. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LIMA, Bernardo Silva de. Sobre o negócio jurídico processual. *Revisitando a teoria do negócio jurídico*: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. Coord. Fredie Didier Jr. et al. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 115-123.

MASSA-HARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Org. Maria Paula Dallari Bucci. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 51-74.

MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo civil actual*. Coimbra: Editora Coimbra, 2010.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MERQUIOR, José Guilherme. *O argumento liberal*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: RT, 2009.

NORONHA, Magalhães. *Direito penal*. v. 4. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

PEREIRA, Luiz Fernando C. *Medidas urgentes no direito societário*. São Paulo: RT, 2002.

PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução de políticas públicas. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Org. Maria Paula Dallari Bucci. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 163-176.

QUEIROZ, Cláudia Lemos. Aspectos relevantes do mediador. *Mediação no judiciário*: teoria na prática e prática na teoria. Org. Claudia Frankel Grosman et al. São Paulo: Primavera Editorial, 2011, p. 100-129.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Coord. Ada Pellegrini Grinover et al. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1-32.

SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1997.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

\_\_\_\_\_. *Curso de processo civil*. v. 2. 4ª ed. São Paulo: RT, 2000.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TALAMINI, Eduardo. Concretização jurisdicional de direitos fundamentais a prestações positivas do Estado. *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis*. Coord. José Maria Rosa Tesheiner *et al.* Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 151-177.

\_\_\_\_\_. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003.

TOMASETTI JR., Alcides. *Execução de contrato preliminar*. São Paulo: USP [tese de doutoramento], 1982.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2003.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Reforma do Código de Processo Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.

ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação dos poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Coord. Ada Pellegrini Grinover *et al.* Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 33-72.

ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Coord. Ada Pellegrini Grinover *et al.* Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 309-331.