



AJURIS

Associação dos Juizes
do Rio Grande do Sul

XI CONGRESSO ESTADUAL DE MAGISTRADOS
Montevideo – Uruguai
Setembro/2015

PROPONENTE: Suélen Caetano de Oliveira, Juíza da 1ª Vara
Cível da Comarca de Alvorada.

**TESE 12: CONTROLE JURISDICIONAL DO VÍCIO DE OMISSÃO: DIREITO
FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O DEVER DE
MOTIVAÇÃO DA OMISSÃO QUALIFICADA PELO ADMINISTRADOR PÚBLICO.**

EMENTA: Situações fáticas extremas decorrentes de omissões qualificadas não justificam, por si só, a violação de direitos fundamentais. A necessidade de motivação do ato administrativo permite a aplicação da teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova ou a própria inversão do ônus da prova, determinando-se ao Administrador a demonstração da observância do interesse público para fins de controle das decisões administrativas.

JUSTIFICATIVA

O crescente descompasso entre a atividade dos representantes do povo e a vontade dos representados tem imposto responsabilidades incomuns ao Poder Judiciário. A falta de legislação e de atos do Administrador Público vem deslegitimando direitos fundamentais dos cidadãos, como se vê amplamente nos pedidos relacionados à saúde e à família. Nisso, percebe-se que a Magistratura tem papel importante de, a partir de suas decisões, dar efetividade a direitos, ainda que a Constituição Federal determine o seu cumprimento a partir de princípios e de valores não expressos.

Há muito se vê que direitos garantidos na Carta não são efetivados por falta de norma infraconstitucional que expressamente os discrimine. As decisões mais recentes, como aquelas que permitem o casamento de pessoas do mesmo sexo e o registro de crianças por dois pais ou duas mães, encerram direitos nunca vedados no ordenamento, apesar de haver previsão acerca da família como núcleo formado por homem e mulher. Interpretar-se tal rol como taxativo é ler

a Constituição Federal de forma simplista e restritiva, sem cotejá-la com seus outros dispositivos.

A leitura do ordenamento de forma independente sustenta a prestação da tutela jurisdicional. Entretanto, deve-se ter em mente que a cultura da sociedade pode resultar em distorções que passam despercebidas pela rotina da Administração Pública, bem como daqueles que a fiscalizam e daqueles que limitam eventuais abusos através da tutela jurisdicional. A quebra de paradigma cultural é essencial para que seja possível extrair-se na norma Constitucional fundamento para a efetivação de direitos.

A corrupção é um dos maiores exemplos acerca da necessidade de quebra de paradigma cultural, pois que era comum, e ainda é, a impunidade, mas, especialmente, é comum que casos como estes sequer fossem descobertos pela Autoridade Policial. Em decorrência disso, reforçou-se a convicção da população de que a corrupção é tolerada, bem como de que se trata de conduta esperada e aceita pelo brasileiro.

Em quantidade notável de casos descobertos, os sistemas penal e civil não foram eficazes para dar a resposta legal, seja a aplicação de pena criminal, seja a aplicação de sanção civil. Muitas vezes, por privilégio de garantias constitucionais aos direitos individuais do investigado, deixou-se de aplicar a norma constitucional que previa um dever de honestidade e de lealdade com a Administração Pública. A consequência da corrupção é evidente: falta de recursos para a prestação de serviços básicos à população e desprestígio com tudo o que é público. O cidadão deixa de ver o que é público como bem de todos, para ser tratado como bem de ninguém, na contrapartida do princípio republicano.

Essas hipóteses são bem conhecidas e mais facilmente controláveis, pois que se trata de atos comissivos, com resultados palpáveis. Entretanto, a crise financeira do Estado do Rio Grande do Sul evidencia outra hipótese de desconformidade do Administrador Público, qual seja, aquela decorrente de omissão. Foi possível inferir a presente tese a partir da seguinte constatação de Juarez de Freitas acerca dos vícios dos atos do Administrador Público,:

(b) *o vício da discricionariedade insuficiente* (arbitrariedade por omissão) – hipótese em que o agente deixar de exercer a escolha administrativa ou a exerce com inoperância, notadamente ao faltar com os deveres de prevenção e de precaução, além das obrigações redistributivas¹.

Dado esse conceito, verifica-se nos fatos decorrentes da alegada situação financeira do Estado, que esta é resultado de uma série de condutas omissivas de suas administrações, bem como da falta de consideração do princípio da precaução, pois que condutas e omissões levaram a resultados possivelmente imprevisíveis em cada época; e da prevenção, pois que há notícia das más condições em que cada novo Governo recebe as contas públicas.

Em consideração ao disposto no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, vê-se que a probidade do Administrador Público é valor fundamental ao constituinte, implicando ao administrado um direito fundamental à boa administração e, em contrapartida, uma responsabilidade ao Administrador:

Trata-se do direito fundamental à boa administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas².

A responsabilidade do Administrador não deve ser limitada às condutas comissivas. Ainda que a Lei de Improbidade Administrativa limite aos tipos dos artigos 9º, 10º e 11º as condutas ímprobas, o controle dos atos administrativos também se submete às demais normas jurídicas vigentes. Diante disso, sustenta-se a possibilidade de sindicabilidade dos atos omissivos da Administração Pública, como na atual crise financeira utilizada como fundamento para o ato objeto de Mandado de Segurança, em que se reconheceu a impossibilidade de parcelamento dos salários do Delegados de Polícia, em razão de se tratar de verba impenhorável³, com fundamento no artigo 35 da Constituição Estadual e no artigo 649, inciso IV, do CPC. Ainda que não analisado esse viés na decisão, a condição financeira atual permite inferir que casos semelhantes, decorrentes de omissão, também serão trazidos ao Poder Judiciário.

Agrava-se a situação quando a crise é utilizada com fundamento para violação direta a direitos fundamentais dos governados. A tutela jurisdicional vem sendo buscada nesse sentido, seja para garantir investimentos em saúde, seja para determinar o pagamento integral dos vencimentos dos Servidores. Esses direitos básicos dos cidadãos merecem tutela adequada diante de sua essencialidade, mas limitados às possibilidades fáticas e estratégicas do Governo.

Assim, uma decisão que determina o pagamento integral dos vencimentos dos servidores públicos, além de aplicar o dispositivo que prevê a impenhorabilidade dos salários, está considerando que há outros meios de pagamento desses valores, apesar da existência da dificuldade financeira, sob pena de determinar-se ao Administrador ordem de impossível cumprimento. Mas, a atual condição financeira permite concluir que há mais hipóteses fáticas que podem ensejar conduta semelhante, sem que haja norma expressa prevendo solução jurídica para a violação. Como exemplo, pode-se imaginar que o Governo realize os repasses de saúde dentro do mínimo constitucionalmente previsto, mas que, por haver contrato diverso com instituição privada, que deixe de receber esses valores contratados, vidas estejam sendo ameaçadas. A forma de sanar juridicamente a questão não seria a aplicação de mínimo de receita de impostos na saúde, tampouco o fato de haver um contrato a garantir o cumprimento da obrigação, diante da excepcionalidade da crise e de eventual estado de necessidade/reserva do possível.

2 FREITAS, Juarez. Direito Fundamental à Boa Administração Pública. 3. ed. SP: Malheiros Editores, 2014, p. 21.

3 AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PREVENTIVO. DELEGADOS DE POLÍCIA. PARCELAMENTO DOS SALÁRIOS. LIMINAR CONCEDIDA. PRETENSÃO DE PARCELAMENTO SALARIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 35 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL.

1. Em se tratando de mandado de segurança repressivo há insurgência contra um ato de autoridade, enquanto que no preventivo, hipótese dos autos, inexistente um ato, mas, sim, justo receio de sua consumação. Trata-se de proteção a direito líquido e certo frente a uma situação previsível.

2. A pretensão de parcelamento do salário dos servidores públicos estaduais viola o disposto no art. 35 da Constituição Estadual, que assegura o pagamento da remuneração até o último dia do mês de trabalho prestado.

3. Prequestionamento. Prescindível a referência a todos dispositivos legais invocados pela parte.

AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO, POR MAIORIA. Nº 70064081904.

Nesse caso, como em diversos casos que se acredita venham a surgir nos próximos anos, é possível aplicar-se, não somente uma ponderação de valores entre todos os contratos que estejam pendentes de cumprimento pela sua essencialidade, mas a avaliação direta acerca das causas desse descumprimento e das formas de obrigar-se o Administrador a realizar medidas para a efetiva solução. A decisão judicial acerca de um caso concreto não deve ser desconectada da totalidade da situação de crise, posto que vem sendo atribuída ao Poder Judiciário a realização de verdadeiro quadro geral de credores do Estado, sob pena de formar-se emaranhado de ordens judiciais sem possibilidade de cumprimento. Em suma, a manutenção da independência dos poderes depende, em muito, da publicidade dos atos administrativos e do esclarecimento sobre as estratégias de gestão governamentais. Por outro lado, o início de um Governo em situação de crise não pode ser desconsiderado, pois que, sem tempo hábil para a realização de medidas saneadoras, pode-se tornar irrazoável a intervenção judicial.

É importante consignar que a violação direta de direitos, ainda que limitada pela reserva do possível, deve ser justificada, em especial se atinge o mínimo existencial. A tese de conveniência e de oportunidade da Administração não pode justificar a violação de direitos dos cidadãos, posto que a dignidade do povo é a finalidade do Estado e, também, elemento do ato administrativo. A finalidade do ato administrativo é vinculada, ou seja, não se submete à conveniência e à oportunidade do Administrador. Uma vez clara essa premissa, a sua violação importa em ato de improbidade, podendo ser enquadrada nas hipóteses do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, salvo se houver impossibilidade fática de realização de forma diversa, o que excluiria a voluntariedade.

Mas, visando-se a sindicatar mais efetivamente as condutas dos Administradores Públicos, deve-se considerar a possibilidade de sindicatar as omissões que, por falta de qualidade de gerência administrativa, levaram a situação atual. Evidentemente que os órgãos fiscalizatórios têm esse papel mas, nos processos em que a crise/impossibilidade fática é a principal defesa do Ente Federado, as omissões devem ser justificadas a contento, sob pena de se transformarem em defesa para todo e qualquer ato administrativo.

Governos sucessivos vêm dispondo sobre a má gestão do erário por seus antecessores, sem que haja um comprometimento gerencial com a situação posta para cada momento. Denuncia-se, também, que interesses políticos contrários implicam em boicote ao Administrador subsequente, sem que haja qualquer investigação e punição para essas hipóteses, quando o ordenamento prevê ao Administrador a submissão ao ordenamento. O descumprimento reiterado da Lei de Responsabilidade Fiscal tampouco é sanado com firmeza, motivo pelo qual pouco se espera em termos de controle das condutas administrativas omissivas ou com resultados à longo prazo.

Na hipótese em que a conduta do Administrador anterior é utilizada para motivar violação de direitos no presente, não se pode considerá-la justificada quando há, no momento atual, omissão em sanar as consequências decorrentes. Há verdadeira mora da administração, como ocorre quando o legislador deixa de cumprir a determinação constitucional verificada em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Ainda que não seja pessoalizada na figura do Administrador atual, a mora na regularização das finanças pende de solução e deve ser purgada. Não sendo possível o deferimento integral da pretensão do cidadão, pode se mostrar possível a concessão parcial da pretensão, de acordo com as

estratégias de enfrentamento apresentadas pelo Ente Federado, em aplicação do artigo 461 do CPC e do poder geral de cautela do Magistrado (artigo 798 do CPC).

A gestão pública deve observar a legalidade mas, também, o princípio da eficiência, de modo que falta de realização de medidas para sanar a situação já instalada deve ser considerada omissão qualificada, uma vez que há ciência inequívoca dos fatos. Isso porque há um dever do Administrador Público de agir para contornar a crise. Ao contrário da isenção de responsabilidade do gestor atual pela crise presente, a suas ações devem ser ativas e direcionadas a reverter a situação. A violação de direitos pela Administração Pública, aliada à necessidade de motivação dos atos administrativos, implica em verdadeira inversão do ônus probatório em desfavor do Administrador, que deverá motivar adequadamente as causas e os resultados esperados. Em ações judiciais em que a pretensão seja a cominação de sanções, pode-se aplicar a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, posto que a prova do cometimento de tipo sancionador depende de demonstração pelo órgão acusador. Mas a demonstração de determinadas condutas administrativas somente é possível com a publicidade, a que tem dever o Administrador.

Alessandra Gotti sustenta a aplicação do chamado princípio *in dubio pro justitia socialis*, cuja origem é do ordenamento jurídico argentino, implícito na CF, a partir do disposto no § 2º do artigo 5º, para as hipóteses em que houver dúvida acerca da interpretação de normas e de apreciação de provas, em benefício da concessão de direitos sociais⁴.

Esse controle deve ser realizado pelos órgãos fiscalizadores, bem como pelo Magistrado, quando provocado. O fato de não haver conduta, mas omissão, não permite afirmar haver exercício adequado da função quando o Agente Político tinha o dever de agir frente à situação. Por isso as omissões da administração devem ser sindicadas, inclusive aquelas passadas, sobre as quais se pretende justificar se a conduta é arbitrária ou se decorreu de estado de necessidade. Somente a partir de análise detida das condutas administrativas é possível avaliar-se se houve desvio de finalidade da administração. Desse modo, não se justifica, quanto à coisa pública, qualquer tipo de sigilo que exceda as hipóteses da Lei 12.527/2011, em especial, no que atine às contas públicas, quando a motivação para a violação de direitos é a crise financeira. A administração de um Estado é atividade relevante, cuja responsabilização do titular do cargo não pode se limitar ao controle político realizado pelo eleitor, uma vez que os resultados de uma administração desastrosa podem ser fatais (como se vê na perda de vidas pela falta de prestação de serviços de saúde), ou levar à violação direta de direitos, ameaçando o mínimo existencial.

A falta de ação, quando bem caracterizada, pode ensejar, em tese, a aplicação do artigo 11 da LIA, pois que tem o administrador o dever de agir. Mas, principalmente, sendo a omissão a causa de pedir, deve esta ser considerada na fundamentação de decisão de ações versando sobre a violação de direitos fundamentais, devendo o Administrador demonstrar os motivos para a falta de conduta visando a sanar situações desfavoráveis ao Estado. Os efeitos da publicidade na gestão são benéficos à democracia, ainda que a decisão judicial pretendida não enseje intervenção direta na conduta do Administrador ou a sua responsabilização pessoal pelos atos atacados.

4 GOTTI, Alessandra. Direitos Sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados. São Paulo: Saraiva, 2012.

Diante disso, apesar das dificuldades fáticas de sindicar uma omissão (não-ato), aliada à falta de previsão legal expressa e direta impondo sanções à omissão do Administrador; a falta de ação do Administrador Público, quando tinha o dever de agir, merece consideração pelo prestador da tutela jurisdicional. A inafastabilidade da jurisdição impõe a manifestação acerca dos fatos, bem como a possibilidade de impor ao Administrador o ônus de motivar seus atos, inclusive processualmente, perfazendo medida direta e necessária para efetivar direitos.

Referências bibliográficas:

BRANCO, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FREITAS, Juarez. Direito Fundamental à Boa Administração Pública. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

GOTTI, Alessandra. Direitos Sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAFFINI, Rafael. Direito Administrativo. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ZIMMER JUNIOR, Aloísio. Curso de Direito Administrativo. 3ª ed. São Paulo: Método, 2009.

PLENÁRIA: Aprovada à unanimidade.