

TEORIA DA QUEBRA DA CONFIANÇA NO MANDATO
IMPLICAÇÕES AO GESTOR PÚBLICO INEFICIENTE

BREACH OF TRUST IN MANDATE THEORY
IMPLICATIONS FOR THE INEFFICIENT PUBLIC ADMINISTRATOR

Samuel Alvarenga Gonçalves¹

RESUMO: O presente artigo traz algumas ponderações críticas sobre a (in) efetividade do atual estágio de execução de sentenças em ações civis públicas que consubstanciam obrigações de fazer em face do Poder Público, em geral, ligadas à implantação de políticas públicas. Como consequência, propõe apresentar, em linhas iniciais, uma nova forma de sanção ao gestor público inapto que deixa de cumprir a ordem judicial e, por isso, rompe a confiança depositada pela sociedade no exercício de um mandato político eficiente.

PALAVRAS CHAVE: Sentença, Violação, Sociedade.

ABSTRACT: The present article brings some critical considerations about the (in) effectiveness of the current stage of execution of sentences in class actions that about obligations in face of the State, in general, linked to the implementation of public policies. As a consequence, it proposes to present a new form of punishment to the unfit public administrator who fails to comply with the judicial order and, therefore, breaks the trust deposited by society in the exercise of an efficient political mandate.

KEYWORDS: Judgment, Violation, Society.

¹ Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Rondônia. E-mail: samuelalvarengagoncalves@gmail.com - Telefone para contato: (69) 3541-3266

INTRODUÇÃO

A operatividade da tutela processual brasileira, no que pertine aos interesses difusos e coletivos, ainda não atingiu sua plena maturidade em termos de efetividade e resposta adequada.

Isso porque, em alguns casos, o instrumental jurídico posto à disposição para a execução forçada de sentenças em ações civis públicas parece não ser suficiente para o atendimento da obrigação específica ou mesmo do resultado prático equivalente.

Neste pequeno artigo, referir-nos-emos especificamente às obrigações de fazer, imposições de ações prestacionais em face do Poder Público, um dos maiores litigantes no Brasil.

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em estatística consolidada sobre o ano de 2011, o setor público, bancos e empresas de telefonia representaram 95% do total de processos dos 100 maiores litigantes nacionais. E, desses processos, “51% têm como parte ente do setor público, 38% empresas do setor bancário, 6% companhias do setor de telefonia e 5% de outras empresas”.²

No ano seguinte, também em relação às novas demandas aportadas no foro, novamente o setor público liderou o *ranking*, ao destacar o CNJ que o

setor público (federal, estadual e municipal), os bancos e a telefonia representam aproximadamente 35,5% do total de processos ingressados entre 1º de Janeiro e 31 de Outubro de 2011 do consolidado das Justças Estadual, Federal e do Trabalho. Sendo que, com relação ao total de processos ingressados de cada Justiça, esse percentual quase atinge o patamar de 32,5% na Justiça Estadual, 93,5% na Justiça Federal e 5,5% na Justiça do Trabalho.³

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2015, p. 205) também já teceram críticas ao que chamaram de “posição paradoxal do poder público na efetivação da duração razoável do processo”.

Lembram os autores que 60% dos feitos que tramitam perante o STF e STJ têm como protagonista o Poder Público. Além disso, se por um lado,

² Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em 27.05.2016.

³ Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em 27.05.2016.

o móvel político da reforma do Judiciário tenha sido a demora excessiva na prestação jurisdicional, por outro lado, segundo os juristas, o poder público é um dos que mais se beneficiam com essa mesma demora na solução dos processos. Portanto, tem interessado “ao poder público, valer-se da morosidade do Poder Judiciário para adiar o cumprimento de seus deveres constitucionais perante os administrados e cidadãos” (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 205).

No tocante às ações civis públicas, muitas execuções de sentença, no âmbito do processo coletivo, são frustradas em razão da conduta do gestor público, que elenca toda sorte de empecilhos, inclusive, inações que claramente demonstram a sua inabilidade ou inaptidão em administrar a máquina estatal.

Quando o Poder Público é condenado a uma obrigação de fazer, a aplicação de multas, bloqueio de valores ou meras admoestações quanto às sanções criminais, cíveis ou políticas não são suficientes para materializar ou concretizar o interessado tutelado na via do processo coletivo.

Isso porque todas essas medidas, tipicamente aplicadas, não possuem a carga de eficácia necessária para que determinada política pública seja, de fato, implantada, mesmo que contra a vontade do gestor omisso ou inapto.

Por exemplo, é frequente em sede de ações civis públicas o Ministério Público requerer o bloqueio de valores no orçamento do ente público demandado a fim de que determinada providência, prestação ou política pública possa ser executada.

Contudo, não podemos olvidar que, por vezes, o planejamento estatal na execução global das políticas públicas acaba sendo desvirtuado quando determinadas condenações o forçam a priorizar determinadas ações em detrimento de outras.

Assim, pode ocorrer que constantes alterações bruscas no projeto orçamentário, por exemplo, de um município de tímida capacidade econômica, podem inclusive inviabilizar a execução de outras políticas públicas que já haviam sido programadas para aquele período.

Mesmo a previsão de ordem judicial para a inclusão, no exercício financeiro do ano seguinte, da rubrica orçamentária, pode gerar algum desconforto na organização do ente público, especialmente se múltiplas forem as condenações e inúmeras forem as determinações de reserva do orçamento para o ano seguinte.

Na mesma toada, de que adianta a aplicação de multa em face do ente público quando, na verdade, deseja-se, por exemplo, a construção de determinada obra, o fornecimento de certo serviço público ou a materialização de qualquer outra providência de natureza prestacional?

Isso porque, há conhecida resistência na jurisprudência quanto à aplicação da multa pessoalmente em face do gestor.⁴ E mais: a cominação de multa em face do ente público parece não fazer mesmo muito sentido, já que é o próprio Erário (em última análise, a coletividade), e não o gestor, quem deverá arcar com seu pagamento.

Ainda assim, a advertência sobre eventual sancionamento criminal (crime de desobediência ou prevaricação), cível (improbidade administrativa) ou mesmo político (crime de responsabilidade) em nada causa temor no gestor público, seja pelas quase inócuas consequências de um eventual apenamento, seja pela notória dificuldade na comprovação do elemento subjetivo da conduta.

Isso dito, necessária, portanto, a busca pela sistematização de outras medidas punitivas mais eficientes contra o gestor desidioso que descumpre o comando judicial em sede de ações civis públicas.

1. EFETIVAÇÃO DE OBRIGAÇÕES DE FAZER POR MEIO DE MEDIDAS ATÍPICAS

Não é exagero diagnosticarmos que a função jurisdicional não se tem mostrado integralmente hábil a executar seus próprios comandos quando o objeto tutelado diz respeito à implementação de políticas públicas.⁵

As ações coletivas, destaca Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (2010, p. 299), ainda “não foram capazes, infelizmente, de impedir ou atenuar

⁴ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento-Cv. Relator Desembargador Alberto Vilas Boas. 1ª Câmara Cível. Julgamento em 31/05/2016.

⁵ ALMEIDA, Cleber Lúcio de. Anotações sobre a efetividade da jurisdição e do processo. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 919/2012, p. 317 – 335, mai. 2012; Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. São Paulo, v. 9/2015, p. 389 – 406, ago. 2015.

satisfatoriamente o número de ações judiciais, decorrentes de questões comuns, que assolam o Poder Judiciário”.

O problema da inefetividade da tutela jurisdicional coletiva talvez possa ser explicada pela inefetividade do próprio Direito como um todo nesse início de século.

Um dos principais problemas dos direitos difusos, anota Maфра Leal (1998, p. 107), reside no fato de se “criarem mecanismos para sua concretização e proteção”. Para o autor, a concretização desses direitos por meio de decisões dos Tribunais torna os juízes verdadeiros “*engenheiros sociais*”, exigindo reformas sociais e uma ampla revisão dos comportamentos coletivos (LEAL, 1998, p. 108).

Desse modo, não há se falar em eficiência processual se os meios de realização do direito material não forem adaptados à realidade e ao caso concreto. Uma eficiente tutela jurisdicional, por isso, é dinâmica, mutável, maleável; ajusta-se às condições do processo, à complexidade da matéria, às vicissitudes das partes, apoia-se na realidade social em que é posta e, por fim, amolda-se ao pedido formulado naquilo que lhe for essencial.

Isso quer dizer que a busca pela eficiência processual na ambiência judicial impõe encontrar um ponto de equilíbrio perfeito, entre a teoria e a prática, a norma e o resultado, a defesa ampla e meios de efetivação.

Se, por um lado, é na correta interpretação das normas que teremos o espaço adequado para se lograr eficiência no processo coletivo⁶, por outro lado, é impensável imaginarmos que o Direito positivado já possua todas as respostas necessárias e soluções processuais aos escopos da tutela coletiva⁷.

Assim, existiriam limites, dentro do processo, para se buscar a eficiência proposta pelo novo código? Até que ponto o magistrado poderia prosseguir para a efetivação da sentença prolatada? A partir de quando sua conduta entraria em colapso com a própria salvaguarda dos valores constitucionais? Quando a eficiência transmuda-se em arbítrio? O excesso de eficiência, em suma, pode redundar em escassez de segurança jurídica?

⁶ RÊ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. Processo Civil Coletivo e sua efetividade. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 252.

⁷ MITIDIERO, Daniel. Direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, tutelas jurisdicionais diferenciadas e multa processual para o cumprimento das obrigações de pagar quantia. In: SHIMURA, Sérgio; BRUSCHI, Gilberto Gomes. Cumprimento de sentença. São Paulo: Forense, 2009, v. 3, p. 132-133.

Talvez essa premissa seja a mais importante de ser questionada e respondida dentro do contexto atual da processualística brasileira. Isso porque o eventual exagero de um indevido ativismo judicial poderá ser facilmente verificado em tais casos.

Na boa tentativa de extrair do sistema a máxima conformação e a efetividade do comando judicial prolatado, a prática forense poderá buscar a adaptação do rito para atender ao postulado da eficiência processual.

O rol de medidas possíveis de serem determinadas pelo magistrado, consoante disposto no art. 536, § 1º, do NCPC, é meramente exemplificativo⁸, obviamente, desde que, segundo pensamos, haja a reunião de três requisitos mínimos: a) a medida adotada deve ter pertinência material e correlação finalística com os fins buscados, b) haja compatibilidade com o momento processual do feito e competência da autoridade prolatora da ordem; c) não incorra em expressa vedação legal.

Logo, necessário que haja cautela para que, no afã de dotar o processo de mecanismos aptos para a efetivação do comando judicial, algumas dessas medidas atípicas na fase do cumprimento de sentença não extrapolem os próprios limites da legalidade.⁹

No campo da implementação de políticas públicas, pela via jurisdicional, sem dúvida, a dificuldade prática no cumprimento de determinadas decisões é facilmente percebida em razão do despreparo administrativo de alguns gestores em relação ao desempenho dos misteres inerentes ao cargo titularizado.

Em outros casos, a desídia e a negligência são frutos de uma odiosa omissão do administrador, quando não, oriundas de uma estratégia criminoso no sentido de não demonstrar o empenho mínimo ao cumprimento da ordem judicial que possa ser contrária aos seus interesses.

É de se deixar claro: as etapas administrativas para a efetivação de uma política pública determinada num processo judicial dependem substancialmente do agir pessoal do gestor, muito mais do que é capaz de

⁸ ABELHA, Marcelo. Manual de execução civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 237.

⁹ ABOUD, Georges. Discrecionalidade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 421.

induzir ou coagir a jurisdição por meio das medidas típicas e mesmo atípicas.¹⁰

Não nos parece igualmente recomendável que o próprio Judiciário ou mesmo o Ministério Público (seja como órgão agente ou interveniente) assumam, por sub-rogação, a responsabilidade da concreção material da obrigação, por exemplo, mediante a realização da própria licitação, a juntada de orçamentos e todas as demais implicações verificadas para o cumprimento desse tipo de obrigação.¹¹

São esses, entre outros, os inúmeros obstáculos ainda a serem superados no Direito brasileiro para a plena efetivação e consagração da tutela jurisdicional coletiva.

Como a doutrina ainda não apresentou um rol de medidas mais adequado, como a lei igualmente não as previu de maneira uniforme e, como na verdade, a complexidade das relações difusas em juízo impedem, em certo termo, a previsão apriorística dessas soluções mais idôneas, tudo isso nos leva a refletir sobre a necessidade de uma melhor resposta dos Tribunais, notadamente os de cúpula, para a criação de uma jurisprudência mais consolidada sobre esse assunto.

Se existe algum excesso¹² na forma de dar aptidão aos efeitos da sentença, tal ato submete-se ao controle da Constituição e da própria legalidade. O que se deve objetar é o esvaziamento da eficácia da tutela dos direitos massificados invocando puramente a dificuldade da sua concreção por meio do comando judicial.

¹⁰ São pertinentes as ponderações de Eduardo José da Fonseca Costa: "Por isso, não raro, diante de uma sentença condenatória, os entes públicos veem as suas prioridades 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. [...] Na supercomplexidade da vida social pós-moderna, as fórmulas árcicas 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." COSTA, Eduardo José da Fonseca. A "execução negociada" de políticas públicas em juízo. Revista de Processo. São Paulo, v. 212/2012, p. 25 - 56, out. 2012.

¹¹ Em sentido um pouco diverso, Jefferson Aparecido Dias escreve: "No caso de obrigações fungíveis, apesar de ser possível e até mesmo aconselhável a adoção destes meios de coerção, o ideal é que possamos evoluir para meios diretos de execução destas decisões, com a adoção de instrumentos que permitam ao Poder Judiciário, nos casos em que os outros meios se mostrem ineficazes para compelir o réu a cumprir a decisão judicial, promover a execução específica da decisão, às expensas do réu." DIAS, Jefferson Aparecido. A efetividade das decisões proferidas em ações civis públicas. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZZETA, Ubiratan (Coord.). Ação Civil Pública: 20 anos da Lei n. 7.347/85. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 97

¹² Georges Abboud. Discricionariedade administrativa e judicial, p. 425-426.

A celeuma da falta de eficiência dos instrumentos processuais da tutela coletiva deve ser superada, e não exaltada.

Destarte, nesse terreno de completa “*erosão legislativa*”, deve-se, buscar, pois, o equilíbrio entre a concretização do comando judicial que determina a implantação de políticas públicas (que deve ser maximamente priorizada) e a não ingerência desproporcional ou indevida na atuação da administração.

2. AFASTAMENTO DO GESTOR EM RAZÃO DE DESCUMPRIMENTO DE SENTENÇA.

O crescente demandismo perante o Judiciário brasileiro, em causas contra o Poder Público, em certa medida, reflete a patente negligência ou a insuficiência do atual modelo de gestão administrativa no País, incapaz de prover direitos básicos a sua população, notadamente nas regiões de menor relevo econômico.¹³

O excessivo número de feitos em tramitação em uma Vara não permite o devido escoamento e a fluidez do trabalho do magistrado, seja em termos quantitativos, seja qualitativos.

E, nesse cenário, sob tal dinâmica, é praticamente hercúlea a tarefa de se encontrar tempo disponível para uma profunda reflexão sobre a melhor forma de conduzir os processos coletivos dotados de altíssima carga de “*insolubilidade prática*” quanto à efetivação da ordem judicial ali encartada.

No campo das políticas públicas e dos interesses coletivos *lato sensu* (em geral), essa litigiosidade de massa tem exigido a estipulação de novos padrões processuais de resolutividade, fortemente ampliados e dotados de alta carga de operatividade para conseguir pacificar, a contento, os grandes problemas sociais que são postos à apreciação do Judiciário.

Não somente no aspecto da cognição, mas também a execução desses direitos depende de ferramental adaptado.¹⁴

¹³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas no direito comparado e nacional. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 25-26.

¹⁴ BARBOSA E SILVA, Érica. Cumprimento de sentença em ações coletivas. São Paulo: Atlas, 2009, p. 5.

A crise da efetividade da tutela jurisdicional coletiva – no campo do cumprimento de decisões judiciais – parece não ser fenômeno exclusivamente brasileiro. A diferença, contudo, reside no grau de flexibilidade com a qual o sistema permite encontrar a solução mais adequada.

Andre Vasconcelos Roque possui obra específica sobre as *class actions* do modelo americano. Segundo aponta o autor, também na tutela coletiva americana “frequentemente a implementação da sentença ou de um acordo envolve sérias dificuldades”. (ROQUE, 2013, p. 452).

Em casos de demandas mais complexas, há um envolvimento estreito do magistrado na fase da execução, o que pode demorar anos e anos. Em tais casos, o modelo americano prevê a possibilidade de o juiz ser auxiliado por assessores especiais (*magistrates, special master etc*).¹⁵

De fato, a participação do juiz na condução do processo coletivo em países de tradição do *common law*, como Inglaterra e Estados Unidos é bem mais acentuada, inclusive lançando mão de poderes judiciais de gerenciamento do procedimento a depender das peculiaridades do caso em julgamento.¹⁶

De acordo com Guilherme Peres (2013, p. 63), na Inglaterra, o poder de gerenciamento do procedimento é medida excepcional, justificada pela complexidade da causa e relevância do processo, “cujas questões transcendam ao interesse individual das partes”. Além disso, possui também como diretriz, extraída dos chamados *overriding objectives*, a seguinte premissa: “o objetivo do gerenciamento dos casos deve ser sempre a justiça material e a efetividade processual”.

Já no direito americano, este autor nos informa que um efetivo *case management* pelo magistrado é norteador por um planejamento temporâneo do processo levando-se em conta a complexidade da demanda, ênfase na cooperação entre as partes quanto aos resultados e redução do tempo de tramitação e controle rígido quanto ao termino da fase instrutória (OLIVEIRA, 2013, p. 74).

¹⁵ ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class actions – ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 452.

¹⁶ OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Adaptabilidade judicial: a modificação do procedimento pelo juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 59.

Na experiência da reforma do direito lusitano, Humberto Theodoro Júnior narra que com a nova ação de execução introduzida no Código de Processo Civil de Portugal esperava-se tornar a execução forçada uma atividade própria aos agentes extraprocessuais, “liberando as secretarias judiciais dos atos executivos e reservando para o juiz apenas uma função de controle, exercitável tão somente quando surgissem dúvidas e conflitos durante a marcha da execução” (2014, p. 572).

Mas, de acordo com a doutrina portuguesa, a tentativa fracassou justamente porque, apesar da entrada em vigor da lei em questão, o Judiciário não se preparou, com pessoal qualificado, órgãos e instrumentos adequados “para aplicar corretamente aquilo que a reforma legislativa previra”.¹⁷

Esse breve panorama no direito comparado foi aqui trazido como forma de introduzir o ponto central desse pequeno trabalho: a tendência e a necessidade de a Jurisdição sedimentar soluções realmente criativas e diferenciadas para o enfrentamento de casos de difícil execução no sistema de tutela coletiva brasileira.

O *case* que ora trazemos vem do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, em processos nos quais o magistrado de primeiro grau determinou o afastamento do gestor descumpridor de ordem judicial, no bojo de uma ação civil pública.¹⁸

A tese é simples: uma vez prolatada determinada ordem ao gestor público (p. ex., fornecimento de medicamentos, atos de preservação ambiental, disponibilidade de vagas na educação, criação de mecanismos de controle interno para o combate à corrupção na própria administração), o seu descumprimento reiterado e injustificado pode gerar, inicialmente, a configuração de ato de improbidade administrativa (art. 11, II, da Lei 8.429/92).

Além disso, como forma de viabilizar o cumprimento da obrigação, a recalcitrância do gestor seria passível de promover o seu afastamento do cargo, com base na atipicidade das medidas de coerção, sub-rogação e de apoio previstas no próprio CPC.¹⁹

¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de Execução e Cumprimento de sentença*. 28 ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2014, p. 572.

¹⁸ Disponível em <<http://www.tjmt.jus.br/Noticias/42866#.V2MZnLsrLIU>>. Acesso em 10.06.2016.

¹⁹ A decisão interlocutória exarada pela 3ª Vara Cível da Comarca de Barra do Garças, autos 181772, Juiz Wagner Plaza Machado Júnior, pode ser pesquisada em <<http://www.tjmt.jus.br/intranet.arq/downloads/Imprensa/NoticiaImprensa/file/2016/26%20-%20Decisao%20secretario%20barra%20do%20garças.pdf>>. Acesso em 10.06.2016.

Com base nesse entendimento, o afastamento do gestor que descumpre ordem judicial poderia, então, ocorrer, com base no art. 536, § 1º, do CPC ou, ainda, excepcionalmente, mediante a determinação do respectivo Tribunal ao dar procedência em pedido formulado em representação de intervenção no ente público, com base no art. 34, VI e 35, IV, ambos da CF.

Em linhas gerais, autorizada a hipótese de mitigação da autonomia do ente federado, o gestor poderá ser afastado e, em seu lugar, nomeado um interventor especialmente para dar cumprimento à ordem judicial não acatada.

Estariam aqui lançadas as primeiras bases do que poderemos chamar de **teoria da quebra da confiança no mandato**, quando o gestor eleito (e seus agentes *longa manus*) é (são) afastado(s) por conta de não cumprimento dos encargos que lhe(s) foram outorgados ao assumir o mandato político.

A partir daí, por certo o interventor deverá cumprir uma série de compromissos e promover todos os atos administrativos necessários para a boa gestão do encargo ao qual lhe foi determinado.

Os limites da execução dos atos pelo gestor são devidamente expostos de forma prévia, tudo com amplo e rigoroso acompanhamento do Poder Público e da própria sociedade, mediante os mecanismos de controle popular previstos.

Eduardo José da Fonseca Costa apresenta ressalvas quanto à intervenção judicial propriamente dita no ente público, alertando ser “preciso aqui tomar inúmeras precauções, já que o afastamento de agentes políticos da administração da pessoa jurídica pode afetar o sistema federativo” (2012, p. 25-56).

Segundo o autor (COSTA, 2012, p. 25-56), seria possível o uso da técnica interventiva como medida de apoio para fins de buscar o cumprimento da ordem judicial determinada; questiona-se, no entanto, a possibilidade de emprego dessa técnica em face de uma pessoa jurídica de direito público para a implantação de uma política pública.

3. PONDERAÇÕES E REFLEXÕES SOBRE A SOLUÇÃO SUGERIDA (TEORIA DA QUEBRA DA CONFIANÇA NO MANDATO)

No cotejamento entre os valores constitucionais em jogo, certamente a presença do gestor incapaz ou inábil de cuidar e administrar um órgão público ou, pior, de titularizar um Poder de Estado, é motivo de enfraquecimento do projeto constitucional.

A execução das decisões judiciais não pode ser sobrepujada ou mesmo submetida ao alvedrio ou boa vontade do gestor quanto ao seu cumprimento ou não. E, nesse sentido, se o administrador não cumpre determinada decisão judicial, viola o próprio sistema de freios e contrapesos da República, e sua manutenção no cargo apenas consubstancia-se em iníqua desconstrução da ordem jurídica.

A via da intervenção, repise-se, pode culminar ou não no afastamento do gestor. Há casos em que não será necessário que o agente público seja afastado. Isso ocorre quando o ato possa ser praticado por terceira pessoa, investida provisoriamente dos poderes constitucionais respectivos, mediante expressa autorização judicial.

A segurança jurídica é instituto pilar no nosso Estado Democrático de Direito.²⁰ O respeito a uma decisão judicial não deve ser menoscabado e tampouco desprezado, ao ponto de não incutir no destinatário da ordem nenhum temor ou mesmo preocupação com as consequências do seu cumprimento ou não.

Por isso, em tais casos, pensamos que legitimada se mostra a tese da mitigação da autonomia e da discricionariedade do administrador mediante a interferência positiva e racional do Judiciário para restabelecer o equilíbrio na ordem jurídica e o respeito aos direitos fundamentais.

A própria intervenção na autonomia do ente público não é imune a um juízo de ponderações de valores.

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, analisou hipótese em que a recusa a uma ordem judicial de desocupação de determinado terreno teria sido devidamente “justificada” diante da circunstância de no local haver

²⁰ FERRARESI, Eurico. Ação Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo: Instrumentos Processuais Coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 21.

várias famílias em patente situação de vulnerabilidade, reconhecendo, assim, a impertinência do édito interventivo.²¹

Encontrar novas técnicas de execução específica/direta da sentença compatíveis com o atual cabedal de leis do ordenamento jurídico vigente; é a partir dessa premissa que devemos pensar o cumprimento de sentença no processo coletivo em que se culminou uma obrigação de fazer contra o Estado.

Se não compete ao Judiciário e ao Ministério Público a administração do ente público fiscalizado, imiscuindo-se da prática dos atos materiais tipicamente afetos ao Poder Executivo, talvez mesmo a tese da substituição do gestor – mesmo que temporária e voltada para o cumprimento específico da ordem judicial – seja, em tese e de início, uma solução viável.

Por isso, será no caso concreto, dentro da realidade de cada processo, que a decisão judicial, para ser válida, deverá ser pormenorizadamente justificada em consonância com a normatividade constitucional. Somente a partir de uma fundamentação adequada é que poderá haver o controle do conteúdo e da legitimidade da decisão.

Em linhas gerais, a **quebra da confiança no mandato** decorre de uma circunstância de excepcional gravidade, em que a inaptidão ou inabilidade do gestor causa prejuízo insuportável à sociedade. Não se trata de mera insatisfação com o mérito da escolha do administrador; para tanto, a conduta do agente público terá violado irremediavelmente direitos sociais de alto interesse, sem a apresentação de justificativa idônea.

De igual norte, não versa sobre hipótese de destituição plena do cargo ou de processo de *impeachment*, mas tão somente de uma forma especial de sub-rogação contra o gestor público, para atos específicos, temporários e certos.

Para a aplicação da **teoria da quebra da confiança no mandato**, uma decisão desse jaez deverá apresentar todo o histórico de tentativas anteriores facultadas ao gestor para o cumprimento da ordem (evitar a prolusão de decisões surpresas); confirmar a possibilidade de seu cumprimento no plano fático (concretude da decisão no plano material); demonstrar, de forma exaustiva, ser esta a única opção disponível para a salvaguarda dos direitos

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. IF 111-PR. Rel. Ministro Gilson Dipp. Julgado em 01/7/2014 - vide Informativo n. 401.

em apreço (respeito ao postulado da proporcionalidade) e, por fim, explicitar na ordem todos os detalhamentos possíveis acerca das obrigações, período e vigência da substituição, poderes suprimidos e outorgados, objeto material da obrigação *etc.* (liquidação do encargo judicial).

O importante – e quanto a isso o NCPC, no seu art. 10, andou bem ao prever a vedação de decisões surpresas – é que essas deliberações processuais que refujam ao tradicional e ao comum do dia a dia forense (por exemplo, afastamento do gestor por incúria e inabilidade em cumprir ordens judiciais) sejam adotadas depois ser enviado alerta expresso²² aos próprios sujeitos que por ela serão afetados, cobrando sua colaboração especialmente ativa para o atingimento dos fins buscados e, de início, antevendo eventuais consequências que poderão advir caso remanesçam em sua postura de inércia e resistência infundadas.

Por isso, a depender do caso concreto, esgotadas todas as formas possíveis de efetivação da obrigação específica constante na decisão, pode ser que a substituição do gestor desobediente justifique-se como a única possível solução no contexto daquela lide de caráter coletiva.

Essa, portanto, é uma linha de pensamento que se amolda aos princípios do processo coletivo, que possui leque aberto de possibilidades e direções que o magistrado pode adotar para salvaguardar a tutela material buscada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Como se buscou destacar, a efetivação de decisões judiciais fixadoras de condutas positivas, no seio da tutela jurisdicional coletiva, ainda necessita de mecanismos e de técnicas mais eficazes e adequadas para se assegurar o adimplemento material específico da obrigação de fazer.

A omissão, inação ou desídia do gestor público brasileiro ainda é fator de severo empobrecimento do ideário constitucional de 1988. Por essa razão, o controle da “*síndrome da ineficiência do aparato estatal*” deve ser continuamente aperfeiçoado e potencializado, cada vez mais.

²² DELFINO, Lúcio. O processo democrático e a ilegitimidade de algumas decisões judiciais. In ASSIS, Araken de et al. Processo coletivo e outros temas de direito processual: homenagem 50 anos docência do Professor José Maria Rosa Tesheiner e 30 de docência do Professor Sérgio Gilberto Porto. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 402.

A universalização das demandas é uma realidade no sistema judicial brasileiro. Muitos são os temas e problemas sociais que, de fato, deveriam ser tratados e solucionados precipuamente dentro da esfera administrativa, por intermédio direto dos vários órgãos e unidades administrativas que compõem a estrutura do Poder Executivo. E, nesse ponto, não se pode negar, o incremento do ajuizamento de ações no Judiciário ocorre devido a essa carência crônica de implementação de políticas públicas pelo gestor.²³

Contudo, há que se ponderar o fato de que vivemos ainda uma jovem democracia, cuja agenda de direitos fundamentais básicos sequer foi implantada devidamente.

Num sistema político igualmente carecedor de amplas e estruturais reformas, manifestamos algumas ressalvas quanto à tendência “desjudicializadora” da solução de conflitos, em que pese mostrar-se correto, obrigatório e imprescindível o contínuo investimento no aprimoramento das formas alternativas de acesso à Justiça, como é o caso da atuação extrajudicial do Ministério Público.²⁴

A engenhosidade jurídica no campo da tutela jurisdicional coletiva deve ser articulada a fim de se descobrirem novas técnicas para combater a resistência, o despreparo e a recalcitrância do administrador público brasileiro no cumprimento de ordens judiciais complexas provenientes de ações civis públicas.

Por isso, sem descurar de opiniões em sentido diverso, não se mostra racional a estipulação de medidas concretas pelo Judiciário, tracejando ou desenhando para o gestor público o caminho que seguirá para cumprir a sentença no processo coletivo. Em termos mais claros: se determinada sentença obriga o Poder Público a prover, por exemplo, as vagas faltantes na rede pública de educação, os atos tipicamente administrativos *interna corporis* para a efetivação desse comando são de responsabilidade do gestor.

E, por isso, em razão da impossibilidade de o ato administrativo ser praticado diretamente pelo Judiciário ou mesmo pelo Ministério Público – somado à inação do gestor –, a identificação de novos mecanismos de coerção e sub-rogação se mostra indispensável.

²³ Eurico Ferraresi. Ação Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo. p. 92/96.

²⁴ RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. O que reclamar no Ministério Público Estadual? In ARAUJO, Luiz Alberto David (coord.). Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 199.

A busca dessas novas técnicas pode advir, segundo nos parece, inclusive da adaptação teleológica do procedimento. Como apontado por Guilherme Peres de Oliveira (2013, p. 121) – ao citar doutrina de escol e trazer a experiência do direito comparado –, o princípio da adaptabilidade do procedimento pelo juiz “deve objetivar a efetividade, respeitar a isonomia e promover a justiça das decisões”.

Nesse cenário, não há espaço para decisão justa se ela mesmo é fruto da obra isolada do magistrado dentro do processo, sem que tenha sido oportunizada às partes a construção participativa do resultado.

No entendimento de Aluíso Iunes Monti Ruggeri Ré (2012, p. 256), a solução para esse problema não passa necessariamente pela edição de novas leis, mas da compreensão do Direito por seus operadores, especialmente a partir do enfoque de que o procedimento não é indiferente ao universo da tutela pretendida; daí a necessidade de pensar as técnicas processuais voltadas ao direito material.

Uma nova forma de se pensar a tutela coletiva no seio do Judiciário é urgente, especialmente não deixando de enfrentar sistemicamente o problema da falta de recursos orçamentários para a implementação dos direitos sociais prestacionais pela Administração Pública brasileira.

A carência de recursos não pode servir de salvo conduto ao gestor inábil. Contudo, não podemos simplesmente fechar os olhos ao problema da péssima gestão do Erário no âmbito da Administração; o seu enfrentamento, a percepção de novas formas de controle do orçamento e a forma de racionalizar o uso de verbas públicas, tudo isso deve ser levado em conta no momento da materialização de políticas públicas, cabendo, certamente, ao Ministério Público, reinventar-se em uma de suas mais aprimoradas, estratégicas e importantes funções: a atuação extrajudicial resolutiva e proativa de fiscalização aos Poderes da República e curador natural dos direitos constitucionais da Nação.

No pertinente ao tema deste ensaio, qual o limite para a eficiência processual e até onde a decisão judicial pode caminhar? O afastamento do gestor desidioso e não cumpridor da ordem judicial encontra amparo na ordem constitucional?

Como vimos, é no caso concreto que a decisão judicial revelará se o seu conteúdo atendeu ao comando constitucional de forma razoável, sem

ferir a ordem jurídica e sem invadir desautorizadamente a autonomia da administração.

Não poderá ser tachada de subversiva, inconstitucional, ilegal ou mesmo subjetivista a ordem judicial que, esgotadas todas as técnicas ordinárias de coerção ou sub-rogação em face do gestor, opte pela aplicação de medidas mais drásticas, devidamente fundamentadas e limitadas estritamente ao cumprimento do ato, como é o caso do afastamento do agente político ou público incapaz de desenvolver conduta minimamente eficiente.

O respeito pela independência dos Poderes deve ser conjugado com o direito fundamental ao acesso a uma tutela jurisdicional adequada, tendo por credor a própria sociedade.

Assim, quando o gestor público deixa de atender aos anseios sociais, quebrando a confiança depositada pela coletividade, em razão de desempenhar um mandato de maneira desoladora, a sua permanência para aquele encargo específico não mais encontra razão de ser no mundo jurídico, podendo o administrador inábil ser removido daquela função, em especial.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. Anotações sobre a efetividade da jurisdição e do processo. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 919/2012, p. 317 – 335, mai. 2012; **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. São Paulo, v. 9/2015, p. 389 – 406, ago. 2015.

BARBOSA E SILVA, Érica. **Cumprimento de sentença em ações coletivas**. São Paulo: Atlas, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. IF 111-PR. Rel. Ministro Gilson Dipp. Julgado em 01/7/2014 - vide **Informativo n. 401**.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 212/2012, p. 25 - 56, out. 2012.

DELFINO, Lúcio. O processo democrático e a ilegitimidade de algumas decisões judiciais. In ASSIS, Araken de *et al.* **Processo coletivo e outros temas de direito processual**: homenagem 50 anos docência do Professor José Maria Rosa Tesheiner e 30 de docência do Professor Sérgio Gilberto Porto. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 375-412.

DIAS, Jefferson Aparecido. A efetividade das decisões proferidas em ações civis públicas. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZZETA, Ubiratan (Coord.). **Ação Civil Pública**: 20 anos da Lei n. 7.347/85. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 81-101.

FERRARESI, Eurico. **Ação Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo**: Instrumentos Processuais Coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LEAL, Márcio Flávio Mafrá. **Ações Coletivas**: história, teoria e prática. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento-Cv**. Relator Desembargador Alberto Vilas Boas. 1ª Câmara Cível. Julgamento em 31/05/2016

MITIDIERO, Daniel. Direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, tutelas jurisdicionais diferenciadas e multa processual para o cumprimento das obrigações de pagar quantia. In: SHIMURA, Sérgio; BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Execução Civil e Cumprimento de sentença**. São Paulo: Forense, 2009, v. 3, p. 129-145.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Guilherme Peres de. **Adaptabilidade judicial**: a modificação do procedimento pelo juiz no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2013.

RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. **Processo Civil Coletivo e sua efetividade**. São Paulo: Malheiros, 2012.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. O que reclamar no Ministério Público Estadual? In ARAUJO, Luiz Alberto David (coord.). **Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 197-206.

ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class actions – ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles*. Salvador: JusPodivm, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de Execução e Cumprimento de sentença**. 28 ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2014.