

PROCURADORIA DE
DESENVOLVIMENTO E PESQUISA

**Revista da
Procuradoria-Geral
do Município de Fortaleza**

Ano 18 • Vol. 18
(Editada em 2015)

Fortaleza – Ceará
2010



Prefeitura de
Fortaleza

**PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO
PROCURADORIA DE DESENVOLVIMENTO E PESQUISA – PRODESP**

Av. Santos Dumont, 5335 – 11º andar – Papicu

Fone: (85) 3234-7666 Fax: (85) 3265-1975

Site: <http://www.fortaleza.ce.gov.br/pgm>

E-mail: biblioteca.pgm@gmail.com

EDITOR-CHEFE

Marcelo Sampaio Siqueira

REVISOR

Conceição de Maria Vasconcelos Lima

APOIO TÉCNICO E ADMINISTRATIVO

Sandra Maria Pessoa Simões – Bibliotecária

Teresa Selma Oliveira Luna – Bibliotecária

Igor Brandão Feitosa de Carvalho – Assessor Administrativo da PRODESP

Os artigos são de inteira responsabilidade dos seus autores. As opiniões neles manifestadas não correspondem necessariamente às opiniões da Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza. Os trabalhos aprovados por superiores hierárquicos representam também a opinião dos órgãos por eles dirigidos. Permite-se transcrição dos artigos com citação da fonte.

As correspondências devem ser dirigidas à Procuradoria de Desenvolvimento e Pesquisa – PRODESP – PGM.

Pede-se permuta. We request exchange. On demande l'échange. Wir erbitten Austausch. Se solicita canje. Si chiede lo scambio.

R454 Revista da Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza. Ano 1, v. 1, n. 1, (1992) - . Fortaleza: RDS Gráfica e Editora LTDA, 1992 - .

Anual.

Ano 18, v. 18, n. 18, 2010 (Editada em 2015).

Publicação interrompida de 2010 a 2013.

ISSN 1806-5619

1. Direito - Periódicos. I. Fortaleza (Procuradoria-Geral do Município).

CDD 340.05



Prefeitura de
Fortaleza

ROBERTO CLÁUDIO RODRIGUES BEZERRA
PREFEITO DE FORTALEZA

JOSÉ LEITE JUCÁ FILHO
PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO

MARCELO SAMPAIO SIQUEIRA
**PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA DE
DESENVOLVIMENTO E PESQUISA - PRODESP**

PREFEITO DE FORTALEZA
ROBERTO CLÁUDIO RODRIGUES BEZERRA

PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO
JOSÉ LEITE JUCÁ FILHO

PROCURADOR-GERAL ADJUNTO
MIGUEL ROCHA NASSER HISSA

PROCURADOR ASSISTENTE
JOÃO PAULO DE SOUSA BARBOSA NOGUEIRA

PROCURADOR ADMINISTRATIVO
FELIPE AUGUSTO SIQUEIRA COSTA

PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA DE URBANISMO E MEIO AMBIENTE
DENISE BARBOSA SOBREIRA COSTA

PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA JUDICIAL
JOÃO AFRÂNIO MONTENEGRO

PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA FISCAL
VALERIA MORAES LOPES

PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA
LUIS GENTIL CHAVES

PROCURADOR-CHEFE DA CONSULTORIA
MARIA DE FÁTIMA NOBREGA ARAÚJO

PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA DE APOIO AOS FEITOS JUDICIAIS
YANDRA MARIA RIBEIRO MENDES

PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA
ANTÔNIO GUILHERME RODRIGUES DE OLIVEIRA

**PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA DE
PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**
FÁTIMA MARIA NUNES MEMÓRIA

PRESIDENTE DE JUNTAS PROCESSANTES
ELIZA MARIA MOREIRA BARBOSA

PROCURADOR-CHEFE DA REPRESENTAÇÃO DA PGM EM BRASÍLIA-DF
EDVALDO ASSUNÇÃO E SILVA

PROCURADOR-CHEFE DA PROCURADORIA DE DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
MARCELO SAMPAIO SIQUEIRA

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	7
DIREITOS DOS ANIMAIS	9
Everton Luís Gurgel Soares	
A DEMISSÃO SEM JUSTA CAUSA POR DOENÇA DO TRABALHADOR	19
Liduína Ofélia Duarte Barreto	
Renan de Frias Queiroz	
O ARTIGO 191 DO CPC E A SUA APLICABILIDADE NO PROCESSO ELETRÔNICO	31
Daniela Machado Gomes	
RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO: HISTÓRICO, EVOLUÇÃO E CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE POR CONDUTAS COMISSIVAS....	45
Aline Memória de Andrade	
DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE, RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL: CONSIDERAÇÕES À LUZ DE UM CASO CONCRETO APRECIADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO	71
Ana Paula de Oliveira Gomes	
ANÁLISE CRÍTICA DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO PREMATURO: EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL E O NOVO CPC	91
Leandro Peixoto Medeiros	
PARECER Nº 0228/2012 – CONS.....	107
Mário Sales Cavalcante	

APRESENTAÇÃO

A Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza tem o orgulho de apresentar as edições números 18 e 19 da tradicional Revista da Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza, editada desde 1992. Sua longevidade faz desta uma das mais antigas e conceituadas publicações acadêmicas editadas por Procuradorias das capitais brasileiras.

Estas novas edições trazem em seu bojo uma coletânea de artigos e pareceres jurídicos dos mais variados, resultado dos esforços do corpo de Procuradores Municipais de Fortaleza, além de acadêmicos de direito lotados na PGM, professores universitários, advogados, mestres e doutores. Crê-se que os artigos publicados contribuirão soberbamente ao desenvolvimento da ciência jurídica no Município de Fortaleza e no Brasil.

Representam ainda as edições 18 e 19 o esforço para a manutenção da periodicidade anual da Revista da PGM Fortaleza, seguindo critérios rigorosos na aprovação e escolha dos trabalhos apresentados. Do ponto de vista material, tem-se clara sua inquestionável qualidade técnica e acadêmica, sendo bastante para tanto mero vislumbre perfunctório nos artigos publicados nestas e nas edições pretéritas.

Não se podem olvidar os agradecimentos àqueles que, por seus esforços, tornaram esta publicação possível. Agradece-se, em primeiro lugar, por financiar a edição, revisão e publicação destes volumes, ao Fundo de Aperfeiçoamento da PGM, na pessoa de seu Procurador-Chefe, Doutor Marcelo Sampaio Siqueira. O financiamento do Fundo de Aperfeiçoamento da PGM para a edição das obras ora apresentadas é um indicativo permanente dos acertos de seus objetivos, lançados no passado, para a capacitação e formação profissional do quadro de procuradores e servidores da Procuradoria-Geral do Município.

Agradece-se, igualmente, ao quadro de servidores da Procuradoria de Desenvolvimento e Pesquisa (Prodesp), pelo estu-
pendo trabalho de organização desempenhado, nas pessoas dos
servidores Sandra Simões, Igor Carvalho, Teresa Selma, João
Costelha e José Erisvaldo. Agradece-se, por fim, à professora
Conceição de Maria Vasconcelos Lima e à equipe da RDS Edit-
ora, pelo excelente trabalho realizado. Acrescenta-se que em breve
estaremos editando as edições números 20 e 21.

Por fim, deseja-se a todos uma boa leitura, esperando-se
que os leitores venham sempre a contribuir com as publicações
desta Procuradoria.

Fortaleza, Novembro de 2014

José Leite Jucá Filho
Procurador-Geral do Município

Marcelo Sampaio Siqueira
Procurador-Chefe da Prodesp

Igor Brandão Feitosa de Carvalho
Assessor Administrativo da Prodesp

DIREITOS DOS ANIMAIS?

ANIMAL RIGHTS?

Everton Luís Gurgel Soares

Procurador do Município de Fortaleza, membro da *International Academic Association on Planning, Law, and Property Rights* e mestre em Direito do Urbanismo e do Ambiente pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Magistratura do Ceará, graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará, tendo cursado a disciplina Ética Ambiental, pela Universidade de Oxford, e Estudos Metropolitanos, pela Universidade Humboldt de Berlim

Sumário: 1 Introdução; 2 Utilitarismo e direitos dos animais; 3 Centro teleológico de vida; 4 Só o homem é um ser moral; 5 Valor intrínseco e direito; Referências.

Contents: 1 Introduction; 2 Utilitarianism and animal rights; 3 Teleological center of life; 4 Only man is a moral being; 5 Intrinsic value and right; References.

Resumo: Na esteira do avanço das doutrinas ecológicas radicais ou profundas, são cada vez mais comuns as tentativas de reconhecer nos animais a condição de sujeitos de direito. As concepções utilitaristas, de Jeremy Bentham, e a ideia de “centro teleológico de vida”, de Paul Taylor, são exemplos de construções doutrinárias voltadas a esse fim. No entanto, só o homem é um ser moral, mercê do arbítrio que a razão e a liberdade lhe outorgam. Portanto, as obrigações dos homens para com os animais não são fruto de uma lógica sinalagmática entre direitos e deveres. Vale dizer, não é porque o homem tem deveres em face dos animais que estes gozarão também de direitos.

Palavras-chave: Ecologia profunda. Direito dos animais. Valor intrínseco.

Abstract: In the wake of deep ecology doctrines, there are attempts to recognize animals as right entitled beings. Utilitarian conceptions, of Jeremy Bentham, and the idea of a “teleological center of life”, of Paul

Taylor are examples of doctrinal constructions aimed at such purpose. However, only humans are moral being, mercy of will that reason and liberty grant him. Therefore, men's obligations toward animals are not the result of a synallagmatic logic that comprises rights and duties. If humans have duties toward animals, it does not mean that animals have rights of its own.

Keywords: Deep ecology. Animal rights. Intrinsic value.

1 Introdução

A tentativa de reconhecer aos animais o *status* de sujeitos de direito, proposição que vem surpreendentemente ganhando corpo na esteira do avanço das teorias ecológicas radicais, busca alicerçar-se num suposto igualitarismo das espécies (ou antiespecismo¹), este também uma das pedras de toque da ecologia profunda (ou radical).

Como lembra François Ost (1997), o igualitarismo das espécies é abordado pela ecologia radical sob duas perspectivas. A ontológica ou holística, que pugna pela inexistência de diferença substancial entre homens e animais, e a normativa, que, sem desconhecer as diferenças essenciais em jogo, clama pela igualdade de direitos entre os seres.

Veja-se que, de um lado, a eventual admissão da igualdade ontológica significaria reduzir os homens a sua dimensão animal; do outro, um igualitarismo normativo, com a atribuição de direitos à natureza, deslocaria indevidamente o que é do mundo estritamente natural – os animais irracionais, por exemplo – para o campo da moralidade, que é exclusivo do homem.

2 Utilitarismo e direitos dos animais

É muito comum, por parte da ecologia profunda, a tentativa de relacionar o reconhecimento de direitos próprios da na-

¹ “Especismo” é neologismo cunhado em 1970 por Richard Ryder e popularizado por Peter Singer, com o qual se traça um paralelo entre o antropocentrismo e ideias sexistas ou racistas. Sobre o tema, consultar Desjardins (2006). Uma exposição do próprio Ryder sobre a questão pode ser consultada na edição de 6 de agosto de 2005 do Jornal *The Guardian*, neste endereço eletrônico: <<http://www.guardian.co.uk/uk/2005/aug/06/animalwelfare>>. Acesso em: 18 set. 2014.

tureza com a progressiva ampliação, ao longo da história, do rol dos sujeitos de direito. Diz-se que às crianças, negros, mulheres ou nascituros foram progressivamente reconhecidos direitos que antes lhes eram negados. Como assinalava Aldo Leopold (1968), um dos pontífices da ecologia profunda, os preceitos éticos, que inicialmente relacionavam apenas homens entre si², passaram, num segundo momento, a reger as relações destes com a sociedade, para, mais adiante, incluírem também as plantas e os animais no feixe de relações morais.

O filósofo Jeremy Bentham (2010), com sua doutrina utilitarista, ao relacionar a capacidade de ser detentor de direitos com a aptidão de possuir interesses foi um dos pioneiros na defesa da inserção dos animais no rol dos sujeitos morais. Isso porque, para ele, a aptidão de possuir interesse provém da simples capacidade de sentir dor ou prazer, e, como os animais não diferem do homem nesse tocante, seriam igualmente sujeitos de direito.

Bentham (2010) é mesmo explícito numa célebre passagem de sua obra (curiosamente, uma nota de rodapé) ao asseverar, ainda no século XVIII, que os animais são detentores de direitos. Ali, ele também se vale do argumento da sucessão histórica, ao dizer que “a França já descobrira que a escuridão da pele não seria razão para abandonar um homem aos caprichos de seu algoz”, referindo-se ao Código Negro, um decreto editado por Luís XIV, em 1685, que limitou os castigos corporais nos escravos do império colonial francês. A conquista de direitos pelos negros dá, então, a Bentham a esperança de que:

Se venha a perceber que o número de pernas, a pilosidade da pele ou a extremidade do osso sacro são razões igualmente insuficientes para abandonar uma criatura sensível à mesma sorte. O que deveria traçar a linha de demarcação? Será a faculdade de raciocinar ou, talvez, de falar? Mas um cavalo adulto ou um cão é, para lá de qualquer comparação, um animal mais sociável e mais racional do que um recém-nascido de

² Leopold cita ilustrativamente o Decálogo como exemplo de paradigma ético que alcança os homens apenas em seus interesses individuais para assinalar que “*The first ethics dealt with the relation between individuals [...] Later accretions dealt with the relation between the individual and society. There is as yet no ethic dealing with man’s relation to land and to the animals and plants which grow upon.*” (LEOPOLD, 1968, ed. digital Kindle, posição 2828).

um dia, uma semana, ou mesmo de um mês de vida. Mas, supondo que eles sejam diferentes, de que essa diferença valeria? A questão não é “eles podem raciocinar?”, nem tampouco “eles podem falar?”, mas, sim, “eles podem sofrer?”³

Bentham esquece, entretanto, que o reconhecimento de direitos aos negros (como também às mulheres, crianças ou nascituros) não é mais do que dar ao sentido de humanidade a extensão que lhe é devida⁴. Completamente diferente é o reconhecimento de direitos aos animais, que pressuporia a execução de um salto hermenêutico injustificável na tentativa de inapropriadamente universalizar a condição de humano. Se um recém-nascido é menos sociável ou é menos capaz de raciocinar do que um cão, isso se dá por razões conjunturais e não por uma condição própria e essencial do humano.

3 Centro teleológico de vida

Paul Taylor (2011), que também defende o reconhecimento de direitos a criaturas não humanas, adota uma posição um pouco diversa da de Bentham (2010), e o faz com base na distinção entre benefício aparente e benefício verdadeiro⁵. Para ele, um ser

³ No original: “*The French have already discovered that the blackness of the skin is no reason why a human being should be abandoned without redress to the caprice of a tormentor. It may come one day to be recognized, that the number of the legs, the villosity of the skin, or the termination of the os sacrum, are reasons equally insufficient for abandoning a sensitive being to the same fate. What else is it that should trace the insuperable line? Is it the faculty of reason, or, perhaps, the faculty of discourse? But a full-grown horse or dog is beyond comparison a more rational, as well as a more conversable animal, than an infant of a day, or a week, or even a month, old. But suppose the case were otherwise, what would it avail? the question is not, Can they reason? nor, Can they talk? but, Can they suffer?*” (BENTHAM, 2010, ed. digital Kindle). Alerta-se para o fato de que algumas edições eletrônicas do livro do autor não veiculam a nota de rodapé de que foi extraído esse texto.

⁴ Nesse sentido a lição de Ost, segundo o qual se evidencia “o reconhecimento dos direitos fundamentais a categorias cada vez mais amplas de beneficiários: depois dos nacionais adultos e masculinos, os estrangeiros, os escravos, os negros, os menores, as mulheres... e, em breve, os animais [...] em todas estas hipóteses, exceto a última, se trata simplesmente de dar ao conceito de humanidade a sua plena extensão, reconhecendo a todos os homens (e aos agrupamentos de pessoas, como as associações) os direitos que lhes pertencem. Atribuir direito aos animais e, a fortiori, aos outros elementos naturais, é, necessariamente, consumir uma ruptura, mais do que que situar-se numa qualquer continuidade” (OST, 1997, p. 252).

⁵ Note-se que traduzi por “benefício” o que Paul Taylor denomina “*good of its own*”.

vivo pode possuir interesse em algo que não necessariamente o beneficie (é o caso de um benefício apenas aparente, portanto). Por outro lado, mesmo desprovido de consciência e, portanto, de interesse, um ser poderia beneficiar-se de algo, independentemente de nutrir qualquer interesse pela coisa que o beneficia. Para Taylor, são situações distintas dizer que algo é de interesse do ser vivo ou dizer que um ser vivo possui interesse em algo.

A distinção levada a efeito por Taylor (2011) remete, por sua vez, a sua concepção de *centro teleológico de vida*, a teor da qual todo ente detentor de vida possui suas funções internas e externas orientadas para um fim, a “preservação de seu organismo e conseqüentemente de suas funções biológicas, com o que reproduz sua espécie e se adapta continuamente às mudanças ambientais”⁶. Daí, a caracterização de um organismo como um ente apto a gozar de direitos decorreria da sua definição como um *centro teleológico de vida*, passível de gozar de *benefícios reais* voltados a sua preservação, inobstante não possua eventualmente interesses conscientes. Com isso, além de afastar-se da noção utilitarista de Bentham, Taylor estende a toda criatura viva a condição de sujeito de direito.

4 Só o homem é um ser moral

Esse não me parece o melhor caminho, entretanto. Há uma clara diferenciação qualitativa entre o homem, as demais espécies vivas e o restante do mundo natural. Só o homem é dotado de liberdade e razão. Só o homem é um ser moral, mercê do arbítrio que a razão e a liberdade lhe outorgam. Se só ele, e não um animal irracional qualquer, pode, por exemplo, vir a cometer crimes, isso se deve ao fato de que só a humanidade é igualmente capaz de agir em conformidade com valores tais como o respeito à vida, à saúde e à liberdade.

O homem é, assim, ao mesmo tempo liberto e prisioneiro de sua própria racionalidade, da qual decorre sua responsabili-

⁶ No original: “*teleological center of life is to say that its internal functioning as well as its external activities are all goal-oriented, having the constant tendency to maintain the organism’s existence through time and to enable it successfully to perform those biological operations whereby it reproduces its kind and continually adapts to changing environmental events and conditions*” (TAYLOR, 2011, ed. digital Kindle, posição 2071).

dade por todas as coisas, inclusive pelo destino do mundo natural a sua volta, na medida de sua capacidade para aí influir. Com vista nisso, o sofrimento animal não lhe há de ser indiferente. Kant (1981), por sinal, já acreditava ser possível julgar o coração de um homem pelo tratamento que ele dispensa a um animal. Dizia-o, mas não sem antes deixar claro que os deveres dos homens para com os animais são meramente indiretos, decorrentes que são dos deveres que se têm para com o próprio homem. Para ele, a ação de um animal, como a proteção que um cão dispensa a seu dono, é análoga à conduta humana e originada dos mesmos princípios que regem a ação dos homens. Por isso, os deveres em relação aos animais decorrem tão somente da referida analogia, não constituindo senão deveres em face da própria humanidade⁷. Note-se, contudo, que o reconhecimento por parte de Kant (1981) da existência de deveres (e não direitos, que fique claro) perante os animais não se mostra um grande alento para a ecologia radical, se se tiver em vista que ele reconhece igual dever em relação aos objetos inanimados.

Como ensina Soromenho-Marques, seguido, nesse particular, pelo já citado François Ost, as obrigações dos homens para com os animais não são fruto de uma lógica sinalagmática entre direitos e deveres. Vale dizer, não é porque a humanidade tem deveres em face dos animais que esses gozarão também de direitos, haja vista a assimetria brutal existente entre animais e homens. Diz Soromenho-Marques que

Os direitos do ambiente ou são direitos humanos ou não são direitos, pois estes pressupõem a *existência de uma reciprocidade* só possível entre seres racionais. [...] A minha condição de agente racional obriga-me a considerar os interesses que outros *seres racionais*, actuais ou possíveis, possam ter associados, não apenas à conservação, mas também ao modo como me relaciono com esses entes não racionais. (SOROMENHO-MARQUES, 1994, p. 73, grifos nossos).

⁷ Veja-se o que diz o autor: “If then any acts of animals are analogous to human acts and spring from the same principles, we have duties towards animals because thus we cultivate the corresponding duties towards human beings. If a man shoots his dog because the animal is no longer capable of service, he does not fail in his duty to the dog, for the dog cannot judge, but his act is inhuman and damages in himself that humanity which it is his duty to show toward mankind.” (KANT, 1981, p. 240).

5 Valor intrínseco e direito

Há de ser dito que, por vezes, faz-se uma errônea correlação entre um eventual direito da natureza e o valor intrínseco de que esta gozaria. Contudo, uma coisa não implica a outra. Só o homem é um ser moral, inserindo-se por isso, numa teia normativa de direitos e deveres oriundos dessa moralidade. O eventual reconhecimento de um valor inerente ao mundo natural, por conseguinte, não corresponde ao reconhecimento de um direito, exclusivo que é dos seres morais.

Ademais, como lembra John Benson (2008), a expressão *valor intrínseco* guarda uma ambiguidade raramente dissipada por quem a emprega. Ele explica que *valor intrínseco* pode vir a significar, por um lado, o valor não instrumental – isto é, atribuído ao objeto avaliado independentemente de sua utilidade para o homem – e, por outro, o valor que existe independentemente da existência do ser que pratica o ato de valorar.

Aparentemente, muita polêmica em torno da temática poderia ser evitada, e algumas conclusões seriam revistas, se se atentasse para o duplo conceito apresentado por Benson (2008). Em geral, por não se enfrentar o problema conceitual, não se colocam as coisas nos seus devidos lugares. Quando, por exemplo, diz-se que as obrigações do homem em relação aos seres vivos não humanos devem fundamentar-se no *valor inerente* a tais seres, talvez o interlocutor não se dê conta de que há sempre a necessidade da participação do homem, o agente moral por excelência, no ato de valoração, ainda que para conceber a independência do valor em face dos interesses desse mesmo homem. A não ser se se cogitasse, com base naquela segunda hipótese, que o valor é em si algo real, independente da existência do agente que valora. Mas que serventia teria um valor à revelia das condutas humanas? De que serve um valor sem a participação dos homens para agirem de acordo com o resultado da valoração? Aos seres fora do mundo cultural – porque não concebem suas condutas de acordo com regras morais, senão pelos desígnios naturais – nada lhes vale a suposta existência autônoma do valor, pois só o homem pode fazer guiar suas ações em consonância com balizas axiológicas.

É certo que há soluções conciliatórias que visam deslocar o problema dos valores para uma esfera mais pragmática, susten-

tando ser mesmo despreciando, para o fim de outorgar proteção à natureza, perquirir-se se esta é ou não detentora de valor intrínseco (NORTON, 2007)⁸. Adotando-se ou não tal solução conciliatória, e seja qual for o sentido que se queira dar à expressão valor intrínseco, o fato é que o direito é obra cultural e, desse modo, aparta-se por completo da dimensão meramente natural da existência.

O filósofo francês Luc Ferry vai além e receia, não sem razão, que a tentativa da ecologia profunda de reconhecer à natureza um plexo de direitos próprios culmine na produção de normas, estas mesmas, contrárias aos homens. Diz ele:

O projecto de uma ordem normativa anti-humanista é uma contradição em si [...] Os nossos fundamentalistas [...] esquecem-se, de passagem, de que são eles, seres humanos, que valorizam a natureza e não o contrário, que é impossível abstrair o momento subjectivo ou humanista para projectar no próprio universo um determinado valor intrínseco [...] Imaginando que o bem está inscrito no ser das coisas, eles (ecologistas radicais) acabam por se esquecer de que qualquer valoração, inclusive a da natureza, é um acto dos homens e que, por consequência, toda a ética normativa é de algum modo humanista. (FERRY, 1993, p. 185).

Tem razão Ferry. Se não se pode conceber um direito da natureza fora do homem, com muito mais razão não se pode imaginar uma ordem normativa anti-humanista, ainda que encoberta sob o manto da nobre causa ecológica. Nesse cenário, corre-se o risco de que o reconhecimento de direitos aos animais alimente pregações como a de Edward Abbey, um dos inspiradores do grupo ambientalista *Earth First*, para quem seria preferível “matar um homem a atirar numa cobra”. Também já são conhecidas

⁸ Nesse sentido, conferir, entre outros, Norton: “*If one instead adopts pluralism, accepting the fact that humans value nature in many ways, and considers these values to range along a continuum from purely selfish uses to spiritual and less instrumental uses, it is unclear – and not really very important – where to ‘separate’ one kind of value from another. If we think of natural objects as having many kinds of value, arguments about why we should protect nature slide into the background and the focus moves to protecting as many of the values of nature as possible, for the longest time that is foreseeable.*” (2007, p. 28-29).

as investidas da ecologia radical contra os direitos individuais, que seriam, então, mero reflexo de uma moral antropocêntrica a ser combatida.

Referências

BENSON, John. **Environmental Ethics**: an introduction with readings. Londres: Routledge, 2008.

BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. Ed. digital Kindle. Warrenton: White Dog Publishing, 2010.

DESJARDINS, Joseph R. **Environmental Ethics**: an introduction to environmental philosophy. 4. ed. revisada. Canadá: Wadsworth, 2006.

FERRY, Luc. **A Nova ordem Ecológica**. Porto: Edições Asa, 1993.

KANT, Immanuel. **Lectures on Ethics**. Indianapolis/Cambridge: Hackett, 1981.

LEOPOLD, Aldo. **A Sand County Almanac and Sketches here and there**. 2. ed. digital Kindle. Nova York: Oxford University Press, 1968.

NORTON, Bryan G. Ethics and sustainable development: an adaptive approach to environmental choice. In: ATKINSON, G.; DIETZ, S.; NEUMAYER, E. (Ed.). **Handbook of sustainable development**. Cheltenham: Edward Elgar, 2007. p. 27-44.

OST, François. **A natureza à margem da Lei**: ecologia à prova do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

SOROMENHO-MARQUES, Viriato. **Regressar à Terra**: consciência ecológica e política de ambiente. Lisboa: Fim de Século, 1994.

TAYLOR, Paul W. **Respect for Nature**: a theory of environmental ethics. Edição digital Kindle de 25º aniversário. Princeton: Princeton University Press, 2011.

A DEMISSÃO SEM JUSTA CAUSA POR DOENÇA DO TRABALHADOR

DISMISSAL WITHOUT JUST CAUSE BY DISEASE OF WORKER

Liduína Ofélia Duarte Barreto
Procuradora do Município de Fortaleza

Renan de Frias Queiroz
Graduando em Direito pela Universidade de Fortaleza

Sumário: 1 Introdução; 2 Resultados e discussão;
3 Considerações finais; Referências.

Contents: 1 Introduction; 2 Results and discussion;
3 Final considerations; References.

Resumo: O presente artigo apresenta o avanço jurisprudencial acerca das demissões sem justa causa, quando o empregado é portador de patologia grave. Apesar da falta de legislação, foi editada recentemente súmula do Tribunal Superior do Trabalho versando sobre a (im)possibilidade de dispensa desmotivada do empregado, quando portador de grave doença. Nesse sentido, as rescisões contratuais oriundas desse tipo de dispensa são consideradas presumivelmente discriminatórias, de forma a ensejar a reintegração do empregado, com a concessão de estabilidade. A relevância do tema reside na atual temática do Direito do Trabalho, de proteção ao hipossuficiente acometido de grave doença contra dispensa discriminatória, objeto de divergência doutrinária e jurisprudencial.

Palavras-chave: Constituição Federal. Dispensa discriminatória. Súmula nº 443. Tribunal Superior do Trabalho.

Abstract: This inquiry presents the progress of the case law on unfair dismissal, where the employee carries serious pathology. Despite the lack of legislation was recently enacted docket of the Superior Labor Court dealing on the (im)possibility of waiving unmotivated employee, when bearer of serious illness. In this sense, contract terminations resulting from this type of exemption are considered presumably discrimi-

minatory so as to give rise to the reinstatement of the employee, with the granting of stability. This theme relevance lies in the current issue of labor law, of protecting of poorer workers stricken with serious illness waiver discriminatory, object of doctrinal and jurisprudential divergence.

Keywords: Federal Constitution. Discriminatory layoff. Docket No. 443. Superior Labor Court.

1 Introdução

Com o advento da Magna Carta de 1988 foi instaurada nova ordem constitucional, que inaugurou o Estado Democrático de Direito no Brasil, assegurando os direitos sociais (artigo 7º, CF) que protegem e disciplinam o acesso ao trabalho, as relações trabalhistas e a prevenção contra a discriminação, objetivando a conservação do emprego e oferecendo garantias ao trabalhador. Essa nova diretriz pode ser observada nos artigos 1º, inciso III (princípio da dignidade da pessoa humana), 3º, inciso I (princípio da solidariedade), e 5º (princípio da isonomia), todos da CF/88, nas Convenções nºs 111, 117, 158 e 159 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), e ainda na Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, da mesma Instituição. A Carta Magna também veda expressamente a discriminação, como se lê no inciso XXXI do artigo 7º: “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”.

A Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995, cuidou expressamente do rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, assegurado o direito à readmissão, passível de substituição, a critério do ofendido, por remuneração dobrada de todo o período de afastamento. Ocorre que, mesmo diante dessa proteção, também se vive em um Estado Liberal, que permite aos empregadores a discricionariedade da manutenção do vínculo empregatício. É deles, portanto, a decisão de rescindir o contrato de trabalho quando assim o desejarem, não precisando de justificativa para o ato, por se tratar de direito potestativo.

Diante desse choque de direitos, indaga-se: existem limites ao Poder Potestativo do Empregador?

Obviamente que sim! Visando acobertar o problema com o manto positivista, o legislador elencou situações especiais, nas quais o empregado gozará de estabilidade, aqui definida como o direito de permanecer no emprego, mesmo contra a vontade do empregador, enquanto existir uma causa relevante e expressa em lei que desautorize sua dispensa. De acordo com a lei, são portadores de estabilidade provisória os empregados que sofreram acidente de trabalho, aqueles portadores de doenças profissionais, os membros da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (Cipa), os dirigentes sindicais, entre outros. Em caso de rescisão, há obrigatoriamente que ser indicado o justo motivo, nos moldes do artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) (CARRION, 2010).

Em que pese essa garantia, a espécie de estabilidade ora em análise tem por escopo resguardar a vida do empregado, sua dignidade, o valor e o direito ao trabalho e, principalmente, inibir qualquer espécie de discriminação e preconceito que venha a sofrer em virtude de estar acometido de patologia grave. As doenças em evidência não são as doenças ocupacionais ou as decorrentes de acidente de trabalho, vez que sobre estas já existe legislação específica, mas aquelas de alta gravidade não acobertadas pela legislação, geralmente insuscetíveis de cura.

2 Resultados e discussão

Em meados do século XX, quando as normas constitucionais realmente começaram a adquirir caráter prático, despontaram na Justiça Trabalhista diversas ações requerendo a reintegração no emprego com base nos princípios da Magna Carta.

O primeiro avanço acerca desse tema ocorreu por intermédio dos julgados proferidos por uma corrente de magistrados do Rio Grande do Sul, que decidiam em favor da proteção do empregado, visando evitar a demissão discriminatória. Nessa época, o grande foco era a estabilidade dos portadores do vírus da imunodeficiência humana, causador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (em inglês, HIV/Aids), doença que causava certo repúdio social, já que era ligada aos costumes e ao modo

de vida do empregado. No entanto, depois de descoberto que a Aids não era de fácil transmissibilidade, não havia mais motivos para a discriminação.

No segundo estágio, a corrente de proteção ao trabalhador portador de patologias graves ampliou-se para outras comarcas, visando proteger também o empregado com absenteísmo constante decorrente de seu tratamento, justificado por diversos atestados médicos, ou que teve reduzida sua capacidade laborativa pela mesma razão. A proteção, assim, abrange uma nova série de doenças.

E no terceiro momento é colocada em discussão a possibilidade de previsão dessa estabilidade em Acordo Coletivo, e da promulgação de Projeto de Lei para prevenir dispensas arbitrárias e litígios. Vale frisar que a matéria deverá ser tratada mediante Lei Complementar, conforme previsão do artigo 7º, I da Constituição.

Atualmente essa estabilidade ainda se encontra sem amparo legal, tendo sido editado apenas um Projeto de Lei Complementar no Senado, de número 145/2006 e autoria da senadora Roseana Sarney, com a seguinte ementa: “Dispõe sobre restrições à despedida arbitrária ou sem justa causa do empregado portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), do Vírus HCV (Hepatite C) e de doença grave e contagiosa, e dá outras providências.”.

Esse Projeto visava garantir aos empregados gravemente enfermos o salário e o impedimento da dispensa sem justa causa até a concessão definitiva de benefício previdenciário. A proposta estabelece critérios de indenização em caso de descumprimento da lei e determina que o pedido de demissão de empregados protegidos somente será válido com a interveniência do respectivo sindicato e do Ministério Público. Mas apesar de ter sido apresentado em 18/05/2006, o PLC encontra-se arquivado desde 14/01/2011.

Diante de tal lacuna legislativa, a jurisprudência vinha aplicando analogicamente os princípios constitucionais e as leis que regem a relação trabalhista, conferindo estabilidade aos portadores de doença grave dispensados sem justa causa, mesmo quando o empregador desconhecesse o estado de saúde, restaurando o vínculo empregatício.

Com base no repúdio à atitude discriminatória, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, e no respeito à dignidade da pessoa humana, considera-se essa demissão ilegal. De outro lado, o empregador tem toda a liberalidade para demitir, e a rigor, até setembro de 1992 o Brasil não era signatário da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que veda a dispensa sem justa causa para portadores de necessidades especiais. Sendo assim, na prática, as empresas estavam agindo dentro da lei. Contudo a Convenção nº 158 foi promulgada e submetida ao Congresso Nacional, que a aprovou mediante o Decreto Legislativo nº 68, de 16 de setembro de 1992. No mesmo sentido, a Convenção nº 159, que cuida da reabilitação de pessoa deficiente, já havia sido aprovada por meio do Decreto Legislativo nº 51, de 25 de agosto de 1989. E a Recomendação nº 168 da OIT, que a complementa, estabelece que os deficientes devem dispor de igualdade de tratamento e de oportunidades relativamente ao acesso, conservação e promoção a emprego.

Com o afloramento da defesa dos direitos do trabalhador, os Tribunais, em sua maioria, julgavam favoráveis as causas de demissão discriminatória. Como exemplo, apontam-se os seguintes julgados: TRT-2: Recurso Ordinário: Record 947200838102004 SP, 00947-2008-381-02-00-4, Relator(a): Jane Granzoto Torres da Silva, Julgamento: 12/11/2009; TRT-16: Processo: 3040200501616004 MA, 03040-2005-016-16-00-4, Relator(a): Gerson de Oliveira Costa Filho, Julgamento: 19/09/2006; TRT-4: Recurso Ordinário Trabalhista: Dados Gerais do Processo: RO, 656006819965040002, RS 0065600-68.1996.5.04.0002, Relator(a): Milton Varela Dutra, Julgamento: 02/12/1997.

A legislação e as decisões em evidência não possuem força vinculante, podendo o empregador sair vitorioso em algumas causas, principalmente nos Tribunais mais conservadores. Posto isto, em mais uma tentativa de preservar os direitos do empregado, no início do século XXI, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) entendeu majoritariamente que o fato de o sistema jurídico pátrio não contemplar a garantia provisória no emprego para o empregado enfermo não impede o julgador trabalhista de aplicar à espécie os princípios gerais do Direito, notadamente os princípios constitucionais, que vedam a despedida arbitrária com conteúdo discriminatório. Sendo assim, devido aos inúmer-

ros julgados, em setembro de 2012 o Tribunal Superior do Trabalho publicou a Súmula nº 443, que assim disciplina:

SÚMULA 443 - Dispensa discriminatória. Presunção. Empregado portador de doença grave. Estigma ou preconceito. Direito à reintegração – Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.

A Súmula parece estar alinhada materialmente com os dispositivos constitucionais. Mas quanto ao caráter processual/formal, aparenta estar eivada de ilegalidade, confrontando-se com outras normas do ordenamento pátrio, vez que, com a sua aplicação, a dispensa de empregado portador do vírus HIV ou doença grave já carrega a presunção legal de ser discriminatória. Nesses casos, se não restar comprovado que a dispensa ocorreu por outros motivos, o ato do empregador não tem validade, garantindo-se ao trabalhador o direito à reintegração.

O artigo 5º, inciso II da Constituição da República determina que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, consagrando o princípio da legalidade. Nessa senda, o artigo 7º, inciso I do mesmo Diploma garante aos trabalhadores a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que tem como incumbência a fixação de indenização compensatória, dentre outros direitos, ainda inexistente, estando o Projeto de Lei nº 145/2006 arquivado desde 2011. Diante disso, a Súmula nº 443 do TST não observou o direito potestativo do empregador de demitir o empregado pagando as verbas indenizatórias, criando hipótese de estabilidade para o empregado sem expressa previsão legal.

Inobstante essa violação, a Súmula também cria obrigação negativa para o empregador, vez que tanto o artigo 818 da CLT quanto o artigo 333 do Código de Processo Civil disciplinam que o ônus da prova incumbe a quem alega o fato constitutivo de seu direito, invertendo-se, apenas, nos casos expressamente previstos em lei, sendo certo que caberia ao empregado, em caso de doença, provar a sua existência. Mas com a aplicação da Súmula, ocorre a inversão do ônus da prova de forma generalizada para o empregador sempre que o pedido contemplar reintegração de empregado gravemente doente.

Quanto à discricionariedade acerca da discriminação, esta caberá plena e exclusivamente ao magistrado, restando quase que impossível, na prática, a prova do desconhecimento por parte do setor patronal. Ressalte-se que o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) proíbe que os empregadores realizem exame de HIV em seus empregados por qualquer motivo (Portaria nº 1.246, de 28 de maio de 2010 do MTE), não podendo a Súmula realizar a inversão para o empregador.

Atualmente, além de aos portadores do HIV, a Justiça do Trabalho tem garantido estabilidade aos trabalhadores com doença cardíaca, câncer, doença de chagas, diabetes, depressão e alcoolismo, consideradas doenças graves. Mas diante da aplicação da Súmula, quais seriam as doenças a serem acobertadas? Apesar de ainda não existir posicionamento unânime acerca do tema, diante da gravidade da doença e das inúmeras patologias existentes, é clarividente que não se poderia estabelecer um rol taxativo, tampouco caberia utilizar-se do rol do artigo 186, inciso I e § 1º da Lei nº 8.112/90 por analogia, meramente exemplificativo, conforme entendimento disposto no seguinte julgado: STJ - REsp nº 1.284.290/PR, relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 11/11/2011.

Referido entendimento sumulado vem sendo reiteradamente aplicado nos Tribunais Trabalhistas. Mas como se trata apenas de previsão genérica, restam dúvidas quanto às suas consequências práticas na geração dos direitos do empregado demitido.

Socorrendo-se da analogia, os Tribunais entendem que o empregado demitido injustamente tem direito à reintegração na empresa, e ao conseqüente restabelecimento das garantias havidas antes do desligamento como salário, benefícios, cargo, férias integrais ou proporcionais, 13º salário, bem como aos salários compreendidos entre a dispensa e a reintegração, computando-se, para todos os efeitos legais, o período de afastamento como tempo de serviço. Há que ser mantida sua estabilidade por período igual ao da estabilidade do acidente de trabalho, ou seja, até a aposentadoria do empregado (TST. Recurso de Revista: RR 752770 752770/2001.0 Proc. nº TST-RR-752770/2001.0).

Em que pesem outras questões polêmicas, já foi entendido que a perícia médica realizada após demissão, bem como o indeferimento do auxílio-doença, não impedem a concessão da

reintegração (TST. ERR 423348/1998.1) (TST. A-RR-655-2000-071-02-00.2). No mesmo sentido também se pode aplicar a Súmula ao tomador de serviços terciários, já que é beneficiário da atividade laborativa do empregado e responde pela culpa *in vigilando* e *in eligendo* quanto aos direitos inadimplidos que remontem à vigência do contrato de trabalho, conforme disposto no TRT-2 - Recurso Ordinário: RO 1075200902102004 SP 01075-2009-021-02-00-4, Relator(A): Ricardo Artur Costa e Trigueiros, Julgamento: 29/06/2010.

Na seara trabalhista é incomum a concessão de indenização por danos morais, já que o dano moral não é presumido, requerendo do empregado que pleiteia referida indenização que prove a existência dos elementos da reparação civil: dano, nexo de causalidade entre a conduta do empregador e o dano sofrido, e culpa. No entanto, com a edição da Súmula em estudo, a dispensa arbitrária ficou presumida, cabendo ao empregador provar o contrário. Nesse sentido, a jurisprudência vem concedendo a referida indenização nos casos em que aparentemente ocorreu a dispensa discriminatória, pois conforme afirmado anteriormente, a prova em contrário pelo empregador é quase impossível.

3 Considerações finais

Em que pese a boa intenção do Judiciário ao inovar na maneira de julgar mediante a adoção de medidas com base nos princípios constitucionais na tentativa de concretizar a ordem constitucional vigente e o bem comum, combatendo a dispensa discriminatória por ato do empregador para proteger a vida, a dignidade e a família do empregado, esse não pode agir com excesso de poderes, já que o mundo jurídico lhe impõe certas limitações de ordem formal e material, tendo em vista que o Direito, em um Estado Democrático, não pode servir somente a uma classe.

Sendo assim, apesar das benesses, dos avanços e de a Súmula realmente assegurar a efetividade de alguns princípios, evidencia-se que outros são fatalmente contrariados, a exemplo do princípio da Reserva Legal, ao burlar o processo legislativo bicameral, vez que somente a lei, em seu sentido mais estrito,

cria mandamentos legítimos; do princípio da Isonomia, já que limita o direito potestativo à dispensa, mediante pagamento de indenização, criando hipótese de estabilidade não prevista na legislação em desfavor do empregador; e do princípio do Contraditório e Ampla Defesa pois, como a demissão discriminatória é presumida, inverte ilegalmente o ônus da prova para o empregador, criando obrigação negativa contra a qual, na relação processual, não terá meios práticos e efetivos de defesa. A reintegração torna-se, assim, uma espécie de penalidade, sujeitando o empregador à condenação em danos morais.

Outro ponto negativo da Súmula imputada é que constitui comando genérico, que submete completamente o empregador à discricionariedade e possíveis arbitrariedades dos magistrados quanto à condenação em danos morais e acerca das patologias que poderão ser consideradas graves para a sua incidência, restando, assim, num limbo jurídico.

Feitas essas considerações, evidencia-se que antes de ser uma ciência formalista e positivada, o Direito é uma ciência social, razão pela qual não pode olvidar-se dos problemas que atingem as relações intersubjetivas por ele reguladas ou estagnar-se pelo formalismo que lhe é intrínseco, apesar de deveras necessário. Afinal, diante da ocorrência de mudanças sociais, se os Três Poderes não evoluem da mesma forma por apego ao formalismo, por certo ocorrerão grandes injustiças. Posto isto, apesar de a Súmula realmente contrariar o formalismo legislativo, entende-se pela sua validade, já que, na realidade, não cria situação jurídica completamente nova, mas apenas amplia a hipótese de proteção da Lei nº 9.029 e efetiva os princípios constitucionais, cumprindo, assim, o Judiciário, o seu dever de prestar a Justiça.

Referências

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Portaria nº 1.246, de 28 de maio de 2010**. Orientar as empresas e os trabalhadores em relação à testagem relacionada ao vírus da imunodeficiência adquirida – HIV. 2010. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812C0858EF012C11B73F5C62DC/p_20100528_1246.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2013.

_____. Senado Federal. Portal Atividade Legislativa. Projetos e Matérias Legislativas. **PLS - Projeto de Lei do Senado, nº 145 de 2006 - Complementar**. Dispõe sobre restrições à despedida arbitrária ou sem justa causa do empregado portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), do Vírus HCV (Hepatite C) e de doença grave e contagiosa, e dá outras providências. 18/05/2006. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=77820>. Acesso em: 15 ago. 2013.

_____. Casa Civil da Presidência da República. **Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995**. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19029.htm>. Acesso em: 12 ago. 2013.

_____. Casa Civil da Presidência da República. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm>. Acesso em: 30 abr. 2013.

_____. Casa Civil da Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 ago. 2013.

_____. Casa Civil da Presidência da República. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 28 jun. 2013.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO.

Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos

Fundamentais no Trabalho. 1988. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2013.

_____. **Convenção nº 159:** Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação. 1958. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/472>>. Acesso em: 12 ago. 2013.

_____. **Convenção nº 158:** Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador. 1982. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/t%C3%A9rmino-da-rela%C3%A7%C3%A3o-de-trabalho-por-iniciativa-do-empregador>>. Acesso em: 12 ago. 2013.

_____. **Convenção nº 117:** Objetivos e Normas Básicas da Política Social. 1962. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/520>>. Acesso em: 12 ago. 2013.

_____. **Convenção nº 111:** Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação. 1958. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/472>>. Acesso em: 12 ago. 2013.

O ARTIGO 191 DO CPC E A SUA APLICABILIDADE NO PROCESSO ELETRÔNICO

ARTICLE 191 OF THE CODE OF CIVIL PROCEDURE AND ITS APPLICABILITY ON ELETRONIC PROCESS

Daniela Machado Gomes

Estagiária da Procuradoria do Município de Fortaleza
Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC)
Membro-pesquisadora do Grupo de Estudos em Direito Processual
Civil da Universidade Federal do Ceará

Sumário: 1 Introdução; 2 Prazo em dobro para litisconsortes com procuradores distintos; 3 Processo eletrônico; 4 (In)aplicabilidade do prazo em dobro para litisconsortes no processo eletrônico; 5 Previsão no Novo CPC; 6 Considerações finais; Referências.

Contents: 1 Introduction; 2 Double deadline to co-plaintiffs or co-defendants with different attorneys; 3 Electronic process; 4 In (applicability) of double deadline to co-plaintiffs or co-defendants on electronic process; 5 Provision on the new Code of Civil Procedure; 6 Final considerations; References.

Resumo: No direito processual civil, há que se atentar para as regras e procedimentos para que o processo caminhe na sua forma correta e para que se possa garantir às partes a resolução da lide, da forma mais justa e verdadeira possível. Com o advento do processo eletrônico, algumas dessas regras, como a da aplicação do prazo em dobro para litisconsortes com procuradores distintos, prevista no artigo 191 do Código de Processo Civil, restou superada, porquanto por essa via todos têm acesso aos autos simultaneamente. Nesse contexto, este artigo tem como objetivo analisar a congruência entre o prazo em dobro para litisconsortes distintos e o instituto do Processo Eletrônico, mediante o emprego da pesquisa bibliográfica na legislação, bem como na doutrina e jurisprudência pátrias. Obteve-se que, extinto o motivo para a criação da regra do artigo 191 do CPC, e ante o silêncio da Lei nº

11.419/2006, instala-se a discussão jurisprudencial sobre a matéria, com alguns julgados afastando a aplicação do dispositivo em comento nos processos eletrônicos, e outros afirmando a permanência da regra, que só poderia ser afastada por lei. Conclui-se que, diante dessa oscilação quanto à aplicação da lei no processo eletrônico, não se pode deixar ao crivo dos Tribunais Superiores o afastamento da incidência de uma norma de tamanha repercussão, que só pode ocorrer por intermédio de mandamento legal, sob pena de afetar a segurança jurídica imprescindível ao deslinde da relação jurídica processual.

Palavras-chave: Litisconsórcio. Prazo em dobro. Processo Eletrônico.

Abstract: In the civil procedure law, one should pay attention to the rules and procedures by which the process walks in its correct form and in order to ensure the resolution of the dispute to the parties, in the most fair and true as possible. With the advent of the electronic process, some of these rules, such as the application of double period for co-plaintiffs with separate attorneys, provided for in article 191 of the Code of Civil Procedure, have left surpassed, because in this way all have access to record simultaneously. In this context, this article aims to analyze the congruence between the term double for different co-plaintiffs and the Institute of the electronic process, through the use of bibliographical research on legislation, and in the doctrine and jurisprudence homelands. It was obtained that extinguished the reason for creating the rule of article 191 of the CPC, and against the silence of law nº 11.419/2006, installs the judicial discussion on the matter, with some judged the device application in comment in electronic processes, and others affirming the permanence of the rule, which could only be removed by law. It is concluded that, on this oscillation as law enforcement in the electronic process, it is not possible to let the sieve of the Supreme Courts the dismissal of the incidence of a norm of that repercussion, which can occur only through legal commandment, otherwise affect the legal security necessary to the procedural legal relationship resolution.

Keywords: Joinder. Double period. Electronic Process.

1 Introdução

No direito processual civil, é necessário observar as regras e os procedimentos consagrados na lei para que o processo caminhe na sua forma correta e para que se possa garantir às par-

tes a resolução da lide, atendendo-se aos princípios do devido processo legal, do contraditório, da isonomia, entre tantas outras máximas essenciais ao processo civil.

Todas as normas dispostas para o processo têm objetivos que se coadunam com o direito material das partes e servem para que se possa alcançar a solução da lide da forma mais justa e verdadeira possível. Tais regras são necessárias para que as partes e seus procuradores possam agir corretamente no processo e, com isso, garantir todos os seus direitos de defesa.

O objeto de estudo do presente artigo é a aplicação do prazo em dobro para litisconsortes com procuradores distintos no processo eletrônico. Como é cediço, os patronos das partes precisam conhecer previamente os prazos processuais, a fim de que melhor possam exercer sua defesa. A segurança jurídica acerca desses prazos é imprescindível, o que implica a necessidade fulcral de estarem previstos na lei ou pacificados na jurisprudência.

O prazo em dobro para litisconsortes com procuradores distintos, expresso no Código de Processo Civil (CPC), em seu artigo 191, é uma regra com total aplicação prática, visto que a observância à contagem de prazos no processo civil é vetor essencial para o desenvolvimento de um processo justo, em salvaguarda dos direitos das partes no transcorrer processual. Sem tal observância podem advir inúmeras consequências, como a revelia, o trânsito em julgado, entre outras.

O artigo 191 do CPC estabelece a regra segundo a qual os litisconsortes com procuradores distintos terão prazo em dobro para a prática dos atos processuais, devido à dificuldade para os advogados das partes acessarem os autos ao mesmo tempo. Com o processo eletrônico, tais procuradores têm disponível, simultaneamente, a integralidade dos autos, esvaindo-se, assim, a dificuldade que motivou a inclusão da regra do referido dispositivo no Código de Processo Civil.

Consequentemente, surgiu na jurisprudência a ideia de excluir o prazo duplicado para litisconsortes com procuradores diferentes quando o processo for eletrônico. Tal posicionamento não é pacífico na jurisprudência e não dispõe de base legal, além de gerar insegurança jurídica, pois os advogados e as partes ficariam ao arbítrio do entendimento de cada juiz. Entretanto é evidente que o motivo que gerou a criação da regra do artigo 191

não existe no processo eletrônico, gerando até certo desequilíbrio entre as partes, pois os litisconsortes teriam prazo em dobro sem mais necessidade. Surge, então, a controvérsia na doutrina e na jurisprudência sobre se é possível excluir a aplicação do dispositivo em comento no processo eletrônico, ou se tal mudança só é passível de ser feita por lei.

Com base na doutrina mais abalizada, no Código de Processo Civil de 1973, no Projeto de Lei nº 8.046/2010 e na divergência jurisprudencial acerca do tema, será feita uma análise sobre a congruência entre o prazo em dobro para litisconsortes distintos e o instituto do Processo Eletrônico.

2 Prazo em dobro para litisconsortes com procuradores distintos

O litisconsórcio é a reunião de duas ou mais pessoas em um mesmo polo da relação jurídica processual. Perfaz-se, segundo o artigo 46 do Código de Processo Civil, de várias formas, seja quando entre os sujeitos há uma comunhão de direitos ou de obrigações, seja quando os direitos e obrigações derivam de um mesmo fundamento de fato ou de direito, seja, ainda, quando se estabelece uma conexão pelo objeto ou pela causa de pedir, ou há afinidade de questões por um ponto em comum de fato ou de direito.¹

Pelo fato de existirem tantas hipóteses que ensejam a formação de um litisconsórcio, nem sempre seus sujeitos têm interesses em comum. Na oposição, por exemplo, o oponente tem uma pretensão contra o autor e o réu originários, apesar de formar litisconsórcio com o último. Nesses casos, mostra-se salutar a possibilidade de que os litisconsortes escolham ter procuradores distintos. Ademais, mesmo que tenham os mesmos interesses ou constituam um litisconsórcio unitário, têm o direito de escolher se querem compartilhar o advogado ou ter advogados distintos.

¹ CPC/73: “Art. 46. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando: I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide; II - os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito; III - entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir; IV - ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito. [...]”.

No caso de prazo em comum dos litisconsortes segue-se o disposto no artigo 40, § 2º do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 40 [...]

[...]

§ 2º Sendo comum às partes o prazo, só em conjunto ou mediante prévio ajuste por petição nos autos, poderão os seus procuradores retirar os autos, ressalvada a obtenção de cópias para a qual cada procurador poderá retirá-los pelo prazo de 1 (uma) hora independentemente de ajuste.

Os litisconsortes, por estarem no mesmo polo da relação jurídica processual, devem se manifestar nos autos, em regra, ao mesmo tempo. Sendo assim, há dificuldade para que os advogados acessem os fólios, retirando-os de cartório, em razão do prazo em comum. É o caso de serem chamados a contestar, recorrer ou manifestar-se em geral no processo. Com o advento do prazo em dobro para litisconsortes com procuradores distintos restabelece-se o equilíbrio processual diante da parte contrária, que, a princípio, teria vantagens por estar sozinha quanto ao cumprimento dos prazos processuais e, por conseguinte, não ter que dividir tempo de vista dos autos. No escólio de Nelson Nery Jr.:

Com efeito, existe mais dificuldade para os litisconsortes praticarem atos no processo, quando são representados por advogados diferentes, pois todos os litigantes têm direito de consultar os autos, circunstância que se torna mais penosa quando há mais de um advogado atuando no processo na defesa de litisconsortes. O benefício de prazo, pois, é justificável e se amolda ao princípio constitucional da isonomia. (NERY JR., 2004, p. 93-94).

Desse modo, fez-se necessária regulamentação sobre o tema no Código de Ritos, a qual vem disposta em seu artigo 191, *in verbis*: “Quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhe-ão contados em dobro os prazos para contestar, recorrer e, de modo geral, para falar nos autos”. Tal regra surgiu para garantir o contraditório, a isonomia e o devido processo le-

gal nos processos em que há mais de uma pessoa no mesmo polo da relação jurídica processual. Neste jaez:

No processo civil legitimam-se normas e medidas destinadas a reequilibrar as partes e permitir que litiguem em *paridade em armas*, sempre que alguma causa ou circunstância exterior ao processo ponha uma delas em condições de superioridade ou de inferioridade em face da outra. Mas é muito delicada essa tarefa de reequilíbrio substancial, a qual não deve criar desequilíbrios privilegiados a pretexto de remover desigualdades. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006, p. 60, grifo do autor).

Resta claro, então, que o prazo do artigo 191 do CPC garante a isonomia no processo, que restaria afetada caso assim não dispusesse, pois a outra parte teria mais condições de obter efetivo acesso aos autos. Com tal norma, compensa-se a dificuldade de acesso e a impossibilidade de se fazer carga dos autos conferindo-se maior quantidade de tempo aos litisconsortes para se manifestar.²

Independentemente de pedido das partes para a concessão do prazo em dobro, ele deve ser garantido. Ressalva-se, todavia, que o prazo é em dobro na existência de litisconsortes com procuradores distintos, não importando quantos litisconsortes com advogados distintos existam no processo.

De outro lado, a serviço da melhor explanação, de acordo com o enunciado da Súmula nº 641 do Supremo Tribunal Federal, caso existam litisconsortes com procuradores distintos, mas um deles seja excluído do processo, não se conta o prazo em dobro para recorrer de tal decisão³.

² Nesse sentido “Os advogados de diversos litisconsortes não podem retirar os autos de cartório, havendo dificuldade de consultá-los, pois precisam, frequentemente, deslocar-se à sede do juízo para verificar se há alguma novidade ou para confirmar algum elemento contido nos autos. Para ‘compensar’ essa dificuldade, o legislador conferiu prazo em dobro.” (DIDIER JR.; CUNHA, 2013, p. 63).

³ Nesse sentido: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXCLUSÃO DE UM DOS LITISCONSORTES. CONTAGEM SIMPLES DO PRAZO RECURSAL. SÚMULA N.641/STF. INTEMPESTIVIDADE. APELAÇÃO. ARGUIÇÃO EM CONTRARRAZÕES. MOMENTO OPORTUNO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Não se conta em dobro o prazo para interposição da apelação quando a sentença exclui da lide um dos litisconsortes. Inteligência

3 Processo eletrônico

A transformação de processos físicos em eletrônicos mostra-se essencial para aperfeiçoar a efetividade e a celeridade do processo, já que seu objetivo principal é a resolução dos litígios em tempo razoável.

O processo eletrônico rege-se pela Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que institui todos os procedimentos diferenciados no âmbito de comunicação no processo, citação, intimação e prazos. A informatização já atinge boa parte dos processos ativos no Brasil, e como há regras do Código de Processo Civil que não se aplicam ao processo eletrônico, mostrou-se primordial criar uma lei que regulamentasse todos os aspectos dessa nova forma de processo.

Tal lei, além de estatuir os ritos da informatização do processo, transformou-o em um documento eletrônico, pelo qual é possível acessar todas as movimentações virtualmente, além de praticar novos atos, considerados válidos pela assinatura digital. A publicação de tais atos acontece de forma instantânea, permitindo que todas as partes possam vê-los em sua integralidade em tempo real. Nota-se que a principal consequência da evolução do processo para o meio eletrônico é a garantia de maior celeridade e praticidade aos atos processuais.

Entretanto, a Lei nº 11.419/06, que deve abranger os mais variados aspectos do processo eletrônico, não disciplinou o prazo em dobro para litisconsortes com procuradores distintos, o que faz deduzir, então, que referido prazo continuaria sendo regido pelo Código de 1973.

4 (In)aplicabilidade do prazo em dobro para litisconsortes no processo eletrônico

A despeito da falta de previsão sobre a regra disposta no artigo 191 do CPC na Lei do Processo Eletrônico, vários julgados

da Súmula n. 641/STF. 2. Intempestividade da apelação alegada em contrarrazões acolhida no recurso especial. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no REsp: 1234941 MG (2011/0016911-5), Rel.: Min. Antonio Carlos Ferreira, 4. T., julgado em 02/10/2012, DJe 08/10/2012).

deixaram de aplicá-la, tendo em vista o amplo acesso aos autos concedido pela sistemática do processo eletrônico:

PRAZO EM DOBRO. ART. 191 DO CPC. LITISCONSÓRCIO COM DIVERSIDADE DE PROCURADORES. PROCESSO ELETRÔNICO. DESNECESSIDADE. O artigo 191 deve ser interpretado de forma teleológica, isto é, de forma a atender à finalidade da norma, respeitando os princípios da utilidade, igualdade e da ampla defesa. Assim, a regra contida no art. 191 do CPC é inaplicável ao processo eletrônico, posto que não se fazem mais presentes as restrições para vista dos autos. Agravo desprovido. (TRF4, Ag no AI 5001481- (41.2012.404.0000), Rel.: Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, 3. T., julgado em 23/05/2012, DJe 24/05/2012).

Tal entendimento mostra-se coerente, pois com o processo eletrônico extingue-se o motivo pelo qual se criou a regra do artigo 191 do CPC, não havendo mais dificuldade de acesso aos autos, visto que os procuradores de ambos os litisconsortes podem acessá-los virtualmente, sem restrições. Perde o sentido, ainda, a norma do artigo 40, § 2º do CPC.

A regra do prazo em dobro para litisconsortes estaria embasada no princípio da adequação do processo, que se perfaz em duas instâncias: no legislativo e no jurisdicional. Neste último, falar-se-ia em princípio da adaptabilidade, elasticidade ou adequação judicial do processo. Segundo Fredie Didier Jr. (2012, p. 82),

[...] cabe ao órgão jurisdicional prosseguir na empresa da adequação do processo, iniciada pelo legislador, mas que, em razão da natural abstração do texto normativo, pode ignorar peculiaridades de situações concretas somente constatáveis caso a caso.

De acordo com o princípio em tela, então seria legítima a alteração pelo juiz de procedimentos processuais - no caso, o prazo em dobro para litisconsortes com advogados diferentes - para adequá-los às peculiaridades do processo.

Além disso, os defensores da exclusão do prazo do artigo 191 afirmam que ela prima pelo princípio da celeridade processual e também pela isonomia, visto que, da mesma forma que o aumento do prazo visa compensar a dificuldade de acesso aos autos, o fim dessa dificuldade sem a extinção do aumento do prazo desequilibra o direito de igualdade das partes.

Entretanto, há posicionamento contrário na jurisprudência, que não exclui a regra do artigo 191 do CPC nos processos eletrônicos:

PROCESSUAL CIVIL - CONTESTAÇÃO - LITISCONSORTES - PRAZO -ART. 191, CPC - PROCESSO ELETRÔNICO.

I - Prevê o art. 191, do CPC, que, na eventualidade de os litisconsortes terem contratado procuradores diversos, os prazos para contestar, recorrer e se manifestar será em dobro. O escopo do dispositivo é o de garantir a ampla defesa e o contraditório, mormente porque, sendo o prazo comum, de regra, os procuradores só teriam vista dos autos em cartório, podendo retirá-los somente após prévio ajuste e por petição, como previsto no § 2º, do art. 40, do CPC.

II - A despeito de não se vislumbrar prejuízo aos litisconsortes, mormente porque, no processo eletrônico, os procuradores teriam simultaneamente disponível a integralidade das peças dos autos, devem às partes ser conferido prazo em dobro, vez que a Lei Nº 11.419, de 19 de dezembro 2006, que dispôs sobre a informatização do processo judicial, não revogara ou afastara a incidência do art. 191, do CPC, tampouco criara qualquer exceção à aplicação deste dispositivo no processo eletrônico. (TRF2, AI 0015332- (092.2012.4.02.0000), Rel.: Sergio Schwaitzer, 8. T, julgado em 28/11/2012, DJe 06/12/2012).

Para essa corrente, a exclusão da aplicação do artigo 191 do CPC no processo eletrônico deveria submeter-se ao princípio da legalidade, que segundo Uadi Lammêgo Bulos (2011, p. 546) “transmite a ideia de que apenas o Poder Legislativo pode criar comandos inovadores na ordem jurídica”, de modo que os juízes e tribunais não poderiam excluir a regra no caso concreto

sem lei que os autorizasse, tendo em vista as consequências que a mudança não previamente conhecida pelos litisconsortes traria, afetando o processo e o contraditório.

Flávio Luiz Yarshell, posicionando-se sobre o tema, preleciona:

Regras sobre prazos são parte importante da disciplina da relação jurídica processual e, portanto, estão sujeitas ao princípio da legalidade. Se a lei que regulou o processo eletrônico nada estabeleceu a respeito, não é lícito ao intérprete presumir regra que restrinja de [sic] prerrogativa até então vigente. (YARSHELL, 2013).

Portanto, segundo esse entendimento, se não existe revogação do artigo 191 do CPC, ou mesmo disposição que afaste a sua incidência no processo eletrônico na Lei nº 11.419/06, não cabe à jurisprudência deixar de aplicá-lo. O caráter recente da Lei do Processo Eletrônico acentua ainda mais o dissenso, podendo ser considerado, até mesmo, como silêncio eloquente da Lei.

5 Previsão no Novo CPC

No atual Projeto do Novo CPC, em tramitação na Câmara dos Deputados, a previsão do prazo para litisconsortes com procuradores distintos é disciplinada pelo artigo 229:

Art. 229. Os litisconsortes que tiverem diferentes procuradores, de escritórios de advocacia distintos, terão prazos contados em dobro para se manifestar nos autos, independentemente de pedido.

Vê-se que a principal alteração promovida no referido artigo é o novo requisito para o prazo em dobro, qual seja, que os advogados sejam de escritórios de advocacia distintos, pois, em hipótese contrária, perde-se a dificuldade de acesso aos autos, não se necessitando do prazo em dobro.

O relatório do Deputado Paulo Teixeira, votado nos dias 2 e 3 de julho de 2013, na Câmara dos Deputados, incluiu uma nova seção atinente ao processo eletrônico, entretanto, assim como na Lei do Processo Eletrônico, não há no Projeto do Novo

CPC, por enquanto, nenhuma disposição que exclua o prazo em dobro para litisconsortes com procuradores distintos no processo virtual.

6 Considerações finais

A adoção do processo eletrônico no Brasil exige algumas mudanças que adaptem o rito procedimental que reza o Código de Processo Civil de 1973 a essa nova conjuntura. Como o Código não prevê o processo eletrônico, foi necessário que a Lei nº 11.419/2006 instituisse e regulamentasse todas as alterações necessárias para adequar as regras do processo civil brasileiro a sua informatização. Deduz-se que o que não foi previsto e modificado pela Lei do Processo Eletrônico continua sendo regido da mesma forma que o Código de 1973 dispôs.

Nesse rol entra a norma do artigo 191 do CPC, que determina o prazo em dobro para litisconsortes com procuradores distintos. Com o processo eletrônico, extingue-se o motivo para a criação dessa regra, o de restaurar o equilíbrio entre as partes, pois os litisconsortes estariam em desvantagem por dividirem o prazo para se manifestar durante o processo e terem acesso compartilhado aos autos, sem possibilidade de retirá-los em cartório.

Entretanto a Lei nº 11.419/2006, erroneamente, não atentou para tais circunstâncias. Surge, então, a discussão jurisprudencial, a partir do advento de alguns julgados afastando a aplicação do dispositivo em comento nos processos eletrônicos, e de outros afirmando a permanência da regra, que só poderia ser afastada por lei.

A inaplicação, apenas no caso concreto, do artigo 191 do CPC gera insegurança para as partes e seus advogados, que terão que saber previamente a posição do juiz que julga a causa quanto à necessidade do tal prazo no processo eletrônico, ou arriscar-se a ser prejudicados caso resolvam falar nos autos usando o prazo em dobro. Apesar de haver a alternativa de manifestar-se sempre no prazo comum, caso não se saiba a posição do juiz a respeito, seria desarrazoado exigir da parte que renunciasse a um direito seu, prescrito na lei, devido à insegurança produzida por tais julgados destoantes da lei.

Uma norma como a do artigo 191, que produz consequências visíveis para o processo, pode gerar grandes prejuízos para a parte caso não seja respeitada, como a revelia e o trânsito em julgado, de modo que deve imperar o princípio da legalidade.

A jurisprudência oscila quanto à aplicação da lei no processo eletrônico, refletindo controvérsias que ainda nem chegaram a ser discutidas pelos Tribunais Superiores. Conclui-se que não se pode deixar a seu crivo o afastamento da incidência de uma norma de tamanha repercussão. As partes e seus advogados ficariam ao arbítrio do entendimento de cada juiz, situação que eminentemente fere o princípio da segurança jurídica, pois, ao ser transmitido o juízo de valor sobre o assunto, o prazo já estaria perdido.

Infere-se, então, que apesar de a regra do prazo em dobro para litisconsortes não ser mais necessária no processo eletrônico, por terem se esvaído os motivos que a fizeram surgir, seu afastamento deve ser feito mediante mandamento legal, sob pena de afetar a segurança jurídica imprescindível ao deslinde da relação jurídica processual.

O Projeto de Lei nº 8.046/2010, atualmente tramitando no Congresso Nacional, não faz nenhuma referência à aplicação do artigo 191 do CPC ao processo eletrônico. Portanto, segue incólume a controvérsia do prazo em dobro para litisconsortes com procuradores distintos no Projeto do Novo CPC, já que até o presente momento não se projetou modificação apta a conferir efetiva resolução à temática vertente.

Referências

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 8.046, de 2010 – Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 12 jul. 2013.

_____. Casa Civil da Presidência da República. **Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. 2006.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm>. Acesso em: 28 jun. 2013.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.025, de 2005 – Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 12 jul. 2013.

_____. Casa Civil da Presidência da República. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 28 jun. 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 3. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

YARSHELL, Flávio Luiz. Processo Eletrônico e Prazos Processuais: vigência plena da regra do art. 191 do CPC. **Jornal Carta Forense**. 2013. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/processo-eletronico-e-prazos-processuais-vigencia-plena-da-regra-do-art-191-do-cpc/10821>>. Acesso em: 28 jun. 2013.

RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO: HISTÓRICO, EVOLUÇÃO E CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE POR CONDUTAS COMISSIVAS

NON-CONTRACTUAL RESPONSIBILITY OF THE STATE: HISTORY, EVOLUTION AND EXCLUDING CAUSES OF THE CIVIL RESPONSIBILITY DUE TO COMMISSIVE CONDUCTS

Aline Memória de Andrade

Estagiária da Defensoria Pública da União
Estudante de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC)

Sumário: 1 Introdução; 2 Histórico da Responsabilidade Civil: evolução; 2.1 Irresponsabilidade do Estado; 2.2 Responsabilidade com culpa civil comum do Estado; 2.3 Teoria da culpa administrativa ou anônima; 2.4 Teoria do risco administrativo; 2.5 Teoria do risco integral; 3. Breve histórico da Responsabilidade Civil do Estado no Brasil; 4 Responsabilidade Civil do Estado na Constituição de 1988: teoria do risco administrativo; 4.1 Conceito, fundamentação e ônus da prova; 4.2 Abrangência; 4.2.1 Sujeito ativo; 4.2.2 Sujeito passivo; 5 Causas excludentes da responsabilidade civil estatal; 5.1 Culpa da vítima; 5.2 Caso fortuito e força maior; 5.3 Culpa de terceiro; 5.4 Exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal; 6 Casos em que não são admitidas as excludentes; 7 Considerações finais; Referências.

Contents: 1 Introduction; 2 History of the Civil Responsibility: evolution; 2.1 State irresponsibility; 2.2 Responsibility with State common civil liability; 2.3 Theory of the administrative or anonymous liability; 2.4. Theory of the administrative risk; 2.5 Theory of full risk; 3 Brief history of the Civil Responsibility of the State in Brazil; 4 Civil Responsibility of

the State in the Constitution of 1988: theory of the administrative risk; 4.1 Concept, substantiation and burden of proof; 4.2 Comprehensiveness; 4.2.1 Active subject; 4.2.2 Passive subject; 5 Excluding causes of the State civil responsibility; 5.1 Victim's guilt; 5.2 Fortuitous case and force majeure; 5.3 Third-party guilt; 5.4 Regular law practice and strict performance of legal obligation; 6 Cases in which that are not to be accepted the exclusive; 7 Final considerations; References.

Resumo: O presente estudo se propõe a dissertar sobre a responsabilidade extracontratual do Estado, definida por Diógenes Gasparini (2011, p. 1109) como “a obrigação que se lhe atribui de recompor os danos causados a terceiros em razão de comportamento unilateral comissivo ou omissivo, legítimo ou ilegítimo, material ou jurídico, que lhe seja imputável”, com foco nas causas excludentes da responsabilidade por atos comissivos. O alcance do objetivo requer que se debruce sobre o histórico da concepção da responsabilidade civil, passando por sua evolução desde os tempos do absolutismo, em que prevalecia a teoria da irresponsabilidade do Estado, até os dias de hoje, mostrando como a legislação brasileira, a começar pela Constituição Federal de 1988, tratou do tema.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Responsabilidade extracontratual. Excludentes da Responsabilidade. Culpa da vítima. Força maior e Caso Fortuito.

Abstract: The present study aims to discourse about the non-contractual responsibility of the State, defined by Diógenes Gasparini (2011, p. 1109) as “the obligation which is attributed to State of recomposing the damage caused to third-parties due to the comissive or omissive unilateral behavior, legitimate or illegitimate, material or juridical, which may be imputable to it”, focusing on the excluding causes of responsibilities due to comissive conducts. The range of the goal requires to look into the history of the civil responsibility conception, through its evolution since the absolutism era, in which the theory of the State irresponsibility prevailed, until current days, showing how the Brazilian legislation, since the Federal Constitution of 1988, has dealt with the topic.

Keywords: Civil responsibility. Non-contractual responsibility. Excluding responsibilities. Victim's guilt. Force Majeure and Fortuitous case.

1 Introdução

Aborda-se, neste trabalho, a responsabilidade civil do Estado, instituto de vital importância na relação com os administrados, consistindo na obrigação de indenizar dano patrimonial que seus agentes, atuando em seu nome, causem aos particulares. A responsabilidade civil é também conhecida como extracontratual, exatamente para se diferenciar da responsabilidade contratual, tratada no estudo dos contratos administrativos, que é fixada e se resolve com base nas cláusulas do contrato.

A importância do tema exsurge da necessidade de que os administrados que sofrem danos patrimoniais decorrentes da atividade da Administração sejam indenizados, despontando a teoria da responsabilidade objetiva do Estado como um eficiente meio de aplicação da justiça diante da desigualdade jurídica existente entre o particular e o Estado.

A responsabilidade administrativa, ao contrário do que acontece no Direito Privado, não se restringe ao ato ilícito (contrário à lei), podendo decorrer de atos ou comportamentos que, mesmo lícitos, causem a determinadas pessoas ônus maior do que o imposto às demais.

No tocante à nomenclatura utilizada para denominar o instituto, Diógenes Gasparini assevera que

[...] alguns autores preferem, em lugar do Estado, usar a expressão “Administração Pública”. [...] Nós preferimos dizer responsabilidade civil do Estado, visto que o dano pode advir de atos legislativos ou judiciais, e não só de atos e fatos administrativos, como essa expressão parece induzir, em que pesem as críticas levantadas por certos autores (GASPARINI, 2011, p. 1108).

No entanto, a abordagem da responsabilidade civil do Estado por atos legislativos ou judiciais não será objeto deste estudo, que se restringe aos atos administrativos.

A responsabilidade extracontratual do Estado tem sua origem no Direito Civil e, como regra geral, pressupõe os seguintes elementos, conjuntamente:

- a) atuação lesiva culposa ou dolosa do agente – culpa em sentido amplo;
- b) ocorrência de dano patrimonial ou moral;
- c) nexos de causalidade entre o dano havido e a conduta do agente, confirmando que o dano de fato decorreu de sua ação (ou de sua omissão ilícita, no caso de o agente ter o dever de agir – aspecto não abordado no presente trabalho).

Este trabalho aborda especificamente as causas excludentes da responsabilidade por condutas comissivas, propondo-se a responder às seguintes questões:

- As causas excludentes da responsabilidade são admitidas no Direito brasileiro?
- Em caso positivo, quais são elas?
- Os critérios para sua admissão estão previstos na legislação ou na jurisprudência?

A obtenção de respostas para essas questões requer que se produza um breve relato acerca do histórico e da evolução do conceito de responsabilidade civil ou extracontratual, passando pelas suas diversas acepções até se chegar à admitida atualmente, inclusive na Constituição de 1988, para finalmente se abordar as causas excludentes da responsabilidade civil em si.

2 Histórico da Responsabilidade Civil: evolução

Este tópico detém-se sobre os principais aspectos da Responsabilidade Civil no mundo, com ênfase na evolução da responsabilidade do Estado e nas teorias que a explicam.

2.1 Irresponsabilidade do Estado

Em uma primeira visão, cujo ápice ocorreu sob os regimes absolutistas, o Estado não se responsabilizava pelos atos de seus agentes que lesionassem os particulares. Essa teoria tinha como fundamento a ideia – defendida pelos ingleses – de que o Estado não podia lesar seus súditos, pois o rei não cometia erros (*The king can do no wrong*), como explicam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2012). Em uma visão mais ampla, o fundamento principal de tal teoria era a ideia da soberania, segundo a qual o Estado exerce autoridade incontestável sobre o súdito.

Como os agentes públicos representavam a vontade do rei, seus atos eram, em última análise, atos do rei, e como tais não admitiam erros, não podendo, dessa forma, ser considerados lesivos aos súditos. Concebia-se que o Estado exercia autoridade incontestável sobre os súditos; assim, qualquer responsabilidade que lhe fosse atribuída significaria colocá-lo no mesmo patamar do súdito, em flagrante desrespeito a sua soberania.

Sucintamente, segundo o administrativista Yussef Said Cahali (1996, p. 18):

[...] nesta fase histórica, inexistia a questão da responsabilidade civil do Estado: a irresponsabilidade aparece como um axioma cuja legitimidade não é posta em dúvida; a existência de uma responsabilidade pecuniária a cargo do patrimônio público é considerada como entrave perigoso à liberdade dos serviços; na ordem patrimonial, os administrados não têm à sua disposição senão a ação ressarcitória contra o agente causador do dano, ainda assim sujeitos à autorização do Estado e expostos à insolvabilidade do funcionário (CAHALI, 1996, p. 18).

No entanto, a não responsabilização do Estado não implicava o desamparo total dos administrados, pois existiam leis que admitiam a obrigação de indenizar em casos específicos – a exemplo da lei francesa, que acolhia a responsabilidade por danos resultantes de atos de gestão do domínio privado do Estado. Além disso, admitia-se a responsabilidade do agente público quando fosse diretamente imputado pelo dano causado.

Essa doutrina somente possui valor histórico, encontrando-se inteiramente superada, mesmo nos Estados Unidos e na Inglaterra, últimos países a abandoná-la. Essa superação aconteceu no século XIX e hoje, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, “Todos os povos, todas as legislações, doutrina e jurisprudência universais reconhecem em consenso pacífico o dever estatal de ressarcir as vítimas de seus comportamentos danosos.” (apud GASPARINI, 2011, p. 1112).

2.2 Responsabilidade com culpa civil comum do Estado

Essa doutrina sofreu forte influência do liberalismo, que ressaltava o individualismo. Expressando esse ideal, pretendeu equiparar o Estado ao indivíduo, defendendo que respondesse pelos danos que causasse nas mesmas hipóteses em que o faria o particular. Segundo Gasparini (2011, p. 112), no âmbito dessa teoria “o Estado e o particular eram, assim, tratados de forma igual. Ambos, em termos de responsabilidade patrimonial, respondiam conforme o Direito Privado”.

Atuando por meio de seus agentes, somente se imporia ao Estado a obrigação de indenizar quando esses agentes agissem com culpa ou dolo. O ônus de demonstrar a existência desses elementos subjetivos recaía sobre o particular, dificultando, portanto, a prática da responsabilidade do Estado, pois exigia muito dos administrados, não satisfazendo, assim, os interesses de justiça.

Nessa segunda fase, no entendimento de Yussef Said Cahali (1996, p. 20), “[...] a questão se põe parcialmente no plano civilístico: para a dedução da responsabilidade pecuniária do Poder Público, faz-se apelo às teorias do Código Civil, relativas aos atos dos prepostos e mandatários”. Nesse contexto, evoluiu-se para a culpa administrativa.

2.3 Teoria da culpa administrativa ou anônima

Terceira fase evolutiva das teorias de responsabilização do Estado – da publicização da culpa ou teoria da culpa administrativa (*faute du service*, na doutrina francesa). Segundo Alexandre de Moraes (2002, p. 95), “foi o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a responsabilidade objetiva atualmente adotada pela maioria dos países ocidentais”, ao que Yussef Said Cahali (1996, p. 17) arremata: “a questão se desabrocha e se desenvolve no plano próprio do direito público; uma concepção original, desapegada do direito civil, forma-se progressivamente no quadro jurídico da *faute* e do risco administrativo”.

Nessa teoria, para consolidar-se o dever do Estado de indenizar o dano sofrido pelo particular, necessária a comprova-

ção da falta do serviço, que poderá ocorrer por inexistência, mau funcionamento ou retardamento do serviço.

Destarte, não se trata mais de perquirir a culpa subjetiva do agente público, mas um elemento objetivo - a falta na prestação do serviço. Por isso a culpa não é mais subjetiva do agente, mas uma culpa anônima ou administrativa, decorrente objetivamente de uma das três formas da falta de serviço. Faz-se, portanto, distinção entre a culpa individual do funcionário, pela qual ele mesmo respondia, e a culpa anônima do serviço público.

Um exemplo dessa teoria recorrente na doutrina é o de um incêndio em um prédio, para cujo enfrentamento os bombeiros são acionados. Para se responsabilizar o Estado, ensejando que indenize o prejuízo sofrido pelos particulares no incêndio, não será necessário aferir se os bombeiros – agentes que atuam em nome do Estado – agiram com culpa (esta subjetiva), mas comprovar objetivamente a falta do serviço, em uma de suas três modalidades: a) inexistência: se no lugar não houver o serviço de bombeiros; b) mau funcionamento: se, ao chegarem no local do incêndio e tentarem apagá-lo, por exemplo, perceberem que a mangueira está quebrada, não permitindo a saída de água; ou c) retardamento do serviço: quando os bombeiros finalmente chegaram, o prédio já havia sido todo consumido pelo fogo.

A comprovação da ocorrência de uma das três modalidades da falta do serviço cabe ao particular prejudicado que pretender fazer jus à indenização pelos danos de que foi vítima.

2.4 Teoria do risco administrativo

Na sequência, chega-se à quarta fase, na qual se evidencia a consagração da Teoria do Risco Administrativo ou da Responsabilidade Objetiva em que, uma vez constatado o nexo causal entre o dano sofrido pelo administrado e o ato do agente, exsurge a responsabilidade estatal.

Tal teoria teve início após o famoso caso Blanco, ocorrido em Bordeaux, França, em 1873, considerado o *leading case* do tema. Agnés Blanco, de 5 anos, foi atropelada ao atravessar a rua por uma vagonete da Companhia Nacional de Manufatura do Fumo, que saiu subitamente de dentro do estabelecimento, tendo uma perna amputada. Inconformado, seu pai entrou com

uma ação de indenização – reparação de danos – contra o Estado, e como na França a jurisdição é dividida, surgiu um conflito sobre a competência para o caso: se seria da jurisdição judicial (causas entre particulares e civis) ou da jurisdição administrativa (causas em que o Estado é parte). No final, a jurisdição administrativa prevaleceu, lançando as bases da Teoria do Risco Administrativo.

No âmbito dessa doutrina, para que se estabeleça a responsabilidade do Estado, não será mais necessário comprovar a falta do serviço ou a culpa de agente público: basta que haja o dano, sem que para ele tenha concorrido o particular. Portanto, a culpa da Administração é presumida, desde que haja o nexo direto de causalidade entre o dano e o fato do serviço.

Para se eximir da obrigação de indenizar, o Estado terá que comprovar a existência de alguma causa excludente de sua responsabilidade – objeto do presente estudo –, como culpa da vítima ou fato maior, entre outras que serão a seguir abordadas. O ônus dessa prova cabe, desse modo, à Administração.

Na teoria do risco administrativo o Estado obrigatoriamente indeniza o particular, a quem não mais compete comprovar a culpa da Administração.

De logo, cumpre ressaltar que essa é a teoria que vem sendo adotada no Brasil desde a Constituição de 1946, como o próximo tópico tratará mais amplamente, remetendo-se para lá as considerações acerca do tema.

2.5 Teoria do risco integral

Na teoria do risco integral, a responsabilidade civil do Estado é levada ao seu estágio mais extremo: basta que exista o dano e o nexo causal para que o Estado tenha que indenizar, não se admitindo causa excludente de sua responsabilidade, como a culpa exclusiva da vítima. Em síntese, basta, segundo Gasparini (2011, p. 1114), “o simples envolvimento do Estado no evento”.

O exemplo a seguir ilustrará melhor a teoria: imagine-se um acidente em que tenha havido a colisão de um veículo conduzido por um agente público em exercício de sua função, como uma ambulância, com um veículo conduzido por um particular. Mesmo que o Estado provasse que a culpa decorreu exclusiva-

mente da vítima, que se encontrava, por exemplo, embriagada, ainda assim teria que indenizar o prejuízo causado.

Para o professor José dos Santos Carvalho Filho, a teoria do risco integral é “injusta (RT, 589:197, 738:394), absurda e inadmissível no direito moderno”, razão pela qual, segundo Hely Lopes Meirelles, “jamais foi adotada em nosso ordenamento jurídico” (apud ALEXANDRINO; PAULO, 2012, p. 776).

3 Breve histórico da Responsabilidade Civil do Estado no Brasil

A teoria da irresponsabilidade do Estado não foi aplicada pelo Direito brasileiro, conforme registra Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011, p. 648): “mesmo não havendo normas legais expressas, os nossos tribunais e doutrinadores sempre repudiaram aquela orientação”.

As Constituições de 1824 e 1891 não fizeram qualquer previsão acerca da responsabilidade do Estado – apesar da existência de leis ordinárias nesse sentido –, concebida pela jurisprudência da época como solidária com as dos funcionários. A Constituição de 1891, embora omissa a esse respeito, dispôs em seu artigo 82 que “os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelas obras e omissões em que incorrem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos”.

O Código Civil de 1916 explicitou essa responsabilidade, dispondo em seu artigo 15 que:

[...] as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

Consoante exposto por Yussef Said Cahali,

[...] tem-se como certo, porém, que o dispositivo, no contexto individualista que remarca o nosso Código

Civil, não terá ultrapassado os limites da teoria civilística da responsabilidade do Estado, só a reconhecendo quando tivesse ocorrido dolo ou culpa do funcionário-representante (CAHALI, 1996, p. 29).

A Constituição de 1934 adotou o princípio da responsabilidade solidária entre o Estado e o funcionário, estatuiu, em seu artigo 171, que os funcionários públicos seriam responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos, prevendo, em seus parágrafos, a citação do funcionário acusado como litisconsorte e a execução contra este pela Fazenda, após a sentença.

O princípio da responsabilidade solidária entre o Estado e o funcionário também foi previsto na Constituição de 1937.

Apenas com a Constituição de 1946 ocorreu a adoção expressa do princípio da responsabilidade objetiva do Estado, com previsão em seu artigo 194, segundo o qual “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”, e cujo parágrafo único assim dispôs: “Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”.

A Constituição de 1967 reproduziu os mesmos termos estatuídos no artigo 194 da Carta anterior, acrescentando que a ação regressiva seria cabível nos casos de dolo ou culpa, texto reproduzido no artigo 107 da Emenda Constitucional de 1969.

Na Constituição Federal de 1988 prevalece a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, que teve sua extensão ampliada em conformidade com o disposto no artigo 37, § 6º:

As pessoas jurídicas de direito privado e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O constitucionalista José Afonso de Silva (2007, p. 675) discorre sobre o maior tecnicismo da Constituição Federal vigente,

“[...] primeiro por incluir no campo da responsabilidade objetiva todas as pessoas que operam serviços públicos, segundo por ter abandonado o termo ‘funcionário’, que não exprimia adequadamente o sentido da norma, substituído agora pelo termo preciso ‘agente’”.

4 Responsabilidade Civil do Estado na Constituição de 1988: teoria do risco administrativo

O tópico em construção debruça-se sobre os principais aspectos da Responsabilidade Civil do Estado no âmbito da Carta Magna de 1988, com destaque para a teoria do risco administrativo.

4.1 Conceito, fundamentação e ônus da prova

O retro mencionado artigo 37, § 6º da atual Constituição aborda a responsabilidade objetiva da Administração na modalidade do risco administrativo, expressamente consagrada. Também o artigo 43 do Código Civil de 2002 prevê essa modalidade de responsabilidade, não abrangendo, no entanto, as pessoas jurídicas de Direito Privado, mesmo quando prestadoras de serviço público, expressamente mencionadas no artigo 37, § 6º da CF, *in verbis*:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Como já exposto, a responsabilidade civil do Estado em tal modalidade é presumida, bastando, para tanto, a comprovação do dano.

O fundamento para tal doutrina, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é o princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais, que

[...] encontra raízes no art. 13 da Declaração dos Direitos do Homem de 1789, segundo o qual “para a manutenção da força pública e para as despesas de administração, é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com as suas possibilidades” (DI PIETRO, 2011, p. 651).

Assim, não se admite que uma pessoa sofra um ônus maior do que o suportado pelas demais. Se isso ocorrer, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais. Por tal motivo, o Estado tem o dever de indenizar o prejudicado, usando, para tanto, recursos do erário.

Nesse contexto o dano, para essa teoria, tem que ser: a) específico, ou seja, atingir apenas um ou alguns membros da sociedade como um todo; e b) anormal, por superar os inconvenientes já esperados, tidos como normais, da atuação estatal.

Por último, o ônus de provar a existência de excludente da responsabilidade civil é do próprio Estado, decorrente do fato de a sua responsabilidade ser, em regra, objetiva, como expõe Rui Stoco (apud GASPARINI, 2011, p. 1117): “em casos que tais o ônus da prova é invertido: ao Estado é que compete provar a existência de uma causa de exclusão da responsabilidade”.

4.2 Abrangência

Neste subtópico abordam-se os sujeitos ativo e passivo da conduta danosa.

4.2.1 Sujeito ativo

O sujeito ativo, por essa classificação, é quem causa o dano e que tem, conseqüentemente, o dever de indenizar.

A responsabilidade objetiva, na modalidade do risco administrativo, aplica-se aos atos comissivos de todas as pessoas jurídicas de direito público – Administração Direta, autarquias, fundações públicas de direito público – e também aos das pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos, das fundações públicas de direito privado que prestem serviços públicos, e das pessoas privadas delegatárias de serviços públicos (concessioná-

rias, permissionárias e autorizadas).

Estão excluídas, portanto, as empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica, e não de serviços públicos, respondendo, assim, da mesma forma que as demais pessoas privadas pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, sob a regulação do Direito Civil ou Comercial.

Percebe-se, dessa forma, que quando o artigo 37, § 6º da Constituição Federal fala em agentes, não se limita aos servidores públicos das pessoas jurídicas de Direito Público, abrangendo também os empregados das entidades de Direito Privado que prestam serviços de interesse público.

Por último, é imprescindível que, ao causar o dano, o agente público esteja agindo na qualidade de agente público, não importando se sua conduta se encontra dentro, fora ou além de sua competência legal.

4.2.2 *Sujeito passivo*

Por outro lado, encontra-se no polo passivo da conduta danosa o particular que sofreu o dano, e, como prejudicado, deverá ser indenizado objetivamente pelo Estado.

Literalmente, no artigo 37, § 6º da Carta Magna brasileira, a expressão usada é “terceiros”, suscitando uma dúvida sobre se quanto às prestadoras de serviço público, abrangeria somente os terceiros usuários do serviço ou também os terceiros não usuários atingidos pelo dano.

Anteriormente o Supremo Tribunal Federal (STF) adotava o entendimento de que

[...] a responsabilidade objetiva das prestadoras de serviço público não se estende a terceiros não usuários, já que somente o usuário é detentor do direito subjetivo de receber um serviço público ideal, não cabendo ao mesmo, por essa razão, o ônus de provar a culpa do prestador do serviço na causação do dano (RE 262.651-1/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, 6/5/2005).

No entanto, tal entendimento foi substituído por outro exarado no Plenário do STF em 26 de agosto de 2009, segundo o qual

“há responsabilidade civil objetiva das empresas que prestem serviço público mesmo em relação aos danos que sua atuação cause a terceiros não usuários do serviço público” (RE 591.874/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 26/08/2009).

As justificativas apresentadas apontaram que o dispositivo constitucional não distingue entre terceiros não usuários ou usuários, logo, diante do princípio da isonomia, tal interpretação não poderia ser feita restritivamente, pois tanto usuários como não usuários podem sofrer dano decorrente da ação administrativa do Estado, devendo ser indenizados da mesma forma. O entendimento anterior, restritivo, violava o próprio conceito de serviço público que, como tal, tem caráter geral, alcançando todos os indivíduos sem restrições, beneficiários ou não da ação estatal.

Atualmente, portanto, basta a classificação do sujeito ativo – prestador do serviço público - e não mais a do sujeito passivo, sendo irrelevante perquirir se a vítima do dano é ou não usuária do serviço. Assim, segundo Alexandre de Moraes (2002, p. 241), “não haverá, tampouco, responsabilidade da Administração Pública nos casos em que o agente causador do dano seja realmente um agente público, mas a sua atuação não esteja relacionada à sua condição de agente público”.

5 Causas excludentes da responsabilidade civil estatal

Conforme preleciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro acerca do nexos de causalidade como fundamento da responsabilidade civil estatal, “[...] esta deixará de existir ou incidirá de forma atenuada quando o serviço público não for a causa do dano ou quando estiver aliado a outras circunstâncias, ou seja, quando não for a causa única”. Como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ) no REsp 716.674, MG, a inexistência do nexos de causalidade libera o Poder Público da obrigação de indenizar.

Diógenes Gasparini acrescenta que o rigor da responsabilidade objetiva resta

[...] suavizado mediante a prova, feita pela Administração Pública, de que a vítima concorreu, parcial ou totalmente, para o evento danoso, ou de que este não teve origem em um comportamento do Estado (foi cau-

sado por um particular). Essas circunstâncias, conforme o caso, liberam o Estado, total ou parcialmente, da responsabilidade de indenizar (GASPARINI, 2011, p. 114).

As causas excludentes da responsabilidade civil estatal não têm previsão legal, como mostra o artigo 37, § 6º da Constituição Federal, que nada dispõe sobre a sua existência. São, portanto, criações da doutrina e da jurisprudência para excluir ou atenuar a responsabilidade objetiva do Estado em certas ocasiões cujas circunstâncias o justifiquem, umas mais aceitas na jurisprudência que outras, como se verá a seguir, pela análise separada de cada uma delas.

Cumprе ressaltar que a culpa da vítima – total ou concorrente –, o fato maior e o caso fortuito são as excludentes mais consolidadas, doutrinária e jurisprudencialmente.

5.1 Culpa da vítima

A culpa da vítima pode se caracterizar como exclusiva ou concorrente com o Poder Público, na medida em que sua participação romper o nexo causal entre a atuação do agente administrativo e o dano.

Assim, em caso de culpa exclusiva da vítima o Estado não responde, como no caso ilustrativo de vítima que, com tendências suicidas, se atira sob as rodas de uma ambulância pertencente ao Estado. Nessas circunstâncias, não cabe indenização advinda do Estado, pois claramente não está presente o nexo causal entre a ação do Estado e o dano causado.

Por outro lado, em caso de culpa concorrente com a do Poder Público, haverá atenuação da responsabilidade, repartindo-se o *quantum* da indenização entre ambos, visto que o Estado não foi o único responsável pelo resultado danoso. É o que dispõe o artigo 945 do atual Código Civil:

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Nesse caso, o dano tem origem dupla: na ação do Estado e no comportamento da vítima. É o que Celso Antônio Bandeira de Mello chama de “o problema das concausas”, tendo como consequência, segundo Gasparini (2011, p. 1116), que ao restar “provado, pois que a vítima participou, de algum modo, para o resultado gravoso, exime-se o Estado da obrigação de indenizar, na exata proporção dessa participação”. É o que mostra a seguinte jurisprudência:

RESPONSABILIDADE CIVIL ACIDENTE DE TRÂNSITO INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL CULPA CONCORRENTE VÍTIMA EMBRIAGADA RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Havendo culpa concorrente da vítima fatal do acidente, o valor da indenização dos danos materiais e morais deve ser reduzido. (57380820098260566 SP 0005738-08.2009.8.26.0566, Relator: Clóvis Castelo, Data de Julgamento: 15/10/2012).

Sobre as excludentes caso fortuito e força maior, serão melhor compreendidas no próximo tópico.

5.2 Caso fortuito e força maior

A linha que divide o conceito de caso fortuito do conceito de força maior é bastante tênue, até mesmo inexistente, para alguns doutrinadores. Em sua origem, o caso fortuito era associado a um evento imprevisível, enquanto a força maior dizia respeito a eventos inevitáveis decorrentes da atuação direta do homem. Na prática, em ambas as circunstâncias o resultado era o mesmo: inevitável, ou porque impossível de ser previsto, ou porque, mesmo se o fosse, não se poderia impedir seu acontecimento.

No direito posto no Código Civil brasileiro de 2002 o caso fortuito e a força maior não sofrem distinção, ambos considerados eventos, de origem humana ou natural, que não poderiam ser evitados, conforme consta no parágrafo único do artigo 393:

Art. 393. [...] Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Não só o Código Civil, como também as Leis administrativas, a exemplo da Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, não fazem tal distinção, como se evidencia no artigo 44 do Diploma em comento:

Art. 44. [...] Parágrafo único. As faltas justificadas decorrentes de caso fortuito ou de força maior poderão ser compensadas a critério da chefia imediata, sendo assim consideradas como efetivo exercício.

A Lei nº 8.666/93, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, também encara ambos os eventos como semelhantes:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Assim também na Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Carta Magna:

Art. 38. [...] § 1º A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando:

[...]

III - a concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior; [...]

E na Lei nº 11.079/2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública:

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

[...]

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária; [...]

Também a jurisprudência pátria não faz distinção entre caso fortuito e força maior. Nesse sentido, desde que o dano decorra exclusivamente da ocorrência de tais eventos, enquadrar-se-á a situação como causa excludente da responsabilidade extracontratual do Estado, sendo esta objetiva, na modalidade do risco administrativo. Foi esse o entendimento do Min. Celso de Mello no REsp. 603.626, MS, transparecendo o posicionamento dominante no Superior Tribunal de Justiça em seu voto, cujo trecho esclarecedor merece ser destacado:

É certo, no entanto, que o princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias – como o caso fortuito e a força maior – ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima. (RDA 137/233 – RTJ 55/50 – RTJ 163/1107-1109. 11/10/2004).

O fundamento para a caracterização da força maior e do caso fortuito como excludentes da responsabilidade civil é o fato de elas afastarem o nexo de causalidade, elemento essencial para configurar a responsabilidade extracontratual na modalidade de risco administrativo.

Veja-se um dos exemplos usados pela doutrina para ilustrar essa assertiva: agentes públicos vão proceder à derrubada de

uma árvore já morta que representa risco de cair em cima de algum carro em uma rua. Tomam todas as precauções devidas, de acordo com as normas técnicas, para que de sua ação não resulte nenhum dano. No entanto, no exato momento em que iniciam o corte do tronco, uma violenta rajada de vento – imprevisível e irresistível – derruba-o para o lado oposto do previsto, fazendo-o cair em cima de uma casa.

Nesse exemplo, o caso fortuito ou a força maior – sem distinção, já que não sofrem distinção nem nas leis como na jurisprudência – romperiam o nexo de causalidade entre a atuação administrativa e o dano sofrido.

Observe-se que mesmo nas hipóteses de ocorrência de força maior ou de caso fortuito, se restar comprovado que o Estado foi omissivo, caberá a responsabilização estatal. Pode-se ilustrar esse entendimento com uma limpeza de esgotos não realizada, que provoca o entupimento da rede de escoamento por ocasião de uma enchente, que, por sua vez, resulta em danos a terceiros em razão dos alagamentos produzidos, aplicando-se, por cabível, o artigo 37, § 6º da CF.

Esse o entendimento cediço na jurisprudência, como transparece no seguinte julgado, tido como clássico para sedimentar decisões nesse sentido:

Não se responde a Prefeitura Municipal por danos causados por enchentes, se não provado que elas decorreram de defeitos técnicos de córrego, mas resultaram de precipitação pluviométrica excepcional. (TJSP, 2ª C., 02/02/58, RT 275/319).

Como o presente trabalho atem-se às excludentes da responsabilidade civil do Estado por condutas comissivas, não se aprofundará no tema por condutas omissivas.

5.3 Culpa de terceiro

É possível que o dano seja causado não em face da conduta do agente ou da vítima, mas de terceiro, aqui entendido como qualquer pessoa que não a vítima ou o responsável, podendo ser fator que isente a responsabilidade civil.

Há divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à caracterização da culpa de terceiro como excludente da responsabilidade civil por condutas comissivas, sendo a maior corrente adepta do seu não enquadramento nesses casos específicos, salvo, segundo Diógenes Gasparini (2011), a hipótese de comportamento estatal culposo.

A própria legislação também aponta nesse sentido, como demonstra o exemplo citado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011): no caso de deterioração ou destruição de coisa alheia ou lesão à pessoa a fim de remover perigo iminente (artigo 188, II, CC), a regra é a responsabilização de quem praticou esses atos. A culpa da vítima é admitida como excludente dessa responsabilidade (artigo 929, CC); porém, a culpa de terceiro não o é, pois contra ele é possível apenas exercer o direito de regresso, como se evidencia no texto do artigo 930 do Diploma Civilista de 2002:

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

No caso da responsabilidade contratual, a não admissão da culpa de terceiro como excludente da responsabilidade é expressa, por exemplo, no caso de transporte, como mostra a Súmula nº 187 do STF: “A responsabilidade contratual do transportador pelo acidente com o passageiro não é ilidida por culpa de terceiro, contra o qual tenha ação regressiva.”.

Esse parece ser o entendimento prevalecente no caso da responsabilidade extracontratual por condutas comissivas: a culpa de terceiro não é suficiente para exonerar o dever de indenizar do Estado, mas permite a ação de regresso em face do terceiro, como expressa o artigo 930 do Código Civil mencionado anteriormente.

No entanto, a única forma de a culpa de terceiro excluir a responsabilidade civil do causador direto do dano é se houver o rompimento total do nexo de causalidade existente entre a conduta do agente e o dano causado. Assim, o terceiro é o único responsável pela concretização do dano. Nesses casos, porém, a

culpa do terceiro equipara-se ao caso fortuito, sendo imprevisível e inevitável. É o que mostra a seguinte jurisprudência:

Processual Civil. Indenização. Danos materiais e morais. Serviço de telefonia. Rompimento do cabo de transmissão. Fato de terceiro. Ausência de nexo de causalidade. Indenizações indevidas. Recurso especial. Necessidade de reexame de provas. A responsabilidade civil das prestadoras de serviços públicos é objetiva, o que se traduz em que, cabe a elas, comprovar a sua não culpa ou inexistência de nexo de causalidade, como aqui ocorreu, por fato exclusivo de terceiro. Aplicação da Súmula n.º 07/STJ. Agravo regimental desprovido. (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento Nº 559.058 - RJ 2003/0190750-8).

Quanto aos atos de multidão, como no caso de danos perpetrados por pessoas reunidas em eventos destinados a protestar por alguma coisa, também há divergência sobre se seria caso de culpa de terceiro ou caso fortuito. De qualquer forma, haveria a exclusão da responsabilidade do Estado em regra, a não ser em caso de omissão, por exemplo, das forças policiais que, mesmo sabendo do tumulto, não se encaminhavam ao local para impedir os danos que particulares pudessem sofrer.

5.4 Exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal

A doutrina não costuma diferenciar exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal, e embora o último não esteja explicitamente previsto no Código Civil, considera-se que se insere no conceito de exercício regular de direito previsto na segunda parte do artigo 188, I:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:
I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; [...]

O agente causador do dano, dessa forma, age amparado por um dispositivo da lei que lhe permite atuar nesse sentido.

Desde que não haja excesso, caracterizando o abuso de direito, não há responsabilidade civil, pois o agente somente está exercendo regularmente um direito seu.

É o caso, por exemplo, de um agente da alfândega que atua na fiscalização de bagagem de um passageiro, desde que não haja excesso em sua conduta.

6 Casos em que não são admitidas as excludentes

Como atesta Diógenes Gasparini (2011, p. 1115), “em certos eventos, o fato de os danos não terem sido causados pelo Estado não o libera da responsabilidade de indenizar se o comportamento público em relação a eles foi culposo ou doloso”.

As excludentes não alcançam os danos ocasionados por omissão da Administração, cuja indenização, se cabível, é regulada pela teoria da culpa administrativa. Por exemplo, no caso de chuvas torrenciais que causam danos a particulares pelo motivo de o Estado não ter limpado os bueiros da cidade. Segundo Di Pietro (2011), a responsabilidade nesse caso não seria objetiva, mas o Estado incorreria em culpa civil, decorrente do mau funcionamento do serviço prestado.

Assim também ocorre nas situações em que o Estado tem o dever de guarda ou tutela de determinadas pessoas ou coisas e, omitindo-se, ocorrem danos. Por conta disso, a jurisprudência tem admitido a responsabilidade estatal em casos de assassinato de preso por outro detento (STF, AI 512.698, DJ 24/12/2006) e de danos causados a alunos no interior de escolas públicas (STJ, REsp 1.101.213, DJe 27/04/2009). Em casos tais, não se poderia invocar, por exemplo, força maior como excludente da responsabilidade.

7 Considerações finais

O Direito não é estático, está sempre em evolução, visto que acompanha a sociedade. Assim, à medida que a sociedade vai evoluindo, o Direito tem que segui-la, adaptando-se a ela. Certo é que essa adaptação, por vezes, é um pouco tardia, levando-se em conta os traços ainda conservadores do Direito; logo, muitas vezes as mudanças são mais perceptíveis na análise da jurisprudência.

Assim aconteceu com as causas excludentes da responsabilidade extracontratual: foram surgindo timidamente na doutrina e na jurisprudência, tornando-se algumas delas – como a culpa da vítima, a força maior e o caso fortuito –, na atualidade, consolidadas. Outras não tiveram o mesmo destino, sendo a sua conceituação ainda alvo de divergências e confusões, como a culpa de terceiro. A previsão das causas excludentes da responsabilidade civil na legislação ainda é inexistente, mas o seu uso nos Tribunais pátrios é cediço. O Legislador, quase sempre um passo atrás do Judiciário, deve, com o tempo, atualizar-se nesse sentido.

Ao se traçar o histórico da responsabilidade civil, apresentando-se a evolução das teorias que versam sobre o assunto, pôde-se perceber como uma prática hoje considerada absurda – a da irresponsabilidade do Estado, consistindo na sua completa ausência do dever de indenizar – anteriormente era tão comum. Da mesma forma pode-se conjecturar que se hoje a teoria do risco integral é tida para muitos como absurda, quem sabe como será vista no futuro. Sem se poder fazer previsões, dá-se pelo menos como certo que o Direito há de se adaptar às novas exigências da sociedade e evoluir, principalmente na busca de maior justiça, tendo em vista a desigualdade existente entre o Estado e o particular.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 20. ed. São Paulo: Método, 2012.

BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 30 abr. 2014.

_____. Casa Civil da Presidência da República. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 25 maio 2014.

_____. Casa Civil da Presidência da República. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em: 30 abr. 2014.

_____. Casa Civil da Presidência da República. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 30 abr. 2014.

_____. Casa Civil da Presidência da República. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em: 30 abr. 2014.

_____. Casa Civil da Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2014.

_____. Casa Civil da Presidência da República. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 3 abr. 2014.

_____. Casa Civil da Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 mar. 2014.

_____. Casa Civil da Presidência da República. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 28 abr. 2014.

_____. Casa Civil da Presidência da República. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)**. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 20 abr. 2014.

_____. Casa Civil da Presidência da República. **Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 30 abr. 2014.

_____. Casa Civil da Presidência da República. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos estados Unidos do Brasil. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 15 maio 2014.

_____. Casa Civil da Presidência da República. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 20 abr. 2014.

_____. Casa Civil da Presidência da República. **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)**. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Manda observar a Constituição Política do Império, oferecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 20 maio 2014.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

**DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À
SAÚDE, RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO
EXISTENCIAL: CONSIDERAÇÕES À LUZ DE UM
CASO CONCRETO APRECIADO PELO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO**

**SOCIAL FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH,
RESERVE OF THE POSSIBLE AND EXISTENTIAL
MINIMUM: CONSIDERATIONS IN THE LIGHT
OF A CONCRETE CASE ASSESSED BY BRAZILIAN
FEDERAL SUPREME COURT**

Ana Paula de Oliveira Gomes

Professora Esp. do Centro de Ciências da Gestão da Universidade de Fortaleza (Unifor), mestranda em Direito Constitucional pela mesma instituição de ensino superior, advogada, servidora pública cearense concursada, Bela. em Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Ceará (UFC), *cum laude*
E-mail: anapaulace@uol.com.br

Sumário: 1 Introdução; 2 Os direitos fundamentais sociais; 3 Mínimo existencial e reserva do possível; 4 A decisão do STF à luz da doutrina de Sarlet aplicada à teorização sobre direitos fundamentais; 5 Considerações finais; Referências.

Contents: 1 Introduction; 2 Social fundamental rights; 3 Existential minimum and reserve of the possible; 4 The decision of STF in the light of the doctrine of Sarlet applied to theorizing about fundamental rights; 5 Final considerations; References.

Resumo: O presente artigo objetiva analisar uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito do direito fundamental social à saúde. O “ponto de partida” para a investigação científica do tema será o “confronto” entre reserva do possível e mínimo existencial no tocante à efetivação dos direitos fundamentais. Justifica-se a pesquisa pela atualidade, transdisciplinaridade do assunto e pelo fato

de consistir em questão inacabada, o que desafia o debate acadêmico. A metodologia utilizada será do tipo bibliográfico-relacional. Após o desenvolvimento de todo o processo metodológico que orientou o corrente trabalho, concluiu-se pela adequação do *decisum* à luz da doutrina de Sarlet a propósito da teorização sobre direitos fundamentais no Brasil.

Palavras-chave: Direito à saúde. Mínimo existencial. Reserva do possível.

Abstract: This article seeks to analyze a decision of the Brazilian Federal Supreme Court on the fundamental social right to health. There will be a confrontation between reserve of the possible and minimum existential regarding the respect of fundamental rights. The research is justified by the transdisciplinary nature of the object and the current theoretical content, allowing the academic debate. The study is highly bibliographic (it wants to build relationships). After the development of the methodological process that guided this research, it was concluded by the adequacy of the decision to the analysis of Sarlet on the theory of fundamental rights in Brazil.

Key words: Right to health. Minimum existential. Reserve of the possible.

1 Introdução

O presente artigo objetiva analisar decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) (STA 278-6-AL, Relatoria a cargo do Min. Gilmar Ferreira Mendes, j. 22/10/2008, DJUE n. 204, div. 28/10/2008, publ. 29/10/2008) que versou a respeito do pedido de suspensão da antecipação de tutela recursal ajuizado pelo estado de Alagoas contra decisão do juízo da 17^a Vara Cível da comarca de Maceió – mantida pelo Tribunal de Justiça estadual – que determinou ao mencionado ente federativo o fornecimento de medicamento em favor de M.L.S., por ser a paciente portadora de leucemia linfótica crônica e não dispor de condições financeiras para arcar com os custos do tratamento orçado em R\$ 162.707,16. O pleito de M.L.S. guardou suporte na aplicação imediata do direito fundamental social à saúde, na legislação do Sistema Único de Saúde (SUS) e na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O pedido de suspensão formulado ao STF pelo estado de Alagoas possuiu supedâneo na suposta existência de lesão à ordem, à economia e à saúde públicas, por acarretar despesas excessivas, o que comprometeria a qualidade dos serviços de saúde pública prestados pelo estado. Argumentou também o ente federativo que o fornecimento da medicação caberia ao município de Maceió, por não constar da previsão inserta na Portaria nº 2.577 do Ministério da Saúde, além do que o fornecimento de medicamentos não estaria estabelecido no âmbito de sua atribuição à luz da Lei nº 8.080/1990.

O *decisum* do STF considerou os seguintes aspectos: a existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e de uma política de dispensação de medicamentos excepcionais, bem como da política nacional de atenção oncológica; a urgência do tratamento pleiteado por M.L.S.; e a questão da hipossuficiência econômica. O custo da concessão, *per si*, consubstanciaria motivo suficiente para o seu não fornecimento?

Em que pese o estado de Alagoas haver alegado grave lesão à economia estadual, não a comprovou nos autos, limitando-se a sustentar que caberia ao município de Maceió ser responsabilizado pelo fornecimento. Assim sendo, o STF não vislumbrou violação ao princípio da separação das funções estatais e, quão menos, grave ofensa à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas que ensejasse a adoção da medida de suspensão da tutela antecipada, não admitindo inércia do estado alagoano em cumprir o dever constitucional de garantia do direito à saúde legalmente estabelecido pelas normas regentes do SUS.

O “ponto de partida” para a investigação científica do tema consiste em “confrontar” o mínimo existencial e a reserva do possível (*vorbehalt des möglichen*) no tocante à efetivação do direito fundamental social à saúde. O trabalho será dividido em três partes (objetivos específicos): a primeira visa delimitar a compreensão dos direitos fundamentais sociais. O segundo item intenciona discorrer sobre mínimo existencial e reserva do possível. O terceiro e último ponto se propõe a fechar o conteúdo, analisando a adequação do *decisum* à luz da doutrina de Sarlet, mediante a realização de aproximações entre reserva do possível, mínimo existencial e direito fundamental social à saúde.

Justifica-se a pesquisa pela atualidade e transdisciplinaridade do assunto, e pelo fato de consistir em questão inacabada, o que desafia o debate acadêmico na busca por critérios mais seguros para construção de uma decisão judicial, levando-se em pauta a temática da escassez dos fluxos orçamentários. Desenvolve-se estudo constitucional, legal, jurisprudencial, enfim, eminentemente bibliográfico-relacional.

2 Os direitos fundamentais sociais

Inicialmente, para os fins de delimitação conceitual necessária à inteligência do assunto, os direitos fundamentais são compreendidos como normas constitucionais de natureza principiológica que visam proteger a dignidade humana, legitimando a atuação do Estado e de particulares. De acordo com Lopes:

Os direitos fundamentais, como normas principiológicas legitimadoras do Estado – que traduzem a concepção de dignidade humana de uma sociedade –, devem refletir o sistema de valores ou necessidades humanas que o homem precisa satisfazer para ter uma vida condizente com o que ele é. Com efeito, os direitos fundamentais devem exaurir a idéia de dignidade humana, porém não mais uma idéia de dignidade associada a uma natureza ou essência humana entendida como um conceito unitário e abstrato, mas como o conjunto de valores ou necessidades decorrentes da experiência histórica concreta da vida prática e real [...]. Desse modo, os direitos fundamentais tornam-se os mais adequados instrumentos legitimadores do Estado [...]. Falar de direitos fundamentais, então, não significa apenas fazer menção ao catálogo de direitos constitucionalizados, relativos à dignidade humana, mas significa verificar a idoneidade do estado para satisfazer as necessidades de todos os membros que o compõem. (LOPES, 2001).

Acresça-se que a mencionada pesquisadora deixa claro em seus estudos que não é qualquer tipo de necessidade que deve ser satisfeita pelo Estado, mas só as generalizáveis por meio

do consenso decorrente do discurso racional. Seu pensamento guarda suporte na teoria de Habermas (1997). Registrem-se, por oportuno, excertos do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, dada a correlação com o tema:

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, [...] Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades, [...]

Os direitos sociais relacionam-se imediatamente ao direito à igualdade em sentido material (direitos de segunda dimensão) por viabilizarem melhores condições de vida aos hipossuficientes economicamente. Sua lógica de concretização se distingue do processo de implementação dos direitos de primeira dimensão (direitos civis e políticos). Surgiram para equacionar situações de desequilíbrio, envolvendo sujeitos que se encontram em relação de desvantagem econômica. Para Duarte:

A distância entre o texto constitucional e a realidade social – filas em hospitais, atendimentos precários, falta de remédios – parece indicar a necessidade de aprofundar a reflexão a respeito das características dos direitos sociais e das consequências de seu reconhecimento expresso em nosso ordenamento jurídico. (DUARTE, 2012).

Cada ser humano possui o direito a um tratamento médico condigno independentemente de sua condição econômico-financeira. A Constituição de 1988 declarou ser a saúde direito de todos e dever do Estado, o que é (ou deveria ser) garantido por meio de políticas econômico-sociais destinadas à redução do risco de doenças, além de pelo acesso universal e igualitário às

ações para sua promoção, proteção e recuperação, o que comporta duas vertentes:

a) negativa - consiste no direito de exigir, do Estado (e de terceiros), abstenção da prática de qualquer conduta que a prejudique. Aplica-se o princípio da vedação ao retrocesso social. A título de exemplificação: seria inconstitucional edição de norma jurídica excludente do acesso de determinados sujeitos ao serviço público de saúde;

b) positiva - direito a prestações estatais objetivando tanto a prevenção como o tratamento de doenças, levando-se em consideração fatores determinantes e condicionantes mediante a realização de outros direitos sociais, como os à educação, à moradia, à alimentação. Há que se ter essa sensibilidade quando da formulação, implementação e articulação de políticas setoriais.

Consistirá em direito público subjetivo se estiver assegurado (regulado) mediante políticas públicas. Em tal hipótese, existirá uma prerrogativa do indivíduo em face do Estado, ou seja, haverá uma pretensão juridicamente protegida. De acordo com Mendes, Coelho e Branco:

A doutrina constitucional brasileira há muito se dedica à interpretação do art. 196 da Constituição. Teses, muitas vezes antagônicas, proliferam-se em todas as instâncias do Poder Judiciário e na seara acadêmica. Tais teses buscam definir se, como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial [...]. Não obstante, esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas. Ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010).

Em outras palavras: tratando-se de direito fundamental social devidamente regulado por políticas públicas, constitui papel do Poder Público garanti-lo, posto que, em tal hipótese, consistirá

em direito público subjetivo. Por outro lado, em sentido teórico aparentemente mais restrito, Torres (2008) defende que a ideia de mínimo existencial se relaciona imediatamente aos direitos fundamentais sociais. Não exatamente a direitos sociais em sentido amplo - estes dependem da implementação sob a reserva do financeira e orçamentariamente possível (enquanto aqueles, não):

Sucedo que, a partir do Governo de Fernando Henrique, algumas emendas constitucionais criaram vinculações das receitas da União, Estados e Municípios às despesas com a educação, a saúde e a pobreza e estabeleceram discriminações de despesa entre os três níveis de governo, sem, todavia, distinguirem entre direitos fundamentais e sociais [...], portanto, aumentou a confusão entre mínimo existencial e direitos sociais, o que levou diretamente à judicialização da política orçamentária, especialmente pelas instâncias inferiores do Judiciário, que passaram a sacar da literalidade do texto constitucional a fonte de legitimação para a outorga individual das prestações estatais [...]. A proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a *reserva do possível*, pois a sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais. Em outras palavras, o Judiciário pode determinar a entrega das prestações positivas, eis que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discricionariedade da Administração ou do Legislativo, mas se compreendem nas *garantias institucionais da liberdade*, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos [...] (TORRES, 2008, grifos do autor).

Mesmo se admitindo a distinção entre direito social e direito fundamental social, não parece coerente a invocação, pelo Estado, do princípio da reserva do possível com o simples propósito de exonerar-se dos deveres constitucionais e legais. Com fulcro na teoria elementar da hermenêutica aplicada a direitos fundamentais (as técnicas interpretativas devem garanti-los, e não diminuí-los) infere-se a impossibilidade de uma tutela insuficiente sobre o tema. Conforme Amaral e Melo:

A nova hermenêutica, também entendida como a teoria material da Constituição, surge a partir da consideração dos valores e princípios antes ignorados e faz com que o pólo de tensão do direito constitucional passe dos conflitos advindos das relações entre os poderes para a esfera dos direitos fundamentais. (AMARAL; MELO, 2010).

Esclareça-se que a presente pesquisa se filia à corrente doutrinária que compreende os direitos sociais como fundamentais, por sua positivação decorrer do Título II da Lei Maior vigente. Em se tratando de direito fundamental social regulado mediante política pública específica, consistirá em direito público subjetivo, pelo que se erige a seguinte problemática: as dimensões dos direitos fundamentais possuem custos, ou seja, há limites fáticos atinentes a sua dimensão econômica, o que demanda disponibilidade orçamentária e financeira para os fins de operacionalização, tudo num cenário de recursos escassos. Para Barcellos:

[...] as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais. Visualize-se novamente a relação existente entre os vários elementos que se acaba de expor: (i) a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a promoção dos direitos fundamentais; (ii) as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; (iii) as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; (iv) os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; logo (v) a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e dispêndio de recursos públicos. [...] Talvez esse seja também o momento de repensar a teoria jurídica que prevalece até hoje no Brasil acerca do orçamento, sobretudo de seu papel na definição das políticas públicas e seus efeitos (BARCELLOS, 2006, grifo do autor).

As alocações orçamentárias são instrumentais à operacionalização e à legitimação dos fluxos fiscais e contraprestacionais,

focalizando-se o atendimento do interesse público primário. Explicando melhor: por força de comandos constitucionais diretos (artigos 165 e 166), as decisões políticas afetas a prioridades orçamentárias são reservadas a atores democraticamente eleitos, tanto em termos de iniciativa como de deliberação. O tópico seguinte se propõe a tecer relações entre mínimo existencial e reserva do possível.

3 Mínimo existencial e reserva do possível

A dignidade humana consubstancia um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III da Constituição vigente). Trata-se de conceito vago, impreciso, cuja relevância teórica começa a ser valorizada após o advento da Segunda Guerra Mundial. A discussão acerca da dignidade humana, no direito constitucional, apresenta uma “dupla face”: negativa, norteia os direitos de defesa; positiva, aproxima a ideia de mínimo existencial, isto é, do mínimo para o ser humano viver condignamente, no sentido de usufruir uma vida saudável. Com fulcro em Amaral e Melo:

[...] há fortes razões, na jurisprudência do STF e do STJ, para se dizer que existe algo que pode ser chamado de "direito à vida", direito este que legitima o cidadão a requerer e obter do Poder Público a terapia necessária para que sua vida seja mantida em condições ao menos mínimas de dignidade (AMARAL; MELO, 2010).

Os direitos fundamentais sociais conquistam papel de destaque no ordenamento pátrio em razão da relevância dos bens jurídicos tutelados: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados. Depreende-se sua imediata relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, o que potencializa sua eficácia tanto nas relações sujeito-Estado quanto nas interações entre particulares.

A teoria da eficácia vertical dos direitos fundamentais limita a atuação do Poder Público em face dos governados: há liberdades individuais que devem ser observadas pelo Estado

(direitos de defesa). Por outro lado, a complexidade das relações sociais requestou o surgimento da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais (Alemanha – Caso Lüth – pós-Segunda Guerra Mundial), cujos destinatários são as pessoas físicas ou jurídicas em suas relações privadas.

Nesse diapasão, no sistema constitucional vigente no Brasil verifica-se haver sido deferido um tratamento diferenciado aos direitos fundamentais: aplicabilidade imediata (artigo 5º, § 1º) e adoção da sistemática de cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º, IV). Em assim sendo, pode-se afirmar que os direitos fundamentais sociais só existem quando normas jurídicas e políticas públicas os garantem? Admitir positivamente tal hipótese significaria aderir à ideia de um “grau zero de garantia”. Defende Canotilho:

Quais são, no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platônica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da **reserva do possível** (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a idéia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. Para atenuar esta desoladora conclusão adianta-se, por vezes, que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais se reconduz à garantia do mínimo social. Segundo alguns autores, porém, esta garantia do *mínimo social* resulta já do dever indeclinável dos poderes públicos de garantir a dignidade da pessoa humana e não de qualquer densificação jurídico-constitucional de direitos sociais (CANOTILHO, 2003, grifos do autor).

A leitura que se faz, tomando-se por parâmetro as lições de Canotilho (que muito influencia o ordenamento brasileiro por meio da inserção acadêmica da doutrina alemã), é que compre-

ender a concretude do direito à saúde tão somente a partir da existência e operatividade de políticas públicas significa refutar a teoria elementar da hermenêutica aplicada a direitos fundamentais. Sua efetividade constitui “ponto de referência sistêmico” para a compreensão dos distintos institutos jurídicos da pós-modernidade. A dimensão prestacional positiva dos direitos fundamentais sociais insere, inexoravelmente, o debate sobre sua judicialização.

Para os defensores da tese de que tais direitos consistem em normas eminentemente programáticas, sempre dependentes de políticas públicas garantidoras de sua exigibilidade, não parece razoável a intervenção judiciária em situações de omissões do Poder Público, sob pena de afronta imediata ao princípio da separação das funções estatais e à reserva do possível. Releve-se o seguinte complicador evidenciado por Mendes, Coelho e Branco:

[...] argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (microjustiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte com invariável prejuízo para o todo. Por outro lado, defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o “mínimo existencial” de cada um dos direitos, exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010).

Casos concretos requestam soluções céleres sem que se descuide do exame das diversas perspectivas subjacentes ao assunto. Registre-se Alexy (2008), cuja grande contribuição para o meio jurídico foi defender a tese de que todas as normas, quer se refiram a regras ou a princípios, possuem efetividade, o que se mostra imprescindível à efetivação dos direitos sociais:

[...] a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação dos poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos (ALEXY, 2008, p. 512).

No caso da complexa realidade brasileira, parece razoável utilizar a doutrina de Alexy na hipótese de colisão de princípios, levando-se em consideração a garantia do mínimo existencial no tocante à efetivação dos direitos fundamentais, o que, na maioria das vezes, constitui difícil tarefa haja vista a escassez dos fluxos orçamentários. Cabe à função judiciária, se provocada, zelar pela concreção dos direitos fundamentais, tanto ao deferir determinada prestação como ao negá-la.

4 A decisão do STF à luz da doutrina de Sarlet aplicada à teorização sobre direitos fundamentais

Nos itens antecedentes, evidenciou-se que a limitação de recursos públicos há que ser levada em consideração quando das escolhas alocativas governamentais. O presente tópico objetiva fechar o estudo da relação mínimo existencial *versus* reserva do possível *versus* direitos fundamentais sociais à luz do julgado do STF descrito na parte introdutória (STA 278-6-AL). Sarlet e Figueiredo constatarem que o mínimo existencial:

[...] não pode ser confundido com o que se tem chamado de mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência, de vez que este último diz com a garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com certa qualidade. Não deixar alguém sucumbir à fome certamente é o primeiro passo em termos da garantia de um mínimo existencial, mas não é – e muitas vezes não o é sequer de longe – o

suficiente. Tal interpretação do conteúdo do mínimo existencial (conjunto de garantias materiais para uma vida condigna) é a que tem prevalecido [...]. (SARLET; FIGUEIREDO, 2010).

Os direitos fundamentais estão a serviço do princípio da dignidade da pessoa humana em seus mais variados aspectos: individual, coletivo e difuso. No tocante ao direito à saúde, defende Sarlet (2007) que se trata de cláusula pétrea, inclusive:

Ainda que não se queira admitir que a saúde seja também (para efeito do disposto no art. 60, § 4º, IV, da nossa Constituição) direito individual fundamental [...] de cada uma e de todas as pessoas, sempre haverá como sustentar que, em virtude da inequívoca relevância do bem jurídico tutelado (em suma, a vida, a dignidade e a integridade física e psíquica do ser humano), as normas jusfundamentais sobre a saúde enquadram-se nos chamados limites materiais implícitos à reforma constitucional [...]. (SARLET, 2007).

Em que pese a polêmica doutrinária existente sobre se o dispositivo constitucional referido se estende aos direitos fundamentais em sua integralidade (ou apenas, literalmente, aos individuais), a estruturação do serviço público de saúde, por determinação constitucional, demanda uma articulação sistêmica, pelo que não parece crível inferir que a verificação da (in)satisfação plena das necessidades coletivas se dê a partir do simples somatório do atendimento (ou não) das demandas individuais.

Por outro lado, os direitos (prestacionais) possuem custos, possibilidades reais e uma dimensão coletiva (além, é claro, de uma dimensão também individual quanto à forma de reivindicação), o que deve ser levado em consideração pela função judiciária quando do deferimento (ou não) de prestações específicas. Não se pode olvidar que existem vínculos entre direitos fundamentais e o orçamento público, o que resta evidente na teorização de Sarlet.

A diretriz a ser seguida pertine à compatibilização da proteção do interesse social quando das tutelas individuais, notadamente por ocasião do fornecimento de medicamentos pelo Poder Público. Instado a decidir sobre esse tipo de pleito, o magistra-

do há que levar em consideração a problemática da escassez de recursos econômicos em face das pretensões em pauta, além, é claro, do dilema relativo à universalização do serviço público de saúde e padrões qualitativos mínimos desejáveis socialmente. Voltando à questão do fornecimento de medicamentos pelo Poder Público, defendem Sarlet e Figueiredo que:

A mera apresentação de uma requisição médica atestando determinada doença e indicando determinado tratamento não se encontra, por certo, imune à contestação, seja para o efeito de demonstrar a desnecessidade daquele tratamento ou mesmo a existência de alternativa, seja, de opção que, embora igualmente eficiente, seja mais econômica, viabilizando o atendimento para outras pessoas com o mesmo comprometimento orçamentário. Da mesma forma, é possível que o próprio tratamento recomendado não seja nem mesmo o melhor disponível ou o que de fato seja o menos invasivo para a própria pessoa que se pretende tutelar [...]. Num sentido ainda mais amplo, igualmente não se configura razoável a condenação do Estado em obrigação genérica, ou seja, ao fornecimento ou custeio de todo medicamento ou tratamento que vier a ser criado ou descoberto, conforme a evolução científica, ainda que oportunamente aprovado pelo órgão sanitário técnico competente. Lembre-se que nem sempre o “novo” é sinônimo de melhor (mais eficiente e seguro para o próprio titular do direito à saúde e, por vezes, para a própria comunidade em que se insere) [...]. (SARLET; FIGUEIREDO, 2010).

No *decisum* proferido pelo STF, o Min. Gilmar Ferreira Mendes, relator do feito, consignou que o problema da eficácia social do direito fundamental à saúde, no Brasil, relaciona-se mais à implementação/manutenção das políticas públicas setoriais que propriamente à falta de legislação específica. A questão se mostra preponderantemente administrativa, ou seja, de execução das políticas públicas pelos entes federados. A intervenção judicial, no caso narrado, não se deu no sentido de criar uma política pública, mas para determinar o cumprimento de algo já previamente definido.

Ademais, ao determinar o fornecimento do serviço de saúde, o julgador se certificou da existência da política de dispensação de medicamentos excepcionais, bem como da política nacional de atenção oncológica. Registre-se que a política nacional de medicamentos é operacionalizada pelo Poder Público federal, mediante portaria do Ministério da Saúde, abrangendo a relação nacional de medicamentos (Rename), o que subsidia toda a logística de fornecimento.

No tocante à competência comum dos entes federativos na área da saúde, o artigo 23, II da Constituição vigente traz prescrição explícita a respeito da sua responsabilidade solidária sobre o tema, pelo que constituem legitimados passivos nas demandas cujas causas de pedir sejam a negativa, pelo SUS, de prestações afins – quer pelo gestor municipal, estadual, distrital ou federal.¹

Por fim, as questões da política nacional de saúde pública, assim como das alocações orçamentárias foram levadas em consideração, pelo que se depreende a racionalidade do julgado em termos de exame da real possibilidade de atendimento do pleito; da estrita observância ao ordenamento positivo; e da conformidade com a separação das funções estatais (o Judiciário tão somente determinou a concretização de políticas públicas já existentes).

5 Considerações finais

Por meio da utilização dos recursos da pesquisa bibliográfico-relacional o presente trabalho objetivou analisar a decisão STA 278-6-AL, proferida pelo STF a respeito do direito fundamental social à saúde. O “ponto de partida” para a investigação científica do tema consistiu no “confronto” entre reserva do possível e mínimo existencial.

Após o desenvolvimento de todo o processo metodológico que direcionou o estudo, concluiu-se que a ideia de mínimo existencial se relaciona imediatamente aos direitos fundamentais sociais. Por outro lado, a efetivação dos direitos sociais, em sentido amplo, depende da definição de políticas públicas, o que aconte-

¹ No RE 195.192-3/RS, a 2ª turma do STF também consignou a competência comum solidária dos entes federativos no que pertine às ações e serviços públicos de saúde. Em sentido idêntico, mencionem-se os seguintes precedentes: RE-AgR 255.627-1 e RE 280.642.

ce sob a reserva do financeira e orçamentariamente possível, não parecendo lógico, contudo, o Estado invocar tal cláusula com a simples finalidade de exonerar-se de seus deveres constitucionais e legais, até porque a razão primeira da existência estatal consiste na promoção do ideal do bem comum.

Consequentemente, quando o direito fundamental social à saúde encontrar-se regulado mediante políticas públicas, cabe ao Poder Público garanti-lo por implicar direito público subjetivo. Nesse cenário, quando da implementação do serviço de saúde (perspectiva governamental) o gestor não atua com absoluta discricionariedade, mas com relativa margem de administração. Seu papel consiste em implementar as diretrizes constitucionais estabelecidas, que o vinculam.

Eis a arena socioeconômico-política em que se insere a função judiciária. Se provocada, cabe-lhe controlar os atos e omissões administrativas, levando em consideração a questão orçamentária (perspectiva econômica), a função dignificante do direito fundamental à saúde (perspectiva social) e a relativa margem de discricionariedade na concretização dos ideais constitucionais (perspectiva política).

Nesse complexo contexto, examinou-se o *decisum* proferido pelo STF, que ratificou o deferimento do tratamento em favor de M.L.S., levando-se em consideração os seguintes aspectos: concedeu-se uma prestação incluída entre as políticas contempladas pelo SUS (existia, portanto, um direito subjetivo público à política previamente estabelecida); observou-se a questão da hipossuficiência econômica da parte (promoção da igualdade em sentido material); houve a preocupação em se averiguar, no caso concreto, se a concessão individual não afetaria o interesse público primário. Portanto, o julgado não refletiu um ato de vontade própria do juízo *ad quem*. Preservou-se um direito fundamental positivado na Constituição – expressamente - e assegurado por políticas públicas já estatuídas: dispensação de medicamentos excepcionais e de atenção oncológica.

O processo de construção da decisão examinada utilizou a garantia constitucional implícita da proporcionalidade (estudo de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) por versar sobre a temática da eficácia vertical de direitos fundamentais, o que se relaciona imediatamente à força norma-

tiva da Constituição. No que pertine à expansão da eficácia dos direitos fundamentais, verificou-se uma tendência maximalista na construção jurisprudencial contemporânea em nível de STF. Metodologicamente, infere-se a adequação do julgado à luz do referencial teórico que fundamentou a presente investigação. A função judiciária, no caso concreto, tutelou a fundamentalidade do direito à saúde.

Finalmente, espera-se que o assunto estimule novas pesquisas numa perspectiva transdisciplinar. A título de sugestão, recomenda-se que um próximo estudo realize levantamentos quantitativos a respeito da abertura de créditos adicionais para os fins de cumprimento das decisões judiciais concessivas de medicamentos, bem como examine a problemática da transferência/transposição de verbas nesse sentido.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo; MELO, Daniele. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 87-109.

BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: GALDINO, Flavio; SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006. p. 31-60.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portarias. **Portaria nº 2.577/GM, de 27 de outubro de 2006**. Aprova o Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional. 2006. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-2577.htm>>. Acesso em: 20 abr. 2013.

_____. Casa Civil da Presidência da República. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras

providências. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 20 abr. 2013.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 fev. 2013.

_____. Ministério da Justiça. Portal do cidadão. Legislação Internacional. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 5 mar. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DUARTE, Clarice Seixas. O duplo regime jurídico do direito à saúde na CF/88: direito fundamental de caráter social e direito público subjetivo. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 17, n. 2, p. 420-451, jul./dez. 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Hierarquização dos direitos fundamentais? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 34, p. 168-183, jan./mar. 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 11, p. 1-17, set./nov. 2007. Disponível em: <egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31953-37383-1-PB.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM,

Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13-50.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 69-86.

ANÁLISE CRÍTICA DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO PREMATURO: EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL E O NOVO CPC

CRITICAL ANALYSIS OF PREMATURE APPEAL'S ADMISSIBILITY: CASE-LAW DEVELOPMENT AND THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE

Leandro Peixoto Medeiros

Estagiário da Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza
Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC)
Membro-pesquisador do Grupo de Estudos em Direito Processual
Civil (GEDPC) da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Sumário: 1 Introdução; 2 Termo de início para a interposição recursal; 3 Recurso prematuro e (in) admissibilidade; 4 Evolução da jurisprudência dos Tribunais Superiores; 5 Tratamento da matéria no Novo CPC; 6 Considerações finais; Referências.

Contents: 1 Introduction; 2 Start term to appeal's interposition; 3 Premature appeal and (in)admissibility; 4 Case-law development of High Courts; 5 Treatment of the issue on the New Code of Civil Procedure; 6 Final considerations; References.

Resumo: O presente trabalho estuda a questão da admissibilidade do recurso prematuro no direito processual brasileiro. A análise jurisprudencial do tema revela a instabilidade que ainda se opera nos tribunais quando dele tratam. Por outro lado, o atual projeto do Novo CPC ilumina as expectativas de que seja extinta a intempestividade *ante tempus*, fator que já lhe faz merecedor de elogios.

Palavras-chave: Recurso prematuro. Tempestividade recursal. Novo CPC.

Abstract: This paper studies the issue of the admissibility of premature appeal in the Brazilian procedural law. A jurisprudential analysis of the topic reveals the instability that still operates in the Courts when

dealing with him. Furthermore, the current project of the New CPC illuminates the expectations that the lateness is extinguished *ante tempus*, a factor that makes her already laudable

Keywords: Premature appeal. Timing of appellate. New CPC.

1 Introdução

Em constante evolução, o Direito Processual Civil, a cada passo que se propõe a dar, suscita novos desafios aos seus operadores. A mutabilidade ínsita à natureza humana repercute na elaboração e na aplicação do processo, fomentando o debate e contribuindo para o seu aprimoramento.

Nesse sentido, o direito de recorrer, característica fundamental da estrutura processual brasileira, é aspecto que, por sua própria complexidade, demanda investigações a incidir sobre suas mais controvertidas temáticas. Dentre essas, situa-se o estudo acerca da admissibilidade do recurso interposto por antecipação ou recurso prematuro, assunto objeto do presente trabalho.

A tempestividade recursal, tida, na clássica sistematização de José Carlos Barbosa Moreira (2002), como requisito extrínseco de admissibilidade dos recursos, é ponto nevrálgico para o debate que se propõe, pautado a partir do estudo do termo primeiro para a interposição insurrecional.

A evolução pretoriana na abordagem da intempestividade *ante tempus* revela as divergências que o tema ainda provoca, de modo que os Tribunais Pátrios não agem em uníssono. O exame dos argumentos utilizados por quem exerce a jurisdição é meio crucial para que se elabore uma análise crítica edificante, que atenda aos anseios constitucionais do processo.

Nesse trilhar, o recurso prematuro constitui questão polêmica no âmbito da admissibilidade recursal. A partir do disposto no Código de Ritos brasileiro, e com supedâneo na doutrina mais abalizada, urge sedimentar entendimento que una os órgãos judicantes, a fim de que abandonem os resquícios de formalidades inócuas que ainda insistem em aplicar.

Ademais, tendo em vista o Projeto de Lei nº 8.046/2010, lança-se olhar ao que pretende dispor o Novo CPC acerca do tema vertente. À medida que se vislumbra uma nova ordem pro-

cessual, a atividade de pesquisa serve à função de antever o que será aplicado, preparando o jurisdicionado e os aplicadores do Direito para se adequarem aos novos tempos.

2 Termo de início para a interposição recursal

A tempestividade recursal impõe que seja interposta a ir-resignação dentro do prazo assinalado por lei. Esse prazo é pre-remptório, insuscetível, portanto, de dilação convencional (DI-DIER JR.; CUNHA, 2013). Dessa feita, caso ocorra o escoamento *in albis* do prazo recursal estar-se-á diante da preclusão temporal da faculdade de recorrer.

Nas palavras de Flávio Cheim Jorge,

A previsão de prazos preemptórios para a interposição de recursos decorre de um valor funcional do direito, que é a segurança jurídica. Estatuindo o sistema um prazo para que a decisão seja impugnada – e após o qual não é mais possível a sua revisão –, ele consolida uma determinada situação jurídica e extermina a in-tranquilidade das partes. (JORGE, 2010, p. 173).

Desse modo, o prazo do recurso destina-se à precípua função de assegurar ao legitimado a oportunidade de impugnar o *decisum* que lhe é desfavorável. Com seu término, extingue-se o direito de recorrer (THEODORO JÚNIOR, 2013, v. 1).

Noutro giro, a fim de que se defina o marco temporal de início da recorribilidade, insta perquirir o fator motivador do *dies a quo* do prazo insurrecional.

Nesse diapasão, o Código de Processo Civil elenca, em seu artigo 506, a leitura da sentença em audiência, a intimação das partes e a publicação do dispositivo do acórdão no órgão oficial como os momentos a ensejar o início da contagem do prazo¹. A seu turno e no mesmo sentido, o artigo 242 da lei adjetiva con-

¹ CPC, “Art. 506. O prazo para a interposição do recurso, aplicável em todos os casos o disposto no art. 184 e seus parágrafos, contar-se-á da data: I - da leitura da sentença em audiência; II - da intimação às partes, quando a sentença não for proferida em audiência; III - da publicação do dispositivo do acórdão no órgão oficial. Parágrafo único. No prazo para a interposição do recurso, a petição será protocolada em cartório ou segundo a norma de organização judiciária, ressalvado o disposto no § 2o do art. 525 desta Lei.”

sagra a data em que os advogados são intimados da decisão, do acórdão ou da sentença como início do cômputo do prazo recursal².

Extrai-se, a partir do disposto em lei, um critério baseado na teleologia do ato de intimar, o qual tem por função primeira dar ciência às partes³. Nota-se, portanto, que é a ciência da decisão o fator que marca o começo do fluxo do prazo para recorrer. Tanto é assim que o próprio artigo 506, I, atribui à leitura da sentença em audiência a função de deflagrar o início do prazo, visto que, ao ser lida, permite que se tenha conhecimento imediato da decisão.

Dessa forma, havendo o incontestado conhecimento dos termos da decisão, por qualquer meio que o permita, fluirá o prazo recursal independentemente de posterior procedimento padrão de intimação⁴.

Nesse passo, mostra-se de boa medida ressaltar exigência qualificadora da ciência do ato, consolidada pelo labor jurisprudencial, qual seja sua inequívocidade⁵. Requer-se, portanto, que seja inequívoca a ciência do conteúdo decisório, de modo que não se permita pôr em perigo os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

A fim de que melhor se ilustre essa assertiva, aponta-se a retirada de autos em cartório pelo advogado como exemplo de ato que configura ciência inequívoca, instaurando o início do prazo para recorrer. Esse é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, senão veja-se:

² CPC, “Art. 242. O prazo para a interposição de recurso conta-se da data, em que os advogados são intimados da decisão, da sentença ou do acórdão. § 1º Reputam-se intimados na audiência, quando nesta é publicada a decisão ou a sentença. § 2º Havendo antecipação da audiência, o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, mandará intimar pessoalmente os advogados para ciência da nova designação.”

³ Nesse sentido, CPC, “Art. 234. Intimação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa.”

⁴ “Considera-se a parte regularmente intimada quando faz carga dos autos, passando a correr daí o prazo para interposição do recurso de apelação, independentemente de publicação no Diário Oficial. [...]” (STJ, AgRg-AI 972.990 - (2007/0240635-5), Relª. Minª. Eliana Calmon, 2. T, julgado em 20.05.2008, DJe 11.06.2008).

⁵ “O termo inicial do prazo conta-se a partir da ciência inequívoca da decisão a que se pretende impugnar.” (STJ, AgRg-REsp 1.038.685 - (2008/0053332-6), Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4. T., julgado em 15.03.2011, DJe 23.03.2011).

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROCESSUAL CIVIL - INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO ESPECIAL - CARGA DOS AUTOS PELO ADVOGADO DA PARTE - CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA DECISÃO - INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO RECURSAL - AGRAVO DESPROVIDO - 1- O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacificado de que a carga dos autos pelo advogado da parte, antes de sua intimação por meio de publicação na imprensa oficial, enseja a ciência inequívoca da decisão que lhe é adversa, iniciando a partir daí a contagem do prazo para interposição do recurso cabível. [...] (STJ, AgRg-EDcl-AI 1.306.136 - (2010/0083504-6), Rel. Min. Raul Araújo, 4. T., julgado em 04.12.2012, DJe 04.02.2013).

Nesses termos também são as lições de Luiz Fux:

A regra geral do artigo 241 do CPC não exclui, mas ao revés, convive, com outras hipóteses especiais em que se considera efetivada a intimação. Nesse sentido, enquadra-se a teoria de “ciência inequívoca”. Assim, inicia-se o prazo da ciência inequívoca que o advogado tenha do ato, decisão ou sentença, como, v.g., a retirada dos autos do cartório, o pedido de restituição de prazo etc. (FUX, 2005, p. 358).

Portanto, o termo de início para a interposição recursal, antes de tudo, opera-se em razão da ciência inequívoca do *decisum*, concedida a quem for de interesse, seja pela intimação das partes por intermédio de seus procuradores, pela leitura do conteúdo decisório em audiência, ou pela publicação do dispositivo do acórdão em órgão oficial, seja por outros meios que, apesar de não estarem legalmente previstos, permitem o devido e incontroverso conhecimento da decisão judicial, tornando despicando o posterior procedimento ordinário de ciência. Assim se pacificou a jurisprudência sobre o assunto⁶.

⁶ STF, Emb. Div. no RE 95.024-PA, Tribunal Pleno, Rel. Min. Soares Muñoz, julgado em 11.02.1982; RTJ 101/1.292; STJ, AgRg no AREsp 62.186/PI, Rel. Min. Ricardo Villas Bóas Cuevas, 3. T, julgado em 21.06.2012, DJe de 28/06/2012; STJ, AgRg no REsp 880.229 - (2006/0181121-0), Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4. T., julgado em 07.03.2013, DJe 20.03.2013; STJ, AgRg no Ag 1.314.771/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 4. T., julgado em 17.02.2011, DJe 25.02.2011.

Por fim, ressalte-se que, dessa forma, está-se, inclusive, a corroborar o princípio da instrumentalidade das formas, tão defendido pela processualística moderna⁷.

3 Recurso prematuro e (in)admissibilidade

Durante longo período construiu-se, nos Tribunais Pátrios, o entendimento de que o recurso interposto antes da publicação da decisão impugnada ou da intimação do recorrente é intempestivo, obstando sua admissibilidade. A tese do recurso prepósteros indica a preclusão temporal não somente pela perda do prazo, mas também pela interposição recursal antecipada.

Sob a alegação de que a interposição antecipada efetiva-se antes da abertura do prazo impugnativo, portanto fora do lapso temporal estabelecido, nega-se a admissibilidade do recurso prematuro por considerá-lo extemporâneo, intempestivo. Essa tese, entretanto, não se coaduna com a ideia da ciência inequívoca como marco inicial da recorribilidade.

Ora, se o termo inicial para se insurgir contra determinado comando judicial coincide com o momento em que o interessado detém dele ciência incontestada, nada mais natural que considerar o próprio ato de recorrer como uma manifestação de que da decisão a parte tomou conhecimento, o que, conseqüentemente, abre-lhe a oportunidade de contra ela se rebelar. Sendo assim, “se o recurso foi interposto, o recorrente dera-se por intimado da decisão independentemente de publicação” (DIDIER JR.; CUNHA, 2013, p. 61).

A esse andar, colhe-se o escólio de Humberto Theodoro Júnior, quando preleciona:

[...] se o conhecimento inequívoco da parte supre a intimação, claro é que, recorrendo antes que esta se dê, o advogado da parte está oficialmente dando-se por ciente do decisório e, dessa maneira, suprido resta o ato intimatório. Praticam-se e justificam-se os atos pro-

⁷ Sobre a instrumentalidade das formas, o parecer de Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery (2007, p. 513): “O Código adotou o princípio da instrumentalidade das formas, segundo o qual que importa é a finalidade do ato e não ele em si mesmo considerado. Se puder atingir sua finalidade, ainda que irregular na forma, não se deve anulá-lo.”

cessuais segundo sua finalidade. O prazo para recorrer não pode ser interpretado e aplicado fora de sua destinação legal, que é a de permitir a impugnação da parte vencida (THEODORO JÚNIOR, 2013, p. 616, v. 1).

Dessa maneira, evita-se a ocorrência de situações capazes de gerar danos injustificados, a pretexto de se atender à formalidade que não se sustenta.

A título exemplificativo, imagine-se a hipótese de uma sentença que, ao confirmar a antecipação de tutela já concedida no curso do processo, cause à parte lesão grave, submetendo-a a prejuízo que, de plano, lhe gere insatisfação. Mostra-se de todo incoerente, dada a necessidade de cessação de seus efeitos, que, para o caso de já se ter ciência pretérita de seu teor, só se permita apelar dessa decisão requerendo-se o efeito suspensivo após o ato intimatório.

Nesse jaez, insta compreender que não se deve punir a parte que age em consonância com a celeridade processual, colabora com a razoável duração do processo, antecipando-se ao procedimento buscando o veloz deslinde do feito.

Ademais, ao argumento, já referenciado pelo Supremo Tribunal Federal⁸ e pelo Superior Tribunal de Justiça⁹, de que há falta de objeto do recurso interposto antes da publicação do acórdão em órgão oficial, por ser essa publicação supostamente pressuposto de existência do *decisum*, contrapõe-se a distinção fundamental entre a publicação concebida como o ato de integração da decisão ao processo – requisito indispensável à formação do ato processual – e a publicação em órgão oficial, tida como mecanismo de intimação dos procuradores das partes (DINAMARCO, 2004; MOREIRA, 2002).¹⁰

Portanto, vê-se que, integrado ao processo, o decisório já é público e existente, de modo que a posterior intimação por inter-

⁸ STF, AI 375.124 AgR-ED, Rel. Min. Celso de Mello, 2. T., julgado em 28.05.2002, DJU 28.06.2002; STF, HC 85.182 AgR-ED, Rel. Min. Celso de Mello, 2. T., julgado em 27.09.2005, DJe 11.04.2013; STF, AC 738 SP, Rel. Min. Celso de Mello, 2. T., julgado em 17.05.2005, DJ 30.09.2005.

⁹ STJ, AgRg no REsp 438.097/GO, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6. T., julgado em 08.09.2003, DJ 20.10.2003.

¹⁰ Nesse sentido, as palavras de Barbosa Moreira (2002, p. 85-86): “[...] da publicação distingue-se conceptualmente a intimação da sentença, ato pelo qual se dá conhecimento dela, especificamente, às partes, a fim de que possam, se for o caso, interpor algum recurso?”.

médio da imprensa oficial atua apenas no plano da eficácia em relação às partes e a terceiros. Logo, o recurso interposto antes da publicação do acórdão em órgão oficial possui, sim, objeto, visto que a decisão já existe, não havendo que se falar em sentido contrário.

Como dito, ao recorrer antes da tradicional intimação, o recorrente dá-se por intimado da decisão, o que se coaduna com a teoria da ciência inequívoca, tese tranquilamente aceita no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse caso, verifica-se que se confunde o termo de início recursal com a preclusão consumativa do ato.

Aliás, pugnar pela admissibilidade do recurso prematuro é ir também ao encontro do princípio da instrumentalidade das formas, concretizando o viés instrumental que, cada vez mais, assume o processo civil moderno.

A essa altura, faz-se necessário ressaltar o específico caso do agravo de instrumento. Como é cediço, por tratar-se de recurso interposto diretamente no órgão *ad quem*, em autos apartados, exige-se que sua petição seja instruída com a certidão da respectiva intimação (CPC, artigo 525, I)¹¹, a fim de que o tribunal possa exercer o juízo de admissibilidade, conferindo se é tempestivo. Destarte, nessa hipótese, por relacionar-se diretamente ao processamento do agravo, é necessário que ocorra a intimação da decisão agravada.

4 Evolução da jurisprudência dos Tribunais Superiores

Em tempos em que as compreensões dos Tribunais Superiores brasileiros assumem papel cada vez maior na ritualística processual, como na hipótese de não recebimento da apelação em face de sentença contrária a Súmula do STJ ou STF¹², o estudo acerca da evolução jurisprudencial revela-se indispensável à boa abrangência do tema.

¹¹ CPC, “Art. 525. A petição de agravo de instrumento será instruída: I - obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado; [...]”.

¹² CPC, “Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder. § 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. [...]”.

Nesse passo, cumpre avaliar, em breve análise, como os Tribunais Superiores lidaram e estão lidando com a polêmica questão do recurso prematuro, principalmente tendo em vista a função ímpar na condução e na aplicação do processo que estão a exercer no País.

Em clássico julgado a sustentar a tese da intempestividade por antecipação, o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2002, assim decidiu:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - EXTEMPORANEIDADE - IMPUGNAÇÃO RECURSAL PREMATURA, DEDUZIDA EM DATA ANTERIOR À DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO - NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO - A intempestividade dos recursos tanto pode derivar de impugnações prematuras (que se antecipam à publicação dos acórdãos) quanto decorrer de oposições tardias (que se registram após o decurso dos prazos recursais). Em qualquer das duas situações - Impugnação prematura ou oposição tardia -, a consequência de ordem processual é uma só: o não-conhecimento do recurso, por efeito de sua extemporânea interposição. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem advertido que a simples notícia do julgamento, além de não dar início à fluência do prazo recursal, também não legitima a prematura interposição de recurso, por absoluta falta de objeto. Precedentes. (STF, AI 375.124 AgR-ED, Rel. Min. Celso de Mello, 2. T., julgado em 28.05.2002, DJU 28.06.2002).

Esse entendimento acabou, ao longo do tempo, ganhando corpo e se consolidando na jurisprudência do STF¹³. É o que se percebe dos decisórios transcritos em sequência:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PUBLICAÇÃO DE ACÓRDÃO - INTERPOSIÇÃO ANTERIOR - NÃO-CONHECIMENTO - 1. Recurso. Extraordinário. Interposição antes de publicação do acórdão. Possibilidade teórica de acompanhamento eletrônico. Irrelevância.

¹³ STF, AI 357.841 AgR-ED, Rel. Min. Cezar Peluso, 1. T., julgado em 23.05.2006, DJ 09.06.2006; STF, AI 700.540 AgR-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2.T., julgado em 06.09.2011, DJe 27.09.2011.

Sistema que apenas informaria o estado do processo, não as razões de decidir. Recurso prepóster. Não-conhecimento. Se não se prova doutro modo o conhecimento anterior das razões de decidir, não se conhece de recurso interposto antes da publicação da decisão recorrida no Diário da Justiça ou da sua juntada aos autos. 2. Recurso. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Argumentação desarrazoada [...] (STF, AI 558.168 AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, 1. T., julgado em 21.02.2006, DJ 24.03.2006).¹⁴

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXTEMPORANEIDADE - INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO ANTERIOR À PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO - AGRAVO DESPROVIDO - O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que é extemporâneo o recurso interposto antes da publicação do acórdão recorrido. Precedentes. [...] (STF, AI 482.796 AgR, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia 1. T., julgado em 14.12.2006, DJ 16.02.2007).

Não obstante o processo de consolidação do entendimento no STF¹⁵, adveio, recentemente, célebre decisão em sentido contrário à tese da intempestividade *ante tempus*. Trata-se de acórdão proferido no HC nº 101.132/MA, cujo redator é o Ministro Luiz Fux. Eis a ementa da decisão:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO INTERPOSTO ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO. CONHECIMENTO. INSTRUMENTALISMO PROCESSUAL. PRECLUSÃO QUE NÃO PODE PREJUDICAR A PARTE QUE CONTRIBUI PARA A CELERIDADE DO PROCESSO. BOA-FÉ EXIGIDA DO

¹⁴ Quanto à recorribilidade de decisão que ainda não foi juntada aos autos, entende-se por inviável, mas não por ser intempestiva. Conforme o relatado acerca da publicação como ato de integração da decisão ao processo, o *decisum* necessita constar dos autos a fim de que possa ser público. Não o sendo, estar-se-ia ausente o requisito da regularidade formal, levando-se ao juízo de inadmissibilidade do recurso.

¹⁵ Interessante notar contemporização feita, em 2005, em julgamento do Tribunal Pleno quanto às decisões monocráticas (STF, AO 1140 AgR-AgR, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 16.06.2005, DJ 17.03.2006).

ESTADO-JUIZ. DOCTRINA. RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO PLENÁRIO. MÉRITO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E REJEITADO. 1. A doutrina moderna ressalta o advento da fase instrumentalista do Direito Processual, ante a necessidade de interpretar os seus institutos sempre do modo mais favorável ao acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB) e à efetividade dos direitos materiais [...]. 2. “A forma, se imposta rigidamente, sem dúvidas conduz ao perigo do arbítrio das leis, nos moldes do velho brocardo *dura lex, sed lex*” (BODART, Bruno Vinícius Da Rós. Simplificação e adaptabilidade no anteprojeto do novo CPC brasileiro. In: *O Novo Processo Civil Brasileiro – Direito em Expectativa*. Org. Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 76). 3. As preclusões se destinam a permitir o regular e célere desenvolvimento do feito, por isso que não é possível penalizar a parte que age de boa-fé e contribui para o progresso da marcha processual com o não conhecimento do recurso, arriscando conferir o direito à parte que não faz jus em razão de um purismo formal injustificado. 4. O formalismo desmesurado ignora a boa-fé processual que se exige de todos os sujeitos do processo, inclusive, e com maior razão, do Estado-Juiz, bem como se afasta da visão neoconstitucionalista do direito, cuja teoria proscreve o legicentrismo e o formalismo interpretativo na análise do sistema jurídico, desenvolvendo mecanismos para a efetividade dos princípios constitucionais que abarcam os valores mais caros à nossa sociedade (COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. Trad. Miguel Carbonell. In: “*Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*”, nº 16, 2002). [...] 7. O recurso merece conhecimento, na medida em que a parte, diligente, opôs os embargos de declaração mesmo antes da publicação do acórdão, contribuindo para a celeridade processual. (STF, HC 101.132 ED, Rel. Min. Luiz Fux, 1.T., julgado em 24.04.2012, DJe 21.05.2012).¹⁶

¹⁶ Na mesma linha: “O prazo para a interposição de recurso conta-se da data em que os advogados são intimados da decisão, sentença ou acórdão, na dicção do art. 242 do [...] [CPC]. 2- O advogado diligente que se antecipa à publicação do decisum está a contribuir com a celeridade e a efetividade da entrega da prestação jurisdicional. Desse modo, nos moldes do art. 242 do [...]”

Apesar da sinalização da Corte Suprema no sentido de já admitir a interposição recursal antecipada, ela ainda não se manifesta em um só tom, visto que dela ainda emanam decisões que consideram extemporâneo o recurso prematuro¹⁷.

Por sua vez, o STJ também vinha aplicando a teoria do recurso prepóster¹⁸. Entretanto, merece destaque o posicionamento adotado pela maioria da Corte Especial no final de 2004, quando consignou que a interposição de recursos contra decisões monocráticas ou colegiadas proferidas pelo STJ podia ser feita antes da publicação na imprensa oficial¹⁹, entendimento contrário ao até então defendido.

Nessa toada, o STJ reverteu entendimentos anteriores e passou a admitir o recurso interposto por antecipação, desde que calcado na ciência inequívoca da decisão vergastada²⁰.

Todavia, ainda há decisões recentes no STJ que pugnam pela extemporaneidade recursal por antecipação, indo na contra-mão do aqui defendido²¹.

[CPC], o proceder do advogado que teve ciência pessoal e formal de determinado pronunciamento decisório traz como consequência o início da fluência do prazo recursal na data da cientificação, pois estaria abdicando da intimação ficta que se dá via publicação do ato no Diário da Justiça. 3- Como ressaltado na jurisprudência desta Corte, 'todo ato processual tem uma forma, a forma é apenas o meio, não é fim. Daí ser soberano no processo o princípio da instrumentalidade das formas dos atos processuais; Se por outro meio se alcançou o mesmo fim, não se pode, por amor à forma, sacrificar o ato. O ato de conhecimento foi meio perfeito e completo, qual foi a retirada dos autos do cartório pelo próprio advogado que deveria recorrer'. Nesse sentido são os precedentes do STF [...] do STJ [...] 4- *In casu*, o advogado firmou o 'ciente' em 28/11/2011 e, por empréstimo, retirou os autos, somente devolvidos em 05/12/2011, data em que foi protocolado o primeiro agravo regimental." (STF, AI 742.764 AgR-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, 1.T., julgado em 28.05.2013, DJe 12.06.2013)

¹⁷ STF, RE 349.652 AgR-EDv-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, T. P., julgado em 20.03.2013, DJe 17.04.2013; STF, AI 781.028 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2.T., julgado em 14.05.2013, DJe 19.06.2013.

¹⁸ STJ, AgRg no RHC 13249/PI, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6.T., julgado em 17.06.2003, DJ 04.08.2003; STJ, AgRg no REsp 788.059/RS, Rel. Min. Jorge Scartezini 4. T., julgado em 13.12.2005, DJ 13.02.2006.

¹⁹ STJ, AgRg nos EREsp 492.461/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, Rel. p/ acórdão Min. Eliana Calmon, Corte Especial, julgado em 17.11.2004, DJ 23.10.2006.

²⁰ Nesse sentido, STJ, REsp 986.151/MG, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Des. Convocado do TJ/AP), 4. T., julgado em 17.11.2009, DJe 30.11.2009; STJ, AgRg no Ag 655.610/MG, Rel. Min. Castro Meira, Rel. p/acórdão Min Francisco Peçanha Martins, 2. T., julgado em 05.04.2005, DJ 01.08.2005.

²¹ STJ, AgRg no AREsp 268.730/ES, Rel. Min. Castro Meira, 2. T., julgado em 16.04.2013, DJe 26.04.2013; STJ, AgRg no AREsp 243.849/PR, Rel. Min. Campos Marques (Des. Convocado do TJ/PR), 5. T., julgado em 05.03.2013, DJe 08.03.2013.

Por fim, cita-se a atitude do Tribunal Superior do Trabalho, que em oposição ao melhor entendimento, converteu a OJ nº 357 da SBDI-1 no enunciado 434 da súmula de sua jurisprudência dominante, prevalecendo em seu item I o seguinte enunciado: “É extemporâneo recurso interposto antes de publicado o acórdão impugnado.”.²²

5 Tratamento da matéria no Novo CPC

O Projeto de Lei nº 8.046/2010, embrião normativo que almeja instituir nova sistemática à lei adjetiva, não se furta, ao menos em sua atual versão, à regulamentação do tema.

Na seção responsável pelas disposições gerais acerca dos prazos tem-se a disciplina da controvérsia alvo de debate. É o que se observa da redação prevista para o artigo 186, § 1º:

Art. 186. Na contagem de prazo em dias, estabelecido pela lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os úteis.
§ 1º Não se consideram intempestivos atos praticados antes da ocorrência do termo inicial do prazo.
[...]

Desse modo, percebe-se que o Novo CPC, caso venha a vigorar nos termos a que atualmente se propõe, resolverá o debate, pondo fim à aplicação da tese do recurso prematuro.

Não poderão mais ser considerados intempestivos os atos praticados antes da ocorrência do termo inicial, o que significa dizer que não serão mais extemporâneos os recursos interpostos antes do marco de início da recorribilidade.

Por fim, vale ressaltar que também segue, nos mesmos termos, o parecer do Deputado Paulo Teixeira, relator-geral do projeto do Novo CPC, e que até a conclusão do presente artigo será ainda votado na Comissão Especial que lhe foi destinada na Câmara dos Deputados, onde atualmente tramita.

²² Conforme notícia veiculada no portal Conjur, datada do dia 24/08/2012, no RR 219800-11.2003.5.15.0122, o Min. Rel. Márcio Eurico Vitral Amaro procedeu à interpretação restritiva do enunciado, alegando sua aplicabilidade apenas frente a acórdãos proferidos pelos Tribunais Regionais do Trabalho e não a decisões de primeira instância, devido às partes poderem ser intimadas de outras formas, como, v.g., em audiência. (TEMPESTIVIDADE..., 2012).

6 Considerações finais

À medida que se exige, cada vez mais, a colaboração com a moderna visão da instrumentalidade das formas, a tese do recurso prematuro representa passo atrás no aprimoramento das práticas processuais.

O direito ao recurso, fundamental à consolidação do princípio do processo justo, valor em que se traduz a garantia fundamental do *due process of law*, deve ser interpretado em favor de suas finalidades essenciais.

Ao se defender a inadmissibilidade do recurso interposto por antecipação, constrói-se teoria que, fundamentada em mera formalidade, restringe a via recursal justamente para aquele que cooperou com a celeridade do rito.

Conferindo suporte ao que foi expendido, o conceito pacífico de ciência inequívoca abre caminho para que seja tempestiva a impugnação prematura. Se a parte recorre, dá-se por intimada da decisão, momento em que o termo de início recursal confunde-se com a preclusão consumativa do ato.

Desse modo, sendo pública a decisão, ou seja, constando dos autos e integrando o processo, já é possível dela se insurgir, não se exigindo para tal a publicação em órgão oficial, que, conforme visto, não é requisito de existência do decisório.

A análise jurisprudencial do tema revela a instabilidade que ainda se opera nos tribunais quando dele tratam. Por outro lado, o atual projeto do Novo CPC ilumina as expectativas de que seja extinta a intempestividade *ante tempus*, fator que já lhe faz merecedor de elogios.

Afinal, não merecem prosperar entendimentos que, lastreados em purismos formais injustificados, penalizem a parte que age de boa-fé e em cooperação com o deslinde processual, negando-lhe o conhecimento de seu recurso e ignorando a ciência inequívoca do *decisum* vergastado, manifestada por ato próprio, qual seja o inconformismo recursal.

Referências

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 8.046, de 2010 – Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 28 jun. 2013.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.025, de 2005 – Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 28 jun. 2013.

_____. Casa Civil da Presidência da República. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 28 jun. 2013.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Tempestividade dos recursos. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 16, p. 9-23, jul. 2004.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

JORGE, Flávio Cheim. Apontamentos sobre a tempestividade recursal: fluência e ciência inequívoca; recurso interposto antes da intimação; interrupção do prazo por força da interposição de embargos de declaração. **Revista de Processo**, v. 181, ano 35, p. 173-188, mar. 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TEMPESTIVIDADE garantida. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 24 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-24/tst-aceita-recurso-interposto-antes-publicacao-sentenca>>. Acesso em: 2 jul. 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 54. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v.1.

PARECER Nº 0228/2012 – CONS
PROCESSO Nº SS 114548/2011 – PMF
INTERESSADO: SECRETARIA EXECUTIVA REGIONAL II MARIA DE FÁTIMA COSTA DA SILVA
ASSUNTO: POSSE DE SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL

Ementa: SERVIDORA OCUPANTE DE CARGO DE PROFESSORA QUE FOI NOMEADA, ENTROU EM EXERCÍCIO, MAS NUNCA TOMOU POSSE NO REFERIDO CARGO, CONFORME DETERMINA O ART. 14 DA LEI Nº 6.794/90.

I – SANEAMENTO DO VÍCIO PRESENTE NO PROVIMENTO/INVESTIDURA DA SERVIDORA, CONSIDERANDO O EXTENSO PERÍODO DE TEMPO DECORRIDO DESDE SUA NOMEAÇÃO E ENTRADA EM EXERCÍCIO NO CARGO DE PROFESSORA ATÉ OS DIAS ATUAIS, ALIADO À INÉRCIA DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL EM DAR-LHE POSSE E À BOA-FÉ DA REFERIDA AGENTE PÚBLICA. PRECEDENTES DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA DO STF;

II – IMPOSSIBILIDADE DE A SERVIDORA SOFRER QUALQUER PREJUÍZO QUER NA ATIVIDADE, QUER NO SEU PROCESSO DE INATIVAÇÃO, MOTIVADO PELA AUSÊNCIA DE ASSINATURA DO TERMO DE POSSE EM FACE DAS RAZÕES EXPOSTAS NO ITEM ANTERIOR;

III – EMBORA POSSÍVEL, É DESNECESSÁRIA A CONVALIDAÇÃO DAQUELA SITUAÇÃO, ELABORANDO-SE O TERMO DE POSSE E CONVOcando-SE A SERVIDORA PARA SUBSCREVÊ-LO.

Tratam os autos de processo administrativo iniciado a partir do Ofício nº 689/2011 expedido pela Diretora Regional Administrativo-Financeiro da Divisão de Pessoal da Secretaria Executiva Regional II e encaminhado ao Gerente Executivo de Recursos Humanos da Secretaria de Administração do Município.

Consta no Ofício nº 689/2011 (fls. 2) solicitação para que seja reconhecida e empossada no cargo de professor a servidora pública municipal Maria de Fátima Costa da Silva, matrícula nº 12241.01, lotada na SER II. Alega-se que o andamento do processo de aposentadoria da servidora em questão encontra-se inviabilizado diante do fato de que não consta o termo de posse na sua pasta funcional.

Às fls. 4 foi anexada cópia da publicação na edição do DOM de 13/5/1994 do Ato nº 2468/94 através do qual foi homologado o resultado do concurso público realizado por força do edital nº 4/93 e no qual a servidora logrou aprovação para o cargo de professora.

Às fls. 5 consta cópia da publicação na edição do DOM de 14/3/1995 do Ato nº 1452/95 através do qual a servidora foi nomeada para ocupar o cargo de professora a partir de 6/3/1995.

Às fls. 9/26 foram anexadas as fichas financeiras da servidora relativas aos anos de 1995 a 2011.

A Assessoria Jurídica da SER II manifestou-se às fls. 27/28 pelo envio dos autos à Procuradoria-Geral do Município para fins de orientação jurídica sobre o tema.

Às fls. 31 consta Despacho do Procurador-Chefe da Procuradoria Judicial da PGM informando que inexistente demanda judicial em nome da servidora pública municipal Maria de Fátima Costa da Silva.

É o relatório. Passo a opinar.

A matéria discutida nestes autos está relacionada ao tema da investidura em cargo público de provimento efetivo. Nesse diapasão, inicialmente deve-se fazer alusão à necessidade de prévia aprovação em concurso público para a investidura em cargo público efetivo, conforme estabelece o art. 37, II da Magna Carta de 1988, in verbis:

Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, também, ao seguinte:

[...]

II – a investidura em cargo ou emprego público depende

de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

Uma vez aprovado o candidato em concurso público e sendo este homologado pela autoridade competente, possibilitada estará a realização pela Administração Pública de nomeação visando o provimento de cargo efetivo. De acordo com o magistério de Hely Lopes Meirelles:

Provimento é o ato pelo qual se efetua o preenchimento do cargo público, com a designação do seu titular. [...] Provimento inicial é o que se faz através de nomeação, que pressupõe a inexistência de vinculação entre a situação de serviço anterior do nomeado e o preenchimento do cargo. (**Direito Administrativo Brasileiro**, 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 424-425).

No ordenamento jurídico do Município de Fortaleza, a Lei nº 6.794/90 (Estatuto dos Servidores Públicos Municipais) assim dispõe quanto ao assunto:

Art. 11 – Haverá nomeação:

I – para provimento de cargos efetivos de classe inicial de carreira.

Art. 12 – A nomeação para cargo efetivo inicial de carreira depende de aprovação em concurso público, observada a ordem de classificação e dentro do prazo de sua validade.

A nomeação do servidor para ocupar cargo público efetivo deve ser seguida da regular perfectibilização do ato de posse, conforme determinam os arts. 13 e 14, §1º da Lei nº 6.794/90, que assim dispõem:

Art. 13 – O servidor nomeado em virtude de concurso público tem direito à posse, observado o disposto no § 1º do art. 14 desta Lei.

Art. 14 – [...]:

§ 1º - A posse ocorrerá no prazo de 30 (trinta) dias, contado da publicação do ato de nomeação, prorrogável por mais de 30 (trinta) dias, a requerimento do interessado ou por quem o represente legalmente.

O referido Estatuto conceitua a posse no art. 14:

Art. 14 - Posse é a investidura no cargo, com aceitação expressa das atribuições, condições e responsabilidades a ele inerentes, formalizada em assinatura do termo respectivo pela autoridade competente e pelo empossado.

Finalmente, à posse segue-se o início do exercício pelo servidor das atribuições do cargo público efetivo. Tal qual a realização da posse, a entrada em exercício também é delimitada temporalmente pela Lei nº 6.794/90, senão vejamos:

Art. 16 – Exercício é o efetivo desempenho das atribuições do cargo.

§ 1º - É de 30 (trinta) dias improrrogáveis o prazo para o servidor entrar em exercício, contados da data da posse.

Percebe-se assim, sem maiores dificuldades, que há uma íntima relação de dependência lógica entre as fases da aprovação (homologação) em concurso público, da nomeação, da posse e do exercício para a ocorrência de investidura válida em cargo público efetivo, sendo a primeira pressuposto fundamental, anterior ao ingresso de alguém no serviço público. De acordo com José dos Santos Carvalho Filho:

O termo *investidura* apresenta algumas discrepâncias em seu sentido. Entendemos, porém, que a investidura retrata uma operação complexa, constituída de atos de Estado e do interessado, para permitir o legítimo provimento do cargo público.

Nomeação é o ato administrativo que materializa o provimento originário de um cargo. Como regra, a nomeação exige que o nomeado não somente tenha sido aprovado previamente em concurso público, como também tenha

preenchido os demais requisitos legais para a investidura legítima. [...]

A *posse* é o ato da investidura pelo qual ficam atribuídos ao servidor as prerrogativas, os direitos e os deveres do cargo. É o ato de posse que completa a investidura, espelhando uma verdadeira *conditio iuris* para o exercício da função pública. É o momento em que o servidor assume o compromisso do fiel cumprimento dos deveres e atribuições, como bem averba OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO. Com a posse, completa-se também a relação estatutária da qual fazem parte o Estado, de um lado, e o servidor, de outro.

Por fim, o *exercício* representa o efetivo desempenho das funções atribuídas ao cargo. O exercício, como é óbvio, só se legitima na medida em que se tenha consumado o processo de investidura. É o exercício que confere ao servidor o direito à retribuição pecuniária como contraprestação pelo desempenho das funções inerentes ao cargo. (grifos constantes no original) (**Manual de Direito Administrativo**, 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 479).

Acerca do tema em foco, o Supremo Tribunal Federal assim se manifestou:

A investidura do servidor no cargo ocorre com a posse, que é a *conditio juris* para o exercício da função pública, tanto mais que por ela se conferem ao funcionário ou ao agente político as prerrogativas, direitos e deveres do cargo ou do mandato. Sem a posse o provimento não se completa, nem pode haver exercício da função pública. É a posse que marca o início dos direitos e deveres funcionais, como também, gera as restrições, impedimentos e incompatibilidades para o desempenho de outros cargos, funções ou mandatos. Com a posse, o cargo fica provido e não poderá ser ocupado por outrem, mas o provimento só se completa com a entrada em exercício do nomeado, momento em que o servidor passa a desempenhar legalmente suas funções e adquire as vantagens do cargo e as contraprestações pecuniárias pelo Poder Público. (RE 120.133-MG, 2ª Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU: 29/11/1996).

A Lei nº 6.794/90 estabeleceu estreita vinculação entre o ato de nomeação, o ato de posse e o exercício no art. 16, § 2º, o qual prescreve:

Art. 16 – *omissis*:

[...]

§ 2º - Será revogado o ato de nomeação, se não ocorrerem a posse e o exercício nos prazos previstos nesta Lei.

No caso em exame, a servidora indicada no ofício de fls. 2 foi aprovada em concurso público para provimento de cargos efetivos de professor, o qual fora homologado pelo Ato nº 2468/94 (fls. 4). Posteriormente, a servidora veio a ser nomeada para ocupar cargo de professor pelo Ato nº 1432/95 (fls. 5) **entrando em exercício sem nunca haver tomado posse**, pelo menos sob a forma prescrita no art. 14 da Lei nº 6.794/90, isto é, formalização da posse mediante assinatura do termo respectivo pela autoridade competente e pelo empossado.

Evidentemente, não se pode afastar a existência de vício no “processo” de investidura da servidora em cargo efetivo de professor, eis que o ato formal de posse que completaria aquela investidura não se realizou, ofendendo-se, assim os arts. 14 e 16 da Lei nº 6.794/90. A rigor, a servidora em comento nunca poderia ter entrado em exercício das atribuições do cargo de professor, a teor do art. 16, § 1º do Estatuto dos Servidores Municipais, e como não tomou posse no trintídio legal, sua nomeação deveria ter sido “revogada”, como determina o art. 16, § 2º do mesmo diploma, ou seja, tornada sem efeito.

Tenho, contudo, que deve ser levado em consideração na espécie o extenso lapso temporal decorrido (dezessete anos) desde a data em que a professora Maria de Fátima Costa da Silva foi nomeada e iniciou o exercício de suas atividades funcionais. Com efeito, após o transcurso de tão considerável período de tempo **sem que a Administração Pública Municipal tomasse qualquer iniciativa**, forçoso é reconhecer que houve a estabilização da situação jurídica da servidora em questão, de modo a impedir que se cogite, no presente, da possibilidade de a administração tornar sem efeito ou, como diz a lei, “revogar” o ato de nomeação da servidora em face da ausência de assinatura pela

mesma do termo de posse. Vale acrescentar que **a elaboração do mencionado termo de posse** e convocação para subscrevê-lo **era ônus da administração** ao tempo em que a servidora foi nomeada, não havendo nos autos quaisquer elementos indicativos de que tenha havido regular notificação da servidora para assim proceder, com o que está evidenciada, a meu sentir, a **boa-fé da professora**.

A hipótese em exame relaciona-se, pois, à necessidade de prestigiar-se o princípio da segurança jurídica, bem como o princípio da proteção da confiança (decorrente do primeiro), no sentido de proteger as situações originadas pelo próprio Poder Público e que são dotadas de aparência de legitimidade e legalidade perante os servidores e administrados dotados de boa-fé. O Pretório Excelso assim se manifestou quanto ao tema no julgamento do MS nº 24781, em que foi relatora a Min. Ellen Gracie e redator do acórdão o Min. Gilmar Mendes:

É nessas hipóteses em que incide o princípio da segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, no sentido da proteção das situações jurídicas criadas pelo Poder Público e estabilizadas pelo transcurso do tempo em que o próprio Poder Público quedou-se inerte.

No julgamento do citado MS 24.268/MG, o tribunal deixou assentado o entendimento segundo o qual o exercício do poder conferido à Administração Pública de rever seus próprios atos eivados de ilegalidade deve estar sujeito a um prazo razoável, tendo em vista a proteção à confiança e à boa-fé dos administrados diante de situações jurídicas criadas pelo Poder Público.

[...]

A medida do que seria esse prazo razoável já está definida pela legislação federal. A Lei nº 9784/99 prescreve, em seu art. 54, como sendo de cinco anos o prazo decadencial para o exercício, pela Administração, do direito de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, salvo comprovada má-fé. Ressalte-se que esse referencial de cinco anos para os prazos decadenciais e prescricionais não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, a título exemplificativo, pode-se mencionar a prescrição quinquenal do Decreto 20.910/32, passando-se pelo prazo prescricional de cinco

anos para o exercício do direito de ação contra a fazenda pública, estipulado pelo Decreto 4597/42; o prazo para propositura, também de 5 anos, da ação popular, prescrito pela Lei n.º 4717/65, e da ação de improbidade administrativa definido pela Lei 8429/92; os prazos decadenciais e prescricionais, todos de 5 anos, dos arts. 168 (restituição do tributo), 173 (constituição do crédito tributário) e 174 (ação de cobrança do crédito tributário) do Código Tributário Nacional, assim como o prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração pública, no exercício do poder de polícia, que também é de cinco anos (Lei n.º 9873/99). (trecho do voto do Min. Gilmar Mendes).

Vejamos ainda quanto ao tema do decurso do prazo para anulação de ato administrativo o que decidiu em passado recente o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. LEI N.º 9.784/99. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA. ESTADOS E MUNICÍPIOS. PRAZO DECADENCIAL. SUSPENSÃO. INTERRUPTÃO. NÃO-OCCORRÊNCIA. REVISÃO. FATOS. NÃO-CABIMENTO. SÚMULA 07/STJ.

1. A recorrida teve alvará de construção cassado pelo Município recorrente. O Tribunal de origem manteve a licença para construir, à vista dos seguintes fundamentos: a) transcurso do prazo quinquenal, previsto no art. 54 da Lei n.º 9.784/99, para a revisão da referida licença; b) ausência de causas suspensivas ou interruptivas, devido à natureza decadencial do prazo quinquenal previsto na Lei n.º 9.784/99; c) inexistência de direito de terceiro, eventualmente lesado, por culpa do recorrido.

2. O recorrente, por sua vez, alega ofensa ao disposto no art. 1º da Lei n.º 9.784/99, vez que a instância ordinária aplicou, no âmbito municipal, diploma destinado à Administração Pública Federal. Outrossim, sustenta que houve violação dos artigos 54 e 55, da Lei n.º 9.784/99, vez que o Tribunal de origem considerara como termo a quo do prazo quinquenal a data da primeira concessão do alvará, desprezando posteriores cassações, suspensões e anulações desta licença, afirmando, ainda, que o alvará de construção somente fora expedido, porque o recorrido teria induzido a Municipalidade a erro.

3. Os motivos de ordem fático-material, suscitados pelo recorrente, na defesa do ato que cassara o alvará, a exemplo de instauração de procedimento administrativo e posteriores cassações, suspensões e anulações do ato, não foram considerados pelo Tribunal de origem, nem explícita nem implicitamente, sendo vedado o reexame de provas, em recurso especial. Inteligência da Súmula 07/STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

4. Ademais, o prazo de 05 (cinco) anos, previsto na Lei n.º 9.784/99, para que a Administração Pública anule os atos de que decorram efeitos favoráveis para os administrados, tem natureza decadencial.

5. Nos termos do art. 207 do Código Civil, a menos que exista previsão legal expressa, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição. Portanto, a regra geral é a ausência de suspensão ou interrupção dos prazos decadenciais, que poderá ser excepcionada por expressa previsão legal em contrário.

6. No caso, o art. 54 da Lei 9.784/99 fixou prazo decadencial de cinco anos para a Administração anular seus próprios atos, não prevendo, todavia, qualquer causa de suspensão ou interrupção desse prazo. Assim, embora possível, em tese, a suspensão e interrupção de prazos decadenciais, deve ser aplicada ao caso a regra geral do art. 207 do Código Civil, dada a ausência de previsão expressa na Lei 9.784/99.

7. Por outro lado, o recorrente argumenta que a convalidação de atos irregulares depende da inexistência de prejuízo a terceiros e que o recorrido obteve alvará mediante indução dos órgãos municipais em erro.

8. Contudo, o Tribunal de origem expressamente rechaçou as teses de prejuízo a terceiros e de má-fé por parte do recorrido, pelo que se mostra inviável a revisão do quadro fático-probatório da demanda para analisar a incidência do disposto no art. 55 da Lei n.º 9.784/99, em face do óbice imposto pela Súmula 07/STJ.

9. Ao contrário do que alega a municipalidade recorrente, o aresto impugnado deixou expresso que o impetrante agiu com boa-fé ao requerer o alvará de construção, como se observa do seguinte fragmento do voto condutor: “Destarte, percebe-se que o d. juízo a quo decidiu a lide de

forma escoreita, balizando-se pela boa-fé do impetrante [...]”.

10. **A Lei 9.784/99 pode ser aplicada de forma subsidiária no âmbito dos demais Estados-Membros, se ausente lei própria regulando o processo administrativo no âmbito local. Precedentes do STJ.**

11. Recurso especial conhecido em parte e não provido. (grifou-se) (REsp 1148460/PR, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 28/10/2010).

O notável jurista Miguel Reale na sua clássica obra “Revogação e Anulamento do ato administrativo” oferece lição que bem se enquadra no caso em análise:

Não é admissível, por exemplo, que, nomeado irregularmente um servidor público, visto carecer, na época, de um dos requisitos complementares exigidos por lei, possa a Administração anular seu ato, anos e anos volvidos, quando já constituída uma situação merecedora de amparo e, mais do que isso, quando a prática e a experiência podem ter compensado a lacuna originária. Não me refiro é claro, a requisitos essenciais, que o tempo não logra por si só convaler, como seria por exemplo, a falta de diploma para ocupar o cargo reservado a médico, mas exigências outras que, tomadas no seu rigorismo formal, determinariam a nulidade do ato. (2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980).

Fixadas essas premissas, entendo que incólume deve permanecer o ato de nomeação e, conseqüentemente, regular deve ser reconhecida a situação funcional da servidora Maria de Fátima Costa da Silva. O decurso do tempo motivado por inércia da Administração Municipal e aliado à boa-fé da servidora saneou qualquer irregularidade em sua investidura motivada pela ausência de formalização de sua posse. Vale transcrever quanto ao ponto a abalizada doutrina de Weida Zancaner:

Denominamos *saneamento* o suprimento do vício ocorrido nas seguintes hipóteses: (a) prática pelo particular afetado, de ato que era condição de validade do provimento administrativo e que dantes fora omitido, desde que o in-

interessado o faça com manifesta intenção de retroagir; (b) decurso do tempo.

Destarte, o saneamento não se constitui em ação positiva da Administração Pública. A Administração não age. Só a ação positiva do administrado, quando for o caso, pode sanear certos atos. Caso não o faça, nem haja qualquer ação positiva da Administração Pública para convalidar ou invalidar o ato, dependendo do caso, os efeitos do ato poderão ser sanados pelo decurso do tempo.

[...]

O decurso do tempo constitui uma das formas de estabilização das relações jurídicas e é capaz, portanto, *de forma indireta* de validar atos viciados. O prazo *prescricional* para este tipo de ato, à falta de norma expressa, deve ser decidido por analogia. Serve de referência, como regra, o prazo de cinco anos, em razão do prazo estipulado pela Lei 4.717/1965 e pelo Decreto 20.910/32, o qual se refere ao direito e à ação. **(Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-92).

Vale ressaltar que o vício na investidura da servidora pode ser caracterizado como **vício de procedimento**, porque não se verificou a realização de fase integrante (posse) do provimento e da investidura da servidora no cargo de professora. Referido vício é, em tese, convalidável, como ensina a renomada jurista acima mencionada:

Ora, há hipóteses em que a ausência de um ato, no curso de um procedimento, por não desvirtuar a finalidade do próprio procedimento, pode ser convalidada. Figure-se, como exemplo concorrência levada a efeito de forma regular até a fase de classificação com base na Lei 89/1972, sob o critério do menor preço. Figure-se, ainda que, após a classificação, seja homologada a licitação. Ora, faltante está, neste caso, o ato de adjudicação. Seria possível, nesta hipótese, invalidar a licitação por vício procedimental? Pensamos que não. (ob. cit., p. 89).

Ocorre que, embora seja convalidável o vício de procedimento da investidura da servidora, **não se revela necessário** co-

gitar-se no presente da **elaboração de termo de posse** para que a servidora em foco seja convocada para subscrevê-lo. Seria excessivo apego ao formalismo. A posse – como o próprio art. 14 da Lei nº 6.794/90 faz entender – tem por finalidade a “*aceitação expressa das atribuições, condições e responsabilidades a ele [cargo] inerentes*” pelo servidor, além de demarcar temporalmente o momento em que o cargo passará a estar preenchido¹.

É, pois, a posse um requisito de ordem formal para a investidura, não representando um fim em si mesma. Ora, passados mais de dezessete anos do início do exercício das atividades do cargo de professora pela servidora Maria de Fátima Costa da Silva, claro está que essas atribuições funcionais, além das condições e responsabilidade desse cargo foram aceitas, ainda que tacitamente, por aquela agente, a qual não pode nem mesmo alegar desconhecimento de suas responsabilidades, das proibições e deveres que o cargo gera, eis que esses aspectos da vida funcional dos servidores municipais estão previstos na Lei nº 6.794/90. De outra parte, não há razão alguma que justifique qualquer questionamento relevante sobre o momento em que ficou provido o cargo que a servidora ocupa.

Cumpre enfatizar, outrossim, tal como registrado anteriormente, que o decurso do tempo saneou o vício consistente na ausência de elaboração e assinatura do termo de posse, estabilizando a situação da servidora perante a Administração, não havendo necessidade de proceder-se à convalidação (edição do ato de posse), de modo a elaborar agora aquele termo. Sugere-se que nos assentamentos funcionais da servidora ficasse consignada esta orientação da PGM, fazendo-se alusão ao número deste processo.

De todo modo, somos forçados a admitir que embora seja desnecessária, não se pode negar à Administração Municipal a possibilidade de convalidar o vício que maculou a investidura da servidora, com o fito, por exemplo, de documentar na sua ficha funcional a efetivação de sua posse, ainda que tardia. Nesse ponto, ficamos com a doutrina de Mônica Martins Toscano Si-

¹ Nesse sentido a doutrina de Lucas Rocha Furtado: “Quando a lei dispõe que a investidura ocorrerá com a posse, busca apenas indicar o momento em que o cargo será considerado preenchido [...]” (Curso de Direito Administrativo. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 813).

mões, para quem a convalidação de ato administrativo é possível a qualquer momento. Faça referência quanto ao ponto à lição da citada administrativista na qual esta deixa clara sua divergência em relação ao entendimento de Weida Zancaner:

© No que diz respeito ao decurso do tempo, não se deve tê-lo como “barreira” à convalidação. Isso porque, deparando-se a Administração com vícios sanáveis e não constatando a presença de qualquer dos fatores impeditivos (lesão ao interesse público ou prejuízo a terceiro), o ato viciado pode ser convalidado a qualquer tempo – como, aliás, já exposto neste trabalho (item 3.2.2). (**O processo administrativo e a invalidação de atos viciados**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 146).

Melhor esclarecendo: se acaso não for elaborado e firmado o termo de posse da servidora não deverá haver consequência negativa alguma para essa agente em sua situação funcional, quer na atividade, quer no seu processo de inativação. Vale mais uma vez repetir: o decurso do tempo, aliado à inércia da Administração e à boa-fé da servidora em questão acarretou o saneamento da omissão do ato de posse. Porém, se ainda assim a Administração pretender convalidar o provimento/investidura da servidora, não haverá óbice jurídico para tanto, ainda que tal prática seja, a rigor, desnecessária.

Isto posto, opino no sentido de que:

I – **devem permanecer inatacáveis** o ato de nomeação e, conseqüentemente, a situação funcional da servidora Maria de Fátima Costa da Silva, uma vez considerados os seguintes fatores que geraram o saneamento do vício em sua investidura pela ausência de formalização de sua posse: extenso período decorrido desde a nomeação e entrada em exercício no cargo de professora até os dias atuais, inércia da Administração Municipal em dar posse e boa-fé da referida agente;

II – em função do saneamento do vício apontado acima, a servidora **não poderá sofrer qualquer prejuízo** quer na atividade, quer no seu processo de inativação, motivado pela ausência de assinatura do termo de posse;

II – em função ainda da ocorrência do saneamento do mencionado vício, **não se revela necessária a convalidação** daquela situação, elaborando-se o termo de posse e convocando-se a servidora para subscrevê-lo. Tal providência, contudo, embora revele formalismo excessivo e seja desnecessária juridicamente, não pode ser negada à Administração, uma vez que inexistem óbices legais para tanto.

É o parecer.

À consideração Superior.

Fortaleza, 1º de março de 2012.

MÁRIO SALES CAVALCANTE

Procurador do Município

OAB-CE nº 17.964