
DIREITO DO ESTADO EM DEBATE

REVISTA JURÍDICA
DA PROCURADORIA-GERAL
DO ESTADO DO PARANÁ

2018

DIREITO
DO ESTADO
EM DEBATE

Conselho Editorial

Adriane Reis de Araújo
Aldacy Rachid Coutinho
Carlos Frederico Marés de Souza Filho
Celso Luiz Ludwig
Érica de Oliveira Hartmann
Eros Belin de Moura Cordeiro
Eroulths Cortiano Junior
Fernando Borges Mânica
Fernando Campos Scaff
Guilherme Roman Borges
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Jair Lima Gevaerd Filho
Joe Tennyson Velo
Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho
José Anacleto Abduch Santos
José Antonio Peres Gediel
Jozélia Nogueira
Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Luiz Osório Moraes Panza
Manoel Caetano Ferreira Filho
Marcia Carla Pereira Ribeiro
Miguel Gualano de Godoy
Paulo Ricardo Schier
Ricardo Saavedra Hurtado
Rodrigo Luís Kanayama
Rodrigo Xavier Leonardo
Roland Hasson
Safira Orçatto Meirelles do Prado
Sandro Marcelo Kozikoski
Sérgio Cruz Arenhart

Conselheiros Convidados

Dayana de Carvalho Uhdre
Guilherme Freire de Melo Barros
Julio da Costa Rostirola Aveiro

Comissão Editorial

Andréa Margarethe Rogoski Andrade
Audrey Silva Kyt
Leila Cuéllar
Tereza Cristina Marinoni Freire

Coordenadoria de Estudos Jurídicos da PGE-PR

Leila Cuéllar

DIREITO DO ESTADO EM DEBATE

REVISTA JURÍDICA

DA PROCURADORIA-GERAL

DO ESTADO DO PARANÁ

2018

Dados Internacionais para Catalogação na Publicação
Elaborado pela Bibliotecária Patrícia Rezende | CRB-9/1879

REVISTA JURÍDICA DA PROCURADORIA GERAL DO
ESTADO DO PARANÁ: Direito do Estado em debate. / Curitiba:
Procuradoria Geral do Estado do Paraná – PGE, 2018. 234 p. ;
v.9,16 x 23 cm.

Anual.

ISSN : 2316-3070

I. Direito – Periódicos. 2. Administração Pública. I Paraná.
II. Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do
Paraná.

CDD 340.5

CDU 34:35

As opiniões e os entendimentos externados nos artigos, na jurisprudência comentada e na produção jurídica/parecer são de responsabilidade exclusiva dos autores, não se confundindo com os adotados pelo Conselho Editorial, Comissão Editorial ou pela instituição Procuradoria-Geral do Estado do Paraná.

Todos os textos aqui publicados foram aprovados pelo sistema ‘double blind peer review’ por dois professores membros do Conselho Editorial, sem interferência da Comissão Editorial.

comissaoeditorial@pge.pr.gov.br

Revisão

Annalice Del Vecchio

Capa e Editoração Eletrônica

Glauce Midori Nakamura

Apresentação

É uma satisfação e uma honra apresentar o nono volume da Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Direito do Estado em Debate, edição de 2018.

Este volume contempla artigos jurídicos, jurisprudência comentada e parecer selecionado, com temas de alta indagação e atualidade. Isto porque, dentre os artigos que compõem a presente edição, tem-se a colaboração do Dr. Fernando Quadros da Silva que, com maestria e propriedade, abordou o papel do magistrado contemporâneo diante da prova pericial. Gustavo Justino de Oliveira e Gustavo H. Carvalho Schiefler tratam do juízo de admissibilidade na ação de improbidade administrativa, examinando-o em seu cotejo com as tutelas de urgência em prol do interesse público. Roberto Altheim, por sua vez, trouxe à lume o fator de atribuição do dever indenizatório imputado ao Estado. Os honorários advocatícios nas execuções de pequeno valor foram tema estudado por Thiago Simões Pessoa, com absoluto interesse prático. Fernando Alcântara Castelo traz importante contribuição enfrentando a obrigatoriedade de submissão das decisões parciais de mérito proferidas contra o Poder Público ao instituto do reexame necessário. E, por sua vez, com absoluta pertinência frente ao recente julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal, Carlos Eduardo Rangel Xavier apresenta uma importante síntese dos limites e possibilidades da educação domiciliar no Brasil.

Após criteriosa análise e seleção dos trabalhos pelo Conselho Editorial, constata-se a grata coincidência de que todos os artigos selecionados foram escritos por Procuradores do Estado do Paraná ou ex-integrantes da carreira,

o que, por certo, apenas engrandece a PGE/PR. Como visto acima, dentre os autores convidados que enviaram seus trabalhos, figuram o Desembargador Federal Fernando Quadros da Silva e o Prof. Doutor Gustavo Justino de Oliveira, ambos já pertencentes aos quadros da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná.

Cumprimento e agradeço os autores pelos textos enviados e a todos que colaboraram para este trabalho, especialmente os membros do Conselho Editorial e da Comissão Editorial. Desejo a todos uma ótima leitura.

Curitiba, outubro de 2018.

Sandro Marcelo Kozikoski
Procurador-Geral do Estado do Paraná

Sumário

APRESENTAÇÃO	5
--------------------	---

Sandro Marcelo Kozikoski

I – DOCTRINA

O juiz e a análise da prova pericial

<i>The judge and the scientific evidence</i>	11
--	----

Fernando Quadros da Silva

Justa causa e juízo de prelibação (admissibilidade) na ação de improbidade administrativa: proteção e preservação dos direitos e garantias dos requeridos frente à busca de maior eficiência judicial no combate à corrupção na era da Operação Lava Jato

Just cause and prelibation judgement in administrative impropriety actions: Protection and preservation of the rights and guarantees of the defendant in the pursuit for higher judicial efficiency in the fight against corruption in the era of Operation Car Wash

31

Gustavo Justino de Oliveira

Gustavo Henrique Carvalho Schiefler

Fator de atribuição do dever indenizatório do Estado – superação da dicotomia entre responsabilidade objetiva por condutas comissivas e subjetiva por condutas omissivas

<i>Factor of allocation of the indemnity duty to the State – overcoming the dicotomy between objective responsibility for commissive and subjective conduct for omissive conducts</i>	55
---	----

Roberto Altheim

Honorários advocatícios em fase de execução para pagamento de obrigação de pequeno valor <i>Attorney’s fees in the execution phase for payment of small-value obligation</i>	83
--	----

Thiago Simões Pessoa

Remessa necessária de decisões parciais de mérito proferidas contra o Poder Público <i>Mandatory review of partial decisions on merit uttered against the Public Power</i>	105
--	-----

Fernando Alcântara Castelo

Panorama jurídico da educação domiciliar no Brasil <i>Juridical panorama of homeschooling in Brazil</i>	137
---	-----

Carlos Eduardo Rangel Xavier

II – JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

O “Caso Vizivali” e a decisão vinculante do Superior Tribunal de Justiça no recurso especial n. 1.487.139/PR	171
---	-----

Roberto Altheim

III – PARECER

Direito à nomeação e validade de concurso público	203
--	-----

O juiz e a análise da prova pericial

The judge and the scientific evidence

Fernando Quadros da Silva¹

RESUMO: O artigo analisa qual postura deve ter o juiz frente ao laudo do perito. Após o caso *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.*, a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana passou a exigir que o juiz seja o guardião (*judge is gatekeeper*) da prova científica, não se limitando apenas a perquirir se o perito utilizou metodologia com aceitação geral na comunidade científica. O juiz deve verificar diversos aspectos, entre outros, a metodologia adotada pelo perito. A interpretação harmoniosa do novo CPC (artigos 473, III e 479) parece ter adotado o critério da aceitação geral, mas também exigir que a perícia, seja nas ciências exatas, seja na área das ciências sociais, atenda aos requisitos do cabimento, testabilidade, falseabilidade, possibilidade de erro, confiabilidade e revisão pelos pares e pela comunidade científica.

1 Desembargador no Tribunal Regional Federal da 4.^a Região. Foi Procurador do Estado do Paraná. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná – UFPR, Especialista em Direito Penal pela Universidade de Brasília – UNB e Graduado pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

PALAVRAS-CHAVE: Direito processual civil; prova pericial; perícia científica; *standard* de análise.

ABSTRACT: The article analyzes what position the judge should have *vis-à-vis* the expert's report. The US Supreme Court after the *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.* demanded that the judge must act as "gatekeepers" to determine whether the proffered testimony was relevant and reliable. These questions have come to be known as the "Daubert Factors" or the "Daubert Prongs". The new Brazilian Código de Processo Civil (Code of Civil Procedure) adopted similar pattern. The judge must consider whether the theory or technique has been empirically tested, been subjected to peer review and publication, the known or potential rate of error and the maintenance of standards controlling the techniques operation and whether the methods and techniques are generally accepted within the scientific community.

KEYWORDS: Evidence Law; scientific evidence; Daubert test; experts.

1. DESAFIOS DO JUIZ DIANTE DA PROVA CIENTÍFICA

Cada vez mais a sociedade convive com expressões como "quarta revolução industrial", "segunda era das máquinas", "inteligência artificial", "economia compartilhada" e "governo eletrônico", utilizadas por pesquisadores e meios de comunicação quando se referem à profunda e rápida transformação dos setores produtivos, comerciais e de serviços que afeta as famílias, os governos e demais instituições.

A produção científica e tecnológica é rapidamente colocada à disposição do público e, como uma das consequências, tem-se a ampliação da capacidade humana de decisão, a partir do amplo e rápido fornecimento de informações e a liberação do homem do trabalho repetitivo.

Transpondo esse quadro para o ambiente do processo civil, depara-se com leigos que muitas vezes debatem sobre fatos sobre os quais não detêm os conhecimentos científicos e técnicos necessários.

No processo judicial, assegurados obviamente o devido processo legal e o contraditório, o juiz deverá indicar um *expert* legalmente habilitado “quando a prova de fato depender de conhecimento técnico ou científico” (art.156, CPC). Esse profissional vai produzir um documento (laudo) no qual trará suas conclusões e responderá os quesitos formulados pelos atores processuais. Às partes é oportunizada a manifestação sobre o laudo e, em seguida, o juiz se lançará na tarefa de decidir a controvérsia, examinando as provas, entre elas, o laudo do perito.

Qual deve ser a postura do juiz frente ao laudo? Deve centrar sua atenção nas conclusões ou pode ingressar no exame do “mérito” do trabalho do perito e na metodologia por ele utilizada? Na vigência das legislações anteriores era senso comum que o juiz não estava obrigado a adotar as conclusões do laudo, podendo desconsiderá-las em cotejo com outras provas dos autos. Mas tal postura ainda é aceita no novo Código de Processo Civil?

A entrada em vigor de um novo Código de Processo Civil sempre vem acompanhada de compreensíveis expectativas, principalmente daqueles que viram suas propostas acolhidas pelo legislador. Em relação ao CPC de 2015, foram saudadas enfaticamente suas qualidades: um código mais democrático, que prioriza a conciliação, incentiva a colaboração processual, reduz poderes do juiz e dá adequado tratamento às demandas repetitivas.

Foram acolhidas as pautas corporativas dos advogados, entre elas, a contagem dos prazos processuais apenas em dias úteis, suspensão dos prazos nas festas de fim de ano e uma regulamentação extensiva dos critérios de fixação de honorários advocatícios.

Para além das inovações mais festejadas, contudo, cabe também examinar outros aspectos que igualmente sofreram sensíveis alterações, como a postura do juiz frente ao laudo pericial, um dos temas que produzirá importantes modificações na relação entre juiz, partes e perito.

Os novos avanços científicos e tecnológicos e a rapidez com que as novas descobertas são trazidas para o cenário processual exigem uma adequada postura judicial. O exame da prova pericial tem como questão de fundo o relacionamento entre o direito e os demais ramos da ciência. Efetivamente, não dispondo o juiz de conhecimentos técnicos ou científicos inerentes a outros ramos do conhecimento, deve contar com a colaboração de um terceiro.

A questão que se pretende analisar neste breve artigo é justamente qual deve ser a postura do juiz frente ao laudo pericial. Deve aceitar as conclusões ali lançadas sem questioná-las ou pode sindicá-las os elementos e os métodos utilizados na sua elaboração?

A partir da análise da evolução jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana², pretende-se traçar algumas conclusões em relação ao direito processual brasileiro no que diz respeito à relação juiz-perito-partes, lembrando que a matéria foi examinada com profundidade na obra indispensável de Danilo KNIJNIK, *Prova pericial e seu controle no Direito Processual brasileiro*.³

2. O LAUDO PERICIAL E SUA ANÁLISE PELO JUIZ

O art. 156 do CPC (2015) em vigor dispõe que o “juiz será assistido por perito quando a prova de fato depender de conhecimento técnico ou científico” e que “os peritos serão nomeados entre os profissionais

2 A circulação de informações sobre institutos jurídicos de diferentes sistemas jurídicos é salutar. No mundo contemporâneo, cada vez mais a noção de justiça e segurança jurídica impõe a harmonização desses institutos, conforme aponta José Eduardo Faria na clássica obra *Direito e globalização econômica*. São Paulo: RT, 2001.

3 KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no Direito Processual Civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

legalmente habilitados (§1.º)”. O perito deve ser “especializado no objeto da perícia” (art. 465, CPC) e deve apresentar currículo que comprove essa condição (art. 465, §2.º, II, CPC). Não é um terceiro qualquer, mas um terceiro qualificado cuja legitimidade advém da sua condição de terceiro, equidistante dos interesses das partes, e possuidor de um conhecimento indispensável à solução de uma controvérsia.⁴

Cada vez mais parece perder força a tradicional norma interpretativa consolidada no brocardo *iudex peritus peritorum* (o juiz é o perito dos peritos), com a qual se afirmava que o juiz não está vinculado nem submetido às conclusões do laudo pericial.

O magistrado possui diferentes graus de vinculação ao resultado da atividade pericial, conforme a tese de João Paulo Kulczynski FORSTER⁵, que propõe critérios para determinar o papel do julgador na produção da prova técnica e a valoração adequada pelo juízo, mediando essa atividade pelas máximas da experiência e modelos de constatação aplicáveis ao caso, sem olvidar os direitos fundamentais.

O CPC de 1973 (revogado) era expresso ao proclamar, no art. 436, que “O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos”.

4 A doutrina estrangeira se debate sobre os limites do trabalho do perito. *Perito deducendi*: que se limita a aportar conhecimentos técnicos para valorar elementos fáticos já existentes no processo ou *perito percipiendi*: que pode trazer fatos novos para o processo. (Cf. LLUCH, Xavier Abel. *Derecho probatorio*. Barcelona: Bosch, 2012, p. 651). Já a legislação processual brasileira, no art. 473, §2.º, II, CPC, determina: “É vedado ao perito ultrapassar os limites de sua designação, bem como emitir opiniões pessoais que excedam o exame técnico ou científico do objeto da perícia”.

5 FORSTER, João Paulo Kulczynski. *O direito à adequada valoração da prova pericial*: exame dos pressupostos jurídicos e epistemológicos para atualização e manutenção do princípio *iudex peritus peritorum*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

A doutrina abalizada de Frederico MARQUES saudava o dispositivo: “(...) Se o magistrado tivesse de ficar preso e vinculado às conclusões do laudo pericial, o experto acabaria transformado em verdadeiro juiz da causa, sobretudo nas lides onde o essencial para a decisão depende do que se apurar no exame pericial”.⁶

O CPC de 2015 não repete a redação do código processual anterior, exigindo, contudo, que o juiz indique os motivos que o levaram a considerar ou não as conclusões do laudo pericial (art. 479), levando em conta o método utilizado pelo perito. Relativamente ao exame do conjunto probatório, o art. 371 dispõe que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

Contudo, a velocidade das inovações e a pressa com que são postas à disposição da sociedade traz uma perplexidade para o juiz. Alguns temas estão quase que absolutamente fora de sua margem de aceitação ou não. Não se imagina, por exemplo, a não aceitação de um exame de DNA ou dos resultados dos registros contidos nas caixas-pretas das aeronaves. O estágio de desenvolvimento do conhecimento científico não permite questionamento nem mesmo do próprio magistrado.⁷

Em muitas ações judiciais o espaço para o debate acerca de teses jurídicas é mínimo e a própria fundamentação do magistrado somente

6 MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2.ed., v.3. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 461.

7 Artur Thompsen CARPES ressalta que a dificuldade em provar ou a excessiva onerosidade de umas das partes colocam a disposição do juiz duas técnicas: a redução do módulo da prova ou a dinamização do ônus probatório. (CARPES, Thompsen. Os modelos de constatação e a ‘redução do módulo probatório’. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 486-494.

é possível com recurso a termos técnicos conhecidos somente por especialistas. Como exemplo, pode-se mencionar as ações envolvendo proteção ao meio ambiente, nas quais é indispensável recorrer a um dicionário de termos técnicos.⁸

Na doutrina estrangeira, Michel PRIEUR destaca a “estreita dependência do direito ambiental com a ciência e a tecnologia”, o que exige a compreensão de um mínimo conhecimento científico e, como regra, a necessidade de laudo pericial nas demandas a ele relacionadas.⁹

Por outro lado, a *junk science* (pseudociência)¹⁰ exterioriza conclusões precipitadas como verdades absolutas. Os resultados preliminares de algumas pesquisas são publicados rapidamente e muitas vezes explorados comercialmente. Alguns medicamentos não registrados em uma agência reguladora e não testados são objeto de pedido em demandas judiciais.¹¹

8 A propósito do tema, o excelente *Dicionário socioambiental brasileiro*. (PIZZATTO, Luciano; PIZZATTO, Raquel. *Dicionário socioambiental brasileiro*. 2.ed. Curitiba: Base Editorial, 2013).

9 PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. 4.ed. Paris: Dalloz, 2001, p. 6.

10 Cf. GERMANO, Marcelo Gomes. *Uma nova ciência para um novo senso comum* [online]. Campina Grande: EDUEPB, 2011, p. 325: “Ao aproximar-se do domínio público, a ciência também pode ser importante para combater outras formas de mitos e charlatanices que, apoiados em proposituras falsas e dogmáticas facilmente questionáveis pelo mínimo conhecimento e habilidade com o método científico, ainda são bastante frequentes no mundo moderno”.

11 Veja-se o recente exemplo da chamada “pílula do câncer”, em que o legislador federal de maneira açodada editou a Lei n.º 13.269/2016, autorizando “o uso da substância fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna” antes da realização e conclusão dos estudos clínicos, ao fundamento central de que “os protocolos prescritos na Lei n.º 6.360/1976 para aprovação do fornecimento de substâncias à população não vinculam o legislador”. O Supremo Tribunal Federal, por maioria, suspendeu a lei na ADIN proposta pela Associação Médica Brasileira. (Medida Cautelar na ADIN 5.501-DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 19/05/2016. Órgão Julgador: Tribunal Pleno, vencidos os ministros Edson Fachin, Dias Toffoli, Rosa Weber e Gilmar Mendes).

Muitas vezes, a retórica peculiar do debate jurídico permite a utilização de argumentos de autoridade, tais como “pesquisas comprovam”, ou “universidade estrangeira atestou” ou ainda o “renomado professor disse ou afirmou”. Tais recursos fundamentalmente retóricos não podem impressionar o julgador, que deve estar atento aos parâmetros científicos vigentes no momento.¹²

Enfim, é indispensável a colaboração do perito, cientista ou técnico, para esclarecer pontos nodais da matéria fática processual e permitir o adequado contraditório entre as partes. Quer porque se trata de um terceiro em relação ao litígio quer porque trará para o processo o “estado da arte” da área do conhecimento técnico ou científico necessário à solução da lide submetida ao juiz.

3. A PROVA PERICIAL NO NOVO CPC: O CONHECIMENTO PRIVADO DO JUIZ

Como ressaltado antes, o CPC dispõe que o “o juiz será assistido por um perito, quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico” (art. 156).

O Código de 1973 dispunha que “os peritos serão escolhidos entre profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente”, sendo que os peritos deveriam comprovar a sua

12 “A ciência normal, atividade na qual a maioria dos cientistas emprega inevitavelmente quase todo o seu tempo, é baseada no pressuposto de que a comunidade científica sabe como é o mundo. Grande parte do sucesso do empreendimento deriva da disposição da comunidade para defender esse pressuposto [...] a ciência normal frequentemente suprime novidades fundamentais, porque estas subvertem necessariamente seus compromissos básicos.” (KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 9.ed. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 24.)

especialidade na matéria sobre a qual deveriam opinar mediante certidão do órgão profissional em que estiverem inscritos. (CPC 1973, com redação dada pela Lei n.º 7.270, de 10 dez. 1984).¹³

Como se vê, a preocupação central do CPC/1973 (revogado) era de natureza formal. Exigia que o perito tivesse formação superior, estivesse inscrito no respectivo órgão de fiscalização profissional e comprovasse documentalmente sua especialização, quando fosse o caso.

Reafirma-se então que a assistência do perito ao juiz não é uma faculdade, mas uma imposição do legislador, que decorre da necessidade de estar a prova submetida ao debate das partes. A legitimidade da atuação do perito decorre do binômio conhecimento/isenção, e o resultado do seu trabalho deve estar disponível para ser objeto de eventual debate da partes.

Mesmo que o juiz por formação pessoal detenha um conhecimento que lhe permita decidir as questões científicas, assim mesmo deverá se servir de um perito. A facilidade na divulgação do conhecimento científico que se verifica na atualidade pode induzir a uma busca do próprio julgador de elementos para conclusão sobre questão técnica ou científica que lhe é submetida. Contudo, esse conhecimento diretamente colhido pelo juiz não pode ser trazido para o processo.

Esse conhecimento estaria equiparado ao conhecimento privado do juiz, que como se sabe não pode servir de fundamento, conforme a obra seminal de Friedrich STEIN.¹⁴

Cabível a lição de FAZZALARI, para quem a participação no processo é exigida não só do autor ou do réu; participam do processo, como sujeitos processuais: o juiz, os seus auxiliares, o Ministério Público,

13 No código de 1939, a redação era: “Art. 129. Os exames periciais serão feitos por um perito, sempre que possível técnico, de livre escolha do juiz”.

14 STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez: investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos*. Tradução de Andrés de La Oliva Santos. 2.ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999, p. 21.

os peritos e também os autores e os réus. Sob esse enfoque, todos são partes. O devido processo legal tem no contraditório o elemento definidor de sua estrutura. O processo, como procedimento em contraditório, exige que os interessados e os contra-interessados – entendidos como os sujeitos do processo que suportarão o resultado favorável ou desfavorável do provimento – participem em simétrica paridade do *iter* procedimental, para a formação do provimento.¹⁵

O novo CPC suprimiu a exigência de nível universitário para o perito (§1.º do art. 145 do CPC de 1973), privilegiando o conhecimento técnico efetivo, que pode derivar apenas da experiência profissional.

Cabe ressaltar ainda a aparente desarmonia do novo CPC com a hipótese de produção de prova técnica simplificada (§3.º do art. 464), na qual o juiz pode inquirir, em substituição à confecção do laudo pericial, um especialista, embora neste caso o §4.º do artigo 464 estabeleça que tal especialista terá que ter “formação acadêmica específica” na área objeto de seu conhecimento.

Ainda no tocante ao trabalho do perito, *o novo código permite ao juiz adentrar no conteúdo do laudo*, pois o perito deve indicar a exposição do objeto da perícia, *análise técnica ou científica*, método utilizado e resposta conclusiva a todos os quesitos, bem como expor fundamentação em linguagem simples e coerente, sendo-lhe vedado ultrapassar os limites de sua designação.

A indicação do método utilizado remete a outro aspecto, qual seja, a própria essência do laudo e a sua percepção pelo juiz, que mereceu significativa alteração no direito norte-americano.

15 FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1992, p.82.

4. A MUDANÇA DOS STANDARDS. DE GENERAL ACCEPTANCE PARA JUDGE GATEKEEPER

Em relação à postura do juiz diante da prova técnica ou científica, Danilo Knijnik nos ensina que a Suprema Corte do Estados Unidos abandonou o *standard* da “aceitação geral”, consagrado no caso *Frye* para o chamado *Daubert Test*.¹⁶

Quanto à aceitação da prova científica, pode-se dizer que, desde 1923, vigorava na jurisprudência norte-americana o *Frye Standard*, pelo que caberia ao juiz verificar se a prova pericial trazida atendia ao requisito da “aceitação geral” no ramo do conhecimento respectivo.

No caso *Frye v. US*, James Alphonzo Frye, condenado por assassinato, não foi autorizado a trazer para o processo os testes do chamado detector de mentiras, ao fundamento de que o recurso não tinha aceitação geral na comunidade científica. Os testes aplicados em testemunhas baseavam-se na alteração da pressão sanguínea quando elas faltavam com a verdade.

A Suprema Corte chancelou o entendimento e firmou uma jurisprudência que perduraria inabalada até 1993.¹⁷

A postura passiva do juiz na produção da prova técnica foi abandonada pela Suprema Corte norte-americana. Até então, como se disse, aplicava-se de maneira generalizada o *Frye standard*, também conhecido como *general acceptance test*, para admitir a prova científica. A opinião do perito, baseada na técnica científica, era admissível quando se baseasse numa técnica aceita pela generalidade da comunidade científica relevante.

Por tal entendimento, a perícia somente é admissível se baseada em conclusões aceitas majoritariamente numa comunidade científica

16 KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no Direito Processual Civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 60.

17 *Frye v. United States* 293 F.103 (D.C. Circ. 1923).

relevante. Há que se verificar quando se está diante de um princípio científico que cruzou os estágios experimentais e passou a ter “aceitação geral no particular campo ao qual ela pertence” (*Frye v. US 1923*).

Contudo, em 1993 a Suprema Corte alterou substancialmente sua jurisprudência, abandonando o critério da aceitação geral. No caso *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.*¹⁸, o *Frye Standard* foi superado.

Para admissão da prova científica (*scientific expert testimony*) nos tribunais, o juiz deve atuar como guardião (*gatekeeper*) na produção da prova pericial, verificando que a manifestação do perito esteja em consonância com o conhecimento científico.¹⁹

São diretrizes que exigem uma postura ativa do juiz na produção de prova técnico-científica, evitando a passividade de depositar toda a elaboração de prova técnica nas mãos do perito, por mais qualificado que ele seja.

No caso *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.*, William e Joyce Daubert buscavam indenização em virtude da malformação de seus filhos causada pelo uso do medicamento *Bendectin* (receitado para enjoos na gravidez).

A Corte Federal, que examinou o caso em primeira instância, afastou a manifestação de oito peritos, por não atenderem ao requisito da “aceitação geral”, decisão que foi mantida pelo Tribunal Federal.

A Suprema Corte, acolhendo o *writ of certiorari* dos autores, fixou um novo *standard* para análise da prova pericial. Primeiramente, ressaltou que o juiz deve ser “guardião da prova” (*judge is gatekeeper*), devendo assegurar que ela não provenha de *junk science* ou ciência aparente. O julgamento fixou o que passou a chamar de *Daubert Test*, que exigiria do juiz que verificasse alguns requisitos na análise da prova pericial:

18 *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* 509 U.S. 579 (1993).

19 *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* 509 U.S. 579 (1993).

- 1) *Relevância e confiabilidade*: o testemunho do especialista (perito) deve ser “relevante para a tarefa em questão” e deve estar baseado “em uma base confiável”;
- 2) *Conhecimento científico*: uma conclusão será qualificada como conhecimento científico se o proponente puder demonstrar que é o produto de “metodologia científica”;
- 3) *Fatores ilustrativos*: metodologia científica: é o processo de formulação de hipóteses e realização de experiências para provar ou falsificar a hipótese;

Quanto à metodologia, as perguntas que o juiz deve fazer ao se deparar com as conclusões do perito lançadas no laudo são:

- 1) A teoria ou técnica empregada pelo especialista é geralmente aceita na comunidade científica?
- 2) Foi submetida à publicação e revisão pelos pares?
- 3) Pode ser e foi testada?
- 4) A taxa de erro conhecida ou potencial é aceitável?; e
- 5) A pesquisa foi realizada independentemente do litígio específico ou na intenção de fornecer a conclusão apresentada?

Trata-se, como se observa, de um roteiro seguro para análise de prova pericial pelo juiz.

A reafirmação da jurisprudência que se verificou em outros julgamentos seguintes fez surgir a chamada *Daubert Trilogy of U.S. Supreme Court*, que compreende os entendimentos externados nos casos *Daubert*, *Joiner*, and *Kumho Tire*, para admissibilidade de prova científica nos tribunais federais norte-americanos.²⁰

20 As diretrizes elencadas no Caso *Daubert* foram reafirmadas: em *General Electric Co. v. Joiner* 522 US 136 (1997) considerou-se que um juiz da corte distrital pode excluir depoimento de um especialista quando há lacunas entre os elementos invocados por ele e sua conclusão; em *Kumho Tire Co. v. Carmichael* 526 US 137 (1999), a Suprema Corte admitiu que a função *gatekeeper* (guardião) do juiz, reconhecida no caso *Daubert*, se aplica

No caso *Joiner*, a Suprema Corte considerou que as cortes de apelações devem aplicar o padrão de “abuso de discricão” ao revisar a admissão (ou exclusão) de testemunho de especialistas. O Tribunal esclareceu a linguagem de *Daubert* afirmando que o foco deve permanecer na metodologia e nas técnicas, e não na conclusão.²¹

Um Tribunal pode concluir que há uma lacuna analítica muito grande entre os dados e a opinião proferida. Então, o juiz tem a função de *gatekeeper*, ou seja, não mais se circunscreve a analisar se o perito utilizou o conhecimento que goza da aceitação geral no campo de atuação.

O terceiro caso da Trilogia *Daubert* é o caso *Kuhmo*, no qual a Suprema Corte esclareceu os problemas de admissibilidade levantados por causa das consequências de *Daubert*. O tribunal considerou que os fatores *gatekeeping* exigidos em *Daubert* se aplicam não apenas ao testemunho científico, mas a todos os testemunhos de especialistas de outras áreas equiparáveis a cientistas.²²

Neste último caso, a Suprema Corte afirmou que o juiz deve ter o mesmo cuidado quando se tratar de prova técnica, tais como os esclarecimentos prestados por engenheiros e outros técnicos não equiparados a cientistas. O precedente lembra ainda que o chamado *Daubert Test* não é um esquema rígido a ser seguido pelo juiz, mas um comando geral e flexível de postura perante à prova técnica ou científica.

a todos os testemunhos de especialistas, incluindo o que é não-científico.

21 *General Electric Co. v. Joiner* 522 US 136 (1997).

22 *Kumho Tire Co. v. Carmichael* 526 US 137 (1999).

5. A INFLUÊNCIA DA TRILOGIA DAUBERT NO CPC DE 2015

O Código de Processo Civil em vigor dispõe, no art. 156, que “O juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico”, estabelecendo, ainda, que esse perito seja escolhido dentre “profissionais legalmente habilitados”, devidamente inscritos em cadastro mantido pelo tribunal ao qual o juiz está vinculado. As partes podem, de comum acordo, indicar o perito, desde que sejam capazes e a causa seja passível de resolução por autocomposição.²³

Em relação à aceitação do laudo, a leitura do art. 473 parece indicar que o código adotou o *standard* da aceitação geral. O legislador dispõe que ele deverá conter a “indicação do método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área de conhecimento da qual se originou”.

Quanto ao perito, está obrigado a indicar “o método utilizado demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou”. A expressão “predominantemente aceita” remete ao *standard* adotado no Caso *Frye*, que adotou a aceitação geral na comunidade científica, como relembra Danilo Knijnik.²⁴

O art. 479, contudo, dispõe: “Art. 479. O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito”.

Então, há uma aparente contradição. O CPC, exige a “aceitação geral”, mas igualmente exige que o juiz analise o método utilizado.

23 Sobre a participação do *amicus curiae* como fator de ampliação das informações técnicas no processo, ver: SILVA, Fernando Q. da. *Controle judicial das agências reguladoras: aspectos doutrinários e jurisprudenciais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014, p. 242.

24 KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no Direito Processual Civil brasileiro*, p. 36.

Para harmonizar os dispositivos, concorda-se com o magistério de Knijnik:

[...] o critério da aceitação geral deve ser entendido como apenas um, dentre um catálogo não exaustivo de critérios, desde que, todavia, a perícia, seja ela na área de ciências exatas, seja na área das ciências sociais, atenda aos requisitos de cabimento para questão *sub judice*, testabilidade e falseabilidade, possibilidade de erro, confiabilidade e de revisão pelos pares e pela comunidade científica, sempre que possível.²⁵

Não deve ser olvidado que, em alguns casos, esses cuidados não estarão a cargo do juiz, mas das partes. Isso porque o novo CPC autoriza a perícia consensual, em que as partes, de comum acordo, indicam o perito, que produzirá um laudo pericial praticamente vinculante.²⁶

Sempre é oportuno lembrar o ensinamento de Knijnik quando ressalta que o legislador processual brasileiro, civil e penal, oscila ora para o modelo *persuasivo* da prova, ora para o modelo *demonstrativo*, fenômeno que o autor chama de *polaridade assimétrica*.²⁷ Relevante a advertência do autor: “[...] é altamente desejável que o sistema chegue a um juízo o mais próximo da verdade, mas é preciso ter a clara consciência de que *aquilo que*

25 *Ibidem*, p. 205.

26 CPC. Art. 471. “As partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento, desde que: I - sejam plenamente capazes; II - a causa possa ser resolvida por autocomposição. §1.º As partes, ao escolher o perito, já devem indicar os respectivos assistentes técnicos para acompanhar a realização da perícia, que se realizará em data e local previamente anunciados. §2.º O perito e os assistentes técnicos devem entregar, respectivamente, laudo e pareceres em prazo fixado pelo juiz. §3.º A perícia consensual substitui, para todos os efeitos, a que seria realizada por perito nomeado pelo juiz.”

27 KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.13.

está provado pode ser falso; e o que não foi provado pode ser verdadeiro".²⁸ Daí porque "é preciso que o sistema e, principalmente, o aplicador estejam sempre voltados à prevenção do erro, não confiando ingenuamente na possibilidade de reconstruir os fatos tais como eles ocorreram no passado".²⁹

Por outro lado, cabe lembrar que o CPC, no art. 938, §3º, dispõe que "reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição".

Diante dos desafios impostos por uma perícia, não se afiguraria conveniente produzir essa prova em segundo grau. Primeiro, pela supressão de instância que se verificaria. Segundo, pela distância dos fatos. Terceiro, pela colegialidade que deve marcar as decisões acerca de questões fáticas nos tribunais, embora tenha se intensificado a atribuição de poderes ao relator.³⁰

6. ALGUMAS CONCLUSÕES

A máxima *iudex est peritus peritorum* foi relativizada no novo ordenamento processual civil, não estando mais prevista expressamente. Mesmo que o conhecimento do juiz permita a compreensão dos fatos científicos, ainda assim deve-se nomear um perito, pois o contrário equivaleria ao conhecimento privado do juiz e impediria o contraditório.

28 Ibidem, p.14, grifou-se.

29 Ibidem, p.15.

30 Cf. SOUZA, Artur César. *Recursos no novo CPC: teoria geral de acordo com a Lei 13.256/2016*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 589, "Há no Brasil, nos últimos anos, uma nítida tendência de ampliação dos poderes do relator para que monocraticamente possa adotar algumas decisões".

O novo CPC suprimiu a exigência de nível universitário para o perito (§1.º do art. 145 do CPC de 1973), privilegiando o conhecimento técnico efetivo, que pode derivar apenas da experiência profissional.

Cabe ressaltar ainda a aparente desarmonia do novo CPC com a hipótese de produção de prova técnica simplificada (§3.º do artigo 464), na qual o juiz pode inquirir, em substituição à confecção do laudo pericial, um especialista, embora neste caso, o §4.º do artigo 464 estabeleça que tal especialista terá que ter “formação acadêmica específica” na área objeto de seu conhecimento.

No que se refere ao exame do laudo feito por perito técnico ou cientista, a Suprema Corte norte-americana deixou de exigir apenas o requisito da “aceitação geral na comunidade científica relevante” (*general acceptance*), adotada no caso *Frye* (1923), e passou a exigir, no caso *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.* (1993), que o juiz assuma a função de guardião da prova (*judge is gatekeeper*).

A Suprema corte norte-americana evoluiu da aceitação geral (*general acceptance*), consagrada no caso *Frye*, para a função do juiz como guardião da prova (*judge is gatekeeper*). *Daubert Standard* foi reafirmado e aperfeiçoado em outros casos (*Joiner* e *Khumo Tires*), formando a *Daubert Trilogy*.

O CPC de 2015 adotou o critério da aceitação geral (“Art. 473. O laudo pericial deverá conter: III – “a indicação do método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área de conhecimento da qual se originou”), mas agregou também a exigência de que o juiz indique na sentença “os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito” (Art. 479, CPC). Ou seja, o juiz tem o dever de ser o guardião da prova pericial e do método utilizado pelo perito.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Decreto-lei n.º 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.

_____. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.

_____. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADIN 5.501-DF*. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 19/05/2016. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

CARPES, Thompsen. Os modelos de constatação e a ‘redução do módulo probatório’. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 486-494.

FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 2007.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1992.

FORSTER, João Paulo Kulczynski. *O direito a adequada valoração da prova pericial: exame dos pressupostos jurídicos e epistemológicos para atualização e manutenção do princípio “iudex peritus peritorum”*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/1/browse?value=Forster%2C+Jo%C3%A3o+Paulo+Kulczynski&type=author>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

GERMANO, Marcelo Gomes. *Uma nova ciência para um novo senso comum* [online]. Campina Grande: EDUEPB, 2011. 400 p. Disponível em: <<https://static.scielo.org/scielobooks/qdy2w/pdf/germano-9788578791209.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Prova pericial e seu controle no Direito Processual Civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 9.ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LLUCH, Xavier Abel. *Derecho probatorio*. Barcelona: Bosch, 2012.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v.3.

PIZZATTO, Luciano; PIZZATTO, Raquel. *Dicionário socioambiental brasileiro*. 2.ed. Curitiba: Base Editorial, 2013.

PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. 4.ed. Paris: Dalloz, 2001.

SILVA, Fernando Quadros da. *Controle judicial das agências reguladoras: aspectos doutrinários e jurisprudenciais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.

SOUZA, Artur César. *Recursos no novo CPC: teoria geral de acordo com a Lei 13.256/2016*. São Paulo: Almedina, 2017.

STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez: investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos*. Tradução de Andrés de La Oliva Santos. 2.ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999.

**Justa causa e juízo de prelibação (admissibilidade)
na ação de improbidade administrativa: proteção e
preservação dos direitos e garantias dos requeridos
frente à busca de maior eficiência judicial no combate
à corrupção na era da Operação Lava Jato¹**

***Just cause and prelibation judgement in administrative
impropriety actions: Protection and preservation of the
rights and guarantees of the defendant in the pursuit for
higher judicial efficiency in the fight against corruption
in the era of Operation Car Wash***

Gustavo Justino de Oliveira²

Gustavo Henrique Carvalho Schiefler³

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo contextualizar a importância da aferição da existência de justa causa no ajuizamento de ações civis públicas por atos de improbidade administrativa, analisando a relevância do instituto do juízo de prelibação no atual contexto de combate à corrupção, ocasião em que muito se discute a necessidade de provas robustas

1 Artigo publicado anteriormente na revista *Síntese – Direito Administrativo*, ano XII, nº 141, set. 2017, edição Especial “25 anos da Lei de Improbidade Administrativa”, p. 311-326.

2 Professor Doutor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da USP.

3 Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP.

e concretas para que seja possível imputar a alguém a autoria de conduta ímproba contra a Administração Pública. Basicamente, demonstrar-se-á a íntima relação da admissibilidade da ação de improbidade administrativa com o respeito aos direitos e garantias assegurados ao réu face a um movimento desenfreado de aplicação do *in dubio pro societate*.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade administrativa; justa causa; juízo de prelibação; *In dubio pro societate*.

ABSTRACT: The purpose of this article is to contextualize the importance of assessing the existence of just cause in the prosecution of public civil actions for acts of administrative impropriety, analyzing the relevance of the institute of the prelibation judgment in the current context of combating corruption, it is discussed the need for robust and concrete evidence so that it is possible to impute to someone the authorship of impotent act against the public administration. Basically, it will be demonstrated the close relation of the admissibility of the action of administrative improbity with the respect to the rights and guarantees assured to the defendant against a rampant movement of application of the *in dubio pro societate*.

KEYWORDS: Administrative impropriety; just cause; prelibation judgement; *in dubio pro societate*.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO E PROBLEMATIZAÇÃO

A Lei Federal nº 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa (LIA) – é considerada um dos grandes marcos na trajetória nacional de combate à corrupção e responsabilização de agentes públicos – e, por extensão, de agentes privados coautores ou beneficiários –, em virtude da prática de atos de improbidade administrativa que (i) importem enriquecimento ilícito, (ii) causem prejuízos ao erário e (iii) atentem contra os princípios da Administração Pública.

O diploma legislativo exsurgiu como uma das respostas possíveis ao necessário aperfeiçoamento do ordenamento jurídico brasileiro, na tentativa de abrandar a generalizada sensação de impunidade reinante à época do processo de *impeachment* do ex-Presidente da República Fernando Collor de Mello, o qual acabou renunciando ao cargo em dezembro de 1992 em face de acusações de prática de atos de corrupção.

Passados 25 anos da sua edição, após um intenso processo hermenêutico empreendido pela doutrina e pela jurisprudência dos Tribunais pátrios, a Lei de Improbidade Administrativa prossegue atraindo a atenção da comunidade jurídica. Ao mesmo tempo em que encerra a disciplina jurídico-normativa daquele que é considerado o melhor e – quicá – mais efetivo instrumento judicial de responsabilização cível decorrente da prática de atos de corrupção, a aplicação desse diploma legislativo ainda desperta inúmeras dúvidas e enseja acalorados debates, mormente a respeito da intensidade e da extensão (i) das severas restrições patrimoniais impostas aos requeridos durante o seu trâmite, que decorrem frequentemente do mero ajuizamento da ação de improbidade, e (ii) das sanções e demais consequências da condenação judicial por ato de improbidade administrativa.

Indubitavelmente, o interesse no tema renova-se sobremaneira em face da magnitude da conhecida Operação Lava Jato, iniciada em 2014 e, inclusive, a partir dela, em uma escalada vertiginosa, da proliferação de outras operações policiais análogas. Essas operações apuram e investigam fatos envolvendo suspeitas de práticas de atos de corrupção de agentes públicos e privados em todos os níveis federativos, as quais acabaram por resultar em um aumento significativo do ajuizamento de ações de improbidade administrativa.

Entretanto, embora válida e absolutamente imprescindível essa ampla e intensa cruzada nacional de combate à corrupção, importa realçar que, pressionado pela opinião pública no sentido de mostrar resultados efetivos em termos de punição e de responsabilização dos envolvidos nos casos de malversação de dinheiro público, o Poder Judiciário vem

assumindo novas posturas e criando novos *standards* no processamento e julgamento desses casos vinculados à corrupção. Particularmente no que se refere às ações de improbidade administrativa, desde 2012, por iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), essas ações passaram a ter prioridade na agenda de todos os órgãos do Poder Judiciário, que assumiram compromissos de imprimir maior agilidade e eficiência no processamento e julgamento desse tipo especialíssimo de demanda.

Sem desmerecer o louvável esforço do Poder Judiciário de tornar mais célere o desfecho de processos judiciais vinculados à proteção do patrimônio público e à responsabilização dos envolvidos em atos de corrupção, chama-se a atenção a uma questão elementar: não há como se perder de vista que a ação de improbidade administrativa, desde o seu ajuizamento, gera uma série de gravíssimas restrições morais e patrimoniais àqueles que figuram em seu polo passivo.

Não por outro motivo, a ação de improbidade administrativa equipara-se em muito às ações penais, especialmente em termos de gravidade e das diversas consequências por ela potencialmente geradas, além da posição do requerido, que, por seu turno, assemelha-se à figura do acusado nos processos criminais. Essa semelhança justifica o plexo de direitos e garantias previsto na Lei de Improbidade Administrativa, que deve ser assegurado pelo Poder Judiciário, em sua maior extensão possível, aos requeridos nesse tipo de ação judicial.

O que se pretende destacar é que, apesar da celeridade com que os processos judiciais de improbidade administrativa devam tramitar, não se pode descuidar em nenhum momento da observância dos direitos e garantias de defesa dos requeridos, sob pena de uma desejada eficiência judicial se sobrepôr ao conjunto de garantias que cogentemente devem ser asseguradas no transcurso da ação de improbidade administrativa, implicando um ataque frontal às bases materiais do Estado Democrático de Direito.

Nessa linha de raciocínio, a tensão entre efficientismo e garantismo nas ações de improbidade administrativa – bastante evidenciada na era da Operação Lava Jato – haverá de ser bem equilibrada e calibrada pelo

Poder Judiciário, que deve atuar com destacada razoabilidade. Jamais haverá espaço para que uma meta desejável de celeridade desses processos e uma expectativa compreensível da opinião pública voltada à quebra de impunidade de agentes públicos e privados envolvidos na prática de supostos atos de corrupção possam motivar a inobservância dos direitos e garantias dos requeridos, nos termos e na extensão previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

Nesse contexto, um dos momentos processuais garantistas mais relevantes do processamento da ação de improbidade administrativa é o que resulta da aplicação das regras referidas nos parágrafos 6º, 7º e 8º do artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa.

Para a propositura e procedibilidade da ação de improbidade administrativa, o legislador exigiu a **existência de justa causa** (“*a ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade [...]*”), a qual será aferida pelo magistrado por meio de um **juízo de prelibação**, no prazo de trinta dias contados do oferecimento da **defesa prévia do requerido** (“*[...] o juiz mandará autuá-la (a inicial) e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, [...], dentro do prazo de quinze dias*”). Como resultados possíveis do juízo de prelibação, desde que constatada a ausência de justa causa – indícios de autoria e de materialidade da prática do ato de improbidade – nos termos do parágrafo 8º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa, o magistrado poderá rejeitar de plano a ação de improbidade administrativa, se (i) convencido da inexistência do ato de improbidade, (ii) da improcedência da ação ou (iii) da inadequação da via eleita.

Essa análise tríade sobre a procedibilidade da ação de improbidade administrativa – existência de justa causa, oferecimento de defesa prévia pelo requerido e juízo de prelibação – não deve jamais ser olvidada, inobservada ou flexibilizada em nome de uma eficiência judicial destinada a imprimir celeridade ao processo judicial, sendo indispensável que o juízo de prelibação não somente exista (dimensão garantista formal), mas que resulte em uma decisão fundamentada em que reste explícita e motivada a

existência da justa causa, considerados integralmente todos os argumentos inseridos na defesa prévia do requerido (dimensão garantista material).

A seguir, a problemática ora apontada é enfrentada, evidenciando alguns pontos de atenção para a sua melhor compreensão. Ao final, apresentam-se possíveis parâmetros e eventuais soluções para se assegurar que haja uma adequada observância da eventual existência de justa causa e para que esse juízo de prelibação configure autêntica garantia do requerido na ação de improbidade administrativa.

2. GARANTISMO E EFICIENTISMO NO COMBATE À CORRUPÇÃO E SUAS REPERCUSSÕES NOS PROCESSOS JUDICIAIS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Não se pode ignorar que muitas ações de improbidade administrativa contemporâneas estão circunscritas em um macrocontexto de conhecimento público e notório, cotidianamente retratado pela mídia brasileira. Os atos de improbidade administrativa descritos nas petições iniciais estão frequentemente inseridos em supostos esquemas de corrupção análogos àqueles investigados na denominada Operação Lava Jato – embora, é claro, esses casos análogos tenham menor expressão.

A repercussão de tal Operação já fez com que fatos nela investigados – e todo um conjunto de outros esquemas de corrupção em investigação – se tornassem de conhecimento público, a ponto de influenciar na vida dos cidadãos, das empresas e de investidores. Essa realidade, que é inegável, não deve servir para preconceitos ou estabelecimento de premissas irrefutáveis sobre pessoas e fatos.

Afinal, não se deve perder de vista a necessária presunção de boa-fé que acompanha as relações sociais, elemento justificadamente reinante no Direito Administrativo, já que a grande maioria dos agentes públicos é composta por pessoas idôneas e bem-intencionadas, assim como os particulares que se relacionam economicamente com a Administração.

É preciso parcimônia e serenidade para avaliar adequadamente cada situação em meio a uma efervescência de informações e escândalos que assolam o país. Muito embora as ações de improbidade administrativa contemporâneas situem-se na era da Operação Lava Jato, isso não significa que garantias devam ser desrespeitadas, que a legalidade possa ser desobedecida e que sejam violados os primados que regem a Lei de Improbidade Administrativa e seus consectários.

É absolutamente legítimo que a Administração Pública busque responsabilizar agentes públicos e privados envolvidos em atos de improbidade administrativa. Especialmente quando diante de esquemas de corrupção que causam prejuízo não somente ao patrimônio público e à eficiência administrativa, mas à própria percepção de legitimidade do Estado pela população. Nesse sentido, deve ser considerada louvável a conduta proativa do Ministério Público e das entidades públicas lesadas que promovem ações para apurar responsabilidades.

A questão é que uma postura imponderada, ao contrário do que pode parecer à primeira impressão, é prejudicial para a própria prevenção da corrupção e para o interesse público. Se o órgão de controle ou a entidade pública lesada não distinguem as empresas que encontram na corrupção um modo regular de atuação daquelas verdadeiramente engajadas em seus programas de *compliance*, por exemplo, que eventualmente podem não ter conseguido controlar a conduta ilícita de algum representante, o resultado é o desestímulo às práticas preventivas e éticas no mercado.

Diante disso, é pertinente registrar a análise crítica feita por Kevin E. DAVIS, professor de Direito da New York University e um dos maiores estudiosos em matéria de corrupção da atualidade, o qual procura desmistificar alguns dogmas ligados à “tolerância zero” no combate à corrupção e propor uma adequada proporcionalidade no tocante às responsabilidades. Segundo o professor norte-americano:

A força das objeções à abordagem da tolerância zero sugere que em muitas circunstâncias ela deve ser abandonada em favor de uma nova abordagem. Ao

mesmo tempo há fortes razões pragmáticas para acreditar que qualquer alternativa realista deva respeitar, o tanto quanto possível, a lógica subjacente da abordagem de tolerância zero. Isso significa começar com o pressuposto de que as empresas têm a obrigação de combater a corrupção nas contratações públicas, não só em razão dos governos com os quais lidam, mas também em razão dos membros das sociedades representados por esses governos. Isso também significa: que o remédio legal pela violação dessa obrigação deva expressar a condenação social da conduta do infrator; proteger o governo e o público em geral de qualquer dano que possa fluir de execução desses contratos; impedir violações semelhantes e seus danos associados; e manter a integridade do sistema legal.⁴

A relevância desse pensamento está em demonstrar que, apesar de as ações de improbidade administrativa atualmente estarem imiscuídas em um cenário de conhecida beligerância entre órgãos de controle, agentes públicos e entidades privadas, fato é que isso não deve servir (i) de obstáculo à individual e específica responsabilização dos requeridos e (ii) de motivo para que, a pretexto de juízo de valor formado pela incessante repercussão midiática, haja qualquer influência na convicção prévia do julgador na direção de não segregar condutas e, por consequência, enquadrar todos os réus sob um mesmo manto de suspeita na prática de atos ímprobos.

Assim, deve-se incentivar uma cultura de controle que diferencie o joio do trigo, que respeite as nuances próprias da prevenção e repressão à corrupção, a fim de que a responsabilidade de cada empresa seja atribuída na proporcionalidade de sua verdadeira culpabilidade.⁵

Especificamente no âmbito das sociedades empresariais, é ressabido que o elemento subjetivo da conduta de uma pessoa jurídica somente pode ser verificado a partir de atos praticados por seus representantes. É nesse

4 DAVIS, Kevin E. Civil remedies for corruption in government contracting: zero tolerance versus proportional liability. *New York University Law and Economics Working Papers*, Apr/2009, p. 36 (tradução livre).

5 *Idem*, p. 26-36, 49.

âmbito que os esforços preventivos e repressivos aos desvios de conduta, encampados pela sociedade empresarial, devem ser considerados quando da análise proporcional de sua culpabilidade.

Nesse esteio, a individualização da conduta imputada, bem como da pena, a tipicidade e a proporcionalidade na aplicação da sanção devem imperar. Não se pode jamais infringir garantias fundamentais sob a pretensão de uma suposta eficiência, ou em respostas a clamores midiáticos, buscando-se uma “resposta” rápida e contundente, com o propósito de, a pretexto de se fazer justiça célere, atribuir-lhe pena que não é devida ou que ultrapasse os limites de sua responsabilidade, ignorando o procedimento investigatório adequado e necessário.

No ímpeto de buscar o maior número de punições possível, partindo-se aparentemente do pressuposto de que a grande maioria dos contratos celebrados pela Administração Pública são permeados por práticas corruptas, os legitimados para a propositura da ação de improbidade administrativa vêm promovendo sucessivas ações perante o Poder Judiciário – algumas vezes de modo pouco responsável ou técnico, confundindo irregularidade com improbidade, a partir de investigações rasas, qualificando como réus sujeitos que não tiveram envolvimento direto em práticas ilícitas.

É certo que o combate à corrupção no país tem importância fundamental. É necessário, relevante e consoante ao interesse público. Entretanto, deve ser buscada a responsabilização dos sujeitos que, efetiva e comprovadamente, tiveram algum tipo de envolvimento em atos que provocaram o dano ao erário.

É inadmissível cogitar-se a imposição de penalidade como mecanismo preventivo, buscando conferir a ela caráter exemplar, com o intuito de evitar delitos futuros, na ausência de provas robustas, ao passo que se violam garantias fundamentais. Esse tipo de atuação, além de irresponsável, é temerária e perigosa. Não se pode, sob a pretensão de combater a corrupção, instaurar uma caça às bruxas, em que acabam por ser penalizados sujeitos que não tiveram envolvimento direto em ato ilícitos.

Sob esse olhar, entende-se que, independentemente de fatores externos à ação de improbidade administrativa, como pressões populares e midiáticas, o devido processo legal é direito dos requeridos e, para tanto, é dever que somente aspectos técnico-jurídicos sejam levados em consideração. Nesse sentido, é comum que as petições iniciais não imputem e não comprovem a existência de um ato ímprobo em face dos requeridos, razão essa que, se configurada, levará à inarredável conclusão de ausência de justa causa para a propositura da ação de improbidade administrativa.

3. A VERIFICAÇÃO DA JUSTA CAUSA NO JUÍZO DE PRELIBAÇÃO (ADMISSIBILIDADE) DO §8º DO ARTIGO 17 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LIA) COMO GARANTIA DO REQUERIDO

A ação civil pública por ato de improbidade representa poderosa ferramenta de combate a práticas reprováveis no exercício de funções públicas. As graves penalidades aplicáveis aos envolvidos e as severas medidas de intervenção patrimonial (como o bloqueio cautelar de bens, por exemplo) justificam o **grande destaque para o exercício de controle sobre o manejo dessa ação.**

Justamente pelo grande impacto que representa e pelas consequências causadas àqueles que respondem em juízo por ato de improbidade, a **fase de recebimento da petição inicial foi substancialmente recrudescida pela legislação.** Veja-se, por exemplo, que “a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia o sabe inocente” é tipificada como crime (artigo 19, Lei de Improbidade Administrativa).

O rito processual para o recebimento da ação possui variações próprias. Exige-se que o magistrado realize um **rigoroso juízo de admissibilidade**, a fim de evitar os excessos eventualmente perpetrados pelo autor da ação.

Neste contexto, os parágrafos 6º e 8º do artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa estabelecem o seguinte:

Art. 17 (...) § 6º A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham **indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas**, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil. (...)

§ 8º Recebida a manifestação, **o juiz**, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, **rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da im procedência da ação ou da inadequação da via eleita.** (grifou-se)

Esse dispositivo revela que a ação civil pública por ato de improbidade possui uma **condição adicional** quando em comparação com a propositura de ações comuns no âmbito cível. Trata-se do que comumente é denominado como a necessária **justa causa** para a ação. Vale ressaltar que tal elemento é traço distintivo de ação de improbidade administrativa, já que sua **característica sancionatória** impõe que, assim como em outras espécies de processo judicial (como o penal) em que se veicula pretensão sancionatória, haja um **rigoroso controle de imputação**.

A **petição inicial** deve trazer **elementos que comprovem a existência de indícios de ato ímprobo**, que permitam inferir a justa causa para o prosseguimento da ação contra cada um dos requeridos. Significa dizer, assim, que **não basta mera alegação de existência de ato de improbidade**, sendo que tal ato não poderá ser inferido de forma meramente indiciária ou indireta. O que se busca, nessas situações, é perceber, ainda em uma fase preliminar, que o ato ímprobo imputado está sustentado em conjunto probatório suficientemente idôneo a demonstrar sua existência.

Dito de outra forma, a petição inicial deve identificar qual a participação concreta ou qual o ato ímprobo praticado por cada um dos requeridos. Caso não exista qualquer prova indiciária para a sua inclusão no polo passivo, a **ilegitimidade passiva** do requerido será flagrante, pois

deverá ser verificada a **inexistência de justa causa**, o que, por consequência, também demonstra a **falta de interesse de agir do autor**.

A existência de justa causa para a propositura da ação deve ser aferida durante o **juízo de admissibilidade da petição inicial**, também denominado por **juízo de prelibação**. Nessa etapa processual, os réus já se manifestaram previamente sobre o cabimento da demanda. Por meio de **manifestação prévia**, portanto, o réu em ação de improbidade administrativa pode justificar e requerer a rejeição sumária da demanda, nos termos do parágrafo 8º do artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa.⁶ Esta **rejeição pode ocorrer integral ou parcialmente**, ou seja, a ação pode seguir em relação aos demais demandados e ser rejeitada em relação à participação de algum requerido no polo passivo da ação, **naturalmente porque o litisconsórcio passivo é facultativo e simples**.

Caso o magistrado esteja “convencido da inexistência de ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita”, o ordenamento jurídico brasileiro determina que seja rejeitada a ação civil pública, por ausência de justa causa. Veja-se que o referido dispositivo vale-se da conjunção “ou” para elencar as causas de rejeição da demanda. Isso significa que, mesmo nas hipóteses em que não é possível confirmar a inexistência do ato de improbidade, a petição inicial pode ser rejeitada.

Nesses casos, a ação civil pública por ato de improbidade deve seguir **apenas em face daqueles que se encontram verdadeiramente abrangidos pelo conjunto probatório anexado à demanda no caso concreto**.

Em relação às **demais pessoas potencialmente responsáveis** pela cobertura dos danos causados, como as instituições bancárias que concederam garantia sobre os potenciais danos ao contrato, por exemplo, a busca pela reparação deve ocorrer por ação comum. Referido artigo de lei

6 Art. 17. [...] § 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.

não pode ser usado sem lastro, sem qualquer parâmetro razoável, sob pena de responsabilização ilimitada.

A propósito, a conclusão de que é inadequada a condenação ao ressarcimento de danos ao erário quando a ação civil pública por ato de improbidade é imprópria representa um entendimento já acolhido na jurisprudência⁷. Esse entendimento se sustenta no fundamento de que a **integração no polo passivo** de ação civil pública por ato de improbidade, **por si só**, é fato que gera **danos à reputação do requerido**, não sendo razoável manter pessoas sem qualquer relação direta ou indireta no polo passivo dessas ações apenas por economia processual ou para futura averiguação de fatos e provas.

A rejeição da demanda em relação a qualquer dos requeridos é medida que se impõe quando a propositura da ação civil pública por ato de improbidade administrativa é descabida, notadamente quando a simples leitura da petição inicial e de seus documentos anexos é suficiente para se concluir que a demanda deve ser rejeitada em razão da ausência de elementos comprobatórios ou indiciários mínimos contra o requerido. **Isto é, a ausência de justa causa se configura e deve resultar na rejeição da petição inicial** quando não há imputação específica de fatos que indiquem a prática de ato de improbidade pelo requerido, assim como quando não há um conjunto probatório hábil a demonstrar, mesmo que indiciariamente, a prática de um determinado ato, ou ainda, quando não há elementos indicativos sobre a má-fé do agente público ou privado (na condição de beneficiário).

Nesse cenário, o magistrado tem o dever de não receber a ação, uma vez que não será possível verificar se a conduta realmente é reprovável e se existe nexo de causalidade com o dano ocasionado ao erário ou aos princípios administrativos. Seu dever se fundamenta, também, na

7 TRF-4 - AC: 34007420044047100 RS 0003400-74.2004.404.7100, Relator: Marga Inge Barth Tessler, Órgão Julgador: Quarta Turma, Data de Julgamento: 09/02/2011.

incumbência de controle que deve haver sobre as relações jurídicas que constituam exercício de poder sancionador.

As alegações contra cada requerido não podem ser fundadas em suposições ou alegações genéricas, destituídas de qualquer prova ou indício, até porque esta estratégia obstaculiza o direito de defesa. Nem mesmo se pode aceitar que, diante de um contexto de clamor público quanto ao cenário político e quanto ao histórico de corrupção no país, seja aceita uma ação de improbidade administrativa como mero mecanismo de justicialidade, e não de justiça.

Em relação a esse último ponto é que se enfatiza a **usual existência de tensão entre *garantismo e eficientismo***, dois extremos que levam a uma situação em que, de um lado, existe o pleno dever do Estado em preservar as garantias fundamentais de qualquer cidadão e, de outro, uma intensa vontade de oferecer respostas rápidas para casos de notório conhecimento público. Esses dois extremos, como bem se sabe, convivem em constante confronto e, em momentos como o presente, deve-se esperar que as garantias constitucionais sejam preservadas, de modo a possibilitar que imputações infundadas sejam rejeitadas, a despeito do cenário em que estejam inseridas.

É necessário que alguma **conduta específica e individualizada** seja atribuída ao réu, acompanhada da fundamentação de sua ilicitude e de provas indiciárias sobre a culpa (em caso de dano ao erário) ou dolo (em casos de enriquecimento ilícito ou violação dos princípios administrativos).

É nesse contexto que a **comprovação de justa causa** deve ser elevada à categoria de **condição da ação civil pública por ato de improbidade**. Do contrário, restará ausente o interesse processual e, por conseguinte, será inadmissível aceitar o processamento e julgamento do pedido em face do requerido.

Como as ações de improbidade administrativa exigem a justa causa para que possam ser recebidas, o **autor** tem o **dever** de apresentar as questões de fato que comprovem, no mínimo, **indícios da existência**

da conduta ímproba ou do benefício doloso. E o conjunto probatório mínimo **deve ser coletado em etapa prévia à propositura** da ação.

Enfatiza-se a necessidade de um conjunto probatório mínimo porque a ação civil pública por ato de improbidade administrativa não pode ser instrumento para a realização de **uma perquirição probatória integral**. A própria LIA exige apuração administrativa ou mesmo policial prévias à propositura da ação de improbidade administrativa, conforme se depreende dos artigos 14, 15 e 22.

Nessa linha de raciocínio, a **legitimidade passiva dos requeridos não pode ser deduzida simplesmente a partir da verificação de sua participação indireta em processo administrativo** que carrega indícios de ato de improbidade administrativa. Os efeitos da litispendência decorrentes da ação de improbidade administrativa são de tal forma severos que não podem ficar sujeitos ao alvitre do autor da demanda. Daí outra justificativa para se perquirir de forma rigorosa a justa causa.

A rejeição da demanda não objetiva somente impedir que ações temerárias, que tenham como objeto um ato de improbidade administrativa flagrantemente inexistente, tramitem contra agentes públicos. A **rejeição sumária da demanda** também tem o propósito de **evitar a inclusão imprópria de algum requerido**, ainda que a ação contenha indícios probatórios de ato de improbidade praticados por outros agentes.

Caso fosse admitida como suficiente uma frágil correlação, os autores de uma ação de improbidade administrativa teriam o dever de incluir no polo passivo, por exemplo, todos aqueles que celebraram contrato de mão-de-obra, de fornecimento de bens, de garantia ou de prestação de serviços com o consórcio durante a execução do contrato administrativo – ou seja, todos aqueles que, de alguma forma, direta ou indireta, auferiram qualquer benefício com a existência de uma contratação investigada.

Justamente por isso, **a comprovação indiciária de má-fé é uma condição para a integração do polo passivo de ação civil pública por ato de improbidade.**

Nesse ponto, convém **ressaltar dois equívocos que frequentemente são cometidos pelos autores de ações civis públicas por ato de improbidade administrativa.**

O **primeiro** deles diz respeito à imprecisão fática quanto à imputação formulada em face dos requeridos, sobretudo em relação à participação no ato e à aferição de valores supostamente indevidos decorrentes de atos de corrupção. **A generalidade com que frequentemente são feitas as acusações** nesse tocante prejudicam a caracterização da justa causa, uma vez que o espaço reservado para a demonstração de que os requeridos concorreram ou se beneficiaram dolosamente de ato de improbidade administrativa é usualmente ínfimo na petição inicial, o que revela a imprecisão na definição de suas condutas. Além disso, a suposta responsabilidade às vezes não é descrita de forma autônoma, mas atrelada a atos imputados a outro requerido, o que também inviabiliza o prosseguimento da ação.

O **segundo** dos elementos é a forma com que o pedido de condenação é frequentemente apresentado. Diante da **zona cinzenta** em que os fatos e os atos são imputados, há usualmente um pedido de responsabilização solidária para ressarcimento de valores **que muitas vezes não dizem respeito, em absoluto, aos requeridos, pois decorrentes de contratos administrativos estranhos ao conhecimento ou à participação dos requeridos**, sem qualquer individualização do montante devido por cada um dos réus. Ou ainda, **dizem respeito a casos em que, no máximo, haveria alguma irregularidade administrativa, o que jamais ensejaria o dever de ressarcimento, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração Pública.**

Esses vícios, quando presentes, militam favoravelmente à conclusão de que a ação civil pública por ato de improbidade proposta não atende às condições mínimas para o seu prosseguimento. Nesses casos, por ausência de elementos que comprovem a justa causa, a decisão entendida como a mais adequada e conforme o ordenamento jurídico brasileiro seria a **rejeição da ação** em relação à Consulente.

4. DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA SOBRE A NECESSIDADE E OS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA JUSTA CAUSA

A doutrina busca conferir aspecto sensivelmente garantista à ação de improbidade administrativa, especialmente pelo seu caráter sancionador. Como resultado, assevera-se frequentemente a impossibilidade de imputações genéricas e não amparadas em prova indiciária, por adequada interpretação do artigo 17, §6º da Lei de Improbidade Administrativa. Nesse sentido, Daniel Amorim Assumpção NEVES indica que:

A formulação de petição inicial na qual não se tipifica a conduta do réu é inepta e deve ser indeferida, quando muito permitir-se a emenda para que o autor saneie o vício e evite a extinção terminativa. **Fundamentação jurídica é indispensável e, no caso da improbidade administrativa, isso significa tipificação da conduta** [...] Fundamento jurídico é o liame jurídico entre os fatos e o pedido, ou seja, é a explicação à luz do ordenamento jurídico do porquê de o autor merecer o que está pedindo diante dos fatos que narrou, não se confundindo, portanto, com fundamento legal⁸. (grifou-se)

Exatamente por esses motivos e por conta do conturbado cenário no qual se inserem as ações de improbidade administrativa contemporâneas, a melhor medida para imprimir justiça é exigir que a legalidade presida qualquer atuação judicial, respeitando-se as garantias fundamentais dos acusados.

Sobre o assunto, César Asfor ROCHA ensina que a demonstração de justa causa para a propositura é uma exigência própria das ações civis públicas por ato de improbidade. Leia-se:

8 NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. *Manual de improbidade administrativa*. São Paulo: Método, 2012, p. 190-191.

[...] nas ações em que a pretensão do autor é a imposição de uma penalidade ou a aplicação de uma sanção, faz-se a exigência de um quarto elemento, adicional àqueles três, qual seja, a **justa causa**. [...]

Pois essa exigência (a da justa causa) e **esse cortejo de efeitos também se fazem presentes na análise da inicial da ação por ato de improbidade administrativa** (e de todas as ações sancionadoras), que **deverá trazer no seu contexto a demonstração da seriedade e da consistência da promoção, mostrando – não apenas com esforço narrativo, mas com elementos materiais seguros e confiáveis – a materialidade do ilícito que se aponta e indicando, também com dados suficientes, seguros e sérios, quem seja o seu praticante**; pode-se afirmar que sem essa demonstração objetiva, não estará satisfeita a exigência da justa causa⁹. (grifou-se)

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça tem pacificado a discussão acerca da **necessidade de provas concretas** capazes de demonstrar a conduta e o nexo causal para a configuração do ato de improbidade administrativa.¹⁰

Ou seja, quando a pretensão do autor corresponder à imposição de uma penalidade ou a aplicação de uma sanção, conferindo-lhe o caráter de acusação, é imprescindível que o autor forneça o mínimo de provas para dar amparo à sua alegação. Esse conjunto probante mínimo é que se denomina “justa causa”. Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se o seguinte precedente:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE NO ACÓRDÃO RECORRIDO. RECEBIMENTO DA INICIAL. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. PRESENTES INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E EXISTÊNCIA DA CONDUTA DESCRITA COMO ÍMPROBA. NECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA.

9 ROCHA, Cesar Asfor. *Breves reflexões críticas sobre a Ação de Improbidade Administrativa*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012, p. 24 e 28.

10 REsp 1023904/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 01/06/2010, DJe 03/08/2010.

COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRELIMINAR. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO.

1. As ações judiciais calcadas em dispositivos insertos no domínio do Direito Sancionador devem observar um procedimento que lhes é peculiar, como é o caso da Ação de Improbidade Administrativa, que seguirá obrigatoriamente rito próprio.
2. **Além das formalidades previstas no art. 282 do CPC, a petição inicial da Ação de Improbidade Administrativa deve ser instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes de autoria e de existência do ato de improbidade, ou seja, não se lastrear em justa causa.**
3. Ao receber a inicial, cabe ao Magistrado fundamentar as razões preliminares de sua decisão que demonstrem a existência de justa causa; tal fundamentação se baseará em juízo sumário de admissibilidade, não sendo necessária, nessa fase, prova incontestável do ato de improbidade, como se exigirá para o eventual juízo condenatório futuro. [...] ¹¹

Repita-se que, diante da gravidade das consequências jurídicas, sociais, morais e patrimoniais que decorrem do ajuizamento de uma ação de improbidade administrativa, **não se pode permitir** que o autor planeje dela utilizar-se como uma **expedição exploratória**, para a partir dela coletar eventuais indícios da existência de atos de improbidade administrativa.

Nesse sentido, é oportuna a lição de Cássio Scarpinella BUENO, que se refere à necessidade de que as provas acompanhem a petição inicial, especialmente e com mais vigor nos casos de ação civil pública por ato de improbidade administrativa:

A “legislação vigente” referida pelo final do dispositivo é suficientemente clara, de qualquer sorte, quanto à **necessidade de as provas dos fatos alegados na petição inicial já acompanharem a prática daquele ato**. Claros neste sentido não só o art. 283 do Código de Processo Civil mas também os arts. 396 e 397, que **só admitem a juntada de documentos depois da petição inicial (e da contestação)**

11 STJ; REsp 1153853 / RJ; 2009/0149730-1; Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho; Órgão Julgador: Primeira Turma; Data do Julgamento: 03/09/2013; Data da Publicação/ Fonte: DJe 24/09/2013.

quando forem novos, assim entendidos aqueles ‘[...] destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos. [...]’

[...] a petição inicial da ação de improbidade administrativa deve ser proporcionalmente mais substancial do que a das outras ações que não têm esta fase preliminar de admissibilidade da inicial em contraditório tão aguda¹². (grifou-se)

É necessário, portanto, que o autor já tenha realizado a tarefa que lhe cabe, no sentido de já ter incorporado à exordial os elementos que permitam a constatação da tipicidade da conduta e a viabilidade da acusação.

5. CONCLUSÕES: LIMITES DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE* E O JUÍZO DE PRELIBAÇÃO COMO GARANTIAS DO REQUERIDO NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O STJ tem jurisprudência consolidada no sentido de que “(a) presença de indícios de cometimento de atos ímprobos autoriza o recebimento fundamentado da petição inicial nos termos do art. 17, §§ 7º, 8º e 9º, da Lei n. 8.429/1992, devendo prevalecer, no juízo preliminar, o princípio do *in dubio pro societate*”.¹³

12 BUENO, Cássio Scarpinella. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 144-145.

13 Precedentes: AgRg no AREsp 604949/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 05/05/2015, DJe 21/05/2015; AgRg no REsp 1466157/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 18/06/2015, DJe 26/06/2015; REsp 1504744/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 16/04/2015, DJe 24/04/2015; AgRg nos EDcl no AREsp 605092/RJ, Rel. Ministra Marga Tessler (Juíza Federal Convocada do TRF 4ª Região), Primeira Turma, julgado em 24/03/2015, DJe 06/04/2015; AgRg no AREsp 612342/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05/03/2015, DJe 11/03/2015; AgRg no AREsp 444847/ES, Rel. Ministro

Por mais que se possa dizer que haveria uma tendência favorável ao recebimento da petição inicial, pois vigeria o princípio *in dubio pro societate*, essa presunção deve ser relativizada quando se está diante de hipótese de que os documentos que acompanham a exordial não permitem extrair sequer uma perspectiva de existência do ato de improbidade administrativa imputado.

O princípio *in dubio pro societate* não significa que o eventual arrolamento impróprio de determinados requeridos deva ser tolerado pelo juízo. Caso contrário, se houvesse a prevalência irrestrita do princípio do *in dubio pro societate*, não haveria razão de existir a rigorosa etapa de admissibilidade da petição inicial.

É dizer, **o benefício social da dúvida somente socorrerá o autor** nos casos em que a petição inicial contiver a correta **individualização das condutas** do requerido, a fundamentação jurídica sobre a sua ilicitude e os **indícios probatórios suficientes para causar dúvida razoável sobre a sua legitimidade passiva**.

Inclusive, a aplicação do princípio do *in dubio pro societate*, no caso de quem é beneficiado por suposto ato de improbidade, está diretamente condicionado à existência de indícios de que essa pessoa agiu com má-fé. Isso porque, inexistindo indícios materiais sobre a conduta imprópria do terceiro beneficiado, inexistindo o apontamento individualizado das condutas por ele praticadas, inexistente também dúvida sobre o cabimento da ação, impondo-se a sua rejeição de plano.

Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 05/02/2015, DJe 20/02/2015; AgRg no REsp 1455330/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 16/12/2014, DJe 04/02/2015; REsp 1259350/MS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 22/10/2013, DJe 29/08/2014; AgRg no AREsp 318511/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 05/09/2013, DJe 17/09/2013; AgRg no AREsp 268450/ES, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 19/03/2013, DJe 25/03/2013; AREsp 531550/SP (decisão monocrática), Rel. Ministra Assusete Magalhães, julgado em 05/03/2015, DJe 05/03/2015.

Tome-se como referência o teor do voto do desembargador relator, acolhido por unanimidade, no Agravo de Instrumento nº 5010092-41.2016.404.0000, que tramita perante o **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, em ação civil pública por ato de improbidade relacionada a fatos investigados na **Operação Lava Jato**. Na ocasião, o relator entendeu que, pela insuficiência do conjunto probatório, **a dúvida existente quanto à intenção do agravado de contribuir para a perfectibilização do esquema criminoso investigado pela autoridade policial, na forma como estabelecida pelos elementos dos autos, é capaz de afastar a incidência do princípio do *in dubio pro societate*, indicando a solução da questão por meio do acolhimento da dúvida em benefício do réu.** (grifou-se)¹⁴.

Raciocínio semelhante pode ser aplicado a uma situação em que um contratado requer à Administração Pública um determinado benefício, como, por exemplo, um aditivo contratual para reequilíbrio econômico-financeiro, e esse lhe é concedido, ainda que juridicamente indevido. Neste caso, se ausente a comprovação de indícios de má-fé do particular, não há que se falar em legitimidade passiva para responder à ação de improbidade administrativa.

O próprio STJ já referendou o posicionamento de que **não se aplica o princípio do *in dubio pro societate* e que é correta a rejeição da petição inicial quando não se comprovarem indícios de que a conduta do agente careceu de boa-fé.** Na ocasião, qualificou-se como correto o entendimento de que “(r)equerer um benefício, ainda que sem amparo em direito, deve levar ao indeferimento da pretensão pela Administração, e não à submissão do requerente à gravosa situação de figurar no polo passivo de ação por improbidade administrativa”.¹⁵

14 TRF4, AG 5010092-41.2016.404.0000, Terceira Turma, Relator Fernando Quadros da Silva, julgado em 28/06/2016.

15 STJ, REsp 1127438/PI, Segunda Turma, Relator Min. Castro Meira, julgado em 18/02/2011.

Conclusão idêntica tem lugar quando não há indícios de que uma determinada empresa agiu com má-fé quando se beneficiou financeiramente de ato de improbidade cometido por autoridade administrativa.¹⁶ A imperiosidade da rejeição da ação, em relação a tal empresa, não é abalada mesmo se existirem indícios probatórios de que outra empresa, seja ou não sua consorciada, eventualmente tenha concorrido ou induzido a prática do ato ímprobo. Em situações como essas, o princípio do *in dubio pro societate* não será aplicável e a rejeição da ação tornar-se-á imperativa.

Portanto, o princípio do *in dubio pro societate* não impõe ao juízo o arrolamento impróprio ou inadequado de determinados requeridos. Em verdade, se tal raciocínio realmente norteasse a ação do Judiciário, seria despropositada a fase de apreciação da admissibilidade da petição inicial.

Frente a isso, resta concluir que, para além do critério jurisprudencial do *in dubio pro societate*, a presunção daí extraída não pode servir de “cheque em branco” para recebimento da petição inicial. O convencimento judicial precisa se circunscrever a uma margem de controle das partes, de modo que aquela presunção somente incidiria na hipótese de as provas preliminares demonstrarem indícios de ocorrência do fato imputado.

Conforme destacou-se, apesar da celeridade com que os processos judiciais de improbidade administrativa devam tramitar, não se pode descuidar em nenhum momento da observância dos direitos e garantias de defesa dos requeridos, sob pena de uma desejada eficiência judicial se sobrepor ao conjunto de garantias que inafastavelmente devem ser asseguradas no transcurso da ação de improbidade administrativa, implicando um ataque frontal às bases materiais do Estado Democrático de Direito.

A análise judicial escorreita sobre a procedibilidade da ação de improbidade administrativa – existência de justa causa, oferecimento de

16 Cf. BARBOZA, Márcia Noll (coord). *Cem perguntas e respostas sobre improbidade administrativa: incidência e aplicação da lei n. 8429/1992*. Brasília: ESMPU, 2008, p. 36.

defesa prévia pelo requerido e juízo de prelibação – não deve jamais ser olvidada, inobservada ou flexibilizada em nome de uma eficiência judicial destinada a imprimir celeridade ao processo judicial, sendo indispensável que o juízo de prelibação (admissibilidade) não somente exista (dimensão garantista formal), mas que resulte em uma decisão fundamentada em que reste explícita e motivada a existência da justa causa, considerados integralmente todos os argumentos inseridos na defesa prévia do requerido (dimensão garantista material).

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOZA, Márcia Noll (coord). *Cem perguntas e respostas sobre improbidade administrativa: incidência e aplicação da lei n. 8429/1992*. Brasília: ESMPU, 2008, p. 36.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 144-145.

DAVIS, Kevin E. Civil remedies for corruption in government contracting: zero tolerance versus proportional liability. *New York University Law and Economics Working Papers*, Apr/2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. *Manual de improbidade administrativa*. São Paulo: Método, 2012, p. 190-191.

ROCHA, Cesar Asfor. *Breves reflexões críticas sobre a Ação de Improbidade Administrativa*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.

**Fator de atribuição do dever indenizatório do Estado
– superação da dicotomia entre responsabilidade
objetiva por condutas comissivas e subjetiva por
condutas omissivas**

***Factor of allocation of the indemnity duty to the
State – overcoming the dicotomy between objective
responsibility for commissive and subjective conduct
for omissive conducts***

Roberto Altheim¹

RESUMO: A partir da superação do modelo tradicional/liberal, a teoria da responsabilidade civil tem cada vez mais se distanciado da ilicitude como fundamentação do dever de indenizar por danos. Adotando-se este entendimento à responsabilidade civil do Estado por atos administrativos extracontratuais, entende-se que o fator de atribuição do dever de indenizar

1 Mestre em Direito das Relações Sociais (UFPR). Especialista em Direito Empresarial (PUC/PR). Especialista em Contratos Empresariais (UFPR-ESA/OABPR). Especialista em Advocacia Pública (AVM/IDDE). Procurador do Estado do Paraná. Professor de Direito Civil na Universidade Positivo em graduação e pós-graduação. Membro Presidente da Comissão de Advocacia Pública da OAB – Seção Paraná. Membro do Grupo de Pesquisa Virada de Copérnico (PPGD-UFPR).

do ente público deve ser a má prestação do serviço público conforme as possibilidades concretas no caso analisado.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil; pressupostos; fator de atribuição; Estado; má prestação do serviço público.

ABSTRACT: From the overcoming of the traditional/liberal model of civil liability theory, the illicitness as a requirement of the duty to indemnify damages has been surpassed. By adopting this understanding of civil liability of the State for non-contractual administrative acts, it is understood that the attribution factor of the duty to indemnify should be the poor provision of the public service according to the concrete possibilities in the case analyzed.

KEYWORDS: Civil liability; requirements; attribution factor; State; quality of public service.

1. INTRODUÇÃO

Costuma-se afirmar que a responsabilidade civil² é o campo de estudo jurídico destinado às condenações a reparar danos patrimoniais

2 Apesar de ter se consolidado a expressão “responsabilidade civil”, há quem diga que a melhor denominação seria “responsabilidade patrimonial”. Neste sentido: “(...) daí ser possível vislumbrar três tipos diversos de responsabilidades jurídicas: a civil, a penal e a disciplinar. A responsabilidade civil, que é melhor definida como responsabilidade patrimonial, envolve, como o próprio nome diz, o patrimônio de alguém, e refere-se individualmente a uma pessoa. Significa, em suma, o restabelecimento do equilíbrio patrimonial existente antes do dano. Responsável, assim, será o homem ou a entidade por ele criada para agir, segundo Edmir Netto de Araújo. O próprio Estado é responsável patrimonialmente por seus atos” (SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do Estado intervencionista*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 121).

ou compensar danos extrapatrimoniais (morais)³. Vários dos conceitos tradicionais há muito repetidos a respeito do tema vêm sendo abalados por recentes estudos⁴, o que se reflete também na análise da imputação do dever de indenizar ao Estado por danos decorrentes de atividade administrativa⁵ extracontratual⁶.

Este artigo pretende contribuir para o estudo jurídico do dever de indenizar atribuído aos entes públicos em razão de atividade administrativa extracontratual não ligada a desapropriações ou limitações administrativas à propriedade privada⁷.

3 Quanto à nomenclatura, utilizar-se-á neste trabalho indistintamente as expressões “dano moral” e “dano extrapatrimonial”, apesar de se saber que, “com relação aos danos morais, em verdade, pela ausência de nomenclatura específica, na realidade corresponde aos danos não patrimoniais, posto que não atinjam nosso corpo ou nosso patrimônio” (SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. *Dano moral imoral – o abuso à luz da doutrina e jurisprudência*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 57).

4 A respeito: ALTHEIM, Roberto. *Novas perspectivas do dever de indenizar – o necessário repensar de algumas afirmações tradicionais a respeito da tutela de danos*. In: SOUZA, André Peixoto de; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. *Questões de direito contemporâneo*. Curitiba: Instituto Latino-Americano de Argumentação Jurídica, 2015.

5 Este trabalho não envolverá análise de condenações decorrentes de atos legislativos/normativos ou judiciais, já que nessas situações há forte influência de normas constitucionais a respeito do exercício soberano dos Poderes Legislativo e Judiciário, o que não é objeto desta análise.

6 Os danos causados por atividade contratual sofrem decisiva influência da legislação a respeito de contratos públicos, em especial da Lei n. 8.666/93, que não é objeto desta pesquisa.

7 Neste sentido, a doutrina ensina que “é importante esclarecer que o problema da responsabilidade do Estado não pode nem deve ser confundido com a obrigação, a cargo do Poder Público, de indenizar os particulares naqueles casos em que a ordem jurídica lhe confere o poder de investir diretamente contra o direito de terceiros, sacrificando certos interesses privados e convertendo-os em sua correspondente expressão patrimonial. A desapropriação é o exemplo típico desta situação. Nestes casos – que incluem, além dela, inúmeros outros, como o tombamento, a servidão, a requisição, a chamada ocupação

Apesar de algumas vezes afirmarem que o estudo das hipóteses em que o Estado é chamado a pagar indenização nessas situações não deve sofrer influência do Direito Privado⁸, não há dúvidas de que a teoria geral das indenizações por danos a elas se aplica. Isso porque as relações indenizatórias têm como seu substrato uma relação jurídica obrigacional, que tem sua estrutura delimitada pela Parte Geral do Código Civil e pelo seu Capítulo I do Título IX do Livro I da sua Parte Especial⁹. Dessa forma, não há como se estudar o dever jurídico de um ente público pagar indenização por danos causados por seus agentes sem que antes se apresentem lições a respeito do dever de indenizar decorrentes de normas previstas no Código Civil.

Assim, torna-se imprescindível o diálogo entre as doutrinas civilista/privatista e administrativista/publicista a respeito do dever de indenizar imposto ao Estado. A partir disso pode-se descrever os pressupostos do dever de indenizar aplicados aos entes públicos conforme a teoria contemporânea da responsabilidade civil.

Então, uma vez revisado o que vem sendo dito a respeito dos pressupostos para o Estado ser juridicamente devedor de uma indenização conforme as lições mais contemporâneas da responsabilidade civil, tornar-se-á clara a superação da dicotomia entre responsabilidade civil

temporária –, (...) a indenização deve ser prévia” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 1010).

8 Entre outros: CARVALHO NETO, Inacio de. *Responsabilidade do Estado por atos de seus agentes*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 12-13. Nessa esteira, afirma-se que “na terceira e última fase da evolução do instituto, a questão desabrocha e se desenvolve no terreno próprio do direito público, pretendendo-se desvinculada de todo apoio tomado ao direito civil” (CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 22).

9 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 1050. AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 130.

subjetiva, para condutas omissivas, e objetiva, para condutas comissivas. Em outras palavras: não faz mais sentido distinguir se os fatos ensejadores de uma pretensão indenizatória em face do Estado se enquadram numa ou noutra moldura.

2. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONFORME DOCTRINA CONTEMPORÂNEA

A teoria geral da responsabilidade civil tradicionalmente afirma que o dever de indenizar é um dever secundário decorrente da violação de uma obrigação originária. Assim, toda indenização por danos teria como pressuposto um ato ilícito (violação voluntária a dever jurídico). Nesse sentido, afirma Carlos Roberto GONÇALVES que “a responsabilidade é, pois, a consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional”¹⁰. Sérgio CAVALIERI FILHO, na mesma esteira, ensina que:

A violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um dever jurídico originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo. (...) Tem-se, aí, um dever jurídico ordinário, correspondente a um direito absoluto. Para aquele que descumprir esse dever surgirá um outro dever jurídico: o da reparação de dano. É aqui que entra a noção de responsabilidade civil. (...) Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico¹¹.

10 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. v. 4, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 20.

11 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 2.

Esta ideia decorre do apego ao modelo liberal/iluminista iniciado nas legislações civis pelo Código Civil francês de 1804 e retratado no Código Civil brasileiro de 1916, que baseava a imposição de obrigações no racionalismo (autonomia da vontade). Note-se que o Código Civil de 1916 estabelecia em seu artigo 159 que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. Afirmava ainda, em sua segunda parte, que “a verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.521 a 1.532 e 1.542 a 1.553”, remetendo a dispositivos que tratavam de “obrigações por atos ilícitos”. Perceba-se, portanto, que a primeira parte do dispositivo legal associava o ato ilícito à obrigação de reparar o dano. Já a segunda parte determinava que mesmo nas hipóteses de responsabilidade por ato de outrem estar-se-ia verificando culpa (ilicitude), bem como remetia a dispositivos legais sobre “obrigações por atos ilícitos” e “liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos”.

Naquele descrito caldo cultural não era admitido o dever de indenizar sem um ato de vontade livre do sujeito, contrário aos deveres gerais de cautela e que violasse direito de outrem¹². Costuma-se denominar de “responsabilidade civil subjetiva” essa moldura normativa a ser preenchida para que alguém seja obrigado a indenizar um dano a partir da prática de um ato ilícito (culpa ou dolo).

A partir do reconhecimento de que os valores iluministas nunca se fizeram valer por completo na sociedade brasileira¹³, passou-se a relativizar a necessidade do ilícito como pressuposto do dever de indenizar danos em quaisquer situações. Inicialmente a jurisprudência passou a reconhecer hipóteses de presunção de culpa (por exemplo a antiga Súmula 341 do

12 ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 21-56.

13 Entre outros, cita-se ROUANET, Sergio Paulo. *Mal-estar na modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

Supremo Tribunal Federal¹⁴), bem como surgiram leis prevendo deveres de reparar danos independentemente de culpa¹⁵, o que se costumou denominar de “responsabilidade objetiva”.

Atualmente o Código Civil de 2002 deixou definitivamente claro que a ilicitude não é imprescindível para que surja o dever de reparar danos¹⁶. Isso se confirma até mesmo pela localização dos artigos 186 e 187 (que conceituam ato ilícito) e do artigo 927 (que trata da regra geral sobre responsabilidade civil):

PARTE GERAL

LIVRO III – DOS FATOS JURÍDICOS

TÍTULO III – DOS ATOS ILÍCITOS

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

14 Em 1963, o STF sumulou o entendimento de que “é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”. Atualmente não se discute a culpa em ações de indenização dirigidas ao empregador por danos causados pelo empregado, de forma que não mais há que se falar em presunção de culpa (inversão do ônus da prova), conforme artigos 933 e 944 do Código Civil de 2002.

15 O Código Civil de 2002 é repleto de hipóteses legais de imposição do dever de indenizar danos independentemente de culpa (exemplos: segunda parte do parágrafo único do artigo 927, art. 931, art. 933 etc.). Outras leis também assim determinaram, como por exemplo: artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, art. 246 do Código de Aeronáutica (Lei 7565/86), art. 14, §1º da Lei 6938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) etc.

16 O que já podia ser percebido anteriormente, mas a partir do Código Civil de 2002 ficou ressaltado.

PARTE ESPECIAL

TÍTULO IX

DA RESPONSABILIDADE CIVIL

CAPÍTULO I

DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Os artigos 186 e 187 positivam o conceito de ato ilícito: conduta comissiva ou omissiva voluntária (praticado por alguém imputável) e contrária ao direito (violador de dever jurídico preexistente) por culpa (violação a dever de cuidado), por dolo (violação intencional de norma jurídica) ou por abuso de direito (violação de deveres decorrentes da boa-fé objetiva, dos fins econômicos ou sociais ou dos bons costumes). Nesse sentido, afirma-se que os atos ilícitos “se concretizam em procedimentos em desconformidade com o ordenamento legal, ou ao arrepio dele, violando um mandamento ou uma proibição do direito”¹⁷. Cumpre aqui ressaltar que, diferentemente do que ocorria no revogado Código Civil de 1916, o artigo que atualmente conceitua ato ilícito não fala em nenhum momento em dever de reparar o dano (art. 186 do Código Civil de 2002)¹⁸. Não fosse só isso, a conceituação de ato ilícito está colocada na Parte Geral do Código, dedicada, grosso modo, às regras a respeito da teoria geral da relação jurídica. Já na Parte Especial, onde são apresentadas regras específicas sobre as diferentes possibilidades de relações jurídicas

17 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 32.

18 Lembre-se que o artigo 159 do Código Civil de 1916 finalizava com a expressão “fica obrigado a reparar o dano”. O artigo 186 do Código Civil de 2002 não menciona em momento algum o dever de reparar o dano.

(obrigacionais, de posse e propriedade, parentais, matrimoniais e decorrentes de sucessão hereditária), vem o trecho do Código que trata especificamente da responsabilidade civil (dever de indenizar), iniciando-se pelo citado artigo 927. A ilicitude, portanto, é apenas um dos possíveis fatores de atribuição da responsabilidade civil.

Uma vez sedimentado o descolamento entre a ilicitude e o dever de indenizar, cumpre brevemente relatar que hodiernamente a doutrina civilista tem apontado, com algumas variações, como pressupostos do dever de indenizar¹⁹: (i) o dano injusto²⁰, (ii) o nexo de imputação (também chamado de fator de atribuição)²¹ e (iii) o nexo de causalidade.

Quanto à ideia de fator de atribuição (ou nexo de imputação), tema principal deste artigo, Pablo Malheiros da CUNHA o define como “um fator de justiça que autoriza a condenação do lesante e(ou) responsável em reparar o dano à vítima”²², sendo que o rol de nexos de imputação “é sempre dinâmico e pode ser alterado por lei, pela literatura jurídica e pela jurisprudência, sempre visando uma adequada tutela à vítima”²³. No mesmo sentido:

19 ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008.

20 “(...) qualquer dano, tanto a coisas como a pessoas, só será objeto de reparação se corresponder a um interesse que seja socialmente tido como sério e útil; não haverá tutela para interesses que não tenham essas características” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 475); “(...) o dano será injusto quando, ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 179).

21 Afirma-se que a ilicitude é apenas um dos possíveis fatores de atribuição da responsabilidade civil, conforme *caput* do artigo 927 do Código Civil.

22 FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos – imputação e nexo de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 189.

23 ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de*

(...) o esquema contemporâneo da responsabilidade civil está embasado em diversos critérios legais de imputação do dever de reparar o dano injusto. São estes critérios que se denominam como nexos de imputação ou fatores de atribuição. (...) O rol de fatores de atribuição da responsabilidade civil não é taxativo, mas sim, aberto e dinâmico, podendo ser ampliado por meio legislativo, doutrinário ou jurisprudencial²⁴.

Assim, de acordo com a teoria contemporânea da responsabilidade civil, deve-se perquirir qual o fator de atribuição (ou nexo de imputação) que justifica a imputação do dever de reparar danos ao Erário por atos administrativos extracontratuais.

3. BREVE RELATO DA EVOLUÇÃO DA DOUTRINA ADMINISTRATIVISTA SOBRE O FATOR DE ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL AO ESTADO

Na esteira do apego à autonomia da vontade (racionalismo) para a imputação do dever de indenizar antes descrito, que pressupunha uma conduta voluntária contrária ao direito para que surgisse a responsabilidade civil, a teoria administrativista inicialmente afirmava que o ilícito é imprescindível para condenação de um ente público²⁵.

As características do Estado (gigantismo da administração, burocratização dos atos, etc.) certamente dificultam muito (senão impossibilitam) a demonstração desta culpa caracterizadora da ilicitude. Assim, e em razão do apego da teoria tradicional civilista da responsabilidade

indenizar. Curitiba: Juruá, 2008, p. 189.

24 Ibidem, p. 129.

25 FERREIRA, Aparecido Hernani. *Responsabilidade do Estado: reparação por dano moral e patrimonial*. Campinas: Servanda Editora, 2006, p. 296.

civil à autonomia da vontade, a doutrina administrativista passou a defender que os requisitos para condenações por danos do Estado seriam outros. Celso Antônio Bandeira de MELLO afirma que:

a responsabilidade do Estado obedece a um regime próprio, capaz de compatibilizar-se com as peculiaridades de sua pessoa, com o tipo e origem de danos passíveis de serem por ele produzidos e apta a resguardar o patrimônio privado contra os riscos ligados a ações e omissões estatais.

Daí que a história da responsabilidade do Poder Público por danos reflete uma contínua evolução e adaptação a estas peculiaridades do Estado²⁶.

Nesse caminhar, inicialmente afirmou-se que a ilicitude no campo do Direito Administrativo prescindiria da análise da culpa do servidor público envolvido na atividade danosa²⁷. Fernanda MARINELA afirma que:

Para mais uma vez proteger a vítima, facilitando o conjunto probatório, a evolução abre espaço para que a responsabilidade passe da subjetiva na culpa do agente para a subjetiva na culpa do serviço. Nesse caso, a vítima não precisa apontar o agente; basta a demonstração de que o serviço não foi prestado quando deveria ter sido, ou foi prestado de forma ineficiente ou foi malfeito ou a prestação ocorreu com atraso quando deveria funcionar a tempo, o que se denomina falta do serviço, ou para os franceses “a ‘faute du service’”, também conhecida por culpa anônima²⁸.

Costuma-se dizer que o “julgamento do famoso arrêt Blanco de 1873 admitiu responsabilidade mesmo se a falta não pudesse ser imputada a determinado agente”²⁹. No Brasil, afirma-se que a partir do julgamento pelo

26 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 1014.

27 GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 195.

28 MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 964.

29 Segundo ensina DI PIETRO a respeito de tal julgado: “a menina Agnès Blanco, ao

Supremo Tribunal Federal do recurso extraordinário n. 20.372, de 1958³⁰, adotou-se tal “falta do serviço”³¹ ou “culpa administrativa”³² como fator de atribuição da responsabilidade civil do Estado. Importa aqui destacar que a doutrina administrativista afirma que esta ideia de “falta de serviço” mantém a necessidade de ilicitude para condenação do ente público, não se afastando dos limites da responsabilidade civil subjetiva³³.

Ainda com o intuito de promover melhores possibilidades de reparo aos danos causados pela atividade estatal, há quem afirme que a responsabilidade do Estado teria abandonado seus fundamentos civis para, então, prescindir totalmente da análise da culpa (seja culpa individual

atravessar uma rua da cidade de Bordeaux, foi acolhida por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo; seu pai promoveu ação civil de indenização, com base no princípio de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência de ação danosa de seus agentes. Suscitado conflito de atribuições entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo, o Tribunal de Conflitos decidiu que a controvérsia deveria ser solucionada pelo tribunal administrativo, porque se tratava de apreciar a responsabilidade decorrente de funcionamento do serviço público. Entendeu-se que a responsabilidade do Estado não pode reger-se pelos princípios do Código Civil, porque se sujeita a regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os interesses privados” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 706).

30 A decisão foi assim ementada: “*Responsabilidade civil do Estado – Culpa administrativa – Risco. Responde o Estado pelos danos decorrentes da negligência ou do mau aparelhamento do serviço público*”.

31 CARVALHO NETO, Inacio de. *Responsabilidade do Estado por atos de seus agentes*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 108-109.

32 FERREIRA, Aparecido Hernani. *Responsabilidade do Estado: reparação por dano moral e patrimonial*. Campinas: Servanda Editora, 2006, p. 283.

33 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 1020.

do agente ou culpa administrativa)³⁴. Isso principalmente a partir da Constituição Federal de 1946³⁵, e atualmente nos termos do §6º do artigo 37 da Lei Maior. Nessa esteira, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO afirma que

(...) ao contrário do direito privado, em que a responsabilidade exige sempre um ato ilícito (contrário à lei), no direito administrativo ela pode decorrer de atos ou comportamentos que, embora lícitos, causem a pessoas determinadas ônus maior do que o imposto aos demais membros da coletividade³⁶.

Então, notadamente após as lições bem traçadas por Celso Antônio Bandeira de Mello, afirma-se que: (i) para atos comissivos da Administração Pública o dever de indenizar seria analisado pela moldura da responsabilidade civil objetiva; (ii) para atos omissivos (serviço público não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) aplica-se a responsabilidade civil subjetiva; e (iii) para danos decorrentes de situação de risco propiciada pelo Estado analisa-se pelos ditames da responsabilidade objetiva³⁷.

Nesse caminhar, há quem afirme que os pressupostos da responsabilidade civil do Estado seriam diferentes daqueles aplicáveis a outras hipóteses de reparar danos, pois enquanto para o Direito Civil o dever de indenizar decorreria do ilícito, no Direito Administrativo esse mecanismo estaria superado. Aparecido Hernani FERREIRA afirma a respeito que:

34 A respeito, ensina a doutrina que “a evolução da responsabilidade do Estado (...) teve como escopo principal a diminuição e, no limite, a eliminação da impunidade estatal. Da irresponsabilidade ao risco, uma enorme gama de teorias foram desafiadas, sempre visando restringir ao máximo a irresponsabilidade do Estado” (SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do Estado intervencionista*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 172).

35 Ibidem, p. 1045.

36 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 703.

37 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 1026-1036.

Nessa teoria, a caracterização fica condicionada à comprovação de três elementos: a conduta estatal, o dano e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano. Aqui não há exigência de se demonstrar o elemento subjetivo; não se fala em culpa ou dolo. Na responsabilidade objetiva, a obrigação de indenizar incumbe ao Estado em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Caso o Administrador pratique condutas ilícitas, a indenização deve acontecer, e o fundamento é o princípio da legalidade³⁸.

Basta o nexo de causalidade entre o dano e seu causador. O Estado indeniza os danos que ele causou, salvo prova de que a vítima concorreu para que o evento ocorresse, sem que o Estado tivesse qualquer participação ou que este não surgiu por comportamento do Estado. Não é preciso haver mais ato ilícito³⁹.

Esse estado de coisas faz com que se torne muito relevante nas ações de indenização em face do Estado a discussão sobre nexo de causalidade. Isto porque as tradicionais lições da teoria da responsabilidade civil afirmam que as hipóteses de força maior, caso fortuito e “culpa”⁴⁰ exclusiva da vítima ou de terceiro afastariam o nexo de causalidade⁴¹ e, por consequência, o dever de indenizar. Assim, a discussão sobre prova do nexo de causalidade (ligação de causa e efeito entre o ato do agente público e o dano) chega a ser mais importante do que a própria análise da conduta administrativa, em especial quando se trata de ato comissivo. Ferreira afirma que:

(...) a obrigação de reparar os danos só ocorrerá se puder considerar este como consequência do fato gerador. Necessário um prognóstico a fim de esclarecer se

38 MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 965.

39 FERREIRA, Aparecido Hernani. *Responsabilidade do Estado: reparação por dano moral e patrimonial*. Campinas, Servanda Editora, 2006, p. 284.

40 Conforme a teoria contemporânea da responsabilidade civil, seria mais adequado se falar em “fato” da vítima ou de terceiro, e não “culpa”.

41 GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 197. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 713.

o dano é consequência previsível do fato. Dada a imprevisibilidade dos danos, a causalidade fica excluída⁴².

Sobre o nexo de causalidade na responsabilidade civil do Estado afirma-se que o Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 130.764-1, ocorrido em 12 de maio de 1992⁴³, reconheceu a adoção pelo Brasil da teoria do dano direto e imediato⁴⁴.

Costuma-se chamar de “teoria do risco administrativo” esta forma de encarar a imputação de responsabilidade civil do Estado: possibilidade de afastamento do dever de indenizar pelo ente público quando há interrupção do nexo de causalidade. Contudo, comumente distinguem-se hipóteses de risco administrativo de hipóteses de risco integral⁴⁵. Nesse sentido, afirma-se que:

Apesar de a maioria da doutrina não fazer distinção, alguns doutrinadores dividem a teoria objetiva em duas modalidades: a do risco administrativo, que admite causas excludentes da responsabilidade do Estado, no caso de culpa da vítima, de terceiros ou força maior, e a do risco integral, que não admite excludente. A diferença entre as duas

42 FERREIRA, Aparecido Hernani. *Responsabilidade do Estado: reparação por dano moral e patrimonial*. Campinas: Servanda Editora, 2006, p. 296.

43 No referido processo discutia-se a responsabilidade do Estado por assalto a joalheria por quadrilha integrada por um fugitivo do sistema penitenciário. Tal decisão expôs expressamente que o artigo 1060 do Código Civil revogado, apesar de tratar da responsabilidade contratual, aplica-se também à qualquer hipótese de responsabilidade extracontratual. Como tal dispositivo legal foi repetido no artigo 403 do atual Código Civil, continuaria em vigor tal entendimento. Veja-se: STF, RE 130764, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 12/05/1992, DJ 07-08-1992 PP-11782 EMENT VOL-01669-02 PP-00350 RTJ VOL-00143-01 PP-00270.

44 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 717.

45 CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade do Estado por atos de seus agentes*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 117-121.

teorias está, portanto, na admissão ou não de causas que excluem de responsabilidade o Estado e que, portanto, isentam ou não o Estado da obrigação de indenizar⁴⁶.

Observe-se ainda que, apesar de a teoria do risco administrativo ser a regra no país, excepcionalmente alguns autores (posição minoritária) admitem que a Constituição acolhe a teoria do risco integral, quando tratar-se de dano decorrente de material bélico, substâncias nucleares e dano ambiental⁴⁷.

Não há um dispositivo legal ou constitucional que trate da distinção entre “risco administrativo” e “risco integral”. Ao que parece, essa distinção decorre da necessidade de explicar hipóteses de imputação de dever de indenizar ao Estado que não se enquadram na tradicional forma de se descrever a teoria geral da responsabilidade civil, apegada à ideia de ilicitude e baseada na dicotomia responsabilidade objetiva/subjéctiva⁴⁸.

Este tratamento diferenciado da responsabilidade civil do Estado em relação ao aplicado aos danos causados por particulares não tem mais razão de existir, pois, como já dito, a doutrina privatista abandonou a dicotomia simplista que dividia todas as hipóteses de indenização em responsabilidade civil subjéctiva e objetiva, reconhecendo-se a existência de um rol aberto e dinâmico de “fatores de atribuição” ou “nexos de imputação”.

Ademais, o entendimento majoritariamente vigente no Direito Administrativo de que o Estado teria responsabilidade civil objetiva por

46 FERREIRA, Aparecido Hernani. *Responsabilidade do Estado: reparação por dano moral e patrimonial*. Campinas: Servanda Editora, 2006, p. 284.

47 MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 983.

48 Há tendência na teoria da responsabilidade civil de se reconhecer o nexo de causalidade como um elemento normativo, e não como um elemento fático a ser demonstrado nos processos, principalmente quando o fator de atribuição do dever de indenizar não é a ilicitude (ALTHEIM, Roberto. Novas perspectivas do dever de indenizar – o necessário repensar de algumas afirmações tradicionais a respeito da tutela de danos. In: SOUZA, André Peixoto de; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. *Questões contemporâneas de direito*. Curitiba: ILAAJ, 2015, p. 276-281).

atos comissivos ou situações de risco especial por ele mesmo criado, e de responsabilidade subjetiva para danos decorrentes de atos omissivos, não traz explicação suficiente para justificar a prática jurisprudencial brasileira, conforme demonstrar-se-á adiante.

4. JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES A RESPEITO DO FATOR DE ATRIBUIÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR AO ESTADO

O Superior Tribunal de Justiça, exercendo a função de uniformização da jurisprudência, proferiu inúmeros julgados a respeito da imputação de responsabilidade civil a entes públicos, ora condenando-os, ora absolvendo-os. Rendendo-se às lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, antes sumarizadas, a Corte Especial costuma afirmar que “a responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva, devendo ser comprovados a negligência na ação estatal, o dano e o nexo de causalidade”. Nesse sentido, quando julgou o Recurso Especial 1.040.895/MG, que tratava de responsabilidade de município por omissão fiscalizatória em relação a danos por morte de familiares em razão de incêndio de casa de shows, afirmou o Tribunal que:

(...) 4. A jurisprudência desta Corte tem se posicionado no sentido de que em se tratando de conduta omissiva do Estado a responsabilidade é subjetiva e, neste caso, deve ser discutida a culpa estatal. Este entendimento cinge-se no fato de que na hipótese de responsabilidade subjetiva do estado, mais especificamente, por omissão do Poder Público o que depende é a comprovação da inércia na prestação do serviço público, sendo imprescindível a demonstração do mau funcionamento do serviço, para que seja configurada a responsabilidade. Diversa é a circunstância em que se configura a responsabilidade objetiva do Estado, em que o dever de indenizar decorre do nexo causal entre o ato administrativo e o prejuízo causado ao particular, que prescinde da apreciação dos elementos subjetivos (dolo e culpa

estatal), posto que referidos vícios na manifestação da vontade dizem respeito, apenas, ao eventual direito de regresso.⁴⁹

Utilizando-se dos mesmos fundamentos, vários outros julgamentos foram proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça.⁵⁰

Já o Supremo Tribunal Federal, como intérprete máximo do §6º do artigo 37 da Constituição Federal, não tem posição tão cristalina⁵¹, algumas vezes impondo em razão de atos omissivos a moldura da responsabilidade objetiva (sem necessidade de comprovação de culpa de agente público ou falta de serviço)⁵², outras vezes da subjetiva⁵³.

Aparentemente, esse vacilo jurisprudencial a respeito do fator de atribuição da responsabilidade civil aos entes públicos decorre do apego à dicotomia responsabilidade subjetiva/objetiva.

49 STJ, EDcl nos EDcl no REsp 1040895/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 09/02/2010, DJe 02/03/2010.

50 Entre outros: AgRg no Aresp 501507/RJ, REsp 1230155/PR, AgRg no AREsp 118756/RS, REsp 88842/MG, AgRg no Ag 1014339/MS.

51 A respeito, costuma afirmar a doutrina administrativista que “existe controvérsia a respeito da aplicação ou não do artigo 37, §6º da Constituição às hipóteses de omissão do Poder Público, e a respeito da aplicabilidade, nesse caso, da teoria da responsabilidade objetiva” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 715).

52 Entre outros: STF, ARE 655277 ED, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 24/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-113 DIVULG 11-06-2012 PUBLIC 12-06-2012; RE 495740 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 15/04/2008, DJe-152 DIVULG 13-08-2009 PUBLIC 14-08-2009 EMENT VOL-02369-07 PP-01432 RTJ VOL-00214-01 PP-00516.

53 Entre outros: STF, RE 369820, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 04/11/2003, DJ 27-02-2004 PP-00038 EMENT VOL-02141-06 PP-01295; RE 602223 AgR, Relator(a): Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 09/02/2010, DJe-045 DIVULG 11-03-2010 PUBLIC 12-03-2010 EMENT VOL-02393-05 PP-01062 RT v. 99, n. 897, 2010, p. 163-165.

5. A MÁ PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO COMO ÚNICO FATOR DE ATRIBUIÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL AO ESTADO POR ATOS ADMINISTRATIVOS EXTRA CONTRATUAIS

É importante lembrar que a tradicional descrição da relação jurídica indenizatória contida em clássicos manuais de Direito Civil, e que fundamenta a cisão entre os pressupostos do dever de indenizar em geral em relação àqueles aplicáveis ao Estado, não mais encontra fundamento legal. De acordo com a descrição contemporânea da responsabilidade civil já rapidamente apresentada, reconhece-se que há inúmeros possíveis fatores de atribuição (nexos de imputação) da responsabilidade civil, alguns ligados à ilicitude e outros não.

Cabe, então, investigar qual seria o fator de atribuição do dever de indenizar ao Estado por atos extracontratuais que tem os seguintes contornos positivados no ordenamento jurídico, na Constituição Federal e no Código Civil:

Art. 37. ...§ 6º As pessoas jurídicas de direito público 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 culpa⁵⁴.

“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 dolo⁵⁵.”

54 BRASIL. Constituição (1988). Constituição: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

55 BRASIL. Lei 10.406, de 10 de jan. de 2002. Código Civil, Brasília, DF, jan. 2002.

Note-se que para tratar do dever de indenizar imposto aos entes públicos nenhum dos dispositivos fala em “culpa”, “dolo”, “independentemente de culpa”, “independentemente de ilícito”, ou qualquer expressão ligada a ideia de ilícito⁵⁶. Os dispositivos também não trazem nenhuma indicação de diferenciação entre o dever de indenizar decorrente de atos comissivos e omissivos.

Assim, não há motivo para apego à presença (ou ausência) de ilicitude, bem como à distinção entre atos omissivos e comissivos, para que se analise o dever de o Estado indenizar danos. Os textos constitucional e legal não impõem esses elementos para a formação do fator de atribuição da responsabilidade civil aos entes públicos.

A doutrina administrativista, principalmente quando invoca responsabilidade subjetiva para imputação do dever de indenizar ao Estado, costuma afirmar que “o Estado responde desde que o serviço público (a) não funcione, quando deveria funcionar; (b) funcione atrasado; ou (c) funcione mal”⁵⁷. Em outras palavras:

(...) tem que se tratar de uma conduta que seja exigível da Administração e que seja possível. Essa possibilidade só pode ser examinada diante de cada caso concreto. Tem aplicação, no caso, o princípio da reserva do possível, que constitui aplicação do princípio da razoabilidade: o que seria razoável exigir do Estado para impedir o dano⁵⁸.

56 Apesar de abordar esse tema ao tratar do direito de regresso em face do agente público que praticou o ato danoso.

57 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 715. MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 1026.

58 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 716.

Sendo assim, pode-se afirmar que o fator de atribuição decorrente do §6º do artigo 37 da Constituição Federal é a realização do serviço público de forma inadequada e que vem a causar danos. Quando há esta má prestação do serviço público, questiona-se apenas se a Administração tinha condições reais de realizá-lo de forma mais adequada. Fica clara, portanto, a necessidade de um dano ligado a uma má prestação de serviço público, conforme as possibilidades do ente público. A respeito, ensina a doutrina que:

A prestação dos serviços públicos hoje tem um padrão normal, observado o princípio da reserva do possível, isto é, observado aquilo que é compatível com as condições orçamentárias, estruturais e tecnológicas para preservar a atividade. Caso o serviço esteja dentro do padrão normal, o esperado, o possível, não há que se falar em responsabilidade para o Estado. O padrão normal não tem definição legal; depende de uma apuração no meio social, no estágio de desenvolvimento tecnológico, cultural, econômico e da conjuntura da época⁵⁹.

Essa má prestação de serviço público conforme as possibilidades concretas, independentemente da perquirição de qualquer elemento ligado à ilicitude, parece ser o fator de atribuição da responsabilidade civil ao Estado por ato extracontratual.

A superação da discussão sobre ilicitude (mesmo para atos omissivos) e a centralização da análise na existência de má prestação de serviço público conforme as possibilidades concretas do Estado, aqui propostas, parece tornar mais adequada e fluida a justificação das indenizações que vêm sendo impostas pelos Tribunais aos entes públicos. É isso que se pretende demonstrar no tópico seguinte.

59 MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 974.

6. DO DIFÍCIL ENQUADRAMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS NAS LIÇÕES TRADICIONAIS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Conforme o que já foi dito, costuma-se afirmar que (i) para atos comissivos da Administração Pública o dever de indenizar seria analisado pela moldura da responsabilidade civil objetiva; (ii) para atos omissivos (serviço público não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) aplica-se a responsabilidade civil subjetiva; e (iii) para danos decorrentes de situação de risco propiciada pelo Estado analisa-se pelos ditames da responsabilidade objetiva. Essa forma de descrição do fenômeno é adequada à teoria tradicional da responsabilidade civil, que centraliza o dever de indenizar em prática voluntária de ato juridicamente reprovável (ilicitude), o que está superado pela doutrina civilista/privatista. Parece necessário entender que o fator de atribuição do dever de indenizar do Estado por atos extracontratuais é a má prestação do serviço público, a ser apurada conforme as possibilidades concretas do ente público. Passa-se a isso demonstrar, com base em análise de julgados sobre o tema.

Não há dúvida de que a prisão em flagrante de alguém é um ato comissivo das forças de segurança pública gerador de danos. Assim, pelo que se costuma afirmar, haveria responsabilidade objetiva do Estado, bastando demonstrar o dano e o nexo de causalidade com a ação estatal para que exista o dever de indenizar. Mas, de acordo com a jurisprudência do STJ, não é sempre isso o que acontece. Conforme os precedentes, apenas se a prisão cautelar decorreu de falha na prestação do serviço público (por exemplo, equívoco de identificação) fica inafastável a condenação por danos⁶⁰.

60 Por exemplo: acórdão proferido pelo STJ no AgRg no AREsp 380572 / MS, 17/10/2013, rel. Min. Humberto Martins.

Quando policiais agem em estrito cumprimento de dever legal (exercício regular de direito) podem causar danos, por exemplo, quando se valem de armas de fogo. Nesses casos, há excludente de ilicitude (art. 188 do Código Civil), mas, pela adoção da moldura ato comissivo/responsabilidade objetiva, haveria imputação de dever de indenizar. Contudo, não é assim que age a jurisprudência, que vem condenando entes públicos apenas se o serviço de segurança pública não for bem prestado, causando danos a terceiros que não os geradores da situação de risco⁶¹.

No caso de danos causados a detentos, mesmo suicídio, o dever de indenizar do ente público decorrerá da má prestação do serviço. Em outras palavras: se os danos ocorreriam independentemente de alguma falha no serviço de encarceramento, não há responsabilidade do ente público⁶²; caso contrário, haverá⁶³.

Quando se analisam danos decorrentes de alegado erro médico ocorrido em unidade pública de saúde a jurisprudência baseia a discussão na prova (ou não) de imperícia, imprudência ou negligência dos profissionais (análise de culpa/responsabilidade subjetiva)⁶⁴. Não obstante, não há dúvidas de que há ato comissivo, que, se gerador de danos, acarretaria responsabilidade objetiva, segundo a teoria administrativista majoritária.

61 Por exemplo: acórdão proferido pelo STJ no REsp 111.843/PR, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 24/04/1997, e no REsp 884.198/RO, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 10/04/2007.

62 Por exemplo: TJPR - 2ª C. Cível em Composição Integral - EIC - 548157-8/01 - Curitiba - Rel.: Antônio Renato Strapasson - Unânime - J. 04.05.2010.

63 Por exemplo: STJ, REsp 1435687/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 07/05/2015; STF, RE 841526, Relator(a): Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016.

64 Por exemplo: STJ, AgRg no Ag 923.340/PI, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 22/04/2008, DJe 05/05/2008.

Vale ainda lembrar que o Estado costuma ser condenado em razão de aluno de escola pública ter sofrido danos causados por outro aluno, sem qualquer ligação causal com ações ou omissões dos agentes públicos envolvidos. Isto porque se entende que a prestação de serviço público educacional tem implícito o dever de segurança plena às crianças e, portanto, haveria má prestação⁶⁵. Note-se que não se cogita de ilicitude na ação ou omissão dos profissionais da educação para essas hipóteses de condenação.

Perceba-se que nas situações aqui mencionadas a justificação do dever de indenizar seria mais adequada, fluida e de fácil enquadramento aos fatos se baseada na existência (ou não) da má prestação do serviço público conforme as possibilidades concretas da Administração Pública. Ocorre que não é esse o fundamento normalmente utilizado pelas sentenças ou acórdãos, que centram a discussão no binômio responsabilidade objetiva/ atos comissivos x responsabilidade subjetiva/atos omissivos.

Ocorre que essa dicotomia não explica bem as decisões, que não raras vezes afirmam interrupção de nexos de causalidade quando é claro que danos decorreram de algum serviço público. Ademais, causa perplexidade decorrente da contradição que se pode perceber ao compararem-se decisões judiciais que impõem soluções diferentes para pressupostos fáticos que se enquadrariam na mesma moldura normativa. Como justificar, por exemplo, que em alguns casos a omissão administrativa é analisada conforme a moldura da responsabilidade subjetiva e em outras oportunidades isto não se faz presente, sendo imputado o dever de indenizar sem prova de ilicitude? Por que em alguns casos o ato comissivo gera dever de indenizar independentemente da análise de ilicitude, e outras vezes admite-se excludentes de responsabilidade civil ligadas ao estrito cumprimento de dever legal ou ao exercício regular de direito, que são então referidas como se

65 Por exemplo: STF, RE 109615, Relator(a): Min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 28/05/1996.

suficientes para afastar o nexo de causalidade? As respostas a essas perguntas não são fáceis se mantida a dicotomia aqui criticada.

Ao se imputar o dever de reparar danos ao Estado sempre que houver má prestação de serviço conforme as possibilidades fáticas, independentemente de ser um ato omissivo ou comissivo em análise, abdica-se da discussão sobre existência ou não de ilicitude, bem como se diminui a necessidade de divagações sobre nexo de causalidade. Basta, para que exista o dever de indenizar do ente público, que o dano esteja inserido no âmbito de proteção da norma jurídica de base para nexo de imputação (ou fator de atribuição) adotado: má prestação do serviço público conforme as possibilidades concretas do ente estatal. Assim, a eventual alegação de caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima ou de terceiro tem importância muito diminuída, e a discussão jurisprudencial centralizar-se-á no que mais importa: a análise da adequação ou não do serviço público em questão.

Além do incremento de segurança jurídica decorrente da redução da contradição antes apontada, entende-se pertinente essa alteração de enfoque para que as decisões judiciais centrem a discussão na presença (ou não) da má prestação do serviço público também para fomentar a função pedagógica da responsabilidade civil. Isto porque, para além da função compensatória, tem-se largamente admitido que condenações a indenizar danos têm também uma função pedagógica, no sentido de que “obrigando o lesante a reparar o dano causado, contribui-se para coibir a prática de outros atos danosos, não só pela mesma pessoa como sobretudo por quaisquer outras”⁶⁶. Afirma-se a respeito que:

Atualmente não se deve aceitar que a preocupação da responsabilidade civil seja circunscrita apenas ao resultado do ato ilícito, ou seja, ao dano. Ela é muito mais do que isso. O seu objetivo neste moderno direito é impedir a concretização de novas

66 NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 441.

agressões, assim como a sua repetição, principalmente no que se refere aos direitos da personalidade, que são, cotidianamente alvos fáceis para condutas ofensivas⁶⁷. Esta função é característica da responsabilidade criminal, que, como se sabe, visa, com a imposição ao infrator da pena, retribuir o ilícito, com castigo proporcional (finalidade retributiva), mais dissuadir outras pessoas da prática de atos similares (prevenção geral) e ainda dissuadir o próprio criminoso da prática de novos crimes (prevenção especial). Embora a responsabilidade civil tenha natureza essencialmente reparatória do dano, essas três finalidades penais não deixam de estar presentes na reparação civil, ainda que afora assumindo características diversas e mitigadas⁶⁸.

Assim, decisões judiciais a respeito de responsabilidade civil do Estado que se baseiem na discussão sobre ocorrência (ou não) de má prestação de serviço público seriam muito mais eficazes no cumprimento da função pedagógica do instituto, pois ensejariam formação de jurisprudência orientativa sobre o tema.

7. CONCLUSÕES

Diante do que foi aqui exposto, este artigo, de forma singela e ainda superficial, pretende fomentar a discussão sobre os pressupostos do dever de indenizar atribuído ao Estado. Isso com base no diálogo entre a teoria geral da responsabilidade civil contemporaneamente trabalhada pela doutrina civilista/privatista e pela doutrina administrativista/publicista.

Acredita-se que a superação da dicotomia ação/responsabilidade objetiva e omissão/responsabilidade subjetiva permite a clara discussão sobre o verdadeiro fator de atribuição da responsabilidade civil ao Estado a ser obtido conforme mandamentos constitucionais, qual seja, a má

67 RESEDÁ, Salomão. *A função social do dano moral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 269.

68 *Ibidem*, p. 439.

prestação de serviço público conforme as possibilidades concretas de cada ente e em cada situação.

Ao se adotar este fator de atribuição, que não tem nenhuma variável ligada à caracterização dos atos administrativos como omissivos ou comissivos, e que não perquire nenhum elemento ligado à ilicitude, estar-se-á centrando as decisões judiciais no elemento que mais interessa: a perfeição ou não da ação administrativa.

Assim, estar-se-á incrementando a segurança jurídica, por afastar-se a possibilidade de decisões díspares para casos semelhantes em razão do vacilo jurisprudencial e doutrinário atualmente existente sobre os pressupostos da responsabilidade civil do Estado. Ademais, estar-se-á fomentando o caráter pedagógico das decisões condenatórias.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008.

ALTHEIM, Roberto. *Novas perspectivas do dever de indenizar – o necessário repensar de algumas afirmações tradicionais a respeito da tutela de danos*. In: SOUZA, André Peixoto de; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. *Questões de direito contemporâneo*. Curitiba: Instituto Latino-Americano de Argumentação Jurídica, 2015.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição: República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei 10.406, de 10 de jan. de 2002. Código Civil, Brasília, DF, jan. 2002.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

CARVALHO NETO, Inacio de. *Responsabilidade do Estado por atos de seus agentes*. São Paulo: Atlas, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FERREIRA, Aparecido Hernani. *Responsabilidade do Estado: reparação por dano moral e patrimonial*. Campinas: Servanda Editora, 2006.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos – imputação e nexos de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014.

GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. 4., 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

RESEDÁ, Salomão. *A função social do dano moral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

ROUANET, Sergio Paulo. *Mal-estar na modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do Estado intervencionista*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. *Dano moral imoral – o abuso à luz da doutrina e jurisprudência*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

Honorários advocatícios em fase de execução para pagamento de obrigação de pequeno valor

Attorney's fees in the execution phase for payment of small-value obligation

Thiago Simões Pessoa¹

RESUMO: Aborda-se o tema dos honorários advocatícios em sede de cumprimento de sentença. A controvérsia gira em torno da aplicação do antigo art. 1º-D, da Lei n. 9.494/97 e seu correspondente no Novo Código de Processo Civil, qual seja, o art. 85, §7º. O tema possui estatura constitucional por se tratar da interpretação resultante do art. 100, da CRFB, que prevê o regime de pagamento dos débitos fazendários.

PALAVRAS-CHAVE: Execução; Fazenda Pública; honorários advocatícios; Novo Código de Processo Civil; requisição de pequeno valor.

ABSTRACT: This work presents the legal costs in compliance with judgment. The discussion is about the old art. 1º D of Law number 9.494/97 application and the new art. 85, §7 in the New Code of Civil Procedure.

1 Procurador do Estado do Paraná. Graduado pela Universidade Católica Dom Bosco. Pós-graduando em Direito Processual Civil pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar de Curitiba. Pós-graduando em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

There is a constitutional stature in this because it is the interpretation resulting from art. 100, of the CRFB, which provides for the payment system of the property debts.

KEYWORDS: Execution; Court of the Treasury; legal costs; New Code of Civil Procedure; requisition of small sums.

1. INTRODUÇÃO

No momento atual, o país vive imerso em grave crise política e financeira, sendo certo que a maioria dos Estados da Federação soma altos índices de inadimplência, com inúmeros débitos a serem pagos, seja na forma de precatório, seja na forma de requisição de pequeno valor.

A partir dessa situação fática, é necessário repensar institutos, bem como aprofundar conceitos, na tentativa de evitar desperdício de recursos públicos, notadamente em situações nas quais é possível e viável sua economia, o que vai ao encontro do princípio constitucional da eficiência.

É nessa linha que se propõe a mudança de entendimento firmado pelas Cortes Superiores no que se refere à condenação em honorários advocatícios nos casos de execução contra a Fazenda Pública para pagamento de obrigação de pequeno valor.

No presente trabalho, será analisada a possibilidade de *overruling* (superação) do entendimento tradicional firmado historicamente pelo Supremo Tribunal Federal no RE 420.816/PR, notadamente em razão da superveniência de normas que, ao que tudo indica, caminham em sentido contrário ao julgamento proferido pela Corte à época.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA: PAGAMENTO DE PRECATÓRIOS E OBRIGAÇÕES DE PEQUENO VALOR NA CRFB/1988 E NOS JUIZADOS ESPECIAIS

2.1. Pagamentos dos débitos públicos no texto originário e posterior Emenda Constitucional n. 20/1998

Originariamente, a Constituição Federal de 1988, inspirada nos princípios e direitos fundamentais, buscou prezar também pela igualdade no pagamento dos débitos estatais, prevendo a existência de uma ordem cronológica para pagamento de suas dívidas, fazendo constar inclusive o direito a sequestro de valores em casos de preterição de pagamento.

No entanto, em sua redação primária, o texto da Constituição previu somente os precatórios como forma de pagamento dos débitos públicos, tendo o art. 100, da CF, a seguinte redação em sua forma originária:

Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. § 1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, data em que terão atualizados seus valores, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte. § 2º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento, segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o sequestro da quantia necessária à satisfação do débito.

Posteriormente, por meio da EC n. 20/1998, fora acrescentado o §3º ao art. 100 da CRFB/88, prevendo a possibilidade de procedimento distinto de pagamento para as obrigações definidas em lei como de pequeno valor,

a serem pagas pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

A partir de 1998, portanto, passou a existir uma dicotomia de procedimentos, sendo as obrigações de pequeno valor objeto de pagamento via requisição de pequeno valor (RPV) e as demais condenações impostas judicialmente objeto de pagamento por precatório.

Sabe-se que a inclusão das obrigações de pequeno valor no texto constitucional fora fruto da grave crise brasileira no pagamento dos precatórios. Na época, alguns Estados da Federação detinham pagamentos atrasados havia mais de 10 (dez) anos. Nesse contexto, a inclusão das obrigações de pequeno valor no sistema brasileiro objetivou a implementação de procedimento simplificado, de modo que os credores de pequenas quantias não ficassem impedidos de receber em razão da existência da ordem cronológica de pagamento, a qual muitas vezes acaba paralisada em função da existência de precatórios de valores astronômicos na fila de pagamento.

Nesse sentido, bem esclarece Harrison LEITE²:

Tendo em vista que o pagamento dos precatórios observa trâmite demorado, e, como se verá, fortemente vilipendiado pela Administração, o constituinte entendeu que alguns pagamentos, em virtude de seu pequeno valor, não devem se subordinar ao procedimento de inclusão no orçamento do exercício financeiro subsequente, o que significa pagamento logo após a decisão judicial transitada em julgado. São os pagamentos de pequeno valor ou requisições de pequeno valor (RPV).

Desse modo, é possível observar que o sistema reconheceu sua própria falha no texto original, tendo, a partir da EC n. 20/1998, almejado a correção de grave injustiça criada a partir da previsão de sistema único de pagamentos, que acabavam se mostrando falhos quando grandes precatórios emperravam o recebimento de pequenos e, por vezes, mais necessitados credores.

2 LEITE, Harrison. *Manual de Direito Financeiro*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 264.

2.2. A reforma trazida pela EC 62/2009

A reforma trazida pela mencionada Emenda Constitucional trouxe inúmeros benefícios à Fazenda Pública, prevendo formas de compensação obrigatória de créditos e débitos, leilões invertidos de precatórios, bem como longos parcelamentos destes.

É cediço que, recentemente, grande parte desses institutos contemplados pela mencionada Emenda Constitucional foram julgados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no bojo das ADIs n. 4357 e 4425, as quais não serão objeto de estudo em razão da prescindibilidade para o presente trabalho.

No entanto, apesar da posterior declaração de inconstitucionalidade de inúmeros institutos, não se pode negar a importância do papel da EC n. 62/2009, que teve o mérito de reconhecer a grave crise pela qual passava o pagamento de débitos pelo poder público e de fornecer meios para amenizar tal situação.

Ressalte-se também que houve importante inovação no tocante aos débitos alimentares, pois criou fila preferencial de pagamento, que, apesar de não se confundir com a obrigação de pequeno valor, atenua a morosidade no pagamento das verbas alimentares, dado que parte dos valores não se submetem à ordem cronológica geral dos precatórios.

No tocante às obrigações de pequeno valor, também exerceu papel importantíssimo, posto que inseriu o art. 97 no ADCT, incluindo a definição provisória de obrigações de pequeno valor para os Estados e Municípios, as quais seriam, respectivamente, aquelas que não ultrapassassem 40 (quarenta) salários mínimos e 30 (trinta) salários mínimos, sendo ressalvada a existência de lei local prevendo valor diverso.

2.3. Obrigações de pequeno valor e os Juizados Especiais Federal e da Fazenda Pública

Como se sabe, a Constituição previu em seu art. 98, I, o dever da União e dos Estados de criar Juizados Especiais para o julgamento de causas cíveis de menor complexidade, podendo prever a existência de procedimento

diferenciado a fim de adequar a tutela jurisdicional à condição da causa e das partes.

Tal previsão fora concretizada no âmbito federal por meio da Lei n. 10.259/2001, a qual, em seu art. 17, afirmou que as obrigações de pequeno valor seriam pagas no prazo de 60 (sessenta) dias, contados da entrega da requisição à autoridade citada na causa, devendo estas serem entendidas como aquelas que não excedessem a 60 (sessenta) salários mínimos, nos moldes da competência em razão do valor da causa prevista para os Juizados.

Assim, supriu-se a ausência originária do conceito de obrigações de pequeno valor no âmbito federal, o que somente ocorrera nos âmbitos estadual e municipal por meio da EC 62/2009, conforme delineado no tópico anterior.

Posteriormente, em dezembro de 2009, foi publicada a Lei n. 12.153/2009, que estabeleceu previsão semelhante no âmbito dos Estados e Municípios, tendo inclusive, em seu art. 13, repetido a previsão do prazo de 60 (sessenta) dias para pagamento, anteriormente previsto na Lei n. 10.259/2001.

Ademais, a lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública também teve a oportunidade de reiterar os valores previstos pela EC 62/2009, de modo que se concretizou o teto de 40 (quarenta) salários mínimos para os Estados e 30 (trinta) salários mínimos para os municípios, salvo previsão específica de cada ente.

Cabe frisar que em ambas as leis buscou-se criar um procedimento simplificado para pagamento de quantias de pequeno valor, dado que, em razão de as sentenças necessitarem ser líquidas nos Juizados Especiais (art. 38, parágrafo único, Lei n. 9.099/95, aplicado em razão do microssistema dos juizados), já deveria ser expedida Requisição de Pequeno Valor para pagamento imediatamente após o trânsito em julgado, não havendo que se falar, portanto, em fase executiva.

3. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NAS EXECUÇÕES PARA PAGAMENTO DE PRECATÓRIOS E RPVS

3.1. Do processo autônomo de execução contra a Fazenda Pública

Primeiramente, a título de curiosidade histórica, cabe lembrar que o CPC de 1973 optou originariamente por adotar processos distintos para cada forma de tutela, de modo que existia um processo de conhecimento, seguido de um processo de execução, sendo possível ainda um processo eventual cautelar e outro de liquidação.

Neste sentido, a doutrina³ comentava o fenômeno à época do CPC/73:

Tradicionalmente, até mesmo como forma de diminuir os poderes do magistrado, as atividades de certificação e efetivação eram reservadas a “processos autônomos”, relações jurídicas processuais que teriam por objetivo, somente, o cumprimento de uma ou de outra das funções jurisdicionais. Nesse contexto, surgiu a noção de sentença condenatória – e, portanto, ação condenatória –, que seria aquela sentença que, reconhecendo a existência de um direito a uma prestação e o respectivo dever de pagar, autorizava o credor, agora munido de um título, a, se quiser, promover a execução do obrigado. Havia a necessidade de dois processos para a obtenção da certificação/efetivação do direito.

No entanto, com o decorrer dos anos, a falibilidade do sistema escolhido originariamente foi sendo notada, de modo que se iniciou uma série de reformas a fim de tornar o processo sincrético.

Tais reformas tiveram início em 1994, com a Lei n. 8.952/94, a qual tornou sincrético o processo para cumprimento de obrigações de fazer, posteriormente estendido às demais formas de tutela, até que em 2005,

3 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 16. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 251.

por meio da Lei n. 11.232/2005, completou-se o ciclo, trazendo também o processo sincrético para as ações condenatórias em obrigações de pagar contra particulares.

Nada obstante, durante todo o período de vigência do CPC de 1973, a execução contra a Fazenda Pública permaneceu como processo autônomo, inexistindo processo sincrético nesse âmbito, de modo que o então art. 730 do CPC/1973, previa a citação da Fazenda Pública para comparecer aos autos e embargar ou concordar com a expedição do precatório.

À época em que editado o dispositivo, sequer havia a previsão de obrigações de pequeno valor no ordenamento brasileiro, de modo que qualquer débito deveria ser quitado por meio de precatório, ao menos até a edição da EC n. 20/1998.

Cabe ainda frisar que nos Juizados Especiais já havia uma exceção ao processo autônomo de execução, uma vez que, conforme mencionado acima, as Leis n. 10.259/02 e 12.153/09 já previam procedimento que dispensava a citação da Fazenda Pública, sendo inclusive as requisições de pequeno valor expedidas imediatamente após o trânsito em julgado.

3.2. Do não pagamento de honorários advocatícios nas execuções não embargadas e a MP n. 2.180-35/2001

Como já se desenvolveu acima, anteriormente à vigência do CPC-2015, havia um processo autônomo de execução em face da Fazenda Pública, não se falando em processo sincrético, salvo no tocante aos Juizados Especiais, onde já não existia processo autônomo de execução.

Diante da existência desse processo necessário de execução, surgiu corrente doutrinária que defendia a impossibilidade de condenação em honorários advocatícios em processo de execução contra a Fazenda Pública caso inexistisse resistência, ante a impossibilidade de se falar em lide ou mesmo em causalidade, posto que a instauração do novo processo se afigurava obrigatória.

A fim de sepultar a mencionada discussão, fora elaborada a Medida Provisória n. 2.180-35/2001, a qual acrescentou o art. 1º-D, na

Lei n. 9.494/97, com a seguinte redação: “Não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas”.

No entanto, ao revés de dar fim à discussão acerca do tema, iniciou-se grande contenda acerca da constitucionalidade da norma, a qual tolheria os advogados atuantes de sua remuneração, o que culminou no julgamento do STF proferido no RE 420.816/PR.

3.3. Do julgamento do RE 420.816/PR e a interpretação conforme dada ao art. 1º-D da Lei 9.494/97

Após a edição da mencionada medida provisória, surgiu a discussão acerca de sua constitucionalidade, que teve cabo no julgamento do RE 420.816/PR.

Primeiramente, o debate a respeito da (in)constitucionalidade da norma girou em torno da existência de urgência, um dos requisitos constitucionais para a edição desta espécie normativa, juntamente com a relevância, nos moldes do previsto no art. 62 da CRFB/88.

No entanto, nesse primeiro ponto, o STF acabou por reforçar seu entendimento no sentido de que não caberia à Corte analisar minimamente a existência de urgência, pois tratar-se-ia de questão política a ser definida pelo Poder Executivo em sua discricionariedade, salvo arbitrariedades flagrantes.

Ressalte-se que esse entendimento do STF originou recentemente a Súmula Vinculante n. 54, com o seguinte teor: “A medida provisória não apreciada pelo Congresso Nacional podia, até a Emenda Constitucional 32/2001, ser reeditada dentro do seu prazo de eficácia de trinta dias, mantidos os efeitos de lei desde a primeira edição”, sepultando de vez qualquer discussão acerca da inconstitucionalidade formal da MP n. 2.180-35/2001.

No tocante ao mérito, o STF chegou ao seguinte precedente:

I. Recurso extraordinário: alínea “b”: devolução de toda a questão de constitucionalidade da lei, sem limitação aos pontos aventados na decisão recorrida. Precedente (RE 298.694, Pl. 6.8.2003, Pertence, DJ 23.04.2004). II. Controle incidente

de inconstitucionalidade e o papel do Supremo Tribunal Federal. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal – dado o seu papel de “guarda da Constituição” – se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. SE 5.206-AgR; MS 20.505). III. Medida provisória: requisitos de relevância e urgência: questão relativa à execução mediante precatório, disciplinada pelo artigo 100 e parágrafos da Constituição: caracterização de situação relevante de urgência legislativa. IV. *Fazenda Pública: execução não embargada: honorários de advogado: constitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal, com interpretação conforme ao art. 1º-D da L. 9.494/97, na redação que lhe foi dada pela MPr 2.180-35/2001, de modo a reduzir-lhe a aplicação à hipótese de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública (C. Pr. Civil, art. 730), excluídos os casos de pagamento de obrigações definidos em lei como de pequeno valor (CF/88, art. 100, § 3º).*⁴

Desse modo, ao reafirmar a constitucionalidade da norma, o STF realizou a técnica do julgamento de declaração de nulidade sem redução de texto a fim de excluir as obrigações de pequeno valor do âmbito de interpretação da norma. Assim, o art. 1º-D da Lei n. 9.494/97 somente deveria se aplicar aos casos de execuções contra a Fazenda Pública, não embargadas, e que dessem origem à expedição de precatórios.

Insta frisar que as razões adotadas pelo Supremo Tribunal Federal para excluir as obrigações de pequeno valor foram basicamente duas: i) A requisição de pequeno valor deve ser expedida logo em seguida ao trânsito em julgado, não devendo existir, portanto, cumprimento de sentença, nos casos de sentença líquida; ii) Nos casos de sentença ilíquida, deve necessariamente existir um processo autônomo de liquidação, no qual não há que se falar em honorários advocatícios, devendo-se ao seu fim ser expedida a requisição de pequeno valor.

4 RE 420816, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 29/09/2004, DJ 10-12-2006 PP-00050 EMENT VOL-02255-04 PP-00722. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2212268>> . Acesso em 02/10/2018.

Registre-se que o Supremo Tribunal Federal proferiu o mencionado entendimento em época que sequer existia processo sincrético nos casos de obrigações de pagar quantia – julgamento fora proferido em 2004, com finalização em 2007 –, bem como havia uma forma de liquidação de sentença consistente na apresentação de cálculos, qual seja a liquidação por meros cálculos aritméticos, prevista no art. 475-B do CPC.

3.4. Do processo sincrético de execução contra a Fazenda Pública no Novo CPC

Nos tópicos anteriores, foram descritas as variáveis do procedimento de execução contra a Fazenda Pública na vigência do Código Buzaid. No entanto, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, houve notória mudança na forma do procedimento, tornando sincrético o processo nas demandas em que figura a Fazenda Pública.

No Novo Código de Processo Civil, os artigos 534 e seguintes são responsáveis por descrever o procedimento de execução em face da Fazenda Pública.

Inicialmente, o art. 535 do NCPC, prevê:

Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

- I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;
- II - ilegitimidade de parte;
- III - inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;
- IV - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;
- V - incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;
- VI - qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes ao trânsito em julgado da sentença.

Como se observa do presente dispositivo, a execução contra a Fazenda Pública, que se dava por meio de processo autônomo, a partir da

vigência do novo código, passou a ser mera fase procedimental, tornando o procedimento sincrético também contra a Fazenda Pública, encerrando por todas as vias a revolução contra os diversos tipos de processos iniciada em 1994.

De outro lado, o previsto no art. 1º-D da Lei 9.494/97 perdeu grande parte de sua importância, tendo em vista que o Código de 2015 também previu norma expressa (art. 85, §7º), com redação semelhante, acerca dos honorários em execuções não impugnadas pela Fazenda Pública, que assim prescreve: “Não serão devidos honorários no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada”.

Desse modo, vislumbra-se que houve atualização do processo contra a Fazenda Pública, superando alguns dogmas existentes, bem como adequando o seu procedimento ao que já acontecia com as execuções de pagar quantia em face de particulares desde 2005.

4. DA IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM EXECUÇÃO NÃO IMPUGNADA PARA PAGAMENTO DE OBRIGAÇÃO DE PEQUENO VALOR

Consoante acima demonstrado, o NCPC tornou sincrético o processo contra a Fazenda Pública e bem dispôs expressamente acerca da impossibilidade de condenação em honorários advocatícios em caso de execução não impugnada para pagamento de precatórios.

A divergência que se forma na doutrina gira em torno da possibilidade de extensão da interpretação desse dispositivo às execuções de pagar quantia contra a Fazenda Pública quando se tratar de obrigação de pequeno valor, a qual dará origem à expedição de RPV.

Primeiramente, observa-se a necessidade premente de superar o precedente do STF firmado no RE 420.816/PR. Isso porque, consoante

brevemente exposto, há superveniência de normas jurídicas que tornam obsoleta a interpretação firmada pela Corte no tocante ao art. 1º-D, da Lei 9.494/97, conforme os fundamentos a seguir expostos.

4.1. Do processo sincrético contra a Fazenda Pública na vigência do CPC 2015 e o dever do credor de apresentar memória de cálculo em sua execução

Anteriormente à vigência do CPC 2015, o processo contra a Fazenda Pública não era sincrético, de modo que existiam tanto processos quanto fases procedimentais distintas. Assim, também na fase de execução, era necessário o ingresso de processo autônomo.

No entanto, com a vigência do novo código, desapareceu a necessidade de processo autônomo, motivo pelo qual o processo tornou-se sincrético. Assim, a execução passou a ser mera fase procedimental, a qual, via de regra, já está pressuposta na atuação do advogado, ao passo que o cumprimento de sentença passou a ser fase quase que indispensável, haja vista a necessidade da consolidação do cálculo do credor de forma atualizada.

Vislumbra-se no teor do art. 534 do NCPC que é dever do exequente apresentar memória de cálculo atualizada, devendo informar obrigatoriamente os índices de correção monetária e juros moratórios utilizados em seus cálculos.

Art. 534. No cumprimento de sentença que impuser à Fazenda Pública o dever de pagar quantia certa, o exequente apresentará demonstrativo discriminado e atualizado do crédito contendo:

I - o nome completo e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do exequente;

II - o índice de correção monetária adotado;

III - os juros aplicados e as respectivas taxas;

IV - o termo inicial e o termo final dos juros e da correção monetária utilizados;

V - a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso;

VI - a especificação dos eventuais descontos obrigatórios realizados.

Assim, é possível chegar à conclusão de que se trata de um dever processual do credor apresentar memória de cálculo, discriminando todas as peculiaridades de sua operação matemática, sendo certo que hoje sequer existe a fase de liquidação baseada nos “meros cálculos aritméticos”, consoante era previsto no art. 475-B do CPC 1973.

Ademais, como a apresentação de memória de cálculo atualizada é dever processual do exequente, pode-se afirmar que a execução invertida não passa de mera faculdade processual outorgada à Fazenda Pública, a qual, na maior parte dos casos, sequer possui condição estrutural e financeira para promovê-la.

No tocante à conceituação de dever, a doutrina⁵ assim se expressa:

Dever jurídico é a imposição jurídica da observância de determinado comportamento ativo ou omissivo, passível de ser resguardada por sanção. Daí se extraem duas características: a) no dever, há imposição jurídica de uma prestação de conduta positiva (pagar quantia, entregar coisa ou fazer) ou negativa (não fazer); e b) o sujeito obrigado ao cumprimento do dever sofre a aplicação de uma medida jurídica negativa (sanção) se não o cumprir.

Desse modo, como a apresentação de memória de cálculo se trata de um dever do exequente e mera faculdade da Fazenda Pública, essa não pode ser penalizada com honorários advocatícios em virtude de simplesmente manifestar sua concordância com o pedido de cumprimento de sentença apresentado pelo exequente. Isso porque inexistente dever da Fazenda em quantificar o débito de forma atualizada em seguida ao trânsito em julgado, bem como não há quantificação do débito de forma prévia ao procedimento de execução.

Nada obstante, no caso de apresentação de pedido de execução desmunido de memória de cálculo atualizada, deve o exequente ser

5 TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*. 16. ed., v.1. São Paulo: Editora RT, 2016, p. 50.

intimado para emendar sua petição anterior, podendo ser sancionado com a extinção do procedimento sem resolução do mérito.

Ressalte-se que, como abordado acima, não há sanção desconexa da noção de dever, de modo que, admitindo-se a apresentação de cálculo atualizado como mera faculdade (e não dever) processual da Fazenda Pública, a apresentação de execução invertida não pode dar origem à sanção materializada na condenação em honorários advocatícios.

4.2. Da violação do princípio da isonomia: inexistência de condenação em honorários advocatícios em execução de pagar quantia contra particulares

Um dos mais importantes princípios do direito público é a supremacia do interesse público sobre o privado, em razão do qual são conferidas prerrogativas à Fazenda Pública, seja para melhor proteger o patrimônio público, seja para igualar situações desiguais frente aos particulares.

Nesse ponto, cabe melhor análise da questão da adequação procedimental a fim de suprir a desigualdade no bojo do processo se comparado ao procedimento comum imposto aos particulares.

O legislador tem o dever de adequar o procedimento a fim de possibilitar a concretização do direito material, atendendo às peculiaridades com o ensejo de prestar uma tutela adequada, efetiva e tempestiva, devendo o juiz fazê-lo em sua omissão⁶, motivo pelo qual há procedimento específico de cumprimento de sentença em face da Fazenda Pública, conforme disposto nos artigos 534 e seguintes do Código.

Frise-se que a execução de pagar quantia em face de particulares, disposta nos artigos 523 e seguintes do NCPC, prevê, expressamente, que inexistente condenação em honorários advocatícios exclusivamente em razão da instauração do cumprimento de sentença.

6 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. 3. ed., v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 250.

No procedimento entre particulares, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios somente passa a existir em sede de cumprimento de sentença caso haja resistência por parte do executado, que não paga o valor devido no prazo a ele conferido, qual seja de 15 (quinze) dias, conforme se infere do art. 523, §1º, do CPC.

Assim, encontra-se em total desconhecimento com as demais normas processuais, ferindo frontalmente o princípio da isonomia, o entendimento de que são devidos honorários advocatícios em sede de cumprimento de sentença para pagamento de obrigação de pequeno valor somente em razão de sua instauração em face da Fazenda Pública.

Cabe esclarecer que em nada difere a situação do particular que efetua o pagamento no prazo de 15 (quinze) dias da conduta da Fazenda Pública que não se opõe ao pedido de cumprimento de sentença e requer a expedição da RPV pelo judiciário para realizar o seu pagamento nos moldes previstos na Constituição Federal.

Ressalte-se que a conduta do particular que efetua o pagamento do valor devido no prazo legal ontologicamente possui a mesma natureza jurídica do ato do poder público que reconhece a correção do cálculo e requer a expedição da requisição de pequeno valor, qual seja a natureza de ato de subordinação à vontade do demandante.

Insta frisar que não se poderia exigir do poder público que efetuasse o pagamento no prazo legal para impugnação, tendo em vista que o pagamento de todos os débitos da Fazenda Pública dependem de expedição de requisição de pequeno valor ou de precatórios, nos moldes do art. 100 da CRFB/88, o que deve ser efetuado pelo judiciário, após a consolidação do cálculo.

Assim, o ato da Fazenda de reconhecer os valores que são objeto de cumprimento de sentença pode ser equiparado ao ato do particular, de modo que a penalização da primeira pela simples instauração do cumprimento de sentença afronta o princípio da isonomia, conferindo tratamento privilegiado ao particular em detrimento do poder público, o

qual com ainda mais razão deveria ter tratamento diferenciado na fase de execução por depender da expedição de RPV ou precatório, em razão de expressa disposição constitucional.

4.3. Da supressão do procedimento de liquidação por meros cálculos aritméticos no NCPC e respeito ao devido processo legal no tocante aos cálculos apresentados pelo credor

Como já demonstrado no item 2.3 do presente trabalho, o entendimento do STF de que se deve excluir a obrigação de pequeno valor, em juízo de declaração de nulidade sem redução de texto, lastreou-se em dois fundamentos determinantes: i) a requisição de pequeno valor deve ser expedida logo em seguida ao trânsito em julgado, não devendo existir, portanto, cumprimento de sentença, nos casos de sentença líquida; ii) nos casos de sentença ilíquida, deve necessariamente existir um processo autônomo de liquidação, no qual não há que se falar em honorários advocatícios, devendo-se ao seu fim ser expedida a requisição de pequeno valor.

No entanto, o processo brasileiro não mais admite o resultado expressado pelo Supremo diante da supressão do procedimento de liquidação por meros cálculos aritméticos, que deixou de existir no Novo Código, tornando-se hipótese de cumprimento de sentença diretamente, conforme se infere dos art. 524 e 534, ambos do NCPC.

Desse modo, a razão fundante do julgamento proferido pela Corte Constitucional já não mais existe, dado que se o título executivo não for líquido, porém, puder ser quantificado por meros cálculos, deve o credor ingressar com pedido de cumprimento de sentença, ainda que inexista mora, posto que não há valor quantificado para pagamento.

Insta frisar que, como demonstrado no tópico 3.2, tal modificação influenciou inclusive no procedimento de cumprimento de sentença para pagar quantia em face de particulares, tendo o art. 523, §1º, do NCPC, apenas previsto a condenação em honorários advocatícios caso o executado não

efetue o pagamento dos valores devidos no prazo legal, haja vista que até o mencionado momento, ante a inexistência de valor quantificado para pagamento imediato, não há mora em cumprir o título executivo.

Cabe salientar que o princípio do devido processo legal exige a presença de contraditório na formação de todos os atos processuais, devendo estar presente, notadamente, no momento da consolidação do valor a ser objeto de execução. Assim, quando o credor quantifica seu crédito, deve a Fazenda Pública ser necessariamente intimada para se manifestar, fato que ocorrerá obrigatoriamente na fase de cumprimento de sentença, por imperativo do art. 534 do NCPC.

Desse modo, não se pode falar em honorários advocatícios em face da Fazenda Pública em caso de execução não impugnada, seja para pagamento de precatório, seja para pagamento de obrigação de pequeno valor, dado que em ambos os casos deve, necessariamente, existir cumprimento de sentença para consolidar o cálculo do credor.

Ressalte-se que, mesmo nos casos de sentenças líquidas, expressas em valor, o credor possui o direito de ver seu crédito atualizado, com incidência de juros moratórios e correção monetária após a sentença, a qual, via de regra, já se encontra desatualizada em razão do longo tempo existente entre sua prolação e o trânsito em julgado.

É importante esclarecer que tal operação deve ser realizada por meio de cumprimento de sentença, oportunidade em que o credor apresentará seus cálculos e a Fazenda poderá exercer seu direito de contraditório no tocante aos valores, principalmente se eles estão em harmonia com o título executivo.

Assim, já se vislumbra de plano a impossibilidade de expedição de requisição de pequeno valor em seguida ao trânsito em julgado, sob pena de violar direito do credor, consistente na atualização de seu crédito, ou da Fazenda Pública, consistente no exercício do contraditório em relação aos cálculos apresentados.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após tecer as considerações sobre o tema no decorrer do desenvolvimento do presente trabalho, é possível chegar a conclusão de que se faz premente a superação (*overruling*) do entendimento do Supremo Tribunal Federal no tocante ao tema, sob pena de se perpetuar grave injustiça, prejudicando as contas públicas de forma indevida e sem razão determinante.

Cabe esclarecer que a superação do entendimento anterior é possível em razão da superveniência de normas jurídicas aptas a ensejar conclusão diversa da que chegara a Corte à época.

Nesse sentido, vale mencionar as mudanças operadas pelo Novo Código de Processo Civil, que deu fim ao processo autônomo de execução em face da Fazenda Pública, extinguiu a liquidação por meros cálculos aritméticos, bem como reconheceu a impossibilidade de condenação em honorários advocatícios nos procedimentos de execução contra particular para pagamento de quantia certa, desde que haja pagamento dos valores devidos no prazo legal.

Com este entendimento, o Código sepultou a ideia de mora no cumprimento de decisão transitada em julgado, ao menos até o escoamento do prazo para pagamento no cumprimento de sentença, fazendo desse procedimento uma fase quase necessária do processo judicial.

Frise-se, ainda, que o cumprimento de sentença passou a ter ainda mais importância para a concretização do princípio do devido do processo legal, haja vista que a maior parte das decisões judiciais estabelecem somente os índices de atualização monetária e juros moratórios, não fixando valores determinados para pagamento, posto existir direito do credor em ver seus créditos atualizados até ulterior pagamento.

Assim, a fase de cumprimento de sentença concede ao devedor a possibilidade de conferir o acerto dos cálculos elaborados pelo credor, sendo que em muitas ocasiões se verifica a incorreção em memórias de

cálculos, seja pela adoção de índices equivocados, seja pela cobrança de juros de forma errônea.

Desse modo, a condenação em honorários advocatícios em razão da simples existência de cumprimento de sentença vai de encontro aos princípios constitucionais, trazendo um preço ao respeito do devido processo legal, o que viola a Constituição Federal de forma frontal, posto que ou se expede a requisição de pequeno valor de forma desatualizada em seguida ao trânsito em julgado ou vilipendia-se o direito da Fazenda Pública de se manifestar sobre o cálculo atualizado.

Ressalte-se que tolerar a condenação em honorários advocatícios em razão da simples existência de cumprimento de sentença seria admitir que, para exigir seu direito ao contraditório, deve a Fazenda Pública pagar o preço dos honorários advocatícios – ainda que ela, na realidade, esteja tão somente exercendo seu direito constitucional –, o que, por óbvio, se afigura despropositado e na contramão do processo civil moderno.

Portanto, vislumbra-se que deve existir uma interpretação teleológica e sistemática do disposto no art. 85, §7º, do NCPC, a fim de incluir as obrigações de pequeno valor na norma que de lá se retira, dado que qualquer conclusão em sentido contrário seria violadora de inúmeros princípios legais e constitucionais.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 2 out. 2018.

_____. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm>. Acesso em: 2 out. 2018.

_____. Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 2 out. 2018.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 16. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

LEITE, Harrison. *Manual de Direito Financeiro*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. 3. eEd., v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO n. 420816/PR. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2212268>>. Acesso em: 2 out. 2018.

TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*. 16. ed., v.1. São Paulo: Editora RT, 2016.

Remessa necessária de decisões parciais de mérito proferidas contra o Poder Público

Mandatory review of partial decisions on merit uttered against the Public Power

Fernando Alcântara Castelo¹

RESUMO: O presente artigo busca analisar se as decisões parciais de mérito, expressamente autorizadas pelo Novo Código de Processo Civil, estarão sujeitas à remessa necessária quando proferidas contra a Fazenda Pública.

PALAVRAS-CHAVE: Remessa necessária; decisões parciais de mérito; Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT: This article seeks to analyze whether the partial decisions on merit, expressly authorized by the New Civil Procedure Code, will be subject to the mandatory review when uttered against the Public Power.

PALAVRAS-CHAVE: Mandatory review; partial decisions on merit; New Civil Procedure Code.

1 Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Procurador do Estado do Paraná.

1. INTRODUÇÃO

Sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, era viva a discussão acerca da possibilidade ou não de serem proferidas, sob cognição exauriente, decisões que envolvessem apenas parcela do mérito antes da prolação da sentença final. Contudo, a controvérsia foi solucionada de uma vez por todas pelo novo Código, que abertamente admite o julgamento antecipado parcial do mérito.

Com efeito, o Código de 2015, em seu art. 356, permite expressamente que o juiz decida parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles se mostrar incontroversa ou estiver em condições de imediato julgamento, sendo desnecessária a produção de provas.

Trata-se de importante novidade trazida pelo novo CPC, com consequências práticas profundas. Nesse sentido, o presente estudo buscará investigar se as decisões parciais de mérito proferidas contra o Poder Público estarão sujeitas ao reexame necessário.

2. O QUE É O MÉRITO?

Antes de tratar especificamente das decisões parciais de mérito e da remessa necessária, é fundamental definir o que se entende por mérito. Muito se discute sobre o mérito das ações, mas, por vezes, descuida-se de delimitar o que seria tal instituto.

A definição de mérito não é uníssona entre os processualistas. DINAMARCO², por exemplo, afirma que o conceito não tem maturidade

2 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil moderno*. t.1., 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 239. Vale citar a lição do autor: “Os autores que se detiveram um pouco na conceituação do mérito podem ser divididos em *três posições*

na doutrina, apontando que existiriam fundamentalmente três correntes a respeito do conceito do mérito, sem adotar integralmente nenhuma delas.

De acordo com o referido autor, para a primeira linha de pensamento, o mérito cuidaria dos pontos controvertidos, das questões tratadas na demanda, considerando que elas seriam apenas suporte do mérito, não poderiam com ele se confundir. Já a segunda posição entenderia que o mérito seria a própria demanda, o que não poderia ser confirmado, já que a demanda não é o mérito, mas apenas o veículo da pretensão. A terceira corrente compreenderia que o mérito seria a lide, o conflito de interesses, o que não poderia ser verdade, pois nem sempre há no processo conflito de interesses, como ocorre nos casos de revelia ou de reconhecimento jurídico do pedido³.

Por essas razões, DINAMARCO⁴ termina por concluir que o mérito é o objeto do processo, é a pretensão apresentada ao juiz com pedido de sua satisfação. Assim, a pretensão é o que ordinariamente se denomina mérito, que é o conteúdo e a razão de ser do processo. Portanto, a aspiração de direito material postulada pelo autor, relacionada a bens ou situações da vida, constitui o elemento substancial da demanda, seu conteúdo socialmente relevante.

fundamentais: a) os que conceituam o mérito no plano das *questões*, ou complexo de questões referentes à demanda; b) os que se valem da *demand*a ou de situações externas ao processo, trazidas a ele através da demanda; c) especificamente, para os quais o mérito é a lide, *tout court* (exposição de motivos).” (Os destaques constam do original).

3 Ibidem, p. 239-259.

4 Idem. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 2., 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 185-187. Observe-se as lições do autor: “Objeto do processo é a *pretensão a um bem da vida, quando apresentada ao Estado-juiz em busca de reconhecimento ou satisfação*. [...] O vocábulo *mérito*, de uso corrente e empregado muitas vezes no Código de Processo Civil, *expressa o próprio objeto do processo*. A pretensão ajuizada, que em relação ao processo é seu objeto, constitui o mérito das diversas espécies de processo.” (Os destaques estão no original).

Para facilitar, pode-se dizer que o mérito consiste no próprio pedido, sendo essa a concepção que se adotará no presente estudo⁵. Isso porque o mérito nada mais é que aquilo que a parte deseja que o juiz lhe conceda por meio da tutela jurisdicional, ou seja, aquele objeto que é perseguido de maneira central. Enfim, possível afirmar que o mérito se personifica no pedido, no objeto do processo, que delimita a pretensão, de modo que o objeto do processo é o mérito da causa⁶.

O mérito, portanto, é a razão de ser do processo, e é a sua resolução que orienta a atividade jurisdicional desenvolvida no curso da relação processual, de modo que resolver o mérito significa resolver a situação

5 Como afirma BARBOSA MOREIRA: “A situação cuja disciplina há de ser fixada pelo órgão de jurisdição é a que se lhe submete através do pedido. Acolhendo ou rejeitando o pedido, formula o órgão de jurisdição a norma jurídica concreta aplicável à situação. Ao fazê-lo, resolve o mérito da causa, por meio de uma sentença.” (*O novo Processo Civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 3). É esta também a concepção adotada por: CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 91. Em sentido semelhante: ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Coisa julgada progressiva e resolução parcial do mérito*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 174; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 80; YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115 e 184.

6 Para não cair numa simplificação descuidada, importante destacar que existe distinção entre questão principal e questão incidental, o que leva alguns autores a fazer um confronto entre as noções de objeto do processo e objeto litigioso do processo. Nesse sentido, Fredie DIDIER JR. aponta: “O objeto do processo é o conjunto do qual o objeto litigioso do processo é elemento: esse é uma parcela daquele. Enquanto o objeto do processo abrange a totalidade das questões que estão sob apreciação do órgão julgador, o objeto litigioso do processo cinge-se a um único tipo de questão, a questão principal, o mérito da causa, a pretensão processual. Enquanto o primeiro faz parte apenas do objeto da cognição do magistrado, o segundo é o objeto da decisão.” (*Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento*. v.1., 17. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015, p. 434).

litigiosa submetida ao Poder Judiciário⁷. É justamente por isso que o novo Código de Processo Civil prima pela resolução do mérito, consagrando diversos dispositivos que afirmam categoricamente que o órgão julgador deve priorizar a decisão de mérito, razão pela qual a doutrina pós-Código de 2015 passou a falar em princípio da primazia da decisão de mérito⁸.

Há que se ressaltar, ainda, que o CPC admite que os processos podem veicular mais de um pedido numa única ação. É dizer, o objeto do processo pode ser complexo, composto por mais de um elemento, de modo que o juiz deverá se pronunciar sobre todos eles⁹. É o que ocorre, especialmente, no caso de cumulação de pedidos, mas o mérito também poderá ser alargado quando houver reconvenção, pedido contraposto, intervenção de terceiros etc.

Nessas situações, em que há mais de uma questão principal posta à solução do Poder Judiciário, os diferentes pedidos formulados na demanda poderão ser decididos em momentos distintos, isto é, poderá haver cisão, fracionamento do julgamento do mérito.

7 OLIANI, José Alexandre. *Sentença no novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 76.

8 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de Processo Civil: cognição jurisdicional*. v.2., 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 431; CAMBI, Eduardo *et al.* *Curso de Processo Civil completo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 63; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v.1., p. 136; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 153.

9 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade*. Revista de Processo, ano 31, n. 141. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 93-103.

3. ROMPIMENTO COM O DOGMA CHIOVENDIANO DA UNICIDADE DO JULGAMENTO

De acordo com o princípio da unicidade ou unidade estrutural da sentença, todas as questões relacionadas com o mérito deveriam ser julgadas em um só ato. Foi um conceito estabelecido por CHIOVENDA e difundido por LIEBMAN, tendo sido aparentemente incorporado ao Código de Processo Civil de 1973, em razão da influência da doutrina processual italiana sobre a doutrina nacional¹⁰.

O princípio “*della unità e unicità della decisione*” impedia o fracionamento do julgamento do mérito, de modo que todo o mérito deveria ser decidido em uma única sentença, o que obstaria o julgamento em separado das questões de mérito, por implicar cindibilidade da sentença¹¹. Falava-se, ainda, em princípio da indivisibilidade da sentença, princípio da concentração da sentença ou dogma da unicidade do julgamento, sempre no mesmo sentido de que, em uma única sentença, o juiz deverá

10 AYOUN, Luiz Roberto; PELLEGRINO, Antônio Pedro. A sentença parcial. *Revista da EMERJ*, v. 11. n. 44. Rio de Janeiro: EMERJ, 2008, p. 84. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista44/Revista44_75.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2017. Em sentido semelhante: DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 116.

11 Acerca da discussão sobre se a unicidade representaria uma regra ou um princípio, consultem-se as obras de: BARBOSA, Bruno Valentim. *Julgamentos parciais de mérito no Processo Civil individual brasileiro*. 2013. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013; e CORREIA FILHO, Antônio Carlos Nachif. *Julgamentos parciais no Processo Civil*. 2015. 186 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade Estadual de São Paulo, São Paulo, 2015. De nossa parte, temos que se tratava de uma regra, tanto que simplesmente restou afastada pelo Novo Código, independente de maiores ponderações. Contudo, por se tratar de nomenclatura consagrada, optou-se por chamar de princípio, pois assim a doutrina trata.

se pronunciar sobre todos os pedidos formulados pelas partes, devido à unicidade sentencial¹².

A adoção desse princípio impedia a existência de julgamentos parciais, posto que todos os pedidos deveriam ser julgados na sentença, de uma vez só e de forma única, impossibilitando a cisão do julgamento do mérito.

Dessa mesma forma, à luz do CPC de 1973, não se admitia o julgamento fracionado do pedido, de modo que o juiz somente podia proferir uma única sentença no processo, que deveria conter toda a matéria ligada ao mérito. Referia-se, assim, ao princípio da unidade de julgamento, porque todo o objeto litigioso deveria ser resolvido no mesmo e único pronunciamento proferido ao final da fase de conhecimento¹³.

Segundo Dinamarco¹⁴, o CPC de 1973 teria positivado o princípio da unidade da sentença, impedindo o seu fracionamento e a cisão de julgamentos, consagrando o princípio da concentração da sentença, razão pela qual todas as questões de mérito deveriam ser julgadas de uma só vez na sentença.

Conquanto muitos autores defendessem que, mesmo sob a égide do Código Buzaid, seria possível a prolação de decisões parciais de mérito e

12 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 141.

13 OLIANI, José Alexandre M. *Sentença no novo CPC*, p. 85.

14 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v.3, 2005, p. 670. Observe-se: “Diferente da divisão da sentença em capítulos é a *cisão do julgamento*, consistente em antecipar a decisão de alguma questão de mérito suscitada pelas partes, pronunciando-se o juiz sobre ela antes de proferir sentença. Essa prática é absolutamente contrária ao sistema, porque *todas as questões relacionadas com o mérito devem ser julgadas em um ato só*, como emerge do comando contido no art. 459 do Código de Processo Civil. [...] Tal é o *princípio da unidade da sentença*, que só pode ser contrariado quando uma específica norma de direito o autorizar (Liebman).” (Os destaques estão no original).

que o princípio da unicidade da sentença não teria sido incorporado ao Código de 1973¹⁵, o fato é que essa era a posição que imperava nos tribunais.

Com efeito, o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça era no sentido de aplicar o princípio da unicidade da sentença¹⁶.

15 ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Coisa julgada progressiva e resolução parcial do mérito*, p. 334; ARMELIN, Donaldo. Notas sobre a sentença parcial e arbitragem. *Revista de arbitragem e mediação*, n. 18. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 279; BARBOSA, Bruno Valentim. *Julgamentos parciais de mérito no processo civil individual brasileiro*. 2013. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 68; CORREIA FILHO, Antônio Carlos Nachif, p. 36; SOUZA JÚNIOR, Sidney Pereira. *Sentenças parciais no Processo Civil: consequências no âmbito recursal*. São Paulo: Método: 2009, p. 28-31; TALAMINI, Eduardo. Saneamento do processo. *Revista de Processo*, v. 86. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 76-111.

16 Neste sentido, observe-se julgado recente do STJ: “RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. REFORMA PROCESSUAL. LEI N. 11.232/2005. ADOÇÃO DO PROCESSO SINCRÉTICO. ALTERAÇÃO DO CONCEITO DE SENTENÇA. INCLUSÃO DE MAIS UM REQUISITO NA DEFINIÇÃO. CONTEÚDO DO ATO JUDICIAL. MANUTENÇÃO DO PARÂMETRO TOPOLÓGICO OU FINALÍSTICO. TEORIA DA UNIDADE ESTRUTURAL DA SENTENÇA. PROLAÇÃO DE SENTENÇA PARCIAL DE MÉRITO. INADMISSIBILIDADE. CISÃO INDEVIDA DO ATO SENTENCIAL. ART. 273, § 6º, DO CPC E NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INAPLICABILIDADE. 1. Cinge-se a controvérsia a saber se as alterações promovidas pela Lei n. 11.232/2005 no conceito de sentença (arts. 162, § 1º, 269 e 463 do CPC) permitiram, na hipótese de cumulação de pedidos, a prolação de sentença parcial de mérito, com a resolução definitiva fracionada da causa, ou se ainda há a obrigatoriedade de um ato único para resolver integralmente o mérito da lide, pondo fim a uma fase do processo. 2. A reforma processual oriunda da Lei n. 11.232/2005 teve por objetivo dar maior efetividade à entrega da prestação jurisdicional, sobretudo quanto à função executiva, pois o processo passou a ser sincrético, tendo em vista que os processos de liquidação e de execução de título judicial deixaram de ser autônomos para constituírem etapas finais do processo de conhecimento; isto é, o processo passou a ser um só, com fases cognitiva e de execução (cumprimento de sentença). Daí porque houve a necessidade de alteração, entre outros dispositivos, dos arts. 162, 269 e 463 do CPC, visto que a sentença não mais “põe fim” ao processo, mas apenas a uma de suas fases. 3. Sentença é o pronunciamento do juiz de primeiro grau de jurisdição (i) que contém uma das matérias

O STJ considerava que a sentença é una, o que tornava impossível seu fracionamento, inviabilizando, inclusive, o trânsito em julgado parcial¹⁷.

previstas nos arts. 267 e 269 do CPC e (ii) que extingue uma fase processual ou o próprio processo. Em outras palavras, sentença é decisão definitiva (resolve o mérito) ou terminativa (extingue o processo por inobservância de algum requisito processual) e é também decisão final (põe fim ao processo ou a uma de suas fases). Interpretação sistemática e teleológica, que melhor se coaduna com o atual sistema lógico-processual brasileiro. 4. A novel legislação apenas acrescentou mais um parâmetro (conteúdo do ato) para a identificação da decisão como sentença, pois não foi abandonado o critério da finalidade do ato (extinção do processo ou da fase processual). Permaneceu, dessa forma, no Código de Processo Civil de 1973 a teoria da unidade estrutural da sentença, a obstar a ocorrência de pluralidade de sentenças em uma mesma fase processual. 5. A sentença parcial de mérito é incompatível com o direito processual civil brasileiro atualmente em vigor, sendo vedado ao juiz proferir, no curso do processo, tantas sentenças de mérito/terminativas quantos forem os capítulos (pedidos cumulados) apresentados pelo autor da demanda. 6. Inaplicabilidade do art. 273, § 6º, do CPC, que admite, em certas circunstâncias, a decisão interlocutória definitiva de mérito, visto que não foram cumpridos seus requisitos. Ademais, apesar de o novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), que entrará em vigor no dia 17 de março de 2016, ter disciplinado o tema com maior amplitude no art. 356, permitindo o julgamento antecipado parcial do mérito quando um ou mais dos pedidos formulados na inicial ou parcela deles (i) mostrar-se incontroverso ou (ii) estiver em condições de imediato julgamento, não pode incidir de forma imediata ou retroativa, haja vista os princípios do devido processo legal, da legalidade e do *tempus regit actum*. 7. Recurso especial não provido. (REsp 1281978/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 05/05/2015, DJe 20/05/2015).

17 Seguindo esta linha, o recente julgado: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. BRASIL TELECOM. SENTENÇA. UNICIDADE. TRÂNSITO EM JULGADO PARCIAL. INVIABILIDADE. PRECEDENTES. 1. O entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de não ser possível o fracionamento da decisão, descabendo falar-se em trânsito em julgado parcial, em virtude da unicidade da ação. 2. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa. (EDcl no AREsp 213.454/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 14/04/2015, DJe 20/04/2015). Exatamente na mesma linha: AgRg na Rcl 2.655/MT, Rel. Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, julgado em 12/12/2007, DJ 01/02/2008;

Por outro lado, o Novo Código encampou inequivocamente a tese do julgamento definitivo da parte incontroversa da demanda, passando a admitir expressamente o julgamento antecipado parcial do mérito, distanciando-se do princípio da unicidade do julgamento, já que permite ao julgador resolver parcela do mérito no curso do processo, por meio de decisão interlocutória.

Com isso, o CPC de 2015 se afasta definitivamente do princípio da unidade do julgamento de mérito preconizado por Chiovenda, segundo o qual ao juiz somente é permitido proferir uma única decisão (sentença), ocasião em que deve se pronunciar sobre todo o objeto litigioso. Portanto, ao admitir categoricamente a existência de decisões parciais de mérito, o Código rompe com o antigo dogma chiovendiano da unidade da decisão¹⁸.

É que um dos principais objetivos do Código é proporcionar a concessão de tutela adequada, efetiva e justa dentro de uma duração razoável, sendo certo que a possibilidade de emissão de decisões definitivas, sob cognição exauriente, a respeito das parcelas do mérito que podem ser solucionadas antecipadamente corrobora tais objetivos, na medida em que reduz as crises de incerteza e agiliza as soluções prestadas pelo Poder Judiciário¹⁹.

REsp 453.476/GO, Rel. Ministro Antônio De Pádua Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 01/09/2005, DJ 12/12/2005.

18 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código De Processo Civil comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 619. Vale citar os ensinamentos do autor: “A opção do legislador do Novo Código de Processo Civil foi modificar a natureza jurídica dessa espécie de julgamento, tornando o que anteriormente era uma espécie diferenciada de tutela antecipada em julgamento antecipado parcial do mérito. Afastou-se do princípio da unicidade do julgamento de mérito preconizado por Chiovenda, passando a prever hipótese de julgamento fracionado do mérito”. Na mesma linha: SANTOS, Welder Queiroz dos. Ação rescisória contra decisão interlocutória de mérito e contra capítulo não recorrido. *Revista de Processo*, v. 272, ano 42. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 332.

19 MARINONI, Luiz Guilherme *et al.* *O novo Processo Civil*. São Paulo: Editora

4. JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DO MÉRITO

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, passa definitivamente a haver a possibilidade de julgamento antecipado parcial do mérito.

O Capítulo X do Título I do Livro I da Parte Especial do novo Código trata “Do julgamento conforme o estado do processo”. Contém quatro seções, a saber: Seção I, “Da extinção do processo”; Seção II, “Do julgamento antecipado do mérito”; Seção III, “Do julgamento antecipado parcial do mérito”; e, Seção IV, “Do saneamento e da organização do processo”.

Logo na primeira seção do referido capítulo, o parágrafo único do art. 354²⁰ deixa clara a possibilidade de extinção de apenas determinada parcela do processo, inclusive com resolução do mérito. Já o art. 355²¹, previsto na segunda seção do capítulo, trata da possibilidade de julgamento antecipado do pedido quando não houver a necessidade de produção de provas.

Revista dos Tribunais, 2015, p. 255. Observe-se a lição: “O legislador inova ao prever inquestionavelmente como hipótese de julgamento fundado em cognição exauriente a *tutela da parcela incontroversa da demanda* (art. 356, I) e a *possibilidade de julgamento parcial de todo e qualquer pedido* que não necessite de instrução diversa da prova documental já produzida na fase postulatória (art. 356, II). Com isso, quebra definitivamente com a regra chiovendiana da *unità e unicità della decisione*, que dominava o horizonte do Código Buzaid, não fechando os olhos para a óbvia necessidade de *o tempo do processo não poder prejudicar o autor que tem razão*.” (Os destaques estão no original).

20 “Art. 354. Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 485 e 487, incisos II e III, o juiz proferirá sentença. Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput pode dizer respeito a apenas parcela do processo, caso em que será impugnável por agravo de instrumento.”

21 “Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando: I - não houver necessidade de produção de outras provas; II - o réu for revel, ocorrer o efeito previsto no art. 344 e não houver requerimento de prova, na forma do art. 349.

Contudo, sendo ainda mais minucioso, na terceira seção do capítulo referente ao julgamento conforme o estado do processo, o Código trata especificamente do julgamento antecipado parcial do mérito, deixando claro que não acolheu o princípio da unicidade da sentença²².

Nesse sentido, observe-se o teor do art. 356 do CPC, *in verbis*:

Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I - mostrar-se incontroverso;

II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.

§1º A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida.

§2º A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto.

§3º Na hipótese do §2º, se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva.

§4º A liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz.

§5º A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento.

Assim, passa a ser possível o julgamento parcial do mérito mediante cognição exauriente, quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles mostrar-se incontroversa ou não houver a necessidade de dilação probatória para sua solução. Tal julgamento ocorrerá por meio de decisão interlocutória recorrível via agravo de instrumento²³.

22 CAMBI, Eduardo *et al.* *Curso de Processo Civil completo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 522.

23 “Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: (...) II - mérito do processo; (...)”

Com isso, abre-se caminho, de uma vez por todas, para o julgamento fracionado do mérito, na medida em que se admite fatiar a resolução dos pedidos em mais de um momento, a fim de que se profira decisão antecipada sobre o mérito quando houver parcela incontroversa. Desse modo, torna-se factível que o magistrado prolate, de maneira prévia à sentença final, decisão interlocutória definitiva a respeito de apenas uma determinada parte do mérito que já se encontre pronta para apreciação, deixando a solução das demais questões para momento posterior à instrução probatória.

Isso significa dizer que, à luz do Novo CPC, pode haver a cisão do julgamento do mérito, sendo certo que se houver mais de um pedido a ser apreciado na relação processual, seja por motivo de cumulação de pedidos, seja por haver pedido decomponível, ou por qualquer outro motivo que torne o objeto da demanda complexo, poderá ser proferida decisão parcial, que fracione a solução do mérito e diga respeito apenas a alguma parte dos pedidos²⁴.

As decisões interlocutórias parciais de mérito são ontologicamente idênticas à sentença, uma vez que ambas podem possuir o mesmo conteúdo, de modo que o único fato que distingue tais decisões é a inaptidão das primeiras para encerrar a fase do procedimento, razão porque as duas espécies devem ter os mesmos elementos. Com efeito, o que distingue a sentença das interlocutórias não é o seu conteúdo, mas a aptidão para pôr fim ao procedimento de conhecimento ou de execução, o que não ocorrerá

24 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Comentários ao Código de Processo Civil*: artigos 485 ao 538. v. 8. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 191. Vale citar a lição do autor: “A ‘questão principal’, isto é, o objeto litigioso, pode ser simples ou complexo, a depender dos capítulos que integram a pretensão deduzida pelo autor. Em simetria com o disposto no art. 356 do CPC, não há óbice a que o julgamento do mérito seja cindido, podendo o juiz proferir ato decisório antecipado, julgando parcialmente um ou mais dos pedidos, que integram a ‘questão principal’, quando reputados incontroversos, nas hipóteses em que a matéria dispensar a produção de provas ou, ainda, em que houver revelia, tudo nos termos do art. 355, I e II, do CPC”.

quando se decidir apenas parcialmente o mérito, haja vista que o processo seguirá para o deslinde dos demais pedidos.

Trata-se de decisão fundada em juízo de certeza, por cognição exauriente, que resolve parte do mérito de modo definitivo, cujo conteúdo pode ser declaratório, constitutivo ou condenatório, tal qual a sentença final, sendo hábil à formação da coisa julgada material e à execução definitiva. Isso significa dizer que as decisões parciais se submetem, em linhas gerais, aos mesmos requisitos da sentença e, em regra, são capazes de produzir os mesmos efeitos e a revestir-se da mesma autoridade e imunidade decorrente da coisa julgada, razão pela qual podem ser rescindidas via ação rescisória²⁵.

Portanto, quando ocorrer o julgamento antecipado parcial do mérito, se a parte interessada não interpuser o recurso cabível (agravo de instrumento), haverá preclusão e, conseqüentemente, formação da coisa julgada material, que tornará imutável a decisão²⁶. Nesse sentido, o trânsito em julgado da interlocutória de mérito autoriza o imediato início da sua execução definitiva, antes da extinção do processo como um todo, o que leva a crer que tal decisão poderá ser alvo de ação rescisória desde logo.

Cuida-se de técnica processual que antecipa o momento da tutela final e proporciona efetividade na prestação da tutela jurisdicional, conciliando celeridade com a segurança jurídica e a certeza próprias da

25 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v.1, p. 706. Na mesma linha: OLIANI, José Alexandre Manzano, p. 179; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, v.2, p. 433.

26 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*, p. 625. No mesmo sentido: CAMBI, Eduardo *et al*, p. 523; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v.1, p. 691; DOTTE, Rogéria. *Julgamento parcial de mérito no CPC/2015: vamos deixar tudo como está?* Disponível em < https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/480283183/julgamento-parcial-de-merito-no-cpc-2015#_edn2>. Acesso em: 10 jan. 2018; MARINONI, Luiz Guilherme *et al*. *O novo Processo Civil*, p. 258; WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de Processo Civil*. v.2. p. 207.

cognição exauriente, sendo instrumento para tornar mais breve e efetiva a tutela do direito²⁷.

O julgamento antecipado de parte do mérito permite a concessão de tutela mais adequada e tempestiva, retratando a possibilidade de adequação do procedimento às necessidades do caso concreto, garantindo decisão mais útil e justa. Por consequência, as decisões parciais de mérito concretizam princípios como a efetividade, a celeridade e o acesso à justiça na medida em que se permite o reconhecimento imediato do direito, evitando prejuízos causados pela demora do processo, ao mesmo tempo em que viabiliza uma melhor instrução probatória da parcela remanescente do mérito e diminui os danos causados pelo tempo de espera da parte que tem razão.

Sendo assim, o julgamento antecipado parcial do mérito favorece a razoável duração do processo, uma vez que os pedidos formulados devem ser julgados sempre que estiverem prontos para tanto, de modo que, presentes os pressupostos legais, a análise do mérito pode e deve ocorrer antes da prolação da sentença final, por meio de decisão interlocutória. Com isso, permite-se que o juiz entregue ao jurisdicionado parte da tutela pleiteada de forma mais rápida e tempestiva, evitando o dano marginal decorrente da demora do processo, proporcionando um processo sem dilações indevidas, favorecendo a economia processual e a eficiência na prestação jurisdicional, na medida em que privilegia a concessão da tutela definitiva em prazo razoável²⁸.

27 CORREIA FILHO, Antônio Carlos Nachif, p. 14.

28 Como afirma Luiz Guilherme MARINONI há bastante tempo: “Obrigado o autor a esperar a instrução necessária para a definição de um dos seus pedidos, quando o outro já foi evidenciado, é impor à parte, de forma irracional, o ônus do tempo do processo e agravar o ‘dano marginal’ que é acarretado a todo autor que tem razão.” (*Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.145).

É importante asseverar que nada há no Código de 2015 que impeça que sejam proferidas decisões parciais de mérito contra a Fazenda Pública. Por isso, é importante perquirir se tais decisões estarão sujeitas à remessa necessária. Antes, contudo, serão apresentados os requisitos e as hipóteses que autorizam o julgamento antecipado parcial do mérito.

4.1. Pressupostos para o julgamento parcial do mérito

Para que seja factível a prolação de decisão parcial de mérito é necessário que estejam presentes alguns requisitos. Com efeito, somente será possível fracionar o julgamento quando o objeto do processo for divisível e as parcelas do mérito forem autônomas e independentes²⁹.

O objeto do processo será divisível quando for composto, na hipótese de cumulação de pedidos, ou decomponível, isto é, fragmentável. Por outro lado, para que as parcelas do mérito sejam autônomas e independentes, é necessário que não haja relação de prejudicialidade entre elas, ou seja, não pode haver relação de dependência lógica ou jurídica entre os pedidos.

Presentes tais requisitos, será possível cindir o julgamento do mérito, desde que ocorra alguma das hipóteses que se demonstrará no tópico adiante. É dizer, somente quando houver cumulação de pedidos independentes ou quando o pedido for decomponível é que poderá ocorrer a cisão do julgamento final, com a prolação imediata de decisão parcial do mérito. Logo, não será viável o julgamento parcial de mérito quando, ainda que exista cumulação de pedidos, houver relação de dependência entre eles³⁰.

Nestes termos, se o autor ajuíza ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos e o réu, ao contestar a demanda, reconhece

29 SIQUEIRA, Thiago Ferreira. O julgamento antecipado parcial do mérito no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, v.7, n.1, 2016, p. 182. Disponível em: <www.civilprocedurereview.com>. Acesso em: 2 out. 18. No mesmo sentido: CORREIA FILHO, Antônio Carlos Nachif, p. 89; SOUZA JÚNIOR, Sidney Pereira, p. 183.

30 ARMELIN, Donaldo. *Notas sobre a sentença parcial e arbitragem*, p. 295.

imediatamente a filiação, mas se opõe ao fornecimento de alimentos, o primeiro pedido poderá ser julgado desde logo. Por outro lado, se o réu não contesta o pedido de alimentos, mas impugna a questão relativa à filiação, o ponto referente aos alimentos não poderá ser julgado antecipadamente por ser logicamente dependente do reconhecimento da filiação.

Vejamos, agora, as situações em que é possível cindir o julgamento do mérito.

4.2. Hipóteses que tornam possível o julgamento parcial do mérito

Conhecidos os pressupostos que devem estar presentes para que se torne possível o julgamento parcial do mérito, é a vez de demonstrar as hipóteses que permitem que essa circunstância ocorra.

4.2.1. Pedido incontroverso

A incontrovérsia significa a ausência de discussão entre as partes sobre determinada parcela da causa em julgamento. Quando houver mais de um pedido na demanda e um ou alguns deles se tornarem incontroversos, o magistrado deverá, desde logo, proferir decisão sobre a parcela incontroversa. O mesmo poderá ocorrer em relação aos pedidos decomponíveis.

Assim, por exemplo, se a parte autora ajuíza ação de cobrança postulando R\$ 100 mil e o réu contesta apenas R\$ 60 mil, R\$ 40 mil restaram incontroversos, de modo que essa parte do pedido poderá ser imediatamente julgada, ainda que a apuração da existência do restante do crédito demande a colheita de eventuais provas.

Por outro lado, imagine-se uma demanda movida por particular contra um ente da Federação buscando o fornecimento de determinado medicamento, bem como a condenação do ente por danos morais e materiais decorrentes da não entrega do fármaco. Nesse caso, se o ente público apresentar contestação tão somente em relação aos pedidos indenizatórios, requerendo inclusive a produção de provas em audiência, mas deixar de

impugnar o ponto relativo à dispensação do medicamento, tal pedido restará incontroverso e poderá ser julgado desde logo, independente do prosseguimento do feito para apuração da responsabilidade civil da parte ré.

Uma outra situação clara de cumulação de demandas com parte incontroversa dos pedidos diz respeito à ação de divórcio cumulada com partilha, em que o juiz deverá, desde logo, decretar o divórcio e, sendo necessário, remeter a questão da partilha para eventual instrução probatória.

4.2.2. Pedido em condições de julgamento imediato

O juiz também deverá decidir parcialmente o mérito quando ocorrer o amadurecimento precoce de parte dos pedidos cumulados, isto é, quando não houver necessidade de dilação probatória, sendo dispensável a colheita de prova complementar para a resolução daquela parcela dos pedidos.

Essa situação pode ocorrer, por exemplo, em uma ação em que determinado autor postula a anulação de contrato bancário e indenização por danos materiais supostamente causados pelos vícios contratuais e, na contestação, o banco afirma não haver nulidade contratual, tampouco a existência dos danos materiais, requerendo a produção de prova pericial para apuração dos supostos danos causados pelo contrato. Nesse caso, apurando que a questão relativa à nulidade contratual já se encontra em condições de receber a resolução do mérito, sendo desnecessária a instrução probatória em relação a ela, mas avaliando que a perícia será necessária para apuração dos danos, o magistrado deverá, desde logo, decretar a nulidade do contrato, em decisão interlocutória parcial de mérito, remetendo o outro pedido à necessária instrução probatória.

Essa conjuntura poderá acontecer, ainda, quando os fatos do processo forem incontroversos e a prova colhida já for suficiente para o desate de determinado pedido de maneira definitiva³¹. Imagine-se, por

31 BARBOSA, Bruno Valentim. *Julgamentos parciais de mérito no processo civil individual brasileiro*, p. 29. Veja-se o que afirma o autor: “Os julgamentos parciais poderão ser muito

exemplo, determinada ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos em que o autor ajuíza a demanda com exame de DNA, colhido com a ciência e anuência do réu, que comprova a filiação. Nessa causa, em regra, a apresentação de contestação pelo réu não será capaz de elidir a prova cabal da filiação reconhecida pelo exame de DNA. Em contrapartida, o pedido de colheita de prova testemunhal ou pericial para apurar a verdadeira condição financeira do réu, a fim de melhor quantificar o valor a ser arbitrado a título de alimentos, não poderá retardar o reconhecimento da filiação. Assim, o juiz deverá reconhecer, desde logo, a filiação, fixar alimentos provisórios, e determinar a colheita das provas cabíveis a fim de estabelecer definitivamente o valor dos alimentos.

4.2.3. Improcedência liminar de parte do pedido

Outra situação que torna possível o julgamento antecipado parcial do mérito, embora não prevista no art. 356, é a de improcedência liminar de parte do pedido, que poderá ser reconhecida, nos termos do art. 332³², independente da citação do réu.

úteis, em especial, na cumulação própria de pedidos, em sua modalidade simples, já que demandas autônomas podem necessitar de diferentes provas, e com isso, permitirão a definição acerca de determinados pedidos de forma segmentada no tempo”.

32 “Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. §1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição. §2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241. §3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias. §4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias.”

Nesse caso, proposta uma demanda com pedidos cumulados, verificando, já no primeiro momento do processo, que um dos pedidos se enquadra nas hipóteses de julgamento liminar de improcedência, o juiz deverá imediatamente julgá-lo improcedente e determinar a citação do réu para responder apenas aos demais pedidos.

Nesse sentido, imagine-se a hipotética situação em que o autor ajuíza ação de indenização por danos morais e materiais contra determinada empresa de telefonia por cobrança indevida de serviços não prestados. Suponha-se que o Superior Tribunal de Justiça tenha editado enunciado sumular afirmando não caber danos morais em ações que postulam indenização por cobrança indevida de serviços. Nesse caso, o juiz poderia, de plano, julgar improcedente esse pedido e determinar a citação da empresa ré para responder ao pedido de danos materiais formulado.

4.2.4. Reconhecimento parcial de prescrição ou decadência

Embora também não prevista no art. 356, mais uma hipótese que admite o julgamento antecipado de parte do mérito diz respeito ao reconhecimento apenas parcial de prescrição ou decadência, o que se torna possível a partir da conjugação dos arts. 354, parágrafo único, e 487, II, do CPC.

Assim, em uma determinada ação de cobrança em que o autor, por economia processual, requer o pagamento de diversos títulos, verificando que alguns deles se encontram prescritos, o juiz deverá, antecipadamente, reconhecer a prescrição.

4.2.5. Homologação de ato de disposição de vontade relativa à parte do mérito

Por fim, também poderá haver decisão antecipada parcial de mérito quando o juiz homologar ato de disposição de vontade com relação apenas a determinada parcela do mérito, o que poderá ocorrer quando houver o reconhecimento de parcial procedência do pedido por parte do réu, a transação sobre parte da demanda ou a renúncia sobre parte dos pedidos formulados pelo autor.

4.3. Faculdade ou dever do juiz?

Analisados os pressupostos para que ocorra o julgamento parcial do mérito e as hipóteses que o tornam possível, é o caso de se perguntar se o julgamento antecipado da parcela do mérito incontroversa ou que está em condições de imediato julgamento por não demandar instrução probatória é uma faculdade ou um dever do julgador.

Ou seja, havendo situação que claramente admite o julgamento antecipado, haverá discricionariedade do juiz em proferir a decisão parcial ou será uma obrigação do julgador? Temos que se trata de poder-dever do juiz, que não pode deixar de fracionar a apreciação do mérito quando verificados as suas hipóteses e pressupostos³³.

De fato, o julgamento parcial antecipado não pode ser encarado como mera faculdade, uma vez que se trata de verdadeiro dever que a lei impõe ao julgador, em homenagem aos princípios da duração razoável do processo e da eficiência. Por isso, é poder-dever do magistrado proferir decisão antecipada parcial do mérito, não podendo deixar de fracionar a apreciação do mérito quando presentes os pressupostos e hipóteses autorizadoras³⁴.

Com efeito, se o próprio Código incentiva a cumulação de pedidos, também a fragmentação do julgamento deve ser prestigiada, de modo que se existirem pedidos já prontos para serem decididos e outros não, não há razão para se adiar a apreciação daqueles, devendo o juiz proferir a decisão parcial³⁵.

Desse modo, estando o feito em condições para imediato julgamento parcial, caso o juiz assim não proceda, caberá às partes, no prazo de 05 dias, postular que o juízo realize o julgamento, nos termos do §1º do art.

33 SOUZA JÚNIOR, Sidney Pereira, p. 205. No mesmo sentido: CORREIA FILHO, Antônio Carlos Nachif, p.120.

34 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v.1, p. 690.

35 ARAÚJO, José Henrique Mouta, p. 341.

357, que trata do pedido de ajustes e esclarecimentos em face da decisão de saneamento e organização do processo, que se aplica ao presente caso por analogia.

5. DECISÃO PARCIAL DE MÉRITO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA E REMESSA NECESSÁRIA

Questão interessante que surge diante de uma decisão parcial de mérito proferida contra a Fazenda Pública é a da submissão ou não dessa decisão ao reexame necessário. É dizer, será cabível a remessa necessária quando parte do mérito for julgada antecipadamente contra o Poder Público?

A remessa necessária está prevista no art. 496 do Código³⁶, que

36 “Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público; II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal. § 1º Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á. § 2º Em qualquer dos casos referidos no § 1º, o tribunal julgará a remessa necessária. § 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a: I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II - 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados; III - 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público. § 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em: I - súmula de tribunal superior; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.”

afirma que está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo Tribunal, a sentença proferida contra a Fazenda Pública.

É fácil perceber que o dispositivo legal se refere à sentença, que deve ser impugnada por apelação, ao passo que o julgamento parcial do mérito se dá por meio de decisão interlocutória, recorrível via agravo de instrumento, daí surgindo a dúvida a respeito da necessidade dessa decisão, quando proferida contra a Fazenda Pública, se submeter ou não à remessa necessária, já que terá o mesmo conteúdo de uma sentença, seguindo os mesmos preceitos.

Contudo, a circunstância de o comando legal mencionar apenas a sentença não tem o condão de evitar o reexame necessário em caso de decisão interlocutória parcial de mérito contra o Poder Público, uma vez que o Código alude à sentença como decisão, como gênero. De fato, como afirma DIDIER JR.³⁷, em vários momentos o CPC refere-se à sentença como gênero, como qualquer decisão judicial, como ocorre por exemplo com os arts. 82, §2º, 501 e 509.

Com efeito, por ter conteúdo de sentença, com a mesma eficácia e autoridade, a decisão parcial de mérito também deve estar sujeita ao reexame necessário, uma vez que soluciona a causa mediante cognição exauriente, com aptidão à formação de coisa julgada³⁸. Nesses termos, embora a decisão de parte do mérito proferida contra a Fazenda Pública possa se tornar imutável, tal imutabilidade, oriunda da coisa julgada, somente poderá ocorrer após a remessa necessária.

Aliás, importante destacar que o próprio CPC, em pelo menos um caso, admite a incidência da remessa necessária em caso de decisão

37 DIDIER JR., Fredie *et al*, v.2. p. 303.

38 CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Remessa necessária no novo CPC*. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Advocacia Pública*. v.3. Coleção repercussões do novo CPC. Salvador, Editora Juspodivm, 2015, p. 131.

interlocutória, como acontece no procedimento monitorio. Com efeito, no caso de ação monitoria movida contra a Fazenda Pública, se não apresentados embargos monitorios pelo Poder Público, a decisão do juiz que defere a expedição do mandado de pagamento está condicionada ao reexame pelo tribunal, nos termos do art. 701, §4º³⁹.

Assim, tendo em vista o princípio da unidade do Código, que impõe a sua interpretação harmônica e sistemática, a melhor solução que se pode obter é no sentido de que a remessa necessária se aplica às decisões parciais de mérito proferidas contra o Poder Público. Portanto, decidido definitivamente o mérito apenas de modo parcial, por meio de decisão interlocutória, tal decisão estará sujeita à remessa obrigatória ao tribunal⁴⁰.

De se destacar, contudo, que somente haverá remessa necessária se não estiverem presentes as ressalvas elencadas nos §§3º e 4º do art. 496,

39 “Art. 701. Sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa. (...) §4º Sendo a ré Fazenda Pública, não apresentados os embargos previstos no art. 702, aplicar-se-á o disposto no art. 496, observando-se, a seguir, no que couber, o Título II do Livro I da Parte Especial.”

40 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 186. No mesmo sentido: AMARAL, Paulo Osternack. *A remessa necessária no novo CPC*. In: TALAMINI, Eduardo (Org.). *Processo e administração pública*. Coleção repercussões do novo CPC. v. 10. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 235; CAMBI, Eduardo *et al*, p. 928-930; DOTTE, Rogéria. *Julgamento parcial de mérito no CPC/2015*; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v.3. p. 405. Em sentido diverso, entendendo que a remessa necessária não se aplica em caso de decisões interlocutórias de mérito: ZENKNER, Marcelo. *O (velho) reexame necessário no novo CPC*. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Advocacia Pública*. Coleção repercussões do novo CPC. v.3. Salvador, Editora Juspodivm, 2015, p. 271; MOLLICA, Rogério. *A remessa necessária e o novo Código de Processo Civil*. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Advocacia Pública*. Coleção Repercussões do novo CPC. v.3. Salvador, Editora Juspodivm, 2015, p. 464.

de modo que, caso se faça presente alguma das hipóteses previstas em tais dispositivos, a decisão parcial de mérito não se sujeitará ao reexame obrigatório, tal qual a sentença não se submeterá.

Por outro lado, há quem questione a necessidade de remessa em caso de decisões parciais de mérito por entender que o caráter excepcional da regra do reexame necessário não autoriza sua interpretação ampliativa. Alude-se ainda que o regime eficaz das decisões interlocutórias de mérito seria mais intenso que o da própria sentença, já que as primeiras seriam impugnáveis por agravo sem efeito suspensivo, ao passo que as últimas são recorríveis por apelação, que em regra tem efeito suspensivo, o que corroboraria para a ausência do reexame⁴¹.

Aparentemente, as objeções não são suficientes para impedir a remessa necessária em caso de decisões parciais de mérito proferidas contra a Fazenda Pública.

Em primeiro lugar, não há que se falar em vedação à interpretação extensiva do dispositivo legal que prevê a remessa necessária, uma vez que o próprio Superior Tribunal de Justiça autoriza a ampliação do alcance do reexame⁴², na medida em que admite a remessa necessária em ação de

41 TALAMINI, Eduardo. Remessa necessária (reexame necessário). *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 24, ano 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 140.

42 De fato, são diversos os julgados do STJ que entendem possível a interpretação extensiva dos comandos legais que preveem o reexame necessário, sendo pacífico o entendimento de que a previsão da remessa necessária relativa à ação popular se aplica à ação de improbidade administrativa por interpretação analógica. Nesse sentido, confira-se o recentíssimo julgado: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REEXAME NECESSÁRIO. CABIMENTO. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ART. 19 DA LEI 4.717/65. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL À LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 475 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. PRECEDENTES. I - Petição inicial que não traz, expressamente, a nomeação

improbidade administrativa julgada improcedente, sem que haja expressa previsão legal, por interpretação analógica do art. 19⁴³ da Lei n. 4.717/65 (Lei da ação popular)⁴⁴.

Em segundo lugar, parece não fazer sentido que condenações milionárias não se submetam ao reexame porque veiculadas por meio

da ação como civil pública por ato de improbidade administrativa, mas que contém menção clara à pretensão de aplicabilidade de sanções previstas na Lei n. 8.429/92, além do ressarcimento do dano causado ao erário. Independentemente do nome que lhe foi conferida, há de se reconhecer que se trata, portanto, de ação civil pública por ato de improbidade administrativa. II - Tese recursal que se restringe à aplicabilidade do art. 19 da Lei da Ação Popular que sujeita ao duplo grau de jurisdição sentenças que concluírem pela carência da ação ou improcedência dos pedidos nos casos de ações civis públicas por ato de improbidade administrativa. III - Jurisprudência do STJ firme no sentido de que o Código de Processo Civil deve ser aplicado subsidiariamente à Lei de Improbidade Administrativa. Precedentes: REsp 1217554/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22/08/2013; EREsp 1098669/GO, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 12/11/2010. IV - Admite-se, também, a aplicação analógica do art. 19 da Lei n. 4.717/65 em relação às ações civil públicas por ato de improbidade administrativa. Precedentes: REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 29.5.2009; AgRg no REsp 1219033/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 25/04/2011; Embargos de Divergência em REsp n. 1.220.667-MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 30/06/2017. V - As sentenças de improcedência de pedidos formulados em ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário, seja por aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (art. 475 do CPC/1973), seja pela aplicação analógica do Lei da Ação Popular (art. 19 da Lei n. 4.717/65). VI - Recurso especial conhecido e provido para determinar a devolução dos autos ao Tribunal de origem, a fim de proceder ao reexame necessário da sentença.” (REsp 1605572/MG, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 16/11/2017, DJe 22/11/2017).

43 “Art. 19. A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; da que julgar a ação procedente caberá apelação, com efeito suspensivo.”

44 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*: processo coletivo. 8. ed. v.4. Salvador: Ed. Juspodivm, 2013, p. 382-383.

de decisões parciais de mérito, ao passo que condenações menores se submeteriam porquanto formalizadas por meio de sentenças, já que o único fato que difere tais tipos de decisões é a aptidão das últimas para pôr fim à determinada fase do processo, sendo que sentenças e decisões interlocutórias são ontologicamente iguais, uma vez que podem ter o mesmo conteúdo e devem apresentar os mesmos elementos.

Ademais, há que se ter em mente que a remessa necessária é garantia processual atribuída aos entes públicos que não se confunde com mero e arbitrário privilégio, vez que busca resguardar o interesse público e evitar danos irreparáveis decorrentes de decisões judiciais a respeito das quais não se estabeleceu o necessário enfrentamento⁴⁵.

Nesses termos, considerando que a remessa necessária é instituto que visa à proteção do interesse público e impede o trânsito em julgado, proferida decisão parcial de mérito contra a Fazenda Pública, deverá haver a remessa obrigatória ao tribunal, ressalvadas as hipóteses dos §§3º e 4º do art. 496⁴⁶.

Por fim, há que se destacar que, tendo em vista que o processo não findará em primeiro grau após a prolação da decisão parcial de mérito, a remessa necessária dessa decisão para análise pelo tribunal deverá ocorrer por meio de autos suplementares, tal como previsto pelo §4º do art. 356, que trata da liquidação e cumprimento da decisão que julga parcialmente o mérito.

45 CIANCI, Mirna. *A remessa necessária no novo Código de Processo Civil*. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Advocacia Pública. Coleção repercussões do novo CPC*. v.3. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 368-376.

46 Segue nessa linha o Enunciado n. 17 do Fórum Nacional do Poder Público: “A decisão parcial de mérito proferida contra Fazenda Pública está sujeita ao regime da remessa necessária”.

6. CONCLUSÃO

O Código de Processo Civil de 2015 expressamente admite o julgamento antecipado parcial do mérito, autorizando a prolação de decisões interlocutórias parciais de mérito, quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles se mostrar incontroversa ou estiver em condições de imediato julgamento, sendo desnecessária a produção de provas.

Com a permissão para o julgamento antecipado parcial do mérito, o Código de 2015 rompe definitivamente com o dogma chiovendiano da unicidade do julgamento, permitindo sua cisão, na medida em que autoriza o julgador a resolver parcelas do mérito no curso do processo, por meio de decisão interlocutória.

A decisão interlocutória parcial de mérito é proferida mediante cognição exauriente e é ontologicamente idêntica à sentença, podendo possuir o seu mesmo conteúdo, sendo que o que as distingue é a sua inaptidão para encerrar a fase de conhecimento do procedimento. Submete-se, em linhas gerais, aos mesmos requisitos da sentença, uma vez que ambas são capazes de produzir os mesmos efeitos.

É possível que ocorra o julgamento antecipado parcial de mérito contra o Poder Público. Nesse caso, a decisão parcial de mérito proferida contra a Fazenda Pública estará sujeita à remessa necessária, pois possui o mesmo conteúdo, eficácia e autoridade da sentença.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Paulo Osternack. A remessa necessária no novo CPC. In: TALAMINI, Eduardo (Org.). *Processo e administração pública*. Coleção Repercussões do novo CPC. v. 10. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Coisa julgada progressiva e resolução parcial do mérito*. Curitiba: Juruá, 2008.

ARMELIN, Donaldo. Notas sobre a sentença parcial e arbitragem. *Revista de arbitragem e mediação*. n. 18. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

AYOUB, Luiz Roberto; PELLEGRINO, Antônio Pedro. A sentença parcial. *Revista da EMERJ*, v. 11. n. 44. Rio de Janeiro: EMERJ, 2008. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista44/Revista44_75.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2017.

BARBOSA, Bruno Valentim. *Julgamentos parciais de mérito no Processo Civil individual brasileiro*. 2013. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo Processo Civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade. *Revista de Processo*, ano 31, n. 141. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

CAMBI, Eduardo et al. *Curso de Processo Civil completo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CIANCI, Mirna. A remessa necessária no novo Código de Processo Civil. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Advocacia Pública*. Coleção repercussões do novo CPC. v.3. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

CORREIA FILHO, Antônio Carlos Nachif. *Julgamentos parciais no Processo Civil*. 2015. 186 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade Estadual de São Paulo, São Paulo, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed., v.1. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.

_____ ; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed., v.2. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.

_____ ; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13. ed., v.3. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

_____ ; _____. Remessa necessária no novo CPC. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Advocacia Pública. Coleção Repercussões do novo CPC*. v.3. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

_____ ; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 8. ed., v.4. Salvador: Ed. Juspodivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil moderno*. 3. ed., t.1. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed., v.II. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed., v.III. São Paulo: Malheiros, 2005.

DÓRIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

DOTTI, Rogéria. *Julgamento parcial de mérito no CPC/2015: vamos deixar tudo como está?* Disponível em: < https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/480283183/julgamento-parcial-de-merito-no-cpc-2015#_edn2>. Acesso em: 10 jan. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____ ; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MOLLICA, Rogério. A remessa necessária e o novo Código de Processo Civil. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Advocacia Pública*. Coleção repercussões do novo CPC. v.3. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. *Novo código de Processo Civil comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016.

OLIANI, José Alexandre Manzano. *Sentença no novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SANTOS, Welder Queiroz dos. Ação rescisória contra decisão interlocutória de mérito e contra capítulo não recorrido. *Revista de Processo*, v. 272, ano 42. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SIQUEIRA, Thiago Ferreira. O julgamento antecipado parcial do mérito no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, v.7, n.1, 2016, p. 165-208. Disponível em: <www.civilprocedurereview.com>. Acesso em: 2 out. 18.

SOUZA JÚNIOR, Sidney Pereira de. *Sentenças parciais no Processo Civil: consequências no âmbito recursal*. São Paulo: Método: 2009.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Remessa necessária (reexame necessário). *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 24, ano 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Saneamento do processo. *Revista de Processo*, v. 86. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 485 ao 538*. v. 8. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo*. 16. ed., v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Curso avançado de Processo Civil: cognição jurisdicional*. 16. ed., v.2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005.

ZENKNER, Marcelo. O (velho) reexame necessário no novo CPC. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Advocacia Pública*. Coleção repercussões do novo CPC. v.3. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

Panorama jurídico da educação domiciliar no Brasil

Juridical panorama of homeschooling in Brazil

Carlos Eduardo Rangel Xavier¹

RESUMO: O artigo considera o panorama jurídico da educação domiciliar no Brasil, abordando os aspectos constitucionais, as normas internacionais de direitos humanos, a legislação infraconstitucional, os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional e o seu tratamento judicial, além de perspectivas para o futuro.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional; educação domiciliar.

ABSTRACT: The paper considers the juridical panorama of homeschooling in Brazil, addressing the constitutional aspects, the international human rights norms, the infraconstitutional legislation, the proposals in process in National Congress and its judicial treatment, besides perspectives for the future.

KEYWORDS: Constitutional Law; homeschooling.

¹ Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná – UFPR, Procurador do Estado do Paraná, Professor do UniFacear e responsável pelo canal no YouTube *Direito Sem Juridiquês* (<https://www.youtube.com/c/DireitosemJuridiquês>).

1. INTRODUÇÃO

Antes de qualquer coisa, um rápido alerta deve ser feito. Este trabalho foi composto entre os meses de março e abril de 2018 – sendo um breve resumo da pesquisa e da meditação do autor sobre o tema nos anos anteriores. Quando foi concluído e submetido à apreciação do Conselho Editorial da Revista *Direito do Estado em Debate*, ainda não havia sido julgado o Recurso Extraordinário 888.815/RS. Apenas após a aprovação do artigo para publicação – às vésperas da diagramação da revista – foi concluído o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

Exatamente por isso, o artigo foi originalmente composto com uma perspectiva e uma estrutura próprias, em que se fez um enfrentamento apriorístico do assunto, a partir das convicções do autor. É evidente, contudo, que o caráter recente e a complexidade do julgamento do recurso extraordinário que versou sobre a educação domiciliar fazem com que as atenções da comunidade jurídica nacional, neste tema, estejam todas voltadas, atualmente, para o conteúdo da decisão da Suprema Corte. Apesar disso, não se cedeu à tentação de reescrever-se todo o artigo para que ele se convertesse na mera resenha de um julgamento.

Pelo contrário, manteve-se a estrutura original, com as adaptações necessárias, o que incluiu uma breve análise do julgamento – cujo acórdão, de toda sorte, ainda não havia sido publicado quando se concluiu a derradeira revisão do texto – no tópico originalmente destinado ao recurso extraordinário. Assim, o texto mantém sua estrutura e características originais, consistindo, reitera-se, na expressão do resultado da pesquisa e das convicções pessoais do autor. De todo modo, é importante destacar, os pontos de vista aqui expressos podem muito bem servir, com efeito, para amparar uma análise crítica do julgamento do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 888.815/RS. Feito esse necessário registro, é possível iniciar.

A educação domiciliar (também conhecida por sua denominação em inglês, *homeschooling*), embora ainda seja um tema estranho para muitos

no Brasil, já pode ser considerada um fato no país. Dados não oficiais, divulgados pela Associação Nacional de Educação Domiciliar (ANED), estimam que, no primeiro semestre de 2018, quando se escreveram estas linhas, entre cinco e seis mil famílias brasileiras já adotassem essa modalidade de educação,² sendo que, possivelmente, os números sejam ainda maiores. Ainda segundo a ANED, a adesão à educação domiciliar aumentou cerca de 516% (quinhentos e dezesseis por cento) entre 2011 e 2016.³

Nesse influxo, a produção acadêmica a respeito do tema, embora ainda relativamente escassa, vem crescendo no país. Artigos (como este), monografias, pesquisas de pós-graduação e livros sobre a educação domiciliar têm vindo a lume nos últimos anos, merecendo especial destaque duas teses de doutorado depositadas junto ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo (USP) entre os anos de 2013⁴ e 2014⁵ e a obra recentemente publicada por Alexandre Magno Fernandes MOREIRA.⁶

2 Cf. a reportagem: BBC. *Os atrativos e as polêmicas da educação domiciliar, que virou caso de Justiça no Brasil*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/educacao/noticia/os-atrativos-e-as-polemicas-da-educacao-domiciliar-que-virou-caso-de-justica-no-brasil.ghtml>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

3 Cf. a reportagem de NASCIMENTO, Caio Victor do. *Educação domiciliar cresce no Brasil e esbarra em leis da Constituição Federal*. Disponível em: <<https://paineira.usp.br/aun/index.php/2017/11/17/educacao-domiciliar-cresce-no-brasil-e-esbarra-em-leis-da-constituicao-federal>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

4 BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro. *Ensino em casa no Brasil: um desafio à escola?* 350 f. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

5 ANDRADE, Édison Prado de. *A educação familiar desescolarizada como um direito da criança e do adolescente: relevância, limites e possibilidades na ampliação do direito à educação*. 403 f. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

6 MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *O Direito à educação domiciliar*. Editora

Naturalmente, há uma ampla variedade de questões que podem ser enfrentadas quando se trata de temática tão rica e complexa quanto esta (a lista que segue, obviamente, não é exaustiva): a motivação dos pais, a dinâmica de funcionamento do ensino doméstico, as diferentes possibilidades de métodos e currículos, a socialização dos educandos, os resultados e – por fim, mas não menos importante – aquela que possivelmente ainda desperta a maior curiosidade da população em geral e dos operadores do direito em particular, o regime jurídico da educação domiciliar no Brasil.

Dentre esses aspectos o único que permite uma abordagem apriorística é aquele relativo ao regime jurídico. Todos os demais, perceba-se, dependem de pesquisas empíricas.

A esse respeito, deve-se tomar cuidado com o que pode ser chamado aqui de *armadilha do empirismo*, algo que está na base do positivismo que tem influenciado de maneira muito forte o pensamento ocidental nos últimos séculos.

Nesse sentido, o empirismo já foi demonstrado como incompatível com o enfrentamento apriorístico que é necessário quando se está lidando com conceitos objetivos –⁷ e parece que é aqui que esbarra a abordagem *positivista-literalista* a respeito do regime jurídico da educação domiciliar, aspecto a ser demonstrado no momento oportuno.

Além disso, exatamente em razão de tratar-se de prática relativamente recente no Brasil, as pesquisas empíricas, embora desejáveis, ainda são incipientes no país – por isso mesmo, muito do que é escrito por aqui ainda toma por base, quanto a esse aspecto, a produção científica que vem do exterior.⁸

Monergismo: Brasília, 2017.

7 HOPPE, Hans-Hermann. *Uma teoria do Socialismo e do Capitalismo*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013, p. 97ss.

8 Assim, por exemplo: ANDRADE, Édison Prado de. *A educação familiar desescolarizada*

Tome-se como exemplo, no primeiro dos assuntos acima elencados, a “motivação dos pais,” os Estados Unidos da América, nação na qual, em 2012, cerca de 3,4% (três vírgula quatro por cento) da população em idade escolar era educada em casa, o que representava algo em torno de 1,8 milhão de crianças e adolescentes.

Os dados são disponibilizados pelo próprio Departamento de Educação dos Estados Unidos (*U.S. Department of Education*) e demonstram o seguinte quadro quanto à motivação dos pais para o *homeschooling*: desejo de prover instrução religiosa – 64% (sessenta e quatro por cento); desejo de prover instrução moral – 77% (setenta e sete por cento); preocupação com o ambiente escolar – 91% (noventa e um por cento); insatisfação com a instrução acadêmica no ambiente escolar – 74% (setenta e quatro por cento); desejo de prover uma abordagem não tradicional para a educação – 44% (quarenta e quatro por cento); necessidades especiais da criança – 16% (dezesesseis por cento); problemas físicos ou mentais da criança – 15% (quinze por cento); outras razões – 37% (trinta e sete por cento).⁹

Nota-se, assim, que as preocupações relativas ao ambiente escolar – inclusive no aspecto moral – e à excelência acadêmica, seguidas de perto por aspectos religiosos, são os principais motivos que levam os pais a adotarem a prática da educação domiciliar nos Estados Unidos – o que, em verdade, não é muito diferente no Brasil.

Perceba-se que o *aspecto religioso*, embora não seja a principal motivação, apresenta-se como uma das principais. E isso faz com que o tema da educação domiciliar tangencie, além do direito fundamental à

como um direito da criança e do adolescente: relevância, limites e possibilidades na ampliação do direito à educação. 403 f. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 29ss.

9 DEPARTAMENTO DE EDUCAÇÃO dos Estados Unidos. *Statistics About Nonpublic Education in the United States*. Disponível em: <<https://www2.ed.gov/about/offices/list/oii/nonpublic/statistics.html#homeschl>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

educação, a liberdade de crença, assunto que necessariamente deve ser enfrentado quando se considera o regime jurídico do ensino doméstico.

Mas a menção realizada neste momento aos aspectos empíricos foi, evidentemente, apenas ilustrativa – e já se fez a devida ressalva quanto à *armadilha do empirismo*. A partir de agora, o trabalho irá se concentrar no único aspecto, dentre aqueles que dizem respeito à produção científica em torno da educação domiciliar, que permite enfrentamento apriorístico, que é o regime jurídico desta modalidade de educação no Brasil.

Assim, após breve alusão à educação como direito fundamental social, este artigo será estruturado sobre a contraposição entre dois pontos de vista: o primeiro (inclusive já nominado como abordagem *positivista-literalista*), que afirma ser a educação domiciliar ilícita na ordem jurídica brasileira; o segundo (que pode também ser chamado de abordagem *pós-positivista*), defendendo o contrário, que a educação domiciliar é conforme ao Direito no Brasil – sendo, no mínimo, curioso notar como a consideração de uma mesma ordem jurídica pode admitir pontos de vista tão antagônicos entre si.

Nesse sentido, será ainda abordada a forma como o assunto vem sendo tratado pelo Poder Judiciário e quais as perspectivas para o futuro, inclusive legislativas. Por fim, serão brevemente tangenciadas a perspectiva libertária e o instigante tema da desobediência civil, cuja conexão com o objeto da investigação é evidente.

Como se pode perceber, a exposição será panorâmica, até mesmo em razão das limitações inerentes ao presente trabalho. Contudo, ainda que os tópicos possam ser objeto de maior verticalização, imagina-se que nenhum dos aspectos realmente relevantes a respeito do assunto tenham sido deixados de lado.

2. DIREITO À EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

Independentemente de qual tipo de abordagem se adote – *positivista-literalista* ou *pós-positivista* –, é certo que, do ponto de vista da ordem jurídica positiva, o direito à educação é um direito fundamental social. Além de constar em tratados internacionais de direitos humanos (mencionam-se, aqui, o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Convenção sobre os Direitos da Criança e a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, todos a serem considerados adiante), tem ampla previsão na Constituição da República Federativa do Brasil (artigos 6º e 205 a 214), sendo dotado, portanto, de fundamentalidade tanto material quanto formal.¹⁰

O que difere é a compreensão a respeito da maneira como este direito pode ser implementado. A abordagem *positivista-literalista* tem claro viés coletivista e entende que o direito fundamental à educação somente poderia ser concretizado mediante matrícula compulsória no sistema de ensino, quer numa instituição pública, quer privada.

Já a abordagem *pós-positivista* trata do assunto numa perspectiva menos legalista e mais preocupada com a liberdade das famílias. Assim, concorda, por um lado, que o ensino gratuito é dever do Estado e que a exploração da atividade de ensino é livre à iniciativa privada; mas, por outro, defende que a matrícula da criança e do adolescente em idade escolar numa instituição – pública ou privada – de ensino é uma escolha dos pais, que podem, ao invés, optar pela educação de seus filhos em casa se tiverem condições de praticar essa modalidade de ensino.

10 Sobre a fundamentalidade material e formal, veja-se PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 24ss., e SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2009, p. 74ss.

3. ABORDAGEM POSITIVISTA-LITERALISTA

A primeira forma de abordar a questão foi aqui chamada de *positivista-literalista* por ser aquela que mais se aproxima de uma peculiar compreensão do Direito que remonta ao formalismo teórico de Hans KELSEN¹¹ e, ainda antes dele, à escola de exegese.¹²

Essa abordagem poderia até mesmo ser chamada de *legalista*, pois sua interpretação da questão não decorre exatamente do texto da Constituição (esta, com efeito, não apresenta nenhuma proibição expressa à educação domiciliar), mas de interpretação puramente gramatical do texto de leis infraconstitucionais – mais precisamente, do artigo 55 da Lei n. 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e do artigo 6º da Lei n. 9.394/1996, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), nos quais se encontra a previsão de matrícula obrigatória no sistema de ensino.

Afirma-se, inclusive, que o ensino doméstico configuraria crime de abandono intelectual (artigo 246 do Código Penal), havendo inclusive registros de pais *homeschoolers* que sofreram persecução criminal com base nesse tipo penal.¹³

Na verdade, seja no aspecto criminal, seja no aspecto cível, a atuação do Ministério Público contra pais que educam seus filhos em casa sempre levará em conta uma abordagem *positivista-literalista*.

11 *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

12 Cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições da Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 86ss.

13 Cf. a reportagem: NOGUEIRA, Fernanda. *Condenado pela Justiça, casal de MG mantém filhos fora da escola*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/educacao/noticia/2011/02/condenado-pela-justica-casal-de-mg-mantem-filhos-fora-da-escola.html>>. Acesso em: 2 de mar. 2018. Mesmo com a condenação criminal por “abandono intelectual”, os pais não matricularam novamente seus filhos na escola.

Para essa forma de enfrentamento do tema, a literalidade da legislação infraconstitucional parece ser suficiente. Contudo, é possível notar que aos argumentos meramente formais agregam-se, basicamente, dois outros¹⁴: primeiro, que a escola seria um ambiente de desenvolvimento de “cidadania”, e, segundo, que a socialização promovida pelo ambiente escolar seria algo “necessário” ao desenvolvimento das crianças e dos adolescentes – *havendo quem pense inclusive que o bullying tenha aspectos positivos*.¹⁵

Dentre esses argumentos, apenas a consideração formalista da legislação é *a priori*. Os outros dois caem naquilo que já se nominou como *armadilha do empirismo*, uma vez que tratam, de forma apriorística, de questões que somente poderiam ser comprovadas por pesquisas empíricas.

A esse respeito, já se mencionou que o Brasil ainda carece de estudos empíricos, dentre os quais aqueles que pudessem fundamentar a assertiva de que a escola desenvolve a “cidadania” nos educandos, o mesmo valendo para a suposição de que crianças educadas em casa seriam prejudicadas por suposta falta de “socialização” propiciada pelo ambiente escolar.

Ao contrário, pesquisas empíricas realizadas no exterior, num ou noutro quesito, apontam em sentido oposto.¹⁶

Por outro lado, a condição atual do ensino público no Brasil é de conhecimento geral. Apenas para ilustrar, menciona-se estudo realizado em 2015 pelo Instituto Paulo Montenegro e a ONG Ação Educativa, com o apoio do IBOPE Inteligência, segundo o qual 27% (vinte e sete

14 Cf. COSTA, Fabricio Veiga. *Homeschooling no Brasil: uma análise da constitucionalidade e da legalidade do Projeto de Lei 3179/12*. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2016.

15 O trecho em itálico foi inserido após o julgamento do Recurso Extraordinário 888.815, em razão do caráter peculiar de uma manifestação de um dos ministros do STF.

16 ANDRADE, Édison Prado de. *A educação familiar desescolarizada como um direito da criança e do adolescente: relevância, limites e possibilidades na ampliação do direito à educação*. 403 f. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 51ss.

por cento) dos brasileiros entre 15 e 64 anos podem ser considerados analfabetos funcionais.¹⁷

Não obstante, é importante reforçar que os argumentos em torno da “cidadania” e da “socialização” transformam em raciocínio apriorístico aquilo que apenas poderia ser comprovado de forma empírica.¹⁸

E talvez seja necessário esclarecer aqui o motivo pelo qual o desenvolvimento de raciocínio *a priori*, neste artigo, está restrito a confrontar as opções da educação domiciliar e do ensino público: como o Estado não poderia compelir qualquer pai ou mãe, ainda que dotado de recursos, a matricular seus filhos na rede privada de ensino, o parâmetro de comparação deve ser reduzido ao binômio casa/escola pública. Isso é reforçado pelo fato de a educação domiciliar, conquanto obviamente não isenta de custos, ser presumivelmente menos onerosa do que o pagamento de mensalidades de uma escola particular, apresentando-se como opção não apenas para crianças e adolescentes que poderiam ser matriculados em instituições privadas de ensino, mas também para aqueles que estariam no *ethos* da escola pública.

Nessa perspectiva, embora seja dever constitucional do Estado atuar de forma a melhorar as condições atuais do ensino público, parece ser um pouco exagerado exigir dos pais que tenham a possibilidade de educar seus filhos em casa que sujeitem tais crianças e adolescentes a condições por eles indesejadas apenas em nome da visão ideal que algumas pessoas

17 HABILIDADE DE LEITURA, Escrita e Matemática são limitadas em muitos setores da economia brasileira, podendo restringir produtividade e capacidade de inovação. Disponível em: <http://download.uol.com.br/educacao/2016_INAF_%20Mundo_do_Trabalho.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2018.

18 Para além da observação metodológica, interessante contraponto a essa perspectiva pode ser encontrado em ROTHBARD, Murray Newton. *Educação: livre e obrigatória*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013.

ainda retêm – a despeito de todas as evidências da vida real – a respeito do ambiente escolar.

Isso demonstra, além daquilo que já se chamou de *armadilha do empirismo*, o claro caráter *coletivista*¹⁹ que está por trás da abordagem *positivista-literalista*.²⁰ Logo, a fim de se buscar uma aproximação do assunto que privilegia a liberdade das famílias, este é o momento de se passar ao enfrentamento *pós-positivista* da educação domiciliar.

4. ABORDAGEM PÓS-POSITIVISTA

Após a Segunda Guerra Mundial, abandonou-se, na Europa, o formalismo metodológico próprio ao juspositivismo kelseniano. E ainda que tal movimento somente tenha efetivamente se feito sentir no Brasil após 5 de outubro de 1988, o certo é que hoje se fala numa compreensão *pós-positivista* do Direito, como forma de buscar-se uma interpretação menos formalista do ordenamento jurídico e o diálogo com a moral por meio de princípios materiais de justiça reconhecidos como *direitos fundamentais*.²¹

É exatamente sobre essa metodologia hermenêutica que se fundamenta a proposta de considerar-se a educação domiciliar conforme ao direito no Brasil.

Já se mencionou não ser possível encontrar na Constituição qualquer proibição expressa ao ensino doméstico. Pelo contrário, a educação é tratada como dever tanto do Estado quanto da família.

19 Para um enfrentamento do coletivismo, confira-se HAYEK, Friederich August von. *O Caminho da Servidão*. 6ª ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

20 De fato, Hans-Hermann Hoppe (ob. cit. e loc. cit.) bem demonstra como *coletivismo*, *positivismo* e *empirismo* caminham sempre em conjunto.

21 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do Processo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 47ss.

Utilizando-se, assim, o *princípio da subsidiariedade*, inerente à operabilidade dos direitos fundamentais sociais (tais quais o direito fundamental à educação), conclui-se que deve ser dada prioridade à família na forma como esse direito do educando será atendido.²²

Não somente isso, mas há também que se levar em conta que o artigo 206 da Constituição estabelece como princípios para o ensino a “liberdade” (inciso II) e o “pluralismo” (inciso III), devendo a educação domiciliar ser compreendida como um modelo que expressa exatamente a liberdade de ensinar e o respeito ao pluralismo.²³

Assim, os pais podem optar por cumprir de forma direta com seu dever de fornecer educação aos seus filhos, dentro do ambiente do lar; podem, alternativamente, decidir pela matrícula numa instituição de ensino privada, se assim desejarem; e apenas subsidiariamente (seja por falta de condições, seja por escolha – embora dificilmente a realidade confirme essa última hipótese), é que se valerão do sistema público de ensino. De todo modo, sempre permanecerá o dever de o Estado prestar o serviço público de educação (artigo 208 da Constituição), de acordo com o balizamento constitucional – e, seguindo essa linha de raciocínio, para atender aos educandos que não sejam ensinados em casa ou que não estejam matriculados na rede particular.

Soma-se a essa compreensão a consideração de normas internacionais de direitos humanos e o *status* que o Supremo Tribunal Federal (STF) lhes outorgou após a promulgação da Emenda Constitucional (EC) 45/2004.

Encerrando antiga discussão doutrinária em torno do tema, diante da inserção do § 3º ao artigo 5º da Constituição, o STF, ao considerar o

22 MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *O direito à educação domiciliar*. Editora Monergismo: Brasília, 2017, p. 135ss.

23 PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Art. 205. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walter de Moura (coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2231.

problema da prisão civil do depositário infiel, firmou o entendimento de que os tratados internacionais não aprovados pelo rito das emendas constitucionais têm *status* de norma supralegal.²⁴ Esse é o raciocínio que está por trás da Súmula Vinculante 25.

Assim, tem *status* de supralegalidade, por exemplo, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San Jose,²⁵ a qual estabelece que os pais têm o direito de que os filhos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com as suas próprias convicções (artigo 12.4).

O mesmo vale para o Pacto dos Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas.²⁶ Neste, embora a educação primária seja tratada como “obrigatória” e “acessível gratuitamente a todos” (artigo 13.2.a), sujeita a “implementação progressiva” (artigo 14), encontra-se a mesma ressalva do Pacto de San Jose quanto ao direito que os pais têm de que seus filhos recebam educação religiosa ou moral consentânea com suas próprias convicções (artigo 13.3).

Idêntica previsão quanto à obrigatoriedade e à gratuidade da educação primária é encontrada na Convenção sobre os Direitos da Criança²⁷ (artigo 28.1.a). No entanto, para além disso, essa Convenção menciona caber aos pais a “responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança,” e que, nesse aspecto, sua “preocupação fundamental visará ao interesse maior da criança” (artigo 18.1).

E, conquanto não detenha exatamente *status* de tratado, a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que o direito de escolher o

24 GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito supraconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 102ss.

25 Promulgado no Brasil por meio do Decreto 678/1992.

26 Promulgado no Brasil por meio do Decreto 592/1992.

27 Promulgada no Brasil por meio do Decreto 99.710/1990.

gênero de educação a ser fornecida aos filhos pertence aos pais (artigo 26.3).

Pode-se compreender, assim, que as normas internacionais de direitos humanos consagram a “responsabilidade primordial dos pais” (artigo 18.1 da Convenção sobre os Direitos da Criança); além disso, estabelecem o direito dos pais escolherem o gênero de educação a ser ministrado aos filhos (artigo 26.3 da Declaração Universal) e ressalvam o direito daqueles de velarem pela instrução moral e religiosa destes (artigo 12.4 do Pacto de San Jose e 13.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos), conferindo-lhes, nessa perspectiva, a faculdade de optarem pela educação domiciliar.

Reitera-se, especialmente, o conteúdo do artigo 18.1 da Convenção sobre os Direitos da Criança, que aparentemente deve servir de norte para interpretar todas as demais previsões internacionais sobre o “ensino primário obrigatório.” Com efeito, o ensino não deixa de ser “obrigatório” também no âmbito domiciliar; a utilização do sistema que permite o “acesso universal” é que tem de ser compreendida como faculdade dos pais, diante de sua “responsabilidade primordial” no que diz respeito à educação da criança.

Já a questão da opção pelo ensino doméstico em decorrência de específicas questões morais e, especialmente, religiosas é problema que tangencia o aspecto da liberdade de crença, cuja correlação com o direito à educação domiciliar será enfrentada especificamente adiante.

De todo modo, como as normas internacionais de direitos humanos têm, reconhecidamente, caráter supralegal, elas se sobrepõem, nesse ponto e especificamente para as famílias que optam pela educação domiciliar, aos dispositivos da LDB e do ECA, já mencionados, que tratam da matrícula compulsória em estabelecimento de ensino.

Uma vez que se mencionou novamente a legislação infraconstitucional brasileira, é interessante notar como *diretrizes interpretativas*²⁸ que vão

28 Cf. WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*. Madri: Civitas, 2001, p. 85ss.

além da puramente *gramatical* amparam a conclusão pela licitude da educação domiciliar.²⁹ Já se utilizou, ao aludir a “normas supralegais,” o chamado *critério hierárquico* – ou seja, as normas internacionais sobre o assunto estão, no plano interno, em patamar hierárquico superior ao da legislação infraconstitucional.

Além disso, considerando-se a matrícula compulsória em instituição de ensino uma *regra geral* (vale dizer, para crianças que não estão sendo educadas no ambiente doméstico), o direito à educação domiciliar funciona como *regra especial*, obviamente não revogando aquela nem sendo por ela revogado – artigo 2º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Por outro lado, a partir do momento em que se estabelece a correta finalidade (teleologia) das regras que ordenam matrícula obrigatória, é possível lançar-se mão da *interpretação* dita *teleológica* (artigos 5º da LINDB e 8º do Código de Processo Civil de 2015), inclusive no que diz respeito à suposta configuração do crime de abandono intelectual.

Não deve haver dúvida de que a *teleologia* das regras que determinam matrícula obrigatória há de ser buscada no *princípio da proteção integral da criança e do adolescente*, consagrado no artigo 227 da Constituição.

Nesse sentido, as famílias praticantes da educação domiciliar parecem, de fato, estar emprestando a *máxima efetividade* a essa previsão constitucional. Pode-se afirmar, para utilizar expressão contida no mesmo artigo 227 da Constituição, que o educando está recebendo “absoluta prioridade” no seio familiar, pois é com grande dose de sacrifício pessoal que pais e mães se dedicam à nobre tarefa de educarem seus filhos em casa – o que é, além do mais, consentâneo com a “responsabilidade primordial” dos pais quanto à educação dos filhos (artigo 18.1 da Convenção sobre Direitos da Criança).

29 Sobre os critérios para supressão de antinomias, veja-se BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 7ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996, p. 91ss.

Tendo isso em mente, pode-se ainda pensar no direito fundamental à educação como um *princípio*. Como tal, consubstancia, na lição de Robert ALEXY, um *mandado de otimização* e se sujeita a implementação gradual (o que é, inclusive, reconhecido pelas normas internacionais já mencionadas); essa implementação gradual é condicionada a *possibilidades fáticas e possibilidades jurídicas*.³⁰ Assumindo-se a tese de que não há vedação jurídica apriorística à educação domiciliar no Brasil (*possibilidades jurídicas*), pode-se então perceber que as famílias praticantes do ensino doméstico estão buscando, dentro de suas *possibilidades fáticas*, dar máxima efetividade ao direito à educação – com efeito, em qualquer pesquisa empírica, como aquela mencionada no começo deste artigo, a busca pela excelência acadêmica sempre se apresenta como um dos principais motivos de opção pelo ensino doméstico.

Ou seja, a *finalidade* das normas que estabelecem a matrícula obrigatória (como os artigos 6º da LDB e 55 do ECA) – exatamente a *proteção da criança e do adolescente em idade escolar* – é plenamente atendida com a educação domiciliar.

E, conquanto a diretriz teleológica seja em tudo adequada para a interpretação das normas cíveis sobre o assunto, ela é tanto mais eloquente para a consideração do crime de “abandono intelectual,” previsto no artigo 246 do Código Penal. O tipo penal pressupõe, literalmente, que alguém deixe, “sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar.” Ora, “prover à instrução” da criança é exatamente o que o ensino doméstico objetiva.

Na verdade, além de a educação domiciliar estar plenamente de acordo com a finalidade da norma, a persecução criminal de pais *homeschoolers* contraria a própria literalidade do tipo penal, que em nenhum local menciona a “matrícula” em instituição de ensino.

30 *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 86 ss.

Não obstante, como noticiado na introdução deste trabalho, alguns pais já foram processados no Brasil, tanto civil quanto criminalmente, por educarem seus filhos em casa. Por outro lado, existem também decisões favoráveis às famílias. E, na verdade, todas as ações judiciais sobre o tema estavam a aguardar um posicionamento do STF. Este é o momento, portanto, de considerar-se o *panorama judicial* atual acerca da educação domiciliar no Brasil.

5. PANORAMA JUDICIAL

No que diz respeito ao aspecto judicial, o mais comum é que os pais que educam seus filhos em casa estejam simplesmente à margem do Poder Judiciário, uma vez que a quantidade de ações existentes é ínfima se comparada com a quantidade de famílias educadoras.³¹ No entanto, caso se verifique o oposto, os pais podem figurar tanto no polo passivo quanto no polo ativo de ações judiciais.

Quanto à primeira hipótese, já se mencionou a possibilidade de responderem por processos criminais ou cíveis em razão de uma abordagem *positivista-literalista* adotada pelo representante do Ministério Público eventualmente responsável pelo caso. No entanto, como inclusive já mencionado em nota de rodapé, dificilmente a persecução criminal ou a eventual responsabilização cível demovem as famílias de seu intento – o que, necessariamente, remete à desobediência civil, aspecto a ser enfrentado adiante.

Em meio aos casos em que pais são processados, no entanto, desponta uma situação emblemática. Em Maringá, município do interior do Paraná,

31 Um relato de 4 (quatro) casos de famílias educadoras envolvidas em processos judiciais pode ser encontrado em BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro. *Ensino em casa no Brasil: um desafio à escola?* 350 f. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, pp. 30-81.

uma medida de proteção inicialmente instaurada contra pais que retiraram seus filhos da escola transformou-se no primeiro – e, possivelmente, até o momento, o único – caso de que se tem notícia de autorização judicial para que uma família praticasse o ensino doméstico no Brasil.³² A situação, contudo, ficou restrita ao 1º grau de jurisdição.

Por outro lado, os dois casos que chegaram aos Tribunais Superiores tratam de pais que buscaram autorização judicial – hipótese bem mais rara, note-se – para a prática do ensino doméstico e que obtiveram resposta negativa.

No Mandado de Segurança 7.407/DF,³³ foi impugnado, perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), ato do Ministro da Educação que aprovou parecer do Conselho Nacional de Educação negando o pedido dos pais, no sentido de ver reconhecido o seu direito de educarem seus filhos em casa. Na ação mandamental, de competência originária do Tribunal, este entendeu não haver o direito líquido e certo afirmado pelos impetrantes.

O julgamento ocorreu em 24 de abril de 2002, e merece algumas observações.

Em primeiro lugar, o movimento pró-educação domiciliar no país era incipiente – para não dizer inexistente – naquele momento. Lembre-se que, entre 2011 e 2016, o aumento do número de casos relativos à educação domiciliar foi da ordem de 500%.

Em segundo lugar, da análise dos votos é possível verificar a clara dicotomia, já demonstrada, entre as abordagens *positivista-literalista* e *pós-positivista*, merecendo menção, nesse contexto, o voto-vencido

32 O caso foi amplamente noticiado na internet, à época, e também está relatado em BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro. *Ensino em casa no Brasil: um desafio à escola?* 350 f. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, pp. 69-73.

33 Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=46256&num_registro=200100228437&data=20050321&formato=PDF>. Acesso em: 7 abr. 2018.

do Ministro Franciulli Netto, que, além de adotar a segunda forma de abordagem, é, de fato, o único que enfrenta a questão com fundamentação jurídica substancial.

Por último, embora o STJ detivesse – como ainda detém – competência originária para apreciar mandado de segurança contra ato do Ministro da Educação, não é este o tribunal competente para dar a última palavra acerca da interpretação da Constituição (que se trata de interpretação constitucional é evidente, pois o próprio julgamento fez constante alusão a normas constitucionais).³⁴ Noutras palavras, o aresto do STJ não pode ser considerado, quer material, quer formalmente,³⁵ um *precedente* sobre o tema.

Exatamente por isso, torna-se fundamental empreender-se a árdua tarefa de considerar-se o julgamento do Recurso Extraordinário 888.815/RS, concluído no dia 12 de setembro de 2018.³⁶

À semelhança do caso enfrentado pelo STJ, foi impetrado mandado de segurança, no entanto, contra ato do Secretário Municipal de Educação de Canela, município do interior do Rio Grande do Sul, visando à tutela do direito à educação domiciliar. A decisão foi desfavorável à família em 1º e 2º grau de jurisdição e, como se trata – ou, ao menos, deveria se tratar – de questão constitucional, foi interposto recurso extraordinário.

34 No entanto, curiosamente, o julgamento do Supremo sobre o assunto, logo considerado, foi em sentido contrário, e enveredou na análise da legislação infraconstitucional – paradoxal, no mínimo.

35 Cf. XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. *Reclamação constitucional e precedentes judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 156ss.

36 Já se mencionou que o acórdão não havia sido publicado quando encerrada a revisão prévia à diagramação do artigo para publicação. A notícia oficial sobre o julgamento está disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=389496>>. Acesso em: 13 set. 2018.

Em 22 de novembro de 2016, atendendo a pedido formulado pela ANED, o Relator do recurso, Ministro Luís Roberto Barroso, proferiu decisão com base no artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil de 2015, determinando o sobrestamento de todos os feitos, em território nacional, que versassem sobre a questão.³⁷

Iniciado o julgamento em 6 de setembro de 2018, votou o Relator, dando provimento ao recurso por considerar a educação domiciliar compatível com a Constituição. Em razão da necessidade de regulamentação deste direito subjetivo das famílias, propôs uma disciplina provisória pelo próprio Supremo, incluindo a necessidade de notificação ao Poder Público e a avaliação de desempenho mediante a submissão a provas regulares. Note-se como o Ministro Barroso, com a acuidade que lhe é peculiar, apresentou uma interpretação do tipo aqui já denominada de *pós-positivista*.

No entanto, a Corte, que tem sido tão marcada, em tempos recentes, pelo ativismo judicial, desta vez, ficou presa à literalidade da lei. Assim, retomado o julgamento no dia 12 de setembro, prevalecendo uma interpretação *positivista-literalista*, o Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso.

Abriu a divergência o Ministro Alexandre de Moraes, entendendo que a educação domiciliar não é incompatível com a Constituição, mas também não é dotada de autoaplicabilidade. Assim, a prática somente seria viável no país mediante regulamentação pelo Congresso Nacional. Com pontos de vista mais ou menos parecidos, foi acompanhado por outros cinco ministros: Rosa Weber, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Cármen Lúcia.

37 Disponível em: <[http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(RE\\$.SCLA.+E+888815.NUME.\)+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/qgofqvk](http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(RE$.SCLA.+E+888815.NUME.)+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/qgofqvk)>. Acesso em: 7 abr. 2018.

Mas o recurso teve provimento negado por oito ministros. Isso porque Luiz Fux e Ricardo Lewandowski somaram-se à maioria, porém por fundamento diverso: entenderam que a educação domiciliar seria contrária à Constituição. Para muito além do positivismo legalista, os Ministros Fux e Lewandowski adotaram ponto de vista altamente coletivista e afrontoso à liberdade.

Registra-se, ainda, o voto vencido do Ministro Edson Fachin, que deu parcial provimento ao recurso, propondo usar da técnica decisória conhecida como “apelo ao legislador.” O Ministro Celso de Mello estava ausente à sessão.

6. PROJETOS DE LEI

Como o Supremo Tribunal Federal entendeu que o foro próprio para debate e regulamentação da educação domiciliar é o Congresso Nacional, passa-se a analisar a evolução histórica do tema e o seu atual panorama no Poder Legislativo.

Merece destaque, antes de mencionarem-se os projetos de lei, a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 444/2009.³⁸ Essa PEC tinha por objetivo acrescentar um parágrafo ao artigo 208 da Constituição (“§ 4º”), determinando ao Poder Público regulamentar a educação domiciliar, assegurando-se “avaliações periódicas sob responsabilidade da autoridade educacional.” No entanto, foi arquivada nos termos do artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD),³⁹ por encerramento de legislatura.

38 Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=463248>>. Acesso em: 6 abr. 2018.

39 “Art. 105. Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação [...]”

Já no plano infraconstitucional, a primeira tentativa de legislar sobre o assunto no Brasil foi o Projeto de Lei da Câmara (PLC) 6.001/2001,⁴⁰ arquivado em 2008, também nos termos do artigo 105 do RICD (encerramento de legislatura). O mesmo aconteceu com o PLC 6.484/2002,⁴¹ apensado que foi ao primeiro.

Dois outros Projetos de Lei da Câmara do ano de 2008, que também tramitaram apensados (PLC 3.518/2008 e PLC 4.122/2008), receberam parecer negativo da Comissão de Educação e Cultura, tendo sido rejeitados em 2011.⁴²

De maneira que, atualmente, tramitam perante a Câmara dos Deputados outros dois projetos de lei sobre a educação domiciliar (PLC 3.179/2012 e PLC 3.261/2015). E, a exemplo do que aconteceu com projetos que tramitaram simultaneamente em anos pretéritos, estes também foram apensados.

No momento em que este artigo foi finalizado, os projetos estavam tramitando na Comissão de Educação, com parecer favorável da Relatora, Deputada Professora Dorinha. Submetido o parecer à apreciação da comissão em 8 de novembro de 2017, foi adiada a votação, por falta de quórum.⁴³

A lógica que embasa ambos os projetos (PLC 3.179/2012 e PLC 3.261/2015) é que os pais têm o direito de ensinar os seus filhos em casa. Mas, ainda assim, deveriam matriculá-los em estabelecimentos de ensino para registro e controle do Poder Público.

40 Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=463248>>. Acesso em: 6 abr. 2018.

41 Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=48113>>. Acesso em: 6 abr. 2018.

42 Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DA4038E88B5681DD8E5C6627A5B94360.proposicoesWebExterno1?codteor=920138&filename=Tramitacao-PL+3518/2008>. Acesso em: 6 abr. 2018.

43 Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=534328>>. Acesso em: 6 abr. 2018.

Ou seja, pressupõe-se que seria necessário o exercício de controle estatal, a tal ponto de prever-se que as crianças e adolescentes educados em casa deveriam se submeter a “avaliações periódicas” no sistema oficial de ensino – o PLC 3.261/2015 chega a aludir ao “cumprimento ao calendário de avaliações”.⁴⁴

Nessa busca por segurança jurídica, percebe-se que há uma aparente tensão entre a liberdade das famílias (sobre isso, vejam-se os tópicos seguintes) e o desejo de certo controle estatal sobre a educação domiciliar. O que parece não ser percebido é que, atualmente, a ordem jurídica brasileira já tem solução para o impasse, viabilizando a educação domiciliar e o controle estatal sem a necessidade de restringir a liberdade das famílias e, além disso, criar novas obrigações ao Estado, já assoberbado que está para atender minimamente aos educandos matriculados na rede pública de ensino.

Embora com finalidade diversa (a saber, o atendimento daqueles que “não tiveram acesso ou continuidade de estudos nos ensinos fundamental e médio em idade própria”), os artigos 37 e 38 da LDB consagram a possibilidade de que, com 15 anos, o adolescente obtenha a certificação do ensino fundamental por meio da realização de exame supletivo e, com 18 anos, o jovem obtenha a certificação do ensino médio por meio do mesmo exame ou do Exame Nacional de Certificação de Competências de Jovens e Adultos, também conhecido pela sigla ENCCEJA.

Na verdade, esse já tem sido o destino natural dos adolescentes e jovens educados em casa.⁴⁵ Reconhecer-se esse fato, com alguma mínima adaptação da legislação se for o caso, parece mesmo ser a melhor solução para o impasse entre a liberdade das famílias e o controle estatal: preserva-se o segundo sem

44 Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?coateor=1397655&filename=PL+3261/201>. Acesso em: 6 abr. 2018.

45 E, como se sabe, até pouco tempo atrás a aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) garantia, ao maior de 18 anos, a certificação respectiva.

se restringir excessivamente a primeira, atendendo-se à preponderância *prima facie* que esta deve ter na técnica da ponderação.⁴⁶

Assim, sopesados todos os fatores (inclusive, reforça-se, a destinação de recursos públicos para atendimento de mais uma – desnecessária, acrescenta-se – atividade fiscalizatória do Estado), essa parece ser, efetivamente, a solução ótima para a ponderação em questão.

No entanto, é necessário reconhecer que a segurança jurídica é um fator importante quando se trata de assunto tão sensível como este. Por isso, na perspectiva de preservação da liberdade das famílias educadoras e de buscar-se segurança jurídica, talvez a proposição legislativa mais interessante seja o recente Projeto de Lei do Senado (PLS) 28/2018,⁴⁷ que se limita a explicitar, pela proposta de inserção de parágrafo ao artigo 246 do Código Penal, que a educação domiciliar não configura abandono intelectual.⁴⁸ Por um lado, a proposição apenas explicita o óbvio, já que de abandono intelectual evidentemente não se trata; mas, por outro, parece inegável que sua transformação em lei aumentaria a segurança jurídica subjacente à prática da educação domiciliar.

Por fim, uma reflexão adicional, motivada pelo julgamento do Supremo Tribunal Federal e muito bem apontada pelo Procurador da República André Borges ULIANO:⁴⁹ como a educação é assunto objeto

46 Cf. ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 549.

47 Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132151>>. Acesso em: 6 abr. 2018.

48 Em 6 de abril de 2018, a consulta pública do site do Senado contabilizava 9.981 (nove mil novecentos e oitenta e uma) manifestações de apoio a esse projeto, contra 547 (quinhentos e quarenta e sete) manifestações desfavoráveis. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/cidadania/visualizacaomateria?id=132151>>. Acesso em 6 abr. 2018.

49 ULIANO, André Borges. *Em decisão histórica, voto condutor no STF reconhece a constitucionalidade do ensino domiciliar* (homeschooling). Disponível em: <<https://>

de competência legislativa concorrente (artigo 24, IX, da Constituição), é possível que os Estados e o Distrito Federal, até que seja exercida a competência da União para edição de normas gerais (§ 1º do mesmo artigo), exerçam competência “legislativa plena” (§§ 2º e 3º do mesmo artigo).

Além disso, não é de descartar que mesmo Municípios, alegando tratar-se de “assunto de interesse local” (artigo 30, I, da Constituição) e que estariam a “suplementar a legislação federal e estadual” (inciso II do mesmo artigo), legissem sobre o assunto. Essa iniciativa dos Municípios dependeria, note-se, de considerar que estariam agindo na esteira da “competência suplementar” conferida aos próprios Estados (artigo 24, § 2º), numa exegese conjugada dos artigos 30, II, e 24, §§ 1º, 2º e 3º, da Constituição.

Ou seja, é possível que, após as eleições de 2018, comecem a aparecer proposições legislativas, ou mesmo sejam aprovadas leis, em âmbito estadual, distrital e/ou municipal, a respeito da educação domiciliar.

7. A PERSPECTIVA LIBERTÁRIA

Como a linha de raciocínio trilhada, de uma forma ou de outra, necessariamente retorna à consideração da liberdade das famílias, pode ser interessante que se escrevam algumas linhas sobre a perspectiva libertária a respeito do assunto.

O libertarianismo, corrente político-filosófica ainda pouco difundida no Brasil, defende, a partir do individualismo metodológico, do apriorismo e de uma teoria objetiva de justiça, o respeito irrestrito à liberdade dos indivíduos, reputando ilegítima toda e qualquer ofensa a essa liberdade.⁵⁰

www.gazetadopovo.com.br/instituto-politeia/stf-constitucionalidade-ensino-domiciliar-homeschooling>. Acesso em: 16 set. 2018.

50 Cf. ROTHBARD, Murray Newton. *Por uma nova liberdade: O Manifesto Libertário*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013.

Nessa perspectiva, a abordagem libertária afirma que o controle central da educação consubstancia uma forma velada de imposição de determinada agenda política, suprimindo a liberdade dos indivíduos e impossibilitando o desenvolvimento das potencialidades peculiares a cada educando.⁵¹

Exatamente por isso, não faria sentido falar em controle da educação domiciliar pela autoridade estatal; se o ensino domiciliar é reconhecido como forma de respeitar a liberdade dos indivíduos, sua limitação por meio de um controle centralizado consubstanciará verdadeira *contradição performativa*.⁵²

8. LIBERDADE DE CRENÇA E DESOBEDIÊNCIA CIVIL

Para além da abordagem libertária do assunto, relembra-se que muitos pais optam pela educação domiciliar por aspectos morais e religiosos. Objetivam com isso proteger seus filhos, por um lado, do ponto de vista moral, da degradação da sociedade atual, cada vez mais notada na adolescência e, até mesmo, na infância; por outro, do ponto de vista acadêmico, de uma cosmovisão que vai frontalmente contra suas convicções religiosas. Fazem-no amparados em normas internacionais que, relembra-se, garantem-lhes esse direito, e no artigo 5º, VI, da Constituição, que consagra a liberdade de consciência e de crença religiosa.

51 Cf. ROTHBARD, Murray Newton. *Educação: livre e obrigatória*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013; ILICH, Ivan. *Sociedade Sem Escolas*. Petrópolis: Vozes, 1973.

52 Para uma demonstração da correlação entre a ética discursiva de origem habermasiana, da qual se extrai a ideia de *contradição performativa*, e o libertarianismo, veja-se HOPPE, Hans-Hermann, *Uma teoria do Socialismo e do Capitalismo*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013, p.123ss.

Nos Estados Unidos, a negativa dos pais à matrícula compulsória de seus filhos no sistema de ensino com base em suas convicções religiosas, exatamente no período de consolidação do movimento *homeschooler* naquela nação, foi considerada legítima no célebre caso *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972).

Por esses motivos, para muitos daqueles que educam seus filhos em casa no Brasil (possivelmente para a grande maioria), o entendimento recente do Supremo sobre o assunto – necessidade de que seja regulamentado por lei – dificilmente interferirá na rotina familiar; noutras palavras, as crianças e adolescentes não seriam, só por isso, matriculadas numa escola. A inferência é corroborada pela experiência, pois, como mencionado anteriormente, já se tem notícia de pais que foram processados pela prática da educação domiciliar e, ainda assim, não retrocederam em sua decisão. Assim também é a resolução predominante entre as famílias educadoras após a decisão do Supremo, pois que permanecerão firmes em sua prática.

Isso conduz, necessariamente, à ideia de desobediência civil. Nesse particular, a postura dos pais *homeschoolers*, sempre que estiver amparada em sua convicção religiosa, ecoará a resposta dada pelos próprios apóstolos às autoridades que lhes proibiram pregar o nome do Cristo: “Mais importa obedecer a Deus do que aos homens” (Atos dos Apóstolos, Capítulo 5, Verso 29).

Não obstante, enquanto *formulação doutrinária*, a desobediência civil é relativamente mais recente. Pode encontrar um embrião em Étienne de LA BOÉTIE, que ensinou *não a revolta* diante de uma autoridade tirânica, senão apenas a *desobediência*,⁵³ e foi, de fato, sistematizada nos Estados Unidos do Século XIX pelo pacifista Henry David THOUREAU, em sua defesa da abolição da escravidão e combate à guerra contra o México.⁵⁴

53 LA BOÉTIE, Étienne. *Discurso da servidão voluntária*. São Paulo: Martin Claret, 2009.

54 THOUREAU, Henry David. *A Desobediência Civil*. São Paulo: Penguin Classics

No século seguinte, dois outros célebres pacifistas adotaram, de forma exitosa, a mesma estratégia: Mahatma Ghandi, pela independência da Índia, e Martin Luther King Jr., pelos direitos civis nos Estados Unidos.

Teriam as famílias educadoras brasileiras de lançar mão da mesma estratégia de resistência pacífica dos apóstolos, de Thoureau, de Ghandi ou do mártir dos direitos civis norte-americano? Espera-se, sinceramente, que não.

9. CONCLUSÃO

O direito à educação é tanto um direito humano (reconhecido em tratados internacionais) quanto um direito fundamental (reconhecido na Constituição).

A forma como pode ser implementado – exclusivamente mediante matrícula compulsória no sistema de ensino ou, levando-se em conta a subsidiariedade que é inerente aos direitos fundamentais sociais, admitindo-se a possibilidade de ensino domiciliar – depende do prisma através do qual alguém se aproxime da ordem jurídica brasileira.

Numa abordagem legalista e coletivista (aqui chamada de *positivista-literalista*), entender-se-á que a educação domiciliar é ilícita, por ausência de previsão legal expressa. Por outro lado, numa abordagem *pós-positivista*, o Direito brasileiro pode ser interpretado de maneira a privilegiar a liberdade dos indivíduos, compreendendo-se o *homeschooling* como uma prática lícita. E somente uma interpretação altamente coletivista e aparentemente despida de qualquer comprometimento com a liberdade individual irá entender que a educação domiciliar é incompatível com a Constituição.

Nada disso muda, no entanto, a realidade, que demonstra o crescimento exponencial da educação domiciliar no Brasil.

Companhia das Letras, 2012.

A proibição formal do ensino doméstico seria, com toda a certeza, a pior perspectiva para o futuro. Além de deixar milhares de famílias à margem da ordem jurídica positiva, apenas incentivaria, ao que tudo indica, a desobediência civil.

Por outro lado, a regulamentação estatal da prática parece ir na contramão dos princípios constitucionais da pluralidade e da liberdade, os quais informam o direito fundamental à educação.

Na verdade, o Direito brasileiro já dispõe de mecanismos que permitem às crianças e aos adolescentes educados em casa a certificação do ensino fundamental e médio, e que já vêm sendo utilizados por quem opta pelo ensino doméstico.

Conclui-se, portanto, ser desnecessário qualquer tipo de inovação legislativa substancial a respeito do assunto, a não ser para, na linha do que pretende o PLS 28/2018, conferir *segurança jurídica* às famílias educadoras.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ANDRADE, Édison Prado de. *A educação familiar desescolarizada como um direito da criança e do adolescente: relevância, limites e possibilidades na ampliação do direito à educação*. 403 f. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro. *Ensino em casa no Brasil: um desafio à escola?* 350 f. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

BBC. *Os atrativos e as polêmicas da educação domiciliar, que virou caso de Justiça no Brasil*. Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/os-atrativos-e-as-polemicas-da-educacao-domiciliar-que-virou-caso-de-justica-no-brasil.ghtml>. Acesso em: 31 mar. 2018.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições da Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 7ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996.

COSTA, Fabricio Veiga. *Homeschooling no Brasil: uma análise da constitucionalidade e da legalidade do Projeto de Lei 3179/12*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

DEPARTAMENTO DE EDUCAÇÃO dos Estados Unidos. *Statistics About Nonpublic Education in the United States*. Disponível em: <<https://www2.ed.gov/about/offices/list/oii/nonpublic/statistics.html#homeschl>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Supraconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HABILIDADE DE LEITURA, Escrita e Matemática são limitadas em muitos setores da economia brasileira, podendo restringir produtividade e capacidade de inovação. Disponível em: <http://download.uol.com.br/educacao/2016_INAF_%20Mundo_do_Trabalho.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2018.

HOPPE, Hans-Hermann. *Uma teoria do Socialismo e do Capitalismo*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013.

HAYEK, Friederich August von. *O caminho da servidão*. 6ª ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

ILICH, Ivan. *Sociedade sem escolas*. Petrópolis: Vozes, 1973.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

LA BOÉTIE, Étienne. *Discurso da servidão voluntária*. São Paulo: Martin Claret, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *O direito à educação domiciliar*. Editora Monergismo: Brasília, 2017.

NASCIMENTO, Caio Victor do. *Educação domiciliar cresce no Brasil e esbarra em leis da Constituição Federal*. Disponível em: <<https://paineira.usp.br/aun/index.php/2017/11/17/educacao-domiciliar-cresce-no-brasil-e-esbarra-em-leis-da-constituicao-federal>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

NOGUEIRA, Fernanda. *Condenado pela Justiça, casal de MG mantém filhos fora da escola*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/educacao/noticia/2011/02/condenado-pela-justica-casal-de-mg-mantem-filhos-fora-da-escola.html>>. Acesso em: 2 de mar. 2018.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Art. 205. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walter de Moura (coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROTHBARD, Murray Newton. *Educação: livre e obrigatória*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013.

_____. *Por uma nova liberdade: o Manifesto Libertário*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2009.

THOUREAU, Henry David. *A Desobediência Civil*. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2012.

ULIANO, André Borges. *Em decisão histórica, voto condutor no STF reconhece a constitucionalidade do ensino domiciliar (homeschooling)*. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/instituto-politeia/stf-constitucionalidade-ensino-domiciliar-homeschooling>>. Acesso em: 16 set. 2018.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madri: Civitas, 2001.

XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. *Reclamação constitucional e precedentes judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

2018

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA: O “Caso Vizivali” e a decisão vinculante do Superior Tribunal de Justiça no recurso especial n. 1.487.139/PR

Roberto Altheim¹

EMENTA:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO DISPOSITIVO DO ART. 535, I E II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/1973. REJEIÇÃO. SUPOSTA AFRONTA AOS DISPOSITIVOS DO ART. 403 DO CÓDIGO CIVIL DO ART. 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, XIII, DA LEI N. 9.784/1999. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211 DO STJ e SÚMULAS 282 E 356 DO STF. APLICABILIDADE. MÉRITO. SUSCITADA VIOLAÇÃO DOS DISPOSITIVOS DOS ARTS. 80, §§ 1º E 2º, E 87, § 3º, III, DA LEI N. 9.394/1996; 2º DA LEI N. 9.131/1995; 11 DO DECRETO

1 Especialista em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da PUC-PR, Especialista em Contratos Empresariais pela Faculdade de Direito da UFPR/ESA-OABPR, Especialista em Advocacia Pública pela Faculdade Integrada – AVM/Instituto para o Desenvolvimento Democrático – IDDE e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Faculdade de Direito da UFPR. Procurador do Estado do Paraná. Professor em graduação e pós-graduação *lato sensu* na Faculdade de Direito da Universidade Positivo. Professor convidado de pós-graduação *lato sensu* na Faculdade de Direito da UNIPAR. Membro Presidente da Comissão de Advocacia Pública da OAB, Seção Paraná. Membro do Grupo de Pesquisa Virada de Copérnico do PPGD-UFPR.

2.494/1998; 186, 187 E 927 DO CÓDIGO CIVIL; E 14 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NÃO OCORRÊNCIA. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. APLICAÇÃO. PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA CONFIANÇA. INCIDÊNCIA. RECURSO ESPECIAL DA UNIÃO CONHECIDO E RECURSO ESPECIAL DO ESTADO PARANÁ CONHECIDO PARCIALMENTE, MAS PARA LHE NEGAR PROVIMENTO. RECURSO JULGADO SOB A SISTEMÁTICA DO ART. 1.036 E SEQUINTE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015 C/C O ART. 256-N E SEQUINTE DO REGIMENTO INTERNO DO STJ. 1. (...) 10. Necessária a diferenciação de responsabilidade para as três situações distintas: a) a dos professores que concluíram o curso e que detinham vínculo formal com instituição pública ou privada (para cuja situação somente houve o ato ilícito da União); b) a dos professores que perfizeram o curso, mas que não tinham vínculo formal com instituição pública ou privada, enquadrando-se como voluntários ou detentores de vínculos precários de trabalho (para cuja situação concorreram com atos ilícitos a União e o Estado do Paraná); c) a dos denominados “estagiários” (para cuja situação não há ato ilícito praticado pelos entes públicos). 11. Teses jurídicas firmadas: 11.1. Havendo o Conselho Nacional de Educação expedido parecer público e direcionado ao Conselho Estadual de Educação do Paraná sobre a regularidade do Programa Especial de Capacitação de Docentes, executado pela Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu, a sua desconstituição ou revogação pelo próprio Conselho Nacional de Educação ou mesmo a sua não homologação pelo Ministério da Educação autorizam a tese de que a União é responsável, civil e administrativamente, e de forma exclusiva, pelo registro dos diplomas e pela consequente indenização aos alunos que detinham vínculo formal como professores perante instituição pública ou privada, diante dos danos causados. 11.2. Havendo o Conselho Nacional de Educação expedido parecer público sobre a regularidade do Programa Especial de Capacitação de Docentes executado pela Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu e direcionado ao Conselho Estadual de Educação do Paraná, o qual já havia possibilitado o ingresso anterior

de alunos sem vínculo formal como professores de instituição pública ou privada (Portaria n. 93/2002 do Conselho Estadual de Educação do Paraná), a sua desconstituição ou revogação pelo próprio Conselho Nacional de Educação, ou mesmo a sua não homologação pelo Ministério da Educação, em conjugação com o Parecer n. 193/2007 do Conselho Estadual de Educação do Paraná, autorizam a tese de que a União e o Estado do Paraná são responsáveis civilmente, e de forma solidária, pela consequente indenização aos alunos que detinham vínculo apenas precário perante a instituição pública ou privada, diante dos danos causados, remanescendo a responsabilidade da União, em tais casos, pelo registro dos diplomas. 11.3. Inexistindo ato regulamentar, seja do Conselho Nacional de Educação, seja do Conselho Estadual de Educação do Paraná, sobre a regularidade do Programa Especial de Capacitação de Docentes executado pela Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu relativamente a alunos estagiários, descabe falar em condenação dos aludidos entes, devendo a parte que entender prejudicada postular a indenização em face, tão somente, da instituição de ensino. 12. Recurso especial da União conhecido e recurso especial do Estado Paraná conhecido parcialmente, mas para lhes negar provimento. 13. Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e art. 256-N e seguintes do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.” (STJ, REsp 1487139/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 08/11/2017, DJe 21/11/2017, após retificação decorrente do julgamento dos EDcl no REsp 1487139/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 25/04/2018²).

Análise realizada em 16 de junho de 2018.

2 Em conjunto foi também julgado o Recurso Especial n. 1.344.771.

1. A LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL E A ORIGEM DAS DISCUSSÕES JUDICIAIS SOBRE O “CASO VIZIVALI”

Há em tramitação nas Justiças Estadual e Federal, em procedimentos comuns e de Juizados Especiais, dezenas de milhares de processos ajuizados por egressos do “Programa de Capacitação” realizado entre os anos de 2003 e 2008 pela VIZIVALI – Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu³ em parceria com o IESDE Brasil – Inteligência Educacional e Sistema de Ensino, durante a “Década da Educação” (sobre a qual se falará na sequência). Para grande parte dessas demandas foram recentemente firmadas teses pelo Superior Tribunal de Justiça, no acórdão aqui comentado.

Inicialmente cumpre rapidamente expor o contexto em que surgiram tais pretensões que tramitam no Judiciário.

Em dezembro de 1996, foi promulgada a Lei Federal n. 9.396/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, doravante denominada apenas de LDB). Dentre outras inovações, a LDB, de acordo com seu texto original⁴, determinou que professores de 1ª a 4ª séries e da Educação Infantil, apesar de serem habilitados a lecionar contando apenas com formação de nível médio (denominados “professores leigos” e “normalistas”)⁵, necessitavam obter nível superior dentro de dez anos⁶.

3 A instituição de ensino superior encerrou suas atividades acadêmicas em 2016, conforme: <<http://www.vizivali.edu.br/>>. Acesso em: 2 jun. 2018.

4 Depois alterado pelas Leis Federais n. 12.014/2009 e 12.796/2013.

5 Art. 62 da LDB em seu texto original: “A formação de docentes para atuar na educação básica far-se-á em nível superior, em curso de licenciatura, de graduação plena, em universidades e institutos superiores de educação, admitida, como formação mínima para o exercício do magistério na educação infantil e nas quatro primeiras séries do ensino fundamental, a oferecida em nível médio, na modalidade Normal”.

6 Art. 87 da LDB na redação original: “(...) § 4º Até o fim da Década da Educação

No Estado do Paraná, muitos professores exerciam docência sem formação de nível superior. De acordo com o Censo do Professor de 1998, realizado pouco tempo após a promulgação da LDB e divulgado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais – INEP, os docentes de 1ª a 4ª séries do Ensino Fundamental no Estado do Paraná eram assim retratados⁷:

Localização	Total	1º Grau Incompleto ou Completo	2º Grau Completo	3º Grau Completo ou mais	Não informado
Total	35.866	2.589	19.264	13.885	128
Rural	7.030	2.050	4.222	728	30
Não informado	219	11	114	94	0

Fonte: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais – INEP (1998).

Note-se que mais de 21 mil professores de 1ª a 4ª séries do Ensino Fundamental não possuíam nível superior⁸.

Ciente dessa situação, que se repetia em diferentes graus por todo o país, o legislador da LDB previu nas disposições transitórias a instituição da chamada “Década da Educação”, a se iniciar em dezembro de 1997. Ao longo desses dez anos seria aprovado o Plano Nacional de Educação com as metas para o período⁹. Além disso, estabeleceu-se que os Municípios, e

somente serão admitidos professores habilitados em nível superior ou formados por treinamento em serviço”.

7 Disponível em: <<http://download.inep.gov.br/download/censo/1998/basica/censo-miolo-98.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2018.

8 Nessa tabela não estão os dados relativos à “Educação Infantil”.

9 Art. 87 da LDB na redação original: “É instituída a Década da Educação, a iniciar-se um ano a partir da publicação desta Lei. § 1º A União, no prazo de um ano a partir da

supletivamente os Estados e a União, deveriam realizar até dezembro de 2007 “programas de capacitação para todos os professores em exercício, utilizando também, para isto, os recursos da educação a distância”¹⁰.

Assim, em 4 de setembro de 2002, o Conselho Estadual de Educação aprovou a Deliberação n. 04/2002, pela qual foi autorizada a instalação desses “cursos” com “oferta limitada aos profissionais atuando no magistério em estabelecimento de Educação Básica ou em instituição de Educação Infantil”¹¹ do Estado do Paraná e que fossem “portadores de certificado de conclusão de “curso de nível médio ou de diploma na modalidade Normal”¹². Os “cursos” poderiam “ser ofertados nas modalidades presencial ou semipresencial”¹³. Quaisquer instituições de ensino superior públicas que contassem com “curso reconhecido de graduação em Pedagogia ou Normal Superior” poderiam oferecer o curso¹⁴.

Então, em 30 de outubro de 2002, a VIZIVALI, o IESDE Brasil e a UNDIME-PR – seccional paranaense da União Nacional dos Dirigentes Municipais de Educação – firmaram um convênio para “o desenvolvimento de ações conjuntas para a implantação e a oferta, pela VIZIVALI, do Programa de Capacitação Docente, em nível superior, na modalidade ‘semipresencial’, destinado à formação de docentes habilitados ao magistério

publicação desta Lei, encaminhará, ao Congresso Nacional, o Plano Nacional de Educação, com diretrizes e metas para os dez anos seguintes, em sintonia com a Declaração Mundial sobre Educação para Todos.”

10 Art. 87 da LDB na redação original: “§3º. Cada Município, e supletivamente, o Estado e a União, deverá: (...) III – realizar programas de capacitação para todos os professores em exercício, utilizando também, para isto, os recursos da educação a distância”.

11 Art. 3º, II da Deliberação n. 04/2002 – CEE/PR.

12 Art. 2º da Deliberação n. 04/2002 – CEE/PR.

13 Art. 3º, IV da Deliberação n. 04/2002 – CEE/PR.

14 Art. 4º da Deliberação n. 04/2002 – CEE/PR.

em Educação Infantil e nos Anos Iniciais do Ensino Fundamental”¹⁵.

Esclareça-se que a referida instituição de ensino – VIZIVALI – foi criada com base em autorização decorrente da Lei n. 896/1999, do município paranaense de Dois Vizinhos, tendo como mantenedora uma fundação instituída por tal município e pelo Centro Pastoral, Educacional e Assistencial Dom Carlo – CPEA¹⁶. Era integrante do Sistema Estadual de Ensino, por ser entendida como instituição “de educação superior mantida pelo Poder Público municipal”¹⁷.

Assim, e após solicitação a respeito, em 4 de dezembro de 2002 o Conselho Estadual de Educação, pelo Parecer n. 1.182/2.002, autorizou a VIZIVALI a realizar o Programa de Capacitação, em modalidade semipresencial. Nos termos do artigo 4º da já referida Deliberação n. 04/2002, à instituição de ensino coube a “responsabilidade (...) da matrícula, da avaliação e da certificação dos alunos”. A sociedade empresarial IESDE, com experiência na área de “inteligência educacional e sistemas de ensino”¹⁸, atuou em conjunto com a VIZIVALI ao menos para possibilitar a realização do “curso” pela modalidade semipresencial, disponibilizando recursos tecnológicos para a execução da atividade em todos os municípios paranaenses.

15 Cópia deste convênio costuma ser anexado às petições iniciais dos processos judiciais aqui referidos.

16 Escritura pública lavrada no Livro 0028-G, folha 099, do Cartório de Notas e Ofícios de Protesto de Dois Vizinhos – PR, datada de 05/04/2002.

17 Conforme artigo 17, II da LDB. Somente após o Edital SERES/MEC n. 01/2011 e Parecer CES/CEE 117/2011, aprovado em 14/09/2011 pelo Conselho Estadual de Educação, as faculdades mantidas por fundações municipais que cobravam mensalidades deixaram de ser tidas como integrantes do “Sistema Estadual de Ensino”, passando ao “Sistema Federal de Educação Superior”, conforme artigo 16 da LDB.

18 Conforme informações retiradas do site <<http://www.iesde.com.br>>. Acesso em: 2 jun. 2018.

O “curso” teve início em fevereiro de 2003. Ocorre que os alunos, após pagamentos de matrícula e mensalidades, frequência às aulas e atividades, aprovação nos testes e “colação de grau”, não obtiveram seu “título”, ou seja, as universidades indicadas pelo Conselho Nacional de Educação não registraram os diplomas expedidos pela VIZIVALI¹⁹.

Essa é a razão das dezenas de milhares de processos judiciais que esses egressos do Programa de Capacitação ajuizaram a partir de 2005 (término das primeiras turmas).

O Superior Tribunal de Justiça, ao proferir o acórdão aqui comentado, firmou teses a respeito das demandas em que tais pessoas solicitavam indenização pelos danos materiais, compensação pelos danos extrapatrimoniais e/ou condenação à obrigação de entregar “título” válido sob pena de multa ou conversão em perdas e danos.

2. PROBLEMAS CONSTATADOS E ATUAÇÕES DAS ADMINISTRAÇÕES PÚBLICAS ESTADUAL E FEDERAL

Há notícias de que cerca de 35 mil alunos frequentaram o “Programa de Capacitação” realizado pelas parceiras VIZIVALI e IESDE²⁰. Ocorre que não havia tamanha quantidade de professores leigos ou normalistas

19 A LDB estabelece em seu art. 48 que “Os diplomas de cursos superiores reconhecidos, quando registrados, terão validade nacional como prova da formação recebida por seu titular. § 1º Os diplomas expedidos pelas universidades serão por elas próprias registrados, e aqueles conferidos por instituições não-universitárias serão registrados em universidades indicadas pelo Conselho Nacional de Educação”.

20 Há notícias de imprensa indicando esse número. Entre elas: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/professores-terao-direito-a-indenizacoes-6j07jjj8cn7gektazli5tfm6j>>. Acesso em: 3 jun. 2018. Já o Parecer n. 548/2004-CEE, aprovado em 01/12/2004, constatou, em agosto de 2003, 16.529 (dezesesseis mil, quinhentos e vinte e nove) alunos.

no Estado do Paraná, como demonstrou o referido Censo dos Professores de 1998. Verifica-se, portanto, que algo não andou bem no controle das matrículas, pois nem todos os alunos se enquadravam nos mencionados requisitos do artigo 87 da LDB e Deliberação n. 04/2002 do Conselho Estadual de Educação, que mencionavam, respectivamente, “professores em exercício” e “profissionais atuando no magistério em estabelecimento de educação básica ou em instituição de educação infantil”. Pessoas que sequer possuíam conclusão do ensino médio participaram do “curso”; houve também quem não tivesse nenhuma ligação com a docência, como por exemplo guardas municipais, policiais civis, etc.; até mesmo pessoas de fora do Estado do Paraná participaram do Programa²¹.

Já em 2004 a Coordenadoria Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor de Foz do Iguaçu fez chegar ao Ministério da Educação questionamentos sobre a publicidade que o IESDE vinha fazendo a respeito do Programa de Capacitação em questão. O Conselho Nacional de Educação, então, emitiu o Parecer n. 14/2006, de 1º de fevereiro de 2006, que não chegou a ser homologado pelo Ministro da Educação²², quando sugeriu o entendimento de que o artigo 80, §1º da LDB impediria que tal “curso” se desse pela modalidade “a distância”²³. Posteriormente, em 7 de dezembro de

21 De acordo com informações obtidas em muitos dos milhares de processos judiciais a respeito do tema.

22 De acordo com o artigo 2º da Lei n. 9.131/1995: “(...) as deliberações e pronunciamentos do Conselho Pleno e das Câmaras deverão ser homologados pelo Ministro de Estado da Educação e do Desporto”.

23 O artigo 80 da LDB estabelecia em sua redação original que: “O Poder Público incentivará o desenvolvimento e a veiculação de programas de ensino a distância, em todos os níveis e modalidades de ensino, e de educação continuada. § 1º A educação a distância, organizada com abertura e regime especiais, será oferecida por instituições especificamente credenciadas pela União. § 2º A União regulamentará os requisitos para a realização de exames e registro de diploma relativos a cursos de educação a distância. (...)”.

2006, o Conselho Nacional de Educação emitiu novo parecer sobre o tema (Parecer n. 290/2006), este sim homologado pelo Ministro da Educação²⁴, em que reconheceu a legalidade da autorização à VIZIVALI para realizar o Programa de Capacitação nos termos da Deliberação n. 04/2002.

Ainda em 2004, quando os primeiros alunos matriculados estavam realizando seus estudos, tramitava no Conselho Estadual de Educação procedimento sobre solicitação da VIZIVALI para prorrogação da autorização para realizar o Programa de Capacitação por mais dois anos²⁵. Nesse processo afirmou-se em parecer técnico que, em razão da “equivocada interpretação dada pelo departamento jurídico do IESDE”, observou-se que “no mês de maio de 2004, portanto, no terceiro dos quatro semestres do ‘curso’, ainda haviam 399 alunos em situação irregular e que o departamento jurídico do IESDE ainda concedeu prazo a tais alunos até o dia 30 de setembro de 2004 para preencherem esse requisito essencial”. Na mesma oportunidade foi ressaltado que alunos “mesmo sem terem comprovado sua escolaridade continuam pagando as mensalidades e frequentando as aulas, o que pode induzir alguns a entenderem que o programa capacita qualquer um e que o professor pode atingir um grau superior mesmo sem ter completado o ensino médio”, de forma que se sugeriu a fixação de prazo para comprovação da regularidade das matrículas e o impedimento de “frequência e participação no programa daqueles que não atenderem a exigência legal”. Em conclusão e pelo Parecer n. 634/2004²⁶, o Conselho Estadual de Educação deliberou favoravelmente à renovação da autorização para funcionamento do Programa de Capacitação pela VIZIVALI, mas determinou que “a Instituição deverá encaminhar a este Conselho, até 20 de dezembro de 2004, a comprovação de regularidade de

24 Despacho do Ministro da Educação publicado no Diário Oficial da União de 27/08/2007.

25 Processo administrativo n. 548/2004-CEE.

26 Aprovado pelo Conselho Estadual de Educação em 01/12/2004.

matrícula dos alunos considerados com matrícula irregular, atendendo à determinação do Perito”.

Após a conclusão do “curso” pelos primeiros alunos, no ano de 2005, várias consultas foram encaminhadas ao Conselho Estadual de Educação sobre a validade dos certificados expedidos pela VIZIVALI para os concluintes do Programa de Capacitação²⁷. Ademais, os primeiros diplomas foram encaminhados para registro à Universidade Federal do Paraná – UFPR, que se negou a fazê-lo sob o argumento de que “deveriam ser expedidos certificados aos concluintes do “curso”, e não diplomas”²⁸.

Após questionamento apresentado pelo Conselho Estadual de Educação, o IESDE (e não a VIZIVALI, que era a instituição de ensino responsável pelas matrículas) afirmou que havia matriculado, na primeira turma, 10.349 alunos e que, desses, “aproximadamente 10,22%, ou seja, aproximadamente 1.058 alunos, não haviam entregado na oportunidade da matrícula os documentos exigidos, restando tais alunos em situação irregular”. Então, o Conselho Estadual de Educação notificou a VIZIVALI, exigindo a comprovação da regularidade da matrícula dos alunos. A instituição de ensino afirmou, em 31 de outubro de 2005, que “realizou todas as diligências solicitadas em vista da comprovação das matrículas dos alunos que na ocasião da verificação foram apontadas em situação irregular”, dando a entender que não havia mais problemas com matrículas irregulares²⁹.

A Administração Pública Estadual determinou a constituição de uma Comissão de Verificação *in loco* pela Portaria Conjunta n. 01/06-CEE/SETI/PR. Ocorre que tal fiscalização foi obstada em 27 de abril de 2006, quando foi concedida liminar em mandado de segurança impetrado pela

27 Conforme o que consta no relatório do Parecer n. 193/2007-CEE.

28 Conforme o que consta no Of. 402/03-DRG/DDA da UFPR, datado de 15/05/2003.

29 Tudo conforme o que constou no processo n. 405/2005 do Conselho Estadual de Educação.

VIZIVALI. Tal obstáculo foi afastado em 19 de setembro de 2006, quando o Tribunal de Justiça do Paraná julgou o mérito desse processo³⁰. Iniciou-se, então, o processo administrativo n. 288/2007 do Conselho Estadual de Educação, que teve sua conclusão apresentada pelo Parecer n. 193/2007, aprovado em 11 de abril de 2007.

30 “Mandado de segurança - Ato que constituiu comissão mista para verificar ‘in loco’ a situação documental dos alunos - Existência de procedimento administrativo e intimação da impetrante para apresentar os documentos irregulares - Afastada a violação ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa - Ato que respeita o princípio da motivação - Demonstrada a existência de irregularidades não sanadas pela impetrante - Competência da autoridade coatora para constituir a comissão mista - Não restou demonstrado a existência de provas ou indícios de que o ato está eivado de desvio de finalidade - Negada a segurança.” (TJPR - 7ª C.Cível em Composição Integral - MS - 345193-8 - Curitiba - Rel.: Antenor Demeterco Junior - Unânime - J. 19.09.2006). Houve recurso ordinário interposto pela VIZIVALI em face da decisão do Tribunal de Justiça, que negou a ordem. A Corte Especial, então, proferiu acórdão, assim ementado: “Administrativo. Portaria que constituiu comissão mista para verificar in loco a situação documental de alunos matriculados na Faculdade Vizinhança do Vale do Ivaí. Existência de anterior procedimento administrativo e de intimação da recorrente para apresentação de documentos, o que não foi cumprido. Ausência de afronta ao devido processo legal. Ato administrativo motivado. Existência de irregularidades não sanadas pela recorrente. Ausência de comprovação da existência de provas ou indícios de que o ato acoimado está eivado de desvio de finalidade. I - A Portaria ora acoimada, que constituiu a Comissão Mista integrada, em parte, por Conselheiros do Conselho Estadual de Educação, foi editada após o envio à Faculdade de documentos a demonstrarem as suas faltas, que não foram afinal sanadas, o que constatado in loco. II - Não há dúvidas de que o devido processo legal foi respeitado, na hipótese, eis que a ora recorrente comprovadamente se utilizou do seu direito à ampla defesa e ao contraditório. III - Não se pode olvidar, ademais, que a inspeção da recorrente, pela Comissão Mista, deveu-se ao fato de ela se ter recusado a apresentar os documentos solicitados, para fins de verificação da regularidade da situação dos alunos que cursaram o Programa de Capacitação para Docência dos Anos Iniciais do Ensino Fundamental e Educação Infantil. IV - Recurso ordinário conhecido, porém desprovido.” (STJ, RMS 25.235/PR, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 11/12/2007, DJe 12/03/2008)

Pela aprovação deste Parecer n. 193/2007, o Conselho Estadual de Educação concluiu que tinham direito a registro do diploma apenas os concluintes do Programa de Capacitação que comprovassem “vínculo empregatício, anterior à data da matrícula, em instituição regular de ensino, constando dos mesmos o exercício de atividade docente”³¹. Caberia “a uma Instituição de Ensino Superior do Estado do Paraná proceder ao registro dos diplomas”³². Esclareceu-se, ainda, que aqueles que atuavam no magistério como voluntários ou estagiários não se enquadravam na inicial Deliberação n. 04/2.002, conforme artigo 87, §3º, III da LDB em sua redação original.

A VIZIVALI impetrou mandado de segurança em face da referida conclusão do Conselho Estadual de Educação³³, objetivando o reconhecimento da legalidade da matrícula de voluntários e estagiários. O processo chegou ao Tribunal de Justiça do Paraná, que negou a ordem pleiteada pela instituição de ensino³⁴. Não satisfeita, a VIZIVALI ajuizou

31 Constatou no Parecer que “II – Do resultado da Verificação - Da análise da documentação já referida, constatou-se a ausência dos requerimentos de matrícula dos alunos e foram encontradas quatro situações distintas: a) alunos que preencheram os requisitos para a matrícula: tanto de escolaridade como da condição de professor em exercício (comprovação de vínculo de emprego); b) alunos com comprovação de escolaridade e tão somente declarações de que atuam como voluntários e estagiários em auxílio de regência de classe; c) alunos sem quaisquer documentos que comprovassem escolaridade assim como a condição de professores em exercício; d) alunos com vínculo empregatício em estabelecimento de ensino fora do Estado do Paraná”.

32 Vale aqui lembrar que o artigo 48 da LDB estabelece que “os diplomas de cursos superiores reconhecidos, quando registrados, terão validade nacional como prova da formação recebida por seu titular. § 1º Os diplomas expedidos pelas universidades serão por elas próprias registrados, e aqueles conferidos por instituições não-universitárias serão registrados em universidades indicadas pelo Conselho Nacional de Educação. (...)”.

33 Processo n. 48.556 da 4ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba.

34 “Apelação Cível. Mandado de segurança. Direito líquido e certo. Ausência. Necessidade

ação declaratória de inexistência de ato ilícito em face do Estado do Paraná, tendo inicialmente obtido liminar para afirmar que não agiu mal ao permitir matrículas de estagiários e voluntários. Em 12 de maio de 2014, contudo, foi proferida sentença julgando totalmente improcedente o pleito³⁵.

Nota-se, então, que parte dos alunos que participaram do Programa de Capacitação realizado pela VIZIVALI em parceria com o IESDE

de dilação probatória. Alegação de violação do devido processo legal na seara administrativa; ofensa à boa-fé ou ao princípio da razoabilidade e teoria do fato consumado. Argumentações não ocorrentes no caso. Sentença de rejeição do mandado de segurança corretamente lançada. Apelação cível conhecida e não provida. 1. Em razão de que a alegação da impetrante depende de dilação probatória, para o fim de se aferir sobre o alegado direito líquido e certo, impõe-se a rejeição do pedido formulado em mandado de segurança. 2. Não ocorre violação ao devido processo legal, ofensa à boa-fé e princípio da razoabilidade, uma vez que a impetrante teve ciência e oportunidade de se defender do ato atacado na seara administrativa. 3. Teoria do fato consolidado que não aproveita a impetrante/apelante, porquanto praticou o ato objeto do mandado de segurança, sem respaldo em normatização legal ou autorização de órgão ou autoridade competente. 4. Apelação cível conhecida e não provida. (...) o ponto nodal do writ se encontra no fato de que a Deliberação nº 04/02, do CEE, dispõe expressamente que o programa de capacitação destina-se a formação em nível superior, em caráter especial, a todos os profissionais em exercício de atividades docentes, tendo sua oferta limitada aos profissionais atuando no magistério em estabelecimento de educação básica ou instituição de educação infantil. (...) Desta forma, não vislumbro a presença de direito líquido e certo da autora, pois a presente via não se mostra adequada a interpretar o que represente a expressão 'profissionais em exercício de atividades docentes', ou seja, se os estagiários e voluntários em atividade docente poderiam ou não se inscrever no programa em questão. (...) Por derradeiro não pode a apelante socorrer-se da teoria do fato consolidado, porquanto desde o início agiu sem o consentimento da autoridade impetrada, ao efetuar a matrícula de professores estagiários/voluntários, não podendo, conseqüentemente, alegar que se acha protegida pelo fato consumado, em razão dos alunos terem concluído o curso. (...)” (TJPR - 7ª C.Cível - AC - 497217-8 - Curitiba - Rel.: Ruy Francisco Thomaz - Unânime - J. 25.11.2008).

35 Processo n. 10.749/2010 (0010749-97.2010.8.16.0004) da 2ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba, que atualmente se encontra aguardando julgamento de apelação cível pelo Tribunal de Justiça do Paraná.

se depararam com o impedimento para registro de seus diplomas, pois, segundo entendimento do Conselho Estadual de Educação, não preenchiam requisitos legais para participar de tal “curso”. De acordo com a Administração Estadual, apenas aqueles que eram professores com vínculo empregatício ou estatutário e com Ensino Médio completo poderiam ter se inscrito no “Programa” para posteriormente ter direito a diploma registrado.

Não obstante, as Instituições de Ensino Superior paranaenses, invocando a constitucional autonomia universitária³⁶, negaram-se a registrar os diplomas expedidos pela VIZIVALI, mesmo daqueles que se enquadravam nos requisitos da Deliberação n. 04/2002 (professores com vínculo empregatício ou estatutário e Ensino Médio completo).

Para complicar ainda mais a situação dos egressos, em 14 de junho de 2007, o Conselho Nacional de Educação decidiu rever o anteriormente referido Parecer n. 260/2006, o que ocorreu pela aprovação do Parecer n. 139/2007³⁷. Nesse momento, a Administração Pública Federal adotou o entendimento de que o ensino semipresencial previsto para o Programa de Capacitação se confundia com o ensino a distância do artigo 80 da LDB, de maneira que o Conselho Estadual de Educação não poderia tê-lo autorizado. De acordo com esse parecer, nem mesmo aqueles que eram professores em exercício com Ensino Médio completo quando da matrícula no “curso” tinham direito ao diploma de Ensino Superior decorrente do que realizou a VIZIVALI em parceria com o IESDE.

O Ministério Público do Estado do Paraná ajuizou “ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos” em face da VIZIVALI, do

36 A Constituição Federal estabelece em seu artigo 207 que “as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”.

37 Homologado pelo Ministro da Educação, conforme despacho publicado no Diário Oficial da União de 27/08/2007.

CPEA e do IESDE e seus acionistas. Requereu, dentre outras providências, fossem tais pessoas condenadas “solidariamente, a obrigação de reparar os danos causados a todos os estudantes que se matricularam e/ou concluíram o Programa de Capacitação ‘em serviço’, que lhes foi ofertado em todos os Municípios do Estado do Paraná entre 2002 e 2005, mas que, ao tempo das respectivas matrículas, não eram professores em exercício do magistério”. A ação ainda não recebeu sentença de mérito³⁸.

38 Trata-se do processo n. 1.361/2007 da 18ª Vara Cível de Curitiba, que foi sentenciado e foi objeto de apelação cível, assim julgada pelo Tribunal de Justiça do Paraná: “Apelação Cível. Ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos. Sentença que extinguiu o processo sem resolução do mérito por ilegitimidade de parte do ministério público. Ausência de um interesse social relevante que legitimasse a substituição processual. Recurso tanto pelo ministério público (cassação da sentença e julgamento imediato do mérito art. 515, § 3º, CPC) quanto pela Vizivali e CPEA (reforma da sentença no que deixara de condenar a contraparte no pagamento dos honorários de sucumbência). (...). Sentença correta em sua premissa, mas equivocada em sua conclusão. Segundo voz corrente na jurisprudência, deve-se, efetivamente, conjugar a legitimação abstrata do ministério público para a tutela coletiva de interesses individuais homogêneos correlatos às relações de consumo (artigos 81 e 82, i, do Código de Defesa do Consumidor) com a própria função institucional do órgão ministerial (artigos 127 e 129 da Constituição da República), ao bem de não se desviar o parquet daquela que é sua missão essencial, a tutela dos interesses mais caros à sociedade como um todo. Contudo, se faz nítido no presente caso que os interesses em embate desbordam os limites da individualidade, sobrepondo-se a todos os patrimônios jurídicos pessoais envolvidos nesta relação jurídica de massa. Ver-se o feito tão só como uma reunião de diversas pretensões indenizatórias é olvidar que nele se discute a maneira como a administração pública regional e seus delegados deram execução a todo um plano de capacitação de mais de trinta e cinco mil profissionais de ensino envolvidos à docência nos anos iniciais do ensino fundamental e da educação infantil em todo o estado. Diversos interesses públicos, coletivos e sociais envolvidos, tendo-se, ao mais, por pano de fundo dois direitos fundamentais de cunho social (artigo 6º da Constituição Federal): a educação e o trabalho, todos a legitimarem a atuação substitutiva do ministério público no presente caso. Razão pela qual a sentença efetivamente deve ser cassada ao bem de que o processo não se extinga indevidamente por falta legitimidade da parte autora. O feito, porém, não comporta imediato julgamento, eis não estar suficiente ‘maduro’ a uma decisão

Na tentativa de resolver o impasse, foi promulgada pela Assembleia Legislativa do Paraná a Lei Estadual n. 16.109/2009, que impunha à Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG e à Universidade Estadual do Centro Oeste – UNICENTRO a obrigação de registrar tais diplomas³⁹. As referidas instituições de ensino impetraram mandado de segurança em face de tal ordem legal, sendo judicialmente liberadas das obrigações⁴⁰.

de mérito. Quer porque não trata de questão exclusivamente de direito, quer porque ainda pendente a análise trazida do Estado do Paraná ao processo (conforme requerido por ambas as partes), o que deverá ser analisado pelo juízo originário sob pena de inadmissível supressão de instância, e, se deferido, implicará, ainda, na reabertura da fase instrutória (alegações e provas) a fim de se oportunizar à pessoa política o exercício do contraditório e da ampla defesa. Prejudicado o segundo apelo diante da perda do seu objeto, eis cingir-se à discussão do cabimento de honorários devidos em razão da sucumbência. Primeira apelação conhecida e parcialmente provida. Segunda apelação conhecida e desprovida pela perda do seu objeto.” (TJPR - 4ª C.Cível - AC - 579770-4 - Curitiba - Rel.: Maria Aparecida Blanco de Lima - Unânime - J. 30.08.2011). Houve recursos especial e extraordinário, que tiveram seu seguimento negado pela 1ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Paraná. Atualmente, esse processo aguarda julgamento de agravos ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal. Não há notícias sobre o autuação e julgamento desses recursos pelos Tribunais Superiores.

39 “Art. 1º. Fica determinado que a Universidade Estadual do Centro Oeste (UNICENTRO) e a Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG), procederão ao registro do diploma de conclusão do Programa de Capacitação em Serviço para Docência dos anos iniciais do ensino fundamental e da educação infantil, na modalidade semipresencial, expedidos pela Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu – VIZIVALI. Art. 2º. Para fins de registro de diplomas, os alunos concluintes do Programa Especial de Capacitação devem apresentar os seguintes documentos: a) Diploma de Curso Normal; b) Certificado de Conclusão de nível médio ou equivalente. Art. 3º. As Universidades deverão estabelecer convênio com a VIZIVALI, a fim de que sejam tomados os devidos procedimentos necessários para o registro dos diplomas.”

40 “1) Constitucional. Programa de capacitação ofertado pela VIZIVALI. Competência da União para registrar os diplomas. Ilegalidade da ordem no sentido de que as universidades estaduais registrem os diplomas. a) Conforme o art. 80 da Lei de Diretrizes

O próprio Governador do Estado do Paraná, que havia vetado a Lei, ajuizou ação direta de inconstitucionalidade, que atualmente tramita no Supremo Tribunal Federal⁴¹.

Com o intuito de amenizar os problemas causados na vida das pessoas envolvidas, e até mesmo das administrações das escolas públicas e privadas que contavam com esses profissionais, o Ministério da Educação, a partir de pedido apresentado pelo Estado do Paraná, autorizou que Universidades permitissem o aproveitamento de conhecimentos obtidos no “Programa de Capacitação” realizado pelas parceiras VIZIVALI e IESDE⁴² para fins de cumprimento de carga horária em curso superior de licenciatura em Pedagogia (mesmo que em “ensino a distância”)⁴³.

e Bases da Educação Nacional, a competência é da União, por intermédio do MEC, para credenciamento, autorização, reconhecimento e registro de Diploma do Programa de Capacitação ofertado pela VIZIVALI, porquanto se trata de Programa ofertado na modalidade de educação a distância. b) É bem de ver, ainda, que foi ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 4257-2 perante o Supremo Tribunal Federal, onde serão analisadas eventuais inconstitucionalidades formais e materiais da Lei Estadual nº 16109, que determina que as Universidades Estaduais registrem diplomas expedidos pela Faculdade Vizivali. c) Diante desse contexto, considerando que nos termos da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional a competência é da União, por intermédio do MEC, para o registro de diploma do Programa de Capacitação ofertado pela VIZIVALI, não pode o Estado do Paraná, sob pena de ilegalidade, através de atos legislativos e administrativos, determinar que Universidades Estaduais registrem os respectivos diplomas. 2) Segurança concedida.” (TJPR - 5ª C.Cível em Composição Integral - MS - 671060-3 - Curitiba - Rel.: Leonel Cunha - Unânime - J. 17.08.2010).

41 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.257-2.

42 Em vários processos judiciais confundiu-se essa autorização de aproveitamento de conhecimentos concedida pelo Ministério da Educação às universidades para conclusão de cursos superiores de licenciamento em Pedagogia. Afirmou-se repetidamente que se tratava de uma “complementação” oferecida pelo Estado do Paraná, por meio de suas instituições de Ensino Superior.

43 De acordo com Parecer n. 136/2010-CNE/MEC, homologado pelo Ministro da

Inicialmente, apenas Instituições de Ensino Superior do Estado do Paraná foram assim autorizadas. Depois essa autorização foi estendida a outras Universidades, que, a partir de sua autonomia universitária⁴⁴,

Educação, conforme despacho publicado no Diário Oficial da União de 28/11/2011. Vale aqui transcrever trecho desse parecer: “(...) A proposta apresentada é a oferta de um curso superior – Licenciatura em Pedagogia, modalidade a distância. Evidentemente que as Instituições que oferecerão o referido curso deverão estar credenciadas para ministrar cursos de graduação a distância. Os alunos, que forem selecionados para cursá-lo e que tenham participado do Programa Especial de Capacitação para Docência dos Anos Iniciais do Ensino Fundamental e da Educação Infantil, ofertado pela Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu, já participaram de um curso que poderíamos denominar de ‘livre’, devido ao fato de a mencionada Instituição não ter credenciamento para ministrar cursos na modalidade a distância. Mesmo os alunos que se enquadravam nas exigências estabelecidas, pelo CEE-PR, para a sua admissibilidade no Programa e que concluíram com êxito as fases estabelecidas, não tiveram direito ao diploma. No entanto, supõe-se que os mesmos tiveram aproveitamento satisfatório nos estudos realizados, uma vez que foi o próprio CEE/PR, órgão normatizador do Sistema Estadual de Educação no Paraná, quem autorizou a instituição a desenvolver o referido Programa. Estes professores, agora matriculados para realizar curso de licenciatura em Pedagogia, deverão conquistar nova formação e adquirir novos conhecimentos. Considerando que parte do projeto pedagógico do curso de licenciatura em Pedagogia inclui temáticas já abordadas pelo Programa cursado pelos alunos, pode(m) a(s) Instituição(ões), em fundação de sua autonomia pedagógica e tendo por base o estabelecido na LDB, aproveitarem estudos realizados anteriormente. No entanto, devem ser observadas as exigências contidas na mencionada legislação: demonstração por meio de provas e outros instrumentos de avaliação específicos, aplicados por banca examinadora especial. (...) Em atenção às questões formuladas pela Secretária de Estado da Educação, em cópia à fl.5, registramos: 1 – Ficam autorizadas, em caráter especial e excepcional, as instituições públicas de ensino superior no Estado do Paraná a considerar o dispositivo de aproveitamento de estudos, como interpretado em espaço anterior deste Parecer, nos cursos de Pedagogia que vierem a oferecer para atender a egressos do Programa Especial de Capacitação para a Docência nos Anos Iniciais do Ensino Fundamental e na Educação Infantil, nos anos de 2002 a 2006, em tela. (...)”.

44 É importante lembrar que o artigo 207 da Constituição Federal estabelece que “as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”.

poderiam decidir a respeito. Sabe-se que permitiram esse aproveitamento a Universidade Castelo Branco – UCB, a Universidade Luterana do Brasil – ULBRA, a Universidade Estadual de Londrina – UEL, a Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG, a Universidade Estadual de Maringá – UEM e a Universidade Estadual do Centro-Oeste – UNICENTRO.

3. PRINCIPAIS ARGUMENTOS UTILIZADOS NAS AÇÕES JUDICIAIS E INICIAL VACILO JURISPRUDENCIAL

Tendo como pano de fundo os fatos e medidas administrativas antes relatados, tramitam dezenas de milhares de processos judiciais em que egressos do Programa de Capacitação em questão solicitam compensação por danos extrapatrimoniais, reparação por danos materiais e expedição e registro de seus diplomas.

Nesses processos judiciais costuma-se afirmar que VIZIVALI e IESDE devem indenizar os seus alunos por terem prestado serviços inadequados a seus consumidores⁴⁵. Em relação ao Estado do Paraná, é comum argumentos a respeito de conduta contraditória⁴⁶, de omissão

45 Sobre esse assunto, o Código de Defesa do Consumidor estabelece no seu artigo 14 que “o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”. Determina em seu artigo 35 que “se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos”.

46 Inicialmente teria permitido matrículas de estagiários e voluntários e depois teria dito que apenas professores com vínculo empregatício ou estatutário poderiam se valer do

fiscalizatória⁴⁷ e de ausência de competência para autorizar o Programa⁴⁸, que chamam atenção para seu dever de indenizar os egressos com dificuldades para obter diploma registrado⁴⁹. Em face da União Federal, são encontrados argumentos a respeito de equívoco interpretativo quando do referido Parecer n. 139/2007 e dever de reparar danos em razão da impossibilidade de aplicar retroativamente a interpretação imposta por esse parecer⁵⁰.

Passa-se, então, a analisar o caminhar do entendimento jurisprudencial a respeito dessa discussão⁵¹.

Inicialmente foram muitas as demandas baseadas no Código de Defesa do Consumidor ajuizadas em Juizados Especiais apenas em face da VIZIVALI e do IESDE. Para essas demandas, que não contavam com a participação do Estado do Paraná ou da União Federal (e que, portanto, não apresentaram seus argumentos fáticos e jurídicos de defesa), formou-se

Programa de Capacitação.

47 A Administração Pública Estadual teria sido omissa na fiscalização do que ocorria quanto à gestão de matrículas na VIZIVALI.

48 Assim como entendeu o Conselho Nacional de Educação no antes referido Parecer 139/2007.

49 A Constituição Federal determina, no §6º do artigo 37, que “as pessoas jurídicas de direito público 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”.

50 A Lei Federal n. 9.784/1999 estabelece, no parágrafo único do artigo 2º, que “nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”.

51 Houve muita discussão nos Tribunais sobre prescrição, competência e outros temas. Estes assuntos não são objeto da jurisprudência aqui comentada, motivo pelo qual deixam de ser analisados.

jurisprudência no sentido de se reconhecer a impossibilidade de impor dever de indenizar à VIZIVALI ou ao IESDE, por se entender que os danos foram causados pela Administração Pública⁵². Em muitos outros casos, reconheceu-se a impossibilidade de julgamento à época pelo Juizado Especial⁵³, por ser a VIZIVALI pessoa jurídica de direito público⁵⁴.

Então, o Estado do Paraná foi incluído no polo passivo da demanda em milhares de processos. Inicialmente, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná era vacilante para esses casos, sendo encontrados acórdãos que (i) condenaram solidariamente VIZIVALI e IESDE pelos danos morais e materiais sofridos, afastando a imposição de qualquer dever ao Estado do Paraná⁵⁵ e (ii) que condenaram apenas o Estado do Paraná e julgaram improcedente a pretensão em face de VIZIVALI e IESDE⁵⁶. Mais recentemente, o Tribunal de Justiça do Paraná vinha remetendo os

52 Entre outros: TJPR - 1ª Turma Recursal - 20110004861-1 - Maringá - Rel.: Cristiane Santos Leite - J. 19.05.2011; TJPR - 1ª Turma Recursal - 20110001458-6 - Marialva - Rel.: Leo Henrique Furtado Araújo - J. 07.04.2011.

53 Vale lembrar que a Lei Federal n. 12.153/2009, que trata dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, permitia a limitação de sua competência em seu artigo 23: “(...) os Tribunais de Justiça poderão limitar, por até 5 (cinco) anos, a partir da entrada em vigor desta Lei, a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, atendendo à necessidade da organização dos serviços judiciários e administrativos”.

54 Entre outros: TJPR - Turma Recursal Única - 20100004144-0 - Mandaguaçu - Rel.: Cristiane Santos Leite - Rel.Desig. p/ o Acórdão: Telmo Zaians Zainko - J. 11.06.2010; TJPR - Turma Recursal Única - 20090013675-8 - Cerro Azul - Rel.: Luiz Claudio Costa - Rel. Desig. p/ o Acórdão: Gustavo Tinôco de Almeida - J. 11.06.2010.

55 Entre outros: TJPR, Embargos Infringentes Cível 874.813-0/01, rel. Des. Luiz Antonio Barry, relator convocado Juiz de Direito Substituto em 2º Grau Victor Martim Batscheke, j. 25/03/2.014; TJPR, Ap. Cível 1096431-7, rel. Des. Dimas Ortencio de Melo, J. 25/02/2014; TJPR, Apelação Cível n. 1.052.458-0, rel. Des. Clayton Camargo, J. 07/03/2.014.

56 Entre outros: TJPR - 6ª C.Cível - AC -1069521-9 - Curitiba - Rel.: Sérgio Arenhart - Unânime - J. 15.04.2014.

processos à Justiça Federal, por entender a VIZIVALI como integrante do Sistema Federal de Ensino, o que atrairia o indispensável interesse da União Federal nos feitos⁵⁷.

Para os processos que tramitam na Justiça Federal (por contar com a União Federal entre os seus réus), a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região inicialmente inclinava-se por condenar apenas o Estado do Paraná⁵⁸. A 1ª Turma do TRF4 passou a entender que⁵⁹: (i) para aqueles que eram professores em exercício quando da inscrição, com vínculo formal e nível médio completo, a responsabilidade civil recairia apenas sobre a União Federal, pois o Parecer n. 139/2007-CNE estaria em desacordo com o artigo 87, §3º, III da LDB; (ii) para os voluntários com Ensino Médio completo, sobre a União Federal e o Estado do Paraná, por entender que estes também eram professores em exercício, de forma que haveria equívoco interpretativo no Parecer n. 193/2007-CEE e no Parecer n. 139/2007-CNE; (iii) para os estagiários, sobre a VIZIVALI e o Estado do Paraná, aquela por ter aceito matrículas de quem não preenchia os requisitos legais e este pela omissão fiscalizatória. Após embargos infringentes no TRF4, esse passou a ser o entendimento majoritário⁶⁰.

No Superior Tribunal de Justiça, houve o julgamento do recurso especial 1.486.330/PR⁶¹, em que se decidiu por manter a condenação apenas

57 Entre outros: TJPR - 7ª C.Cível - EDC - 1378916-3/01 - União da Vitória - Rel.: Luiz Antônio Barry - Unânime - J. 17.11.2015; TJPR - 7ª C.Cível - ACR - 1047990-0 - Curitiba - Rel.: Luiz Antônio Barry - Unânime - J. 27.10.2015.

58 Entre outros: TRF4, AC 5005588-25.2013.4.04.7007, Terceira Turma, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, juntado aos autos em 21/08/2014.

59 Entre outros: TRF4, AC 5017379-17.2010.404.7000/PR, Primeira Turma, julgado em 17/12/2013, Relator Vivian Josete Pantaleão Caminha.

60 TRF4, EINF 5000156-06.2010.4.04.7015, Segunda Seção, Relatora Vivian Josete Pantaleão Caminha, juntado aos autos em 16/09/2015.

61 STJ, REsp 1486330/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em

do Estado do Paraná, sem adentrar na diferenciação entre professores, estagiários e voluntários.

Veio, então, o julgamento vinculante que firmou teses a respeito, adiante detalhado.

4. JULGAMENTO VINCULANTE PROFERIDO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em 8 de novembro de 2017, com complementação por embargos de declaração analisados em 25 de abril de 2018, o Superior Tribunal de Justiça julgou o recurso especial n. 1.487.139/PR.

Tal julgamento se deu pelo rito de recursos repetitivos⁶², conforme determinação do Código de Processo Civil de que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”⁶³. Assim, as teses nele firmadas são vinculantes a todas as instâncias ordinárias do Poder Judiciário brasileiro⁶⁴, e seguem adiante resumidas.

03/02/2015, DJe 24/02/2015.

62 A respeito, o Código de Processo Civil estabelece no artigo 1.036 que, “sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça”. O artigo 927, III do mesmo Diploma Processual determina que “os juízes e os tribunais observarão os acórdãos (...) de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos”.

63 Artigo 916 do Código de Processo Civil.

64 Neste sentido, o Código de Processo Civil, no artigo 489, §1º, V e VI, estabelece que “(...) não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou

(i) Para os que se inscreveram no Programa de Capacitação com nível médio completo e quando já eram professores em exercício, com vínculo formal de emprego ou estatutário, firmou-se a tese de que “a União é responsável, civil e administrativamente, e de forma exclusiva, pelo registro dos diplomas e pela consequente indenização aos alunos que detinham vínculo formal como professores perante instituição pública ou privada, diante dos danos causados”. Isso porque compreendeu-se que o Parecer n. 290/2006-CNE referendava a autorização expedida pelo Conselho Estadual da Educação à VIZIVALI para realizar o Programa de Capacitação. Dessa forma, afirmou o Superior Tribunal de Justiça que “não se pode imputar ao Estado do Paraná qualquer ato ilícito, porquanto atuou, no que concerne à autorização do ‘curso’ relativamente aos discentes que eram professores com vínculo formal perante instituição pública ou privada, dentro dos limites concedidos pelo próprio órgão da União”. Assim, se esses egressos sofreram danos por não obter diploma registrado, a responsabilidade civil recai sobre a União Federal, pois se entendeu que a situação danosa decorre do posterior Parecer n. 139/2007-CNE.

(ii) Para aqueles que eram voluntários (vínculo precário), estabilizou-se o entendimento de que “a União e o Estado do Paraná são responsáveis civilmente, e de forma solidária, pela consequente indenização aos alunos que detinham vínculo apenas precário perante a instituição pública ou privada, diante dos danos causados, remanescendo a responsabilidade da União, em tais casos, pelo registro dos diplomas”. Sobre essa situação, entendeu a Corte Superior que o Ente Público Federal merece ser responsabilizado pelas mesmas razões acima expostas. Quanto ao Estado do Paraná, entendeu que teve conduta contraditória, inicialmente permitindo que esses profissionais sem vínculo fossem beneficiados pelo Programa e

precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

depois, pelo Parecer n. 193/2007-CEE, mudou o entendimento; além disto, afirmou que o artigo 87, §3º, III da LDB não exigia vínculo formal.

(iii) Para os que eram estagiários, solidificou-se o entendimento de que “descabe falar em condenação dos aludidos entes, devendo a parte que entender prejudicada postular a indenização em face, tão somente, da instituição de ensino”. Assim, pacificou o Superior Tribunal de Justiça que, em relação a estagiários, à VIZIVALI deve ser imputada a obrigação de reparar os prejuízos, porque “inexistiu qualquer ato regulamentar expedido, seja pelo Conselho Nacional de Educação (ou outro órgão da União), seja pelo Conselho Estadual de Educação do Estado do Paraná, autorizando que o ‘curso’ funcionasse e permitisse a matrícula de ‘alunos denominados estagiários’”.

Quanto à obrigação de expedir ou registrar diplomas ou certificados para professores com vínculo formal ou voluntários, ficou assentado que nada pode ser imputado ao Estado do Paraná, reconhecendo que “a atribuição legal para tais atividades recai sobre as universidades brasileiras”, conforme artigo 48 da LDB.

A situação do IESDE nessas demandas não foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, pois tal pessoa jurídica não fazia parte dos processos quando julgados pelo acórdão aqui comentado.

Por fim, vale aqui bem caracterizar o que deve ser entendido como voluntário e estagiário, já que a comprovação de vínculo formal (celetista ou estatutário) na qualidade de professor quando da inscrição no Programa é facilmente constatável por documentos.

A respeito dos voluntários, afirmou o Superior Tribunal de Justiça que são os portadores de “‘certificado de conclusão de curso de nível médio ou de diploma na modalidade normal, ou equivalente’, que, à época, comprovadamente, exerciam atividades docentes junto a uma instituição de ensino pública ou privada, na condição de voluntário”, sendo aqueles “docentes contratados precariamente”. Assim, são aqueles profissionais que à época eram contratados pela escola nos termos da Lei Federal 9.608/98, que exigia a “celebração de termo de adesão contendo o objeto

e as condições de seu exercício”⁶⁵. Assim, os voluntários eram professores (não estudantes, portanto), que tinham vínculo precário com a instituição de ensino.

A situação dos voluntários era totalmente distinta daquela dos estagiários. Isso porque os estagiários são aprendizes, que estão estudando para ser professores e, por isso, fazem prática acadêmica por meio de estágio.

Não obstante, há em processos a discussão sobre a diferenciação entre estagiários e voluntários, havendo quem defenda a confusão das figuras do estágio não-obrigatório e do professor voluntário.

Cumprе esclarecer que a Lei Federal n. 11.788/2008 estabelece que “estágio obrigatório é aquele definido como tal no projeto do curso, cuja carga horária é requisito para aprovação e obtenção de diploma”⁶⁶, enquanto “estágio não-obrigatório é aquele desenvolvido como atividade opcional, acrescida à carga horária regular e obrigatória”⁶⁷. Não obstante essa conceituação legal, todo estágio decorre de livre vontade do estudante. Chama-se de estágio obrigatório aquele que é indispensável à graduação, o que não significa que seja realizado contra a vontade do estudante. Dessa forma, não se pode confundir estágio não-obrigatório com a situação dos professores voluntários, uma vez que o estágio é sempre voluntário (sendo obrigatório ou não-obrigatório), no sentido de

65 “Art. 1º Considera-se serviço voluntário, para os fins desta Lei, a atividade não remunerada prestada por pessoa física a entidade pública de qualquer natureza ou a instituição privada de fins não lucrativos que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência à pessoa. (...) Art. 2º O serviço voluntário será exercido mediante a celebração de termo de adesão entre a entidade, pública ou privada, e o prestador do serviço voluntário, dele devendo constar o objeto e as condições de seu exercício.”

66 Art. 2º, §1º da Lei Federal n. 11.788/2008.

67 Art. 2º, §2º da Lei Federal n. 11.788/2008.

decorrer do exercício da vontade do estudante realizar tal carga horária educacional nessa modalidade⁶⁸.

Para bem esclarecer quem eram os estagiários (que de forma alguma se confundem com os professores voluntários), vale lembrar que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em julgamento dos processos que deram origem ao recurso especial em que foi proferido o acórdão aqui comentado⁶⁹, estabeleceu que ostentava a condição de estagiário aquele aluno que se encontrava em processo de formação acadêmica, mas não se qualificava como docente, de forma que “não pode ser considerado ‘profissional em exercício do magistério’”.

5. CONCLUSÃO

Após mais de dez anos de discussões judiciais a respeito dos pleitos indenizatórios dos egressos do Programa de Capacitação realizado pela VIZIVALI em parceria com o IESDE, por autorização do Conselho

68 Tanto que a Lei Federal n. 11.788/2008 estabelece em seu artigo 3º que “o estágio, tanto na hipótese do § 1º do art. 2º desta Lei quanto na prevista no § 2º do mesmo dispositivo, não cria vínculo empregatício de qualquer natureza, observados os seguintes requisitos: I – matrícula e frequência regular do educando em curso de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e nos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos e atestados pela instituição de ensino; II – celebração de termo de compromisso entre o educando, a parte concedente do estágio e a instituição de ensino; III – compatibilidade entre as atividades desenvolvidas no estágio e aquelas previstas no termo de compromisso”. O artigo 12 da mesma Lei determina que “o estagiário poderá receber bolsa ou outra forma de contraprestação que venha a ser acordada, sendo compulsória a sua concessão, bem como a do auxílio-transporte, na hipótese de estágio não obrigatório”.

69 Processos n. 5001238-96.2010.404.7007, 5001238-96.2010.404.7007, 5000082-73.2010.404.7007 e 5000082-73.2010.404.7007.

Estadual de Educação e durante a Década da Educação prevista na LDB, solidificaram-se os entendimentos acima referidos.

A discussão presente nesses processos envolveu sólidos argumentos fáticos e jurídicos, sustentações escritas e orais de advogados públicos e privados de mais alta qualidade e estudos aprofundados para fundamentar as decisões proferidas.

Ocorre que o precedente vinculante aqui comentado não analisou a eventual responsabilidade civil do IESDE, visto que tal pessoa jurídica não era parte dos processos quando chegaram ao Superior Tribunal de Justiça na oportunidade.

Possivelmente essa questão acabe sendo julgada quando de decisão final de mérito na ação coletiva n. 1.361/2007 da 18ª Vara Cível de Curitiba, ajuizada pelo Ministério Público Estadual, que atualmente encontra-se aguardando julgamento das Cortes Superiores a respeito da legitimidade do *Parquet* para tal pleito, e ainda não recebeu decisão de mérito.

PARECER

2018

PROTOCOLO: 13.316.899-0

INTERESSADO: Universidade Estadual de Maringá

ASSUNTO: Direito à nomeação e validade de concurso público

PARECER N. 09/2018-PGE¹

EMENTA: CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE APROVADOS DENTRO E FORA DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. QUESTÕES PACIFICADAS PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE 598.099 E RE 837.311). NOMEAÇÃO APÓS EXPIRADA A VALIDADE DO CONCURSO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO TCU. RESTRIÇÕES ORÇAMENTÁRIAS COMO ÓBICE À NOMEAÇÃO. POSSIBILIDADE, DESDE QUE EFETIVAMENTE COMPROVADAS PELA ADMINISTRAÇÃO.

(I) CONSULTA

Trata-se de expediente no qual se objetiva a nomeação de candidato aprovado em concurso público para o cargo de Agente Universitário de Ensino Médio após o encerramento do prazo de validade do certame, que se deu aos 20/07/2016 (Edital n. 25/2012), em razão da superveniência de disponibilidade orçamentária após expirado o prazo de validade do certame.

1 A íntegra deste parecer está disponível na página da internet da Procuradoria Geral do Estado do Paraná – PGE/PR: <<http://www.pge.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=157>>.

O expediente está instruído com o requerimento da Universidade Estadual de Maringá – UEM (fls. 03/45), manifestação do Sr. Reitor da UEM (fls. 56/58), manifestação do Sr. Secretário de Estado da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior (fl. 126), bem como despacho do Sr. Procurador-Chefe da Coordenadoria do Consultivo submetendo o expediente a este GPT-9 (fls. 130/132).

Salienta-se que existe parecer da Procuradoria-Geral do Estado sobre o assunto (Parecer n. 10/2010 – PGE) abordando caso específico, o qual concluiu pela possibilidade de nomeação de candidato aprovado dentro do número de vagas, ainda que após o encerramento da validade do certame e desde que iniciados os procedimentos para nomeação ainda na vigência do concurso (fls. 122/124).

No entanto, em razão da multiplicidade de processos administrativos nos quais se questiona a possibilidade de nomeação de candidato aprovado após o término do concurso, o Sr. Procurador-Chefe da Coordenadoria Consultiva remeteu o presente a este Grupo Permanente de Trabalho (GPT9), com vistas à transcendência da questão de um caso concreto para a uniformização da controvérsia no âmbito de toda a Administração. Foram propostos, então, os seguintes questionamentos:

- 1) É dever da Administração nomear candidato aprovado dentro do número de vagas estipuladas no edital? Em caso de resposta afirmativa, a nomeação pode ocorrer após o prazo de validade do certame? Em caso de resposta afirmativa, até quantos anos após o decurso desse prazo?**

- 2) É dever da Administração nomear candidato aprovado fora do número de vagas oferecidas no edital quando surgirem novas vagas ou for aberto novo concurso durante o prazo de validade? Em caso de resposta afirmativa, a nomeação pode ocorrer após o prazo de validade? Em caso de resposta afirmativa, até quantos anos após o decurso desse prazo?**

- 3) **É dever da Administração nomear candidato aprovado dentro do número de vagas estipuladas no edital, nos casos em que o Ente Público tenha realizado, dentro do prazo de validade, convocação para realizar exames médico (sic) ou outros atos preparatórios? Em caso de resposta afirmativa, a nomeação pode ocorrer após o prazo de validade do certame? Em caso de resposta afirmativa, até quantos anos após o decurso desse prazo?**

- 4) **É dever da Administração nomear candidato aprovado fora do número de vagas oferecidas no edital quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante o prazo de validade, nos casos em que o Ente Público, dentro do prazo de validade, tenha realizado convocação para realizar exames médicos ou outros atos preparatórios? Em caso de resposta afirmativa, a nomeação pode ocorrer após o prazo de validade do certame? Em caso de resposta afirmativa, até quantos anos após o decurso desse prazo?**

- 5) **Nos casos em que problemas de natureza orçamentário-financeira impeçam a nomeação de candidato aprovado dentro do número de vagas no prazo de validade do certame, a Administração pode realizar a nomeação fora do prazo de validade? Em caso de resposta afirmativa, até quantos anos depois da validade?**

- 6) **Nos casos em que problemas de natureza orçamentário-financeira impeçam a nomeação de candidato aprovado fora do número de vagas oferecidas no edital, quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante o prazo de validade, a Administração pode realizar a nomeação fora**

do prazo de validade? Em caso de resposta afirmativa, até quantos anos depois da validade?

Passamos à análise.

**(II) DIREITO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS
APROVADOS NO CONCURSO – DIFERENCIAÇÕES
RELACIONADAS ÀS VAGAS OFERTADAS NO CERTAME**

Primeiramente, insta mencionar que, há muito, a doutrina e a jurisprudência pátrias vêm procurando estabelecer diferenças entre o direito à nomeação dos candidatos aprovados dentro e fora do número de vagas ofertadas no edital dos concursos públicos.

No que se refere aos candidatos aprovados dentro do número de vagas previstas no edital do concurso público, o STF concluiu, no RE 598.099, publicado em 03/10/2011, julgado sob a sistemática da repercussão geral, existir direito à nomeação, em prestígio à segurança jurídica, à boa-fé e à proteção da confiança. Confira-se:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. II. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. BOA-FÉ. PROTEÇÃO À CONFIANÇA. O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional

respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos. III. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO. Quando se afirma que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de situações excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público. Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores. Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário. IV. FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. Esse entendimento, na medida em que atesta a existência de um direito subjetivo à nomeação, reconhece e preserva da melhor forma a força normativa do princípio do concurso público, que vincula diretamente a Administração. É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incomensurável

conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo Poder Público, de normas de organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos. O reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação deve passar a impor limites à atuação da Administração Pública e dela exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos. O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o Poder Público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio. Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público. V. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

(STF, RE 598099, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-189 DIVULG 30-09-2011 PUBLIC 03-10-2011 EMENT VOL-02599-03 PP-00314 RTJ VOL-00222-01 PP-00521. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 2 fev. 2018)

Importante frisar que, embora o candidato aprovado dentro do número de vagas tenha direito à nomeação, este não poderá exigí-lo durante a validade do certame, período em que a Administração tem a prerrogativa de valer-se do juízo de conveniência e oportunidade para o provimento do cargo, como tem decidido o STJ:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. PRAZO DE VALIDADE NÃO EXPIRADO. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO FUNDAMENTADA NAS SÚMULAS 83 E 568/STJ(PRECEDENTE)JULGADO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL, SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS OU QUANDO HÁ JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA SOBRE O TEMA). MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART.

1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. CABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016,

o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - O acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que, enquanto não expirado o prazo de validade do concurso público, o candidato aprovado, ainda que dentro do número de vagas, possui mera expectativa de direito à nomeação, que dependerá do juízo de conveniência e oportunidade da administração pública. (grifo nosso)

III - No caso, “o certame foi homologado pela autoridade competente em 05.05.2015, e prorrogado por mais dois anos após a impetração do mandado de segurança, em 04.03.2017, conforme publicação no DOESP anexa (doc. 1) o que demonstra que o certame só terá expirada sua validade em 04.03.2019” (fl. 645e).

(...)

VII - Agravo Interno improvido, com aplicação de multa de 5% (cinco por cento) sobre o valor atualizado da causa.

(AgInt no RMS 55.324/SP, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 28/11/2017, DJe 05/12/2017)

Por outro lado, encerrada a validade do certame, o candidato aprovado dentro do número de vagas poderá fazer uso da via do mandado de segurança para ver reconhecido o direito líquido e certo à nomeação, consoante prevê a Lei Federal n. 12.016/09, no prazo decadencial de 120 dias, ou, ainda, fazer uso das vias ordinárias, observado o prazo prescricional correspondente², por aplicação do disposto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República.

Há que se ponderar que tais questões refletem o entendimento atual dos tribunais superiores. No entanto, pende de análise, no STF, a controvérsia acerca da possibilidade de ajuizamento de demanda depois do vencimento do prazo de validade do concurso, cuja tese já teve repercussão geral reconhecida:

2 Além do mandado de segurança, foram encontradas ações ordinárias movidas com o objetivo de ver reconhecido o direito à nomeação. A título exemplificativo, o ARE 694807/RS, julgado pelo E. STF em 25/09/2012.

CONCURSO PÚBLICO – PRAZO DE VALIDADE – AÇÃO AJUIZADA APÓS O ESGOTAMENTO – ADMISSIBILIDADE NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da possibilidade de, esgotado o prazo de validade do concurso público, propor-se ação objetivando o reconhecimento do direito à nomeação.

(RE 766304 RG, Relator(a): Min. Marco Aurélio, julgado em 17/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-214 DIVULG 28-10-2013 PUBLIC 29/10/2013)

Além daqueles que restaram aprovados nas vagas previstas no edital do concurso público, reconhece-se direito líquido e certo daqueles que “atinjam as vagas” em razão da desistência dos candidatos melhores classificados, a qual deve se dar durante a validade do certame.

Na esteira, os julgados proferidos pela Corte da Cidadania:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. FISCAL AGROPECUÁRIA. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. DESISTÊNCIA DE CANDIDATOS MELHOR CLASSIFICADOS, PASSANDO A IMPETRANTE A FIGURAR DENTRO DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO. EXISTÊNCIA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Caso em que o Impetrante logrou aprovação, na 4ª classificação, no concurso público para o cargo de Fiscal Agropecuário, no qual havia previsão de 1 (uma) vagas, sendo que 3 (três) candidatos melhor classificados desistiram do certame.

2. O Supremo Tribunal Federal, em julgamento submetido ao rito da repercussão geral (RE n. 837311/PI), fixou orientação no sentido de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato.

3. Por outro lado, em relação àqueles candidatos aprovados dentro do número de vagas, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 598099/MS, também submetido à sistemática da Repercussão Geral, fixou orientação no sentido haver direito à nomeação, salvo exceções pontuais. **A partir**

dessa tese, evoluiu para compreender que, havendo desistência de candidatos melhor classificados, fazendo com que os seguintes passem a constar dentro do número de vagas, a expectativa de direito se convola em direito líquido e certo, garantindo o direito a vaga disputada.

4. Recurso Ordinário provido, para reformar o acórdão recorrido e determinar a imediata nomeação do Impetrante para o cargo postulado.

(RMS 55.667/TO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017).

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. MINISTRO DE ESTADO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO. PEDIDO DE NOMEAÇÃO POR ABERTURA DE VAGA, POR DESISTÊNCIA. EXPIRADA A VALIDADE DO CERTAME. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Cuida-se de writ impetrado contra decisão administrativa, combinada com alegação de omissão, que indeferiu o pedido de nomeação de candidata aprovada na quinta colocação, de um certame que previa três vagas; a impetrante comprovou que a primeira colocada foi provida em cargo diverso, inacumulável, e, também, juntou declaração do quarto colocado desistindo da vaga.

2. O pedido administrativo – junto com a declaração do quarto colocado – foi protocolado em 11.5.2011, sendo que o concurso público houve expirado sua validade – após prorrogação – em 20.5.2008; por esse motivo, indeferido.

3. Inexiste o direito postulado, pois, para que haja a convalidação da expectativa – de candidato aprovado fora das vagas previstas – em liquidez e certeza, é necessário que a impossibilidade de provimento do candidato mais bem colocado ocorra durante o prazo de validade do certame.

Segurança denegada. (grifo nosso)

(MS 17.829/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 29/02/2012, DJe 05/03/2012)

CONCURSO PÚBLICO. APROVADOS. CLASSIFICAÇÃO. DÚVIDA. RESERVA DE VAGA. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SUPOSTO FATO NOVO A INFLUIR NA DEMANDA. INEXISTÊNCIA.

I – O pano de fundo do presente mandamus é a reforma de decisão de Juiz Singular que determinara a suspensão da nomeação e posse de candidato aprovado em 3º lugar, ante a existência de dúvida quanto à pontuação obtida pelo candidato classificado em 4º lugar, para o quadro de Procuradores de Contas do Estado do Ceará.

II – Este STJ, ao apreciar o recurso ordinário, manteve o acórdão proferido no writ, no sentido de que inexistia teratologia ou ilegalidade na decisão do relator que,

com espeque no art. 527, II, do CPC, converteu em retido o agravo de instrumento interposto contra aquela decisão do Juiz de piso.

III – Vale-se a parte dos presentes embargos de declaração para suscitar a ocorrência de suposto fato novo a influir na demanda, qual seja, a criação de mais três vagas para o quadro de procuradores de contas, o que, afirma, retira a necessidade de reserva da vaga ora disputada nos autos, podendo o Magistrado, ao final, decidir pela nomeação de ambos os candidatos.

IV – Consoante a remansosa jurisprudência desta Corte Superior, uma vez expirada a validade, cessa a eficácia jurídica do certame, sendo vedada a nomeação de candidato nele aprovado para vagas que venham a surgir depois, por falta de previsão legal. Precedentes: AgRg no RMS nº 20.174/DF, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 01/08/2006; Resp nº 577.160/CE, Rel. Min. José Arnaldo Da Fonseca, DJ de 23/05/2005; RMS nº 13.500/RN, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 17/11/2003. (grifo nosso)

V – A criação das novas vagas mencionadas pelo embargante se deu com a Lei Estadual nº 14.885/2011, quando já expirado o prazo de validade do concurso realizado pelas partes envolvidas no presente litígio (homologação em 20.08.2007, com prazo de validade de 2 (dois) anos não prorrogado (e-STJ fl. 43).

VI – Assim sendo, não há que se falar em fato novo capaz de influir no deslinde da lide, nos moldes do art. 462 do CPC, haja vista que, por já se haver expirado o concurso realizado pelas partes da demanda, remanesce a disputa pela vaga prevista na abertura daquele certame.

VII – Embargos de declaração rejeitados.

(Edcl nos Edcl no AgRg no RMS 31.787/CE, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 22/11/2011, Dje 06/12/2011).

Igualmente, o mesmo tratamento deve ser dado ao candidato aprovado que, durante a validade do certame, em razão da ampliação da oferta de vagas reconhecida e publicada em edital próprio pela Administração, em adendo ao edital originário do certame, figurar dentre elas.

Por outro lado, o STF, ao julgar o RE 837.311, publicado em 18/04/2016, também sob a sistemática da repercussão geral, fixou o entendimento de que a mera superveniência de cargos vagos, seja em razão de vacância, seja em razão da criação por lei, ou até mesmo a abertura de novo concurso durante a validade do certame anterior, não geram

automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 784 DO PLENÁRIO VIRTUAL. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. IN CASU, A ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO FOI ACOMPANHADA DA DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA NECESSIDADE PREMENTE E INADIÁVEL DE PROVIMENTO DOS CARGOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. ARBÍTRIO. PRETERIÇÃO. CONVOLAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. FORÇA NORMATIVA DO CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE DA SOCIEDADE. RESPEITO À ORDEM DE APROVAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A TESE ORA DELIMITADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade a diversos princípios constitucionais, corolários do merit system, dentre eles o de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CRFB/88, art. 5º, caput). 2. O edital do concurso com número específico de vagas, uma vez publicado, faz exsurgir um dever de nomeação para a própria Administração e um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. Precedente do Plenário: RE 598.099 – RG, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Dje 03-10-2011. 3. O Estado Democrático de Direito republicano impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrenchada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais e demais normas constitucionais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade. 4. O Poder Judiciário não deve atuar como “Administrador Positivo”, de modo a aniquilar o espaço decisório de titularidade do administrador para decidir sobre o que é melhor para a Administração: se a convocação dos últimos colocados de concurso público na validade ou a dos primeiros aprovados em um novo concurso. Essa escolha é

legítima e, ressalvadas as hipóteses de abuso, não encontra obstáculo em qualquer preceito constitucional. 5. Conseqüentemente, é cediço que a Administração Pública possui discricionariedade para, observadas as normas constitucionais, prover as vagas da maneira que melhor convier para o interesse da coletividade, como *verbi gratia*, ocorre quando, em função de razões orçamentárias, os cargos vagos só possam ser providos em um futuro distante, ou, até mesmo, que sejam extintos, na hipótese de restar caracterizado que não mais serão necessários. 6. A publicação de novo edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro anteriormente realizado não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos. É que, a despeito da vacância dos cargos e da publicação do novo edital durante a validade do concurso, podem surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a inoportunidade da nomeação no curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas. Nesse contexto, a Administração Pública detém a prerrogativa de realizar a escolha entre a prorrogação de um concurso público que esteja na validade ou a realização de novo certame. 7. A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (*Ermessensreduzierung auf Null*), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, *verbi gratia*, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima. 8. In casu, reconhece-se, excepcionalmente, o direito subjetivo à nomeação aos candidatos devidamente aprovados no concurso público, pois houve, dentro da validade do processo seletivo e, também, logo após expirado o referido prazo, manifestações inequívocas da Administração piauiense acerca da existência de vagas e, sobretudo, da necessidade de chamamento de novos Defensores Públicos para o Estado. 9. Recurso Extraordinário a que se nega provimento.

(STF, RE 837311, Relator(a): Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO Dje-072 DIVULG 15/04/2016 PUBLIC 18-04-2016. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 2 fev. 2018)

Consoante se observa, a despeito da inexistência de direito à nomeação dos candidatos aprovados fora do número de vagas, o Pretório Excelso fixou parâmetros a respeito dos quais a “discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (*Ermessensreduzierung auf Null*), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação”. Foram destacadas as seguintes hipóteses excepcionais:

- a) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas do edital (RE 598.099);
- b) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF);
- c) Quando surgirem novos cargos vagos, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração.

Sobre esse ponto, destaca-se a recente manifestação da Assessoria Técnica da Procuradoria-Geral do Estado na Informação n. 74/2017 – protocolo 14.288.492-5, e que concluiu pela ausência de direito adquirido à nomeação de soldados aprovados fora das vagas previstas no edital do concurso público, em situação na qual existia autorização governamental para a nomeação, mas a nomeação não foi formalizada dentro do prazo de validade do certame.

Ultrapassadas as diferenciações encimadas, examina-se a questão atinente ao prazo para a convocação e nomeação do candidato aprovado em concurso público, seja dentro ou fora do número de vagas ofertadas no edital.

(III) PRAZO PARA PROVIMENTO/INVESTIDURA, CONSEQUÊNCIAS DE SUA INOBSERVÂNCIA E HIPÓTESES EXCEPCIONAIS

Por força do disposto no art. 37, inciso II, da Constituição da República, o acesso e provimento aos cargos públicos será precedido de concurso, cuja validade será de até 2 (dois) anos, prorrogáveis por uma vez, consoante o inciso III, do referido dispositivo.

Superada a realização do certame e publicado o resultado, cabe à Administração proceder aos atos administrativos necessários à investidura, como explica Hely Lopes MEIRELLES:

O concurso tem validade de até dois anos, contados da homologação, prorrogável uma vez, por igual período, conforme dispõe o art. 37, III, da CF. Tratando-se de cargo público, após o concurso segue-se o *provimento* do cargo, através da *nomeação* do candidato aprovado. A *nomeação* é o ato de provimento de cargo, que se completa com a *posse* e o *exercício*³.

Na mesma linha, cabe mencionar a concepção lúcida de José dos Santos Carvalho Filho acerca da “investidura” como “uma operação complexa, constituída de atos do Estado e do interessado, para permitir o legítimo provimento do cargo público”⁴, sendo composta essencialmente de nomeação, seguida de posse e conseqüente exercício das funções atribuídas ao cargo.

Especificamente sobre a relação entre a validade do concurso público e a investidura, esclarece ainda o supramencionado autor:

3 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 35.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 442.

4 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 566.

Esgotado o prazo do concurso, com ou sem prorrogação, sem que haja novas vagas, os aprovados não podem pleitear a investidura. Com o final do prazo consumou-se a caducidade do concurso, de modo que os interessados deverão submeter-se a novo concurso. (...)

Por outro lado, se escoou o prazo de validade do concurso e não houve prorrogação, quer porque o edital não o previu, quer porque a Administração não providenciou no momento oportuno (antes do escoamento do prazo inicial), é vedado reestabelecer sua validade *a posteriori*. Na verdade, o término do prazo de validade importa a caducidade do procedimento, vale dizer, perde este sua eficácia jurídica. Resulta que as nomeações feitas no período de prorrogação ilegal têm que ser desfeitas.

Não obstante, é preciso ressaltar que o fim do prazo de validade não prejudica a investidura do servidor que, antes desse momento, tenha pleiteado no Judiciário o reconhecimento de algum direito ofendido pela Administração quando da realização do concurso. Mesmo que a ação seja julgada após o citado prazo, o Estado será compelido a nomear o aprovado. A não ser assim, sofreria este os efeitos decorrentes da demora na prestação jurisdicional, sem que tenha contribuído para semelhante situação.

(CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 583).

Assim, todos os atos concernentes ao concurso público devem ser praticados durante a sua vigência, inclusive o provimento nos cargos públicos oferecidos no edital ou que tenham sido posteriormente ofertados pela Administração.

Nessa linha, dispõem os arts. 18, 19, 24 e 34, do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Paraná (Lei Estadual n. 6.174/70):

Art. 18. Os cargos públicos são providos por:

I - nomeação (grifo nosso)

II - promoção;

III - acesso;

IV - transferência;

V - readmissão;

VI - reintegração;

VII - aproveitamento;

VIII - reversão;

IX - readaptação;

Art. 19. A primeira investidura em cargo de provimento efetivo dependerá de habilitação em concurso público de provas ou de provas e títulos, asseguradas as mesmas oportunidades para todos, observados os casos previstos em lei, em que a investidura dependa também de habilitação em curso mantido por instituição oficial do Estado. - ver art. 37, II e III, CF e art. 27, II e III, CE

(...)

Art. 24. A nomeação será, feita:

I - em caráter vitalício, nos casos expressamente previstos na Constituição; - ver arts. 95, I e 128, § 5º, I, a, CF

II - em caráter efetivo, quando se tratar de nomeação para classe singular ou para classe inicial de série de classes; - ver art. 41, CF e art. 36, CE

III - em comissão, quando se tratar de cargo que, em virtude de lei, assim deva ser provido; - ver art. 37, V, CF e art. 27, V, CE IV - em substituição, no impedimento legal de ocupante de cargo em comissão.

(...)

Art. 34. Posse é o ato que completa a investidura em cargo público. - ver art. 37, II, CF e art. 27, II, CE

Parágrafo único - Independem de posse os casos de promoção, acesso, reintegração e designação para função gratificada.

É preciso esclarecer que é corriqueira a “convocação” dos candidatos aprovados antes da nomeação para a apresentação de documentação complementar, para “aceite de vaga”, para a realização de exames médicos, mas tais atos visam, em realidade, atestar a aptidão do candidato para exercer o cargo e constituem, muitas das vezes, etapas do próprio certame, ou requisitos prévios à investidura, não podendo ser confundidos com atos administrativos de provimento do cargo, vale dizer, nomeação e posse.

No âmbito do Estatuto dos Servidores do Estado do Paraná, os requisitos a serem comprovados antes da investidura estão previstos, essencialmente, nos arts. 22 e 25:

Art. 22. Pode ser provido em cargo público somente quem satisfizer os requisitos seguintes: - ver art. 27, I, CE

I - ser brasileiro; - ver art. 12, CF

II - ser maior de dezoito anos;

III - haver cumprido as obrigações e os encargos militares previstos em lei; - ver art. 143, §§ 1º e 2º, CF

IV - estar em pleno gozo dos direitos políticos;

V - ter boa conduta;

VI - gozar de boa saúde, comprovada em inspeção médica;

VII - possuir aptidão para o exercício do cargo;

VIII - ter satisfeito as condições especiais previstas para determinados cargos.

(...)

Art. 25. A nomeação observará o número de vagas existentes, obedecerá rigorosamente à ordem de classificação no concurso e será feita para a respectiva classe singular ou classe inicial da série de classes, atendido o requisito de aprovação em exame de saúde, ressalvados os casos de incapacidade física, parcial, que, de acordo com a lei, não impeçam o exercício do cargo. - ver art. 37, II, CF e art. 27, II, CE.

Dessa maneira, levando-se em conta que o provimento do cargo somente pode se dar durante a validade do certame, a Administração deve proceder com cautela e atenção aos prazos para avaliação do preenchimento dos requisitos prévios à nomeação dos candidatos aprovados em tempo hábil, sob pena de prejuízo ao erário decorrente de:

- a) Dispendio de recursos financeiros e humanos com convocações e eventuais procedimentos que não poderão ser aproveitados em virtude do encerramento da validade do concurso;
- b) Impossibilidade de nomeação de servidores necessários à regular prestação de serviços públicos, acarretando ineficiência administrativa e todas as consequências dela decorrentes;
- c) Dispendio de recursos financeiros e humanos para atendimento a demandas administrativas e judiciais decorrentes da inobservância do direito subjetivo à nomeação dos aprovados dentro do número de vagas (ou situações assemelhadas).

De toda sorte, repisa-se que qualquer outra espécie de “convocação” não tem o condão de criar vínculo entre o candidato aprovado e a Administração, motivo pelo qual não podem ser considerados como

“procedimento de nomeação” para fins de atendimento ao prazo fixado no edital, bem como não geram direito subjetivo à nomeação.

Nesse sentido, diversos precedentes do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CONVOCAÇÃO PARA EXAMES PRÉ-ADMISSIONAIS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. CANDIDATA CLASSIFICADA ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS OFERECIDO NO EDITAL. NOMEAÇÃO. EXPECTATIVA DE DIREITO. PRECEDENTES DO STJ E STF.

1. A convocação de candidato para a realização de exames médicos pré-admissionais não induz, por si só, o surgimento de direito líquido e certo à nomeação. Precedentes. (grifo nosso)

2. Candidatos aprovados em concurso público, no qual se classificam para além das vagas oferecidas no edital do certame, não têm o direito líquido e certo à nomeação mas, tão somente, expectativa de direito. Precedentes do STJ e do STF.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(STJ, AgInt no RMS 52.421/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 04/04/2017, DJe 17/04/2017. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 27 fev. 2018)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. SERVIDOR ESTADUAL. POLÍCIA CIENTÍFICA. APROVADOS FORA DAS VAGAS PREVISTAS. NOMEAÇÃO DE PARTE DOS IMPETRANTES POR ATO ADMINISTRATIVO. PERDA DE OBJETO. IMPETRAÇÃO NO PRAZO DE VALIDADE. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PRETERIÇÃO E DE VAGA DISPONÍVEL. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRECEDENTE.

1. Recurso ordinário interposto contra acórdão que denegou a ordem no mandado de segurança impetrado em prol da nomeação de candidatos aprovados fora das vagas prevista para cargos da polícia científica do Estado. Os recorrentes alegam que teria havido a convocação da sua expectativa em liquidez e certeza em razão da convocação para exames médicos e para a realização de curso de formação, que seriam providências posteriores ao ato de nomeação.

2. Deve ser declarada a perda de objeto em relação à parte dos impetrantes em razão dos mesmos informarem ter havido a sua nomeação pela via administrativa (fls. 377-381). Precedente: AgRg no RMS 31.760/PA, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 16.11.2011.

3. É sabido que, no prazo de validade do concurso público, a administração pública possui a discricionariedade para realizar as nomeações em atenção à conveniência e à oportunidade; no caso concreto, o certame foi homologado em 14.11.2008 (fl. 131) e prorrogado até 14.11.2012 (fl. 274), tendo sido protocolada esta impetração em 30.3.2012 (fl. 2).

4. A convocação dos candidatos para a realização de exames médicos e de curso de formação não é motivo suficiente para vincular a Administração Pública em realizar a sua nomeação, uma vez que a convocação da expectativa em liquidez e certeza somente poderia ocorrer no caso de existência de vaga disponível e de efetiva preterição, o que não é o caso dos autos. Precedente: RMS 47.852/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 24.11.2015. (grifo nosso)

Mandado de segurança extinto sem exame de mérito em relação aos candidatos nomeados e recurso ordinário improvido em relação aos remanescentes.

(STJ, RMS 42.041/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 16/02/2016, DJe 24/02/2016. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 27 fev. 2018)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA APROVADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO E POSSE. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES.

1. O acórdão proferido pelo Tribunal de origem apresenta-se em perfeita harmonia com a jurisprudência dominante nesta Corte Superior e no STF, que não reconhecem o direito líquido e certo à nomeação do candidato aprovado fora do número de vagas oferecidas inicialmente no edital, ainda que para cargos criados por lei superveniente ou que venham a surgir em decorrência de vacância durante a validade do certame. (RMS 47.861/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 05/08/2015; MS 20.079/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 14/04/2014 e AI 804705 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 14/11/2014).

2. A noticiada convocação da candidata para a realização de exames médicos pré-admissionais, por si só, não induz o surgimento de direito líquido e certo à nomeação. (grifo nosso)

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, AgRg no RMS 46.163/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 15/09/2015, DJe 24/09/2015. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 27 fev. 2018)

Obviamente, eventual imprevisibilidade pode vir a ensejar a cisão da investidura, com nomeação dentro do prazo de validade e posse e exercício posteriores, por exemplo. Para esse caso, em que situações excepcionais podem motivar a referida cisão, há entendimento do TCU pela possibilidade de perfectibilização completa do provimento após a validade do edital.

Nesse sentido, os acórdãos n. 3272/2015 e n. 2860/2013, cujos seguintes trechos se destacam:

Acórdão 3272/2015

A teor no disposto no inciso IV do art. 37 da Constituição Federal, “durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira”.

Como se vê, o dispositivo constitucional não determina posse, celebração do contrato de trabalho nem efetivo exercício dentro da validade do certame, mas tão somente convocação do aprovado em concurso público.

Acórdão 2860/2013

O inciso IV do art. 37 da Constituição Federal dispõe:

‘Art. 37. (...)

IV – durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será **convocado** com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;

4. Nota-se que o inciso IV do art. 37 exige que, durante a validade do concurso, o candidato, devidamente aprovado, seja **convocado** para assumir cargo ou emprego. A norma não determina que a celebração do contrato de trabalho ou o efetivo exercício ocorram dentro da validade do certame.

5. Essa convocação, no caso do regime estatutário, dá-se por meio de nomeação publicada no DOU. No caso do regime celetista, como é o caso dos autos, falece norma que a discipline. (grifos nossos)

Dessa maneira, há que se destacar que não existe tratamento diferenciado em razão de o candidato ter sido aprovado dentro ou fora do número de vagas, pois quando se trata da nomeação propriamente dita, a conclusão deve ser a mesma: a convocação do candidato – diga-se

nomeação, para os cargos efetivos – deve se dar dentro do período de validade do concurso, sendo possível que os demais atos que compõem a investidura (posse e exercício) sejam posteriores.

Há ainda que se distanciar a interpretação do art. 37, inciso IV, da Constituição da República, como fundamento ao possível alargamento da expressão “convocação”, atribuindo força de provimento a quaisquer atos convocatórios preparatórios à investidura. Isso porque, como bem explica José dos Santos Carvalho Filho, a inserção do referido inciso no texto constitucional teve como objetivo impedir a preterição na convocação de candidatos aprovados em novo certame quando ainda restam aprovados no concurso anterior:

A questão da precedência na convocação diz respeito ao velho hábito abusivo anterior de algumas Administrações de convocar candidatos para o provimento de cargos, mesmo havendo ainda aprovados no concurso anterior. A Constituição procurou sanar esse problema, dispondo no art. 37, IV:

“Durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira”. A expressão *prazo improrrogável* constante do texto deve ser interpretada como o prazo dentro do qual tem validade o concurso. Aplica-se, pois, o direito de precedência na convocação tanto no prazo de validade fixado para o concurso, sem prorrogação, como no prazo de prorrogação, se tal fato ocorrer. Ambos são *improrrogáveis* e, desse modo, incide o direito de precedência.⁵

Em suma, não pode haver nomeação após o encerramento da validade do certame, admitindo-se, excepcionalmente, desde que inevitável, a cisão na investidura, cumprindo-se ainda os prazos legais estabelecidos para a posse e exercício do servidor.

5 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 583-584.

Por derradeiro, menciona-se que essa assertiva não impede a ocorrência de nomeações fora do prazo de validade do concurso em razão do cumprimento de decisões judiciais, reputando-se pertinente, entretanto, a sua análise caso a caso.

A título exemplificativo, destaca-se o Parecer n. 22/2013 – PGE, no qual se aventou a possibilidade de provimento oriundo de determinação judicial após a validade do certame, já que reconhecida a nulidade da convocação do candidato em fase anterior à nomeação. Naquela situação, com o refazimento da fase após expirado o prazo de validade do certame, o candidato foi considerado apto e foi constatada a nomeação de candidatos aprovados em classificação posterior, além da existência de vagas em aberto.

(IV) QUESTÕES ORÇAMENTÁRIAS E ÓBICE À NOMEAÇÃO

A consulta trazida a este GPT suscita ainda a análise da questão sob o ponto de vista orçamentário.

De forma geral, toda ação governamental que implique criação ou aumento de despesa deve ser orientada pelo disposto nos arts. 16 e 17 da Lei Complementar Federal n. 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

Especificamente quanto às despesas com pessoal, a referida lei estabelece limites e vedações decorrentes de sua inobservância, cumprindo destacar que o provimento em cargo público, se alcançado o limite máximo, somente pode se dar em decorrência de aposentadoria ou falecimento de servidor das áreas de educação, saúde e segurança, consoante prevê o art. 22, parágrafo único, inciso IV:

Art. 22. A verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos arts. 19 e 20 será realizada ao final de cada quadrimestre.

Parágrafo único. Se a despesa total com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite, são vedados ao Poder ou órgão referido no art. 20 que houver incorrido no excesso: (grifo nosso)

I - concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual, ressalvada a revisão prevista no inciso X do art. 37 da Constituição;

II - criação de cargo, emprego ou função;

III - alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa;

IV - provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança; (grifo nosso)

V - contratação de hora extra, salvo no caso do disposto no inciso II do § 6o do art. 57 da Constituição e as situações previstas na lei de diretrizes orçamentárias.

Assim, tem-se que, a despeito do reconhecimento de que o candidato aprovado possa ter direito líquido e certo à nomeação, certo é que o próprio ordenamento jurídico pátrio impõe a observância de balizas orçamentárias que visam ponderar um pretense caráter absoluto conferido a tal direito.

Nesse ponto, cumpre destacar que o STF, tanto no RE 598.099, como no RE 837.311, supracitados, ressaltou que situações excepcionais podem justificar a não nomeação, uma vez demonstradas a superveniência, a imprevisibilidade, a gravidade e a necessidade da medida. E as vedações orçamentárias se encaixam perfeitamente neste panorama.

Nesse sentido, já se manifestou o STJ:

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO. APROVAÇÃO. CLASSIFICAÇÃO. CADASTRO DE RESERVA. SUPERVENIÊNCIA. CRIAÇÃO. VAGAS. DEMONSTRAÇÃO. NECESSIDADE. SERVIÇO. PRETENSÃO. NOMEAÇÃO. INDEFERIMENTO. EXAME. AFIRMAÇÃO. LAUDO TÉCNICO-ADMINISTRATIVO. COMPROVAÇÃO. INEXISTÊNCIA. DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA. RECURSOS FINANCEIROS.

1. Em matéria de concurso público, a Administração Pública tem o dever de nomear tanto os candidatos aprovados dentro do limite de vagas previsto do edital de abertura quanto aqueles que se classificaram em cadastro de reserva, nesta última hipótese quando demonstrado o surgimento da vacância e a necessidade de serviço.

2. Essa obrigação, contudo, pode ser excepcionada desde que motivadamente e em caso da ocorrência de situação caracterizada pela superveniência, pela imprevisibilidade, pela gravidade e pela necessidade. Inteligência do entendimento

consolidado no RE 598.099/MS, relator o Em. Ministro Gilmar Mendes.

3. Caso concreto em que a Administração Pública do Distrito Federal conseguiu demonstrar que a pretensão de nomeação dos recorrentes apresentava-se impossível em razão da ausência de dotação orçamentária e de recursos financeiros, o que poderia ensejar a violação à Lei de Responsabilidade Fiscal. (grifo nosso)

4. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.

(STJ, RMS 39.167/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014, DJe 12/08/2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 7 fev. 2018)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO DENTRO DO CADASTRO DE RESERVA PREVISTO EM EDITAL. ABERTURA DE NOVAS VAGAS NO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. AUSÊNCIA DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA PARA A REALIZAÇÃO DAS NOMEAÇÕES. COMPROVAÇÃO.

1. A aprovação do candidato dentro do cadastro de reservas, ainda que fora do número de vagas inicialmente previstas no edital do concurso público, confere-lhe o direito subjetivo à nomeação para o respectivo cargo, se, durante o prazo de validade do concurso, houver o surgimento de novas vagas, seja em razão da criação de novos cargos mediante lei, seja em virtude de vacância decorrente de exoneração, demissão, aposentadoria, posse em outro cargo inacumulável ou falecimento. Precedentes: RE 581.113/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 31.5.2011; RMS 37882/AC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, segunda turma, julgado em 18/12/2012, DJe 14/02/2013; MS 18.570/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 21/08/2012; DJe 29/05/2012; RMS 32105/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 30/08/2010.

2. A exceção a esta regra, desde que devidamente motivada pelo Poder Público e sujeita ao controle do Poder Judiciário, deve estar fundada nas características fixadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral. Nesse sentido, se houver sido alcançado o limite prudencial de dispêndios com folha de pessoal, assim declarado este fato pelos órgãos de controle interno e externo respectivos da Administração, tudo em razão do que dispõe o art. 22, parágrafo único, inciso IV, da Lei Complementar nº 101/2000. (grifo nosso)

3. No presente caso, foram preenchidas todas as vagas disponibilizadas no edital do concurso, discutindo-se aqui o provimento dos novos cargos criados por lei. Ocorre que, apesar de haver essas novas vagas, há a demonstração de óbice orçamentário.

4. A autoridade coatora, buscando comprovar a existência de óbices de natureza financeiro-orçamentária que impedem a nomeação dos candidatos aprovados no

cadastro de reserva do concurso em que o ora Requerente foi aprovado, juntou os seguintes documentos: (i) estudo de impacto financeiro feito pela Coordenadoria de Planejamento deste Tribunal para a contratação de novos servidores; (ii) circular informando aos magistrados da suspensão da contratação de servidores, em razão da dificuldade orçamentária e financeira; (iii) Informações apresentadas ao CNJ no Pedido de Providências n. 0001100-34.2011.2.00.0000; (iv) decisão proferida pela CNJ no Pedido de Providências n. 0001100-34.2011.2.00.0000; (v) decisão administrativa prolatada no processo administrativo n. 0037133-09.2010.8.22.1111.

5. Tais documentos demonstram a ausência de dotação orçamentária para a realização das nomeações, uma vez que o orçamento previsto para o exercício de 2011 (Lei de Diretrizes Orçamentárias n. 2339/2010) não permitia a contratação de novos servidores, pois o crescimento dos créditos orçamentários fixados na Lei de Diretrizes Orçamentárias fora apenas de 4,5%.

6. Assim, como afirmado pelo Ministro Ives Gandra, Conselheiro do CNJ, na decisão proferida pela CNJ no Pedido de Providências n. 0001100-34.2011.2.00.0000, “a recusa justa e motivada da Administração em preencher vagas decorrentes de concurso público, como ora se dá, não viola os princípios encartados no art. 37 da CF, mormente o da legalidade. Se não há dotação orçamentária para fazer frente às nomeações, mesmo tendo-se buscado, não se pode brandir o direito subjetivo à nomeação, haja vista a responsabilização a que se submete o gestor, nos termos das leis orçamentárias e das disposições constitucionais. O reconhecimento da existência de necessidade de servidores não garante, por si só, a nomeação de candidatos, se o orçamento desse ano não suporta o acréscimo de despesas” (fls. 161). (grifo nosso)

7. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.

(STJ, RMS 37.700/RO, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 04/04/2013, DJe 10/04/2013. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 07 fev. 2018)

Desta feita, tem-se que, ainda para os candidatos aprovados dentro do número de vagas, o provimento do cargo está condicionado ao atendimento às regras atinentes ao gasto com pessoal, revelando-se necessária, no entanto, a *inequívoca* demonstração, por parte da Administração, de que a despesa implicará descumprimento da legislação.

Cumpra excepcionar, nesse ponto, as contratações decorrentes de decisão judicial, por expressa previsão no art. 19, § 1º, inciso IV, da LRF:

Art. 19. Para os fins do disposto no *caput* do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados:

I - União: 50% (cinquenta por cento);

II - Estados: 60% (sessenta por cento);

III - Municípios: 60% (sessenta por cento).

§ 1º Na verificação do atendimento dos limites definidos neste artigo, não serão computadas as despesas:

I - de indenização por demissão de servidores ou empregados;

II - relativas a incentivos à demissão voluntária;

III - derivadas da aplicação do disposto no inciso II do § 6º do art. 57 da Constituição;

IV - decorrentes de decisão judicial e da competência de período anterior ao da apuração a que se refere o § 2º do art. 18;

V - com pessoal, do Distrito Federal e dos Estados do Amapá e Roraima, custeadas com recursos transferidos pela União na forma dos incisos XIII e XIV do art. 21 da Constituição e do art. 31 da Emenda Constitucional nº 19;

VI - com inativos, ainda que por intermédio de fundo específico, custeadas por recursos provenientes:

a) da arrecadação de contribuições dos segurados;

b) da compensação financeira de que trata o § 9º do art. 201 da Constituição;

c) das demais receitas diretamente arrecadadas por fundo vinculado a tal finalidade, inclusive o produto da alienação de bens, direitos e ativos, bem como seu superávit financeiro.

§ 2º Observado o disposto no inciso IV do § 1º, as despesas com pessoal decorrentes de sentenças judiciais serão incluídas no limite do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20. (grifos nossos)

Por derradeiro, frisa-se que a escusa administrativa lastreada em restrições orçamentárias somente será considerada válida quando prévia e sujeita aos requisitos legais, revelando-se imprescindível a observância aos pressupostos elencados pelo STF: a superveniência, a imprevisibilidade, a gravidade e a necessidade da medida.

Nesse particular, inclusive, recomenda-se a expedição de ato específico e motivado pela Administração Pública, devidamente acompanhado de documentação comprobatória pertinente, antes do

encerramento de concurso público, tão logo constate a impossibilidade de nomeação dos aprovados nas vagas ofertadas no certame em virtude de indisponibilidade orçamentária.

Sobre o assunto, imprescindível destacar a conclusão apresentada por Cristiana FORTINI e Fabrício MOTTA:

O procedimento do concurso público representa importante mecanismo de inserção social. Essa faceta, nem sempre recordada, é elemento que se agrega aos diversos argumentos empregados no sentido de se concluir pelo direito à nomeação, como regra, a proteger os interesses dos candidatos aprovados dentro do número de vagas constantes do edital.

Sinalizada a intenção de incrementar a massa laboral, com a publicação de edital que se espera fruto de planejamento e estudos, a Administração Pública provoca a adesão de interessados, convictos de que, se exitosos, figurando entre os classificados para as vagas informadas, o passo seguinte será a nomeação.

Posturas desapegadas dos princípios da segurança jurídica, da boa fé e da confiança legítima não mais encontram guarida na jurisprudência dominante. **A não nomeação será tolerada diante de argumento sólido, devidamente comprovado que efetivamente afaste a hipótese de desrespeito ao interesse privado e também ao interesse público. (grifo nosso)**⁶

6 FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Concurso Público e o direito à nomeação. *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, Belo Horizonte, ano 16, n. 56, abr./jun. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=236239>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

(V) CONCLUSÕES EM RESPOSTA AOS QUESTIONAMENTOS FORMULADOS

Ante todo o exposto, o Grupo Permanente de Trabalho de Servidores Públicos (GPT9) apresenta as conclusões em resposta aos questionamentos feitos pelo Sr. Procurador-Chefe da Coordenadoria Consultiva:

- a) é dever da Administração nomear candidato aprovado dentro do número de vagas estipuladas no edital, conforme decidido pelo STF, no RE 598.099;**
- b) aqueles que atinjam as vagas em razão de desistência dos candidatos classificados em posição anterior ou de novas vagas ofertadas em edital complementar possuem direito à nomeação nas mesmas condições dos aprovados dentro do número de vagas;**
- c) a Administração não tem o dever de nomear candidato aprovado fora do número de vagas ofertadas no certame quando surgirem novas vagas, seja em razão de vacância, seja em razão da criação por lei, ou caso aberto novo concurso, conforme decidido pelo STF, no RE 837.311;**
- d) o provimento de cargos públicos, por candidatos aprovados dentro do número de vagas ou fora do número de vagas, deve se dar no prazo de validade do certame;**
- e) excepcionalmente, o provimento dos cargos públicos pode ser cindido, sendo imperiosa, no entanto, a nomeação dentro do prazo de validade do concurso, nos termos do que dispõe a Constituição Federal e o Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Paraná (Lei n. 6.174/70);**

- f) a corriqueira “convocação” dos candidatos aprovados antes da nomeação para a apresentação de documentação complementar, para “aceite de vaga”, para a realização de exames médicos, não pode ser confundida com atos administrativos de provimento do cargo, vale dizer, nomeação e posse, e não gera direito à nomeação ou indenização do candidato;
- g) as restrições orçamentárias, desde que devidamente motivadas, podem fundamentar a ausência de nomeação de candidatos durante a validade do certame; encerrada a validade, não poderá haver nomeação sob a justificativa de que a indisponibilidade de recursos cessou.

(VI) CONSIDERAÇÕES FINAIS E RECOMENDAÇÕES

Em remate, salienta-se que as considerações apresentadas dirigem-se a todos os servidores públicos efetivos submetidos ao Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Paraná (Lei Estadual nº 6.174/70), não sendo possível a aplicação automática a servidores sujeitos a estatutos ou regulamentos próprios.

Após a aprovação do presente, recomenda-se a expressa revogação dos pareceres em sentido contrário, e em especial o Parecer PGE n. 10/2010⁷ (bem como outros exarados no mesmo contexto fático), com o objetivo de centralizar o tratamento da questão em manifestação única e evitar conflitos interpretativos.

Ademais, como medida preventiva, sugere-se a comunicação da Secretaria de Estado da Administração e Previdência (SEAP), por

7 O Despacho 131/2018-PGE revogou o Parecer n. 10/2010 (nota da Comissão Editorial).

intermédio de orientação administrativa, para que seja observada a legislação federal e estadual mencionada no parecer encimado no trâmite de todos os concursos públicos estaduais.

Curitiba, 1º de março de 2018.

GUILHERME HENRIQUE HAMADA

Procurador do Estado

KARINA LOCKS PASSOS

Procuradora do Estado

LUCIANA DA CUNHA

Procuradora do Estado

MARINA CODAZZI DA COSTA

Procuradora do Estado

BRÁULIO CESCO FLEURY

Procurador do Estado