



Procedimento 041/2008

Assunto: Consulta

Requerente e relatora: Conselheira Ana Cláudia da Silva Alexandre

I - Sobre a suspensão da análise do procedimento

A leitura do relatório do presente procedimento iniciou-se na sessão do dia 15 de junho de 2009, pois, o Conselho Superior decidiu por solicitar ao Gabinete do Defensor Público Geral e à Corregedoria Geral, sugestões para se estabelecer critérios objetivos para que fossem claros e específicos os casos que configurassem impossibilidade humana da absorção dos serviços, não só em decorrência da orientação funcional 22 da Corregedoria Geral, como pelas várias resoluções que delimitam atividades no âmbito institucional, podendo, aqueles órgãos contribuir para a discussão.

As sugestões foram encaminhadas, corroborando o Exmo. Sr. Corregedor com as razões expostas no parecer encaminhado ao procedimento pelo Gabinete do Defensor Público Geral, fazendo juntar ao procedimento a notícia de decisão do STF que obriga a Defensoria Pública gaúcha a prestar plantão de atendimento 24h. Além disso, fiz juntar ao procedimento as resoluções que foram publicadas delimitando atividades de alguns órgãos de atuação.

Nesses termos, após receber as opiniões solicitadas, o procedimento foi concluso a essa relatora, que pediu sua colocação na pauta para apresentação das suas considerações finais, que seguem adiante:

II- Sobre a questão da impossibilidade humana

Ao tratar do tema impossibilidade humana de absorção dos serviços, temos que adentrar na seara dos princípios jurídicos aos quais a Administração pública está submissa, e cujo rol encontra-se no caput do art.37 da CR/88, especificamente o princípio da eficiência. A atenção a esse princípio, sem sombra de dúvida visa atender ao chamado “interesse público”. Nesse contexto, relembramos as notáveis palavras do mestre Bandeira de Melo¹ que diz que a noção de interesse público se reflete como algo que amplia o benefício da ação administrativa ao maior número possível de administrados, pois, não pode existir o interesse de um que seja o mal de todos. A par

¹ Melo, Celso Antônio Bandeira de Melo. Curso de Direito Administrativo. São Paulo. Malheiros. 2005. 19ª Ed. p.49.



do dualismo bem e mal que se insere em análises dessa natureza, é verificável que a atividade administrativa, necessita de regras que devem ser seguidas pelos agentes públicos que a ela se submetem por força contratual após assumirem o compromisso de servir ao ideal público. Não obstante a teoria contratualista ter como opositores o próprio Bandeira de Melo e outros notáveis juristas, é a teoria que mais se adéqua ao paradigma do Estado Democrático de Direito, adotado pela Constituição da República de 1988, e tem sido defendida por Florivaldo Dutra de Araújo, Luísa Cristina Pinto e Netto e Teresa Cristina de Souza(2004), citados por Lima de Carvalho (2005) que em síntese consideram que a natureza jurídica do vínculo servidor-Estado é a de um contrato de Direito Público, onde os agentes públicos participam consensualmente para conformação da sua disciplina.²

A busca do interesse público, portanto, submete-se ao ideal republicando de preservação dos valores sociais do trabalho (art.1º, IV da C.R) e do disposto no seu art. 5º, XIII, que considera livre o exercício de qualquer trabalho. Para Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena também citado por Carvalho(2009)³: “considerando que ambos os vínculos (servidor-Estado e empregado-empregador) são espécies do gênero *relação de trabalho livre* (por consistirem, igualmente, em espécies de prestação de trabalho subordinado, mas não escravo), há que se reputar determinante, *em ambos*, o viés contratual.”

O autor acima citado, através da distinção entre o estado como sujeito de direito e o estado como ordem jurídica, conclui que não pode ser compreendida a relação de função pública estabelecida entre o servidor e o Estado do ponto de vista unilateralista da tese estatutária, que obrigaria a submissão do servidor sem qualquer possibilidade de resistência ao Estado sujeito de direitos, pois, pela mesma tese do interesse público, resta claro que o indivíduo somente se submete de forma legítima à ordem jurídica. O que faz Lima de Carvalho concluir que “Apenas na condição de ordem jurídica, ou seja, no exercício de função legislativa, o Estado regula a relação de função pública, e não na condição de parte de tal relação”.⁴

O que se pretende explicitar é que a relação que se estabelece entre o servidor e o Estado, não acorrentam o servidor na obrigação suprema de alcançar o princípio da

² Lima de Carvalho, Juliana Brina Corrêa, “A natureza contratual do vínculo entre o servidor público e o Estado”. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6859>, acessado em 04/08/2009

³ idem

⁴ idem



eficiência, sem que possua condições de trabalho para tanto. O interesse público que a ordem jurídica preserva é o do livre trabalho, e, não o da eficiência à custa da dignidade humana. O Estado ordem jurídica é aquele que preserva sua responsabilidade ao assumir compromissos, garantindo aos seus agentes públicos condições de prestar seus serviços de forma eficiente e adequada, porque é ele Estado ordem jurídica que em primeira instância se submete ao princípio informador da atividade administrativa. Caso assim não fosse, o Estado sujeito de direitos, poderia se eximir da sua responsabilidade, atribuindo ao agente público submetido a condições de trabalho desumanas e precárias, a total responsabilidade pelo serviço deficitário. O Estado sujeito de direitos que se interessa por se eximir da sua responsabilidade pode, ainda, justificar sua omissão em garantir outra realidade mais adequada ao interesse público, pela reserva do possível. O exemplo configura, casuisticamente, no alerta que Bandeira de Mello ecoou: O benefício de um (Estado sujeito de direitos) se transforma no mal de todos (serviço deficitário e irresponsável; servidor submetido a condições desumanas de trabalho; unilateralismo das regras e punição do servidor, ordem jurídica republicana comprometida).

Com essas considerações situamos o tema impossibilidade humana de absorção dos serviços, no conteúdo que mais lhe afeta, o servidor impedido de exercer suas atribuições com eficiência por questões de ordem estrutural da instituição para a qual presta seus serviços. Caso defendêssemos a tese liberalista estatutária estaríamos diante da banal ilusão de que a simples submissão ao concurso público para o cargo justificaria a exigência sobre humana que lhe é destinada. No entanto, não se trata de atribuir a esse servidor a responsabilidade pela execução de um serviço em quantidade superior a sua capacidade, e, nesse sentido com baixa qualidade, mas, de compreender até que ponto é responsável a instituição para qual esse servidor presta seus serviços, pela condição desumana de trabalho, e até que ponto pode se omitir em empreender atos de gestão ou encontrar meios de minimizar a sobrecarga de trabalho.

Sobre isso o sempre lúcido Marçal Justen Filho, que diz: “É imprescindível adotar enfoque compatível com a personalização do direito. É necessário evitar que a prevalência do chamado princípio da eficiência faça-se às custas do aviltamento da pessoa humana.”⁵ (Marçal Justen Filho, “conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo. São Paulo: Revista Trimestral de Direito Público, Malheiros, 1999, V.26).

⁵ Marçal Justen Filho, “conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo. São Paulo: Revista Trimestral de Direito Público, Malheiros, 1999, V.26.



III - A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA

A responsabilidade do Estado é objetiva, e, este em qualquer caso responde pela sua conduta omissiva ou comissiva. O ilustre professor Carlos Ari Sundfeld acrescenta:

“O Estado não é irresponsável, devendo, obrigatoriamente, arcar com os prejuízos provocados por sua ação ou inação. Trata-se de exigência do Estado de direito; seria contraditório o Poder Público submeter-se ao Direito e, ao mesmo tempo, ficar imune ao dever de indenizar toda vez que seus comportamentos atinjam a esfera jurídica dos particulares. Assim, o versículo transcrito nada mais contém que a consagração expressa de princípio implícito no próprio sistema do Estado de Direito.”⁶

Os critérios utilizados, sem dúvida ainda não foram esclarecidos, totalmente, apesar de serem nos casos concretos de delimitação expostos em cada resolução delimitativa. Isso pode gerar a suspeita de tratamento diferenciado, no âmbito de uma instituição que trabalha com uma estrutura deficitária. Dessa forma, justifica-se a fixação de critérios com base nesse argumento, e para preservar a transparência, a lisura, a impessoalidade, a imparcialidade, a razoabilidade, a proporcionalidade, enfim, o próprio interesse público e a boa-fé administrativa, conforme sugerimos no próximo item.

IV - FIXAÇÃO DOS CRITÉRIOS

Considerando que a nova distribuição de cargos (deliberação 011/09) já delimita a atividade de cada órgão de execução;

Considerando que, mesmo assim poderão existir hipóteses de impossibilidade humana, em decorrência da estrutura deficitária institucional ainda não superada, pois, não existe previsão futura da instalação da Defensoria Pública em todas as comarcas;mas, considerando ainda que sem a análise do caso

⁶ *Fundamentos de Direito Público*. Editora Malheiros, 4ª Ed., 4ª tiragem, 2003, p. 108.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

concreto fica difícil estabelecer os critérios de natureza objetiva e que se destinem aos casos assemelhados sem subjetividades e preservando a impessoalidade e transparência,

Concluimos que no momento não há razão para normatizar o assunto pelo conselho superior, pela falta de previsão concreta da existência de dessa natureza, tendo em vista a necessidade de implantar a nova estrutura criada pela deliberação 011/09. A existência concreta de algum caso deverá ser submetida ao órgão colegiado para deliberação da norma que discipline sobre o assunto.

Belo Horizonte, 26 de novembro de 2009.

Ana Cláudia da Silva Alexandre
Defensora Pública - Madep 0112