

## A denúncia da lide pelo Estado ao agente público causador do dano ao particular, sob o prisma da constitucionalização do Direito

Renato Rodrigues Gomes\*

Sumário: 1.Introdução. 2.A responsabilidade civil do Estado: fundamentos do dever de indenizar (princípios da legalidade, da igualdade e da solidariedade). 3.O conteúdo axiológico (valor) e teleológico (ratio juris) da norma extraída do art.37, § 6.º da Constituição de 1988. 4.Algumas noções de ponderação. 5.A constitucionalização do Direito (no sentido de filtragem constitucional). 6. Acesso à justiça como efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional. 7.Supremacia do interesse público sobre o privado? 8. Denúnciação da lide: fundamento, finalidade e conceito. 9.Argumentos prós e contra a denúnciação da lide pelo Estado ao agente público causador do dano ao particular. 10. Análise do art.37, § 6.º da Constituição de 1988 à luz da ponderação orientada pelo postulado da proporcionalidade. 10.1. Situação hipotética 1:caso fácil. 10.2.Situação hipotética 2:caso difícil e extremo. 11.Conclusão. 12.Referências.

---

### 1. Introdução.

Uma das controvérsias jurídicas das mais interessantes e das mais carentes de argumentação é a que envolve a discussão sobre o cabimento da denúnciação da lide pelo Estado – Administração Pública lato sensu - ao agente público que, no exercício de suas atribuições legais, provocou danos à esfera jurídica de algum particular, em razão de ter faltado com o cuidado devido – ter atuado com negligência, imprudência ou imperícia - ou de ter agido intencionalmente.

A questão é interessante por três motivos: primeiro, porque, para resolvê-la, torna-se indispensável desvendarmos o conteúdo axiológico e a finalidade da norma constitucional veiculada no art.37, § 6.º da Constituição de 1988, o que apenas será possível com o auxílio da nova Hermenêutica Constitucional. [01] Segundo, porque,

para sabermos se o enunciado do CPC,70,III contém norma aplicável à hipótese ora levantada, faz-se mister interpretarmos este dispositivo com o foco voltado para a garantia da dignidade da pessoa humana - que constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art.1.º,III) - e para os objetivos fixados para o nosso Estado Democrático de Direito, destacando-se, dentre eles, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art.3.º,I). Inafastável, portanto, a realização de uma filtragem constitucional, isto é, de uma (re)leitura dos textos normativos ordinários, com o apoio dos valores albergados e dos fins estabelecidos na Lei suprema do país. E, finalmente, porque devemos utilizar a aplicação da técnica da ponderação de interesses, sob os cuidados do postulado [02] da proporcionalidade, para verificarmos se há prevalência do duvidoso 'princípio' da supremacia do interesse público sobre o privado - do qual é corolário o princípio da indisponibilidade do patrimônio público, pertencente à coletividade - ou de algum princípio ou direito, fundamental ou ordinário, que seja inerente ao aspecto existencial ou patrimonial do ser humano.

Além disso, para o desenvolvimento deste tema, não podemos nos olvidar que o fenômeno da constitucionalização do Direito abrange todo o direito ordinário, e não apenas o direito civil. Da mesma forma com que se preconiza a constitucionalização do direito civil, fazendo-se a devida (re)leitura de seus institutos com enfoque nas regras, princípios, valores e procedimentos constitucionais, torna-se inevitável concedermos semelhante tratamento aos demais ramos do direito, como, por exemplo, ao direito processual e ao administrativo, que ora nos interessam.

Se o Código Civil é considerado o estatuto do cidadão, por estabelecer regras e limites de conduta que são indispensáveis ao relacionamento pacífico entre os indivíduos e ao pleno desenrolar das interações sociais, o Código de Processo Civil é constituído pelo conjunto de regras e princípios instrumentais que possibilita a formação das normas individuais e concretas, necessárias ao acolhimento de determinada pretensão colocada em juízo, visando ao restabelecimento da paz social. De nada adiantaria a existência de normas de direito material que assegurassem a valorização do ser humano e atendessem às suas legítimas expectativas, se não houvesse, em contrapartida, um instrumental apto à concretização, tempestiva e efetiva, dos respectivos direitos fundamentais que são protegidos pelo sistema jurídico vigente.

Conforme salienta Marinoni, o 'que importa deixar claro (...) é que o direito processual preocupa-se com formas aptas a propiciar real e efetiva solução dos conflitos, os quais são absolutamente inerentes à vida em sociedade' [03]. E para se promover a justiça concreta por meio da resolução dos conflitos sociais, utilizando-se adequadamente das ferramentas processuais disponíveis, o julgador precisa ter a consciência de que '(...) o caráter precipuamente principiológico da Constituição de 1988 (...) permite considerar (...) todo o ordenamento jurídico brasileiro, por força dos eflúvios irradiados pela lei fundamental, como um sistema aberto. (...) E dentro desse contexto de abertura, (...) impõe-se ao jurista o dever de desconfiar de leituras herdadas, e mesmo se inquietar com elas, se já não se afinam com o sentimento de justiça, ou ao mais traduzem as expectativas contemporâneas da sociedade. (...) impõe-se, (...) sobretudo ao profissional do direito, intensificar o conhecimento do fenômeno jurídico, encontrando novas conexões de sentido que as normas mantêm entre si e com os princípios éticos-

diretivos do ordenamento jurídico, cujo epicentro repousa no princípio da dignidade humana'. [04]

---

## 2. A responsabilidade civil do Estado: fundamentos do dever de indenizar (princípios da legalidade, da igualdade e da solidariedade).

Em épocas passadas, quando prevaleciam os Estados Absolutistas, não se cogitava sobre a responsabilidade do Estado em reparar danos provocados a particulares, independente de qual fosse a natureza do ato estatal lesivo. O Estado e o seu agente eram considerados sujeitos distintos, de modo que as lesões causadas por este, no exercício de suas atribuições, não vinculavam aquele. Apenas o causador do dano possuía legitimidade passiva para ser demandado pelo indivíduo afetado. Prevalcia a Teoria da Irresponsabilidade do Estado.

Essa concepção não se coaduna com o Estado de Direito, que tem como característica básica a submissão dos atos estatais ao sistema jurídico vigente. A responsabilidade civil do Estado nada mais é do que uma consequência óbvia dessa vinculação ao ordenamento jurídico [05].

Em relação ao Brasil, a Constituição de 1988 alçou-o ao patamar de um Estado Democrático de Direito. Nesse novo contexto, o indivíduo passa a ser reconhecido, não como um sujeito de direito em abstrato, observado tão-somente como aquele capaz de contratar e de adquirir propriedades, nos moldes da doutrina liberal do século XIX e da primeira metade do século XX, mas, sim, como uma pessoa física concreta, que vive em uma sociedade específica, carece de necessidades básicas e é merecedora de igual respeito e consideração, tanto do Estado quanto de seus semelhantes [06].

Com efeito, a garantia plena da dignidade humana transformou-se em parâmetro de aferição de constitucionalidade e de legitimidade dos atos estatais, assim como em critério para verificação de validade dos atos de particulares no exercício da autonomia privada, como decorrência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais [07] (art.1.º, III da CRFB). Analogamente, a busca incessante pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a promoção do bem de todos, sem preconceitos de qualquer natureza, passou a consubstanciar tanto o fim a ser perseguido pelo Estado, como também a finalidade a ser observada pelo particular quando da prática de atos atinentes à relação jurídica de que participe, cujos efeitos recaiam sobre terceiros, no sentido de pessoas estranhas à respectiva relação (art.3.º, I e IV da CRFB).

Por conseguinte, passa a ser irrelevante se a lesão causada ao particular foi oriunda de ato lícito ou ilícito - comissivo ou omissivo - do agente público, tornando-se indispensável que a sua reparação seja suportada por toda a coletividade, que, em tese [08], é a verdadeira beneficiária dos efeitos produzidos pela conduta estatal ora prejudicial a determinado cidadão.

Na hipótese de prejuízos causados em virtude de condutas lícitas do agente público, o fundamento da responsabilidade estatal é o princípio da igualdade, pois devemos ‘(...) garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos’. [09]

Diferentemente é o fundamento nos casos de comportamentos ilícitos, quando o dever de reparar os danos corresponde à ‘contrapartida do princípio da legalidade.’ [10]

Acrescentamos também como fundamento da reparação civil o princípio da solidariedade, que está expresso no art.3.º, I da CRFB. Solidariedade não só em sentido objetivo, mas, inclusive, em sentido subjetivo. Se o Estado tem como um de seus objetivos a serem conquistados a formação de uma sociedade – objetivamente - solidária, está constitucionalmente obrigado a recompor o patrimônio jurídico do indivíduo lesado pela conduta do agente público, tendo em vista que o comportamento foi praticado em função de um benefício social geral a ser auferido por todos. Deste modo, nada mais justo que o prejuízo material provocado a um cidadão-contribuinte seja compensado por todos os demais cidadãos beneficiários.

Todavia, para a concretização de uma sociedade solidária, não basta a solidariedade objetiva, cuja abordagem é eminentemente patrimonial, no sentido de repartição de custos. Em sentido subjetivo, o Estado tem o dever de, a priori, incutir no sentimento da população a necessidade de respeitarmos o próximo, na qualidade de um indivíduo concretamente situado, portador de direitos e deveres, bem como sendo possuidor de características, qualidades e concepções ideológicas personalíssimas e diferenciadas, típicas de uma sociedade pluralista [11].

A solidariedade - sob este prisma subjetivo que está potencialmente na consciência de todas as pessoas - é um sentido moral que une o indivíduo à vida, aos interesses e às responsabilidades de um grupo social ou, ainda, uma relação de responsabilidade entre pessoas ligadas por interesses comuns, de maneira que cada elemento do grupo se sinta na obrigação moral de apoiar os outros. Tal interesse comum traduz-se no bem-estar e na paz social, que se tornam possíveis a partir do momento em que passemos a nutrir estima e consideração por nossos semelhantes. [12] Pelo respeito ao próximo, tornamo-nos mais sensíveis e aptos para evitar o surgimento de novos conflitos sociais, bem como mais flexíveis para transigir em busca de um consenso que seja capaz de encerrar, com mais celeridade, algum litígio pendente e do qual somos partes interessadas.

Portanto, a ‘solidariedade política, econômica e social não é somente um direito, mas um dever’ constitucional do Estado. [13]

---

3. O conteúdo axiológico (valor) e teleológico (ratio juris) da norma extraída do art.37, § 6.º da Constituição de 1988.

O artigo 37, § 6.º da Constituição expressa: ‘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 direito de regresso contra o responsável no caso de dolo ou culpa’.

Por meio de uma análise superficial da evolução da responsabilidade civil do Estado, percebemos a preocupação crescente e progressiva do legislador - e, especialmente, dos estudiosos do direito - em assegurar ao indivíduo, de modo o mais rápido e efetivo, a completa reparação de um dano por ele sofrido, em razão de atos praticados por agentes públicos em prol da comunidade. [14]

A Constituição de 1988 determina que os atos estatais praticados visem, prioritariamente, à promoção da justiça e à formação de uma sociedade justa (CRFB, 3.º,I ), onde todas as pessoas tenham uma existência digna e conforme os ditames da justiça social (CRFB,170,caput). De tais preceitos normativos, extraímos facilmente o entendimento de que o valor [15] justiça compõe o conteúdo axiológico da norma constitucional atributiva de responsabilidade objetiva ao Estado. E para que a justiça se realize no caso concreto, não podemos nos furtar a um ressarcimento efetivo e tempestivo àquele que sofreu a lesão. Efetivo [16], por garantir-lhe a reparação plena do direito violado; tempestivo [17], por viabilizar-lhe esta satisfação por intermédio de uma decisão útil [18] e célere. Portanto, o conteúdo teleológico da referida norma é formado pela tempestividade e pela efetividade (ou eficácia social) na realização da justiça, pois é de conhecimento notório que justiça tardia caracteriza injustiça, e concretização de injustiça não representa finalidade constitucional alguma.

Na hipótese, a justiça se perfaz com o pagamento efetivo e tempestivo de uma indenização pelo Estado, restabelecendo-se, desta forma, a situação jurídica anterior do cidadão ilegitimamente onerado.

---

#### 4. Algumas noções de ponderação.

O desafio de todo aplicador do direito é produzir uma solução adequada diante de uma antinomia. Estarmos diante de uma antinomia jurídica significa que temos um conflito de normas a ser dirimido, normas estas, pertencentes ao mesmo sistema jurídico e com iguais âmbitos de eficácia [19].

Antinomias jurídicas são ‘(...) incompatibilidades possíveis ou instauradas, entre normas, valores ou princípios jurídicos, pertencentes, validamente, ao mesmo sistema jurídico, tendo de ser vencidas’ pelo operador do direito, a fim de que prevaleça a ‘unidade interna e coerência do sistema e para que se alcance a efetividade de sua teleologia constitucional’ [20].

Entretanto, muitas das vezes a mera utilização dos métodos clássicos de interpretação do direito não é suficiente para resolvermos determinado litígio intersubjetivo, que envolva elementos conflitantes [21] de igual hierarquia normativa. Isso passou a ocorrer com maior frequência a partir do momento em que a Constituição deixou de ser uma carta política - apenas portadora de normas meramente programáticas ou de simples declaração de direitos, que não continha nenhuma determinação de deveres positivos aos órgãos governamentais e parlamentares - para assumir a natureza de norma jurídica, dotada de plena força normativa. Surge um dos marcos teóricos do neoconstitucionalismo. [22]

Por conseqüência, os princípios adquiriram normatividade e legitimidade para incidirem e serem aplicados sobre situações da vida. Porém, em função das normas principiológicas apenas estabelecerem um fim a ser alcançado, deixando em aberto qual o comportamento necessário para tanto, além de serem aptas a servir de fonte ou fundamento para criação de regras conflitantes e incidentes sobre o mesmo caso concreto, [23] a resolução de litígios unicamente pelo método subsuntivo tornou-se inoportuna e passível de gerar injustiças [24]. Daí a relevância da técnica de ponderação como instrumento complementar aos métodos tradicionais de interpretação do direito para viabilizarem a formulação de uma decisão justa.

Em apertada síntese, o procedimento da ponderação pode ser dividido em três fases. A inicial é a fase preparatória. Nesta, buscamos não só a identificação dos elementos que estão se confrontando e que deverão ser ponderados - sob pena de violarmos os princípios da motivação das decisões, corolário do Estado de Direito (CRFB93,IX) -, mas, também, analisamos os argumentos prós e contrários à preponderância de cada elemento colidente na situação real.

A etapa seguinte é a de realização da ponderação, momento em que fundamentamos - por meios de argumentação jurídica [25] - a ligação existente entre os elementos sob sopesamento, utilizando-nos das considerações recolhidas na fase de preparação. Neste instante, aflora a relação de precedência condicionada entre os princípios contrapostos [26].

Por último, tentamos reconstruir a ponderação, visando à fixação de regras de precedência entre os princípios (ou quaisquer elementos) conflitantes que, sob determinadas condições fáticas, possam incidir e ser aplicadas a casos futuros. [27]

Para encerrarmos este tópico, frisamos que uma realização plena do princípio da segurança jurídica, classicamente interpretado como mera calculabilidade (Berechenbarkeit) da decisão, não pode ser alcançada por um sistema (Netz) de regras que sejam formadas por resultados de ponderações condicionados prima facie [28], pois, mesmo estas regras prima facie poderão ser superadas frente às nuances do caso concreto [29]. Contudo, se interpretarmos a segurança jurídica como segurança dependente do processo, o modelo de ponderação pode oferecer um procedimento para fundamentação [30] consistente e controlável.

---

## 5. A constitucionalização do Direito (no sentido de filtragem constitucional).

O fenômeno da constitucionalização do Direito entrou em evidência tão logo as normas constitucionais passaram a gozar de força normativa. [31] Como consequência de termos uma Constituição com pretensão normativa [32] - cujas normas, efetivamente, são imperativas e condicionam a atuação dos órgãos estatais, bem como a dos particulares -, consideramos intuitiva a necessidade inadiável de (re)interpretarmos o direito infraconstitucional à luz dos valores e finalidades abarcados pelo sistema constitucional, sob pena de os compromissos constitucionais estabelecidos pelo poder constituinte originário – tais como a construção de uma sociedade justa e solidária (art.3.º,I), regida por uma ordem econômica que garanta a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social (170, caput) - tornarem-se meramente simbólicas. [33]

Paralelamente à necessidade de interpretarmos o direito ordinário conforma à Constituição, não podemos mais admitir a realização de interpretação retrospectiva, pois esta vai de encontro à abertura constitucional proporcionada pelo neoconstitucionalismo e constitui um mal que inviabiliza a concretização dos direitos fundamentais, por transformar o compromisso constitucional assumido em promessas fantasiosas.

Esta espécie de interpretação é a fórmula encontrada por juristas conservadores - e que, infelizmente, ainda exercem influência considerável no Judiciário - para defenderem os pensamentos ultrapassados de um positivismo jurídico arcaico, calcado em valores patrimoniais e individualistas, no dogma da separação absoluta entre as funções do Estado, assim como na crença de que a mera subsunção lógico-formal dos fatos à hipótese abstrata prevista no texto da lei é suficiente para cumprir com êxito o ofício jurisdicional. Além de um golpe sobre as legítimas expectativas alimentadas no povo de ver, algum dia, o surgimento de uma sociedade livre, justa e solidária, consubstancia um entrave à consolidação do Estado Democrático de Direito. [34]

Por consequência, se consideramos um Estado democrático e social de direito que busque a realização da justiça social e a garantia de uma vida digna a todos os seus cidadãos, a constitucionalização do Direito mostra-se imprescindível à evolução do direito ordinário vigente – o intérprete considera as mudanças sócio-culturais ao extrair do texto a norma adequada - ou à sua abertura ao acolhimento de novos valores [35] que surgem na sociedade pluralista [36]. É deste pluralismo social – formado por movimentos sociais com ideologias, concepções e pretensões legítimas e diferenciadas - que são extraídos os elementos substanciais necessários à realização da filtragem constitucional pelos intérpretes oficiais do direito. [37]

A constitucionalização do Direito - no sentido de filtragem constitucional – não só rejeita a atividade interpretativa retrospectiva, como também proporciona a atualização do direito pré-constitucional recepcionado, ao postular a sua interpretação de modo progressivo e conforme ao conteúdo axiológico-teleológico da Constituição. Impõe,

portanto, aos aplicadores do direito o dever de revisar ou renovar as idéias, concepções e preconceitos pessoais, então calcados em argumentos jurídicos que se consolidaram durante a vigência de sistemas jurídicos já revogados.

---

#### 6. Acesso à justiça como efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional.

Para a concretização do direito material, é indispensável a existência de um direito processual adequado, que seja capaz de viabilizar, de forma tempestiva e socialmente eficaz, a aproximação do ideal de justiça. Deste modo, podem ser atendidas as legítimas expectativas dos jurisdicionados - proteção da confiança [38]-, por meio de respostas jurisdicionais consistentes e convincentes, que reforçam a autoridade do ordenamento jurídico e, sobretudo, promovem a paz social.

E esta tão falada e almejada paz social jamais será conquistada apenas com ‘(...) o belo enunciado de uma sentença bem estruturada e portadora de afirmações inteiramente favoráveis ao sujeito, quando o que ela dispõe não se projetar utilmente na vida deste, eliminando a insatisfação que o levou a litigar e propiciando-lhe sensações pela obtenção da coisa ou da situação postulada (...). O processo vale pelos resultados que produz na vida das pessoas ou grupos, em relação a outras ou aos bens da vida.’ [39]

Com efeito, inviável será a pacificação social se apenas as pessoas economicamente privilegiadas ou politicamente influentes obtiverem oportunidades de acesso à justiça, na busca pelo atendimento de suas legítimas pretensões. Como todas possuem os mesmos direitos fundamentais e, igualmente, são partes de relações sociais sucessivas e inevitáveis para o desenvolvimento da humanidade, expõem-se, em tese, aos mesmos riscos de ameaças e de lesões aos respectivos direitos.

Quando a Constituição assegura expressamente o direito de acesso à justiça, afirmando, no art.5.º,XXXV, que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’, garante a todos, indiscriminadamente, uma tutela adequada – que evite atos processuais inúteis e dê ênfase ao princípio da instrumentalidade das formas -, tempestiva – que solucione a lide em tempo hábil a satisfazer a pretensão de quem tiver o direito - e efetiva – que seja socialmente eficaz à produção de paz e justiça concreta.

Assim, se reconhecermos, sob o prisma da constitucionalização do Direito, que os fundamentos do processo civil de resultados foram inequivocamente acolhidos pela Constituição [40] e, ainda, que o princípio [41] da responsabilidade objetiva do Estado (CRFB,37,§ 6.º) é uma das garantias constitucionais deste processo de resultados tempestivos, efetivos, justos e solidários, já podemos vislumbrar o quanto pode ser indesejada – e inconstitucional - a denúncia da lide ao agente público provocada pelo Estado.



Se a Constituição preconiza a eliminação das desigualdades e a promoção de uma sociedade justa e solidária, não há como aceitarmos a aplicação de uma norma processual – instrumental – que potencializa exatamente o contrário [42]. É o sistema processual que deve se adequar às características dos direitos materiais e às diferentes posições sociais dos litigantes, [43] sob pena de o instrumento transformar-se no próprio fim.

---

## 7. Supremacia do interesse público sobre o privado?

É prática corrente na atividade jurisdicional, juízes motivarem decisões a favor do Estado ou da Administração Pública por meio da arguição do princípio da supremacia do interesse público, ou, então, apenas mencioná-lo, aleatoriamente, no intuito de reforçar a justificação da decisão. [44] Todavia, sequer explicitam qual o conteúdo valorativo desta norma, fazendo com que a parte vencida fique sem conhecer as premissas fáticas e jurídicas que constituíram o real fundamento da regra concreta, criada para solucionar a lide. De fato, tais agentes políticos violam o dever constitucional de motivação das decisões (CRFB,93,IX) e, conseqüentemente, o princípio do Estado de Direito (CRFB,1.º,caput). [45]

Provavelmente, em casos assim, quem perde a disputa judicial fica ao menos curioso em saber o significado de tal interesse público, que o julgador utilizou como fundamento para decidir contrariamente a pretensão ajuizada.

Como suporte inicial à análise que faremos do interesse público, partiremos das lições do professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Ele define o interesse público como aquele ‘resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.’ [46]

Em sua opinião, o interesse público somente se justifica acaso seja o meio para a realização dos interesses dos indivíduos que hoje o integram e dos que futuramente venham a integrá-lo. [47] Ao Estado só é permitido defender os seus próprios interesses – ditos secundários, administrativos, fiscais ou do erário – quando estes não se chocarem com interesses efetivamente públicos – primários -, que coincidem com a realização de fins constitucionais de interesse da sociedade como um todo. [48]

Ressalta que o indivíduo possui direito subjetivo à defesa de interesses públicos primários criados normativamente, nas hipóteses em que o descumprimento deles pelo Estado lhe acarrete ônus ou gravames individualizados. [49]

Além disso, o administrativista afirma que é a Constituição quem qualifica um interesse como público e, a partir dela, também o Estado, através dos órgãos legislativos e administrativos, nas hipóteses e limites da discricionariedade.

Advoga que, juridicamente, será de interesse público toda a solução acolhida pela Constituição ou pelas leis infraconstitucionais que sejam editadas de acordo com as diretrizes constitucionais. [50]

Ao fim, sustenta que o ‘princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade’ e condição da própria existência desta. [51]

Contudo, verificamos que o autor não especificou o conteúdo do que seja interesse público, ou como podemos identificá-lo diante do caso concreto. Tampouco apresentou argumentos convincentes que justificassem a existência do princípio supremacia do interesse público sobre o particular.

Em um Estado Democrático de Direito, o mínimo de conteúdo que supomos ser integrante do interesse público é não apenas que tal interesse seja atinente à comunidade, mas, principalmente, que leve em consideração o respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos concretamente situados. Interesse da ‘sociedade como um todo’ que agrida o núcleo essencial [52] de um direito fundamental de determinado cidadão, ou afete as condições mínimas para que uma pessoa viva condignamente – mínimo existencial [53]-, indubitavelmente, desqualifica-se como sendo público.

O professor Celso Antônio, todavia, enfatizou oportunamente que os órgãos legislativos e administrativos também estão autorizados a qualificar um interesse como público, desde que este tenha respaldo constitucional. Neste ponto, acrescentamos que a legitimidade dos bens jurídicos buscados pela realização do interesse público é apenas um pressuposto que permite a tais bens jurídicos colidirem com outros direitos fundamentais. Mas a declaração de um fim como legítimo, ou até mesmo como *prima facie* ilegítimo, não é suficiente para substituir a prova da proporcionalidade [54], cujo resultado qualificará o interesse como público, ou o repelirá, por ser inconstitucional.

Ademais, não devemos enxergar o interesse público primário como sendo aquele interesse sempre vinculado a direitos fundamentais. [55] O que importa, verdadeiramente, é que tal interesse não seja desqualificado por interferir excessivamente em direitos individuais e, evidentemente, possamos reconhecê-lo na realização de alguma política pública de interesse social, que contenha alguma motivação respaldada constitucionalmente.

Poderá haver interesse público primário na satisfação de interesses privados, assim como o interesse público sempre será primário quando determinados interesses privados estiverem assegurados por norma de direito fundamental. [56] Não bastasse isso, mesmo se não houver direito fundamental envolvido, o interesse público pode significar o atendimento adequado da pretensão do cidadão individualmente considerado. [57]

Frisamos que inexistem direitos fundamentais absolutos, [58] sendo juridicamente possível a carência de proteção de outros bens jurídicos constitucionais justificar

restrições àqueles direitos. [59] Isso se, naturalmente, a proteção de tais bens jurídicos qualificar-se como interesse público primário.

Antes de cogitarmos em ponderação, precisamos averiguar se, efetivamente, há no caso concreto um conflito real entre interesses público e privado, pois, freqüentemente, a inteligência adequada do que constitua o interesse público apontará não para a colisão, mas, sim, para a convergência entre o referido interesse público e os interesses legítimos dos indivíduos, mormente os classificados como direitos fundamentais. Apesar de os direitos fundamentais possuírem valor [60] intrínseco, independente do benefício coletivo porventura ligado ao seu fomento, é incontestável que a proteção do valor, em geral, favorece o bem-estar social, sem prejudicá-lo. [61]

Por conseqüência, indagamos: como podemos sustentar juridicamente o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, se tal princípio elimina qualquer possibilidade de sopesamento entre os elementos conflitantes, ao premiar o interesse público alegado, antecipadamente e com vitória plena - independentemente das peculiaridades da situação concreta -, e ao impor, em contrapartida, o conseqüente sacrifício do interesse privado contraposto [62]?

Com certeza, este paradoxo é insolúvel, se tomarmos em conta a definição do que seja princípio jurídico [63], pois esta tão badalada supremacia não se qualifica como princípio. Tampouco como regra ou postulado. A supremacia do interesse público não é norma jurídica e, por si só, não serve de fundamento a nenhuma decisão de caso concreto. [64].

---

#### 8. Denúnciação da lide: fundamento, finalidade e conceito.

Difícilmente a composição do dano é feita consensualmente, tão-somente pela obediência espontânea das normas de direito material que regulamentam o dever de indenizar. Em outras palavras, sem o auxílio das normas jurídicas instrumentais do direito processual para concretizá-las, tais normas de direito material seriam plenamente ineficazes.

Na hipótese específica do direito de regresso, as normas processuais viabilizam a sua satisfação pela via jurisdicional. Mas isso não basta. Em um ambiente em que o direito processual ordinário passa por uma filtragem constitucional, é natural que aquele portador do direito de regresso deseje vê-lo concretizado do modo mais célere e judicialmente menos dispendioso, em consonância com o princípio da tutela jurisdicional efetiva e tempestiva, também conhecido como princípio do acesso à justiça (CRFB,5.º,XXXV).

Destarte, parece-nos claro que o fundamento para a criação de qualquer instituto processual é o princípio do acesso à justiça, indispensável à pacificação social [65]. Para tanto, criou-se a denúnciação da lide, cuja finalidade é o desenrolar de um

processo célere e econômico, com a produção de um resultado jurídico tempestivo e socialmente eficaz.

Denúnciação da lide é o exercício de uma ação de garantia, pela qual o demandado - ou, mais raramente, o demandante -, na primeira oportunidade em que se manifesta como parte passiva de relação processual em processo de conhecimento, provoca coativamente a intervenção de terceiro - interessado jurídico na causa -, com um duplo propósito: fazer com que tal terceiro o auxilie na defesa contra o demandante; e, principalmente, em caso de sair perdedor na disputa processual, exercer o seu direito de regresso contra o denunciado no mesmo processo.

No mesmo processo constituem-se duas relações processuais: a principal - que é prejudicial em relação à segunda - é formada pelo demandante (autor) e o demandado (réu); e a segunda, composta pelo demandado (autor, denunciante) e o terceiro interessado (denunciado, réu).

Fala-se em prejudicialidade porque somente haverá o desenvolvimento da segunda relação processual - com o efetivo exercício do direito de regresso pela ação de garantia - na hipótese de o denunciante ser condenado na ação principal a pagar ao demandante. É assim, pois seria um contra-senso exigirmos do denunciado o ressarcimento em ação regressiva se, ipso facto, o patrimônio do demandado (denunciante, réu) não houvesse suportado subtração alguma, o que fatalmente ocorreria, caso fosse condenado na ação principal.

Se tomarmos como base a realidade brasileira, podemos asseverar que, mesmo se evidenciada a conduta culposa do agente público, apenas em um mundo de utopias o Estado não precisaria propor ação regressiva em face dele, pois dificilmente este agente devolveria aos cofres públicos, espontaneamente, o equivalente ao prejuízo que causara ao erário.

Entretanto, isso não quer dizer que a denúnciação da lide ao agente seja o meio menos oneroso para o indivíduo lesado ou, por outro ângulo, o meio necessário para o Ente público exercer o direito de regresso, respeitando o conteúdo axiológico-teleológico constitucional.

---

#### 9. Argumentos pró e contra a denúnciação da lide pelo Estado ao agente público causador do dano ao particular

A hipótese legal de denúnciação da lide em exame está prevista no CPC,70,caput,III: 'A denúnciação da lide é obrigatória: (...) III- àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato,a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda'.

A princípio, vale registrar que, apesar de o enunciado utilizar-se da palavra 'obrigatória' (CPC,70,caput) para qualificar a denúnciação da lide, não há dúvidas de

que a denúncia, na hipótese (inciso III), é facultativa. [66] Caso não denuncie, o réu somente não se aproveitará do benefício proporcionado pela denúncia.

Noutras palavras: o Estado (réu) não obterá um título executivo a seu favor - e contra o denunciado, agente público culpado - no mesmo processo de conhecimento em que foi condenado a indenizar o particular lesado, ora autor da ação principal. Não obstante, o direito subjetivo a ressarcir-se restará intacto, podendo seguramente pleitear a condenação de seu devedor - agente não denunciado - em um novo processo posteriormente instaurado. [67]

A tese restritiva da denúncia da lide promovida pelo Estado a seu agente é sustentada e sintetizada por Vicente Greco Filho. Segundo ele, admitirmos a denúncia em virtude da mera possibilidade de direito de regresso seria uma violação à economia e à celeridade processuais. Isso porque, em um mesmo processo, seriam citados diversos responsáveis dentro de uma seqüência de relações jurídicas interminável, o que causaria a suspensão do processo originário em prejuízo do lesado, então obrigado a esperar indefinidamente até a última citação se consumir. O 'princípio da singularidade da ação e da jurisdição' seria ignorado, assim como a justiça efetiva seria denegada.

Segundo este processualista, encontraremos a solução ao admitirmos tão-somente a denúncia da lide nas hipóteses de ação de garantia, e não para os simples casos ação de regresso. Em outras palavras, só devemos aceitar a denúncia da lide quando, por força de lei ou contrato, o denunciado estiver obrigado a garantir o resultado final da demanda originária, pois a derrota na primeira ação, 'automaticamente', ocasiona a responsabilidade do garante. O autor ressalta que, historicamente, um dos fins da denúncia é que o denunciado ingresse na contenda para auxiliar na defesa do denunciante. Nunca, porém, para litigar com ele, trazendo fato alheio ao litígio inicial.

Em suma, Greco Filho não admite que, na denúncia, haja a intromissão de fundamento jurídico novo - antes, ausente - na discussão processual originária, e tampouco que ela decorra da presença de responsabilidade que não seja decorrência direta de lei ou contrato. [68]

Yussed Said Cahali assevera que o princípio da lealdade processual e a carência de interesse legítimo constituem o argumento mais e impeditivo da denúncia da lide pelo Estado. No seu entender, da denúncia da lide ao agente público, necessariamente, podemos deduzir uma 'confissão' da responsabilidade civil pelo Estado, na medida em que ele expressamente reconhece a conduta dolosa ou culposa de seu agente, ao alegar tal fato na exposição dos fundamentos da denúncia requerida.

Para este autor, exaurida a lide principal, cumpre ao Estado apenas efetivar a reparação do dano, mostrando-se imoral e descabida a tentativa de aproveitar-se do processo instaurado pelo particular ofendido, acrescentando novos fundamentos, para recuperar de um terceiro aquilo que já deveria ter pago à vítima. Além do mais, se a legitimidade do Estado para acionar regressivamente o servidor culpado apenas surge quando o

pagamento é ipso facto concretizado, resta-lhe apenas a ação direta de regresso para o reembolso [69], sob pena de - possível e absurdamente - o Estado começar a ser ressarcido antes mesmo da vítima, caracterizando-se o enriquecimento sem causa.

Além disso, ressaltam os defensores desta teoria que nem a falta ou o indeferimento da denúncia acarretaria a eliminação do direito de regresso do Estado, por força do respaldo constitucional expresso.

Esta aparenta ser a tese adotada pelo Supremo Tribunal Federal, como se deduz dos argumentos do Ministro Moreira Alves (RE 99.214-RJ), com base na CF/69,107: '(...) o preceito constitucional, ao distinguir a responsabilidade do Estado como objetiva e a do funcionário como subjetiva, dando àquele, ação de regresso contra este, visou apenas facilitar a composição do dano à vítima, que pode acionar o Estado independentemente de culpa do funcionário, não tendo, portanto, em mira impedir ação direta contra este, se preferir arcar com os ônus da demonstração de culpa do servidor, para afastar os percalços da execução contra o Estado'. [70]

A respeito da tese favorável à denúncia da lide pelo Estado, Luiz Guilherme Marinoni constata a existência de juristas – conforme visto acima - que sustentam a impossibilidade da denúncia, em função da intromissão de argumento novo no processo originário, antes ausente da respectiva demanda, o que prejudicaria a celeridade processual face à inclusão da matéria 'culpa' no objeto de cognição do juízo. Afinal, a responsabilidade estatal independe de dolo ou culpa, enquanto a do agente é subjetiva.

Porém, segundo a sua concepção, hoje prepondera orientação favorável cabimento da denúncia, sobretudo se considerarmos que a disputa envolve o patrimônio público, que, por constituir bem indisponível e pertencente a toda coletividade, 'depende da mais pronta reintegração'. [71]

Reforçando a mesma tese, Barbosa Moreira argumenta que não procede o fundamento em contrário de que a denúncia da lide ao agente introduz no processo nova questão jurídica, pelo fato de o exercício legítimo do direito de regresso do ente público estar embasado na ocorrência de culpa do servidor.

Em sua opinião, este argumento prova em excesso, pois com a denúncia, em qualquer hipótese, é acrescido novo 'thema decidendum'. Questioná-lo, por conseguinte, corresponderia a supor que todo agente denunciado está impedido de se defender por meio da negativa do dever de reembolsar o erário. Ou, dito de outro modo, de defender-se por meio de contestação à legitimidade do exercício do direito de regresso pelo Estado. Na verdade, a nenhuma espécie de denunciado podemos recusar a possibilidade de contestar as alegações que lhe são imputadas. É irrelevante se tais imputações se relacionam à existência de dolo ou culpa ou a quaisquer outras circunstâncias: 'a situação é sempre, substancialmente, a mesma'. [72]

Adere a tal entendimento Cândido Dinamarco. Acrescenta ele que a tese restritiva se escora 'em conceitos e distinções vigentes no direito italiano', inexistentes no Brasil.

[73] Segundo o professor, a tese restritiva parte do falso pressuposto de que todo o processo se desenvolve para satisfazer o autor a qualquer preço, sem levar a sério que o réu, da mesma forma, pode ser titular do direito a alguma espécie de tutela jurisdicional. Isso é consequência do ‘vício metodológico do processo civil do autor’, que já deveria ter sido extirpado da mentalidade dos operadores do processo’.

\* Procurador da Fazenda Nacional em Nova Friburgo-RJ e Mestre em Direito Público pela UERJ

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4474>> Acesso em: 29 ago. 2008.