

O ESTADO EM JUÍZO E A DENUNCIÇÃO DA LIDE

TELMO CANDIOTA DA ROSA FILHO
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

1. BREVE HISTÓRICO.

No Direito Romano já se cogitava de chamar terceiro à responsabilidade na relação processual, obrigado a garantir a transmissão da propriedade ou a posse em nome alheio, através de institutos como a "denuntiatio litis" e a "nominatio domini". Mas a ação de garantia seria posterior à condenação à perda da coisa.

Na França, no século XVII, é que surgiu a "demanda incidente em garantia", isto é, o terceiro sofreria desde logo os efeitos da sentença.

No Brasil as Constituições de 1824 (art. 179, XXIX) e de 1891 (art. 82) fixaram a responsabilidade subjetiva do servidor público, tendo o lesado ação direta contra ele. O art. 15 do Código Civil trouxe a regressividade. As Cartas Magnas de 1934 (art. 171) e 1937 (art. 158), mantendo a responsabilidade subjetiva, estabeleceram um litisconsórcio necessário, havendo solidariedade do servidor e do Estado. A responsabilidade objetiva da Administração Pública foi preceituada pela Constituição Federal de 1946 (art. 194), continuando assim na Carta de 1967 (art. 105) e em 1969 (art. 107).

O art. 70 do Código de Processo Civil mudou a sistemática do direito brasileiro no tocante à denúncia da lide. Antes ela se atinha à hipótese de evicção e a ação de garantia era à parte. Com aquele dispositivo foram ampliados os casos de denúncia e a ação indenizatória ou a de evicção passaram a fazer parte do processo originário.

Para o Estado interessa sobretudo analisar as implicações do item III do art. 70 do CPC em sua responsabilidade patrimonial extracontratual. A novidade foi colhida na Z.P. O. alemã (§ 72) e no art. 325 do Código de Portugal.

2. PONTOS CONTROVERTIDOS.

Serão inconciliáveis o art. 107 da Constituição Federal e o nº III do art. 70 do CPC?

A palavra "obrigatória", no último, significa a impossibilidade de se valer a Administração Pública de ação regressiva em processo diverso do principal?

Os dois pontos nos obrigam a adequar um instituto do Direito Processual Civil a um capítulo fundamental do Direito Administrativo.

A denunciação da lide, cindindo as demandas no processo a partir dos tipos diversos de responsabilidade, visou proporcionar melhor atendimento aos lesados pelos atos dos agentes públicos, poupando-lhes o ônus de provar dolo ou culpa. O legislador ordinário disciplinou a matéria visando solução mais justa dos conflitos sociais erguidos ao plano jurídico. Para tentarmos superar as dificuldades surgidas na interpretação do texto constitucional e do ordinário vamos perquirir a "mens legis". De um ponto de vista teleológico procuramos adaptar as palavras da lei ao atendimento dos interesses da coletividade.

3. A OPINIÃO DOS AUTORES.

a) Após escorçar as diversas formas de responsabilidade do Estado, ADÍLSON ABREU DALLARI conclui ser ideal a responsabilidade concorrente, cabendo ao lesado escolher entre o servidor e a A.P., ou a ambos, para ocuparem a posição de réus. Diz que o sistema atual reforça o sentimento de impunidade no funcionário: o aparato do Estado está à sua disposição para a defesa. Entende que o art. 70, III, do CPC, obriga o agente a indenizar a vítima no mesmo processo, sendo a regressiva outra ação. Aduz ser a ação direta contra o agente mais fácil de executar do que a outra contra a Fazenda Pública.

Afigura-se-nos válido esse posicionamento na medida em que o surgimento do servidor na condição de co-réu na lide originária, através de litisconsórcio facultativo, facilita o trabalho do juiz quando aquele é visivelmente culpado (culpa ou dolo), pois a execução contra ele é mais fácil e rápida do que a outra contra a Fazenda. Para essa o critério aludido é ideal, mormente em se adotando a responsabilidade concorrente. Se o autor recua ante os ônus de provar culpa ou dolo do funcionário, promove a ação apenas contra o Estado.

Escreve o jurista referido:

"É claro que em termos práticos o servidor ficará mais vulnerável, pois estará sujeito a ser rápida e efetivamente responsabilizado, o que virtualmente não ocorre quando necessária a propositura de duas ações: uma, da vítima contra o Estado, e outra, do Estado contra o servidor." (Regime Constitucional dos Servidores Públicos, São Paulo, 1976, pp. 109/128).

A referência a "duas ações" denota apreciação da denunciação da lide pelos critérios anteriores a 1973. Até então apenas se comunicava a existência da lide nos casos de evicção: era propriamente denunciação; com o novo CPC passou a se chamar ao processo o responsável pela garantia, propriamente chamamento à autoria, apesar do "nomen juris" inadequado. Na sistemática atual, em que duas ou mais demandas devem ser julgadas através da mesma sentença, o argumento acima está prejudicado, pois o servidor será responsabilizado na mesma oportunidade em que o for a Fazenda Pública, sem esquecermos que ele poderá desempenhar mais de um papel no processo, como litisconsorte da Fazenda na demanda principal e como réu solitário na ação regressiva de indenização.

As Constituições de 1934 e 1937 inovaram quando substituíram a antiga ação regressiva pelo litisconsórcio obrigatório, conforme observação de Themístocles Cavalcanti citado por A.A. Dallari (ob. cit., loc. cit.). No entanto, face à disciplina do litisconsórcio no CPC vigente, e considerando ser a noção de solidariedade passiva a ensejadora da figura litisconsorcial do servidor e da Fazenda, não podemos falar hoje em litisconsórcio obrigatório. Preleciona José Frederico Marques:

"Por fim, o caso de maior densidade litisconsorcial, a admitir a coligação de partes, é aquele do nº 1, do art. 46 do novo Código de Processo Civil: quando entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide. Nas obrigações solidárias, por exemplo, há a comunhão a que se refere o texto por último citado: comunhão de direitos, quando houver vários credores, e comunhão de obrigações, quando existirem diversos devedores (Cód. Civ., art. 806)." ("In" Manual de Direito Processual Civil, 1º vol., 1974, Saraiva, São Paulo, 2 ed., p. 260).

Traz esse processualista o magistério de Chiovenda e Liebman no sentido de não se aplicar a figura do litisconsórcio necessário às ações declaratórias e de condenação (ob. cit., p. 257).

Ao autor, portanto, cabe a escolha: aciona o servidor e/ou a Fazenda Pública. Estabelecido o litisconsórcio facultativo é ele irrecusável. Se somente a última é acionada, ainda que assistida pelo agente, assegura-se-lhe o direito de regresso instaurando lide secundária através do chamamento daquele à autoria (garantia), com a mal denominada "denunciação da lide".

Afirma Dallari:

"Sem dúvida, a solidariedade não exclui a ação regressiva entre os devedores solidários. Vale, portanto, dizer que a solidariedade e ação regressiva não são conceitos excludentes em si mesmos, pois, na verdade, se completam." (Ob. cit., loc. cit.).

Traz ele o magistério de Pontes de Miranda, segundo o qual o art. 194 da Constituição Federal de 1946 não teria excluído a solidariedade e o litisconsórcio.

Temos aqui aspecto delicado a abordar. A idéia da responsabilidade concorrente pode esbarrar no conceito de solidariedade passiva. Essa possibilita aparecerem agente e Administração como co-réus na lide principal, através da figura do litisconsórcio facultativo, ou cada um na condição de réu isolado. Mas, no caso, os devedores solidários têm título diverso de responsabilidade, havendo, então, solidariedade, apenas na hipótese de o servidor ter agido dolosa ou culposamente. Atende-se, assim, melhor ao interesse da vítima ao se lhe possibilitar a escolha do acionado e facilita-se a atuação da Fazenda Pública, a qual não precisará de promover seu direito de regresso ou executar o título a ele relativo quando o agente já tenha indenizado o autor diretamente.

b) ARRUDA ALVIM (Conferência: "Análise das principais inovações do Sistema e da Estrutura do Código de Processo Civil" — Revista de Processo, nº 3, p. 202 e segs., julho — setembro 1976), MAYR GODOY (Trabalho sobre Responsabilidade Civil do Estado, para o I Congresso Nacional dos Procuradores de Estado sobre Direito municipal, em 14 de outubro de 1977) e CELSO AGRÍCOLA BARBI (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, I vol., t. II, 1 ed., 1975, p. 336 e segs.) trazem à luz importantes subsídios para o tema que nos ocupa.

O segundo autor citado conclui pela inconstitucionalidade do art. 70, III, do CPC, porque transforma em obrigatório o mero ônus da A.P.; aponta a resistência do Congresso Nacional a essa obrigatoriedade.

Pensamos, com Celso A. Barbi (ob. cit., loc. cit.), que a palavra "obrigatória" foi mal empregada no texto legal (art. 70, "caput", do CPC). Não se trata de obrigatoriedade, correspectiva de uma pretensão, mas de um ônus. É "obrigatória" a denúncia da lide enquanto, não a utilizando no momento adequado, perde o Estado a oportunidade de obter a prestação jurisdicional numa segunda lide dentro do mesmo processo. Não se desincumbindo do ônus sofre as conseqüências. Isso não significa que não possa, em outro processo, fazer valer o direito de regresso. Haverá, v.g., oportunidades em que será difícil, se não impossível, fazer um juízo prévio de culpabilidade do servidor para se denunciar a lide a ele, correndo o risco da sucumbência. Só mais tarde, ao longo de uma investigação minuciosa, surgirão para o ente público os elementos probatórios capazes de justificar a ação regressiva.

A obrigatoriedade, pois, se refere à obtenção do embutimento de nova lide no processo, ressalvada à A.P. a ação regressiva autônoma quando não usa daquela faculdade, mal chamada "obrigatoriedade". A possibilidade da comprovação da culpa do agente "a posteriori" existirá em casos tais como o de tramitação de processo criminal, ou mera conveniência do Estado. Mais importante é frisar que a denúncia cria nova lide e ninguém é "obrigado" a agir em juízo.

Discordamos do eminente Celso Agrícola Barbi apenas no ponto em que interpreta as implicações da palavra "obrigatória", do "caput" do art. 70. Não poder a Fazenda Pública utilizar a ação regressiva em processo à parte envolve conseqüências muito drásticas, tirando-lhe a oportunidade de se ressarcir do "quantum" indenizatório pago à vítima. Não é caso de se dar à lei processual interpretação capaz de proteger indevidamente o agente público, com o sacrifício evidente do direito material.

c) HELY LOPES MEIRELLES escreve:

"Inexplicavelmente, o novo Código de Processo Civil determina a denúncia da lide "àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda" (art. 70, III), sem excepcionar expressamente desse chamamento o funcionário causador do dano. Mas é intuitivo

que esse dispositivo não alcança os servidores públicos, nas ações indenizatórias movidas contra a Administração, já porque a norma processual não pode contrariar a Constituição que estabelece a responsabilidade "exclusiva" e "objetiva" da Administração perante a vítima, já porque o agente causador do dano não pode ser compelido a discutir culpa nesta ação, já porque o autor não pode ser obrigado a litigar com o funcionário que a "Constituição exclui da demanda. Por todos esses fundamentos, é inaplicável a denúncia da lide pela Administração a seus servidores, ou mesmo a citação direta pela vítima." (Direito Administrativo Brasileiro, 6 ed, RT, S. Paulo, 1978, p. 611.)

Não vemos, "data venia", por que inconciliáveis o art. 107 da Constituição Federal e o inciso III do art. 70 do CPC. A denúncia da lide, no caso, não põe o denunciado na condição de co-réu ou co-autor, mas instaura outra lide no mesmo processo. Isso ocorre exatamente porque ao cindir os critérios de responsabilidade (objetiva da Fazenda Pública e subjetiva do servidor) o legislador constituinte enfraqueceu a posição do Estado, como assevera alhures Pontes de Miranda, não se podendo enfraquecer também a posição do servidor público. Instaurado o litisconsórcio facultativo ao serem acionados agente e Estado, responde o primeiro por culpa e o último objetivamente. Resulta isso em economia processual, evitando-se outro processo para direito que pode ser exercido desde logo. Basta que se trate de devedores solidários. A solidariedade exsurge da participação culposa do servidor. Esse, em suma, pode ocupar três posições no processo: a) assistente da Fazenda na lide principal; b) réu ao lado daquela na mesma lide; c) réu na ação regressiva (lide secundária) movida pelo Estado. Havendo a letra "a" se elimina a "b" e vice-versa. Se ocorre apenas a letra "c" não há, mesmo para os que inadmitem a hipótese da letra "b", qualquer contrariedade à Constituição (art. 107), de vez que a A.P. está respondendo perante a vítima numa lide e o agente perante a primeira em lide diversa. Inexiste, "in casu", relação jurídica processual entre autor (vítima) e servidor (réu na lide secundária).

A Constituição Federal não estabelece responsabilidade "exclusiva" e só "objetiva" da Administração perante a vítima. Nota o preclaro CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO que há, no direito brasileiro, espaço para a responsabilização subjetiva do Estado "no caso de atos omissivos, determinando-se, então, a responsabilidade pela teoria da "culpa" ou "falta de serviço", seja porque este não funcionou, quando deveria normalmente funcionar, seja porque funcionou mal ou funcionou tardiamente." ("In" Elementos de Direito Administrativo, RT, São Paulo, 1980, 1 ed, p. 267) Conclui ele não serem incompatíveis o art. 70, III, do CPC e o art. 107 da Constituição:

"Então, parece-nos incensurável o ensinamento de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, manifestado antes mesmo do novo Código de Processo Civil, segundo quem, a vítima pode propor ação de indenização contra o funcionário, contra o Estado, ou contra ambos, como responsáveis solidários, nos casos de dolo ou culpa. A Fazenda Pública, por seu lado, quando acionada pelo lesado, pode chamar o agente público à solidariedade passiva, em se configurando dolo ou culpa deste." (Ob. cit., p. 270).

Apenas um reparo à última frase do texto. A denunciação da lide não chama o agente à solidariedade passiva, havendo dolo ou culpa do mesmo, mas instaura nova lide no processo. A solidariedade passiva somente pode surgir por iniciativa da vítima (autor na ação), ao acionar o servidor ao lado da Fazenda ou não, aparecendo, no primeiro caso, um litisconsórcio passivo facultativo.

4. CONCLUSÕES.

Dada a tendência em nosso tempo a um alargamento das hipóteses de denunciação da lide, constatamos, à luz do direito comparado, uma abordagem liberal do instituto, sem limitações rígidas quanto a seus reflexos na relação jurídica material. Assim por exemplo, o art. 325 do Código de Portugal, onde foi afastada a expressão "denunciação da lide":

"Chamamento à autoria:

1. O réu que tenha ação de regresso contra terceiro para ser indenizado do prejuízo que lhe causa a perda da demanda pode chamá-lo à autoria.

2. Se o não chamar, terá de provar, na ação de indenização, que na demanda anterior empregou todos os esforços para evitar a condenação."

Vendo a denunciação como facultativa, apenas um ônus da parte que não lhe impede, uma vez não atendido, a utilização da ação autônoma de garantia ou regresso, estamos prestando mais atenção à salvaguarda do direito substancial, sem prejudicar a solução dos conflitos, fim prático do direito, pela interpretação rigorosa de uma norma processual. Nesse ponto se assenta uma visão teleológica, abrindo-se aos partícipes da relação jurídica processual o melhor caminho para a satisfação de suas pretensões. Ao lesado se permite acionar agente público e Fazenda simultaneamente, num litisconsórcio facultativo que presume responsabilidade concorrente, a do primeiro subjetiva e a da última objetiva; ao Estado se dá a possibilidade de denunciar a lide ao seu servidor, instaurando lide secundária no processo e obtendo desde logo o título executivo contra aquele; ao funcionário se faculta intervir na lide principal como assistente da Administração. Não fica ele encoberto ou protegido pela potência estatal, na hipótese de não figurar como co-réu na primeira lide ou denunciado na outra, de vez que a A.P. poderá, em ação própria, fazer valer seu direito de regresso.

Esse posicionamento já encontra eco na jurisprudência nacional. Eis passagem do acórdão proferido na apelação nº 44.666, do e. 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo:

"Pela evolução histórica e Direito comparado observa-se, então, que o instituto se ampliou, da hipótese de evicção, para todos os casos de garantia, eliminando-se também a penalidade de perda do direito de regresso pela falta da denunciação.

"Esse abrandamento, porém, não decorre, como é evidente, do tratamento processual da denunciação da lide, mas do próprio conceito de propriedade, suas garantias, seus efeitos. A subsistência, ou não, do direito de regresso, portanto, não é

problema de direito processual, mas problema de direito material, devendo aí ser buscada a solução da dificuldade." (RT — 492 — outubro de 1976.)

Concluimos, pois, voltando aos pontos controvertidos propostos em o item número dois acima:

I — Não são inconciliáveis o art. 107 da Constituição Federal e o inciso III do art. 70 do CPC. O primeiro cinge as formas de responsabilização do Estado e seus servidores, enftaquecendo a posição daquele ao adotar o critério objetivo em atenção a um melhor atendimento dos interesses dos lesados pela atividade administrativa; o segundo viabiliza o instituto processual do chamamento do terceiro à garantia ou à indenização (impropriamente dito **denunciação da lide**), instaurando-se nova lide no processo, solvida pela mesma sentença que julga a lide principal, sem que o agente público se coloque ao lado do Estado como um co-réu a partilhar da responsabilidade daquele, exclusiva enquanto objetiva, mas passível de ser dividida com o servidor, quando provada sua culpa ou dolo na lide originária onde apareça no pólo passivo da relação jurídica processual ao lado da Fazenda, adotada a responsabilidade concorrente, afora a hipótese de a responsabilidade do funcionário ser apurada na ação regressiva embutida nos autos pela denunciação.

II — A palavra "obrigatória" constante do **caput** do art. 70 do CPC não significa impossibilidade de se valer a Administração de ação regressiva autônoma. Em atenção ao direito material subjacente o vocábulo deve ser lido como **ônus** que, uma vez inatendido, priva a Fazenda de um título executivo imediato e a obriga a se valer de outro processo, sujeitando-se à demora, posto de lado o princípio da economia processual, embora, muitas vezes, não haja outro meio de agir aquela, dada a apuração posterior da responsabilidade do agente, como pode ocorrer nos casos de instauração de processo criminal.

Tal interpretação da norma jurídica visa a proteção da vítima do agir administrativo, que tem desde logo a reparação do dano sofrido, mas não permite a irresponsabilidade dos agentes públicos, sabedores de que a qualquer momento, apesar de não denunciados à lide no processo, poderão ser acionados, reconhecendo-se a obrigação de indenizar o Estado. Temos aqui um operar preventivo do direito, evitando-se atividade irresponsável dos servidores em detrimento da coletividade. A ação regressiva autônoma, em suma, reflete a prevalência do bem comum sobre possíveis interesses particulares dos funcionários que, de outra forma, se veriam contemplados com uma vantagem iníqua.