Nº 34 – abril/maio/junho de 2013 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

# A DENUNCIAÇÃO DA LIDE PELO ESTADO AO AGENTE PÚBLICO CAUSADOR DO DANO AO PARTICULAR, SOB O PRISMA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

***Renato Rodrigues Gomes***
*Procurador da Fazenda Nacional.*
*Mestre em Direito Público (UERJ).*

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 denunciação 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*.[1] 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,

[1] BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo**, in BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional. Rio de Janeiro**: Renovar, 2003.p.35. O porquê da necessidade de uma nova hermenêutica pode ser deduzido das palavras do professor Barroso: '*O novo século se inicia fundado na percepção de que o Direito é um sistema aberto de valores. A Constituição, por sua vez, é um conjunto de princípios e regras destinados a realiza-los, a despeito de se reconhecer nos valores uma dimensão suprapositiva. A idéia de abertura se comunica com a Constituição e traduz a sua permeabilidade a elementos externos e* ***a renúncia à pretensão de disciplinar, por meio de regras específicas, o infinito conjunto de possibilidades apresentadas pelo mundo real***.' (grifo nosso); Sobre a hermenêutica constitucional, por todos, PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica Filosófica e Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.p.82-173.

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*[2] 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 atendesse 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'* [3]. 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*

[2] Sobre a diferença entre princípio, regra e postulado, por todos, ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004. p.87 e ss.

[3] MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo de Conhecimento**. 2.ªed., São Paulo: RT, 2003. p.28.

*mantêm entre si e com os princípios éticos-diretivos do ordenamento jurídico, cujo epicentro repousa no princípio da dignidade humana'* .[4]

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. Prevalecia 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 conseqüência óbvia dessa vinculação ao ordenamento jurídico[5].

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[6].

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[7] (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

---

[4] CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais**, 1.ªed., Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.52.

[5] FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**, 4.ªed., São Paulo: Malheiros, 2003. p.234 e ss.

[6] HONNETH, Axel. **Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. 1.ª ed., São Paulo: editora 34, 2003. p.198. Segundo HONNETH, os indivíduos precisam de uma *estima social*, que lhes permitam referir-se, de modo positivo, às suas qualidades e capacidades concretas. Os indivíduos não devem ser reconhecidos juridicamente apenas por uma *visão objetiva*, como possuidor de um conteúdo material e concretamente contextualizado. Eles carecem, de modo semelhante, de *respeito compartilhado intersubjetivamente*, de estima das pessoas com as quais interagem no meio social, e de reconhecimento jurídico que lhes assegure a auto-afirmação como sujeitos valorados positivamente pela comunidade em que vivem.; DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.p.419. '*O governo deve tratar aqueles a quem governa com consideração, isto é, como seres humanos capazes de sofrimento e de frustração, e com respeito, isto é, como seres humanos capazes de formar concepções inteligentes sobre o modo como suas vidas devem ser vividas, e de agir de acordo com elas.*'

[7] Sobre a dimensão objetiva e a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, vide SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p.133 e ss.

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[8], 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'.* [9]

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].

---

[8] Dissemos '*em tese*', pois, de fato, muitas vezes o Estado e a Administração Pública atuam com o propósito de alcançarem um interesse público meramente secundário, que constituem questões *interna corporis* ou interesses puramente fiscais ou arrecadatórios, sem que as conseqüências refletidas sobre a sociedade de um modo geral, ou, mais especificamente, sobre os direitos fundamentais dos indivíduos, importem à consumação dos atos. O assunto será sucintamente abordado mais adiante. Para um estudo mais profundo, consultar SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos *versus* Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

[9] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 14.ªed., São Paulo: Malheiros, 2002.p.849.

[10] Idem.p.849.

[11] HONNETH, Axel.Ob.cit. p.198 e ss. RAWLS, John. **Justiça como eqüidade**. **Uma reformulação**. 1.ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2003.p.118. '*De especial importância são também as circunstâncias que refletem o fato de que numa sociedade democrática moderna os cidadãos afirmam doutrinas abrangentes diferentes, ou até incomensuráveis e irreconciliáveis, embora razoáveis, à luz das quais entendem suas concepções de bem. Nisso consiste o fato do **pluralismo razoável**. (...) É algo que se evidencia não só na história dos estados democráticos, mas também no desenvolvimento das idéias e da cultura no contexto de instituições livres. Consideramos esse pluralismo um **aspecto permanente de uma sociedade democrática**, que caracteriza o que chamaríamos de **circunstâncias subjetivas de justiça**.*' (grifo nosso)

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

[12] Ver nota de rodapé n.º 6.

[13] PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**, 2.ªed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.92.

[14] Neste ponto, vale ressaltarmos que a preocupação do legislador estendeu-se, progressivamente, à ampliação dos direitos fundamentais do ser humano e, de modo correlato, às respectivas garantias fundamentais, que são instrumentos indispensáveis à segurança daqueles direitos. E o legislador, certamente, contou com a colaboração dos estudiosos do direito. Com uma visão contextual e prospectiva do mundo real, os juristas possibilitaram - e possibilitam sempre - a contínua atualização do sistema jurídico vigente, tanto pelo desenvolvimento de novas técnicas de interpretação do direito, quanto pela elaboração de novos critérios metodológicos para a sua aplicação, sem, contudo, ignorarem os valores sociais prevalentes em cada época. A satisfação - ou a atenuação - das necessidades existenciais do indivíduo tornou-se facilitada, em virtude do esforço da doutrina em suprir a omissão e a defasagem dos textos legais, assim como em amenizar a má qualidade da produção legislativa, através de uma interpretação do direito ordinário conforme à Constituição ou da harmonização dos princípios constitucionais por meio, *v.g*., das técnicas de ponderação e concordância prática.

[15] Referimo-nos a *valor*, no sentido utilizado por Humberto Ávila. Ver nota de rodapé n.º 21. No entanto, vale mencionarmos a concepção de valores jurídicos do professor Ricardo Lobo Torres: '*Liberdade, segurança, justiça e solidariedade são os valores ou idéias básicas do Direito. (...) Os valores jurídicos não possuem nenhuma especificidade, eis que não se colocam na esfera axiológica como entidades autônomas (...). os valores jurídicos apresentam algumas características básica:a) compõe um sistema aberto; b) são objetivos, pois independem de apreciação subjetiva; c) são parciais, compartilhados com*

*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

---

*a ética; d) estão em permanente interação e em incessante busca do equilíbrio, sem qualquer hierarquia; e) exibem a tendência à polaridade, no sentido de que caminham sempre para a sua própria contrariedade; f) são analógicos, pois deles se deduzem os princípios e as regras; g) existem no grau máximo de generalidade e abstração e não se deixam traduzir em linguagem constitucional.' in* **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. **Valores e Princípios Constitucionais Tributários**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.Volume II.p.41-43.

[16] MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo de Conhecimento**. 2.ªed., São Paulo: RT, 2003.p.74. '*Quando se fala em tutela "efetiva", deseja-se chamar a atenção para a necessidade de a tutela jurisdicional poder realizar concretamente os direitos, e não apenas declará-los (ou proclamá-los, pois a lei já cuida disso) ou condenar o demandado (na verdade exortar o réu a adimplir a sentença, que, em caso de não-observância espontânea, apenas sujeita-se à ação de execução).*'

[17] Idem,p.72-73.'*É necessário que ao tempo do processo seja conferido seu devido valor, uma vez que, no escopo básico de tutela dos direitos, o processo terá maior capacidade para atender aos anseios do cidadão, quanto mais prontamente tutelar o direito do autor que tem razão. (...) Quando é reivindicado um bem da vida, o tempo do processo sempre prejudica o autor que tem razão, beneficiando na mesma proporção o réu que não a tem.*'

[18] Decisão *útil*, no sentido de ser, além de célere, capaz de atender às legítimas expectativas do vencedor do conflito judicial. Se o *interesse de* agir, sob o aspecto da *utilidade*, está vinculado à possibilidade de a atividade jurisdicional satisfazer a pretensão do demandante, analogamente, a *utilidade da decisão* proferida está na potencialidade de o direito do demandante vir a ser concretizado, em decorrência da *eficácia* e da *tempestividade* da decisão em si.

[19] BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**,10.ªed., Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p.87-88. Segundo o saudoso jusfilósofo italiano, as antinomias podem envolver âmbitos de eficácia: a) *temporal*: as normas incidem ao mesmo tempo; b) *espacial:* incidem sobre o mesmo espaço onde ocorreu o fato; c) *pessoal*: são dirigidas aos mesmos destinatários; e d) *material*: recaem sobre o mesmo objeto.

[20] FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 2.ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998. p.70.

intersubjetivo, que envolva elementos conflitantes[21]de igual hierarquia normativa. Isso passou a ocorrer com maior freqüência 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 divido 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].

---

[21] ÁVILA, Humberto. Ob. cit., p.94-97. Nas lições de Ávila, *elementos* podem significar, por exemplo, valores, fins, bens jurídicos ou princípios. Tais elementos, '*(...) ainda que sejam relacionados entre si, podem ser dissociados. Os* ***bens jurídicos*** *são situações, estados ou propriedades essenciais à promoção dos princípios jurídicos. (...) Os* ***interesses*** *são os próprios bens jurídicos na sua vinculação com algum sujeito que os pretende obter. (...) Os* ***valores*** *constituem o aspecto axiológico das normas, na medida em que indicam que algo é bom e, por isso, digno de ser buscado ou preservado. Os* ***princípios*** *constituem o aspecto deontológico dos valores, pois, além de demonstrarem que algo vale a pena a ser buscado, determinam que esse estado de coisas deve ser promovido. (...) Quando se utiliza a expressão "ponderação", todos os elementos acima referidos são dignos de ser objeto de sopesamento.*' (grifo no original)

[22]BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**, p.10-12. Texto mimeografado gentilmente cedido pelo professor, durante o curso de pós-graduação *stricto sensu* na UERJ.

[23] ÁVILA, Humberto. Ob. cit., p.55-75.

[24] BARROSO, Luís Roberto. Ob. cit., p.17-22.

[25] Ver ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.p.179 e ss.

[26] ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales.** Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2001. p.90-95. Ensina Alexy que '*La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada. La determinación de la* relación de precedencia condicionada *consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las* condiciones *bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente.*'(grifo no original). A lei de colisão de Alexy afirma o seguinte: se o princípio X, sob as circunstâncias C, precede ao

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 conseqüência de termos uma Constituição com pretensão normativa[32] - cujas

princípio Y, e se de X, sob as circunstâncias C, resulta a conseqüência R, então vale a regra Z, que contém C, como hipótese fática de incidência, e R, como conseqüência jurídica.

[27] ÁVILA, Humberto. Ob. cit., p.94-96. CLÉRICO, Laura. **Die Struktur der Verhältnismässigkeit**. 1.ª ed. Kiel: Nomos Verlaggesellschaft, Baden-Baden, 2001. p.146 e ss. No que tange à pretensão de universalização da regra obtida ao fim da ponderação, Laura Clérico ressalta oportunamente que tal regra é universalisável, se ela for aplicável a outro caso concreto. E é aplicável a outro caso, se as condições sob as quais foi produzida a regra do resultado da ponderação, assim como as circunstâncias do caso concreto, forem iguais ou semelhantes. Dessa forma, o modelo de ponderação concilia, de um lado, a justiça do caso concreto com a pretensão de universalização da regra; de outro, harmoniza a universalização e a consideração do caso concreto, pois a regra decorrente da ponderação não vale definitivamente. No original: '*Eine* ***Abwägungsergebnisregel*** *ist universalierbar, wenn sie in einem anderen klonkreten Fall anwendbar ist. Und sie ist anwendbar, wenn die Bedigungen der* ***Abwägungsergebnisregel*** *und die Umstände des konkreten Falles gleich oder ähnlich sind. So versöhnt das Abwägungsmodell einerseits Gerechtigkeit im konkreten Fall und Allgemeinerung. Es versöhnt andererseits Universalierbarkeit und Berücksichtigung des Konkreten, da die* ***Abwägungsergebnisregel nicht definitiv gilt****. Sie erfordert die berücksichtigung der Umstände des Falles.*' Ob. cit. p.152. Grifo no original.

[28] CLÉRICO, Laura. Ob. cit., p.159. No original: '*Eine volle Erfüllung des Prinzips der Rechtsicherheit, "klassisch" intepretiert als blosse Berechenbarkeit der Entscheidung, kann durch ein Netz von bedingten prima facie-Abwägungsergebnisregeln jedoch nicht erreicht werden.*'

[29] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.p.232-241.

[30] Idem, p.159. No original: '*Intepretiert man Rechtsicherheit als "verfahrensabhängige Rechtsicherheit", kann das Abwägungsmodell eine "Begründungsprozedur" bieten.*'

[31]BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo**...,p.23. Estamos nos referindo à constitucionalização do direito no sentido abordado pelo professor L.R.Barroso. Suas palavras: '*A idéia de constitucionalização do direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo,* ***a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares****. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares.*' (Grifo nosso).

[32] Vale a pena mencionar a classificação das Constituições feita por Karl Loewenstein, que as dividiu em semântica, nominal e normativa. Em suma, *nominal* é a Constituição de caráter educativo. Seu objetivo é, futuramente, converter-se em Constituição normativa, de natureza imperativa. Nas palavras do saudoso professor alemão: '*el traje cuelga durante cierto tiempo en el armario y será puesto cuando el cuerpo nacional haya crecido*'. A *semântica* , em lugar de servir à limitação do poder do Estado, é usada como

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 conseqüência, 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

---

instrumento de estabilização e eternização da intervenção dos dominadores reais do poder político. Neste caso, segundo Loewenstein, '*o traje no es en absoluto un traje, sino un disfraz*'. In **Teoria de la Constitucion**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.p.217-222.

[33] Sobre a Constituição simbólica, NEVES, Marcelo.**A Constituição simbólica**. São Paulo: Nova Academia, 1994.; O professor Barroso refere-se à expressão *insinceridade constitucional*, quando promessas constitucionais são previamente asseguradas com a intenção de não serem cumpridas. BARROSO, Luís Roberto.**A doutrina brasileira da efetividade**, in **Temas de direito constitucional, tomo III**.Rio de Janeiro: Renovar, 2005.p.63.

[34] BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 4.ªed., São Paulo: Saraiva, 2001. p.72. Devemos - segundo o professor Barroso - não só repelir a aplicação automática e acrítica da '*jurisprudência forjada no regime anterior'*, como também rejeitar '*uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao invés, fique tão parecido quanto possível com o antigo*'. Reforça a crítica José Carlos Barbosa Moreira: '*Põe-se ênfase nas semelhanças, cobre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que mudou. É um tipo de interpretação (...) em que o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente, e a imagem que ele capta é menos a representação da realidade que uma sobra fantasmagórica'*.; SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**. São Paulo: Malheiros, 2005.p.41. '*Quando os juristas não percebem, ou não querem aceitrar uma mudança de paradigma, pode ocorrer que, embora o processo de adaptação da legislação se realiza rapidamente, essa rapidez não é acompanhada popr uma mudança de paradigma na* ***aplicação*** *da legislação "constitucionalizada". Muitas vezes a prática jurisprudencioal se mostra refratária a mudanças e se mantém presa a paradigmas superados não somente pela constituição, mas também pela legislação ordinária diretamente aplicável ao caso.*'(grifo no original)

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*

[35] TORRES, Ricardo Lobo. Ob. cit.,p.47-49. '*Nenhum valor jurídico reina de modo absoluto, pois caminha sempre para a sua própria polaridade. (...) Os valores jurídicos, que integram um sistema aberto, são analógicos. Deles se deduzem os princípios e as normas. Mas não se situam etereamente no mundo das idéias, pois estão em permanente contacto com a faticidade.*' Portanto, se os fatos mudam constantemente, os valores também estão sujeitos à variações.

[36] SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional. Construindo uma nova Dogmática Jurídica**, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.p.107-108. '*Sob o viés da dialeticidade direito positivo/realidade material, a atualização do direito infraconstitucional à luz da axiologia Constitucional será decorrência que viabilizará o diálogo com a realidade social, aprendendo com ela através da abertura dos princípios e, destarte, permitindo a capacidade de aprendizagem da ordem jurídica com a sociedade e ,(...) desses aspectos, será compreensível a evolução da ordem jurídica sem que seja necessário implementar-se reformas legislativas que modifiquem a textualidade normativa*'.

[37] HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**, Porto Alegre: Fabris, 2002. p.41.

[38] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p.257. *'(...) desde cedo, se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estritamente associados (...). Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexionada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia da estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos'*.

*(...). 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 principio 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 *denunciação 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.

---

[39]DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. v.I. p.108.

[40] CRFB, 1.º,II e III; 3.º, I, III e IV; 4.º, II; 5.º, *caput*, V, X, XXXII ,XXXV, LXIX a LXXIV, §2.º e §4.º, 129, III; 170, *caput* etc.

[41] Consideramos a *norma jurídica que atribui responsabilidade civil objetiva ao Estado* um *princípio*. Isso porque, tal como os princípios jurídicos, ela visa à realização de um fim específico: a reparação integral do dano que o agente público tenha causado ao particular. Também como os princípios, esta norma atributiva de responsabilidade ao Estado não estabelece os meios a serem utilizados para a concretização do respectivo *fim constitucional* - a *reparação* – e tampouco quais os *comportamentos* a serem adotados pelos agentes incumbidos de sua realização – *como agir para reparar*. Não existe, portanto, apenas uma modalidade de reparação de danos, o que nos impõe a observação do postulado da unidade constitucional quando da escolha do meio adequado. Ver ÁVILA, Humberto. Ob.cit. p.70.

[42] As normas processuais, quando empregadas para dificultar a reparação do dano, tornam-se critérios de tratamento desigual entre Estado e cidadão, com vantagem prévia e absoluta para o interesse secundário – fiscal, patrimonial – do Estado, em detrimento do direito patrimonial ou, quiçá, existencial (dano que afeta o núcleo essencial de direito fundamental) do particular lesado. Além disso, deixa de diluir os custos da ação estatal dentre os beneficiários, recaindo, assim, o ônus mais pesado sobre apenas um indivíduo – violação da *solidariedade objetiva*. Como conseqüência, o próprio Estado, intencionalmente, transforma-se em *incentivador da indiferença* entre os membros da coletividade, pois estes passam a se preocupar tão-somente consigo mesmo, já que o Estado (*rectius*: agentes políticos do Governo) só pensa em seus interesses (ignora a *solidariedade subjetiva*). Naturalmente, não há como se construir uma sociedade *justa*.

[43] MARINONI. Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: RT, 2004.p.197.

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 argüição 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]

---

[44] A título de ilustração, vide STF:RE 325.408-1 AgR/CE; STJ: RMS 18673/PR;Resp 635.980/PR.

[45] No mesmo sentido, ÁVILA, Humberto. Ob.cit.,p.95-96, referindo-se, porém, à necessidade de explicitarmos os objetos que se sujeitam à ponderação.

[46] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14.ªed., São Paulo: Malheiros, 2001.p.71.

[47] Idem,p.71.

[48] Idem,p.78.

[49] Idem,p.72.

[50] Idem,p.78.

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

---

[51] Idem,p.79.

[52] CLÉRICO, Laura. Ob.cit.,p.68. Para a autora, uma fundamentação coerente da garantia do núcleo essencial pressupõe que possa ser constatado, no âmbito de uma prática constitucional, um grupo de normas fundamentais que proíba o esvaziamento de algum direito fundamental e que, ao mesmo tempo, permaneça tal grupo de normas com a sua validade constante no tempo, sob condições normais. Esse grupo de normas é que constrói o núcleo de todo direito fundamental. No original: '*Eine kohärentistische Begründung der Wesensgehaltsgarantie setzt voraus, dass im Rahmen einer verfassungsrechtlichen Praxis eine Gruppe von grundrechtlichen Regeln festgestellt werden kann, die das Leerlaufen eines Grundrechts verbieten und deren Gültigkeit in der Zeit unter normalen Bedingungen konstant bleibt. Diese Gruppe von Regeln bilden den Kern eines jeden Grundrechts*.

[53] Sobre o núcleo essencial dos direitos fundamentais, que está diretamente relacionado ao mínimo existencial, vale a pena transcrevermos as lições do professor Ricardo Lobo Torres: '*Despe-se o* mínimo existencial *de conteúdo específico*. Abrange qualquer direito, *ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação, etc.), considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Não é mensurável, por envolver mais os aspectos de qualidade que de quantidade, o que torna difícil extremá-lo, em sua região periférica, do máximo de utilidade (maximun welfare, Nutzenmaximierung), que* é princípio ligado à idéia de justiça e de redistribuição de riqueza social. *(...) O* problema do mínimo existencial confunde-se com a própria questão da pobreza. *Aqui também há que se distinguir entre a* pobreza absoluta, *que* deve ser obrigatoriamente combatida pelo Estado, *e a pobreza relativa, ligada a causas de produção econômica ou de redistribuição de bens, que será minorada de acordo com as possibilidades sociais e orçamentárias. De assinalar, todavia, que inexiste definição apriorística de pobreza absoluta, por ser variável no tempo e no espaço e, não raro, paradoxal, surgindo tanto nos países ricos como nos pobres. (...) Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.' in* **A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos**, pp.266/267, in TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Apesar de não aderirmos à posição pessoal do autor a respeito de quais direitos podem ser considerados fundamentais, sua exposição acima transcrita, relativa ao mínimo existencial, é impecável. Ver também BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.p.247-301. NETO, Cláudio Pereira de Souza.**Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático**, *in* BARROSO, Luis Roberto (Org.). **A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.p.315-325.

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*.

---

[54] CLÉRICO, Laura. Ob.cit.p.65. No original: '*(...) dass die Legitimität der Rechtsgüter nur eine Voraussetzung dafür ist, dass diese Rechstgüter mit anderen Grundrechten kollidieren dürfen. Aber die Erklärung des Zwecks als legitim, oder sogar als prima facie ilegitim, kann nicht die Prüfung der Verhältnismässigkeit ersetzen.*'

[55] ALEXY, Robert. Teoria...,p.349-353. O autor alemão alude à necessidade de protegermos a esfera mais íntima do indivíduo, que ele considera o âmbito intangível da liberdade humana. Em suas palavras: '*Es posible distinguir tres esferas com decreciente intensidad de protección: la esfera más interna ("ámbito último intangible de la liberdad humana, (...) ámbito núcleo absolutamente protegido de la organización de la vida privada), la esfera privada amplia, que abarca el ámbito privado en la medida en que no pertenezca a la esfera más interna, y la esfera social, que abarca todo lo que no ha de ser incluído en la esfera privada amplia.(...)* ***Se se define la esfera más interna como aquella en la que el individuo no "influye con su ser o su comportamiento en otros y, por lo tanto, no afecta la esfera personal de los congéneres o interesses de la vida de la comunidad", entonces la esfera más interna es,*** **per definitionem*****, la esfera en la protección, pues no es posible aducir principios opostos que sólo podrían referirse o bien a derechos de otros o a bienes colectivos, ya que no son afectados los derechos de otros o los interesses de la comunidad.***' (grifo nosso)

[56] BARROSO, Luís Roberto. **O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público,** in SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos *versus* Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. Prefácio, p.xiv.

[57] Idem,p.xv. '*É o que ocorre, por exemplo, no pagamento de indenização pelos danos causados por viatura da polícia a outro veículo.*' Ressaltamos que o exemplo fornecido pelo ilustre professor é caso típico de responsabilidade objetiva do Estado, por se enquadrar perfeitamente na CRFB,37,§6.º. Curiosamente, um dos argumentos utilizados para se aceitar a denunciação da lide ao agente público responsável pelo dano é consubstanciado no envolvimento, na contenda judicial, do patrimônio público, de natureza indisponível. Dessa forma, aceita-se, correntemente e irrefletidamente, o retardamento da reparação da lesão do particular, sem, ao menos, verificar-se se o prejuízo sofrido violou direito fundamental de caráter existencial ou o núcleo essencial de qualquer outro direito fundamental seu.

[58] STF, ADI 2566 MC/DF: '*4. Ademais,* ***não se pode esquecer que não há direitos absolutos, ilimitados e ilimitáveis****. 5. Caberá, então, ao intérprete dos fatos e da norma, no contexto global em que se insere, no exame de casos concretos, no controle difuso de constitucionalidade e legalidade, nas instâncias próprias, verificar se ocorreu, ou não, com o proselitismo, desvirtuamento das finalidades da lei. Por esse modo,* ***poderão ser coibidos os abusos*** *(...)* ***do Poder Público e seus agentes****.*'(grifo nosso)

[59] SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional**, in SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos *versus* Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.p.79.

Antes de cogitarmos em ponderação, precisamos averiguar se, efetivamente, há no caso concreto um conflito real entre interesses público e privado, pois, freqüentemente, a intelecção 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*

[60] Ver notas de rodapé n.º 15 e 35.
[61] SARMENTO, Daniel. Ob. cit.,p.81.
[62] Idem,p.100.
[63] Os princípios jurídicos: 1) determinam um *estado ideal de coisas* a ser atingido ou um fim a ser promovido; 2) apesar de serem normas, não estabelecem previamente em seu respectivo enunciado quais os comportamentos são adequados e necessários ao alcance de tais objetivos, ficando, portanto, tal escolha sujeita à discrição dos destinatários da norma; 3) em função de serem normas abertas e de conteúdo indeterminado, possuem apenas *pretensão de decidibilidade*, submetendo-se à concorrência com outros princípios; 4) sua aplicação é justificada por argumentos que demonstrem a correlação entre os efeitos da conduta praticada e o *estado ideal de coisas* ou fim a ser concretizado; e 5) podem ter a eficácia máxima limitada, em virtude dos postulados da concordância prática e da unidade constitucional, a fim de que todos os princípios contrapostos, de igual hierarquia normativa e também incidentes sobre caso, tenham suas eficácias harmonizadas e otimizadas. Com apoio em tais pressupostos, Humberto Ávila propõe a seguinte definição: '*Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção*'. In **Teoria dos princípios**...,p.70.

*interesse público não é norma jurídica e, por si só, não serve de fundamento a nenhuma decisão de caso concreto*.[64].

8. Denunciação da lide: fundamento, finalidade e conceito.

Dificilmente 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 *denunciação da lide*, cuja *finalidade* é o desenrolar de um processo *célere* e *econômico*, com a produção de um resultado jurídico *tempestivo* e *socialmente eficaz*.

*Denunciação 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*.

---

[64] **ÁVILA, Humberto.** Repensando o 'Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular'**, in SARMENTO, Daniel (Org.).** Interesses Públicos *versus* Interesses Privados**:** Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.p.213-214. Conforme o entendimento de Humberto Ávila – ao qual aderimos integralmente -, o principio da supremacia do interesse público, *conceitualmente*, não é princípio, pois apenas possui '*um grau normal de aplicação, sem qualquer referência às possibilidades normativas e concretas*'. *Normativamente*, também não se qualifica como princípio, pois '*não pode ser descrito como um princípio jurídico-constitucional imanente*'. Ele '*não pode conceitualmente e normativamente descrever uma relação de supremacia*', porque '*se a discussão é sobre a função administrativa, não pode 'o' interesse público (ou os interesses públicos), sob o ângulo da atividade administrativa, ser descrito separadamente dos interesses privados*. Também '*não pode ser descrito separada ou contrapostamente aos interesses privados*', em virtude destes interesses constituírem parte integrante do interesse público. Por fim, tal princípio não pode ser descrito sem alusão a uma situação real da vida e, sendo assim, ao invés de um '*princípio abstrato de supremacia*', teríamos '*regras condicionais concretas de prevalência*'. Ver notas de rodapé 26 e 27.**

[65] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, 14.ªed., São Paulo: Malheiros, 1998.p.34.

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 *denunciação 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 prós e contra a denunciação da lide pelo Estado ao agente público causador do dano ao particular

A hipótese legal de denunciação da lide em exame está prevista no CPC,70,*caput*,III: *'A denunciação 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 *denunciação da lide*, não há dúvidas de que a denunciação, na hipótese (inciso III), é *facultativa*.[66] Caso não denuncie, o réu somente não se aproveitará do benefício proporcionado pela denunciação.

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

[66] Ao fazermos esta afirmativa, devemos registrar que esta conclusão é retirada de uma *interpretação sistemática* do sistema jurídico vigente ou – o que equivale ao mesmo – de uma interpretação conforme à *unidade* do sistema. São bastante elucidativas as lições de Humberto Ávila: '***Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto de interpretação; e as normas, no seu resultado***. *O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma haverá um dispositivo que lhe sirva de suporte. (...)* ***Em alguns casos há norma sem dispositivo***. *Quais são os dispositivos que prevêem os princípios da* ***segurança jurídica*** *e da* ***certeza do Direito****? Nenhum. (...)* ***Em outros casos há dispositivo mas não há norma***. *Qual norma pode ser construída a partir do enunciado constitucional que prevê a* **proteção de Deus***? Nenhuma. (...)* ***Em outras hipóteses há apenas um dispositivo, a partir do qual se constrói mais de uma norma***. *(...) exemplo ilustrativo é a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto: o Supremo Tribunal federal,, ao proceder ao exame de constitucionalidade das normas, investiga os vários sentidos que compõem o significado de determinado dispositivo, declarando, sem mexer no texto, a inconstitucionalidade daqueles que são incompatíveis com a Constituição federal.*'in **Teoria dos princípios** ...,p.22. (grifo nosso)

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 denunciação da lide promovida pelo Estado a seu agente é sustentada e sintetizada por Vicente Greco Filho. Segundo ele, admitirmos a denunciação 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 consumar. 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 denunciação da lide nas hipóteses de *ação de garantia,* e não para os simples casos ação de regresso. Em outras palavras, só devemos aceitar a denunciação 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 denunciação 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 denunciação, 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 denunciação da lide pelo Estado. No seu entender, da denunciação 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 denunciação acarretaria a eliminação do direito de regresso do Estado, por força do respaldo constitucional expresso.

---

[67] Por todos, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, v.II.p.401.
[68] *Apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**, 8.ªed., São Paulo: Saraiva, 2003. p.192-193.
[69] Idem, p.192-193.

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 denunciação da lide pelo Estado, Luiz Guilherme Marinoni constata a existência de juristas – conforme visto acima - que sustentam a impossibilidade da denunciação, 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 denunciação, 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 denunciação 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 denunciação, 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

[70] Idem, p.189-190.
[71] Ob.cit, p.214, nota de rodapé n.º 22.
[72] *Apud* CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de Terceiros**, 11.ªed., São Paulo: Saraiva, 2000. p.88, nota de rodapé n.º 64.
[73] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2001.p.400-401. Segundo o professor Dinamarco, a tese da inadmissibilidade da denunciação se apóia *'(...) especialmente na distinção entre garantia própria e imprópria. Na Itália, em caso de garantia própria a parte tem a faculdade de fazer a* chiamata in garanzia *(equivalente da litisdenunciação brasileira) e, quando a garantia for imprópria, ela dispõe do* intervento coatto, *que produz efeitos análogos ao daquela. No Brasil, em que inexiste essa segunda modalidade, a distinção proposta deixaria a parte sem qualquer possibilidade de trazer o terceiro ao processo. O resultado, sumamente injusto, consistiria em privar a parte dos benefícios da litisdenunciação, a saber: ela necessitaria de propor depois a sua demanda pelo ressarcimento, com o risco de voltar a sucumbir em face do garante.*

do direito a alguma espécie de tutela jurisdicional. Isso é conseqüência do '*vício metodológico do processo civil do autor*', *que já deveria ter sido' extirpado da mentalidade dos operadores do processo'*.

Mas faz, ao fim, uma ressalva importantíssima: *'Obviamente, quando a denunciação da lide for* abusiva *e revelar o propósito de tumultuar o processo e com isso alongar-lhe a duração,* por esse motivo *ela deve ser repelida (CPC, art.125, incs.II-III)'*.[74]

Esse também é o entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça.[75]

Diante dos argumentos convergentes e convincentes de três dos maiores processualistas do país, demonstrando ser plena a compatibilidade da *denunciação da lide* pelo Estado a seu agente público, verificamos a deficiência do fundamento principal dos juristas e tribunais que defendem a tese *restritiva*, que se ampara na proibição da ampliação do objeto de conhecimento do Juízo, por ser prejudicial ao autor da ação principal.

Para os menos atentos à relevância da questão controvertida, torna-se simples a adesão à posição dos citados especialistas que advogam a tese permissiva. Ainda mais se levarmos em conta que, também na ação de *reconvenção* do réu em face do autor, os juristas que apóiam a tese *restritiva* jamais questionaram a legitimidade da ampliação do objeto de cognição do Juízo então ocasionada pelo réu.

10. Análise do art.37, § 6.º da Constituição de 1988 à luz da ponderação orientada pelo postulado da proporcionalidade.

Como pudemos constatar, o problema em torno do qual gira a controvérsia jurídica está na relativa fragilidade dos argumentos colocados por aqueles que defendem - com *relativo*[76] acerto - ser vedado ao Estado denunciar a lide ao servidor. Argumentos inconsistentes, além de serem facilmente desqualificados pela teoria adversa, fazem com que a discussão seja restrita à *mera questão de natureza processual*, esquecendo os debatedores que os argumentos devem estar enraizados na unidade *axiológico-teleológica* da Constituição da República.

Mais especificamente, os fundamentos para restringirmos a *denunciação da lide* aparentemente legítima devem ter como sustentáculos os princípios constitucionais diretamente afetados, tais como a *dignidade humana* (1.º,III), a *solidariedade* (3.º,I), o *acesso à justiça* (5.º,XXXV) e a *responsabilidade objetiva* do Estado (37, §6.º). Tudo, pois, para que seja concretizado o valor maior: a *justiça* (3.º,I c/c 170, *caput*).

Conseqüentemente, não há como solucionarmos a questão sobre a legitimidade constitucional da *denunciação da lide* pelo Estado a seu agente, sem submetermos os elementos – princípios e direitos - conflitantes do caso concreto ao procedimento de *ponderação*, sob a orientação do *postulado da proporcionalidade*.

Em resumo, o *postulado da proporcionalidade* é composto por três subprincípios. O primeiro deles, conhecido por *adequação*, irá verificar a *pertinência* ou *aptidão* de determinada medida selecionada, para que seja

[74] Idem. p.400-401.
[75] GONÇALVES, Carlos Roberto. Ob. cit.,p.195.
[76] *Relativo,* pois pode haver exceções, conforme tentamos demonstrar mais adiante neste estudo.

alcançado o resultado útil desejado. Impõe que o meio escolhido pelo criador ou aplicador da norma seja apto à promoção do fim almejado.

O segundo subprincípio - que devemos analisar sucessivamente - é o da *necessidade* ou *exigibilidade*, cujo objetivo é identificar se o meio empregado, dentre os *igualmente eficazes*, é o *mais suave* ou o *menos invasivo* aos elementos envolvidos no conflito a ser resolvido. De modo muito simplista[77], afirmamos que não se justifica o uso de uma medida mais lesiva quando outro meio alternativo e mais suave estiver disponível para ser aplicado e proporcionar uma eficácia equivalente na obtenção do propósito.

Por derradeiro, avaliamos a existência concreta da *proporcionalidade* mesma, considerada *stricto sensu*, por meio de efetiva ponderação de bens conflitantes, cujo resultado constituirá uma regra de precedência condicionada *prima facie*. Neste ponto, verificamos se o sacrifício infligido a determinado indivíduo em virtude da decisão foi justificado pelos efeitos sociais benéficos que decorreram desta medida interventiva empregada. É a constatação real do *custo-benefício* social.[78]

Para concluirmos se cabe ou não a *denunciação da lide* realizada pelo Estado a seu agente, mister se faz que ela seja o *meio adequado* a se chegar a um fim constitucionalmente legítimo; que seja *o mais suave* dentre todos os de *eficácia semelhante*[79] e juridicamente possíveis; e, principalmente, que o *sacrifício* gerado a algum direito fundamental do particular lesado em decorrência da *denunciação* seja de *relevância jurídica inferior ao benefício* efetivo a ser auferido pela sociedade.

E, após um estudo mais aprofundado, constatamos que, *na grande maioria das vezes*, a *denunciação da lide* pelo Estado é *desproporcional*.

Procuraremos justificar a nossa opinião, através da análise de duas situações hipotéticas. Os exemplos tornam mais palpáveis e intuitivas a aceitação de nossa linha argumentativa.

10.1. Situação hipotética 1: caso fácil.

Imaginemos que, durante a construção de túnel que ligue Jurujuba a Piratininga – ambos, bairros de Niterói, separados por montanhas rochosas -, parte do material transportado para a obra pública tenha se desprendido do

[77] O subprincípio da necessidade requer a investigação e análise de vários outros fatores, tais como: o custo administrativo da medida; a intervenção em direitos fundamentais, levando-se em conta a média dos atingidos em abstrato; a intervenção em direitos fundamentais, considerando-se a lesão em concreto; a importância em abstrato dos direitos fundamentais afetados; a praticabilidade do emprego do meio; o grau e a relevância da diferença entre os sacrifícios passíveis de serem impostos aos direitos fundamentais pelos meios escolhido e alternativo etc. Por todos, CLÉRICO, Laura. Ob. cit.,p.83-111.

[78] Para um maior aprofundamento sobre o postulado da proporcionalidade, CLÉRICO, Laura. Ob. cit.; ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**....p.112-127.

[79] Fazemos menção à eficácia *semelhante*, e não à eficácia *igual*, porque pode haver casos em que o meio alternativo seja preferível, apesar de possuir uma eficácia um pouco inferior ao meio escolhido pelo agente com atribuição normativa. Por exemplo, quando o custo da medida alternativa for muito inferior em relação ao do meio selecionado. Uma eficácia um pouco menor, muitas vezes, deixa de ser fator de relevância para que a medida alternativa seja rejeitada. Basta imaginarmos que se gastarmos muito dinheiro para conseguir algo importante para nós, pode faltar dinheiro para adquirirmos coisas também muito importantes e necessárias para nossos filhos menores e dependentes. Deste comentário sensibilizador que apresentamos, fica simples vislumbrarmos uma hipótese análoga, envolvendo a realização de políticas públicas. São sopesados, por exemplo, gastos públicos, uma finalidade constitucional com reflexo em direito fundamental individual, e outro fim constitucional que reflita sobre bens coletivos. Para um aprofundamento, CLÉRICO, Laura. Ob. cit.,p.120-134.

caminhão transportador e caído sobre um táxi que passava ao lado. A queda do material, segundo várias testemunhas, deu-se em razão de o motorista do caminhão – servidor público - ter sido *imprudente* na direção do veículo. O táxi teve perda total. O taxista, pais de três filhos menores, auferia renda mensal média de R$ 1.000,00 e não possuía outra fonte de renda.

Inicialmente, identifiquemos os argumentos a favor e contra a *denunciação da lide* pelo Estado.

A favor, justifica-se a *denunciação* através de uma das interpretações possíveis dos enunciados normativos constantes na CRFB,37,§6º - que assegura o *direito de regresso* em face do agente público culpado - e no CPC,70,III – que prevê a hipótese de *denunciação da lide* aparentemente pertinente a este caso. Todavia, esta interpretação atribui *maior importância aos elementos gramaticais* dos textos do que à preservação da *unidade* constitucional, por mediação de uma *interpretação sistemática*.[80]

Contra a *denunciação*, fala outra interpretação também extraída destes mesmos enunciados. Porém, fundada em argumentos de ordem sistemática e de hierarquia constitucional, que se conformam à unidade da Constituição na maior parte dos casos da vida.

Quanto à identificação dos elementos que se confrontam, pelo lado do Estado, apresenta-se o *direito de regresso em face do agente público negligente, constitucionalmente assegurado* (CRFB,37,§6.º).

Em contrapartida, o indivíduo suportou a *lesão do núcleo essencial do direito fundamental ao livre exercício da profissão*, o que afetou diretamente a sua *autonomia* para conduzir a própria vida e a de sua família, com liberdade e dignidade, dentro dos padrões normais a que estava acostumado (CRFB,1.º,III;5.º,*caput*,XIII;170,*caput*).

O que fundamenta o exercício do *direito de regresso* do Estado por meio da denunciação da lide? Unicamente, o reverenciado 'princípio' da *supremacia do interesse público*, que, conforme explicamos, sequer é norma jurídica. Há, de fato, algum *interesse público* em jogo? Certamente, acreditamos estar presente o interesse público no ressarcimento, o mais célere possível, do prejuízo causado ao erário, em função deste integrar o patrimônio público, que é indisponível e pertencente à sociedade.

Mas este *interesse público* em recompor o erário, se realizado, proporciona um benefício coletivo *imediato* aos integrantes da sociedade? Obviamente que não, pois sabemos perfeitamente que a sociedade apenas se beneficia do dinheiro público quando políticas públicas de qualidade são postas em prática pelos Governos de ocasião. E a nossa experiência de vida demonstra que isso é utopia.

Chegamos à conclusão de que o *direito de regresso do Estado*, garantido pela Constituição, representa, em geral, mero *interesse público secundário*, que *a priori* jamais poderá se sobrepor ou criar obstáculos à satisfação de

[80] Sobre o *postulado* da unidade da Constituição, por todos, BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação do Direito**.4.ªed., São Paulo: Saraiva, 2001.p.192-213. Muito corretamente, o professor Barroso acolheu o entendimento do Tribunal Constitucional Federal alemão, que assim se manifestara: '*O princípio mais importante de interpretação é o da unidade da Constituição enquanto unidade de um conjunto com sentido teleológico-lógico, já que a essência da Constituição consiste em ser uma ordem unitária da vida política e social da comunidade estatal*'. E complementa o professor: '*O fim primário do princípio da unidade é procurar determinar o ponto de equilíbrio diante das discrepâncias que possam surgir na aplicação das normas constitucionais, cuidando de administrar eventuais superposições*'.

quaisquer direitos fundamentais do indivíduo[81], seja de caráter *pura* ou *predominantemente patrimonial*, seja de natureza *pura* ou *predominantemente existencial*.[82]

Todavia, perguntamos: qual o *fundamento* para rejeitarmos a denunciação da lide pelo Estado, tendo em vista a reparação do direito fundamental do taxista? Por se tratar de um direito fundamental de natureza *existencial*, basta a alusão ao princípio da *dignidade da pessoa humana* (CRFB,1.º,III;170,*caput*). Entretanto, podemos citar ainda o princípio da *solidariedade* em seu duplo sentido, objetivo e subjetivo, já comentado noutra passagem deste escrito.

Do *resultado da ponderação* ao qual chegamos, podemos retirar a seguinte regra de precedência condicionada *universalizável*[83] *não se admite*

---

[81] A rigor, o juiz - diante de casos fáceis em que a única evidência seja a mera vontade do Estado em ressarcir-se do gasto com a indenização o mais rapidamente possível, isto é, a presença de interesse público secundário - sequer tem a necessidade de adentrar no mérito do processo e ponderar, sob orientação da prova da proporcionalidade da *denunciação da lide*, sobre o cabimento ou não desta *ação de garantia*. É hipótese de *falta de interesse processual* do Estado, devendo a denunciação da lide ser indeferida de início (CPC,295,III). Ressaltemos - como *exceção* à falta de interesse de agir - a hipótese de o Estado, junto ao ato de denunciação, apresentar alguma *prova pré-constituída* que demonstre o vínculo entre o benefício concreto gerado pela aceitação da denunciação da lide – ressarcimento célere dos cofres públicos - e a satisfação de algum interesse público primário – promoção de fins sociais ou de direitos fundamentais.

[82] STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.p.221-222. '*Quanto ao conteúdo, os direitos fundamentais individuais podem ser classificados em direitos fundamentais de conteúdo pessoal e direitos fundamentais de conteúdo patrimonial. Entende-se, aqui, por direitos fundamentais individuais de conteúdo pessoal aqueles direitos fundamentais, formal ou materialmente incorporados à Constituição, cujo âmbito de proteção são bens, esferas ou atributos de tais intrínseca ou estritamente pessoais e de transcendental importância para a definição e o desenvolvimento como indivíduo como pessoa livre e autônoma. Tais bens são de caráter imaterial e, por isso, não quantificáveis, não divisíveis e não acumuláveis. Da CF, citem-se como exemplos: (...) a* ***liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão*** *(art.5.º,XIII) (...).São direitos fundamentais individuais de conteúdo patrimonial aqueles direitos fundamentais, formal ou materialmente incorporados à Constituição, cujo âmbito de proteção são bens, esferas ou atributos não-intrínsecos à pessoa embora relevantes como pressupostos materiais do desenvolvimento do indivíduo como pessoa livre ou autônoma. Tais bens são materiais e, por isso, quantificáveis, divisíveis e acumuláveis. Da CF, citem-se, como exemplos, o* ***direito de propriedade*** *(art.5.º, XXII) (...)'.*

[83] Em relação à *pretensão de universalidade*, BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.p.125-132. '*Com a expressão pretensão de universalidade quer-se significar, na verdade, duas necessidades distintas: uma relacionada com a argumentação jurídica propriamente dita e outra com a decisão final do intérprete. Em primeiro lugar, espera-se do intérprete jurídico que ele empregue uma argumentação universal, assim entendida aquela aceitável de forma geral dentro d sociedade e do sistema jurídico no qual ela está inserida e racionalmente compreensível por todos. Vale dizer: o aplicador do direito, sobretudo o magistrado, não pode valer-se de argumentos ou razões que apenas façam sentido para um grupo, e não para a totalidade das pessoas. (...) O segundo sentido da pretensão de universalidade envolve a decisão formulada pelo intérprete e pode ser descrita de forma simples.* ***A solução a que chega o intérprete deve poder ser generalizada para todas as outras situações semelhantes ou equiparáveis e****, para isso, deve ser* ***submetida ao teste da universalização****:* ***é possível e adequado aplicar a decisão a que se chegou a todos os casos similares****? (...) Essa exigência decorre naturalmente do dever de isonomia aplicado à prestação da jurisdição, pelo qual todos aqueles que se encontrem em situação equivalente devem receber a mesma resposta do Poder Judiciário.(...) Vale dizer: além de empregar argumentos que possam transitar livremente no espaço público, e que façam sentido para todos os indivíduos independentemente de suas convicções individuais,* ***a decisão proposta ao fim da ponderação deve poder ser validamente universalizada para os demais casos equiparáveis****.*' (grifo nosso). Não concordamos com o segundo aspecto da pretensão de universalização, conforme o entendimento da autora. Pelo que entendemos de suas palavras, salvo engano, ela condiciona o resultado – a regra de decisão - de uma ponderação à **possibilidade de aplicação absoluta a todos os casos semelhantes que venham a surgir futuramente**. Acreditamos que a regra resultante da ponderação deva ser **universálizável**, sim. Porém, **o fato de ser**

*denunciação da lide pelo Estado ao agente público causador de dano a particular, se ela objetivar puramente a busca de um interesse público secundário, e se a lesão sofrida pelo particular tiver afetado um direito fundamental*.

10.2. Situação hipotética 2: caso difícil e extremo.[84]

Imaginemos agora que o Estado, respeitando o pressuposto constitucional do *relevante interesse coletivo* (CRFB,173,*caput*), tenha ingressado nas atividades de construção imobiliária, a fim de facilitar às pessoas de baixa renda a aquisição da tão sonhada casa própria, por pagamento de infinitas prestações a preço módico.

Suponhemos, também, ser possível pessoas financeiramente bem sucedidas comprarem imóveis, desde que seja por pagamento à vista, para que estes valores, ingressados de uma só vez, sejam empregados na ampliação da atividade de construção pública.

Certo milionário adquire, à vista, dez unidades - de um total de cem - já para serem entregues, pagando o preço total de R$ 500.000,00. Vislumbremos um servidor público, insatisfeito e inconformado com a sua remuneração - que não era reajustada há mais de oito -, bem como subordinado a um chefe extremamente rude e arbitrário, que o perseguia constantemente por mera antipatia.

Sabendo ser o seu chefe o responsável pela entrega do empreendimento, acreditemos que o referido servidor, em plena madrugada, tenha se dirigido ao empreendimento e provocado um incêndio de grandes proporções, destruindo-o completamente. Para a sua infelicidade, houve testemunhas.

Acrescentemos ao nosso exemplo a informação de que este servidor público era casado e riquíssimo, e se submetia às condições e circunstâncias do serviço porque, apesar de tudo, adorava o que fazia. E que os 90 apartamentos do edifício destruído haviam sido adquiridos por pessoas hipossuficientes.

Perguntamos: cabe *denunciação da lide* pelo Estado?

Comecemos a análise do problema. Não temos dúvidas de que a hipótese se enquadra nos enunciados normativos referentes à *denunciação da lide* e ao *direito de regresso* do Estado.

Pelo lado do Estado, diferentemente da situação hipotética 1, não existe apenas o direito de regresso com vistas à pura satisfação de interesse público

---

**universalizável não significa que, incondicionalmente, deverá ser aplicada a todos os casos futuros semelhantes**. Isso porque podem existir situações em que as circunstâncias do caso concreto sejam equiparáveis, mas cuja decisão precise levar em conta outras circunstâncias relevantes antes não presentes. Exemplo: Um indivíduo ingressa em face de um Município, pleiteando o custeio de medicamentos para tratamento de uma infecção, avaliados em R$ 200.000,00. O Poder Judiciário acolheu a pretensão. Não temos dúvidas de que se, mensalmente, a ação for proposta por outro indivíduo em mesma situação, a decisão oriunda da ponderação deverá ser igual. Agora, indagamos: e se houver uma pandemia na região, ingressando, simultaneamente, milhares de pessoas em juízo, em busca do mesmo objetivo? E se o Município não disponibilizar de recursos suficientes? E se, apesar de disponibilizar de recursos, tiver de desviá-los de outras políticas públicas sensíveis, inviabilizando, por completo – invadindo o núcleo essencial ou afetando o mínimo existencial -, a realização de outros direitos fundamentais (direito fundamental à educação básica, à saúde preventiva etc.)? Portanto, a questão não é tão simples o quanto possa parecer. Ver também nota de rodapé n.º 27, onde fizemos menção a importante comentário de Laura Clérico a respeito da *pretensão de universalidade* das regras resultantes da ponderação.

[84] De antemão, informamos que este exemplo é utópico. Todavia, foi criado por dois motivos. O primeiro é alertarmos para a importância da argumentação jurídica à tomada de decisão. E o segundo, demonstrarmos que a denunciação da lide pelo Estado ao agente público é possível; porém, em hipóteses extremamente raras.

secundário. Há, indiretamente, respaldando *prima facie* a denunciação da lide, o *direito fundamental à moradia* (CRFB,6.º) de noventa indivíduos de baixa renda, que ainda pagam, com sacrifício, seus respectivos financiamentos junto à construtora pública.[85] Por conseguinte, fica evidente a presença de *interesse público primário*, e, indiscutivelmente, benéfico à coletividade.

Sob o ângulo do comprador dos dez apartamentos destruídos, por ser milionário, o seu prejuízo pode ser considerado irrelevante, se comparado à sua fortuna. Podemos considerar que houve lesão ao *direito fundamental à propriedade*? Acreditamos que não. Se concebermos a *função social da propriedade* (CRFB,5.º,XXIII) como parte integrante do *direito fundamental à propriedade* (CRFB,5.º,*caput*), esta perda patrimonial não afetou este direito do milionário. A aquisição das dez unidades imobiliárias ocorreu a título de investimento. E, em toda atividade de investimento financeiro,há riscos inerentes ao negócio (*e.g.*,CRFB,170,p.único;174;CLT,2.º,*caput*).

Portanto, neste caso, não vislumbramos direito algum violado. Simplesmente, os riscos financeiros do empreendimento foram estimulados de modo reprovável pelo servidor público, o que, certamente, afetou a prognose sobre os riscos do negócio feita pelo milionário, quando no exercício de sua *autonomia privada*.

O que fundamenta a *denunciação da lide* pelo Estado? Incontestavelmente, a presença de um *interesse público primário*, constituído pela promoção do fim constitucional de *erradicar a pobreza e as desigualdades sociais*. Tal fim conforma o conteúdo do que denominamos princípio *protetivo dos socialmente hipossuficientes* (CRFB,3.º,III). Além deste, o princípio da *dignidade da pessoa humana* endossa a legitimidade constitucional da denunciação da lide pelo Estado neste exemplo peculiar.

Sob o aspecto do particular lesado, o que fundamenta a recusa da denunciação pelo Judiciário? O direito ao ressarcimento mais célere tem respaldo no princípio da *responsabilidade objetiva do Estado*. Porém, nesta hipótese, não há, *a priori*, argumentação plausível que seja possível elaborar com o auxílio deste princípio, para justificarmos a rejeição da denunciação da lide ao agente e, simultaneamente, estar em conformidade com o postulado da *unidade* constitucional.

É cediço que o milionário faz jus à indenização do Estado, em decorrência de ter sofrido um prejuízo patrimonial indevido. Não obstante, este direito ao ressarcimento colide com um *interesse público primário* e de maior relevância, cujo conteúdo - o oferecimento facilitado de moradias à população economicamente hipossuficiente – decorre dos princípios da *proteção dos socialmente hipossuficiente* e da *dignidade da pessoa humana*.

Devemos, por fim, verificar a proporcionalidade da medida em denunciar a lide ao agente, levando-se em conta a sua situação pessoal, isto é, a sua condição de milionário e o grau máximo de sua culpabilidade na causação do evento danoso (dolo).

[85] Ressaltemos que em hipótese alguma estamos cogitando de ser o Estado legitimado ativo extraordinário para defender o *direito fundamental à moradia* desses supostos noventa compradores de baixa renda, que – neste nosso exemplo -, sequer, possuem pleno acesso à justiça. Apenas levantamos o direito fundamental à moradia, em virtude de ele consubstanciar o pressuposto constitucional do *relevante interesse coletivo*, que autoriza a atividade de construção imobiliária diretamente pelo Estado.

Em primeiro lugar: é a *denunciação* uma medida em tese *adequada* para a promoção do *interesse público visado*? Se partirmos do princípio de que o ressarcimento dos cofres públicos aumentará a quantidade de recursos disponíveis e que serão destinados à atividade de construção em prol dos socialmente carentes, não temos dúvidas quanto à adequação da denunciação como medida adotada.

Sucessivamente: existe algum meio alternativo e em tese tão eficaz quanto à denunciação, que seja menos oneroso aos elementos envolvidos na disputa? Acreditamos ser esta etapa a mais complexa. Vejamos as particularidades do caso:

a) o milionário, que pleiteia a indenização, aparentemente, não suportou lesão a nenhum direito subjetivo seu, seja ordinário ou fundamental;

b) sendo a lesão patrimonialmente irrelevante para o milionário lesado, não haverá para ele qualquer acréscimo de prejuízo econômico acaso o pagamento da indenização leve mais ou menos tempo;

c) por outro lado, o dinheiro a ser despendido pelo pagamento da indenização pelo Estado, deixará de ser aplicado para a ampliação da própria atividade estatal que é destinada à proteção de indivíduos socialmente hipossuficientes;

d) conseqüentemente, será mais benéfico aos indivíduos carentes de moradia que o erário público seja recomposto imediatamente;

e) também não há dificuldade alguma em se retirar do patrimônio pessoal do agente milionário a quantia equivalente ao valor da indenização devida pelo Estado; e

f) para o agente causador do dano, o desfalque em seu patrimônio é economicamente irrelevante, não colocando em risco nenhum direito fundamental seu ou referente à sua família.

Constatamos, pelo exame das circunstâncias do caso acima expostas, que o único direito a sofrer uma maior intervenção em decorrência da redução de recursos públicos qualifica-se como direito fundamental: é o *direito fundamental à moradia* dos beneficiários da atividade estatal.

Podemos, então, identificar alguma medida alternativa que proporcione a recomposição do erário mais rapidamente do que por intermédio da denunciação da lide pelo Estado? Parece-nos que não. Por conseguinte, neste exemplo hipotético, é a denunciação da lide o meio *necessário*.

Como última etapa do exame de proporcionalidade, perguntamos: o *sacrifício* imposto ao particular, provocado pelo retardamento do pagamento da indenização a que tem direito, *é menos relevante do que o benefício social* que esta protelação da reparação do dano acarreta? Ou, ainda: se analisarmos conjuntamente a lesão sofrida pelo particular, a interferência que o ressarcimento mais rápido dos cofres públicos vai causar na dignidade do agente responsável e de sua família, assim como o benefício social proporcionado pela reintegração do erário, é possível reconhecermos a supremacia deste benefício social sobre a intensidade da interferência da medida nas esferas jurídicas do particular e do agente?

Concluirmos que a *denunciação da lide* pelo Estado, nesta hipótese peculiar e fantasiosa, faz-se procedente, por ser *proporcional em sentido estrito*.

Deste resultado da ponderação, apresentamos a seguinte regra de precedência condicionada *prima facie*: 1) se o *dano* causado por agente público ao particular for *irrelevante* para este; 2) se o agente público tiver

*plenas condições de recompor* o prejuízo causado ao Estado, sem que seja afetada a sua *dignidade* ou a de sua família; 3) se a *recomposição célere* do erário for *socialmente relevante e útil*; e 4) se a *denunciação da lide* tiver como objetivo principal o atendimento a determinado *interesse público primário*, que esteja relacionado a direitos fundamentais de natureza *existencial*, torna-se cabível a denunciação da lide procedida pelo Estado ao agente público culpado.

Como última observação: se, no exemplo trabalhado, o agente causador do dano não pudesse ressarcir imediatamente o erário sem comprometer, concretamente, a sua dignidade ou a de sua família, novas variáveis deverão ser avaliadas, tais como: 1) a intensidade em que seria afetada a dignidade do agente e de sua família, acaso o pagamento fosse imediato; 2) a referida intensidade, se o pagamento acontecesse futuramente; 3) a relevância abstrata dos direitos fundamentais afetados de terceiros (moradia), comparada com a relevância concreta dos direitos fundamentais do agente e de sua família efetivamente atingidos etc.

Da mesma forma, mudariam as características fáticas se, além desta nova característica acima aventada, também o particular fosse um sujeito comum de classe média. Nesta situação, se considerarmos a realidade brasileira, acreditamos, intuitivamente, que qualquer lesão patrimonial causada por agente público a indivíduo assalariado[86], deverá ser objetivamente reparada pelo Estado, não se devendo o juízo admitir, *prima facie* e sob condições normais, a denunciação da lide ao agente, sob pena de exercício abusivo do direito de regresso pelo Estado e, conseqüentemente, de inconstitucionalidade do procedimento, por infringir o direito fundamental à tutela efetiva e tempestiva.[87]

11. Conclusão.

Não há maior benefício para a sociedade do que acreditar que, verdadeiramente, existe *justiça*. Não há sequer uma pessoa da sociedade que se sinta feliz ao assistir uma outra, que pertence à mesma coletividade, passar por dificuldades, devido à culpa exclusiva da atividade estatal. Pelo contrário. O *sentimento de solidariedade* fala muito mais alto e requer a restauração imediata do estado de justiça anterior, então abalado por atividade do Estado.

---

[86] Utilizamos esta expressão em sentido amplo, abrangendo, também, subsídios, vencimentos, salários, soldos etc.

[87] MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**...,p.179-192. leciona o processualista: *'(...) o direito à tutela jurisdicional não só requer a consideração dos direitos de participação e de edição de técnicas processuais adequadas, como se dirige à obtenção de uma prestação do juiz. Essa prestação do juiz, assim como a lei, também pode significar, em alguns casos, concretização do dever de proteção do Estado em face dos direitos fundamentais. A diferença é que a lei é resposta abstrata do legislador, ao passo que a decisão é resposta do juiz diante do caso concreto. Ou seja, há direito, devido pelo Estado-legislador, à edição de normas de direito material de proteção. Mas o estado-juiz também possui dever de proteção, que realiza no momento em que profere a sua decisão a respeito dos direitos fundamentais. (...) Como se vê, embora a resposta do juiz sempre atenda ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, somente em alguns casos o objeto da decisão é outro direito fundamental, ocasião em que, na realidade, existe o direito fundamental à tutela jurisdicional ao lado do direito fundamental posto à decisão do juiz. Quando esse outro direito fundamental requer prestação de proteção, não há dúvida que a decisão configura evidente prestação jurisdicional de proteção. E no caso em que a decisão não trata de direito fundamental? Frise-se que, embora o juiz, nesse caso, não decida sobre direito fundamental, ele obviamente responde ao direito fundamental à efetiva tutela jurisdicional. Nessa hipótese, como a prestação do juiz não decide sobre direito fundamental, ela deverá ser considerada diante do próprio direito fundamental à tutela jurisdicional.'*

Em termos concretos, é remotíssima a possibilidade de ocorrer prejuízo material aos interesses da sociedade, simplesmente, em razão do pagamento legítimo de indenização com dinheiro público ao particular lesado. Até porque, em teoria, o ato estatal lesivo fora praticado no interesse de todos os membros da comunidade.

A *denunciação da lide* pelo Estado estaria, teoricamente, fundamentada no princípio da *preponderância do interesse público sobre o particular*. Dizemos *teoricamente*, porque, *in concreto*, na quase totalidade dos casos, o interesse que move o Estado a denunciar a lide é de caráter *secundário* e, não bastasse isso, a *supremacia do interesse público sobre o particular* não existe como norma jurídica. Só *Eremildo*'[88] acredita em sua força normativa.

Se o patrimônio público, utilizado sempre para o *bem-estar social*, pertence à coletividade e esta tende sempre a ser a beneficiária dos atos estatais, foge ao senso comum a resistência do próprio Estado em recompor a situação jurídica do cidadão prejudicado, que efetivamente suportou o ônus excessivo em prol de todos.

Na prática, não é a coletividade que rejeita ou dificulta o pagamento da devida indenização, mas, sim, o próprio Estado. Com uma voracidade arrecadatória inigualável, o Estado brasileiro prefere não indenizar e, ainda, tumultuar o processo no qual é réu, em evidente contradição com os princípios constitucionais do processo civil de resultados *efetivo* e *tempestivo*. Isso porque conta com o respaldo jurídico de quantidade respeitável de juristas e de Tribunais.

Esta situação é agravada se levarmos em conta a falência da *democracia representativa*[89], em função da qual os *'representantes do povo'*, que ora galgam ao poder, dirigem o aparelho estatal segundo os mais diversos interesses políticos escusos e circunstanciais, deixando em segundo plano a resolução de problemas sociais impostergáveis.

Nunca devemos olvidar de que o Estado foi constituído para atender às necessidades do ser humano, e não o contrário. E um dos modos de o Estado satisfazer o povo é cumprindo o que manda a Constituição, respeitando a sua unidade valorativa e de fins.

Concluímos este ensaio, repetindo mais uma vez - só que em termos mais genéricos - o que já frisamos linhas acima: *prima facie* e sob condições e circunstâncias ordinárias, é reprovada, sob o crivo do postulado da *unidade* constitucional, a admissão de denunciação da lide pelo Estado ao agente

[88] Personagem do jornalista Elio Gaspari, presente em suas colunas dominicais publicadas no jornal 'O Globo'.

[89] AMARAL, Roberto. **A Democracia Representativa Está morta; Viva a Democracia Participativa!** *in* Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.p.19-56.; JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación de la Constituicion**. Tradución: Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p.73. '*La representación es un concepto jurídico y no político. En virtud de un estatuto legal la voluntad de una minoría se considera como voluntad del conjunto. Pero en la realidad política únicamente prevalece la voluntad mayoritaria de los parlamentarios que votaron una resolución. Rousseau tenía mucha razón: no se puede querer por otra persona y – añadirmos – no se puede comer o beber por ella. A toda historia de los Parlamentos modernos le acompaña la aspiración incesante de encontrar la justa forma de representación mediante la cual pueda expresarse la voluntad del pueblo del modo más puro y seguro.*'

público que causara danos ao particular. As exceções carecerão de uma justificação argumentativamente coerente[90] e convincente[91].

[90] ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004. p.33 e ss. 'A conexão de sentido ou a relação de dependência entre as normas é um reconhecido postulado hermenêutico: trata-se de uma condição de possibilidade do conhecimento a ser necessariamente preenchida na interpretação dos textos normativos. (...) qualifica-se como *coerente* a relação que preenche requisitos formais e substanciais. (...) *Coerência formal* está ligada à noção de *consistência* e *completude*. *Coerência substancial* está relacionada à conexão positiva de sentido. (...) *Consistência* significa ausência de contradição. (...) *Completude* significa a relação de cada elemento com o restante do sistema, em termos de integridade (o conjunto de proposições contém todos os elementos e suas negações) e de coesão inferencial (o conjunto de proposições contém suas próprias conseqüências lógicas).' A *coerência substancial* existe quando houver '*dependência recíproca*' e '*elementos comuns*' entre as proposições. Coerência material por d*ependência recíproca* há 'quando a relação entre as proposições satisfaz requisitos de implicação lógica (a verdade da premissa permite concluir pela verdade da conclusão) e de equivalência lógica (o conteúdo de verdade de uma proposição atua sobre o conteúdo de verdade de outra e vice-versa).' Coerência material por *elementos comuns* 'existe quando as proposições possuem significados semelhantes. Ao contrário da coerência formal, existente ou não, a coerência substancial permite graduação', podendo ser maior ou menor. (grifo nosso).

[91] ÁVILA, Humberto. Ob. cit.,p.66. *'Quando há uma* ***divergência entre o conteúdo semântico de uma regra e a justificação que a suporta*** *o intérprete, em casos excepcionais e devidamente justificáveis, termina analisando razões para adaptar o conteúdo da própria regra. Nessa hipótese, a investigação da finalidade da própria norma (rule's purpose) permite deixar de enquadrar na hipótese normativa casos preliminarmente enquadráveis. Isso significa (...) que* ***é preciso ponderar a razão geradora da regra com as razões substanciais para seu não-cumprimento, diante de determinadas circunstâncias, com base na finalidade da própria regra ou em outros princípios****. Para fazê-lo, porém, é preciso fundamentação que possa superar a importância das razões de autoridade que suportam o cumprimento incondicional da regra.'*; VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua Reserva de Justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999. p.237-238. Com pertinência, afirma o autor que, *'(...) após levar em consideração a Constituição como lei, por intermédio dos diversos métodos de interpretação que auxiliam na redução da discricionariedade judicial, a doutrina e os precedentes, deve o intérprete constitucional recorrer aos princípios da argumentação racional para alcançar a devida compreensão do conteúdo aberto das cláusulas superconstitucionais, que constituem aspirações a uma ordem justa incorporadas pela própria Constituição. (...) O ponto crucial de controle desta atividade argumentativo-decisória é* ***a obrigação do magistrado de fundamentar e justificar as razões que o levaram a uma determinada decisão****. É este imperativo – inexistente na esfera do Legislativo – que faz do procedimento argumentativo-decisório, que pode encontrar um ambiente adequado no Judiciário, um instrumento mais propício para se decidir questões de princípios, uma vez que "****os motivos bem redigidos devem fazer-nos conhecer com fidelidade todas as operações da mente que conduziram o juiz ao dispositivo adotado por ele****. Eles são a melhor a maior garantia, uma vez que protegem o juiz tanto contra todo raciocínio que pudesse oferecer-se à sua mente, quanto toda pressão que quisesse agir sobre ele". Mais do que um controle interno, onde o juiz reflete sobre as suas razões para decidir,* ***a motivação permite a crítica pública dos fundamentos que levaram à decisão e à conseqüente possibilidade de reavaliação do decidido****'*. ; ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p.259. *'As razões básicas para seguir os precedentes é o princípio da universalizabilidade (sic), a exigência de que tratemos casos iguais de modo semelhante, o que está por trás da justiça como qualidade formal. Isso imediatamente releva uma das dificuldades decisivas de seguir o precedente:* ***dois casos não são sempre totalmente idênticos. Sempre é possível descobrir uma diferença****.* ***O problema real*** *então muda para o problema de* ***determinar que diferenças são relevantes****. Antes de entrar nisso, há outro ponto importante.É possível que um caso seja exatamente como um caso anterior decidido em todas as circunstâncias relevantes e, no entanto, se busque uma decisão diferente porque nossa abordagem às circunstâncias foi alterada nesse tempo. Se fôssemos aderir unicamente ao princípio da universalizabilidade, essa decisão seria impossível. Portanto, excluir qualquer mudança de mente é, entretanto, inconsistente com a exigência de correção implícita em cada ato de decisão. Por outro lado,* ***satisfazer a exigência de correção*** *envolve precisamente satisfazer o princípio da universalizabilidade. Por certo se trata de apenas uma condição.* ***Uma condição geral é a justificabilidade pelo argumento****. Nesta situação surge a possibilidade de se exigir respeito pelo precedente como uma questão de princípio,* ***embora se admita exceções sujeitas à imposição do argumento do encargo sobre qualquer um que se proponha fazer uma exceção****.'* (grifo nosso)

12. Referências.

ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
----- Teoria de los Derechos Fundamentales, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

AMARAL, Roberto. A Democracia Representativa Está morta; Viva a Democracia Participativa! *in* GRAU, Eros Roberto e FILHO, Willis Santiago Guerra (organizadores). Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

ÁVILA, Humberto. Repensando o 'Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular', in SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses Públicos *versus* Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
----- Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: Saraiva, 2004.
----- Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
----- Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade, in Temas de direito constitucional, tomo III.Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
----- Interpretação e Aplicação da Constituição, 4.ªed., São Paulo: Saraiva, 2001.
----- Fundamentos Teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo, *in* BARROSO, Luís Roberto (Org.). A Nova Interpretação Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
----- Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Mimeografado.
----- BARROSO, Luís Roberto. O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público. In SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses Públicos *versus* Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. Prefácio.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico, 10.ªed. Brasília: UnB, 1999.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Argumentação *contra legem*: a Teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição.5.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Intervenção de Terceiros, 11.ªed., São Paulo: Saraiva, 2000.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais, 1.ªed., p.52, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo, 14.ªed., p.34, São Paulo: Malheiros, 1998.

CLÉRICO, Laura. Die Struktur der Verhältnismässigkeit. 1.ª ed. Kiel: Nomos Verlaggesellschaft, Baden-Baden, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros, 2001. v.I e II.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil, 4.ªed., São Paulo: Malheiros, 2003.

FREITAS, Juarez. A Interpretação Sistemática do Direito, 2.ªed., São Paulo: Malheiros, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 8.ªed., São Paulo: Saraiva, 2003.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição, p.41, Porto Alegre: Fabris, 2002.

HONNETH, Axel. Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. 1.ª ed., São Paulo: editora 34, 2003.

JELLINEK, Georg. Reforma y Mutacion de la Constituicion. Tradución: Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

LOEWENSTEIN, Karl. Teoria de la Constitucion. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento. 2.ª ed. São Paulo: RT, 2003.
----- Técnica Processual e Tutela dos Direitos. São Paulo: RT, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 14.ªed., São Paulo: Malheiros, 2002.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático, *in* BARROSO, Luis Roberto (Org.). A Nova Interpretação

Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NEVES, Marcelo.A Constituição simbólica. São Paulo: Nova Academia, 1994.

PEREIRA, Rodolfo Viana. Hermenêutica Filosófica e Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional, 2.ªed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAWLS, John. Justiça como Eqüidade. Uma reformulação. 1.ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
----- Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional, in SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses Públicos *versus* Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem Constitucional. Construindo uma nova Dogmática Jurídica, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito. São Paulo: Malheiros, 2005.

STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos, in TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Teoria dos Direitos Fundamentais. 2.ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
----- Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Valores e Princípios Constitucionais Tributários. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.Volume II.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua Reserva de Justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

**Referência Bibliográfica deste Trabalho:**

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

GOMES, Renato Rodrigues. A DENUNCIAÇÃO DA LIDE PELO ESTADO AO AGENTE PÚBLICO CAUSADOR DO DANO AO PARTICULAR, SOB O PRISMA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 34, abril/maio/junho de 2013. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-34-ABRIL-2013-RENATO-RODRIGUES-GOMES.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.