

# RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E DENUNCIAÇÃO DA LIDE \*

EDSON RIBAS MALACHINI

## SUMÁRIO

### PARTE I

1. A dificuldade: o desvendamento do sistema do Código de Processo Civil. 2. A questão: a responsabilidade do Estado seria objetiva, e a do funcionário baseada na culpa. 3. O sistema do Código de Processo Civil de 1939. 4. Ação de garantia e denúncia da lide; cumulatividade. 5. O sistema do Código revelado na "Denúncia da Lide", de MÍLTON FLAKS. 6. Singularidade do Direito brasileiro. 7. Pode ser feita somente a denúncia da lide, sem propositura da ação de garantia. 8. A cumulação é opção exclusiva do titular do direito de regresso. 9. O art. 109 do Código de Processo Civil e a inspiração do Direito italiano. 10. Só se forma o litisconsórcio entre denunciante e denunciado no caso de "aceitação da denúncia" pelo segundo. 11. Conseqüências da não-aceitação da denúncia para o denunciado. 12. Natureza processual da denúncia; o *sui generis* modelo brasileiro. 13. A ação de garantia. 14. *Simultaneus processus*. 15. Sentença única. 16. Desmembramento do processo. 17. O litigante estranho à relação de regresso só será estorvado com a dilação citatória. 18. Síntese dos efeitos de não-aceitação da responsabilidade eventual pelo denunciado, réu na ação *in eventum*. 19. Análise crítica da construção jurídica dominante. 20. Injustiça para com o terceiro estranho à relação de regresso. 21. Reação dos tribunais. 22. Pretextos mais freqüentes dos tribunais para restringir o uso da denúncia da lide. 23. A concepção dominante desserve ao princípio da economia processual.

---

\*Trabalho apresentado à Disciplina de Direito Administrativo do Curso de Pós-graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da UFPR.

## PARTE II

24. Revisão da construção do instituto e denunciabilidade da lide pelo Estado ao seu funcionário. 25. A formação do "Direito da responsabilidade administrativa". 26. A evolução da doutrina jurisprudencial na França. 27. Responsabilidade objetiva do Estado: possibilidade ou regra irrecusável (Const. Fed., art. 107)? 28. Na França o princípio geral é o da responsabilidade por **falta de serviço**, subsidiado pelo do **risco administrativo**. 29. Ato comissivo e omissão da Administração. 30. Responsabilidade por culpa e responsabilidade objetiva: distinção necessária. 31. Relevância da importância da distinção. 32. Casos de exclusão da responsabilidade estatal, mesmo objetiva: "culpa" da vítima e força maior. 33. **Falta do serviço** e falta individual.

## PARTE III

34. Diverso enfoque da questão, segundo os pressupostos. 35. As três hipóteses: ato culposos, **falta de serviço** e risco administrativo. 36. Responsabilidade objetiva e "garantia imprópria". 37. A maior parte das ações de indenização contra o Estado se baseia em ato culposos de funcionário. 38. O **Estatuto dos Funcionários** e a Lei nº. 4.619, de 1965. 39. A condenação definitiva da Fazenda Pública é **condição** da ação de regresso. 40. **Mens legis** do art. 197, §2º., da Lei nº. 1.711, de 1952 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União). 41. Utilidade prática da distinção entre **denúnciação da lide e ação de garantia**. 42. Obrigatoriedade ou não da denúnciação da lide. 43. Obrigatoriedade ou não de ser feita a denúnciação pelo Estado.

1. Problema dos mais tormentosos é o de saber se cabe a denúnciação da lide em ação de indenização movida contra o Estado, com fundamento na responsabilidade civil deste, prevista no art. 107 da Constituição Federal, **verbis**: "As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros. Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo".

A dificuldade do problema vem do fato de que, para sua correta solução, é preciso remontar à base do instituto da denúnciação da lide, regulado pelo Código de Processo Civil nos arts.

70 a 76. Da concepção que se tenha dele, do sistema adotado pelo Código de processo — segundo a conclusão a que se chegue — dependerá o enfoque que se dê ao equacionamento da questão. E aí é que o carro pega . . .

Pode-se dizer que o problema é, a um tempo, de Direito Administrativo e de Direito Processual; mas é sobretudo de Direito Processual, porque temos de conhecer, na intimidade, a sistemática adotada pelo Código respectivo para regular essa importantíssima espécie de **intervenção de terceiro** (Livro I, Tít. II, Cap. VI, Seção III). Porque, tal seja a concepção que se tenha, o enfoque e a solução da questão se alterarão fundamentalmente.

E, justamente, a não-definição do sistema processual efetivamente adotado pelo legislador brasileiro é que tem levado a doutrina e a jurisprudência a uma situação que se pode dizer de perplexidade, e de contrariedade diametral nas opiniões e nos julgamentos não só da questão objeto deste estudo como de outras relacionadas ao instituto da denúncia da lide.

E essa incerteza se explica pela dificuldade em extrair, das normas dos arts. 70 a 76 do Código de Processo Civil (em conjugação necessária com a do art. 109), o verdadeiro sistema legal, o geuíno espírito norteador da regulamentação, a **mens legis** que o intérprete tem de encontrar, para que a construção não desabe — o que acontecerá fatalmente se se retirar um tijolo, que seja, dessa intrincada estrutura. Dificuldade porque o legislador brasileiro, no caso, primou em não tornar nada claro seu pensamento, ou, dizendo-o em linguagem mais técnica: o aludido sistema corporificado nos dispositivos legais.

É tarefa, realmente, de pesquisa paciente, diligente, exigindo antenas muito sensíveis, espírito altamente indagador e sutil, **penetrar** nos meandros da regulamentação do instituto a que o Código de Processo Civil chamou, simplesmente, de **denúncia da lide** (e já aí começa a dificuldade, pois essa denominação, por si só, não dá o verdadeiro sentido e a verdadeira dimensão do instituto). Aproveitando uma imagem de MONIZ DE ARAGÃO (a propósito do capítulo das nulidades no Código de Processo Civil, também ele a desafiar a argúcia do intérprete para penetrar-lhe os segredos e desvendar-lhe o sistema),<sup>1</sup> pode-se dizer que esse é um "trabalho similar ao do garimpeiro no localizar e revelar a pedra preciosa".

2. A pretensão de denunciar a lide ao funcionário supostamente culpado pelo dano causado a terceiro, cujo ressarcimento é exigido da "pessoa jurídica de direito público", com base no

citado art. 107 da Constituição Federal, fundamenta-se no inciso III do art. 70 do Código de Processo Civil, ao dispor que “a denúncia da lide é obrigatória” . . . “àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda”. Como se viu, o art. 107 da Constituição, após afirmar, no *caput*, a responsabilidade do Estado (*lato sensu*), assegura (*verbis*: “cabará”) “ação regressiva” contra o funcionário culpado. E, se a Constituição, como se disse, assegura a ação de regresso, a Lei nº. 4.619, de 28 de abril de 1965, obriga os Procuradores da República a propô-la, em prazo fixado, acrescentando que “a não-obediência, por ação ou omissão, ao disposto nesta lei, apurada em processo regular, constitui falta de exação no cumprimento do dever” (arts. 10. a 30.).

Mas a principal questão que aí se coloca, para se pôr em dúvida esse direito processual do Estado, é a seguinte: a responsabilidade deste, constitucionalmente estabelecida, seria **objetiva**, independendo portanto de qualquer indagação de culpa para que o terceiro que sofreu o dano tenha direito de vê-la reconhecida judicialmente, com a condenação do Estado a indenizá-lo; por outro lado, o fundamento da ação regressiva é a culpa (*lato sensu*, abrangendo a culpa *stricto sensu* e o dolo). Admitir a *litisdenuntiatio*, por conseguinte, seria introduzir no processo questões diversas daquelas que constituem a **causa petendi** da ação indenizatória, com evidente oneração — ademais desnecessária — da atividade processual, sobretudo probatória, do autor, e com o retardamento da solução da causa.

Diversas questões, a essa conexas, têm de ser aí analisadas: a da obrigatoriedade da denúncia, a da oportunidade do exercício da ação regressiva, a de ser efetivamente objetiva, sempre, a responsabilidade do Estado pelos danos causados a terceiros. Mas, antes de se poder examinar essas questões, é preciso, como de início frisado, que se tenha perfeita concepção do sistema adotado pelo Código de Processo Civil ao regular o instituto da denúncia da lide.

Toda a apreciação desses problemas está subordinada à definição do sistema processual. As soluções variam necessariamente consoante seja concebido de u’a maneira ou de outra.

3. Não vamos fazer aqui, pela dimensão que se pretende dar a este trabalho — limitado ao exame do problema inicialmente referido (item 1, **principio**) e que lhe dá o título —, o esforço histórico da evolução do instituto da denúncia da lide, ou do

**chamamento à autoria** (que era o do Código de 1939); tampouco de sua configuração no Direito comparado (p. ex., no Direito alemão, no italiano, no francês, no português).<sup>2</sup> Apenas faremos, quanto a estes, eventuais referências no curso da exposição, quando se mostrarem oportunas ou necessárias.

Partiremos, em nossa análise do instituto, do Código de Processo Civil de 1939, para mostrar que houve profunda transformação no sistema com a promulgação do Código de 1973.<sup>3</sup>

Aquele estatuto regulava a matéria nos arts. 95 a 98 e 101, no capítulo em que cuidava, em geral, da "intervenção de terceiro", incluídas aí a **nomeação à autoria** e a **oposição** (arts. 99 e 100 e 102 a 105, respectivamente). E denominava o instituto, basicamente (como o fazia a doutrina), de **chamamento à autoria** (art. 95), embora falasse também em **denunciado** e **denunciante** (arts. 95, § 3º., 97 e 98), estatuinto: "Aquele que demandar ou contra quem se demandar acerca de coisa ou direito real poderá **chamar à autoria** a pessoa de quem houve a coisa ou o direito real, a fim de resguardar-se dos riscos da evicção" (art. 95).<sup>4</sup>

Pode-se dizer, pois, que, no sistema desse Código, o chamamento à autoria fazia-se através de "denúnciação da lide", ou em forma de denúnciação da lide,<sup>5</sup> concretizada mediante "notificação" do alienante (quando o denunciante fosse o autor da ação) ou sua "citação" (quando fosse o réu o denunciante) (art. 95, §§ 1º. e 2º.).

Para se completar a visão do instituto nesse diploma processual, resta dizer que ele se destinava exclusivamente a efetivar a garantia da **evicção** (Cód. Civil, art. 1.107), e que — diferentemente do que ocorre no sistema do Código de 1973 —, "vindo a juízo o denunciado", havia a extromissão<sup>5</sup> - A do denunciante: "Art. 97. Vindo a juízo o denunciado, receberá o processo no estado em que este se achar, e a causa com ele prosseguirá sendo defeso ao autor litigar com o denunciante"; "Art. 98. Se o denunciado não vier a juízo dentro do prazo, cumprirá a quem o houver chamado defender a causa até final, sob pena de perder o direito à evicção".

Essas normas estavam em harmonia com a norma de Direito material estatuída no art. 1.116 do Código Civil, assim redigida: "Para poder exercitar o direito, que da evicção lhe resulta, o adquirente notificará do litígio o alienante, quando e como lho determinarem as leis do processo".

Mas a nota, que distingue essencialmente o sistema processual de 1939 do de 1973, estava no art. 101 daquele estatuto:

“A evicção pedir-se-á em ação direta”.

Isso significa que, no Direito ab-rogado, não podia haver cumulação, no processo, da **ação de garantia** (em que se pediria a indenização do alienante pela perda da “coisa ou direito real” — art. 95) com a ação principal (em que “se demandava acerca” deles), geralmente reivindicatória. A ação de garantia era uma ação regressiva autônoma (“ação direta”, no dizer do Código), proposta após ter sido o denunciante vencido naquela.

O Código atual, além de ampliar (atendendo a reclamos da doutrina) as hipóteses que possibilitam a **litis denuntiatio** (incisos II e III do art. 70), não a restringindo como o anterior ao caso de evicção, rompeu também com a tradição do Direito luso-brasileiro, ao **facultar**<sup>6</sup> ao denunciante a cumulação dela com a **ação de indenização**,<sup>7</sup> como se depreende do art. 76: “A sentença, que julgar procedente a ação, declarará, conforme o caso, o direito do evicto, ou a responsabilidade por perdas e danos, valendo como título executivo”.

4. Vê-se, assim, que atualmente a **ação de regresso pode** ser cumulada com a simples denúncia da lide.<sup>8</sup> Esta se filia ao **sistema romano (litis denuntiatio)**, enquanto a cumulação deita raízes no **sistema germânico (advocatio ad warrantum, chamamento à garantia)**.<sup>9 e 10</sup>

Dissemos, acima (nº. 3, *in fine*), que o Código de 1973 **facultou** ao denunciante a cumulação da **ação de garantia** à denúncia da lide; e depois, expressando a mesma idéia, repetimos que no sistema desse Código **pode** haver tal cumulação.

É necessário que esclareçamos essa afirmação, pois ela contraria a quase unanimidade da doutrina surgida em torno do instituto da denúncia da lide moldado nos arts. 70 a 76 do Código de Processo Civil, e a jurisprudência dominante.<sup>11</sup> Segundo essa doutrina, a denúncia da lide traz em si, desde logo e automaticamente, a propositura da ação de regresso, condicional, para o caso de ser o denunciante sucumbente na lide principal, movida por ele ou contra ele, com efeito executório imediato a seu favor contra o denunciado (art. 76). Assim, não seria — como aqui se sustenta —, a propositura cumulada da ação de regresso (ou **de garantia**), uma faculdade deixada pelo legislador ao exclusivo critério e conveniência do denunciante. Em suma: não pode **denunciar** sem, ao mesmo tempo, **agir** contra o denunciado. Corresponde assim o instituto ao verdadeiro **chamamento à autoria** (nome que lhe era dado pelo Có-

digo de 1939, que, no entanto, não contemplava a ação de garantia cumulada — art. 101), não sendo portanto mera “denúnciação da lide”, como observaram aliás partidários desse entedimento.<sup>12</sup> E a jurisprudência, seguindo essa orientação doutrinária, fixou a mesma concepção, servindo demodelo a seguinte ementa de acórdão do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, de que foi relator o eminente processualista ADROALDO FURTADO FABRÍCIO: “denúnciação da lide envolve propositura antecipada e condicional da ação de regresso. O denunciante ocupa dupla posição na relação processual: de autor ou réu na ação principal; de autor, sempre, na demanda veiculada pela litisdenuciação”.<sup>13</sup>

Não podemos deixar de reproduzir aqui a precisa observação de MÍLTON FLAKS, sobre os corolários dessa concepção: “Colocado o problema nesses termos, o CPC teria aderido ao sistema germânico (*supra*, nº. 4), porém de forma inusitada e radical: ou o titular do direito regressivo propõe desde logo a ação *in eventum*, ou não terá meios de vincular o denunciado ao decisório, à falta de outro instrumento, arriscando-se, inclusive, a perder aquele direito, se a denúncia da lide for condicionante do seu exercício.

“Como já aflorado, correta a interpretação, a lei instrumental brasileira conflitaria com os mais influentes protótipos da fórmula germânica (o que seria despiciendo e até poderia merecer aplausos, se não fossem os contra-sensos adiante apontados): a) não permitindo ao titular do direito regressivo, em divergência com os Códigos italiano e francês, a opção entre denunciar simplesmente a lide (sistema latino) ou propor a ação *in eventum* (sistema germânico), segundo a sua conveniência; b) não limitando a demanda incidente às hipóteses de garantia própria, como no modelo italiano, que por isso mesmo reserva a *denunzia di lite* (ou *chiamata in causa*), à maneira romana, para as demais hipóteses de regresso; c) não facultando a separação dos processos principal e subsidiário, com o sobrestamento deste último, se houver dificuldade na instrução simultânea, como no modelo francês (*supra*, §§ 5º., e 6º.)”.<sup>14</sup>

“Causa estranheza, ainda” — acrescenta —, “que o legislador não tenha dedicado uma única palavra à suposta demanda subsidiária que se encontraria encartada no art. 76 do CPC. Só disciplina a aceitação da denúncia, hipótese em que o denunciado assume a posição de litisconsorte (CPC, arts. 74 e 75, I). Se o denunciado silencia ou comparece apenas para negar a qualidade que

lhe é atribuída, diz o Código que cumprirá ao denunciante prosseguir na defesa (CPC, art. 75, II), mas não vai além, como que colocando um ponto final no incidente. **Nihil**, nos dispositivos que regulam a denúncia da lide, sobre o procedimento a adotar diante da resistência do terceiro".<sup>15</sup>

5. Aqui se explica a razão da imagem que tomamos emprestada a MONIZ DE ARAGÃO (nº. 1, *supra*, *in fine*). Se, no campo das nulidades, o sistema do Código de 1939 (que basicamente é o do de 1973) teria sido desvendado pelo ilustre mestre a que ele se refere (cf. nota 1, *supra*), ousamos dizer que o sistema do Código de 1973, quanto ao instituto da **denúncia da lide**, só foi revelado, em seu genuíno significado, pelo preclaro autor cuja lição foi há pouco reproduzida (nº. 4, *supra*). Foi MÍLTON FLAKS, a nosso ver, quem, em sua notável obra, **Denúncia da Lide**,<sup>16</sup> logrou penetrar os segredos de uma das mais enigmáticas seções do Código de Processo Civil, apresentando, com simplicidade, clareza, profundidade e aguda percepção, a chave e os diversos caminhos a seguir para compreendê-la.

Seria difícil (senão impossível), aqui, dadas as limitações deste trabalho, resumir a lição contida nessa monografia. Para que se tenha perfeita compreensão da matéria é preciso percorrê-la de começo a fim, vendo-lhe o desdobramento sistemático, passando pelas origens do instituto e todo o seu desenvolvimento histórico no Direito luso-brasileiro, e o exame dos sistemas alemão, italiano, francês e português, em comparação com o nosso, a revelar-lhe o sentido e as influências sofridas. Sobretudo quando, como no caso, o sistema desvendado difere, em aspectos **fundamentais** — com conseqüências práticas da maior relevância —, daquele apresentado pela **communis opinio doctorum**. Os mais autorizados processualistas pátrios deram contribuições da maior importância, com estudos do maior valor, em exposições eruditas e aprofundadas, que enriqueceram a bibliografia jurídica brasileira sobre o instituto em exame.<sup>17</sup> Contudo, parece-nos que nenhum dos autores que antes versaram o tema, diversamente do que ocorreu com o monografista acima citado, logrou efetivamente compreender, em sua plenitude, a **mens legis** — o sistema que deflui dos arts. 70 a 76 do Código de 1973.

Concordamos com ele quando alvitra: "É de admitir-se, assim, ao menos para argumentar, que talvez tenha havido um erro de perspectiva dos primeiros autores que enfrentaram o tema, ainda sob o impacto da novidade, equívoco esse que acabou influenciando os que lhes seguiram as pegadas e assumindo

foros de autêntico postulado. Para isso contribuíram vários fatores, alguns já aflorados, tais como: a) o hermetismo do Código, fruto de uma técnica legislativa não muito feliz; b) o silêncio da 'Exposição de Motivos', incompreensível em se tratando de modificações tão profundas; c) a natural dificuldade, apesar dos precedentes adiante apontados, em assimilar uma sentença declaratória, dotada de eficácia executiva, e além disso sem prévia lide entre as partes envolvidas (CPC, art. 76); d) a familiaridade e a indiscutível simpatia dos processualistas pátrios pela **chiamata in garanzia** do direito italiano, levando-os a identificar o instituto no primeiro dispositivo que lhes pareceu mais propício".<sup>18</sup>

Tentemos, entretanto, por ser de nosso dever ao escrever um estudo sobre a denúncia da lide em ação de responsabilidade civil movida contra o Estado, compendiar as idéias básicas sobre o sistema adotado pelo Código de Processo Civil, para o instituto em exame — mesmo porque ele é premissa necessária à análise da questão proposta. Façamos uma apreciação em linhas muito gerais; mas repetindo a advertência: dada a complexidade do tema e os variados aspectos que o envolvem, não se poderá obter a convicção do acerto da construção jurídica apresentada — especialmente quando ela contraria a teoria dominante — sem um estudo mais de espaço, sem uma disquisição mais extensa e aprofundada sobre o instituto, como a que se faz no livro referido acima, a que remetemos o leitor.

6. Como demonstra MÍLTON FLAKS, o sistema brasileiro do instituto a que deu o nome de "denúncia da lide" é misto, híbrido, conjugando elementos do sistema romano e do germânico. Não é apenas o do Direito alemão e do Direito português (§§ 72 **usque** 74 da ZPO e arts. 325 a 329 do Cód. de Proc. Civil), da mera **litis denuntiatio** (conquanto o Código lusitano o denomine, como o fazia o nosso Código de 1939, de "chamamento à autoria"); aproxima-se mais dos modelos italiano e francês (tendo sofrido, embora, influências daqueles). Com base nos arts. 32 e 106 do **Codice di procedura civile**, o titular de um direito regressivo, na Itália, tem a seguinte opção: a) a **denunzia di lite** ou **chiamata in causa**, à maneira romana, com o efeito exclusivo de vincular o denunciado à coisa julgada; b) a **chiamata in garanzia**, à maneira germânica, com efeito não só vinculativo mas também indenizatório.<sup>19</sup> E com base, atualmente, no art. 331 do **Code de procédure civile** (de 1975), que manteve no ponto o Direito anterior, o titular do direito regressivo tem, na França, a mesma alternativa, nas hipóteses que admitem a inter-

- (115) – FERNANDO ANDRADE DE OLIVEIRA, *Resp. civ. do Est. p. fatos da Adm. Públ.*, cit. na nota 111, *supra*, p. 318.
- (116) – CAIO TÁCITO, *Tends. ats. s. a resp. civ. do Est.*, cit. na nota 110, *supra* (grifos nossos).
- (117) – *Ato Adm. e Dirs. do Adms.*, cit., p. 172 (nº. 104) (*idem*, *Elementos*, cit., p. 273, nº. 40).
- (118) – *Ibidem*, pp. 171-2 (nº. 102) (*idem*, *ib.*, p. 272, nº. 38).
- (119) – *Comentários à Constituição de 1967 (com a emenda nº. 1, de 1969)*, III, 2ª. ed., Rev. dos Tribs., 1970, pp. 546-7; (grifos nossos). Cf., no mesmo sentido, HELY LOPES MEIRELLES, *Dir. Adm. Bras.*, cit., pp. 623-4.
- (120) – Cf. BÉNOIT, ob. e loc. indicados na nota 107, *supra*.
- (121) – ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1953, nº 885, p. 487 (nºs 892-914, pp. 490-98). Isso já fora aliás registrado, quase com as mesmas palavras, por PAUL DUEZ e GUY DEBEYRE, ao arrolarem, entre os caracteres da *falta do serviço público*, seu caráter geral: “Général, également en ce sens que la théorie de la faute du service public constitue le droit commun de la responsabilité de la puissance publique. Elle reste véritablement la théorie de base malgré les gains de la théorie du risque. Il suffit de considérer les nombreux arrêts que rejettent le pouvoir du demandeur parce que il n’est pas découvert, dans les faits de l’espèce, la faute du service public” (*Traité*, cit., nº. 629, p. 422).
- (122) – *Ibidem*.
- (123) – Nota 2, p. 432: “Ce n’est que très exceptionnellement que le mot *risque* est consacré par les arrêts du Conseil d’État, mais si le mot ne se rencontre pas souvent dans les décisions juridictionnelles, la chose s’y trouve et c’est l’essentiel . . . .”
- (124) – *Traité*, cit., nº. 641, pp. 431-2.
- (125) – *Droit administratif*, 3ª. ed., Dalloz, pp. 253-4 (onde se indica jurisprudência relacionada a cada hipótese). Essa distinção não é feita, v. g., por LAUBADÈRE, que, ao estudar a responsabilidade *por risco*, inclui todas essas hipóteses mencionadas (*Traité*, cit., nºs. 892-914, pp. 490-98). Cf., no mesmo sentido, substancialmente, dos autores acima citados, LOUIS ROLLAND, *Précis de droit administratif*, 10ª. ed., Dalloz, 1953, nºs. 419, 420 e 692, pp. 361-3, 364-5 e 552-3, com indicação da Jurisprudência pertinente às diversas espécies. Cf. nº. 420, p. 364: “Responsabilité sans faute du service public. (*Responsabilité pour risque*). – En principe, l’État n’est responsable que pour faute du service public. Cependant l’exigence sans réserve de la faute du service aurait, dans la pratique, des inconvénients. Il y a des cas où, sans qu’on puisse prouver une faute du service public, et sans qu’il y ait rien a lui reprocher, les particuliers subissent, du fait de son fonctionnement, des dommages considérables. Les priver, dans ce cas, d’indemnité serait contraire à l’équité et au principe de l’égalité devant les charges. . . .” Cf. HELY LOPES MEIRELLES, *Dir. Adm. Bras.*, cit., pp. 624-5.
- (126) – OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, ed. Forense, 1969, p. 487, apud C. A. BANDEIRA DE MELLO, *Elementos*, cit., pp. 267-8 (nº. 30) (*idem*, *Ato Adm. e Dirs. dos Adms.*, p. 166, nº. 94).
- (127) – LOUIS ROLLAND, *Précis*, cit., nº. 419, p. 361.
- (128) – CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Elementos*, cit., p. 268, nºs. 30-31 (cf. *Ato Adm. e Dirs. dos Adms.*, cit., pp. 166-7, nºs. 94-5).
- (129) – STF RDA rec. extr. 35.136; TFR RDA 42/253; RT 220 / 502; TJMT RT 273/698; TJSP RDA 31/288; 40/337; RT 197/168; 202/163; 203/299; 269/263; TASP RT 291/666 (nota 7) (HELY LOPES MEIRELLES, *Dir. Adm. Bras.*, cit., pp. 618-19).
- (130) – Citando DUGUIT, WALINE e EISENMANN, faz LAUBADÈRE a importante observação de que o verdadeiro fundamento da responsabilidade do Estado é

sempre o princípio da *igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos*, sendo a culpa ou risco mera *condição* dessa responsabilidade (*Traité*, cit., nº 882, pp. 486-7): “Não é raro que a culpa” (*faute*) “(ou o risco) sejam qualificados como *fundamento* da responsabilidade da administração. Essa concepção é criticável. A culpa (ou o risco) constituem somente a *condição* exigida, segundo os casos, para que a administração seja obrigada a reparar, mas não o *fundamento filosófico*, vale dizer, a justificação da responsabilidade. Com efeito, em direito administrativo, a culpa não pode jamais ser imputada à administração mesma, que é apenas uma entidade (ou pessoa moral), pelo que seria absurdo pensar que ela pudesse cometer faltas; a falta é sempre o fato de um ou diversos funcionários, conhecidos ou anônimos; assim, sendo a responsabilidade suportada por outro patrimônio que não o do autor mesmo da falta, esta não pode ser considerada como o *fundamento* mas somente a *condição* da responsabilidade. Quanto à idéia de risco, ela implica somente uma correlação, uma relação de causa a efeito e, conseqüentemente, só pode ser, ela também, uma condição, não um fundamento. (V. sobre todos esses pontos Duguit, *Traité D. C.*, III; Waline, *D. A.*, p. 579, 580; e os excelentes desenvolvimentos de Ch. Eisenmann, *op. cit.*) / Na realidade o *fundamento* da responsabilidade da administração se encontra na idéia seguinte: os serviços públicos funcionam no interesse geral da coletividade (coletividade dos cidadãos para os serviços públicos nacionais, dos habitantes da circunscrição para os serviços locais). Aproveitando-se a coletividade das vantagens, se o funcionamento de um serviço público causa um prejuízo especial a um indivíduo é justo que a mesma coletividade suporte o encargo de sua reparação. É a idéia de *igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos*, diretamente contrária à idéia que, primitivamente, fundamentava a irresponsabilidade do Estado, segundo a qual os prejuízos provocados pelos serviços públicos constituem *riscos a correr por cada administrado beneficiário do conjunto dos serviços prestados pelo Estado*. / Como é possível, portanto, dado esse fundamento moderno da responsabilidade administrativa, que coexistam um sistema de responsabilidade por culpa e um sistema de responsabilidade por risco? Porque a idéia enunciada acima deveria logicamente conduzir a uma *responsabilidade por risco generalizada* (cf. Duguit, *op. cit.*). E é fato que a evolução do direito *tendeu e tende* a desenvolver a aplicação do risco administrativo (v., a esse respeito, M. Mignon, *La socialisation du risque*, Dal. 1947, *Chron.*, p. 37, e *La socialisation généralisée de la réparation des conséquences dommageables de l'action administrative*, Dal. 1950, *Chron.* XII, p. 53). / Se a responsabilidade por risco não tem uma abrangência geral em direito administrativo é por *razões práticas de ordem financeira*: o temor de ver os patrimônios administrativos afetados por encargos muito pesados restringe a aplicação da teoria do risco a certos domínios que a jurisprudência lhe tem sucessivamente aberto; para fora deles a exigência da culpa” (*d'une faute*) “como *condição* da responsabilidade permite ao juiz limitar os encargos financeiros das coletividades públicas”. Cf. WALINE, *Traité de droit administratif*, Paris, 1957, nº. 1225, p. 671.

(131) – LAUBADÈRE, *Traité*, cit., nº. 884, p. 487.

(132) – Veja-se que HELY LOPES MEIRELLES (*Dir. Adm. Bras.*, cit., pp. 617-18) escreve: “Nessa tentativa” (de resolver a questão da responsabilidade civil da Administração por “*princípios objetivos*”) “surgiram as teses da *culpa administrativa*, do *risco administrativo* e do *risco integral*, todas elas identificadas no tronco comum da responsabilidade objetiva da Administração Pública”; e logo em seguida diz: “Vejam, em síntese, essas *teorias objetivas*”. No entanto, antes falou “*numa culpa especial do serviço público*”, e adiante no “*binômio falta do serviço-culpa da Administração*”; e que se exige, “também, uma culpa, mas uma culpa especial da Administração, a que se convencionou

chamar de *culpa administrativa*”; e que “ocorrendo qualquer destas hipóteses, presume-se a *culpa administrativa* e surge a obrigação de indenizar”; e, finalmente, que “naquela” (na teoria da culpa administrativa) “a culpa é presumida da falta administrativa; nesta” (na do risco administrativo), “é inferida do fato lesivo da Administração” (grifos do original e nossos).

A contradição é evidente, pois, conquanto fale na exigência de “uma culpa” (embora “uma culpa especial da Administração”) engloba a *culpa administrativa* “no tronco comum da *responsabilidade objetiva da Administração Pública*”, e logo depois se propõe a ver, “em síntese, essas teorias objetivas”. Por outro lado fala em ser a *culpa administrativa* presumida da *falta de serviço*, ou da “falta administrativa” – na verdade a culpa administrativa, no caso, é a própria falta do serviço –, e mesmo em ser “a culpa . . . inferida do fato lesivo”, na teoria do risco. Está, pois, aqui, presumindo a existência de culpa (que seria inferida do próprio fato) na própria *responsabilidade por risco*, que, como modalidade de responsabilidade objetiva é, por definição, *responsabilidade sem culpa*.

- (133) – Cf., p. ex., ORLANDO GOMES, *Obrigações*, 6ª. ed., Forense, 1981, n.º. 216, pp. 372-3.
- (134) – Cf. ORLANDO GOMES, *Obrigações*, cit., n.º. 192, p. 326: “Um dos processos técnicos utilizados para dar maior plasticidade à concepção subjetiva da responsabilidade é o reconhecimento de *presunções de culpa*. Através desse recurso, facilita-se a prova, sem se deslocar o fundamento da responsabilidade. Completa-se, por esse modo, o processo de alargamento iniciado com a apreciação abstrata da culpa. Aceitando-se a idéia de *culpa presumida*, pode-se justificar a aplicação dos preceitos reguladores da responsabilidade extracontratual usando a noção de culpa, mas dispensando sua prova. Admitidas algumas *presunções*, a ação da vítima para obter a indenização é extremamente facilitada”. Cf. Código de Processo Civil, art. 334, IV. CHIOVENDA ensina: “Já explicamos a natureza de tais *presunções* (supra, n.º. 27, B): não são mais que a determinação legal de fatos que devem valer como constitutivos, ou impeditivos ou extintivos do direito *dependente da condição* de não se provar o contrário” (*Instituições*, cit., n.º. 274, II, pp. 374-5). E CARNELUTTI observa que “*presunzione*, infatti, già secondo il valore etimologico, che allude a una conoscenza anticipata e perciò incompiuta, si usa per significare, appunto, una conoscenza approssimativa” (*Diritto e processo*, Nápoles, 1958, n.º. 77, p. 132). Vem a propósito, finalmente, esta observação de WALINE: “Ora, a partir do momento em que se interdita, àquele sobre quem recai uma pretendida *presunção de culpa*, de se livrar dela pela prova contrária, não é preciso mais dizer que ele é responsável por culpa presumida, mas que é responsável sem culpa” (*Traité*, cit., n.º. 1.225, p. 671).
- (135) – Sem embargo dessa observação, é preciso não esquecer que o vocábulo *falta* (do lat. \* *fallita*, fem. de *fallitu*, part. pass de *fallere*, “enganar, faltar”) tem também em português, ao lado dos significados de (1) “ato ou efeito de faltar” e de (2) “ausência”, os de: “5. Culpa, pecado: Deus há de perdoar-lhe as faltas! 6. Erro, engano: É boa obra de pesquisa, mas ressent-se de algumas faltas. 7. Imperfeição, defeito: Tem lá suas faltas, mas não a da deslealdade. 8. Inobservância de preceitos legais e regulamentares, de obrigações contratuais, de deveres sociais de diligência e lealdade, etc. 9. Transgressão das regras de um jogo ou esporte: infração”; e que o adjetivo faltoso qualifica aquele “que cometeu falta; culpado” (AURÉLIO, *Novo Dicionário*, cit.).
- (136) – CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Ato Adm. e Dir. dos Adms.*, cit., pp. 134-5, n.ºs. 30-31; cf. MAZEAUD e MAZEAUD, *Traité théorique e pratique de la responsabilité civile*, 2ª. ed., Paris, 1934, I, n.º. 439: “La faute quasi-délictuelle est une erreur de conduite telle qu’elle n’aurait pas été commise par une personne avisée placée dans les mêmes circonstances externes que l’auteur du dommage”; ORLANDO GOMES, *Obrigações*, cit., n.º. 191,

- pp. 325-6; SÍLVIO RODRIGUES, *Direito Civil*, ed. Saraiva, IV, 1975, n.º 8, pp. 16-18, e n.º 53, pp. 147-50.
- (137) – Cf. os autores citados na nota 136, *supra*, e ROLLAND, *Précis*, cit., n.º 414, p. 361: “Il y a faute du service au cas d’organisation ou de fonctionnement du service défectueux, inférieurs à la moyenne qui peut raisonnablement être exigée” (cf., *supra*, n.º 29, nota 127). Cf. tb. LAUBADÈRE: “La jurisprudence du Conseil d’État a depuis longtemps précisé la notion d’une telle faute, consistant dans la mauvaise organisation ou le fonctionnement défectueux du service, ces notions étant appréciées objectivement par référence à ce que l’on est en droit d’exiger d’un service public moderne, à ce que doit être son comportement normal” (*Traité*, cit., n.º 884, p. 487).
- (138) – PAUL DUEZ e GUY DEBEYRE ponderam, no entanto: “Nem toda falta do serviço ocasiona automaticamente a responsabilidade do poder público: é preciso um certo grau de gravidade da falta. Esse grau de gravidade se aprecia *in concreto*; é questão a ser apreciada em cada espécie. É aqui que se marca particularmente o caráter nuançado da teoria” (*Traité*, cit., n.º 638, p. 427).
- (139) – CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Ato Adm. e Dirs. dos Adms.*, cit., p. 136, n.ºs. 32-3; PAUL DUEZ e GUY DEBEYRE, *Traité*, cit., n.º 628, p. 422; cf. nota 138, *supra*. (A citação feita por C. A. BANDEIRA DE MELLO é da obra indicada no texto.)
- (140) – Parece-nos que se tem de fazer ressalva ao exemplo ministrado por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, a respeito do problema, ao falar genericamente em “casos de acidente de automóveis”, sem especificar situação que envolveria responsabilidade por risco, e, pois, objetiva, de que ele aí trata. (Logo adiante, ao se referir a “veículo militar” parado, parece querer aludir a uma situação especial – *Ato Adm. e Dirs. dos Adms.*, cit., p. 157, n.º 78). É que em casos de acidentes com veículos comuns da Administração ter-se-á responsabilidade por *culpa administrativa*, normalmente na modalidade de culpa individual do motorista funcionário e eventualmente na de falta do serviço (por defeito mecânico do veículo, por exemplo). Vejam-se as ponderações sobre o assunto feitas por FERNANDO ANDRADE DE OLIVEIRA (*Resp. civ. do Est. por fatos da Adm.*, cit., na *Rev. da A. M. P.*, pp. 319-20), em que traz, também, quanto à relação de causalidade, escólio de CRETELLA JÚNIOR (*Tratado de Direito Administrativo*, VIII, 1970, p. 184) afirmando que “se o fato gerador é estranho ao Estado” (entre os quais inclui a “culpa” da vítima), “houve dano, mas não referibilidade ao ente público”. E anotem-se estas importantes observações de BÉNOIT: “Após 1920, o Conselho de Estado teve todavia de fazer face ao mesmo problema que tinham tido de resolver já os tribunais judiciais nos casos dos acidentes causados por automobilistas privados, a saber, a dificuldade para a vítima de fazer a prova da culpa do condutor. Ele o resolveu do mesmo modo, adotando o sistema da responsabilidade presumida” (C. E., 22.12.1924). “A aproximação das jurisprudências administrativa e judiciária levou a tomar consciência do fato que a matéria dos acidentes da circulação constituía um domínio particular no seio do regime da responsabilidade do poder público. De uma parte, porque o problema se apresentava aqui de maneira idêntica em direito público e em direito privado, pois que, na maior parte dos casos, os veículos e agentes administrativos circulam nas vias públicas nas mesmas condições jurídicas que as pessoas privadas. De outra parte, porque a culpa, *condição* da responsabilidade, não correspondia mais aqui à noção própria ao direito público, de mau funcionamento do serviço, mas se confundia puramente e simplesmente com a noção de culpa” (*faute*) “do homem do direito privado” (grifo nosso). Notícia esse autor que o legislador acabou por editar a Lei 57-1.424, de 31 de dezembro de 1957, atribuindo competência aos tribunais judiciais para conhecer de toda ação de responsabilidade dirigida contra as coletividades administrativas em razão de

um dano causado por um veículo” (*Le droit administratif français*, cit., nºs. 1.232-5, pp. 682-3).

- (141) – No sentido do texto é que se devem entender, ao que pensamos, as afirmações de LAUBADÈRE: “Le dommage dû à la force majeure ou à la faute de la victime n’est pas réparable parce que non imputable à l’administration. . . . La faute de la victime exonère ou atténue, selon les cas, la responsabilité de l’administration: C. E. 28 mars 1947, *Sieur Roussele*, p. 143 (resp. partagée)” (*Traité*, cit., nº. 917 bis, p. 499); e de ROLLAND (citando diversos arestos do Conselho de Estado): “La responsabilité de l’État est atténué s’il y a eu faute de la victime (. . .). Elle peut même disparaître (. . .)” (*Précis*, cit., p. 363, no número 419, em que trata justamente da “responsabilidade em caso de falta do serviço público” – grifo nosso).
- (142) – Cf. nota 141 e nota 111, *supra*, em que se examina também o problema do caso fortuito.
- (143) – Lembre-se do passo de LAUBADÈRE, no número em que fala sobre o fundamento da responsabilidade, transcrito na íntegra na nota 130, *supra*: “. . . . En effet, en droit administratif, la faute ne peut jamais être imputée à l’administration elle-même que n’est qu’une entité (ou personne morale) dont il serait absurde de penser qu’elle pût commettre des fautes; la faute est toujours le fait d’un ou plusieurs fonctionnaires, connus ou anonymes . . . .”.
- (144) – Vide trecho ora omitido na nota 137, *supra*.
- (145) – *Traité*, cit., nº. 884, p. 487. Vide o ressalto desse excerto também em CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Ato Adm. e Dirs. dos Adms.*, cit., p. 133 (nº. 29), e *Elementos*, cit., p. 258 (nº. 14).
- (146) – *Précis*, cit., nº. 419, pp. 361-2. (Vide trecho que antecede a esse, definindo a falta de serviço, na nota 137, *supra*.)
- (147) – PONTES DE MIRANDA indica justamente essa hipótese, arrolando-a em primeiro lugar entre outras, como exemplo de aplicação do inciso III do art. 70 do Código (*Comentários ao Código de Processo Civil*, II, 2ª. ed., Forense, 1979, p. 187).
- (148) – Precisamente, nesse sentido, ARRUDA ALVIM, *Código*, cit., p. 263. Esse autor dá como exemplo da hipótese ação proposta contra o Estado por danos decorrentes de incêndio, em que, conquanto tenha havido normal desempenho humano e funcional dos bombeiros, houve manifesta deficiência de equipamento, Cf., porém, nº. 37, *infra*.
- (149) – Cf. ARRUDA ALVIM, *Código*, cit., III, pp. 263-4: “Já, mesmo que a ação seja movida contra o Estado, fundada na responsabilidade objetiva deste, mas, entendendo o Poder Público que existe culpa do funcionário, deverá, então, sob este fundamento, denunciar a lide ao culpado” (p. 263).
- (150) – Cf. MILTON FLAKS, *Den. da Lide*, cit., nº. 149, p. 174. Entre os escritores favoráveis à denúncia podem citar-se PONTES DE MIRANDA, *Comentários*, cit., II, 187; ARRUDA ALVIM, *Código*, cit., III, pp. 262-264; AROLDO PLÍNIO GONÇALVES, *Da Denúnciação da Lide*, cit., pp. 254-5; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Ato Adm. e Dirs. dos Adms.*, cit., pp. 167-169 (nºs. 96-100), esp. p. 169 (nº. 100), e *Elementos*, cit., pp. 268-70 (nºs. 32-6), esp. p. 270 (nº. 36); e, contrários, HELY LOPES MEIRELLES, *Dir. Adm. Bras.*, cit., p. 627; SYDNEY SANCHES, *Denúnciação da Lide*, cit., nº. 7.6., pp. 118-25, esp. pp. 121-2.

Quanto à jurisprudência, veja-se farta citação, de acórdãos em ambos os sentidos, feita por MILTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., nº. 149, nota 2, pp. 174-5, e no Apêndice II (com transcrição das ementas respectivas), pp. 315-18; e a , também farta, coligida por SYDNEY SANCHES, *Denúnciação da Lide*, cit., nº. 7.7, pp. 125-41 (com anotações).

Como amostra da jurisprudência favorável à denúncia colha-se, da resenha feita por MILTON FLAKS, este acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 5ª. Câmara Cível, relatado por BARBOSA MOREIRA: “No proces-

- so em que se pleiteia da pessoa jurídica de direito público o ressarcimento de dano *causado por funcionário*, cabe a denúncia da lide a este, como forma de exercício da ação regressiva fundada em sua culpa” (Ap. Cív. 8.995, ac. de 23.10.79, DJ 5.11.79; ob. cit., p. 317; grifo nosso). E da jurisprudência contrária este outro, do Supremo Tribunal Federal, 2ª. Turma, de que foi relator o Ministro DÉCIO MIRANDA: “Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Seus pressupostos. Processual Civil. A ação de indenização, fundada em *responsabilidade objetiva do Estado, por ato de funcionário* (Constituição, art. 107 e parágrafo único), não comporta *obrigatória* denúncia a este, na forma do art. 70, III, do Cód. de Proc. Civil, para apuração de culpa, desnecessária à satisfação do prejudicado” (RE 93.880, ac. de 1.12.81, RTJ 100/1.352; ob. cit., nº. 149, p. 175, e p. 315; grifos nossos).
- (151) – O grande mestre distingue, como se viu anteriormente (*supra*, nº. 4, nota 14), “entre a *verdadeira e própria garantia* e certas formas espúrias dela (*garantia imprópria* ou *aparente*), que a prática tende a confundir com frequência”; e diz que “o índice diferencial da garantia (*verdadeira e própria*) consiste na *dependência da obrigação do garante da obrigação do garantido*, de tal modo que a vitória deste contra o terceiro exclua a sucumbência do garante” (*Sistema di diritto processuale civile*, cit., nº. 377, c, pp. 941-2). É preciso, porém, não confundir a distinção entre *garantia própria e imprópria* com aquela entre *garantia formal* (que resulta da transferência de um direito: alienação, locação, cessão de crédito) e *garantia simples* (ocorrente nas demais hipóteses de direito regressivo previstas em lei ou contrato: obrigações solidárias, ação contra o preponente por culpa do preposto etc.) (cf. MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., nº. 20, p. 21; SERGIO COSTA, *Manuale di diritto processuale civile*, 4ª. ed., Turim, 1973, nº. 140, p. 192-3; CHIOVENDA, *Instituições*, nº. 222, II, p. 250; LIEBMAN, *Manuale*, cit., nº. 88, d, p. 156 (cf. *Manual*, cit., nº. 88, d, p. 198)).
- (152) – Cf. MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., nºs. 21-2, pp. 22-3.
- (153) – Cf. MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit. nº. 22, pp. 23-4; *supra*, nº. 9 e nota 29. Interessante registrar aqui a observação de WALINE: “Ainsi, la théorie administrative de la responsabilité des personnes de droit public est en réalité assez proche de la théorie civiliste de la responsabilité du commettant pour les actes dommageables de ses préposés” (*Traité*, cit., nº. 1.225, p. 672).
- (154) – Cf. ressalva feita no final da nota 148, *supra*.
- (155) – Nesse sentido, exatamente, ARRUDA ALVIM, *Código*, cit., pp. 262-4: “Se a ação foi movida contra o Estado considerada sua *responsabilidade objetiva*, em tendo havido denúncia da lide, calcada na culpa do funcionário, se o juiz der pela procedência da ação, sob o fundamento pedido, deverá, então, examinar se existe a *culpa do funcionário*, para só nesta hipótese, dar pela procedência da ação contra este” (grifos nossos). “Se a ação tiver sido movida contra o Estado, fundada na chamada *culpa do serviço*, como no exemplo acima aludido, e se tiver havido *denúnciação da lide*, será procedente a ação contra o Estado, desde que comprovada a culpa do serviço. Para que o seja, entretanto, *procedente também contra o funcionário*, há que se comprovar especificamente a *culpa do funcionário*, inconfundível com a chamada *culpa do serviço*” (grifos do original; p. 264). Devemos ressaltar, entretanto, que, conforme anteriormente referimos, esse autor, acompanhando a doutrina dominante, entende que sempre há *ação de garantia* (= de regresso) incluída na denúncia da lide (ao contrário do que se sustenta neste trabalho); e, de outro lado, o que diremos adiante (*infra*, nº. 38) sobre a *proponibilidade* da ação de regresso, pelo Estado, antes de transitar em julgado a sentença que o condene na ação indenizatória promovida pelo lesado.
- (156) – “A Constituição vigente usou do termo *funcionário* (art. 107 e parágrafo único) no sentido genérico de servidor público, abrangendo, para fins de responsabilidade civil, todas as pessoas incumbidas da realização de algum serviço públi-

co, em caráter permanente ou transitório (STF RDA 13/123; TJSP RDA 33/84 e 45/348, RT 203/299, 227/203, 268/377 e 334/464). O essencial é que o agente da Administração haja praticado o ato ou a omissão administrativa no exercício de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las. Para a vítima é indiferente o título pelo qual o causador direto do dano esteja vinculado à Administração; o necessário é que se encontre a serviço do Poder Público, embora atue fora ou além de sua competência administrativa” (HELY LOPES MEIRELLES, *Dr. Adm. Bras.*, cit., p. 622; cf., no mesmo sentido, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Ato Adm. e Dir. dos Adms.*, cit., pp. 163-4, n.º. 90). Cf. o sentido amplo do conceito de *funcionário público* do art. 327 do Código Penal; e do art. 1.º, parágrafo único, da Lei n.º. 4.619, de 28 de abril de 1965, que “dispõe sobre a ação regressiva da União contra seus agentes” (e sobre a qual falaremos adiante – *infra*, n.º. 38): “**Considera-se funcionário, para os efeitos desta lei, qualquer pessoa investida de função pública, na esfera administrativa, seja qual for a forma de investidura ou a natureza da função**”.

- (157) – *Denúnciação da Lide*, cit., n.º. 150, p. 175. Assim no Estado do Paraná: Lei n.º. 6.174, de 16 de novembro de 1970, art. 287, § 2.º..
- (158) – MILTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., n.º. 150, p. 175 (cf. n.º. 40, *in fine*, nota 164, *infra*).
- (159) – *Código*, cit., p. 262. Lembre-se que, como advertimos no n.º. 2, *supra*, de acordo com o art. 3.º. da mesma lei “a não obediência, por ação ou omissão, ao disposto nesta lei, apurada em processo regular, constitui falta de exaço no cumprimento do dever”.
- (160) – Veja-se este trecho da 2.ª. edição do *Manuale* de LIEBMAN (suprimido das 3.ª. e 4.ª. edições), incluído na tradução brasileira por DINAMARCO, pelas razões expostas em sua nota 106 (*Manual*, n.º. 74, nota 106, p. 161): “Além disso, em determinadas categorias de lides a lei estabelece motivos de inadmissibilidade do pedido, que se convertem em *denegação de ação* (ao menos temporariamente), ou na subordinação desta a uma determinada prestação prévia: assim, a proibição da ação petitória enquanto pende o processo possessório (c.p.c., art. 705) / (v. CPC, art. 923, com a importante modificação trazida pela lei n.º. 6.820 de 16.9.80) / (C.R.D.)” Podemos dizer que aqui ocorre exatamente isso: sendo inadmissível a demanda regressiva antes de “transitar em julgado a decisão de última instância que houver condenado a Fazenda” (*Estatuto*, art. 197, § 2.º.), haverá “denegação de ação” até que se satisfaça aquele requisito. Ou, em outras palavras: faltará uma condição (especial) da ação regressiva; haverá carência (temporária) dela.
- (161) – Cf. LIEBMAN, *Manual*, cit., n.º. 74, p. 155 (*Manuale*, cit., 3.ª. ed., 1973, n.º. 74, p. 122): “Seria uma inutilidade proceder ao exame do pedido para conceder (ou negar) o provimento postulado, quando na situação de fato apresentada não se encontrasse afirmada uma lesão ao direito ou interesse que se ostenta perante a parte contrária, ou quando os efeitos jurídicos que se esperam do provimento já tivessem sido obtidos, ou ainda quando o provimento pedido fosse em si mesmo inadequado ou inidôneo a remover a lesão, ou, finalmente, quando ele não pudesse ser proferido, porque não admitido pela lei (p. ex., a prisão por dívidas)” (grifo nosso). Tendo LIEBMAN suprimido, na 3.ª. edição do *Manuale* (acima indicada), a *possibilidade jurídica* como uma das condições genéricas da ação, reduzindo-as a apenas duas, adverte CÂNDIDO R. DINAMARCO: “Anotese que, na 3.ª. e na 4.ª. edições, os casos de provimento jurisdicional ‘não admitido pela lei’ (v. g., prisão por débitos) passam a ser encarados como de ausência de *interesse de agir*, quando era justamente ali que residia, para LIEBMAN, a impossibilidade jurídica” (*Manual*, cit., n.º. 74, nota 106, p. 161; grifos do original).
- (162) – Na mesma nota referida na nota 161, *supra*, DINAMARCO observa: “Apesar de controvertido o conceito dessa condição da ação suprimida da obra do nos-

so autor e apesar de polêmica a própria existência dessa condição, perante o direito positivo permanece o interesse no assunto, em face da adesão dada pelo Código à teoria aqui referida”.

ARRUDA ALVIM usa dessa condição para resolver outra hipótese, que não a analisada no texto: “É certo que, se o Estado, acionado, vier a denunciar a lide ao funcionário, há de alegar sempre a culpa ou dolo deste; caso contrário, faltará *possibilidade jurídica* à ação regressiva” (Código, cit., p. 262; grifo nosso). Não nos parece, entretanto, que aí se trate realmente de caso de impossibilidade jurídica da ação. A questão se resolverá, a nosso ver, ou com a *inépcia da petição inicial, por falta de causa de pedir*, ou com a *improcedência* do pedido. Se o Estado não alegou, como fundamento do pedido, nem o dolo ou a culpa do funcionário nem qualquer outra *causa petendi* (como, por exemplo, que ele é solidária e objetivamente responsável), a petição será inepta por “*lhe faltar . . . causa de pedir*” (Cód. de Proc. Civil, art. 295, I, e parágrafo único, I), e deverá ser liminarmente indeferida. (A impossibilidade jurídica também é causa de inépcia da inicial e conseqüente indeferimento: art. 295, I, e parágrafo único, III.) Se, porém, o Estado não alegou dolo ou culpa de seu agente, mas *alegou* que ele é responsável objetivamente pelo ressarcimento ao mesmo Estado, o julgamento da questão far-se-á apreciando o *mérito* da causa, ainda que se trate de matéria puramente de direito: de acordo com o art. 107 da Constituição o Estado só tem direito ao ressarcimento de parte de seu funcionário, só tem direito de regresso, se este tiver agido com culpa (*lato sensu*). A questão, portanto, não é *processual*, mas de direito material: antes de não ter *ação* de regresso, o Estado não tem o próprio *direito* de regresso. Por isso, o pedido deverá ser julgado *improcedente*, em julgamento antecipado da lide, de acordo com o art. 330, I, do Código de Processo Civil: “O juiz conhecerá diretamente *do pedido*, proferindo sentença: I – quando a questão de mérito for unicamente de direito . . .” No caso, a questão será só de direito porque não haverá dúvida sobre o fato básico: foi o próprio autor (o Estado) que *não afirmou* que o réu (o funcionário) agiu com dolo ou culpa; e assim, consoante a lei constitucional, não há direito regressivo.

- (163) – Consoante declarou o Supremo Tribunal Federal, “a **prova do dano emergente e do lucro cessante deve ser feita na fase de conhecimento, sob pena de improcedência da ação, remetendo-se para o juízo da execução unicamente a apuração do respectivo quantum.** (RTJ105/1.289). Neste sentido: RT 527/89; TJSP-3ª. Câm. Civ., AC 25.888-1-SP, rel. Des. Yussef Cahali, j. 17.5.83, v. u.” (THEOTÔNIO NEGRÃO, *Código*, cit., nota 3 ao art. 461, p. 169).
- (164) – *Denúnciação da Lide*, cit., n.º. 150, p. 175 (cf. n.º. 38, nota 158, *supra*).
- (165) – *Denúnciação da Lide*, cit., § 33, n.ºs. 148-50, pp. 173-6.
- (166) – Ob. e loc. cit. na nota anterior. Cf., *supra*, n.º. 10, *in fine*, nota 38, onde se faz remissão ao n.º. 225, p. 243, da obra citada.
- (167) – MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., n.ºs. 155-62, pp. 180-85, esp. n.º. 160, pp. 183-4. Esse autor faz, aí, o rol dos processualistas que têm esse entendimento, e de alguns para os quais “o legislador *minus dixit quam voluit*, e que estendem, mediante interpretação analógica, também aos incisos II e III do art. 70 do CPC, a pena consignada no inciso I” (n.º. 159, p. 183). Cf. tb. amplo estudo a respeito, com análise da doutrina e citação da jurisprudência, em SYDNEY SANCHES, *Denúnciação da Lide*, cit., cap. 4, pp. 45-67.
- (168) – Cf. MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., n.º. 160, p. 184.
- (169) – *Ibidem*, n.º. 160, p. 184.
- (170) – *Ibidem*, n.º. 156, pp. 180-81.
- (171) – Cf. MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., n.º. 162, p. 185, e Apêndice II, pp. 307-11.

venção forçada (**mise en cause**): a) "denunciar simplesmente a lide (**assignation en déclaration de jugement commun**), de modo a assegurar-se de que a sentença seja oponível ao terceiro, inclusive em eventual ação autônoma de regresso; b) ou fazer acompanhar a denúncia, desde logo, de uma ação incidente e subsidiária (**demande incidente en garantie**), proposta em face do denunciado, visando a obter que a mesma sentença já o condene a ressarcir-lhe os prejuízos que resultarem de uma ocasional sucumbência".<sup>20</sup>

Mas o Direito brasileiro tem uma singularidade, que o distingue de todos esses outros sistemas:<sup>21</sup> é que, feita a denúncia da lide, mesmo não sendo ela cumulada com a ação de garantia, se o denunciado reconhecer sua responsabilidade ("aceitar" a denúncia, nos termos do art. 75, I, do Cód. de Proc. Civil, ou "comparecer", nos termos do art. 74), a sentença que julgar vencido o denunciante (autor ou réu) "declarará" (nos termos do art. 76, ou "reconhecerá", como constava do Anteprojeto, art. 85) essa responsabilidade do denunciado (já reconhecida espontaneamente) para com ele. Se denunciante for o réu, a mesma sentença, condenando-o à prestação devida ao autor (da ação reivindicatória, possessória, indenizatória), condenará solidariamente o denunciado — que, "aceitando" a denúncia (e, com isso, reconhecendo sua responsabilidade em caso de ser o denunciante vencido), tornou-se **litisconsorte** do denunciante (art. 75, I) (sendo o litisconsórcio, no caso, unitário).<sup>22</sup>

Assim, o denunciante não tem necessidade de propor, sempre, com a denúncia da lide, a ação de garantia. (Anote-se que a simples denúncia independe de formalidades especiais, enquanto que a demanda incidente de garantia, como ação que é, deve ser proposta através de petição inicial — ainda que reunida materialmente à petição inicial da ação principal, se o denunciante for autor, ou à contestação, se for réu, embora aconselhável que se faça em separado — com os requisitos desta (arts. 282, 276), a exemplo do que ocorre no Direito italiano (**Codice**, art. 269) e no Direito francês (**Code**, art. 68).<sup>23</sup> Fica a seu critério fazer a cumulação ou não; e deverá fazê-la se quiser obter desde logo, na hipótese de o denunciado não reconhecer sua responsabilidade eventual ("comparecendo", nos termos do art. 74, ou "aceitando" a denúncia, nos termos do art. 75, I), a **condenação simultânea** dele (art. 76).<sup>24</sup>

7. Se não fizer tal cumulação, entretanto, nada o impedirá de propor autonomamente, após ser condenado (se réu) ou ter

julgado improcedente o pedido (se autor; por exemplo, na ação reivindicatória promovida contra o possuidor da coisa adquirida), tendo sofrido assim a evicção ou o prejuízo (art. 70, I e III, e 76), a ação regressiva contra o alienante, o possuidor indireto ou o autor do dano, para haver dele o ressarcimento. Nem é obstáculo a isso a "obrigatoriedade" da denúncia (art. 70, **caput**) (na verdade, **ônus** e não obrigação é que aí existe): essa, a **denúncia da lide**, foi feita; somente a **ação de garantia** (art. 109) é que não foi a ela cumulada, tendo sido deixada para ser proposta autonomamente, se o denunciado não reconhecesse sua responsabilidade eventual. Assim, mesmo na hipótese de evicção, em que a doutrina unânime reconhece que há perda do direito indenizatório se a denúncia não for feita (pela conjugação do art. 70, I, parte final, do Cód. de Proc. Civil, com o art. 1.116 do Cód. Civil), não haveria essa consequência. O que a lei tem em vista é exigir que se **dê conhecimento** ao terceiro eventualmente responsável (denúncia) do processo (da lide), para que ele possa, a seu alvedrio e a seu risco, nele intervir ("comparecer"), colocando-se como litisconsorte ao lado do autor (art. 74) ou do réu (art. 75, I) denunciante, para, coadjuvando-o, litigar contra o adversário feito comum; procurando evitar, assim, com meios de ataque ou de defesa de que o denunciante poderia não dispor, que este seja vencido na causa, trazendo-lhe como consequência a responsabilidade de indenizá-lo. (Anotese mais uma vez que o "comparecimento", nos termos do art. 74, ou a "aceitação" da denúncia, nos termos do art. 75, I, implica na aceitação da "qualidade que lhe foi atribuída" — art. 75, II —, ou seja, no reconhecimento, por parte do denunciado, de sua responsabilidade eventual; tanto assim que, na sistemática da lei, ele se põe no processo ao lado do autor ou do réu denunciante, em litisconsórcio unitário.)

Basta, portanto, que o autor ou o réu (conforme o caso) faça a denúncia da lide ao terceiro para que o vincule à coisa julgada produzida com a sentença que a julgar, compareça ou não. Se comparecer tornar-se-á parte (litisconsorte — arts. 74 e 75, I); se não comparecer ("for revel"), ou "comparecer apenas para negar a qualidade que lhe foi atribuída" (art. 75, II), será **terceiro sujeito à decisão**, na lição de CHIOVENDA a respeito da denúncia simples no Direito italiano (**denunzia di lite** ou **chiamata in causa**), aplicável ao nosso.<sup>25</sup>

E, assim, vinculado o terceiro à decisão, poderá o titular do direito de regresso propor contra ele, oportunamente (já com

a certeza do **pressuposto** da procedência da ação regressiva, resultante de sua sucumbência na causa em que ocorreu a denúncia), a ação de indenização. Face a essa vinculação — pois o terceiro compareceu e alegou tudo o que podia alegar para a vitória do denunciante (que será também sua), ou, se não o fez, foi porque resolveu sujeitar-se ao risco da sentença desfavorável —, não poderá ele pretender, nesse segundo processo, discutir novamente a matéria decidida no primeiro (não poderá, por exemplo, tentar provar que a propriedade da coisa era mesmo sua, no caso de evicção do denunciante a quem ele a vendera; ou que não houve o dano reconhecido naquela sentença, ou o seu valor nela estabelecido; ou que houve culpa exclusiva da vítima, quando ela foi excluída na mesma sentença). Poderá unicamente discutir matéria concernente à **relação de garantia** (formal ou simples), **não discutida** no processo anterior (por exemplo, que o contrato excluiu a garantia da evicção, e que o adquirente soube do risco dela e o assumiu — Cód. Civil, art. 1.108, combinado com o art. 1.107, parág. único; que não teve nenhuma participação na causação do dano à vítima). Pode alegar, enfim, aquilo que seria fundamento para “negar a qualidade” (de garante ou de responsável pela indenização) “que lhe foi atribuída” (art. 75, II), para negar a relação de regresso.

8. A escolha entre propor a ação de regresso incidentemente, para que ela se processe paralelamente à ação principal (quando se caracterizará por ser **secundum eventum litis**), ou fazer apenas a denúncia da lide (caso em que o denunciado poderá, espontaneamente, reconhecer sua responsabilidade eventual, “comparecendo” como litisconsorte — arts. 74 e 75, I — e dispensando o denunciante de propor a ação regressiva, pela incidência do art. 76), é reservada inteiramente ao titular do direito de regresso, segundo sua conveniência. Não há, efetivamente, nenhuma razão relevante para se exigir que a denúncia da lide contenha sempre, necessariamente, a ação de garantia; e nem se pode deduzir essa exigência de nenhum dos artigos (70 a 76) do Código. Não se pode extraí-la do art. 76; este apenas diz que “a sentença, que julgar procedente a ação” (**rectius**: a sentença em que o denunciante for vencido), “declarará, **conforme o caso**, o direito do evicto, ou a responsabilidade por perdas e danos, valendo como título executivo”.

“Declarará, conforme o caso . . .”: tal ressalva não é “simples redundância ou defeito de estilo”; significa que o reconhe-

cimento, pelo juiz, do “direito do evicto” ou da “responsabilidade por perdas e danos”, a que ficará sujeito o denunciado, será feito ou não: a) “conforme a ação seja ou não meramente declaratória, uma vez que, se for de acerto, o prejuízo do denunciante só se materializará **se e quando** o vencedor do litígio utilizar-se do preceito”; b) “conforme a denúncia objetive o exercício de um direito de regresso ou simplesmente resguardar o denunciante de possível ação regressiva do terceiro ao qual a lide não for denunciada (*supra*, nº. 80)”<sup>26</sup> (hipótese do art. 70, II); c) conforme o denunciado tenha reconhecido espontaneamente sua eventual responsabilidade, ao ser-lhe denunciada a lide (denúncia simples), comparecendo como litisconsorte do denunciante (arts. 74 e 75, I), ou não; d) conforme, não tendo o denunciado “aceitado” a denúncia (art. 75, I), a conclusão a que chegou o juiz quanto a essa responsabilidade — desde que, neste caso, tenha sido proposta cumulativamente a ação incidente de garantia.

Ao contrário, não só nenhum dos artigos do Código que disciplinam especialmente a denúncia da lide exige que ela se faça com imediata propositura de ação de garantia, como o art. 109 está a mostrar que elas são coisas diferentes, sendo a segunda um **plus** em relação à primeira, ao estatuir: “O juiz da causa principal é também competente para a reconvenção, a ação declaratória incidente, as **ações de garantia** e outras que respeitam ao terceiro interveniente”. Se se tratasse de uma só e mesma coisa (isto é, se a “ação de garantia” estivesse sempre compreendida na denúncia da lide), por que falar-se aí em “ações de garantia” ao invés de utilizar-se a denominação oficial adotada pelo Código para esse tipo de intervenção de terceiro?

9. Aliás, “ao invés do geralmente suposto e aceito” praticamente pela “unanimidade dos intérpretes”, a “autorização para a propositura da ação **in eventum** se encontra no art. 109 do CPC, que disciplina a competência, e não no art. 76”, como adverte MÍLTON FLAKS,<sup>27</sup> ao esclarecer que a possibilidade de cumulação da denúncia da lide com a ação de garantia, como opção a critério do denunciante, foi inspirada ao legislador brasileiro pelo Direito italiano, em que a principal **sedes materiae** da **chiamata in garanzia** encontra-se no art. 32 do **Codice di procedura civile**, que também cuida da competência.<sup>28</sup> E lembra a lição de CHIOVENDA, em sincronia com as de LIEBMAN e CALAMANDREI, segundo a qual “a parte que, no caso de perder, tem ação de regresso contra terceiro, pode denunciar-lhe a lide, para dar-

lhe meio de intervir e coadjuvá-la em sua defesa, a fim de evitar a exceção de defesa negligente no processo posterior"; e que é assim complementada: "Quando ao chamamento do terceiro, contra quem a parte que chama dispõe de ação de regresso, se alia a propositura *in eventum* de tal ação na mesma lide, temos a chamada em garantia".<sup>29</sup>

Pode-se dizer que essa doutrina está consubstanciada em "dois lacônicos dispositivos do Código italiano":

"Art. 32. (Causas de garantia) — A demanda de garantia pode ser proposta ao juiz competente para a causa principal a fim de que seja decidida no mesmo processo, ainda que exceda a sua competência por valor."

"Art. 106. (Intervenção a pedido da parte) — Qualquer das partes pode chamar ao processo um terceiro ao qual entende comum a causa ou pelo qual pretende estar garantida."

"Da conjugação do art. 32 com a parte final do art. 106" — conclui MÍLTON FLAKS — resulta "a germânica *chiamata in garanzia*; da primeira parte do art. 106, a latina *denunzia di lite*".<sup>30</sup>

10. O denunciado, "comparecendo", torna-se, como já visto, litisconsorte do denunciante (arts. 74 e 75, I). Além de litisconsorte, deve ser considerado **substituto processual** do segundo,<sup>31</sup> pois, embora atuando no processo em seu próprio nome e em seu próprio **interesse jurídico** (a vitória do denunciante na lide, para que ele não seja obrigado, regressivamente, a indenizá-lo), não o faz defendendo direito próprio, mas do denunciante.

Se, ao revés, não "aceitar" a denúncia (art. 75, I), isto é, se não comparecer ("for revel") ou "comparecer apenas para negar a qualidade que lhe foi atribuída" (art. 75, II), sofrerá as conseqüências jurídicas dessa sua atitude.<sup>32</sup> Essas conseqüências não serão, porém, o "efeito da revelia" (art. 320, *caput*) previsto no art. 319 do Código de Processo Civil. Este só ocorrerá na ação de garantia, se ela tiver sido cumulada à denúncia da lide; e a hipótese que ora estamos examinando é a de denúncia simples. A expressão "for revel" (art. 75, II) não é feliz: revelia, aqui, significa simplesmente "não-comparecimento", contrapondo-se ao "comparecimento" previsto no art. 74 e equivalendo ao comparecimento "apenas para negar a qualidade" atribuída ao denunciado.

Feita a denúncia pelo autor, o denunciado é citado não para **contestar** algum pedido, mas para **aditar** a petição inicial da ação por aquele proposta; feita pelo réu, ele é citado para contes-

tar o pedido do **adversário comum** (arts. 74 e 75, I, respectivamente).

É preciso lembrar que **citação**, de acordo com o texto corrigido do art. 213 do Código de Processo Civil (com a redação dada pela Lei nº. 5.925, de 1973), não é sempre, necessariamente, o ato de "instaurar uma lide", mas também o que se presta a chamar alguém a Juízo a fim de defender presumíveis interesses, como no caso da citação de herdeiros, da Fazenda Pública, do Ministério Público e demais interessados no processo de inventário, determinada pelo art. 999 do Código.<sup>33</sup> Assim, inexistindo lide entre o requerente e o citado, a revelia não significa necessariamente a admissão como verdadeiros dos fatos por aquele alegados, podendo traduzir simples desinteresse pelo processo. "Como notou Barbosa Moreira, 'o Código adota uma determinada definição, e não se mantém fiel a ela', o que lhe parece 'de extrema gravidade, pelos equívocos que pode gerar' (**Estudos**, p. 38)".<sup>34</sup>

Pode o denunciado recusar a qualidade que lhe é atribuída pelo denunciante, portanto, simplesmente silenciando ("não comparecendo" ou "sendo revel", nas expressões imperfeitas do Código), ou comparecendo "apenas para negar" tal qualidade. Nesse caso o litisconsórcio não se forma (o que só ocorre quando há aceitação da responsabilidade eventual pelo denunciado), e ao denunciante cumpre "prosseguir na defesa até final" (art. 75, II). É de observar-se, com MÍLTON FLAKS, que se o denunciado se tornasse litisconsorte independentemente ou até contra a sua vontade, como sustentam alguns intérpretes da lei, o comando contido na parte final do inciso II do art. 75 perdeira qualquer sentido lógico.

"Como sucedia no regime anterior (cf. Araújo Cintra, **Do Chamamento**, p. 160), se o denunciado comparece apenas para negar a qualidade que lhe é atribuída, os fundamentos de sua impugnação não serão examinados pelo juiz. O único efeito da recusa é mantê-lo afastado do processo, conquanto sujeito ao decisório. Isto porque a denúncia pura e simples da lide (ressalvada a cumulação com uma demanda incidente, hipótese adiante versada) não conduz" à inserção<sup>35</sup> "automática de um povo litígio: as relações de direito material entre denunciante e denunciado só poderão ser questionadas, oportunamente, em posterior e eventual demanda regressiva. Compreende-se, assim, que o art. 70, III, do CPC, tenha aludido à 'ação regressiva', admitindo implicitamente que o denunciante possa postular, em subse-

qüente processo autônomo, a composição dos prejuízos resultantes da sucumbência".<sup>36</sup>

Assim, como se viu acima, o Código de Processo Civil equiparou a omissão do denunciado à negação expressa de sua responsabilidade eventual (da "qualidade que lhe atribui" o denunciante), como resulta de uma interpretação sistemática dos arts. 74 e 75, II. Nesse passo, como anota MÍLTON FLAKS, manteve fidelidade ao Direito anterior e aderiu ao modelo alemão, e afastou-se do modelo português, em que o silêncio do denunciado equivale à aceitação do chamamento (Cód. de Proc. Civil português, art. 328).<sup>37</sup>

Partindo do pressuposto de que o denunciante pode não querer utilizar a ação de garantia incidentemente, reservando-se para propor a ação de regresso **se e quando** for vencido, o legislador equiparou o silêncio do denunciado à não-aceitação expressa da denúncia, por razões de ordem prática. Assim, se quiser negar sua responsabilidade eventual não precisará constituir advogado e fazer despesas, bastando manter-se inerte. Por outro lado, se deduzir as razões de sua recusa, poderá convencer o denunciante a não propor a futura ação regressiva.<sup>38</sup>

11. Quais serão, pois, as conseqüências jurídicas da não-aceitação da denúncia pelo denunciado, a que aludimos no início do número anterior?

a) O denunciado, nesse caso (negando expressamente a qualidade que lhe foi atribuída ou, simplesmente, abstendo-se), **fica afastado do processo**. Assim, não pode fiscalizar a atuação do denunciante, não podendo sequer ingressar no feito como **assistente**, posteriormente, para isso, por uma razão lógica: se negou a qualidade que lhe era atribuída, se não reconheceu sua responsabilidade eventual (em caso de o denunciante ser vencido), tal atitude demonstrou não ter ele **interesse jurídico** (embora possa ter **de fato**) no resultado do processo que justifique sua intervenção (art. 51). (É claro, entretanto, que poderá intervir como assistente se a denúncia não lhe foi feita, e, nesse caso, poderá incidir o art. 55 do Código de Processo Civil (correspondente, substancialmente, ao § 68 da **Zivilprozessordnung**), com a limitação à extensão subjetiva dos efeitos da coisa julgada.)

b) O denunciado, nessa situação, **fica vinculado à sentença** (como fica também, evidentemente, no caso de aceitar a denúncia, pois aí é litisconsorte), embora tenha ficado alheio ao processo, como **terceiro sujeito à decisão**, na lição de CHIOVENDA (cf. nº. 7 e nota 25, *supra*). Destarte, sendo atingido pelos efeitos

da *res iudicata*, não poderá, na posterior demanda de regresso, alegar a injustiça da decisão (*exceptio male iudicati processus*) — como não poderia também se tivesse participado do processo — ou a defesa negligente do denunciante (*exceptio male gesti processus*) — que igualmente não poderia alegar se tivesse “comparecido” (pois a denúncia lhe foi feita *ab ovo* e ele se teria tornado litisconsorte do denunciante, com os poderes processuais inerentes a essa condição — cf. arts. 71, 74 e 75, I, em comparação com o aludido art. 55).<sup>39</sup>

No exemplo ministrado por SCHONKE<sup>40</sup> e referido por MÍLTON FLAKS,<sup>41</sup> do comprador que denuncia a lide a quem lhe vendeu a coisa defeituosa, na ação que lhe move aquele que dele a adquiriu, o denunciado, vinculado à coisa julgada, não poderá, em posterior demanda regressiva, alegar quer a injustiça da decisão quer defesa negligente (mesmo que o denunciante tenha reconhecido a procedência do pedido, para não protelar o início da ação ressarcitória); assim, não poderá questionar a existência do defeito ou o montante do dano. Somente poderá ter êxito em sua defesa se provar fatos concernentes à relação de garantia alegada pelo denunciante, que o isentam de responsabilidade (fatos esses não discutidos na ação em que houve a denúncia) (p. ex., não ter sido ele quem vendeu a coisa, ou que o contrato o dispensava de responder por vícios ocultos). Se o litígio versou sobre a posse de coisa e o denunciado negou ser possuidor indireto não poderá, ao ser demandado pelo possuidor direto para indenizá-lo, propor nova ação contra o adversário deste, que foi vitorioso, para reintegrar-se na mesma posse; vencido o denunciante em ação reivindicatória, será vã sua alegação da legitimidade da transferência; condenado o denunciante a compor danos por ele provocados, não será admitida a prova que pretenda fazer da licitude de seu ato, ou a discussão sobre o valor do prejuízo. Só lhe será útil, nesses casos, alegar e provar: que não era possuidor indireto; que não está obrigado pela evicção; que não teve nenhuma participação no fato causador do dano.<sup>42</sup>

É verdade que, como acima dito, o denunciado que aceita a denúncia e se torna litisconsorte já no início do processo (art. 71, 74 e 75, I) também, por isso mesmo, uma vez transitada em julgado a sentença, não pode alegar mais a injustiça desta ou a defesa negligente do denunciante. Aliás, nesse caso, não haverá necessidade de ação regressiva, pela incidência do art. 76 do Código de Processo Civil. Mas, durante o processo ele fiscaliza

a atuação do denunciante; e, como o litisconsórcio formado é **unitário**, essa sua participação no processo impede que o denunciante possa praticar atos de disposição do direito material (renúncia ao direito, reconhecimento do pedido, transação), ou mesmo do direito processual (renúncia a recursos ou desistência deles, compromisso arbitral etc.), sem sua aquiescência. Tais atos serão **ineficazes**, para **ambos** (denunciante e denunciado), se não resultarem de sua vontade comum<sup>43</sup> (cf. art. 75, III).<sup>44</sup>

Por outro lado, como há pouco dissemos, o denunciado que não aceita a denúncia não terá admitida, na ação regressiva posterior que lhe mova o denunciante, a **exceptio male gesti processus**, "mesmo que o denunciante tenha reconhecido a procedência do pedido"; assim também, mesmo que não tenha recorrido da sentença. De fato, como argutamente observa MÍLTON FLAKS, não se pode extrair do art. 75, II, parte final ("... cumprirá ao denunciante prosseguir na defesa até final"), a ilação de que o denunciante não pode reconhecer a procedência do pedido e tem de esgotar os recursos cabíveis, sob pena de perda do direito de regresso. Tal sanção constava efetivamente do Código de 1939, art. 98, ao dispor: "Se o denunciado não vier a juízo dentro do prazo, cumprirá a quem o houver chamado defender a causa até final, sob pena de perder o direito à evicção". Mas já era alvo de críticas à época de sua vigência, e sua supressão, ao que tudo indica, foi proposital: o autor do Anteprojeto, Ministro ALFREDO BUZAID, não acolheu emenda da Comissão Revisora pretendendo restabelecê-la, e o Congresso, ao dar aos arts. 74 e 75 do Código a redação proposta por ela (através de emenda do Deputado Célio Borja), omitiu a pena.<sup>45</sup>

E, de outra parte, duas razões lógicas contrariam aquela conclusão, sustentada por alguns processualistas: a) tratando-se de restrição de direito, a regra não comporta interpretação analógica "e muito menos histórica", devendo a sanção ser expressa (**odiosa restringenda favorabilia amplianda**); b) seria, além de incoerência, um contra-senso que o Código impusesse ao denunciante prosseguir na defesa "contra texto expresso de lei ou fato incontroverso", para não perder o direito de regresso, e o considerasse ao mesmo tempo litigante de má-fé, com as conseqüências daí decorrentes (arts. 16 e 17, I).<sup>46</sup>

"É outro, portanto, o consectário que se deve extrair do art. 75, II, do CPC, quando diz que, recusando-se o denunciado a aceitar a qualidade que lhe é atribuída, 'cumprirá ao denunciante prosseguir na defesa até final'. Com esta expressão, o Código

quis significar que o denunciante fica livre para assumir qualquer postura, inclusive reconhecer o pedido, porém ciente de que a sentença fará coisa julgada sobre tudo o mais, exceto a responsabilidade do terceiro. Isto porque tal responsabilidade, estranha ao litígio entre as partes originais, não se insere 'nos limites da lide' e, portanto, não estará incluída entre as 'questões decididas' (CPC, art. 468)".<sup>47</sup>

c) Como terceira consequência de o denunciado manter-se alheio ao processo, negando (expressamente ou por abstenção) a qualidade que lhe atribui o denunciante, encontra-se a de **não poder denunciar a lide a outrem**, sucessivamente (art. 73), podendo perder o direito de regresso, conforme o caso. É o que ocorre em ação de reivindicação, em que não terá oportunidade de denunciar a lide a quem lhe vendeu a coisa, para exigir a garantia da evicção, de cuja responsabilidade se esquivou. Em subsequente ação regressiva proposta contra ele pelo denunciante não se lhe reabrirá tal ensejo, pois isso seria admitir a submissão de "um quarto personagem" à primeira sentença e à autoridade da coisa julgada, o que só teria cabimento se tivesse sido citado (denunciação sucessiva) no processo em que ela foi proferida.<sup>48</sup>

Valem como observações finais, para este item, estas exatas palavras do exímio monografista cuja exposição, a nosso ver fundamental, vimos tentando toscamente compendiar (com a advertência inicialmente feita — *supra*, n.º 5): "Preocupado em evitar decisões conflitantes, quando em causa um direito regressivo, o legislador criou um sistema de freios e contrapesos que, resguardando tanto quanto possível a parte alheia à relação de regresso, obriga denunciante e denunciado, particularmente este último, a procederem com lealdade processual, aliás a tônica dominante do atual CPC (**Exposição de Motivos**, n.ºs. 17 e 18)". Adiante: "Consoante se verifica, o legislador pátrio armou para o denunciado dilema idêntico ao do direito tedesco: ou procede com lealdade ou corre o risco de assistir, impotente, à formação da coisa julgada em pontos vitais para sua defesa em subsequente ação regressiva do denunciante".<sup>49</sup>

12. No que concerne à "natureza processual da denúncia", pode-se dizer que ela é "um incidente que se esgota com a postura do denunciado: ou fica alheio ao processo, embora vinculado à coisa julgada, ou nele ingressa como assistente, litisconsorte ou substituto processual do denunciante, conforme as circunstâncias e/ou o modelo". Os modelos que adotam o sistema germânico (a exemplo do italiano e do francês) consentem o

exercício desde logo da ação *in eventum*, incidentalmente. Mas só abrem ao denunciante esta alternativa: propositura da ação *in eventum* (que contém a denúncia da lide em sentido lato) ou simples denúncia da lide. Esta não autoriza em hipótese alguma a condenação do denunciado a reparar o prejuízo do denunciante sucumbente no mesmo processo.<sup>50</sup> Ambas se excluem.

Diferentemente, no *sui generis* modelo brasileiro, o art. 76 autoriza que o prejuízo do sucumbente seja composto imediatamente, mesmo que se faça a **denúnciação simples**, desde que o denunciado, aceitando sua responsabilidade eventual, ingresse no processo como litisconsorte do denunciante (arts. 74 e 75, I). Prevendo eventual negação do denunciado (expressa ou por omissão — art. 75, II), pode o titular do direito de regresso propor desde logo a ação *in eventum* (ação de garantia — art. 109), como segundo pedido, em ordem sucessiva. Há, pois, **cumulação**; e assim, “ao contrário do que ocorre nos modelos italiano e francês, não existe incompatibilidade entre os dois instrumentos. Essa particularidade, que parece haver passado despercebida pelos intérpretes que enfrentaram o tema, gerando toda sorte de dúvidas e controvérsias, exige para o modelo brasileiro uma edificação própria, pois se afasta das concepções tradicionais baseadas no direito europeu”.<sup>51</sup>

A denúncia da lide, propriamente dita (denúnciação simples, sem cumulação) não acarreta ao adversário do denunciante outro gravame que o da dilação para o chamamento a Juízo do denunciado (mesmo assim se feita pelo réu); gravame imposto pelo legislador atendendo a dois princípios: a) o da **verdade judiciária** (evitando-se decisões conflitantes); b) o da **economia processual** (dispensando-se subsequente ação regressiva em caso de aceitação da denúncia — art. 76).<sup>52</sup>

“Com efeito, o juiz, em hipótese alguma, se afasta do *iter* instrutório estabelecido pelos contendores originais, visto que o denunciado — litisconsorte *sui generis* — ingressa no processo apenas para coadjuvar o denunciante, recebendo a causa nos termos em que foi proposta, por força de sua qualidade de substituto processual (*infra*, §24)”.<sup>53</sup>

13. Teçamos agora algumas considerações respeitantes principalmente à **ação de garantia**, quando ela é cumulada à **litis denuntiatio**. Foi ela “acolhida pelo CPC como instituto distinto, embora umbilicalmente vinculado à denúncia da lide”. Como resulta da interpretação sistemática do Código de Processo Civil, à luz do Direito comparado, é ela privativa das

causas que comportam esta, pressupondo: um direito de regresso (garantia ou ressarcimento, na dicção do § 72 da *Zivilprozessordnung*) e a possibilidade de se promover a intervenção forçada de um terceiro responsável.<sup>54</sup>

Do sistema adotado pode-se concluir que o Código deu precedência à denunciação da lide sobre a ação *in eventum*. Não teria sentido que o titular do direito de regresso, dispondo de um instrumento adequado, pudesse propor desde logo essa ação, sem dar ao terceiro oportunidade para reconhecer sua responsabilidade eventual. Além disso a denúncia é necessária para vincular o denunciado à causa principal, como **terceiro sujeito à decisão**, na lição de CHIOVENDA (cf. nº. 7 e nota 25, e nº. 11, *supra*).<sup>55</sup>

Dessa forma, a ação de garantia só poderá ser proposta cumulativamente com a denunciação da lide, "ou melhor, como um segundo pedido, em ordem sucessiva, automaticamente prejudicado" se o terceiro aceitar a denúncia. Disso resulta que a oportunidade e os prazos para propô-la são os mesmos previstos para a *litis denuntiatio* (arts. 71 e 72).<sup>56</sup>

Inspirado nos modelos italiano e francês, o Código denominou-a **ação de garantia** (art. 109) (*chiamata in garanzia, demande incidente en garantie* ou *appel en garantie*), qualificando-se igualmente como de natureza subsidiária, dependente que é do resultado da causa principal. Mas o nome não tem significado limitativo: cabe em todos os casos que admitem denúncia da lide, em que há um direito de regresso, e não apenas nas hipóteses de garantia propriamente dita — **garantia formal** (por transferência de um direito) —, como também ocorre naqueles sistemas jurídicos. As expressões **ação de garantia, garante e garantido** prendem-se à origem germânica (*advocatio ad warrantum*).<sup>57</sup>

14. MÍLTON FLAKS, após observar que a simples denunciação da lide, sendo um incidente "que se esgota com a postura do denunciado" (ingressando como *litisconsorte* ou afastando-se do processo, embora como terceiro sujeito à sentença), pode ser requerida e processada nos mesmos autos da ação principal, escreve que, diversamente, quando cumulada com a ação de garantia, a denúncia deverá ser autuada em apenso, porque há a **possibilidade** (se negada pelo denunciado a qualidade que lhe foi atribuída) de formar-se "um segundo processo". Segundo esse entendimento, "o juiz só declara, **na mesma sentença**, a responsabilidade do denunciado, quando este aceita a qualidade que se lhe atribui e se *litisconsorcia* com o denunciante. . . . Desde que a ação

de garantia **se concretize**, porém, haverá necessidade de **duas sentenças**, porque **duas** serão as relações processuais a serem extintas pelo órgão jurisdicional (CPC, arts. 267 e 269)".<sup>58</sup>

Aqui devemos fazer algumas observações. Dissemos anteriormente (*supra*, nº. 6, *in fine*) que "a demanda incidente de garantia, como ação que é, deve ser proposta através de petição inicial — ainda que reunida materialmente à petição inicial da ação principal, se o denunciante for autor, ou à contestação, se for réu, embora aconselhável que se faça em separado — com os requisitos desta (art. 282, 276)"; e que o denunciante fará a cumulação ou não a seu critério, devendo fazê-la "se quiser obter desde logo, na hipótese de o denunciado não reconhecer sua responsabilidade eventual" (não aceitando a denúncia — art. 75, II), "a **condenação simultânea** dele (art. 76)".

Esclareçamos melhor isso. A ressalva "ainda que reunida materialmente . . . .", acima, visou significar que entendemos que não haverá nulidade se o juiz aceitar a petição inicial da ação *in eventum* reunida na mesma peça (termo usado no art. 299) da petição inicial ou da contestação da ação principal<sup>59</sup> — mesmo porque, na lição do autor há pouco mencionado, o "segundo pedido", feito "em ordem sucessiva" ao de mera denúncia da lide, ficará "automaticamente prejudicado" se o terceiro aceitar esta (*supra*, nota 56). E o Código, que descurou do procedimento da ação de garantia (como descuidou do da ação declaratória incidente, limitando-se aos dois lacônicos arts. 50. e 325),<sup>60</sup> não determinou expressamente que essa ação (a que alude nominalmente no referido art. 109) seja processada com autuação em apenso — como fez, por exemplo, com a oposição oferecida antes da audiência (art. 59), quanto à qual foi explícito também em exigir os requisitos da inicial (art. 57), e com os embargos do devedor (art. 736) — , nem mesmo que a respectiva petição inicial seja oferecida "em peça autônoma" — como fez em relação à reconvenção (art. 299).

De qualquer maneira, pensamos que é de toda conveniência, como propõe o monografista citado, que a petição inicial da ação de garantia, cumulada à denúncia da lide, seja oferecida em peça autônoma e autuada em apenso aos autos da ação principal, como se faz com a oposição oferecida antes da audiência (art. 59).<sup>61</sup> Fazemos ressalva, todavia (de pouca importância, na verdade), à afirmação de que haverá nessa hipótese dois processos e terá de haver "duas sentenças". Essa asserção está aliás, a nosso ver, em contradição — especialmente quanto à duplici-

dade de processos — com a observação que o mesmo douto escritor faz adiante,<sup>62</sup> de que “em princípio, ambas as lides devem ser instruídas e decididas em **simultaneus processus**, como quaisquer outras ações, porém mediante duas sentenças sucessivas”; e com as considerações que tece sobre a possibilidade de **desmembramento**.

Ao falar em “processos distintos, embora conexos e vinculados pela subordinação”, que podem ser “desmembrados” se houve dificuldade na “instrução simultânea”; e, mais adiante, que as duas ações “seguem paralelas, em autos apensados” — parece-nos que o autor citado tem em vista não propriamente “a reunião de ações . . . a fim de que sejam decididas simultaneamente”, prevista no art. 105 do Código para os casos de **conexão** (em **simultaneus processus**), mas apenas o seu processamento paralelo (mas separado), acompanhando u’a mais ou menos de perto a outra, nas instruções respectivas.<sup>63</sup> Não é esse, porém, ao que pensamos, o conceito de **simultaneus processus**. Este pressupõe a reunião de mais de uma ação (causas) no mesmo processo, num único processo, para julgamento simultâneo. ARRUDA ALVIM liga a expressão a “andamento e julgamento conjunto” (ao tratar da oposição, comentando o art. 59 do Código). E CHIOVENDA ensina: “Nos casos até agora encarados, a reunião das causas visa — como já salientamos — à decisão delas com uma única sentença (**simultaneus processus**), uma vez que os nexos existentes entre elas aconselham solução harmônica, o que equivale a dizer **contemporânea**”.<sup>64</sup> Especificamente quanto às **cause di garanzie**, o Código de Processo Civil italiano é expresso, ao dizer que a ação dessa espécie “pode ser proposta ao juiz competente para a causa principal, a fim de que seja decidida no mesmo processo” (“*sia decisa nello stesso processo*”) (art. 32; supra, nº. 9, in fine). Por outro lado, se se trata de “processos distintos”, não há falar-se propriamente em “desmembramento”: **desmembrar** é dividir, separar,<sup>65</sup> e não se separa o que já está separado, distinto. Se os processos já fossem dois, realmente, caberia falar-se apenas na **suspensão** do processo subordinado (da ação **in eventum**) até a conclusão do processo subordinante (da ação principal). É MÍLTON FLAKS, cuidando exatamente deste problema, diz que “não haverá necessidade” (do desmembramento), “por exemplo, se as provas pericial e testemunhal, requeridas em ambos os processos, puderem ser produzidas ao mesmo tempo”.<sup>66</sup> Ora, parece-nos que a produção dessas provas “ao mesmo tempo” é feita justamente num único processo (não

“em ambos”) em u’a mesma instrução, em u’a mesma audiência para a prova oral.

15. Menos errôneo, pensamos, é falar-se em duas sentenças. É que, embora na verdade as duas lides devam, em regra, ser julgadas na **mesma sentença** (art. 76), ela é apenas **formalmente** uma, sendo **substancialmente** dupla, por decidir sobre pretensões diversas: na ação subordinante, o litígio entre o denunciante e seu adversário; na subordinada somente a existência ou não da responsabilidade atribuída ao denunciado. Assim, desde que atendido o objetivo da reunião das duas ações em **simultaneus processus**, com o julgamento **contemporâneo** — que é, afinal, o escopo da **chiamata in garanzia** e da **demande incidente en garantie** (entre nós a ação de garantia do art. 109), pois do contrário não haveria razão para a sua previsão legal, bastando a **litis denuntiatio** e a posterior ação regressiva (sistemas alemão, português e do Código de 1939) —, não haverá nulidade, a nosso ver, se no aspecto formal também as sentenças forem duas, isto é, em duas peças distintas: uma lançada nos autos da causa principal e outra nos da causa de garantia.

Mas isso constituirá pelo menos uma irregularidade: em princípio as duas ações deverão ser julgadas numa única sentença formal. E não há nenhuma necessidade da separação dela em duas peças distintas para obter-se o julgamento de objetos diversos, com a **relação de prejudicialidade** aludida pelo monografista por último citado (pois a sucumbência do denunciante é pressuposto da condenação do denunciado).<sup>67</sup> Basta que, na mesma sentença, o juiz aprecie essas matérias em ordem sucessiva, em capítulos diversos; “conhecendo em primeiro lugar”, nos termos da lei (art. 61), da lide entre o denunciante e seu adversário, e em seguida, tal seja o resultado desse julgamento, condenando ou absolvendo o denunciado, quanto à sua responsabilidade para com o primeiro. Aliás, tal ordem está prevista, implicitamente, também no art. 76, apesar da impropriedade das expressões “que julgar procedente” e “declarará”, ao dispor: “**A sentença, que julgar procedente a ação, declarará**, conforme o caso, o direito do evicto, ou a responsabilidade por perdas e danos, valendo como título executivo.”

É exatamente o que acontece com a **oposição** (oferecida antes da audiência), que, embora seja “apensada aos autos principais”, “**correrá simultaneamente** com a ação, sendo ambas julgadas pela **mesma sentença**” (art. 59). E se nesse artigo está o aspecto formal, no art. 61, acima referido, está o aspecto substancial

do julgamento, com a seqüência lógica (atenta a relação de prejudicialidade) dos objetos de conhecimento: "Cabendo ao juiz decidir simultaneamente a ação e a oposição, desta conhecerá em primeiro lugar". Comentando esse dispositivo, ARRUDA ALVIM destaca a unidade formal e a duplicidade substancial, da sentença: "A sentença que decide a oposição tem autonomia substancial, ligada ao pressuposto de que o oponente tem pretensão própria; é certo, entretanto, que, se for aplicada a regra do art. 61, **formalmente**, tal sentença estará integrada naquela que decida a respeito do processo principal".<sup>68</sup>

Por conseguinte, enquanto, ao que parece, para MÍLTON FLAKS o art. 76 do Código de Processo Civil não é aplicável à **ação de garantia**, mas apenas à **denúncia da lide** simples — quando o denunciado aceita a qualidade que lhe é atribuída —, para nós ele é aplicável **também** no primeiro caso. Isto é: o juiz "declarará . . . o direito do evicto, ou a responsabilidade por perdas e danos", em favor do denunciante e em detrimento do denunciado, não apenas quando este espontaneamente reconhecer sua responsabilidade — ao receber a denúncia —, mas ainda quando, não a tendo reconhecido, ela ficou demonstrada na instrução processual simultânea, instaurada pela ação **in eventum** cumulada à denúncia.

A ação de garantia, pois, aproximadamente como acontece no Direito italiano, em que resulta da conjugação de dois dispositivos do **Codice di procedura civile** (arts. 32 e 106) (*supra*, nº. 9, *in fine*), tem seus contornos fixados, entre nós, pela combinação do art. 109 (sua **sedes materiae** específica, como mostrou MÍLTON FLAKS) com o art. 76.

E, como anota este autor, com a diferença de que as duas lides — a originária e a regressiva — seguem paralelamente, em autos apensados (em **simultaneus processus**), tudo se passa como se o titular do direito de regresso, que fez a denúncia da lide, tivesse proposto a ação de ressarcimento subsequente e autonomamente.<sup>69</sup>

Vale encerrar estas considerações, sobre a relação de dependência e a unidade de processo e julgamento das duas demandas, com esta lição de LIEBMAN, em harmonia com as de CHIOVENDA e CALAMANDREI, antes referidas (nº. 9, *supra*): "garantia: quando uma das partes, caso fique sucumbente em uma causa, tem direito ao ressarcimento do dano por terceiro (garante) as duas ações são conexas e podem ser propostas **no mesmo processo para serem decididas simultaneamente**. Por exemplo, se o comprador é demandado em juízo por Tício, que alega ser proprietá-

rio da coisa comprada, poderá ele, **além de chamar para a causa** o vendedor, para os fins do art. 1.485 do Código Civil, propor-lhe ação no mesmo processo, para ser ressarcido da evicção (c.c., art. 1.483, e c.p.c., art. 32: **chamamento à garantia**); assim, se sucumbir diante do evictor, poderá obter **na mesma sentença** o reconhecimento de seu direito ao ressarcimento por parte do devedor, obrigado a garanti-lo dos riscos da evicção" ("v. CPC, art. 76" — nota de DINAMARCO, relativa ao Cód. de Proc. Civil brasileiro). "A ação de garantia é proposta em forma **eventual**, isto é, para o caso de sucumbência do garantido na ação principal; de outro lado, entende-se que ela pode ser rejeitada por razões inerentes a ela própria, como por exemplo por ter sido convencionalmente excluída a garantia (c.c., art. 1.487)".<sup>70</sup>

16. Como acima dissemos, MÍLTON FLAKS sugere que o juiz promova o **desmembramento** do processo, separando as causas, quando a instrução da ação de garantia puder procrastinar o desfecho da ação principal. Ressalva que o atual Código de Processo Civil não prevê expressamente essa medida, confrontando o texto do art. 105 com o do Código de 1939, que no art. 116 dispunha: "Antes de proferida a sentença o juiz poderá ordenar, **ex officio**, ou a requerimento, a reunião de ações conexas, bem como, antes de finda a instrução, o desmembramento de processos reunidos". Mas adota a lição de BARBOSA MOREIRA, quando este pondera:<sup>71</sup> "Em nosso entendimento, subsiste para o órgão judicial o poder de desmembrar processos, quando indispensável a fim de cortar procrastinações indevidas, com fundamento no art. 125, nº. II, segundo o qual compete ao juiz **velar pela rápida solução do litígio**". E lembra que de qualquer modo o Código permite, no art. 265, IV, a, e § 5º., a suspensão do processo por prazo até um ano, quando a sentença de mérito depende do julgamento de outra causa, como no caso em exame.<sup>72</sup> Cremos que se pode lembrar também o art. 115, III, quando estatui haver conflito de competência "quando entre dois ou mais juízes surge controvérsia acerca da reunião ou **separação de processos**". Ora, aí o Código, conquanto cuidando de problema de competência, previu, indireta e implicitamente, a possibilidade de o juiz separar processos, de modo genérico. Tal é o que ocorre aliás no Direito francês,<sup>73</sup> e no caso específico da demanda de garantia o desmembramento se justifica ainda pelo fato de que, se o denunciante for vitorioso na ação principal, aquela ficará prejudgada, com sua automática sucumbência frente ao garante.<sup>74</sup> Tudo nos leva de volta à lição de CHIOVEN-

DA, transcrita na nota 64 (nº. 14, *supra*): "Exigência tal" (de decisão em sentença única, para solução contemporânea das causas conexas) "é menos absoluta quando mais tênues são os nexos entre as causas, por serem as relações jurídicas em disputa completamente diversas. É o caso da **ação em garantia** (art. 193) e de compensação (art. 102): sobrevinda a união das causas, **podem separar-se, se a causa principal estiver madura para a decisão e a outra não**".<sup>75</sup>

Assim, presentes esses pressupostos, poderá haver o desmembramento do processo, com o sobrestamento da causa de garantia, ou com a continuação de sua instrução em separado para não estorvar o mais rápido desfecho da causa principal, em benefício do adversário do denunciante, alheio à relação de garantia (*lato sensu*) entre ele e o denunciado. E MÍLTON FLAKS procura esquematizar as hipóteses em que haverá ou não necessidade de separação dos processos. Em regra, diz, não haverá tal necessidade nos casos que os autores italianos denominam de **garantia formal**, em que houve um direito transferido, negado pelo adversário do denunciante (propriedade, posse, crédito cedido etc.); porque, aí, as questões a decidir serão ou só de direito ou baseadas em prova preconstituída (interpretação de lei ou de cláusulas contratuais). Já nas causas de regresso fundadas na **garantia simples**, do Direito peninsular, em que o denunciante se acha obrigado pessoalmente, perante seu adversário na ação originária, por ato praticado pelo denunciado, a necessidade ou conveniência da separação dos processos variará de caso para caso e ficará a critério do juiz. Não haverá essa necessidade, por exemplo, se as provas pericial e testemunhal, indispensáveis para a solução de ambas as causas, puderem ser produzidas simultaneamente, sem maiores dificuldades (cf., *supra*, nº. 14, nota 66). Pelo contrário, será conveniente o desmembramento do processo quando sejam necessárias diligências difíceis ou demoradas, que interessam apenas ao deslinde da controvérsia instaurada na ação regressiva incidente (cartas precatórias etc.). Lembra, finalmente, que, sempre que necessário, as peças constantes dos autos da causa principal poderão ser trasladadas para os autos da causa subordinada (cf., *supra*, nº. 14, nota 61).<sup>76</sup>

17. "Bem compreendido o *sui generis* modelo brasileiro, armado com peças de diferentes modelos europeus", conclui o nosso monografista, observa-se que o legislador demonstrou particular preocupação com o litigante estranho à relação de regresso, procurando conciliar o seu interesse na rápida solução

do litígio principal com o interesse público na economia processual (reduzindo-se quanto possível a multiplicação de processos) e na evitação de decisões contraditórias. Do anteriormente exposto se pode inferir que a parte alheia à relação de garantia (em sentido amplo) só será estorvada, ao menos em tese, com as diligências citatórias, porquanto: a) a denúncia simples da lide é um incidente que se exaure com a atitude do denunciado, aceitando-a ou não; b) o juiz poderá desmembrar o processo quando a instrução da causa subordinada apresentar dificuldades que possam retardar a prestação jurisdicional devida aos contendores originais.<sup>77</sup>

18. Com base no que foi visto anteriormente sobre a denúncia simples da lide, é da maior oportunidade apresentar, agora, a precisa síntese, feita por MÍLTON FLAKS, "dos efeitos da postura negativa, do denunciado, transformado em réu na ação *in eventum* proposta pelo denunciante:

"I — Torna-se parte, apenas, no litígio subordinado, onde se discute, exclusivamente, a sua responsabilidade. Conquanto terceiro sujeito à decisão, não poderá participar do litígio subordinante, inclusive como assistente, uma vez que, se nega a qualidade que lhe é atribuída, é porque não tem **interesse jurídico** (embora tenha **de fato**) no desfecho da demanda principal.

"II — As questões de mérito decididas no processo principal serão consideradas como prejudiciais de mérito na demanda subordinada, porém cobertas pela *auctoritas rei iudicatae*. Desse modo:

"a) a vitória do denunciante na lide principal importa em automática sucumbência na lide subordinada, visto que, independentemente da alegada responsabilidade, inexistiria prejuízo a ser composto pelo denunciado;

"b) o denunciado não poderá questionar, na lide subordinada, as questões de mérito resolvidas na lide subordinante (perda da propriedade ou da posse; existência do dano ou seu valor etc.), mesmo que o denunciante pratique atos de disposição do direito (reconhecimento do pedido, transação) ou dispense os recursos cabíveis (*supra*, nº. 92)" (cf., *supra*, nº. 11, b);

"c) a sentença que julgar a ação *in eventum* examinará, apenas, a existência ou não da responsabilidade que o denunciante atribui ao denunciado;

"d) julgando a demanda procedente, condenará o denunciado a compor os prejuízos do denunciante, inclusive custas e honorários despendidos no litígio principal, procedendo-se à liqui-

dação da sentença, se não fixar, desde logo, uma quantia certa".<sup>78 e 79</sup>

19. Para concluir esta parte, que, conquanto preliminar, avulta e sobreleva a seguinte, pelas razões já apontadas, façamos, com o monografista que nos guia neste estudo, a análise crítica da construção jurídica dominante, do instituto da denunciação da lide regrado no Código de Processo Civil de 1973, com as conseqüências a que ela conduz, em continuação às considerações já feitas nos n<sup>os</sup>. 4 e 5, *supra*, e atentos à construção por ele revelada e aqui adotada, objeto dos números anteriores.

Inicialmente pode-se dizer que, segundo a teoria dominante, o denunciado, mesmo quando nega sua responsabilidade eventual, torna-se, forçadamente, litisconsorte do denunciante, o que não se ajusta aos arts. 74 e 75 do Código, que somente lhe dão essa posição processual quando ele "aceita a denunciação", "comparecendo" e admitindo assim, implicitamente, "a qualidade que lhe foi atribuída".<sup>80</sup>

Acresce que a construção, que ele chama de "germânica radical", peca também pela ausência de generalidade, uma vez que em certos casos de denunciação da lide, previstos no Código, a aplicação do art. 76, tal como vem sendo interpretada, torna-se inconcebível; isso demonstra que nem sempre se instaura automaticamente um segundo litígio no processo, entre denunciante e denunciado.<sup>81</sup>

Em regra o possuidor direto é obrigado a dar ciência ao proprietário, ou a outro possuidor indireto, de que a coisa está sendo reivindicada, sob pena de responder por perdas e danos. No sistema do Código atual isso deve ser feito através da denunciação da lide (art. 70, II): esse é o **instrumento** processual previsto para a dação de conhecimento. Entretanto, nem sempre haverá interesse ou mesmo direito do denunciante em exigir do denunciado qualquer indenização pela perda da posse, ou por outros prejuízos, especialmente se ela lhe foi transferida a título de liberalidade (usufruto, uso, habitação, comodato etc.). "Disso se aperceberam, entre outros, Barbosa Moreira, Celso Barbi, Arruda Alvim, Hélio Tornaghi e Alexandre de Paula, ao censurarem o legislador pela aparente incoerência".<sup>82</sup>

De outro lado, desde que existente uma relação de regresso, poder-se-á entender cabível a denunciação da lide mesmo em ações meramente declaratórias, já que o Código não faz distinção quanto à natureza da sentença. Como aplicar desde logo a regra do art. 76, atribuindo ao denunciante título executivo, se o pre-

juízo, que fundamenta a ação **in eventum**, só será por ele sofrido se e quando seu adversário vencedor nesse tipo de ação utilizar-se do preceito em ação condenatória?<sup>83</sup>

De qualquer maneira, apesar das perplexidades que gera, a concepção dominante seria aceitável se propiciasse justiça aos litigantes e promovesse a tão decantada economia processual, apresentando assim resultados práticos. Não é isso, porém, o que se observa no quotidiano forense. Desde logo, obriga o denunciante, de plano, a prejudicar sua causa, porque, se vier a ser vitorioso na ação principal, e entendendo-se a denúncia da lide sempre como propositura de ação de garantia (**lato sensu**), essa vitória o tornará automaticamente sucumbente nesta, com a obrigação de pagar ao denunciado as despesas processuais por ele eventualmente feitas e os honorários de seu advogado. Assim, coloca-se nesse dilema: ou não denuncia a lide, com as consequências já apontadas, ou arrisca-se a arcar com esses encargos processuais (salvo se se entender que essas despesas e honorários deverão ser, também, carregados ao vencido na ação subordinante).<sup>84</sup>

Além disso, dificulta, ao titular do direito de regresso, a postulação, como se demonstra, com argúcia, neste exemplo, de aplicação do inciso III do art. 70, por responsabilidade pessoal por culpa de terceiro: empresa transportadora de pessoas, obrigada a indenizar danos causados aos passageiros, por força do contrato, tendo direito regressivo contra o respectivo causador, de acordo com a **Súmula** nº. 187, do Supremo Tribunal Federal. Com as duas ações correndo paralelas (em **simultaneus processus**, como anteriormente visto — nº. 14, **supra**), ou o titular do direito regressivo deixa de fazer a denúncia da lide, com a pesada consequência de não vincular o terceiro à sentença, “ou se defronta com autêntica situação **kafkiana**”: tentar convencer o juiz de que a vítima foi a exclusiva culpada, para se eximir de toda responsabilidade (Dec. Leg. nº. 2.681, de 1912, art. 17), e ao mesmo tempo tentar demonstrar que a culpa foi do terceiro, para garantir o ressarcimento (Dec. Leg. cit., art. 18, parte final).<sup>85</sup>

“Tais situações afiguram-se pouco lógicas, considerando-se que, como atestam a doutrina (cf. Barbosa Moreira, **Estudos**, p. 90), o direito comparado e a evolução legislativa, a denúncia da lide é um instituto que visa a beneficiar o denunciante, e não a atormentá-lo”.<sup>86</sup>

20. Da concepção dominante resulta, outrossim, flagrante

injustiça para com o litigante estranho à relação de regresso, já que a cumulação necessária da ação *in eventum* à denunciação da lide introduz no processo questões alheias ao pleito primitivo, sem as cautelas adotadas nos sistemas jurídicos que admitem essa ação; isso traz conseqüentemente o inevitável retardamento da solução da causa principal, com a realização de atividade probatória que interessa unicamente ao denunciante e ao denunciado.<sup>87</sup>

De fato, não existem, no estatuto da denunciação da lide brasileiro, elementos suficientes para autorizar a distinção entre **garantia própria** (que introduz no processo apenas a questão da responsabilidade) e **garantia imprópria**, como acontece no Direito italiano, mesmo porque, nesse regime, o titular do direito de regresso em nenhuma hipótese fica desamparado: se não puder contar com a **chiamata in garanzia** (para os casos de garantia própria), poderá valer-se da **denunzia di lite** (para os outros casos).<sup>88</sup>

Igualmente, a construção que prevalece em nossa doutrina não autoriza a adoção da providência francesa de separar os processos se houver dificuldade maior na instrução de uma das causas conexas, por falar o art. 76 em uma sentença única, o que leva os tribunais a anular o julgamento quando isso não ocorre.<sup>89</sup>

Por último, mas não menos importante, o próprio destinatário da denúncia (o "denunciado", na denominação do Código, que a doutrina usa para facilidade de expressão e que temos usado até aqui, embora consciente de sua impropriedade)<sup>90</sup> sofre as conseqüências da opinião majoritária: só entendendo a denunciação como propositura de uma nova demanda, constrange-o a litigar desde logo com o denunciante, mesmo contra a vontade de ambos, já que não a aceita como simples instrumento para vincular o terceiro à decisão da causa, de que o titular do direito de regresso usa para prevenir-se de eventual resultado desfavorável.<sup>91</sup>

21. Como era de esperar, observa MÍLTON FLAKS, essa concepção dominante, da disciplina do instituto, por sua inadequação, repercutiu nos julgamentos dos tribunais. Em vista dos inaceitáveis ilogismos a que conduz, percebe-se indisfarçável reação dos julgados. Essa reação se faz sentir principalmente contra a possibilidade de ser prejudicado o litigante estranho à relação de regresso, geralmente o autor, que anseia pela rápida solução do litígio, com a denunciação da lide. "Disso têm resultado decisões casuísticas e contradições, incompatíveis com a Ciência do Direito, que persegue a certeza nas relações jurídicas".<sup>92</sup>

Provocados pelas partes, que só requerem a denúncia com pedido expresso de condenação do denunciado, "e vergados ao peso da doutrina dominante, pelo prestígio que lhe emprestam as mais autorizadas vozes, os tribunais se valem de variados artifícios ou argumentos, por vezes sem o menor rigor científico, para negar a convocação do responsável", toda vez que lhes parece que a denúncia da lide poderá tumultuar o processo. Isso quando não acontece o contrário: o juiz de primeiro grau indefere a denúncia, pelo mesmo motivo, e o tribunal, aplicando inflexivelmente o texto legal, anula o processo **ab initio**, "em face do que dispõe o art. 72, **caput**", do Código de Processo Civil, para que ela se faça.<sup>93</sup> "Como casuísmo e coerência se repelem, os repertórios são plenos de arestos conflitantes, sobre idêntica tese de direito, proferidos pelo mesmo tribunal e até pelo mesmo órgão fracionário".<sup>94</sup>

22. Não se pode deixar, também, de reproduzir aqui, pela extrema oportunidade de que se reveste, o compêndio, feito pelo monografista citado, dos pretextos mais freqüentes de que se valem os órgãos jurisdicionais para restringir o uso da denúncia da lide, com o compreensível intuito de proteger o litigante alheio à relação de garantia (**lato sensu**). "Entendem vários julgados, ou implicitamente dão a entender", diz ele, "que só cabe o emprego do instrumento nos casos de:

"a) **Litisconsórcio necessário**<sup>95</sup> — Além de desnaturar o conceito de regresso, esse entendimento transforma a denúncia da lide em uma figura inútil e repetitiva: o art. 47, parágrafo único, do CPC, já dispõe sobre a convocação de litisconsortes necessários, ou seja, terceiros cuja presença no processo é indispensável ao seu desenvolvimento regular.

"b) **Direito transmitido pelo terceiro**<sup>96</sup> — É a teoria que distingue entre garantia formal e garantia simples. Não encontra amparo, quer no texto da lei, quer na doutrina italiana, onde parece que foi buscar inspiração (*supra*, nº. 20). Prevalecendo, a denúncia da lide, prevista no art. 70 do CPC, ficaria praticamente limitada a quem transmitiu uma propriedade (inciso I), transferiu a posse (inciso II) ou cedeu um crédito (inciso III). É o fundamento usual para negar a utilização do instrumento em face de companhias seguradoras.

"c) **Direito de regresso expressamente previsto**<sup>97</sup> — Subordina a denúncia a hipóteses de regresso casuisticamente contempladas na lei substantiva ou especificamente previstas em instrumentos contratuais. Importa em desconhecer hipótese freqüente

na prática forense: responsabilidade pessoal não solidária por fato de outrem, em que o direito regressivo está genericamente previsto nos arts. 159 e 1.524 do Código Civil.

“d) **Garantia própria**<sup>98</sup> — É a formulação expressa ou implícita de que se valem os arestos para indeferir a denúncia ao presuntivo culpado, particularmente em demandas fundadas na responsabilidade objetiva (entes públicos, transportadores de pessoas). Embora abstendo-se de teorizar, aplicam a doutrina italiana da garantia própria, que veda o chamamento em garantia (**chiamata in garanzia**) quando o denunciante introduz no litígio, em prejuízo do primitivo adversário, questões fáticas alheias à relação originária de direito material (supra, n<sup>os</sup>. 21 e 22). Convém repetir, todavia, que o Código italiano oferece outro instrumento para vincular o suposto responsável ao decisório, nos demais casos, isto é, nas hipóteses de garantia imprópria: precisamente a denunciação da lide (**denunzia di lite**)”.<sup>99</sup>

23. Em face dessa reação restritiva dos tribunais, conclui MÍLTON FLAJS, fica demonstrado que a referida concepção dominante a respeito do instituto (“a construção germânica radical”) desserve ao próprio princípio da economia processual, tendo-se em conta que uma das funções precípuas da denunciação da lide, além da de evitar decisões conflitantes, é obviar a renovação da discussão, em causas conexas e subseqüentes, de questões já dirimidas.<sup>100</sup>

A seguir figura hipóteses comuns na prática forense, diante das quais muitos julgados indeferem o chamamento do terceiro ao processo: responsabilidade civil por fato de terceiro e seguro facultativo. Na primeira hipótese, vedada ao réu a denunciação da lide ao causador do dano, este, não tendo ficado vinculado ao **decisum**, poderá questionar a culpa da vítima e o valor do prejuízo, embora sentença, transitada em julgado, tenha estabelecido que não houve essa culpa e tenha arbitrado esse **quantum**. Na segunda, igualmente, a seguradora não convocada (e portanto não vinculada à coisa julgada) poderá discutir o valor do dano fixado de maneira definitiva para as partes figurantes na relação processual primitiva, para negar-se ao ressarcimento integral. Em ambas as hipóteses esses terceiros responsáveis farão isso na ação regressiva subseqüente que contra eles for proposta pelo réu vencido; e com possibilidade de êxito, porque, não sujeitos à **auctoritas rei iudicatae**, o juiz da nova ação poderá desprezar as conclusões do julgamento anterior.<sup>101</sup>

A cristalizar-se essa tendência restritiva, argumenta, o processo brasileiro sofrerá, nessa parte, um retrocesso, mantendo-se em descompasso com a moderna processualística e frustrando o principal objetivo da reforma de 1973: o de estender a denúncia da lide a todas as hipóteses de direito regressivo. E essa cristalização jurisprudencial parece inevitável se não se fizer uma revisão na concepção doutrinária dominante do instituto.<sup>102</sup>

E remata: "Afigura-se pouco razoável que o legislador pátrio tenha aderido ao sistema germânico de forma tão radical e ilógica, com absoluto desapareço pela experiência européia e pelos interesses de todas as partes envolvidas (denunciante, denunciado e adversário do primeiro). E tudo sob o *nomen iuris* de **denúnciação da lide**, que traduz, indisfarçavelmente, uma filiação mais romana do que germânica".<sup>103</sup>

## PARTE II

24. Com as premissas até aqui assentadas, podemos examinar agora o problema específico da possibilidade, faculdade ou obrigatoriedade da denúncia da lide pelo Estado, ao seu funcionário, na ação de responsabilidade civil que lhe mova a vítima de dano, por fato ao mesmo Estado imputável. A longa disquisição foi necessária porque, como se viu, tratou-se de tentar fazer, segundo a formulação doutrinária proposta por MÍLTON FLAKS,<sup>104</sup> a revisão da construção jurídica do instituto da **denúnciação da lide**, no sistema do Código de Processo Civil, em bases diversas daquelas em que o apóiam as idéias predominantes sobre ele. Essa revisão (na verdade já feita pelo exímio monografista, cuja tese nos limitamos a tentar expor), como acima se viu (nº. 23, nota 102, *supra*), foi sugerida como imprescindível para que a jurisprudência não continue a reagir contra as complicações que, para o processo, a **ação de garantia** — vista como embutida automática e necessariamente em toda denúncia da lide — traz, sobretudo para o litigante estranho à relação de regresso existente entre o denunciante e o denunciado; reação que se traduz em restrições, muitas vezes casuísticas e sem fundamento jurídico, ao emprego de instrumento útil e necessário para vincular o terceiro responsável à decisão; impedindo assim que se frustrasse o escopo, visado pelo legislador, de ampliar a aplicabilidade do instituto, restrita no Código de 1939 aos casos de evicção.

Dissemos, no limiar desta exposição, que o problema cujo exame ora se retoma é dos mais tormentosos; e a mesma idéia é

expressa por MÍLTON FLAKS, ao qualificar a questão como "das mais polêmicas".<sup>105</sup>

Dentre os aspectos que ela apresenta mencionamos, antes, além do cabimento da denúncia, o da obrigatoriedade dela (que na verdade é uma questão só, pois só poderia ser obrigatória, evidentemente, se cabível), o da oportunidade do exercício da ação regressiva, e o "de ser efetivamente objetiva, sempre, a responsabilidade do Estado pelos danos causados a terceiros" (*supra*, nº. 2).

Começemos pelo último, que é preliminar ao exame dos outros.

25. O problema de saber se o art. 107, *caput*, da Constituição Federal, adotou simplesmente o princípio da responsabilidade objetiva do Estado (cf. texto no nº. 1, *supra*), não encontrou resposta unitária na nossa doutrina. Para uns, sim, e esse parece ser o entendimento hoje predominante, sobretudo na jurisprudência. A indagação de culpa do funcionário se faz apenas para verificar-se o cabimento da ação regressiva contra ele, prevista no parágrafo único do mesmo artigo.<sup>106</sup>

Mas a questão não é tão simples assim. Comentando sobre o tema na França, FRANCIS-PAUL BÉNOIT observa que, no estado atual de sua evolução, o quadro que pode ser dado do regime geral da responsabilidade administrativa parece, à primeira vista, ser bastante impreciso. Como princípio geral, diz, tratar-se-ia de uma responsabilidade por **falta de serviço**. Todavia, a título aparentemente subsidiário, o Conselho de Estado admite, desde 1919, num certo número de hipóteses várias, conceder indenizações sem que uma falta (culpa) tenha de ser provada.<sup>107</sup>

Esse autor condensa, em traços essenciais, a formação do "Direito da responsabilidade administrativa". No começo do sécu.o XIX, escreve, as idéias admitidas a respeito da noção de responsabilidade em geral, e das relações dos particulares com a Administração, constituíam um conjunto tão pouco favorável quanto possível à criação de uma responsabilidade administrativa. A responsabilidade era então ligada à noção privatista de culpa, de infração de um dever; e precisamente essa noção de infração, de falta, implicando a idéia de leis superiores à pessoa cuja responsabilidade é posta em causa, se encontrava em total contradição com as concepções da época sobre a soberania estatal interna. Mui logicamente, considerava-se então que o Estado, "não podendo malfazer, não podia ser responsável".<sup>108</sup>

Foi necessário, pois, continua, que fosse descartada a concepção civilista clássica segundo a qual a responsabilidade assenta essencialmente na noção de culpa (*faute*), para que uma responsabilidade administrativa pudesse aparecer, e essa inicialmente no quadro de uma técnica totalmente desembaraçada da culpa (*faute*). "Em seguida, a evolução das idéias sobre o Estado, considerado não mais exclusivamente como um poder mas também como um prestador de serviços, permitirá desenvolver uma responsabilidade administrativa fundada na noção de mau funcionamento do serviço, forma publicizada da noção de culpa" (*faute*).<sup>109</sup>

26. Convém insistir mais um pouco sobre o perfil da evolução da doutrina e da jurisprudência sobre a responsabilidade civil do Estado na França, já que, no dizer de CAIO TÁCITO, para o estudo desse tema a fonte essencial será a experiência francesa, "consolidada em longos anos de jurisprudência do Conselho de Estado e do Tribunal de Conflitos, e ainda agora em constante aperfeiçoamento".<sup>110</sup>

Comungando desse entendimento, FERNANDO ANDRADE DE OLIVEIRA faz oportuna síntese da exposição de PAUL DUEZ e GUY DEBEYRE sobre essa evolução, que aqui aproveitamos, *in verbis*:

"É sabido que, no Brasil, a extensão e os fundamentos da responsabilidade civil do Estado têm evoluído sob a influência do Direito Administrativo francês, e, particularmente, da jurisprudência do Conselho de Estado.

"Conforme expõem Paul Duez e Guy Debeyre, superada a fase da irresponsabilidade e, depois, a da regência das normas de Direito Privado, sobretudo as do Código Civil, alcançou-se o período afirmativo da responsabilidade do Estado, por atos ou fatos da Administração Pública, mas baseada em princípios de Direito Público, configurando a teoria da **falta do serviço público**. Nesse último e moderno estágio, não se cogita da identificação do agente do Estado que, por sua ação ou omissão culposa, teria causado o dano indenizável. A teoria, é certo, ainda se mantém nos quadros da culpa, mas a noção que se tem desse elemento não mais é aquela elaborada no campo do Direito Privado. A chamada **culpa administrativa**, de que se trata, não se individualizará, necessariamente, em um certo e determinado funcionário da Administração Pública, mas se fundamentará na falta impessoal, na **falta (faute) anônima do serviço público** que: a) funcionou mal, b) indevidamente deixou de funcionar e, final-

mente, c) funcionou tardiamente. Além dessas situações, caracterizando negligência, omissão, retardamento, etc., quanto ao funcionamento material do serviço público, justifica-se a indenização nos casos de **graves ilegalidades** no exercício da atividade jurídica da Administração Pública — violação da coisa julgada ou da lei, desvio de poder e, eventualmente, vícios de forma e de competência (Paul Duez e Guy Debeyre, *Traité de Droit Administratif*, Paris, 1952, págs. 417-433).

“Mais tarde, o Conselho de Estado francês passou a admitir a responsabilidade do Estado nos quadros mais amplos do **risco**, criando uma teoria **complementar e secundária**, que supra as deficiências da teoria da falta do serviço. Prestigiando o princípio da equidade e, principalmente, o da igualdade dos indivíduos perante os encargos públicos, nasceu a teoria do **risco administrativo**, certamente mais vantajosa para as vítimas, posto que as exonera da demonstração da falta do serviço público, já que será suficiente a prova da **relação de causalidade** entre os danos sofridos e a ação ou omissão da Administração Pública. Mesmo que os prejuízos sejam atribuídos a casos fortuitos, em que o acidente que lhes deu origem resulte de causa desconhecida, subsistirá a obrigação de indenizar, por parte do Estado. Essa teoria nasceu da necessidade de proteção da propriedade privada, exposta aos permanentes riscos inerentes à execução de obras públicas e posteriormente se estendeu aos usuários dos serviços públicos. O Conselho de Estado tem aplicado essa sua original concepção no tocante à reparação de prejuízos materiais navidos em consequência de explosão de granadas, de incêndio em gare ferroviária, da inexecução de sentença transitada em julgado, etc., mas desde que provada não só a existência efetiva dos danos, como também — o que é importante — o **caráter especial, anormal, excepcional** desses danos, suscetível de justificar a sua repartição por todos os membros da comunidade (Paul Duez e Guy Debeyre, *ob. cit.*, págs. 431 a 433)”.<sup>111</sup>

27. Precisando o problema aventado no início do nº. 25, *supra*, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO afirma que desde a Constituição de 1946, cujo art. 194 coincidia, substancialmente, com o art. 107 da Constituição vigente,<sup>112</sup> não pode haver dúvida quanto à **possibilidade** de responsabilização do Estado por danos causados a terceiros, ante os termos desses dispositivos legais. E diz, com razão, que o que pode ser objeto de discussão é se o texto constitucional apenas **acolhe** o princípio da responsabilidade objetiva, tornando-o aplicável em alguns

casos, ao lado do da responsabilidade subjetiva, aplicável em outros tantos, ou se aquele princípio tornou-se, no Direito brasileiro, **regra irrecusável**, incidindo sobre a generalidade dos casos. Refere que são partidários do primeiro entendimento CAIO TÁCITO — que entende aplicável o princípio da responsabilidade objetiva quando se trate de **dano anormal**, decorrente de atividade **lícita** do Poder Público mas lesiva do particular — e ALFREDO DE ALMEIDA PAIVA, GONÇALVES DE OLIVEIRA e THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, por aqueles citados,<sup>113</sup> em contraposição aos autores mencionados anteriormente (*supra*, nº. 25, início, nota 106).<sup>114</sup>

Efetivamente, CAIO TÁCITO, “após apresentar uma admirável síntese da evolução do princípio da responsabilidade do Estado”,<sup>115</sup> afirma que “a regra é, no entanto, a responsabilidade fundada em uma **falta imputável ao serviço público**; a teoria do risco, malgrado seus progressos, é **complementar**, circunscrita a condições excepcionais”. E conclui: “O exame da jurisprudência dos tribunais brasileiros, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, evidencia que o fundamento da responsabilidade do poder público **conserva o conteúdo subjetivo**. É certo que a noção de culpa civil cedeu passo à de **culpa administrativa**, acolhendo-se, sob fórmulas várias, o princípio da **falta anônima do serviço**, ou seja, a compreensão de que o mau funcionamento do serviço público, ou a inércia da administração geram a obrigação de indenizar o dano. A teoria do **risco**, não obstante a valia de seus ilustres prosélitos, não conquistou, ainda, a chancela dos pretóris, nem a unanimidade da doutrina”.<sup>116</sup>

Nesse mesmo sentido, comentando a jurisprudência a respeito da matéria, observa CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: “Nos dias atuais, os Tribunais brasileiros invocam habitualmente a responsabilidade objetiva do Estado, mencionando-a como se fora o fundamento de direito positivo que lhes” serve de supedâneo para “as decisões. Vale dizer, tomam por estribo o” preceito “constitucional (atual art. 107) atribuindo-lhe o intuito de acolher, como regra de nosso direito, a responsabilidade objetiva. Inobstante, em grande número de casos, apesar desta invocação, o que fazem é aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva em sua modalidade ‘falta de serviço’ (ou ‘culpa do serviço’). O exame dos fundamentos das decisões comprova que invocam uma teoria declarando-a acolhida pelo texto constitucional — mas fundamentam-se em outra, consoante o exposto. Sem embargo, em outros tantos casos não há negar que, real-

mente, estão embasados na responsabilidade objetiva propriamente dita".<sup>117</sup>

E particularmente com fundamento na falta do serviço, resenha alguns exemplos de arestos do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a responsabilidade estatal: por mau funcionamento do serviço, admitida em tantos acórdãos: Recurso Extraordinário nº. 20.372, de 25 de abril de 1958; por inércia administrativa, tal como em muitos outros julgados: RE 61.387, de 29 de maio de 1968; por danos multitudinários: RE 57.550, de 1967; por danos oriundos de enchentes provocadas por chuvas torrenciais, cuja reiteração no passado exigia providências que foram omitidas: Agravo de Instrumento nº. 58.561, em 23 de outubro de 1973 (RTJ 70/704).<sup>118</sup>

Por último, cabe ressaltar a ressalva feita por PONTES DE MIRANDA, ao comentar o art. 107 da Constituição. Depois de escrever: "Por ter a Constituição de 1967, no art. 107, parágrafo único, falado da ação regressiva em caso de culpa dos funcionários públicos, tem-se procurado sustentar que o art. 107 **afastou a teoria da responsabilidade objetiva**" — anota: "No Recurso Extraordinário nº. 4.622, o Supremo Tribunal Federal, a 21 de janeiro de 1947, acórdão em que se decidiu sobre reparação de depredação por populares, não excluiu que possa haver responsabilidade do Estado por danos em motins, distúrbios, revoltas, ou outras perturbações da ordem pública, mas exigiu a culpa (R. de D. A., 15, 72-86), consoante os arts. 15 e 159 do Código Civil. Está certo. Os populares não são funcionários públicos. A responsabilidade do Estado **mesmo sem haver culpa**, que se estabelece no art. 107, somente se refere a ato lesivo, praticado, em função, pelo funcionário público, mesmo se esse, praticando o ato, usurpa funções".<sup>119</sup>

28. Já vimos antes, através da opinião de BENOIT e do escólio de FERNANDO ANDRADE DE OLIVEIRA (*supra*, nos. 25 e 26), que em França, apesar da imprecisão, apontada pelo primeiro, do quadro do regime geral da responsabilidade administrativa, o princípio geral que a fundamenta é o da **falta do serviço**, e, "a título aparentemente subsidiário", ela é admitida sem que uma falta (culpa) tenha de ser provada.<sup>120</sup>

Também LAUBADÈRE afirma que a responsabilidade por culpa (**faute**) constitui atualmente o "direito comum" da responsabilidade administrativa; e acrescenta que quaisquer que sejam os progressos que tenha logrado alcançar a teoria do risco, ela permanece limitada aos domínios e ligada às condições que ele

procura precisar nos n<sup>os</sup>. 892 a 914 de seu **Tratado**.<sup>121</sup> Conclui que como regra geral o juiz administrativo só condena a Administração se está estabelecida uma falta que lhe pode ser imputada.<sup>122</sup>

E PAUL DUEZ e GUY DEBEYRE (como já vimos aliás no compêndio referido no início deste número — *supra*, n<sup>o</sup>. 26), ao tratarem dos “traços gerais do sistema do risco administrativo”, sublinham o **caráter complementar** dele: “A falta do serviço público permanece a teoria de base, e onde não existe falta do serviço não haverá, em princípio, questão de responsabilidade administrativa. Mas a jurisprudência do Conselho de Estado edificou, ao lado da teoria da falta do serviço, uma teoria secundária, que estende suas ramificações **em direções que vão se multiplicando**. Para hipóteses em que a equidade e o princípio da igualdade dos indivíduos perante os encargos públicos determinam a reparação do prejuízo causado, e em que a teoria da falta do serviço é **tecnicamente insuficiente** para conduzir a esse resultado, o Conselho de Estado utiliza o sistema da responsabilidade por risco.<sup>123</sup> Este último aparece bem, então, como complementar”.<sup>124</sup>

Finalmente, cuidando especificamente da **responsabilidade objetiva**, JEAN RIVERO faz distinção entre os casos de responsabilidade **por risco**, como os de acidentes de trabalho a que estão sujeitos os agentes da Administração, e os decorrentes de coisas perigosas (e. g., explosivos, linhas de transmissão de energia elétrica, armas usadas pela Polícia etc.), e aqueles em que não há **nenhuma falta ou deficiência do serviço**, mas que **não se originam do risco administrativo**. Trata-se aí de danos causados por **atividades lícitas**, configurando situação em que pode haver também responsabilidade (objetiva) do Estado; e indica como exemplos os danos causados por obras públicas não perigosas, que excedem os incômodos ordinários de vizinhança, assim como as medidas de ordem econômica ou social impostas a uma empresa em benefício do interesse geral.<sup>125</sup>

29. A CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO parece que a doutrina correta, no Direito brasileiro, é a resumida no excerto a seguir, de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, em que distingue entre os casos de ação ou de omissão do Estado, para só considerar aplicável a teoria do **risco-proveito** na primeira hipótese, resolvendo-se a segunda com base no **princípio da falta do serviço**:

“A responsabilidade fundada na teoria do risco-proveito pressupõe sempre ação **positiva** do Estado, que coloca terceiro em risco, pertinente à sua pessoa ou ao seu patrimônio, de ordem material, econômica ou social, em benefício da instituição governamental ou da coletividade em geral, que o atinge individualmente, e atenta contra a igualdade de todos diante dos encargos públicos, em lhe atribuindo danos anormais, acima dos comuns, inerentes à vida em sociedade.

“Consiste em **ato comissivo**, positivo do agente público, em nome e por conta do Estado, que redundando em prejuízo a terceiro, consequência de risco decorrente da sua ação, repita-se, praticado tendo em vista proveito da instituição governamental ou da coletividade em geral. Jamais de omissão negativa. Esta, em causando dano a terceiro, não se inclui na teoria do risco-proveito. A responsabilidade do Estado **por omissão** só pode ocorrer na hipótese de culpa anônima, da organização e funcionamento do serviço, que não funciona ou funciona mal ou com atraso, e atinge os usuários do serviço ou os nele interessados”.<sup>126</sup>

A essa lição o autor que a transcreve acrescenta que, aos casos de comportamento comissivo (ato ou fato) devem somar-se, para serem incluídos entre os de responsabilidade objetiva, os resultados lesivos decorrentes do **fato das coisas**, quando estas estão sob a custódia da Administração. E remata afirmando que “o certo e inquestionável, demais disso”, é que há responsabilidade estatal “toda vez que o serviço apresentar falha, reveladora de insuficiência em relação” ao que deveria ser, normalmente — “à média que pode razoavelmente ser exigida”, aditamos com ROLLAND<sup>127</sup> — , causando prejuízo a alguém.<sup>128</sup>

30. HELY LOPES MEIRELLES faz distinção entre a teoria do **risco administrativo** e a do **risco integral**, dizendo que esta última “é a modalidade extremada da doutrina do **risco administrativo**, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Por essa fórmula radical a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiro, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima. Daí por que foi acoimada de ‘brutal’ (Jean Defroidmont, **La science du droit positif**, 1933, pág. 339), pelas graves consequências que haveria de produzir se aplicada na sua inteireza. Essa teoria jamais foi acolhida entre nós, embora haja quem sustente a sua admissibilidade no texto da Constituição da República (Mário Masagão, **Curso de Direito Administrativo**, 1960, pág. 232; Otávio de Barros, **Responsabilidade Pública**, 1956, pág. 103). Contestamos

formalmente esse entender, que se desgarrar da doutrina acolhida pelo nosso direito e se divorcia da jurisprudência que se formou acerca do citado dispositivo constitucional, consagrador da **teoria objetiva**, mas sob a modalidade do **risco administrativo** e não do **risco integral**".<sup>129</sup>

Mas esse autor não faz a necessária distinção entre a **responsabilidade subjetiva** e a **objetiva**, não indicando com precisão que os **fundamentos** da responsabilidade são diversos, numa e na outra hipótese; ou, dizendo melhor, com LAUBADÈRE, que as **condições**, os **pressupostos** para que o Estado seja obrigado a indenizar são diversos:<sup>130</sup> lá, a **culpa**, quer do funcionário individualmente, no exercício de suas funções ou por ocasião delas (que LAUBADÈRE chama de "falta de serviço" do funcionário), pela qual responde o Estado (Const. Fed., art. 107), quer sob a modalidade da falta do serviço público (culpa anônima), porque este não funcionou quando devia funcionar, funcionou mal ou tardiamente (constituindo ambas modalidades de **culpa administrativa**);<sup>131</sup> aqui, tão-somente o **risco**, decorrente de atividade lícita da Administração.<sup>132</sup>

As noções de responsabilidade **por culpa** e responsabilidade **por risco**, responsabilidade objetiva (que é, por definição, responsabilidade sem culpa, como se disse — *supra*, nota 132),<sup>133</sup> são conceitos antitéticos, **hurlent ensemble**. Nem se admite a confusão entre **culpa presumida** e responsabilidade objetiva. A primeira é um meio-caminho para a segunda: adota-se quando não se quer ainda adotar a responsabilidade sem culpa. Então, em certos casos, para que não fique muito dificultada a prova da culpa pela vítima do dano (que em determinadas hipóteses poderia ser mesmo impossível), a lei estabelece uma **presunção** (geralmente **iuris tantum**): a de que **houve** a culpa. Inverte-se, assim, o ônus da prova, e o causador do dano é que terá de provar — contrariando a presunção legal — que ela na realidade não existiu. A singela explicação é suficiente para demonstrar que se houvesse aquela identidade a culpa seria elemento integrador do conceito de responsabilidade objetiva . . .<sup>134</sup>

31. A distinção reclamada é relevada por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, lembrando advertência, a esse respeito, de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO. Escreve o primeiro: "É mister acentuar que a responsabilidade por falta do serviço, falha do serviço ou culpa do serviço ('faute du service', seja qual for a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que

entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto". E alvitra: "É muito provável que a causa deste equívoco, isto é, da suposição de que a responsabilidade pela 'faute du service' seja responsabilidade objetiva, deva-se a uma defeituosa tradução da palavra 'faute'. Seu significado corrente em francês é o de **culpa**. Todavia, no Brasil, como de resto em alguns outros países, foi inadequadamente traduzida como 'falta' (ausência), o que traz ao espírito a idéia de algo objetivo".<sup>135</sup> Considera também que "outro fator que há de ter concorrido para robustecer este engano" é a necessidade de estabelecer-se, em muitos casos de responsabilidade por **falta do serviço**, uma presunção de culpa (a que aludimos no número anterior e na nota 134, *supra*), ante a dificuldade, por vezes extrema, de o lesado demonstrar que o serviço funcionou abaixo do padrão exigível.

O mesmo autor pondera, ainda, que o argumento de que a **falta do serviço** é um fato objetivo, por corresponder a um funcionamento **objetivamente inferior ao padrão normal** exigível, não aproveita aos que pretendem caracterizá-la como modalidade de responsabilidade objetiva; pois como tal se poderia então considerar também a responsabilidade **por culpa**, já que é culposo (por negligência, imprudência ou imperícia) o comportamento **objetivamente inferior ao padrão normal** de conduta esperável do agente (padrão do **bonus pater familias**, do homem médio).<sup>136</sup> Aliás, pode-se acrescentar que tanto num como noutro caso a **falta** (culpa) se aprecia **in abstracto**, como regra,<sup>137</sup> ao menos predominantemente.<sup>138</sup>

E, finalmente, lembra a expressiva afirmação de PAUL DUEZ (*La responsabilité de la puissance publique*, Paris, 1927, p. 11), de que "não é o fato do serviço; mas a **falta do serviço** que enseja a indenização para a vítima do dano"; mesmo porque, como acentuou mais de uma vez este autor, nem toda falta do serviço acarreta automaticamente a responsabilidade; o Conselho de Estado a aprecia em cada caso "conforme os fatos da espécie e segundo a **diligência média que se pode razoavelmente exigir do serviço**".<sup>139</sup>

32. Deve-se dizer uma palavra sobre a exclusão da responsabilidade estatal nos casos de responsabilidade objetiva. (Nos casos de responsabilidade **por culpa** essa exclusão resulta automaticamente do fato de, estando presentes o dano e a **relação causal**, não estar presente o **elemento subjetivo**: a **culpa administrativa**, quer sob a modalidade de **falta individual do funcionário**, quer sob a de **falta do serviço**.) Nesses casos, em princípio, bastam a

existência de dano e o nexo entre ele e o fato da Administração, para que se componha a situação em que o Estado é obrigado a indenizar. Isso ocorre quando a condição para que se verifique a responsabilidade é o **risco administrativo** (compreendendo-se aqui aquelas situações anteriormente vistas, em que não há propriamente **risco** decorrente da ação estatal, mas em que certas atividades lícitas, praticadas pela Administração em proveito de toda a comunidade, causam prejuízo anormal a um ou alguns particulares, o que justifica a repartição do prejuízo entre todos — através da indenização paga pelo Estado — , segundo princípio conhecido e já referido).

Também se pode estabelecer, como princípio, que só se elidirá a responsabilidade do Estado, nessas hipóteses, se não se configurar a relação de causa a efeito entre o fato da Administração e o dano verificado.

Costuma-se dizer (e já se disse anteriormente neste trabalho) que a **culpa da vítima** exclui tal responsabilidade. Mas, precisando melhor o problema, constata-se que não é efetivamente a **culpa** do lesado que a elide — o que seria ilógico, já que a culpa não é elemento da relação jurídica em causa. A prova da culpa da vítima é realmente eficaz para afastar a obrigação indenizatória nos casos de **culpa** presumida, em que ela é de fato elemento da relação obrigacional. Demonstrado, assim, que ela não existe realmente, ao contrário do que a lei fazia presumir (presunção **iuris tantum**), o vínculo não se forma, por falta de um de seus pressupostos.

Mas quando a culpa não é elemento da relação (como no caso em exame), o raciocínio tem de ser outro. Quando se demonstra que a **culpa** pelo acidente foi da vítima, o que se está demonstrando, na verdade, é que o acidente foi por ela **causado**. Figure-se o exemplo corrente, de acidente de trânsito com veículo oficial, cuja circulação, em circunstâncias especiais, envolve risco assumido pelo Estado (ambulâncias oficiais, carros de bombeiros, viaturas policiais em diligência de perseguição de criminosos ou de salvamento de pessoas, etc.). Provando-se que eventual colisão ocorrida com automóvel particular deveu-se a negligência ou imprudência de seu motorista, que não deu a atenção devida ao veículo da Administração circulando naquelas circunstâncias, ou que de qualquer maneira foi o culpado pelo evento (inclusive por imperícia), podemos dizer que, antes que culpado, foi ele o **causador** do resultado lesivo, em seu próprio prejuízo (supondo-se que não houve danos à viatura oficial, hi-

pótese esta que não interessa aqui analisar). Falta, assim, o nexo causal que ligue o fato da Administração ao dano ocorrido, acarretando para o Estado a obrigação de indenizá-lo. Como exemplo extremo para evidenciar isso pode-se figurar a hipótese de um desses veículos oficiais, embora circulando nas condições especiais referidas, ter parado eventualmente ante um semáforo, e ser nesse momento atingido pelo automóvel particular: é manifesto que não se poderia dizer, aqui, que o motorista do carro da Administração ou que este foi causador da colisão e do conseqüente dano.<sup>140</sup>

Se se tratasse de veículo oficial comum, cuja circulação não envolve nenhum **risco** especial para o trânsito (diverso do risco normal que envolve a circulação de todos os outros veículos), e tendo ele colidido com automóvel particular, havendo **culpa administrativa** (culpa individual do motorista funcionário, por imprudência ou negligência na direção daquela viatura, ou **falta do serviço**, por defeito, por exemplo, na mesma viatura) concorrendo com **culpa** do motorista do veículo de propriedade privada, haveria atenuação da responsabilidade do Estado, com repartição, proporcional às respectivas culpas, das indenizações devidas de parte a parte.<sup>141</sup>

A **força-maior** independente, excluindo também o nexo causal, afasta igualmente a responsabilidade do Estado, mesmo nos casos em que ela se considera objetiva.<sup>142</sup>

Enfim, tem de haver **imputabilidade** do dano à Administração, no sentido acima exposto, ainda nas hipóteses de responsabilidade sem culpa, para que o Estado seja obrigado a indenizá-lo.

33. É preciso não esquecer que a **culpa administrativa** pode decorrer não somente da **falta do serviço** propriamente dito (falta anônima), mas também da falta individual de um agente público (que se reflete, evidentemente, no funcionamento do serviço). Aliás, é essa u'a modalidade muito comum (talvez a mais comum) de culpa administrativa ensejando a responsabilidade do Estado. Basta lembrar que entre nós o estatuto básico da responsabilidade civil estatal, o art. 107 da Constituição, se refere justamente a ela, na sua formulação explícita ("As pessoas jurídicas de direito público **responderão** pelos danos que seus **funcionários**, nessa qualidade, **causarem** a terceiros"). Tanto assim que logo em seguida (parágrafo único) se acrescenta que "cabará ação regressiva contra o **funcionário responsável**, nos casos de culpa ou dolo".

Verificado um dano imputável à Administração, fora dos casos de responsabilidade objetiva (baseada no **risco**) — e portanto condicionada pela **culpa administrativa** —, se se puder identificar o agente administrativo cuja função, mal exercida (com “ação ou omissão voluntária” (dolo), “negligência, ou imprudência”, na fórmula do Código Civil, art. 159), o ocasionou, haverá — da mesma forma como ocorre no caso de **falta do serviço** — obrigação do Estado de indenizar, diretamente para com o lesado; mas haverá também, regressivamente, outra relação jurídica obrigacional, do funcionário culpado para com o Estado, para ressarcir a este do prejuízo pelo qual respondeu. Se, entretanto, nenhum agente público puder ser individualizado como causador do dano, haverá somente a primeira relação obrigacional: do Estado em face da vítima. A culpa, no caso, **será anônima** (falta do serviço). Normalmente existirá, nessa hipótese, subjacentemente, culpa de um ou de diversos funcionários, já que na maior parte dos casos o mau funcionamento do serviço decorre de falhas humanas (*cherchez l’homme. . .*) (é muito comum que se deva também a falta de recursos materiais, dependendo isso principalmente das condições sócio-econômicas do país);<sup>143</sup> mas essa **culpa individual**, por trás da culpa administrativa revelada na **falta do serviço**, não pôde, *ex hypothesi*, ser identificada.

Para a vítima do dano essa distinção tem conseqüências práticas: no primeiro caso deverá provar a falta individual do agente administrativo, devida a ato voluntário, negligência ou imprudência dele; no segundo, sem qualquer preocupação com um **agente**, deverá demonstrar que o **serviço** funcionou mal, fora do padrão que se podia exigir nas circunstâncias.

Esse “**duplo aspecto da culpa administrativa**” foi muito bem sintetizado por LAUBADÈRE, ao escrever:

“A culpa” (*faute*) “administrativa pode revestir um ou outro dos dois aspectos seguintes:

“Ela pode de uma parte consistir em uma **falta individual**, cometida por um agente que é possível identificar; é então a **falta de serviço** do funcionário, que já se teve ocasião de analisar.

“Mas a culpa administrativa pode igualmente consistir em uma **falta anônima** cujo autor não aparece de maneira clara sob a forma de um funcionário identificável: é o serviço em seu conjunto que funcionou mal. . . .<sup>144</sup> A jurisprudência, de resto, deu a este tipo de culpa administrativa o nome, sem dúvida puramente metafórico mas fortemente expressivo, de **falta do serviço públi-**

co (note-se a diferença de terminologia com 'a falta de serviço')".<sup>145</sup>

E não deixou de ser anotado também por ROLLAND: "A falta" (do serviço) "pode ser a consequência de uma falta individual, mas ela é independente desta".<sup>146</sup>

É intuitiva a imagem disso: o funcionário seria a peça da engrenagem que faltou ou está defeituosa (**falta individual**); em consequência, a máquina, em seu conjunto, apresenta mau funcionamento (**falta do serviço**).

Tudo isso é importante para a análise do problema da denunciabilidade da lide ao funcionário pelo Estado, a que voltamos agora.

### PARTE III (CONCLUSÃO)

34. Iniciamos o exame do tema específico deste estudo (o da denúncia da lide pelo Estado, nas ações indenizatórias contra ele promovidas, ao funcionário) pela análise do problema de ser sempre objetiva, ou não, a responsabilidade da pessoa jurídica de Direito público (*supra*, II Parte, nos. 24 e segs.).

Agora, vista com certa extensão essa matéria, podemos examinar o ponto nodal da questão, enfocando a um tempo o problema da possibilidade, da obrigatoriedade e da oportunidade da referida denúncia.

É claro que a questão se coloca de maneira diferente, se se parte do pressuposto de que a responsabilidade estatal é sempre **objetiva** ou de que, ao contrário — e como concluímos nesta pesquisa, na parte anterior —, ela será, conforme a espécie de que se trate, **subjéctiva** (culpa **administrativa**, compreendendo a **falta individual** do funcionário e a chamada **falta do serviço**) ou objetiva (esta baseada precipuamente no **risco administrativo**).

E também diverso será o enfoque, se se considera que a **ação de garantia** (em sentido lato, compreendendo toda ação de regresso), como entende a doutrina predominante, é sempre automaticamente proposta quando se faz a denúncia da lide, ou se, ao inverso — e como também concluímos neste estudo, na primeira parte —, sua propositura é uma faculdade reservada à discricção do titular do direito de regresso, que poderá fazer tão-somente a **litis denunciatio** ou cumulá-la com a ação **in eventum**. Se preferir a primeira opção poderá depois, vencido que seja na ação originária (pressuposto da procedência da ação de garantia), propor

contra o garante (*lato sensu*) ação regressiva autônoma.

35. Examinemos as três hipóteses: ação indenizatória movida contra o Estado por ato culposo de seu agente (pelo qual aquele responde — Const. Fed., art. 107, *caput*), por falta do serviço ou fundada unicamente no risco administrativo (*lato sensu*).

Na primeira hipótese não há como não se ver enquadrada na previsão do art. 70, III, do Código de Processo Civil, a denunciabilidade da lide ao funcionário.<sup>147</sup>

Na segunda não há cogitar da ação de garantia incidente, ou sequer de simples denúncia da lide, pois, por hipótese, constatou-se o mau funcionamento do serviço, mas não se identificou um (ou alguns) funcionário culpado por esse mau funcionamento: há culpa administrativa com falta anônima (culpa do serviço).<sup>148</sup>

Finalmente, na terceira, em princípio também não ocorre a possibilidade da ação de regresso incidente (como também a autônoma), pois não há um agente público culpado, sim um dano decorrente de risco inerente à atividade administrativa. Entretanto, existe aqui a possibilidade de *concausas*. Se a atividade perigosa ou anormalmente incômoda para um particular já gera por si só a responsabilidade do Estado por danos causados, o dano concreto verificado no caso pode ter sido especialmente agravado por imprudência ou negligência de um funcionário ao realizar determinado serviço. Então, embora o Estado responda diretamente em face da vítima, terá ação regressiva contra seu agente para cobrar-lhe ressarcimento proporcional à sua participação na causação do evento. E essa ação do funcionário poderá ser de tal ordem que se torne causa autônoma, única, do dano, pouco importando o pressuposto de se tratar de atividade perigosa ou propiciadora de prejuízo anormal para o particular (porém lícita), exercida pela Administração. Aqui ainda o Estado responde diretamente perante a vítima; mas já teremos recaído na primeira hipótese, de responsabilidade por ato culposo de seu agente. (Pense-se sobretudo no caso de ato doloso do funcionário, no exercício daquela atividade.)<sup>149</sup>

36. Com base no entendimento predominante, de que a ação de regresso está sempre embutida na denúncia da lide, divergem autores e julgados sobre a possibilidade de o Estado fazê-la ao seu funcionário. É que, partindo-se também do pressuposto de que a responsabilidade daquele seria sempre objetiva, indaga-se se seria aceitável introduzir no processo questão nova — a da culpa do agente público —, estranha ao fundamento da ação

original, com prejuízo ao autor desta, pelo retardamento da solução da causa.<sup>150</sup>

Assim, no Direito italiano, por exemplo, com base no ensinamento de CARNELUTTI,<sup>151</sup> em caso em que o fundamento da responsabilidade do réu da ação indenizatória fosse de ordem objetiva, não caberia a *chiamata in garanzia* do preposto, com base na alegada culpa deste, porque tal culpa seria um elemento alheio à relação originária de Direito material: seria hipótese da chamada *garantia imprópria*.<sup>152</sup>

Nas hipóteses de garantia imprópria, entretanto, o "garantido" pode utilizar-se da *denunzia di lite*, à maneira romana (*litis denuntiatio*), vinculando assim o "garante" à sentença, quanto às questões de interesse mútuo e conexas às de uma eventual e subsequente ação regressiva que poderá propor contra ele. Dessa maneira, na demanda baseada em responsabilidade objetiva, acima exemplificada, o preponente poderia denunciar a lide ao preposto, para vinculá-lo à decisão das questões comuns: a existência do dano, seu montante, o fato de ter sido ou não a vítima a real causadora dele (o que excluiria a responsabilidade). Vencido o réu (preponente) nessa causa, a discussão na ação de regresso limitar-se-ia à matéria que não fora objeto de debate e julgamento: a efetiva culpa do preposto na causação do dano já reconhecido.<sup>153</sup>

37. Em relação ao tema específico que temos sob exame (denúnciação feita pelo Estado, em que o funcionário seria seu preposto), dificilmente essa última hipótese (*supra*, nº. 36) poderia verificar-se. É que, como se viu antes (*supra*, nº. 35), somente no caso de atividade lícita, exercida pela Administração, envolvendo risco ou propiciando incômodo anormal para o particular — que é o de responsabilidade realmente objetiva do Estado —, poderia concorrer, com essa responsabilidade da pessoa jurídica, responsabilidade do agente administrativo, por ter agido com negligência ou imprudência. As outras hipóteses serão de responsabilidade subjetiva da pessoa jurídica de Direito Público.

Aliás, neste caso, devemos fazer ressalva ao que dissemos antes (*supra*, nº. 35). No caso de falta do serviço também há, melhor examinando a hipótese, possibilidade de concausalidade, e portanto de concorrência da responsabilidade estatal com a do funcionário.<sup>154</sup> Suponha-se dano causado por mau funcionamento do serviço, em virtude de dupla causa: deficiência de equipamento e negligência ou imprudência de funcionário participante

da atividade inerente a esse serviço. Aqui, também (como já dissemos acima em relação à hipótese de risco), haverá obrigação direta do Estado para com a vítima, pela indenização integral (Constituição, art. 107), mas haverá igualmente obrigação do agente público para com o Estado, de ressarcimento proporcional à sua participação culposa no evento. O Estado tem ação de regresso, quanto a essa parte, contra o agente.<sup>155</sup>

Na maior parte dos casos o direito de regresso do Estado contra o seu funcionário decorrerá de aplicação estrita da letra do art. 107 da Constituição; ou seja, será proveniente de ação de indenização proposta pelo particular contra aquele, baseada em ato culposo do agente administrativo. Em uma das hipóteses mais comuns na prática forense, a de ação para reparação de danos ocorridos em acidente automobilístico envolvendo veículo oficial — fora dos casos que caracterizam risco especial, a que antes aludimos (*supra*, n.º. 32) —, é precisamente isso o que ocorre. Ao contrário do que se costuma dizer, sobretudo na jurisprudência, não se trata, aí, de responsabilidade objetiva do Estado; trata-se, sim, de responsabilidade subjetiva, baseada na culpa administrativa, na modalidade de falta individual do funcionário, no exercício da função ou por ocasião dela (“nessa qualidade”, na fórmula do art. 107 da Constituição). Porque, como atrás analisamos, não existe, nessa circulação de veículos pertencentes à Administração, qualquer risco anormal ou especial para os particulares, diverso daquele que decorre para eles da circulação de todos os outros automóveis. As regras que presidem a essa circulação são as mesmas para uns e outros, consubstanciadas especialmente no Código Nacional de Trânsito (salvo, repita-se, em se tratando de viaturas especiais em circunstâncias especiais) (*supra*, n.º. 32 e nota 140). O acidente terá ocorrido, então, por imprudência, negligência ou imperícia do motorista funcionário,<sup>156</sup> na direção do automóvel.

(Pode o acidente ocorrer também por falta do serviço, no caso de defeito do veículo oficial, por exemplo, não atribuível a funcionário encarregado de sua manutenção. Nesse caso não haverá direito de regresso nem se cogitará, portanto, de denúncia da lide, salvo se, como há pouco vimos, com essa causa concorrer culpa do motorista empregado da Administração.)

38. Para se poder, agora, bem examinar a possibilidade e a oportunidade de o Estado denunciar a lide a seu funcionário, e propor contra ele a ação de garantia (= ação de regresso), não nos devemos basear unicamente no Código de Processo Civil,

art. 70, III, e na Constituição Federal, art. 107. Há, aí, um "complicador" que deve ser analisado: as disposições do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Lei nº. 1.711, de 28 de outubro de 1952) e da Lei nº. 4.619, de 28 de abril de 1965.

A primeira é lembrada por MILTON FLAKS, por dispor, em seu art. 197, § 2º., "em norma literalmente copiada, de um modo geral, pelos estatutos funcionais dos Estados e Municípios":<sup>157</sup> *"Tratando-se de dano causado a terceiro, responderá o funcionário perante a Fazenda, em ação regressiva, proposta depois de transitar em julgado a decisão de última instância que houver condenado a Fazenda a indenizar o terceiro prejudicado"*.

E esse autor observa muito bem: "Evidentemente, o objetivo da norma é preservar o servidor público das despesas indispensáveis à sua defesa (advogado, custas judiciais), pelo menos até que se concretize, de forma definitiva, o prejuízo do erário. Em outras palavras: só depois de convencida a Fazenda de sua própria responsabilidade, é que poderá propor ação regressiva contra o funcionário, se persuadida, igualmente, da culpa deste, pelos elementos colhidos em inquérito administrativo regular ou no curso do procedimento judicial indenizatório".<sup>158</sup>

Já a lei nº. 4.619, de 1965, estatui, no art. 1º., caput: "Os Procuradores da República são obrigados a propor as competentes ações regressivas contra os funcionários de qualquer categoria declarados culpados por haverem causado a terceiros lesões de direito que a Fazenda Nacional seja condenada judicialmente a reparar". E no art. 2º.: "O prazo para ajuizamento da ação regressiva será de sessenta dias a partir da data em que transitar em julgado a condenação imposta à Fazenda".

ARRUDA ALVIM, chamando a atenção para essa lei, em nota de pé de página, escreve: "Quanto à União há que ter presente a lei nº. 4.619, de 28.IV.1965, a qual, todavia, não impede a denúncia da lide, como já se pensou. Se ino correr a denúncia, entretanto, haverá de ser movida ação regressiva autônoma. O art. 2º. dessa lei, ao aludir ao trânsito em julgado, não coloca este fato como condição ao exercício da ação, mas alude ao termo final para o ajuizamento, e, ainda assim, do ponto de vista da atividade funcional do Ministério Público Federal".<sup>159</sup>

Pensamos que lhe assiste razão nesse ponto. A Lei nº. 4.619 apenas obriga ("são obrigados") os Procuradores da República a propor as ações regressivas, fixando um prazo

máximo para que seja cumprido esse dever funcional; mas não impede, não proíbe em nenhum dispositivo o exercício da ação de regresso **incidente**, cumulada à denúncia da lide (a **ação de garantia**, do art. 109 do Código, a que antes aludimos).

Só previu ela, na verdade, a ação regressiva autônoma, proposta depois de ter a Fazenda Nacional sido condenada na ação indenizatória que lhe moveu o terceiro. Mas era natural que assim fosse: à sua época (1965) vigorava o Código de Processo Civil de 1939, cuja sistemática era essa, além de limitada a denúncia da lide à hipótese de evicção (art. 95). Pois, conquanto o art. 95 falasse em "chamar à autoria" o garante (e daí a denominação de **chamamento à autoria** que a doutrina dava ao instituto), em realidade a **garantia** (= "autoria") não era exigida no mesmo processo; só podia ser pedida "em ação direta" (pressupondo-se a condenação, a sucumbência do denunciante), como deixava muito claro o art. 101. Tratava-se, pois, de **mero chamamento** a Juízo (denúncia da lide), visando a provocar a intervenção forçada do terceiro (garante) no processo: se ele "viesse a Juízo", assumiria o lugar do denunciante, que seria extrometido (art. 97); se não viesse, "dentro do prazo", cumpriria ao denunciante "defender a causa até final, sob pena de perder o direito à evicção" (art. 98) (cf., *supra*, n<sup>os</sup>. 3 e 4 e nota 12).

39. Mas, se a Lei n<sup>o</sup>. 4.619 não é impedimento, não cria **condição** para o exercício da ação (como diz ARRUDA ALVIM) — o trânsito em julgado da sentença condenatória da Fazenda Pública —, o mesmo não se pode dizer, ao que nos parece, sobre o outro texto legal acima transcrito: o do art. 197, § 2<sup>o</sup>., do Estatuto.

Se esse dispositivo diz que o funcionário "responderá . . . em ação regressiva, proposta depois de transitar em julgado" aquela sentença, há — aí sim — um impedimento, uma proibição a que essa ação regressiva seja exercida antes desse trânsito em julgado.

A formação da *res iudicata* é, por conseguinte, **condição** da ação de regresso. Pode-se dizer que é uma condição especial, posta pela lei, ao lado das condições genéricas de toda ação (legitimidade de parte, interesse processual, possibilidade jurídica do pedido).<sup>160</sup> Mas também se pode entender, a nosso juízo, que sem essa sentença condenatória da Fazenda Pública, em caráter definitivo, esta (o Estado, *lato sensu*) não tem **legítimo** interesse (econômico) para propô-la;<sup>161</sup> ou que **inexiste possibilidade**

jurídica (também temporariamente) para o pedido<sup>162</sup> (Cód. Civil, art. 76; Cód. de Proc. Civil, arts. 3º., 267, VI, 295, I e III e parágrafo único, III, e 301, X).

Se a lei (Lei nº. 1.711, de 1952 — Estatuto dos Funcionários Civis da União — e estatutos estaduais que copiaram o art. 197, §2º. daquela) declara que o funcionário “responderá” (perante a Fazenda, em ação regressiva) só depois que houver condenação definitiva desta (“de última instância”, enfatiza-se), pode-se afirmar sem medo de errar, em nosso entender, que ele, o agente público, tem direito de não “responder”, de não ser acionado antes do trânsito em julgado dessa condenação; ou, o que é o mesmo, que ele não tem obrigação de “responder”, e portanto de ser réu na ação regressiva, sem que se verifique essa condição.

O direito do Estado, pois, de demandar regressivamente o seu funcionário, para obter ressarcimento da indenização devida ao terceiro pelo dano causado culposamente pelo mesmo funcionário, é um direito subordinado a condição suspensiva: sua condenação definitiva na demanda contra ele (Estado) proposta pelo terceiro. Seu direito só surge no momento em que surge sua obrigação de indenizar. E essa condição suspensiva do direito (Código Civil, art. 118) é também condição da ação.

Assim, se o Estado propuser incidentalmente contra o funcionário a ação de regresso (= ação de garantia), no processo instaurado com a ação indenizatória promovida contra o primeiro pelo lesado — cumulando a ação de garantia à denúncia da lide, como antes foi exposto —, o funcionário (feito indevidamente réu da ação de regresso, paralela à ação principal) poderá responder-lhe: Não tens ação! Ou, falando processualmente: poderá, na contestação, alegar preliminarmente, com êxito, a carência de ação do autor-Estado (Cód. de Proc. Civil, art. 301, X).

Mas o Juiz também poderá indeferir liminarmente a petição inicial da ação de garantia anexa à denúncia da lide. Quer considerando que a falta de condenação definitiva da Fazenda Pública significa ausência de uma condição especial da ação regressiva; quer entendendo que essa falta é geradora de falta de interesse (Cód. de Proc. Civil, art. 295, III) ou de impossibilidade jurídica (art. 295, I e parágrafo único, III).

Em todos esses casos a solução será a adequada; será processual, não afetando portanto o direito material do Estado (que uma vez condenado definitivamente já terá a ação que

lhe foi negada) de receber o ressarcimento da indenização; a decisão não fará coisa julgada contra ele, pois não terá apreciado o mérito da causa ("a lide": art. 468). A "coisa julgada", no caso, será meramente formal (cf. arts. 467 e 468, combinados com o art. 268, do Cód. de Proc. Civil).

A falta de condição especial, ou do interesse, ou da possibilidade jurídica, por hipótese reconhecida, é temporária: o *ius actionis* está suspenso; o autor-Estado não tem, ainda, interesse de agir; o atendimento do pedido é, *si et in quantum*, juridicamente impossível. O processo (quanto à ação de regresso incidente) se extingue sem julgamento de mérito (Cód. de Proc. Civil, art. 267, I e VI); e, assim, nada impedirá que, verificada a condição (a condenação definitiva da Fazenda Pública), a ação regressiva autônoma seja proposta e admitida (art. 268, *caput*).

40. As conclusões anteriores (nº. 39, *supra*) ficam melhor demonstradas quando se pensa na *mens legis*. Não parece que se possa vê-la no evitar o locupletamento indevido da Fazenda Pública, à custa do empobrecimento do funcionário. Porque, ao tempo em que a Lei nº. 1.711, de 1952, foi promulgada, estava em vigor o Código de Processo Civil de 1939, que, como vimos, só previa a denúncia da lide para o caso de evicção (art. 95), e assim mesmo sem admitir a cumulação da ação de garantia, conquanto falasse em "chamar à autoria" (= garantia) o transmissente da coisa ou do direito real, como deixava inequívoco o art. 101, ao dizer que "a evicção pedir-se-á em ação direta" (fazendo supor que essa ação se seguiria à ação de que resultara a evicção). Por outro lado, não seria concebível, em ação autônoma movida pelo Estado contra seu funcionário, paralela ou antecipadamente à ação indenizatória proposta contra aquele pelo lesado, o atendimento de pedido de condenação ao ressarcimento de eventual prejuízo da Fazenda Pública, caso viesse a ser acionada e condenada a indenizar dano causado a terceiro. Só se condena a indenizar dano efetivo, atual, não prejuízo futuro e incerto (cf. Código Civil, arts. 1.059, *caput*, e 1.060, e art. 159: "Aquele que . . . causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano").<sup>163</sup>

Menos se poderia, fazendo uma "atualização" da *mens legis* contida no art. 197, § 2º., da Lei nº. 1.711, de 1952, enxergar nela o objetivo de impedir o enriquecimento sem causa do Estado com o empobrecimento do servidor, pelo exercício da ação regressiva incidente contra este, no mesmo processo da ação de reparação promovida pelo terceiro contra aquele. É que, como

antes se viu, a ação de garantia proposta com a denunciação da lide é sempre *in eventum*, isto é: só haverá condenação do denunciado se houver sucumbência do denunciante na ação principal — e, portanto, prejuízo efetivo para este. Isso fica claro aliás pelo próprio teor do art. 76 do Código de Processo Civil: “A sentença, que julgar procedente a ação” (rectius: a sentença desfavorável ao denunciante), “declarará, conforme o caso, o direito do evicto, ou a responsabilidade por perdas e danos, valendo como título executivo”.

De qualquer maneira, ainda quando a *mens legis* fosse principalmente essa, ou também essa (evitar o locupletamento injusto do Estado à custa do servidor) — com uma norma bem clara a fim de espancar qualquer dúvida a respeito —, ela seria evidentemente em benefício do funcionário. Mas é preciso lembrar, com MÍLTON FLAKS, no mesmo sentido, aquele que parece ser o escopo precípua da regra legal: “Evidentemente, o objetivo da norma é preservar o servidor público das despesas indispensáveis à sua defesa (advogado, custas judiciais), pelo menos até que se concretize, de forma definitiva, o prejuízo do erário. Em outras palavras: só depois de convencida a Fazenda de sua própria responsabilidade, é que poderá propor ação regressiva contra o funcionário, se persuadida, igualmente, da culpa deste, pelos elementos colhidos em inquérito administrativo regular ou no curso do procedimento judicial indenizatório”.<sup>164</sup>

41. A análise feita a partir do nº. 38, *supra*, confirma que a distinção entre os dois institutos — **denunciação da lide**, disciplinada principalmente nos arts. 70 a 76, e **ação de garantia**, com sua principal *sedes materiae* no art. 109, do Código de Processo Civil —, além de ter base histórico-jurídica (como se procurou demonstrar na primeira parte deste trabalho), tem grande utilidade prática. De fato, permite ao titular do direito de regresso, conforme as circunstâncias do caso, optar entre fazer simples denunciação (*litis denuntiatio*) — apenas para vincular o denunciado ao resultado do processo —, reservando-se para posteriormente, vencido, propor contra ele a ação regressiva; ou cumulá-la desde logo com a ação de regresso incidente (= ação de garantia), com o caráter de *eventual*, arriscando-se a suportar nela os ônus da sucumbência se afinal não ficar vencido na ação principal.

Podemos, pois, concluir nossa pesquisa acompanhando, como considerações finais, as conclusões da festejada (neste estudo) tese de MÍLTON FLAKS, nela adotada, no parágrafo da obra em

que trata da responsabilidade civil do Estado, em relação com a *litis denuntiatio* e a ação de garantia.<sup>165</sup>

Como expõe ele, a ser verdadeira a tese contrária, de se conter sempre na denúncia da lide, implícita e necessariamente, uma demanda de garantia (*lato sensu*), o Estado estaria impedido, *in casu*, de fazer a denúncia ao servidor suspeito de culpado pelo dano causado ao terceiro, já que impedido — não por não se enquadrar a hipótese no art. 70, III, do Código de Processo Civil (que o enquadramento é perfeito), mas por força de lei especial administrativa (de “um comando administrativo interno”, no dizer do autor citado) disciplinadora das relações jurídicas funcionais entre eles (o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, Lei nº. 1.711/52, citada, ou os estatutos estaduais) — de propor a ação regressiva contra ele antes de transitar em julgado a sentença (em sentido lato) condenatória da Fazenda Pública, na ação de indenização contra esta promovida pelo terceiro lesado.

Já aceita a construção ora proposta, de que denúncia da lide e ação *in eventum* são institutos distintos, cumuláveis ou não a critério do titular do direito de regresso, nada impede o Estado de fazer a simples denúncia do litígio ao servidor supostamente culpado. Só não pode, neste caso especial, fazer a referida cumulação; não pode propor a ação de garantia incidente.

Assim, havendo indícios de que o funcionário é culpado pelo evento danoso, o Estado lhe denunciará a lide apenas para vinculá-lo à decisão das questões comuns e conexas com as da eventual ação regressiva autônoma que poderá propor contra ele, após sair vencido e condenado a indenizar o terceiro na demanda que este lhe move. Nessa posterior ação de regresso apenas será objeto de discussão e julgamento o tema não decidido na ação indenizatória; as questões nela já resolvidas — que farão coisa julgada também para o servidor, por força da denúncia da lide que lhe foi feita —, como principalmente a existência ou não de culpa da vítima, ou a de ter sido ela efetivamente a causadora do fato lesivo (fatos que, provados, excluiriam ou atenuariam a responsabilidade do Estado e conseqüentemente a do funcionário), ou a do montante do dano, serão **questões prejudiciais de mérito**, já decididas, a serem tomadas necessariamente como premissas pelo juiz no julgamento da ação regressiva. E nesta somente se discutirá e decidirá a questão não deci-

**dida** na demanda originária: a da existência ou não de culpa do servidor.

Note-se, observa MÍLTON FLAKS, que a simples denúncia da lide é um incidente "que se esgota com a postura do denunciado", como antes exposto; assim, não haverá prejuízo nem para o autor da ação indenizatória contra o Estado, em cujo processo ele se suscita, nem para o funcionário a quem se fez a denúncia. "Este, para negar a sua responsabilidade, não necessita sequer constituir advogado: basta permanecer inerte".<sup>166</sup>

42. Finalmente, uma palavra sobre o problema de ser, ou não, "obrigatória" (segundo a letra do art. 70, *caput*) a denúncia. Não vamos desenvolver mais amplamente essa questão, não só porque ela já está fartamente discutida na doutrina, referentemente à denúncia da lide em geral, mas porque, em se tratando do direito regressivo do Estado, menor é a dúvida que se poderia ter a respeito, pelo que adiante se dirá.

Quanto ao tema geral, a doutrina tem estabelecido, de forma a bem dizer unânime, que, consoante antes dissemos, não se trata, aí, de **obrigação**, sim de **ônus** (faculdade-dever) para o titular do direito de regresso: se não o exercer poderá sofrer prejuízos, cuja expressão máxima é a perda do referido direito (no caso da evicção). Esta consequência mais grave, entretanto, só ocorre na hipótese específica de evicção e em alguma outra em que a lei material impuser a **litis denuntiatio** com essa sanção (perda do direito regressivo). À doutrina majoritária, que assim entende, não "impressiona o inciso I do art. 70" (do Código de Processo Civil), "por considerá-lo mera reprodução, em essência, do art. 1.116 do Código Civil".<sup>167</sup>

Desde que a lei material não imponha a denúncia, como pressuposto da ação regressiva (como o faz o art. 1.116 do Código Civil), sua omissão somente acarretará para o não-denunciante as seguintes consequências: a) não se beneficiará eventualmente da aplicação do art. 76 do Código de Processo Civil, com a formação, desde logo, de título executivo contra o garante (*lato sensu*); b) este não ficará vinculado à sentença que julgar a causa originária e poderá, na ação regressiva subsequente, alegar em defesa matéria já discutida e julgada, e a injustiça da decisão (**exceptio male iudicati processus**), para tentar furtar-se a ressarcir o prejuízo do titular do direito de regresso.<sup>168</sup>

Com razão observa MÍLTON FLAKS que, "indubitavelmente, essa opinião é a que melhor se ajusta ao texto da lei, ao direito comparado, à tradição legislativa brasileira e a regras consagradas

de hermenêutica",<sup>169</sup> e lembra "autorizado ensinamento de Lopes da Costa (Dir. Proc. Civil, III/298)", que ainda deve ser aplicado no presente e que bem resume a questão. Segundo essa lição, a denúncia da lide é "obrigatória" (na expressão da lei) no seguinte duplo sentido: para o possível denunciante, para vincular o terceiro ao julgado, beneficiar-se da formação imediata de título executivo contra ele (art. 76 do Cód. de Proc. Civil) e resguardar eventual direito de regresso; para o denunciado porquanto, seja qual for a atitude assumida — "aceitar a denúncia", silenciar ou negar sua responsabilidade eventual (arts. 74 e 75) —, ficará vinculado à sentença.<sup>170</sup>

Esse entendimento majoritário da doutrina tem predominado também na jurisprudência.<sup>171</sup>

43. Quanto ao tema particular, da obrigatoriedade ou não da denúncia no caso de direito de regresso do Estado, a questão se simplifica, face às premissas postas anteriormente (*supra*, n<sup>os</sup> 38 a 41).

Para os que vêm em toda denúncia da lide a propositura de uma ação incidente de garantia (=de regresso) contra o denunciado, é manifesto que o Estado não é "obrigado" a fazê-la, por uma simples evidência: ninguém pode ser, ao mesmo tempo, **proibido** de fazer alguma coisa e **obrigado** a fazê-la.

Se, como vimos, o Estado está impedido de propor a ação de regresso enquanto não passar em julgado a sentença que o tenha condenado na ação indenizatória proposta pelo terceiro; se essa condenação definitiva é **condição** da ação regressiva: está claro que lhe está impedida a propositura da ação *in eventum*, cumulada à denúncia da lide.

Logo, para os partidários daquele entendimento, o Estado não só não é "obrigado" a fazer a denúncia da lide como **não a pode** fazer. Não há cogitar, pois, de efeitos (prejudiciais) decorrentes de descumprimento de suposto ônus de fazê-la, menos ainda do mais grave desses efeitos: a perda do direito de regresso.

Para os que, como se sustenta neste trabalho, pensam que pode haver **denúnciação simples**, sem que lhe seja cumulada a ação de garantia incidental, a solução é também muito clara: o Estado, tal como na primeira hipótese, não é "obrigado" a propor esta ação pela razão evidente de que **não pode** propô-la.

Por outro lado, segundo essa mesma teoria, aqui adotada, o Estado não é "obrigado" a fazer a simples denúncia da lide, sob pena de perda do direito de regresso contra o funcionário

---

supostamente culpado; apenas tem o ônus de fazê-la para vincular o funcionário à sentença, com as vantagens que daí lhe decorrem, como foi antes exposto.

## NOTAS

- ( 1) – *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3<sup>a</sup> ed., Forense, 1979, n<sup>o</sup>. 343, p. 331. A referência é a GALENO LACERDA, que na obra *Despacho Saneador*, na opinião de MONIZ DE ARAGÃO e FREDERICO MARQUES (pelo primeiro invocada), “penetrou os segredos do Código de 1939, no capítulo das nulidades”, logrando desvendar “o sistema adotado pela lei, num trabalho similar ao do garimpeiro no localizar e revelar a pedra preciosa”.
- ( 2) – Remete-se o leitor, para que tenha essa visão histórica e de Direito comparado, a algumas das monografias e estudos dedicados ao tema, afora as obras gerais e de comentários ao Código, que dele tratam: ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, *Do Chamamento à Autorialidade – Denúnciação da Lide*, ed. Rev. dos Tribs., 1973; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Do chamamento à autorialidade à denúnciação da lide*, no livro *Direito Processual Civil*, ed. J. Bushatsky, 1975; AROLDO PLÍNIO GONÇALVES, *Da Denúnciação da Lide*, ed. Forense, 1983; SYDNEY SANCHES, *Denúnciação da Lide no Direito Processual Civil Brasileiro*, ed. Rev. dos Tribs., 1984; MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, ed. Forense, 1984.
- ( 3) – Causa surpresa efetivamente, como anota MÍLTON FLAKS, que, tendo o legislador do Código de Processo Civil sido “um tanto hermético” na regulação da denúnciação da lide, inclusive disciplinando-lhe os efeitos processuais sem maiores preocupações de clareza”, a *Exposição de Motivos* não tenha dedicado “uma única linha ao tema, apesar de envolver a ruptura com vetustos conceitos e a adoção de um modelo *sui generis*”. Isso “explica a celeuma levantada em torno dos sete dispositivos que cuidam da matéria (CPC, arts. 70 *usque* 76)” (*Denúnciação da Lide*, cit., n<sup>o</sup>. 52, p. 54). Cf. C. A. BARBI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.<sup>a</sup> ed., Forense, 1981, n<sup>o</sup>. 401, p. 334.
- ( 4) – A palavra *autoria*, da referida expressão, provém “do latim *auctoritas*, no significado de fator ou causador do fato”, na explicação de MÍLTON FLAKS (*Denúnciação da Lide*, cit., n<sup>o</sup>. 1, p. 4). “Chamar à causa o ‘autor’ ou chamar alguém à ‘autoria’ estava no CPC de 1939 no sentido de notificar do litígio o alienante ou transmitente do direito de domínio, posse ou uso, a fim de prestar garantia (autoria) ao notificante, resguardados assim, a este último, os direitos decorrentes de eventual evicção” (SYDNEY SANCHES, *Denúnciação da Lide*, cit., n<sup>o</sup>. 3.4, p. 33; cf. n<sup>o</sup>. 3.7, p. 43). Cf. ARRUDA ALVIM, *Código de Processo Civil Comentado*, ed. Rev. dos Tribs., III, 1976, n<sup>o</sup>. 3.1.
- ( 5) – “Denúnciação é o ato de denunciar, verbo que, entre outras acepções, significa ‘dar a conhecer, comunicar’ (Aurélio). Denunciar a lide é comunicar formalmente a um terceiro a pendência de causa que lhe diz respeito. (Cf. Schonke, *Derecho Procesal Civil*, trad. esp., Barcelona, 1950, §29. Denúncia-se a lide ao terceiro e não o terceiro à lide. Incorretas, portanto, as expressões ‘denúnciação à lide’ e ‘denúnciação à lide’ e ‘denúncia à lide’, utilizadas por alguns autores e encontradas em vários julgados.)” (MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., n<sup>o</sup>. 1, p. 4.)
- (5-A) – “Vale registrar que *extromissão* é um neologismo proposto por Moacyr Lobo da Costa, inspirado em Liebman, que define *estromissione di una parte* como fenômeno inverso ao da intervenção coacta, isto é, a exclusão forçada de uma das partes do processo (cf. Frederico Marques, *Manual de Direito Processual Civil*, 6.<sup>a</sup> ed., S. Paulo, 1978, I, n<sup>o</sup>. 244, nota 16. Alguns autores, pela semelhança com o instituto civil, preferem designar o fenômeno como ‘expromissão processual’)” (MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., n<sup>o</sup>. 47, p. 47).
- ( 6) – Cf. n<sup>o</sup>. 4, *infra*, em que procuramos demonstrar que realmente se trata de *fa-culdade*.

- ( 7) – Cf. MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., nº. 1, p. 4; SYDNEY SANCHES, *Denúnciação da Lide*, cit., nº. 3.7, pp. 41-2; ARRUDA ALVIM, *Código*, cit., nºs. 4.1-4.5, pp. 264-74, vol. III; C. A. BARBI, *Comentários*, cit., nºs. 398-402, pp. 332-5.
- ( 8) – A expressão “denúnciação da lide”, em si, não é apropriada para designar as duas coisas conjuntamente: a cientificação ao terceiro (denunciado) da demanda de que poderá resultar o prejuízo para o denunciante, que ele terá de reparar (art. 70, I a III), e a *ação de garantia*, de regresso ou de indenização, proposta cumulativamente para ser decidida em *simultaneus processus* (art. 76). Para esse instituto é mais adequada a denominação do anterior Código de Processo: *chamamento à autoria*, ou chamamento à garantia (ou *em garantia*), correspondente à *chiamata in garanzia* do Direito italiano ou à *demande incidente en garantie* do Direito francês. Cf. HÉLIO TORNAGHI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, ed. Rev. dos Tribs., 1974, I, pp. 257-9 (“Denúnciação da lide”, em pureza de técnica, é simplesmente a *comunicação* feita por uma das partes a terceiro, de que o litígio está incoado em juízo”); BARBI, *Comentários*, cit., nº. 402, p. 335 (“... denúnciação, que é simples comunicação da existência da lide”); SYDNEY SANCHES, *Denúnciação da Lide*, cit., nº. 3.7, pp. 41-2; DINAMARCO, *Dir. Proc. Civil*, cit., § 100, p. 158. Cf. nota 5, *supra*.
- ( 9) – DINAMARCO explica que o vocábulo *garantia*, “de uso mais corrente em nossa linguagem” que a palavra latina *autoria* (*auctoritas*, aqui com o mesmo significado), “é de origem germânica; em alemão o verbo *wahren* quer dizer ‘manter’, ‘preservar’, ‘cuidar de’, dando pois a idéia de garantir; e a palavra ‘garante’ (substantivo) vem de *Werento*, do alemão arcaico. Assim, há legislações que preferem usar a palavra de origem germânica, e há as que preferem a latina. O direito luso-brasileiro preferiu tradicionalmente a latina (*autoria*), enquanto que a germânica (*garantia*) é preferida na França (*exception de garantie*) e na Itália (*chiamata in garanzia*). A *Zivilprozessordnung* dá ao nosso instituto o nome de *Streitverkündung*, que literalmente significa anúncio da lide, ou denúncia da lide (expressão que corresponde, então, ao latim *litisdenunciatio*)” (*Dir. Proc. Civil*, cit., § 100, p. 158).
- ( 10) – Para melhor compreender-se a filiação indicada no texto, valhamo-nos do resumo apresentado por MÍLTON FLAKS: “Em tema de intervenção forçada de terceiro (em contraste com a assistência, considerada intervenção voluntária), os processualistas distinguem dois sistemas básicos: a) *Romano* – Não dispensa, em hipótese alguma, a subsequente ação regressiva, se vencido o denunciante na lide originária. Objetiva a denúnciação: convocar o denunciado para coadjuvar o denunciante em sua defesa; vinculá-lo ao julgado, evitando a repetição do debate, na lide regressiva, de questões já decididas; preservar o direito de regresso, quando a lei material impõe a denúncia como condicionante do seu exercício (cf. ARAÚJO CINTRA, *Do Chamamento à Autoria*, S. Paulo, 1973, p. 15-16). b) *Germânico* – Em essência, os objetivos da denúnciação coincidem com os do sistema anterior. Consoante a fórmula germânica, todavia, a denúncia conduz” à inserção (no texto original está “interseção”) “de um novo litígio, entre denunciante e denunciado, proposto *secundum eventum litis*: vencido o denunciante na lide originária, a mesma sentença, em regra, já decidirá sobre a legitimidade ou não de suas pretensões regressivas, com efeito executório imediato (cf. Lopes da Costa, *Direito Processual Civil Brasileiro*, 2ª. ed., Rio, 1948, III/295-296; Araújo Cintra, *Do Chamamento*, p. 27; Barbosa Moreira, *Estudos sobre o Novo CPC*, Rio, 1974, p. 87-88)”.
- ( 11) – Cf. MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., que, em nota (1) ao nº. 78, arrola os mais autorizados processualistas como partidários do entendimento aludido, bem como a jurisprudência no mesmo sentido (nota 2).
- ( 12) – “Recorde-se que Lopes da Costa, escrevendo sob a égide do Código de 1939,

- criticava a denominação dada ao instituto – *chamamento à autoria* – por entendê-la própria do sistema germânico. Como a lei instrumental revogada filiava-se ao sistema latino, entendia que o nome mais apropriado seria *denúnciação da lide*. Celso Barbi e Cândido Dinamarco registram, como paradoxo, que o vigente Código tenha adotado a designação proposta por Lopes da Costa, precisamente quando, ao ver daqueles doutrinadores, adere à fórmula germânica da dupla lide (cf. Lopes da Costa, *Dir. Proc. Civil*, 11/295-297; Celso Barbi, *Comentários ao CPC*, I, n.º 402; Cândido Dinamarco, *Dir. Proc. Civil*, n.º 100)” (MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., n.º 86, p. 97).
- ( 13) – Ap. Cív. 17.084, RF 263/242, *apud* MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., n.º 78, pp. 88-9.
- ( 14) – MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., n.º 78, p. 89. *Vide*, quanto ao conceito de *garantia própria*, o mesmo autor e obra, n.º 21, pp. 22-3, que invoca a lição de CARNELUTTI (*Sistema de Derecho Procesal*, trad. arg., B. Aires, 1944, II/695-6); cf. *Sistema di diritto processuale civile*, Pádua, 1936, n.º 377, c, 1, pp. 941-2: “. . . l'indice differenziale della garanzia (vera e propria) consiste nella dipendenza della obbligazione del garante dalla obbligazione del garantito così che la vittoria di questo contro il terzo escluda la socombenza del garante”. V. tb. a distinção entre *garantia formal* e *garantia simples* (M. FLAKS, *Den. da Lide*, cit., n.º 20, p. 21, e CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*, trad. de J. Guimarães Menegale com notas de LIEBMAN, 3ª. ed., Saraiva, n.º 222, II, p. 250).
- ( 15) – *Idem*, *ibidem*, n.º 78, pag. 89-90.
- ( 16) – Obra diversas vezes citada neste trabalho, e justamente premiada pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Rio de Janeiro, com o “Prêmio Jurídico Levi Carneiro” (ed. Forense, 1984, “texto original revisto, ampliado e atualizado”).
- ( 17) – Cf., além da bibliografia referida nesta disquisição, aquela indicada na nota 11, *supra*.
- ( 18) – MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., n.º 86, pp. 97-8.
- ( 19) – Cf. MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., n.º 18, pp. 19-20; cf. tb. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, 3ª. ed., Milão, 1973, n.º 56, I, p. 92, e *Manual de Direito Processual Civil*, trad. e notas de Cândido R. Dinamarco, ed. Forense, 1984, n.º 55, I, pp. 117-18; CHIOVENDA, *Instituições*, cit., n.ºs. 221-2, II, pp. 246-51; SYDNEY SANCHES, *Denúnciação da Lide*, cit., n.º 2.2.2, pp. 13-16.
- ( 20) – MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., n.º 87, pp. 900-910, e n.º 23, pp. 24-5, citando a lição de MOREL (*Traité élémentaire de procédure civile*, 12ª. ed., Paris, 1949, n.º 374); cf. SYDNEY SANCHES, *Denúnciação da Lide*, cit., n.º 2.2.1, pp. 9-13. O art. 331 do *Nouveau Code de procédure civile* dispõe: “Un tiers peut être mis en cause aux fins de condamnation par toute partie qui est en droit d'agir contre lui à titre principal. Il peut également être mis en cause par la partie qui y a intérêt a fin de lui rendre commun le jugement. Le tiers doit être appelé en temps utile pour faire valoir sa défense”.
- ( 21) – Daí ter-lhe chamado MÍLTON FLAKS de modelo *sui generis* (*Denúnciação da Lide*, cit., n.º 87, pp. 99-100).
- ( 22) – Cf. MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., Capítulo V, n.ºs. 87-127, pp. 99-148. Lembre-se que a doutrina dominante entende, diversamente, que com a simples denúnciação da lide já há a propositura automática da ação de garantia; e “de um modo geral, a tendência dos tribunais é no sentido de vedar a condenação solidária do denunciado. Raciocinando com base na construção germânica radical – denúncia da lide como propositura automática de uma demanda subsidiária de regresso – entendem que a sentença unitária deverá conter duas condenações distintas, se for o caso: a do réu em face do autor; e a do denunciado em face do denunciante. Apóia-se o raciocínio, ainda, na

- circunstância de inexistir uma relação de direito material entre o denunciado e o autor” (autor e ob. cit., nº. 121, p. 137, arrolando essa jurisprudência na nota 1). “Uns poucos arestos, é verdade, consentem a condenação solidária do denunciado, nos limites da responsabilidade admitida, particularmente nas hipóteses em que a denúncia é feita a companhias seguradoras (TJSP, Ap. Cív. 227.957, rel. designado Carlos Antônio Antonini, RF 251/205; Ap. Cív. 241.279, rel. Tomaz Rodrigues, RJTJSP 38/49). Nada obstante minoritária, é a tese doutrinariamente mais correta, como se pretende demonstrar a seguir. Em sede dogmática, Pontes de Miranda permite que o autor promova a execução da sentença contra o denunciado que aceita a denúncia, sustentando: “A expressão *vencido* compreende o litisdenunciado pelo réu, se veio a juízo e assim se inseriu na relação jurídica (art. 75)’ (*Comentários ao CPC*, v. IX, Rio, 1ª. ed., 1976, p. 98)” (*idem, ib.*).
- ( 23) – Cf. SYDNEY SANCHES, *Denúnciação da Lide*, cit., nº. 9.1, pp. 154-6, que cita ATHOS GUSMÃO CARNEIRO (*Denúnciação da lide e chamamento ao processo*, Ajuris, 21/24); MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., nº. 132, pp. 155-6: “Embora não distinguindo entre denúnciação da lide e ação *in eventum*, orientou-se nesse sentido o TJRS, acompanhando o voto condutor de Athos Gusmão Carneiro, ao decidir que ‘a petição de denúnciação da lide deve conter os requisitos próprios e indispensáveis a uma petição inicial, inclusive com a formulação do pedido, que deve ser certo ou determinado’”. V. nº. 13, *infra*.
- ( 24) – V. nº. 13, *infra*. “Declarar”, no art. 76, deve ser entendido em sentido lato – não no sentido estrito de sentença meramente declaratória – , de “reconhecer” (como estava no Anteprojeto, art. 85) e de *condenar*, pois para que possa “valer como título executivo” é preciso que contenha condenação (art. 584, I) (cf. ARRUDA ALVIM, Código, cit., pp. 328-329).
- ( 25) – MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., nº. 91, p. 105. Elucida CHIOVENDA. “O chamado” (“chamado”, não no sentido de “chamamento em garantia”, mas no sentido da *adcitatio* do Direito comum, de que a denúncia da lide, simples (*litis denunciatio*), é para ele espécie) “não é parte enquanto não propõe demandas ou as partes não as propõem contra ele. Coloca-se, entretanto, na posição de *terceiro sujeito à decisão* com todos os direitos e deveres inerentes a tal qualidade” (*Instituições*, cit., nº. 220, II, pp. 244-5; cf. 221 e 222, pp. 246-51).
- ( 26) – MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., nº. 101, pp. 115-116.
- ( 27) – *Ibidem*, nº. 51, p. 54, e nº. 128, p. 150. Lembra esse autor que “o anteprojeto do CPC melhor caracteriza o propósito de distinguir entre *ação de garantia* e *denúnciação da lide*, ao dispor: ‘O juiz da causa principal é também o competente para: I – As *ações de garantia* e outras que concernem ao terceiro interveniente, como a nomeação à autoria, a *denúnciação da lide*, o chamamento à ação e a assistência. II – A compensação. III – A reconvenção. IV – A ação declaratória incidente’. No projeto, todavia, optou-se pelo texto mais condensado que, sem emenda, converteu-se no vigente art. 109 (v. *in* Alexandre de Paula, *CPC Anotado*, I, p. 325, a elaboração legislativa do citado dispositivo)”. (*Ib.*, nº. 128, nota 1, p. 128. O artigo do Anteprojeto, transcrito, é o de nº. 124.)
- ( 28) – *Ibidem*, nº. 51, p. 54, e nº. 128, p. 150.
- ( 29) – *Ibidem*, nº. 19. Cf. CHIOVENDA, *Instituições*, cit., nºs. 221 e 222, II, pp. 246-7 e 249. Em nota ao primeiro escólio (nota 3, pp. 246-247), e referindo-se à evicção (único caso de “chamamento à autoria” no Cód. de Proc. Civil brasileiro de 1939), ensina LIEBMAN: “A derrota da parte no processo é o pressuposto da obrigação do terceiro, o qual, portanto, tem interesse em levar-lhe seu auxílio e sustentar-lhe as alegações. Por isso o chamamento à autoria equivale, em substância, a uma provocação de assistência. O chamado pode, todavia, oferecer defesa ainda mais eficiente do que a que poderia ser desenvolvida

pelo denunciante, porque o objeto da controvérsia é uma relação jurídica de que ele foi titular antes de transmiti-la a este último; e seu interesse na causa é, na verdade, preponderante, porque, em definitivo, ele é que terá de suportar o prejuízo da evicção. Por essa razão o chamado, se intervém, se torna *dominus litis*" (lembre-se de que, de acordo com o art. 97 do Código de 1939, transcrito no n.º 3, *supra*, havia a extromissão do denunciante, "prossequindo a causa" com o denunciado); "e por isso a denúncia da lide, mais que uma faculdade do garantido, corresponde a uma condição para que ele possa exercitar seu direito de regresso (art. 1.116, Cód. Civil)". Cf., do mesmo autor, *Manuale*, cit., n.º 55, I, pp. 90-92, e n.º 88, p. 156 (na trad. bras., cit., n.º 55, I, pp. 115-18, e n.º 88, pp. 197-8); CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, B. Aires, 1973, § 111, a e b, II, pp. 343-7.

( 30) – *Denúnciação da Lide*, cit., n.º 19, pp. 20-21.

( 31) – Cf. MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., n.ºs. 105-8. Págs. 122-3: "Em regra, mas não necessariamente, a substituição processual pressupõe: a) que da existência do direito do substituído dependa o reconhecimento de um direito do substituto (*v.g.*, o direito do impetrante do mandado de segurança na hipótese prevista no art. 3.º da Lei n.º 1.533/51; b) que da inexistência do direito do substituído resulte uma obrigação para o substituto (*v.g.*, a obrigação de indenizar do alienante, ocorrendo a evicção)". (Cf. FREDERICO MARQUES, *Manual de Direito Processual Civil*, n.º 226, I, 5.ª ed., 1977, p. 252, em que indica esses pressupostos com apoio em LUIGI MONACCIANI, *Azione e legittimazione*, 1951, p. 399; e CALAMANDREI, *Instituciones*, cit., § 116, II, p. 383: "... o substituto processual está legitimado para fazer valer em juízo o direito alheio, porque entre ele e o substituído existe uma relação ou situação de direito substancial em virtude do qual, através do exercício do direito do substituído, o substituto vem a satisfazer um interesse individual seu próprio".) "É precisamente o *interesse jurídico* do substituto na vitória do substituído" – continua MÍLTON FLAKS – "que justifica, em tese, a substituição processual./De modo genérico, o substituto e o substituído não ocupam posições equivalentes no processo. ... / Nada obstante, em casos especialmente previstos na lei, a doutrina admite que substituto e substituído atuem como litisconsortes, ou seja, em posições equivalentes. Sublinha Barbosa Moreira que, nesses casos e no rigor da lógica, parece inadequado falar-se em *substituição processual*, mas observa que a tradição 'abona o uso amplo da expressão' (cf. Barbosa Moreira, *Dir Proc. Civil*, p. 60). Vale recordar que, sob o regime anterior, no qual o denunciado era tido, sem discordância, como substituto processual do denunciante, Araújo Cintra e Jorge Americano censuravam a extromissão do último, sustentando que a melhor solução seria manter ambos no processo, em litisconsórcio (cf. Araújo Cintra, *Do Chamamento*, p. 165, nota 83). / . . . / Diante do exposto, pode-se concluir que o litisconsórcio previsto no vigente CPC não alterou a *situação legitimante* do denunciado que aceita a qualidade que lhe é atribuída: continua sendo *substituto processual* do denunciante, por força da legitimação extraordinária que lhe confere a denúncia da lide, como ocorria nos regimes processuais anteriores, desde as Ordenações. (No mesmo sentido, pelo menos nas hipóteses dos arts. 70, I, e 74 do CPC, cf. Frederico Marques, *Manual*, I, n.º 226.) / Com efeito, a denúncia da lide pressupõe a transferência de um direito garantido pelo denunciado, ou que o denunciante esteja em juízo como obrigado pessoal por fato de responsabilidade daquele. Na primeira hipótese, o direito não mais pertence ao denunciado; na segunda, a situação litigiosa deduzida só lhe diz respeito indiretamente. Em ambas as hipóteses, atua no processo, não para defender direito próprio, mas em virtude do seu *interesse jurídico* na vitória do denunciante, ao qual se encontra vinculado por uma relação de regresso".

( 32) – "Como já acentuado, o legislador construiu um sistema de freios e contrape-

- sos: para cada vantagem processual que assegura ao denunciado impõe-lhe um ônus, ou vice-versa, sempre preocupado em garantir que proceda com lealdade processual" (M. FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., nº. 136, p. 159).
- ( 33) – MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., nº. 89, p. 102, em que se refere a crítica de BARBOSA MOREIRA à redação original do art. 213, que definia *citação* como o "ato pelo qual se chama a juízo o réu a fim de se defender", tendo a citada Lei nº. 5.925, de 1973, acrescentado após "o réu" a expressão "ou o interessado", "aceitando a censura doutrinária".
- ( 34) – MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., nº. 89, pp. 102-103 (BARBOSA MOREIRA, cit., *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil*, Rio, 1974).
- ( 35) – No original está "interseção", parecendo-nos que a forma correta é a que inserimos.
- ( 36) – MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., nº. 90, pp. 103-104.
- ( 37) – *Denúnciação da Lide*, cit., nº. 96, p. 111; cf. nºs. 11 e 17. Adiante, diz que a asserção de que se o denunciado comparecer apenas "para negar a qualidade que lhe foi atribuída", suas razões só serão conhecidas na demanda regressiva, que pode correr paralela se proposta a ação *in eventum* – é conclusão que se extrai do art. 75, II, segundo o qual essa atitude do denunciado "esgota o incidente da denúncia". Fosse outra a *mens legis*, argumenta, o legislador "teria disciplinado o procedimento a seguir, como o fez no incidente da assistência" (art. 51). Segundo parece, conclui, sua intenção foi afastar possíveis dúvidas, deixando claro que o silêncio e a negação expressa se equivalem, pelas razões indicadas no texto, a seguir (*ib.*, nº. 97, pp. 111-12).
- ( 38) – MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., nº. 225, p. 243.
- ( 39) – Cf. MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., nºs. 91-3, pp. 104-8, nºs. 11-15, pp. 12-15, nº. 88, pp. 100-102, e nº. 98, pp. 112-13.
- ( 40) – *Derecho Procesal Civil*, trad. esp. (Prieto Castro e colaboradores), Barcelona, 1950, § 29, III, p. 105.
- ( 41) – *Denúnciação da Lide*, cit., nº. 11, p. 12, nº. 83, p. 101, e nº. 92, pp. 105-6.
- ( 42) – MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., nº. 92, pp. 105-106, e nº. 93, p. 108.
- ( 43) – Cf. MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., nº. 109-14, pp. 126-30; ARRUDA ALVIM, *Código*, cit., III, pp. 312 e 322; BARBOSA MOREIRA, *Litisconsórcio Unitário*, ed Forense, 1972, nºs. 124-8, pp. 198-207 (cf., porém, quanto à desistência de recurso interposto, o nº. 135, pp. 215-17); DINAMARCO, *Litisconsórcio*, ed. Rev. dos Tribs., 1984, nºs. 23-4, pp. 98-105. Cf. ainda o texto da Comissão Revisora do Anteprojeto do Código de Processo Civil, art. 58-A, parág. único: "Quando, porém, a decisão de mérito tiver de ser uniforme para todos os litisconsortes, seja ou não necessário o litisconsórcio, observa-se-ão as seguintes disposições especiais: . . . III – os atos que importem disposição do direito litigioso só serão eficazes se praticados por todos ou em face de todos os litisconsortes" (*apud* BARBOSA MOREIRA, *Lit. Unit.*, cit., apêndice, pp. 243-4).
- ( 44) – "É à luz do litisconsórcio unitário, inclusive, que se pode encontrar algum significado no art. 75, III, do CPC" (MÍLTON FLAKS, *Den. da Lide*, cit., nº. 111, pp. 127-8; cf. ARRUDA ALVIM, *Código*, cit., III, p. 322).
- ( 45) – *Denúnciação da Lide*, cit., nº. 92, p. 106, nº. 48, p. 48-9, e Apêndice I, "Evolução Legislativa", pp. 248-9. A mesma orientação foi adotada no projeto de reforma do Código Civil (Projeto nº. 134-B, de 1975, já aprovado pela Câmara dos Deputados – Diário do Congresso Nacional de 17.5.84, suplemento, ed. Sugestões Literárias), art. 455, parágrafo único: "Não atendendo o alienante à denúncia da lide, e sendo manifesta a procedência da evicção, pode o adquirente deixar de oferecer contestação, ou usar de recursos".
- ( 46) – *Ibidem*, nº. 92, p. 106.
- ( 47) – MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., nº. 92, pp. 106-107.
- ( 48) – *Idem*, *ib.*, nº. 93, p. 108.

- ( 49) – MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, no. 87, p. 100, e nº. 92, p. 105. Em nota a este último escólio (p. 105) se acrescenta: ‘Pouco depois da vigência do CPC, em aresto escoteiro e logo superado pela construção germânica radical, o TAGB intuiu a *mens legis*, ao assentar: ‘Em caso de revelia do litisdenunciado, ou de comparecer apenas para negar a qualidade para a litisdenúnciação, o litisdenunciado fica afastado e ao litisdenunciante é que incumbe a defesa até o final. O litisdenunciante réu tem de continuar como tal; mas, se desfavorável a sentença, nada obsta que ele exerça a ação que lhe couber contra o revel ou negador da qualidade. Para ele, o inconveniente está em que não quis defender-se e não se defendeu. Nada pode alegar contra omissões ou erros do réu, ao defender-se’ (Ap. Cív. 31.451, ac. 1.8.74, rel. Severo da Costa, RF 251/250)’.
- ( 50) – MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., nº. 94, pp. 109-110 (grifo nosso).
- ( 51) – *Idem, ib.*, nº. 94, p. 110. Cf., *supra*, nº. 6.
- ( 52) – *Id. ib.*, nº. 94, p. 110.
- ( 53) – *Id., ib.*, nº. 94, p. 111.
- ( 54) – *Id. ib.*, no. 128, p. 149, e nº. 129, pp. 150-51.
- ( 55) – *Id., ib.*, nº. 129, p. 151.
- ( 56) – *Id. ib.*, nº. 129, p. 151.
- ( 57) – *Id. ib.*, nº. 129, pp. 151-2.
- ( 58) – *Denúnciação da Lide*, cit., nº. 130, p. 152. (O grifo em “se concretize” é nosso.)
- ( 59) – ATHOS GUSMÃO CARNEIRO (loc. cit., na nota 23, *supra*), escreve: ‘Formalmente, a denúnciação da lide deve ser oferecida em petição própria, com os requisitos do art. 282 do CPC. Não haverá maior inconveniente, todavia, em que seja redigida na mesma peça da petição inicial (na denúnciação pelo autor) ou da contestação (na denúnciação pelo réu) dès que obedecidos os requisitos mencionados, e formalmente destacada a denúnciação’. (*Apud* SYDNEY SANCHES, *Denúnciação da Lide*, cit., nº. 9.1, p. 156, que com isso concorda. Ressalve-se apenas que para esses autores a denúnciação da lide contém sempre – ao contrário do que se sustenta no texto – a propositura da ação de garantia.)
- Cf., quanto à *reconvenção* (em que existe a regra expressa do oferecimento “em peça autônoma” – art. 299), a jurisprudência anotada por THEOTONIO NEGRÃO (*Código de Processo Civil e legislação complementar em vigor*, 14ª. ed., 1985, ed. Rev. dos Tribs, nt. 3 ao art. cit., p. 135): ‘Constitui mera irregularidade a apresentação da reconvenção logo abaixo da contestação, na mesma página, e não em peça autônoma (RT 530/118), 562/99; JTA 39/247, 57/104). E mais: se na contestação também se articula, de maneira inequívoca, matéria somente cabível em reconvenção, pode esta ser conhecida, embora lhe falte o *nomen juris*’ (RTJ 99/171 e RT 553/235)’.
- ( 60) – Cf. MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., nº. 132, p.
- ( 61) – A oposição apresentada depois de iniciada a audiência será “ação autônoma, sem apensamento aos autos principais.” (FREDERICO MARQUES, *Manual*, cit., nº. 237, I, p. 268), podendo haver, entretanto, sobrestamento do processo da causa principal, até noventa dias, “a fim de julga-la conjuntamente com a oposição” (art. 60).
- Parece-nos que, se o autor ou o réu apresentam a demanda de garantia na mesma peça da petição inicial ou da contestação, o juiz deverá, usando dos poderes que lhe confere o art. 284 – já que se trata de petição inicial de ação –, determinar que o denunciante (autor da ação *in eventum*) a apresente em separado, podendo no mesmo ensejo mandar emendá-la ou completá-la (sob pena inclusive de indeferimento – art. 284, parágrafo único). Entretanto, se assim não fizer, ainda lhe restará a providência de mandar extrair cópia da peça única, para ser autuada em apenso, com os documen-

tos que lhe digam respeito; isso, aliás, poderá ser feito após decorrido o prazo para o denunciado “comparecer” (arts. 74 e 75, I e II), pois se ele “aceitar a denúncia” (reconhecendo *inso facto* sua responsabilidade eventual), como já visto, a ação de garantia ficará prejudicada. (Cf. MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., n.º. 226, p. 244: “Sempre que necessário, as peças constantes dos autos da primeira poderão ser trasladadas para os autos da segunda”.)

( 62) – MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., n.º. 226, p. 243.

( 63) – *Idem, ib.*, n.º. 130, p. 153, e n.º. 226, p. 243.

( 64) – *Instituições*, cit., n.º. 207, II, p. 221. O grande mestre assim completa o parágrafo: “Não é bastante uma decisão *não contemporânea* por parte do mesmo juiz, como se autorizava supor nos tempos em que o foro da conexão se estaqueava no *direito* do juiz, tanto quanto na conveniência das partes e dos julgadores. Exigência tal é menos absoluta quando mais tênues são os nexos entre as causas, por serem as relações jurídicas em disputa completamente diversas. E o caso da *ação em garantia* (art. 193) e de compensação (art. 102): sobrevinda a união das causas, podem separar-se, se a causa principal estiver madura para a decisão e a outra não”. (O grifo em “ação em garantia” é nosso.) Antes, explicara: “Pode-se obter a união, quer pela origem, isto é, promovendo as causas conjuntamente; quer no curso das causas promovidas em separado; quer intercalando uma causa nova no curso de outra já pendente (*garantia*, Cód. Proc. Civil, art. 193; *intervenção*, Cód. Proc. Civil, art. 201). . . . /As causas conexas e a reunir-se podem travar-se entre os mesmos sujeitos, ou entre sujeitos diferentes (litisconsórcio, garantia). Os mesmos sujeitos podem encontrar-se nas causas diferentes em posição diversa (aquele, que numa é autor, na outra é réu: haja vista a reconvenção)” (*ibidem*, n.º. 205, II, pp. 215-16).

Também LIEBMAN (na tradução de DINAMARCO) leciona: “Duas ações são conexas quando têm em comum pelo menos um dos elementos de identificação (*infra*, n.º. 88), sendo que nesse caso a lei considera oportuna a sua *propositura em um só processo*, a fim de que sejam *decididas simultaneamente*. . . . Por isso, as regras de competência cedem parcialmente diante da exigência de *simultaneidade do processo*” (*Manual*, cit., n.º. 29, pp. 71-2 – grifos nossos; *idem*, n.º. 88, p. 197). Adiante: “a ação de garantia (*chamamento em garantia*) pode ser proposta perante o juiz competente para a ação principal, *para ser julgada no mesmo processo* . . . (art. 32)” (*ibidem*, n.º. 29, p. 73; cf. *Manuale*, cit., I, pp. 54 e 55, e n.º. 88, p. 155 - grifo nosso).

FREDERICO MARQUES, após citar MANUEL CARLOS DE FIGUEIREDO FERRAZ (*Competência por Conexão*, 1937, p. 10: o laço da conexão cria entre relações jurídicas “pontos de contato mais ou menos íntimo, que aconselham a reunião *em um só processo*”), escreve: “A continência e a conexão provocam a reunião de ações e pedidos *num só processo (simultaneus processus)*, pelo que devem ser julgados por *unum et idem iudex*. Daí seus reflexos sobre a competência” (*Instituições de Direito Processual Civil*, n.º. 226, II, 2ª., ed., Forense, pp. 449-50 e 451).

Tratando da *reconvenção*, BARBOSA MOREIRA adverte inicialmente: “Fique bem claro que se usa aqui o *nomen iuris* no sentido estrito de ação intentada pelo réu em face do autor, *no mesmo processo* em que está sendo por este demandado. É o sentido generalizado no direito moderno. Tempos menos recentes conheceram outra figura, a que se atribuía igual denominação, embora não apresentasse aquela característica. Era a chamada *reconventio impropria* ou *imperfecta*, que não conduzia a *processamento e julgamento simultâneos*” (*A Conexão de Causas como Pressuposto da Reconvenção*, ed. Saraiva, 1979, n.º. 1, p. 3; o último grifo é nosso). Em nota (1), à mesma página, cita passo da ordenação do Livro III, Tít. XXXIII, §1º., do Código Filipino, *verbis*: “se a reconvenção for começada depois da ação contestada, e o autor tiver dado sua prova, a reconvenção perderá sua natureza, quanto a esta parte, e

- não andaré igual passo, mas cada uma fará seu curso, como por direito melhor puder, sem uma aguardar a outra”.
- ( 65) – Cf. AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 1ª. ed., Nova Fronteira.
- ( 66) – *Denúnciação da Lide*, cit., nº. 226, p. 244.
- ( 67) – Cf. MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., nº. 130, p. 153.
- ( 68) – *Código*, cit., III, p. 174.
- ( 69) – MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., nº. 226, p. 243.
- ( 70) – LIEBMAN, *Manual*, cit., nº. 88, pp. 197-8 (grifos nossos e do original; cf. *Manuale*, cit., nº. 88, p. 156). Completando esse parágrafo o mestre esclarece: “Chama-se esta” (a garantia) “*formal*, ou *real*, quando o garantido está no pleito em virtude da contestação de um terceiro ao direito que lhe foi transmitido pelo garante; chama-se *simples*, quando ele litiga com terceiro por uma obrigação a que corresponde obrigação de reembolso da parte do garante. De ambas deve-se distinguir a garantia *imprópria*, que ocorre quando falta essa conexão e as diversas relações jurídicas são ligadas entre si apenas de fato (p. ex., as sucessivas vendas da mesma mercadoria)”. (Para melhor entender-se esse exemplo de garantia imprópria v. a explicação de CARNELUTTI (*Sistema di diritto processuale civile*, nº. 347, c, pp. 941-2), em continuação ao trecho transcrito na nota 14, *supra*; e M. FLAKS, que a expõe (*Den. da Lide*, cit., nº. 21, p. 22).)
- ( 71) – *A Cons. de Caus. como Pressup. da Rec.*, cit., nº. 100, p. 173. Em passo que antecede a esse, observa BARBOSA MOREIRA: “É pena que o legislador de 1973 não haja reproduzido o texto” (do transcrito art. 116 do Código de 1939). “Mas cabe notar que nem sempre a ausência, na lei nova, de prescrição constante da antiga significa mudança real da posição do ordenamento. A supressão pode comportar explicações muito diversas, entre as quais a de ter-se considerado *desnecessária* a existência de disposição expressa” (*ib.*, nº. 100, pp. 172-3).
- ( 72) – MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., nº. 130, p. 153.
- ( 73) – Segundo o que preceitua o *Nouveau code de procédure civile*, art. 368, “*les décisions de jonction ou de disjonction d’instances sont des mesures d’administration judiciaire*”.
- ( 74) – MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., nº. 130, p. 153, e nº. 25, p. 26.
- ( 75) – (Grifos nossos.)
- ( 76) – *Denúnciação da Lide*, cit., nº. 226, p. 244.
- ( 77) – MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., nº. 130, pp. 153-154.
- ( 78) – Tal como acontece na hipótese contrária, em que o denunciado “aceita” a denúncia e o juiz declara desde logo a sua responsabilidade, *também* de acordo com o art. 76 (cf. nº. 15, *supra*), dispensando o denunciante de uma inútil ação de garantia: “Tal responsabilidade, se necessário, será quantificada em processo de execução, mediante liquidação da sentença por cálculo, arbitramento ou artigos, segundo as circunstâncias de cada caso concreto” (autor e ob. cit., nº. 123, p. 143).
- ( 79) – Cf., quanto a essas conclusões, os exemplos ministrados no nº. 11, *b, supra*.
- ( 80) – MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., nº. 79, p. 90.
- ( 81) – *Id. ib.*, nº. 80, p. 91.
- ( 82) – *Id.*, *ib.*, nº. 80, p. 91. Citações da nota (1), à mesma página: “Cf. Barbosa Moreira, *Estudos*, p. 85; Celso Barbi, *Comentários ao CPC*, I, nº. 404; ARRUDA ALVIM, *CPC Comentado*, I/255-256; HÉLIO TORNAGHI, *Comentários ao CPC*, I, 261; ALEXANDRE DE PAULA, *Código de Processo Civil Anotado*, 1ª. ed., S. Paulo, 1977, 1/227-228”.
- ( 83) – *Id.*, *ib.*, nº. 80, p. 91.
- ( 84) – *Id. ib.*, nº. 81, pp. 91-2. Nota 1, p. 92: “Cf. Celso Barbi, *Comentários ao CPC*, I, nº. 428; TFR, Ag. I. 37.965, rel. Décio Meirelles de Miranda, *in* A. de Paula, *PCLJ*, I, nº. 1.157. Em sentido oposto, Calmon de Passos, *Denúnciação da*

- Lide*, p. 326, para quem, em caso de vitória do denunciante, o adversário primitivo é que deve suportar todas as despesas, inclusive as do denunciado”.
- ( 85) – MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., nº. 81, p. 92.
- ( 86) – *Id. ib.*, nº. 81, p. 92.
- ( 87) – *Id. ib.*, nº. 82, pp. 92-3. Nota 1, p. 93: “Cf. Celso Barbi, *Comentários ao CPC*, I, nº. 427”.
- ( 88) – *Id. ib.*, nº. 82, p. 93 (cf. nºs. 21 e 22, pp. 22-4, e, *supra*, notas 14 e 70).
- ( 89) – MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., nº. 82, p. 93, citando (notas 2 e 3, à mesma página): ARRUDA ALVIM, *Código*, cit., III, p. 271; TFR, Ap. Cív. 57-897, rel. Carlos Mário Velozo, Ementário de Jurisprudência nº. 3, p. 25; TJRJ, Ap. Cív. 7.849, rel. Basileu Ribeiro Filho, Ementário de Jurisprudência 18/80, DJ 3.7.80, nº. 80, nº. 19; 1º. TARJ, Ap. Cív. 41.408, rel. Emerson dos Santos Parente, e TARS, Ap. Cív. 22.174, rel. Pio Fiori de Azevedo, in A. de Paula, *PCLJ*, I, nºs. 2.193 e 2.207.
- ( 90) – Cf. Cód. de Proc. Civil, arts. 71, 73, 74 e 75. HÉLIO TORNAGHI verbera o termo: “Já Rosemberg (*Lehrbuch*, § 47, I) havia chamado atenção para a impropriedade desse nome” (*denunciado*) “dado ao terceiro. O que é denunciado é a apresentação da causa em juízo. O terceiro não é denunciado! É o receptor da denúncia, é o avisado, o notificado, o cientificado; denunciado não!” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, ed. Rev. dos Tribs., 1974, p. 263). Cf. LEO ROSEMBERG, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, trad. de Angela Romera Vera, B. Aires, 1955, § 47, I, vol. I, p. 279: “o terceiro pode denominar-se receptor da denúncia ou adversário da denúncia (do litígio) (assim RG, 77, 364, e 159, 88), ou também prevenido do litígio. / A designação ‘denunciado do litígio’ (assim, p. ex., RG, 123, 95) é tão incorreta como a de direito comum: ‘denunciado da lide’”.
- ( 91) – MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., nº. 82, p. 93.
- ( 92) – *Id. ib.*, nº. 83, pp. 93-4.
- ( 93) – *Id. ib.*, nº., 83, p. 94, com a citação: “TJSP, Ap. Cív. 234.984, rel. Macedo Bittencourt, RT 470/99” (nota 1).
- ( 94) – “Cf. Alexandre de Paula, *PCLJ*, I, nºs 2.025 e seguintes, especialmente os acórdãos que versam sobre a aplicação do art. 70, III, do CPC” (MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., nº. 83 e nota 2, p. 94).
- ( 95) – TJGB, Ap. Cív. 89.283, RJTJRJ 34/204; TARS, Ap. Cív. 8.638, JTARS 17/162.
- ( 96) – TJRJ, Ap. Cív. 2.949, RF 259/182; TJSP, Ap. Cív. 244.856, RJTJSP 36/136. (Cf., *supra*, nota 70.)
- ( 97) – TJSP, Ap. Cív. 238.329, RT 475/97.
- ( 98) – TJSP, Ap. Cív. 258.616, in A. de Paula, *PCLJ*, I, nº. 105; TJRJ, Ag. I. 687, RT 504/233. (Cf., *supra*, notas 14 e 70.)
- ( 99) – MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, nº. 84, pp. 94-6. Cf., nessa obra, o Apêndice II, em que, em ordem alfabética, se arrola abundante jurisprudência, de que constam inclusive os acórdãos indicados nesta e nas notas anteriores.
- (100) – *Denúnciação da Lide*, cit., nº. 85, p. 96.
- (101) – *Idem, ib.*, nº. 85, p. 96.
- (102) – *Id., ib.*, nº. 85, p. 96-7.
- (103) – MÍLTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., nº. 85, p. 97. Cf., *supra*, notas 8, 9 e 12, e a conclusão transcrita no nº. 5, nota 18.
- (104) – *Denúnciação da Lide*, cit.
- (105) – *Ibidem*, nº. 148, p. 173.
- (106) – É a opinião, por exemplo, de HELY LOPES MEIRELLES (*Direito Administrativo Brasileiro*, 7ª. ed., Rev. dos Tribs., 1979, Cap. X, pp. 615-32, esp. pp. 621-5), SEABRA FAGUNDES (*O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 5ª. ed., Forense, 1979, nº. 84, pp. 186-90), JOSÉ CRETELLA JÚNIOR (*Dicionário de Direito Administrativo*, 3ª. ed., Forense, 1978, verbete “Regresso”); MÁRIO MASAGÃO (que foi quem ofereceu,

como membro da subcomissão de anteprojeto da Constituição de 1946, o texto aprovado como seu artigo 194 – *Curso de Direito Administrativo*, 3ª. ed., Max Limonad, n.ºs. 486-95, pp. 307-16, esp. n.º. 495). Cf., aplicando esse entendimento para suas considerações sobre a possibilidade de *denúnciação da lide* pelo Estado ao seu funcionário culpado, MILTON FLAKS, *Denúnciação da Lide*, cit., § 33 (sob a rubrica “Responsabilidade objetiva”), n.ºs. 148-50, pp. 173-6 (dizendo logo de início: “*Como é sabido*, ao teor do art. 107 da CF, a obrigação de indenizar do poder público baseia-se no princípio da *responsabilidade objetiva*”) (grifo nosso no início da citação).

- (107) – *Le droit administratif français*, Paris, 1968, n.º. 1.231, pp. 681-2 (grifo nosso).
- (108) – BÉNOIT, *Le droit adm. fr.*, cit., n.º. 1.222, p. 677.
- (109) – *Idem, ibidem*.
- (110) – *Tendências atuais sobre a responsabilidade civil do Estado*, na *Revista de Direito Administrativo*, 55/261-72, e em *Direito Administrativo*, ed. Saraiva, 1975, pp. 354-62.
- (111) – FERNANDO ANDRADE DE OLIVEIRA, *Responsabilidade civil do Estado por fatos da Administração Pública* (razões de apelação, como Procurador da República), na *Revista da Associação dos Magistrados do Paraná*, 20/309-20, pp. 318 e 313-15; cf. PAUL DUEZ e GUY DEBEYRE, *Traité de droit administratif*, Paris, 1952, n.ºs. 621-57, pp. 417-45. Quanto à subsistência da obrigação de indenizar por parte do Estado mesmo em face do caso fortuito, no âmbito da teoria do *risco administrativo* – diversamente do que ocorre em relação à *força maior* –, DUEZ e DEBEYRE explicam, fazendo a distinção: “Le cas fortuit implique essentiellement que l’accident ayant causé le dommage résulte d’une cause inconnue. On voit bien l’accident, mais on ignore pourquoi et comment il a pu se produire. Par suite l’accident ne pouvait être ni prévu, ni empêché. . . . La distinction du cas fortuit et de la force majeure n’a guère d’intérêt pratique dans un système de responsabilité fondé sur la faute, parce que ni le cas fortuit, ni le cas de force majeure ne peuvent logiquement entraîner la responsabilité de l’auteur apparent du dommage. Ce dernier, en effet, ne peut jamais être considéré comme étant en faute: pour le cas fortuit, parce qu’il ne pouvait pas prévoir l’accident dommageable; pour le cas de force majeure, parce qu’il ne pouvait humainement y résister. / Il en va différemment dans un système de responsabilité pour *risque*: la distinction du cas fortuit et de la force majeure apparaît avec tout son intérêt pratique, parce que si le cas de force majeure continue a être une cause d’exonération de la responsabilité, il n’en est plus de même du cas fortuit. / Le cas de force majeure continue a être exonératoire de responsabilité parce que la cause première de l’accident est extérieure à l’acte dommageable. Dès lors, on ne peut pas établir le rapport de causalité entre cet acte et le dommage. / Solution différent pour le cas fortuit, on ignore la cause du dommage; on ne peut donc pas détruire le rapport de causalité apparent qui existe entre le fait dommageable et le dommage” (*Traité*, cit., n.º. 643, pp. 432 e 433-4). Esses autores tomam aí, por base, lição de HAURIOU, que em nota a julgado do Conselho de Estado, de 10 de maio de 1912 (caso *Ambrosini*), “montre que le cas fortuit n’est en réalité qu’une ‘faute de service qui s’ignore’” (*ibidem*, n.º. 643, pp. 432-3).
- (112) – Const. Fed. de 1946, art. 194: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”.
- (113) – Cf. CAIO TÁCITO, *Tends. ats. s. a resp. civ. do Est.*, cit. na nota 110, *supra*.
- (114) – CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Ato Administrativo e Direito dos Administrados*, ed. Rev. dos Tribs., 1981, pp. 164-5 (n.ºs. 91-2) (*idem*, *Elementos de Direito Administrativo*, 1ª. ed., Rev. dos Tribs., 3ª. tiragem, 1983, pp. 265-7, n.ºs. 27-8).