

Documento 01

PARECER

Consultentes: LAERTE CODONHO; DETTAL-PART PARTICIPAÇÕES, IMPORTAÇÃO, EXPORTAÇÃO E COMÉRCIO LTDA.; THOLOR DO BRASIL LTDA.; BRABEB – BRASIL BEBIDAS EIRELLI EMPARE – EMPRESA PAULISTA DE REFRIGERANTES LTDA.; STOCKBANK PARTICIPAÇÕES e SAE IMPORTAÇÃO, EXPORTAÇÃO, EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.

CONSULTA

LAERTE CODONHO; DETTAL-PART PARTICIPAÇÕES, IMPORTAÇÃO, EXPORTAÇÃO E COMÉRCIO LTDA.; THOLOR DO BRASIL LTDA.; BRABEB – BRASIL BEBIDAS EIRELLI EMPARE – EMPRESA PAULISTA DE REFRIGERANTES LTDA.; STOCKBANK PARTICIPAÇÕES e SAE IMPORTAÇÃO, EXPORTAÇÃO, EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., por intermédio do ilustre advogado Dr. Paulo Assad, honra-nos sobremodo com a presente **CONSULTA**, relatando os **FATOS** e formulando **QUESITOS**, nestes termos:

BREVE SÍNTESE DOS FATOS PELOS CONSULENTES

1. Ajuizaram ação indenizatória contra a Fazenda do Estado e alguns Procuradores da Fazenda, por agirem com abuso e excesso de poderes. Em síntese, estes passaram a “perseguir” o

SYDNEY SANCHES e ADVOGADOS ASSOCIADOS

Consulente **LAERTE CODONHO** e, no âmbito da perseguição, adotaram algumas providências e tiveram uma conduta claramente ilegal, fora do limite das suas competências e sem a diligência que se espera dos Procuradores.

2. O MM. Juiz de Primeiro Grau, contudo, julgou extinto o feito em relação à pessoa física dos Procuradores, por entender que estes somente poderiam ser responsabilizados regressivamente, pelo Estado. No entendimento do ilustre Magistrado, o agente público não pode ser responsabilizado diretamente pelos danos que causar, mas apenas regressivamente, com suposto fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, aduzindo: – “No caso específico dos advogados públicos, o novo CPC encerrou tal discussão ao prever expressamente em seu artigo 184 que *“O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”*, ou seja, a responsabilização de tal categoria de servidores, somente pode ocorrer em caso de dolo ou fraude e em ação regressiva por parte da Fazenda, caso esta sucumba na ação ajuizada pelo particular, não havendo possibilidade, portanto, de responsabilização de tais requeridos, na forma deduzida na inicial, como pretendem os autores”.

SYDNEY SANCHES e ADVOGADOS ASSOCIADOS

3. Os Consulentes lembraram que o entendimento do Supremo Tribunal Federal sempre foi no sentido de que é uma faculdade do particular (pessoa lesada) optar por ajuizar a ação de reparação de danos em face do agente público, do Estado ou de ambos. O que diferencia é a responsabilidade do Estado e a subjetiva do agente público.

4. E que, a partir de um julgamento de relatoria do Min. Carlos Ayres Brito, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que o agente público somente pode responder regressivamente perante o Estado e não demandado diretamente pelo particular.

5. Ainda segundo os Consulentes essa leitura da Constituição está totalmente equivocada – tanto que a Suprema Corte já reconheceu o requisito da repercussão geral da matéria para julgamento de outro Recurso Extraordinário (Tema 940), quando será novamente enfrentada a questão, e desta vez pelo Plenário, com eficácia nas demais instâncias. Em tal circunstância, o Parecer foi solicitado para embasar responsabilização direta do agente público nos casos em que comprovada sua culpa, ou seja, o de que o particular pode, sim, optar por ingressar com a ação em face do Estado, do agente ou de ambos.



SYDNEY SANCHES e ADVOGADOS ASSOCIADOS

6. Assim relatados os **FATOS**, formulam os Consulentos as indagações que seguem:

QUESITOS

1º Quesito: *O disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal impede o ajuizamento de ação de reparação de danos, pelo particular, diretamente em face do Agente Público causador do dano? E se o agente público for um Procurador?*

2º Quesito: *A entrada em vigor do atual Código de Processo Civil, com a previsão contida no seu art. 184, alterou de alguma forma o contido no art. 37, § 6º, da Constituição Federal?*

3º Quesito: *O Procurador pode ser responsabilizado diretamente ou apenas de forma regressiva em relação aos danos causados? Em quais situações?*



SYDNEY SANCHES e ADVOGADOS ASSOCIADOS

4º Quesito: *Diante das considerações feitas, pode-se afirmar que, no caso concreto de LAERTE CODONHO, houve a extinção prematura do processo judicial por ele ajuizado em face dos Procuradores?*

PARECER

Passamos, pois, a examinar as questões suscitadas.

1º Quesito: *O disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal impede o ajuizamento de ação de reparação de danos, pelo particular, diretamente em face do Agente Público causador do dano? E se o agente público for um Procurador?*

Resposta:

1. Estabelece a Constituição Federal de 1988:

SYDNEY SANCHES e ADVOGADOS ASSOCIADOS

“Art. 37 (...)

§ 6º: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

2. O Supremo Tribunal Federal sempre admitiu a ação direta do lesado contra o agente público. Destaque-se, dentre inúmeros julgamentos nesse sentido, o voto do Em. Min. OCTÁVIO GALLOTTI, como relator. *verbis*:

“O fato de a Constituição garantir o direito de uma ação, em que a prova de culpa é dispensável e o pagamento assegurado pelas forças do erário, não priva o lesado da opção de agir diretamente contra o funcionário, culpado e solúvel, em busca de um procedimento mais expedito de execução” (RE 105.157-4, j. 20-9-1985).

3. No mesmo sentido o posicionamento da Corte, em julgamento relatado pelo Min. MOREIRA ALVES:



SYDNEY SANCHES e ADVOGADOS ASSOCIADOS

“Essa é a orientação que se me afigura correta, e sua fundamentação demonstra que o disposto no artigo 107 da Constituição Federal (de 1969) não impede que a vítima promova ação direta contra o funcionário com base na responsabilidade subjetiva prevista no artigo 159 do Código Civil (de 1916). Com efeito, o preceito constitucional, ao distinguir a responsabilidade do Estado como objetiva e a do funcionário como subjetiva, dando àquele ação regressiva contra este, visou apenas facilitar a composição do dano à vítima, que pode acionar o Estado independentemente de culpa do funcionário, não tendo, portanto, em mira impedir ação direta contra este, se se preferir arcar com os ônus da demonstração de culpa do servidor, para afastar os percalços da execução contra o Estado” (STF, RE 99.214-RJ, in RTJ, 106:185-6). Assim, também, o acórdão no RE 77.169, Relator Ministro Antonio Neder (RTJ, 92:144).

4. No julgamento de caso símile, o Relator Desembargador JOSÉ LUIZ GERMANO, do Tribunal de Justiça de São Paulo, (Agl 2250738-52.2015.8.26.0000) em 23-9-2016, salientou que *“o sistema de responsabilidade civil do Estado na CF/67 (EC nº 1/69) era rigorosamente idêntico ao modelo atual previsto no art. 37, § 6º, da CF/88, correspondente ao art. 107 da Carta revogada”*. E que o precedente isolado relatado pelo Min. Carlos Britto (RE 327.904, 1ª

SYDNEY SANCHES e ADVOGADOS ASSOCIADOS

T., j. 15-8-2006) e mencionado pelo MM. Juiz prolator da decisão ora agravada, *“afastando a legitimidade passiva do agente público para responder diretamente pelos danos causados a particular em exercício de função típica”*, focalizara situação *“bastante singular, envolvendo a responsabilidade civil de Prefeito por decreto de intervenção em hospital local, ou seja, ato de agente político, totalmente dissonante do caso concreto e da jurisprudência pacificada do Pretório Excelso. Portanto, o melhor entendimento acerca da legitimidade passiva do agente público, por responsabilidade subjetiva, se encontra ainda na jurisprudência solidificada do Colendo STF, em que se possibilitava o manejo de ação em face do servidor causador do dano isoladamente, contra o Estado ou ambos.*

5. De se lembrar ainda outro julgado do Tribunal de Justiça do Estado:

“Indenização. Ajuizamento em face de Oficial do Registro de Imóveis. Responsabilidade objetiva do Estado que não impede o ajuizamento direto em face do titular do serviço delegado. Se é certo que o Poder Público responde objetivamente pelos atos praticados pelos notários e oficiais do registro e seus prepostos, que venham a causar danos a

SYDNEY SANCHES e ADVOGADOS ASSOCIADOS

terceiros, nada obsta que o prejudicado acione diretamente os titulares dessas serventias, desde que fundada a pretensão em alegação de culpa” (JTJ, Lex, DJe 01-7-2005, p. 510).

6. Na mesma linha a doutrina:

*“Entendemos que o art. 37, § 6º, não tem caráter defensivo do funcionário perante terceiro. A norma visa a proteger o administrado, oferecendo-lhe um patrimônio solvente e a possibilidade da responsabilidade objetiva em muitos casos. Daí não se seque que haja restringido sua possibilidade de proceder contra quem lhe causou o dano. Sendo um dispositivo protetor do administrado, descabe extrair dele restrições ao lesado” (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 1002). (grifo acrescentado)*

“Se o administrado quiser, poderá apenas e tão somente acionar o funcionário, assinalando que, no caso, a vítima teria o inconveniente de ter de provar a culpa do funcionário, mas em compensação se livraria das notórias

SYDNEY SANCHES e ADVOGADOS ASSOCIADOS

dificuldades da execução contra a Fazenda Pública: o particular tem o ônus da prova, mas vê facilitada a execução da sentença judicial (ADILSON DALARI, Regime constitucional dos servidores públicos, Revista dos Tribunais, 1976, p. 122-3).

“A vítima poderá ajuizar ação de responsabilidade civil das seguintes formas: a) diretamente contra o Estado, com base na responsabilidade objetiva consagrada no § 6º do art. 37 da Constituição de 1988, bastando a comprovação do dano e o nexo de causalidade entre o evento danoso e o serviço prestado, cabendo ao Estado o direito de regresso contra o agente causador do dano (titular do cartório e/ou preposto), nos casos de dolo ou culpa deste; b) diretamente contra o titular da serventia não oficializada, desde que a vítima prove a ocorrência de culpa ou dolo na prestação do serviço notarial ou de registro, cabendo ao titular o direito de regresso contra o preposto causador do prejuízo; e c) diretamente contra o preposto (funcionário da serventia extrajudicial), mediante a comprovação de culpa ou dolo deste. O fato de ser o Estado responsável pelos danos causados por seus agentes, bem como o titular da serventia pelos atos de seus prepostos, não exonera os titulares e seus prepostos de responsabilidade. Pode, então, a vítima,

SYDNEY SANCHES e ADVOGADOS ASSOCIADOS

considerando a solidariedade passiva, agir contra um, dois ou três (HÉRCULES ALEXANDRE DA COSTA BENÍCIO, Responsabilidade civil do Estado decorrente de atos notariais e de registro, Revista dos Tribunais, 2005, p. 256-7).

“A ação pode ser direcionada contra o Estado, baseada na responsabilidade objetiva consagrada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, ou diretamente contra o notário ou registrador, desde que o autor se proponha, neste caso, malgrado opiniões contrárias, a provar a culpa ou dolo deste” (CARLOS ROBERTO GONÇALVES, Responsabilidade civil, São Paulo: Saraiva, 18. ed., 2019).

“Nos casos em que os danos causados a terceiros comprometem ou empenham a responsabilidade do Estado por ato doloso ou culposo de seus servidores, aquele que tem legitimidade ativa ad causam pode ajuizar a ação contra o Estado e seu servidor, em litisconsórcio passivo facultativo; apenas contra o Estado, ou apenas contra o servidor” (RUI STOCO, Tratado de responsabilidade civil, Revista dos Tribunais, 6. ed., 2004, p. 1.132) (grifo acrescentado).

SYDNEY SANCHES e ADVOGADOS ASSOCIADOS

7. Indagam também os Consulentes qual seria a situação, “**se o agente público for um Procurador**”, ou seja, se neste caso **poderia figurar direta e unicamente no polo passivo da ação**.

8. O art. 37, § 6º, da Constituição Federal responsabiliza as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos “*pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros...*”. Responsabilidade do Estado pelos atos de seus agentes, denominados “servidores públicos” ou “agentes públicos”. No caso, a ação foi movida contra Procuradores do Estado.

9. Segundo MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (*Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 2008, 21. ed. p. 485/ 487) , “*Agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração indireta... ..“São servidores públicos, em sentido amplo, as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos. Compreendem: 1. os **servidores estatutários**, sujeitos ao regime estatutário e ocupantes de cargos públicos; 2. os **empregados públicos**, contratados sob o regime da legislação trabalhista e ocupantes de **emprego público**; 3. Os **servidores temporários**,*

SYDNEY SANCHES e ADVOGADOS ASSOCIADOS

*contratados por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, da Constituição); eles exercem **função**, sem estarem vinculados a cargo ou emprego público”.*

10. Depois de afirmar que as funções políticas (praticadas por “agentes políticos”) ficam a cargo dos órgãos governamentais ou governo propriamente dito, acrescenta que não são considerados “agentes políticos” os membros do Judiciário, do Ministério Público e do Tribunal de Contas, bem como os da “Advocacia Geral da União, da Defensoria Pública e da Advocacia” (ob. cit., fls. 486). Os denominados “**Procuradores do Estado**” não se enquadram, pois, na categoria dos “agentes políticos”, mas sim na dos “**servidores públicos estatutários**”.

11. E como tais, **respondem pelos danos que causarem a terceiros, com base no mencionado art. 37, § 6º, da Constituição Federal.**

12. Desse modo, respondendo à 2ª parte do PRIMEIRO QUESITO, afirma-se que o disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal **NÃO IMPEDE** o ajuizamento de ação de

SYDNEY SANCHES e ADVOGADOS ASSOCIADOS

reparação de danos, pelo particular, diretamente em face do Procurador do Estado, como Agente Público causador do dano. Ou seja, **PODERÁ SIM** ser movida diretamente contra ele.

2º Quesito: *A entrada em vigor do atual Código de Processo Civil, com a previsão contida no seu art. 184, alterou de alguma forma o contido no art. 37, § 6º, da Constituição Federal?*

Resposta:

1. Dispõe o **art. 37, § 6º**, da Constituição Federal:

“As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

2. Por sua vez, prescreve o **art. 184** do atual Código de Processo Civil:



SYDNEY SANCHES e ADVOGADOS ASSOCIADOS

“O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”.

3. O MM. Juiz interpretou equivocadamente, “data vênia”, a norma ordinária do C.P.C., ao considerar que, a partir da entrada em vigor do mencionado diploma processual “cabe a responsabilização de tal categoria de servidores **somente por dolo ou fraude e em ação regressiva por parte da Fazenda**, caso esta sucumba na ação inicial ajuizada pelo particular, não havendo possibilidade, portanto, de responsabilização de tais requeridos, na forma deduzida na inicial, como pretendem os autores”.

4. Não há, nem poderia haver alteração de norma constitucional por outra de lei ordinária. Ademais, o art. 184 do Código de Processo Civil simplesmente reproduz o conteúdo do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

5. Não bastasse, o sistema jurídico brasileiro reconhece a supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, adotando o princípio da superioridade da norma magna em relação àquelas produzidas pelo Poder Legislativo, no exercício da função legiferante ordinária. O fundamento do controle da constitucionalidade “*é o de que nenhum ato normativo, que lógica e*

SYDNEY SANCHES e ADVOGADOS ASSOCIADOS

necessariamente dela decorre, pode modifica-la ou suprimi-la” (STF, Agl174.811-RS, rel. Min. Moreira Alves, DJ, 02-5-1996, p. 13.770).

6. Se, no caso, a referida norma de direito processual for interpretada como alterando a Constituição, a interpretação deverá ser considerada inconstitucional e até o próprio dispositivo do Código, se for necessário.

7. Ante o exposto, responde-se ao 2º quesito que a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, com a previsão contida no art. 184, NÃO alterou, nem poderia alterar o art. 37, § 6º, da Constituição Federal. *Se o tivesse modificado, ensejaria até, eventualmente, a declaração incidental de inconstitucionalidade, em qualquer processo (“inter partes”). E também no controle concentrado de constitucionalidade pelo S.T.F., com eficácia “erga omnes”.*

3º Quesito: *O Procurador pode ser responsabilizado diretamente ou apenas de forma regressiva em relação aos danos causados? Em quais situações?*

SYDNEY SANCHES e ADVOGADOS ASSOCIADOS

Resposta:

1. Volta-se, aqui, à **jurisprudência dominante**:

“Recurso especial. Dano moral. Alegação de ato ilícito praticado por agente público estadual.

É faculdade do autor promover a demanda em face do servidor do Estado ou de ambos, no livre exercício do seu direito de ação. Recurso especial provido para afastar a ilegitimidade passiva do agente (STJ, REsp 731.746-SE, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., DJe 04-5-2009). (grifo nosso)

“O fato de a Constituição garantir o direito de uma ação, em que a prova de culpa é dispensável e o pagamento assegurado pelas forças do erário, não priva o lesado da opção de agir diretamente contra o funcionário, culpado e solvável, em busca de um procedimento mais expedito de execução (STF, RE 105.157-4, rel. Min. Octávio Gallotti, j. 20-9-1985). (grifo nosso)

2. A **doutrina**, como se viu, não destoa:

“Como deixamos assentado anteriormente, nos casos em que os danos causados a terceiros comprometem ou

SYDNEY SANCHES e ADVOGADOS ASSOCIADOS

empenham a responsabilidade do Estado por ato doloso ou culposo de seus servidores, aquele que tem legitimidade ativa ad causam pode ajuizar a ação contra o Estado e seu servidor, em litisconsórcio passivo facultativo; apenas contra o Estado ou apenas contra o servidor (RUI STOCO, Tratado de responsabilidade civil, São Paulo, Revista dos Tribunais, 6. ed., 2004, p. 1.132). (grifo nosso)

“Entendemos que o art. 37, § 6º, não tem caráter defensivo do funcionário perante terceiro...” “...A circunstância de haver acautelado os interesses do lesado e dos condenados a indenizar não autoriza concluir que acobertou o agente público, limitando sua responsabilização ao caso de ação regressiva movida pelo Poder Público judicialmente condenado” (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, Curso de direito administrativo, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 1.002).

3. Em resposta ao 3º QUESITO, reitera-se que, em caso de culpa ou dolo de sua parte, o Procurador pode SIM ser responsabilizado diretamente por responsabilidade subjetiva, sem prejuízo da responsabilidade objetiva do Estado, com direito de regresso contra o agente público.

SYDNEY SANCHES e ADVOGADOS ASSOCIADOS

4º Quesito: *Diante de todas considerações feitas até aqui, pode-se afirmar que no caso concreto do Sr. Laerte Codonho houve a extinção prematura do processo judicial por ele ajuizado em face dos Procuradores?*

Resposta:

SIM, no caso concreto trazido por Laerte Codonho, houve prematura extinção do processo judicial com relação aos Procuradores, contra os quais também foi ajuizado.

É o Parecer.

São Paulo, 05 de junho de 2019.



Sydney Sanches

OAB/SP 11.760



Carlos Roberto Gonçalves

OAB/SP 14.200