

A Responsabilidade Patrimonial do Estado por Ato do Funcionário

TOMÁS DE VILANOVA MONTEIRO LOPES

1. *Funcionário público. Amplitude do conceito*

O EXERCÍCIO da função pública impõe a seus titulares certos deveres, cuja transgressão, desde que cause dano ao patrimônio alheio, acarreta para o Estado a obrigação de indenizar.

Nesse sentido, o Código Civil (art. 15) dispõe que:

“As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que, nessa qualidade, causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito, ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”.

Por sua vez a Constituição Federal, no artigo 194, estatui que:

“As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”.

Para êsse efeito, não há que distinguir entre funcionário público propriamente dito e extranumerário, dado que um e outro são agentes da administração e o que lei tem em mira é, justamente, a reparação do efeito lesivo de um ato praticado no exercício da autoridade que emana da função pública.

Pouco importa, pois, que ao investir o indivíduo nessa autoridade a administração lhe dê o título de funcionário, de extranumerário ou a denominação mais genérica de servidor público, eis que a faculdade de organizar seus quadros de pessoal consoante as conveniências do serviço não lhe confere a prerrogativa de ilidir os princípios que definem a obrigação de recompor o patrimônio alheio, nos casos e na forma que a lei prescrever.

Do ponto de vista estritamente administrativo, é de inquestionável importância a distinção entre as diversas categorias de agentes da administração, pois que a cada uma delas pode corresponder um regime especial, como de resto sucede entre nós. Do ponto de vista da obrigação de indenizar, semelhante distinção carece de sentido, por isso que a autoridade que o Estado delega a seus servidores é uma só, em suas origens e seus pressupostos sócio-jurídicos, independentemente, como tal, da categoria de quem a exerce.

Encarada que fôsse do ângulo estritamente administrativo, a questão encerrar-se-ia em limites de tal modo estreitos e circunstanciais, que dentro deles não seria possível acomodar os princípios, hoje comuns a todos os povos cultos, que regulam a responsabilidade penal e civil dos prepostos da administração pública.

De fato, enquanto essa responsabilidade constitui um preceito universalmente consagra-

do, a conceituação de funcionário é incerta e duvidosa, tão franca a divergência das correntes doutrinárias sobre o assunto, e tão surpreendentes as soluções com que a técnica de organização vem transformando as estruturas tradicionais do serviço público.

Por isso mesmo, a tendência do pensamento jurídico moderno se tem firmado, como já propusera OTTO MAYER, no sentido de alargar o conceito de funcionário público, traçando-o nas leis penais com a amplitude que convém a uma garantia efetiva e integral contra o mau uso da função pública.

O Código Penal brasileiro, por exemplo, deixando de parte o conceito fixado pelo artigo 2.º do Decreto-lei n.º 1.713, de 28 de outubro de 1939 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União) e desprezando distinções estabelecidas por outras leis referentes ao pessoal dos serviços públicos, dispõe:

“Art. 327. Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitóriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprêgo ou função pública.

Parágrafo único. Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprêgo ou função em entidade para-estatal”.

Além de tornar ociosa a discussão teórica em torno do conceito de funcionário público, para fins de responsabilidade penal, o dispositivo acima transcrito dilatou, no que tange ao Estado, a esfera da responsabilidade patrimonial por atos ilícitos.

E' que, aumentando até onde era possível o número de pessoas responsáveis por dolo ou culpa no exercício da função pública, pôs sob a obrigação de indenizar certas categorias de servidores, aos quais, com as melhores razões, se poderia negar a qualidade de funcionário público. E como em matéria de responsabilidade patrimonial pelo mau uso da função pública vigora, entre nós, o princípio da solidariedade passiva entre o funcionário e o Estado, a obrigação de indenizar imposta a êste último estendeu-se a casos não abrangidos expressamente pelo direito anterior, com o que se tornou mais ampla a tutela aos direitos e aos bens dos particulares.

Tal solução, que atende a objetivos de ordem prática, não deixa, entretanto, de afetar a unidade do direito positivo e de colocá-lo em contradição consigo mesmo, ao emitir o conceito de funcionário público, em matéria penal e em matéria estritamente administrativa.

Graças a ela, porém, teve fim a indecisão que se espraiara da doutrina à jurisprudência, e transformara numa *vexata questio* a caracterização da responsabilidade patrimonial do Estado,

sempre que o autor do dano à propriedade alheia ocupasse, dentro da administração pública, uma posição que, em qualquer de seus aspectos, deixasse de corresponder aos conceitos da doutrina sobre funcionário público.

2. A teoria da falta. Responsabilidade subjetiva

Como fundamento da obrigação de indenizar, por parte do Estado, alguns autores apresentam a *falta do serviço*. Se este funciona regularmente, não tem lugar tal obrigação.

O essencial, em face desse ponto de vista, seria, pois, fixar o conceito de falta do serviço.

HAURIAU procura fazê-lo, caracterizando um ato danoso, que envolve a responsabilidade da administração e não a do agente, sem todavia explicar porque a responsabilidade não recai sobre a pessoa que pratica o ato, mas sobre outra bem diversa.

DUPEIROUX ("Faute personnelle et faute de service, étude jurisprudentielle sur la responsabilité de l'administration et ses agents") esforça-se por aclarar o conceito, ao dizer que haverá *falta do serviço*, quando ocorrer a violação da lei ou da norma administrativa, desde que tal violação não possa ser imputada a este ou àquele agente em particular. Mas a aceitação de semelhante tese, como alguém já observou, nos levaria a admitir uma "espécie de culpa do serviço em si". Com razão, pois, embora denotando certa veemência, DUGUIT assinala a improcedência da tese defendida por DUPEIROUX, mostrando o ilogismo a que ela conduz.

Para COLOMBRES ("Teoria General del Recurso por Exceso de Poder"), "verifica-se a *falta do serviço*, como motivo de responsabilidade do patrimônio administrativo, quando a falta do agente resulta de negligência deste ou de circunstâncias fortuitas, mas nunca de um ato premeditado". Daí a necessidade de distinguir-se a *falta do serviço* da *falta pessoal*. E é ainda COLOMBRES quem elucida:

"Tanto na *falta pessoal* como na *falta do serviço*, se depara o desconhecimento da lei do serviço público. A única diferença está em que num caso o agente viola a lei por uma finalidade estritamente pessoal, para alcançar uma vantagem moral ou material, ou simplesmente por puro capricho, em detrimento do interesse público.

Na *falta do serviço* ocorre o contrário, pois a violação é estranha a qualquer interesse particular do agente, dado que no instante e nas circunstâncias em que se produz, toda a atividade do agente está orientada em benefício do serviço público".

Ao contrário do que ele próprio supõe, COLOMBRES incide na mesma censura feita a DUPEIROUX. Seu conceito de *falta do serviço*, não obstante os comentários com que o autor, inspirando-se na teoria do risco administrativo, procura retocá-lo encerra, no fundo, a mesma idéia de uma "espécie de culpa do serviço em si". Como entender-se o contrário, se é o próprio COLOMBRES quem sustenta que na *falta do serviço*, e como fundamento desta, se encontra sempre o mau funcionamento da administração?

Também na prática dos tribunais, a apreciação da *falta pessoal* e da *falta do serviço* nem

sempre foi muito nítida, sobretudo nos casos em que uma é razão eficiente da outra. Em certos julgados admitiu-se, por exemplo, que a primeira deveria, logicamente, excluir a segunda, ainda que ambas fôsem concorrentes. Vêzes houve em que o pensamento dos juizes se firmou no sentido de que a *falta do serviço* absorvia a *falta pessoal*, ainda que esta a precedesse.

Um esforço de maior sistematização das várias soluções adotadas pelos tribunais administrativos oferece para esclarecimento da questão a idéia de *falta destacável*, idéia que, como diz LAUBADÈ (Droit Administratif — Ed. Pichon et Durand Auzias) é cambiante e de difícil conceituação.

Mas se desistirmos de fixar conceitos e nos contentarmos com algumas regras para orientação geral em face dos casos concretos, poderemos admitir que a falta será destacável, e como tal acarretará a responsabilidade exclusiva do funcionário:

1.º quando o ato que a envolve fôr executado fora do exercício da função, pròpriamente dita;

2.º quando, embora praticado no exercício da função, esse ato fôr inspirado em motivo condenável (v.g. vingança, maldade etc.) ou, mesmo não existindo tal motivo, consistir numa irregularidade gritante, num erro grosseiro.

E' evidente que com isso não se resolve em definitivo o problema. Apenas se lhe imprime uma orientação mais objetiva, que todavia não deixa de ter suas desvantagens, pois com ela a distinção entre as espécies de falta resvala, completamente, para o terreno das questões de fato e, portanto, da livre convicção do julgador.

Na França, o dissídio jurisprudencial em torno da matéria perdurou até fins de 1919, quando o Conselho de Estado decidiu que toda anomalia do serviço, ainda que oriunda de ato do agente, implicava o mau funcionamento do serviço, mesmo que aquêle ato fôsse estranho aos fins da administração, pelo que os prejuízos causados aos particulares deveriam ser reparados pelo Poder Público.

A rigor, a orientação estabelecida pelo Conselho de Estado não se coadunava com a teoria falta, na sua feição original, mas apresentava o mérito de humanizar um princípio que, se aplicado em toda sua rigidez, não permitiria uma defesa justa e eficaz do patrimônio privado contra os desmandos da administração.

Outro ponto que, como da caracterização da natureza da falta, suscitou forte divergência foi o da atribuição do ônus da prova da falta do funcionário ou do serviço.

Impôs-se, durante algum tempo, contra os protestos de uma considerável corrente doutrinária, o princípio estabelecido na lei de 10 do Vindimário, que exonerava o prejudicado da obrigação de fazer prova da falta, a fim de obter o ressarcimento do dano causado ao seu patrimônio pelos "atroupments seditieux". Tal princípio, inspirado pela necessidade de assegurar a ordem instituída pela revolução de 1789, foi-se abrandando à medida que a autoridade do Estado se fortalecia e uma nova concepção dos direitos individuais tornava corpo.

Já por fim não bastava que o prejudicado provasse o dano de seu patrimônio, como resultante da ação ou omissão do agente administrativo. Exigia-se, também, a prova de que o procedimento do agente fôra irregular.

Sob certo aspecto, esta última diretriz da jurisprudência invertia as bases originais da teoria da culpa, ao fundamentar a responsabilidade patrimonial do Estado, e para justificá-la não havia mister recorrer a argumentos de ordem histórica, a menos que se desejasse coonestar com motivos mais sérios um recuo da consciência jurídica e suas lamentáveis repercussões na economia privada e na segurança das relações entre a administração pública e os particulares.

Parece-nos fora de dúvida que a distinção entre *falta pessoal* e *falta do serviço*, como critério para limitar a responsabilidade patrimonial do Estado, é de procedência muito discutível. Ainda que se reconheça o dolo ou a culpa do agente, nem por isso a falta por êle praticada deixa de revelar aquêle mau funcionamento do serviço a que se referia COLOMBRES. Não denota, porventura, o procedimento irregular do agente a omissão de certas cautelas de que a administração deverá cercar a seleção e contrôle de seus prepostos?

De certo que haverá. E desde que assim se entendeu, o pensamento jurídico, embora recorrendo ao que hoje se considera uma feição, tomou rumo mais consentâneo com as conveniências sociais, erigindo à categoria de motivos determinantes da responsabilidade patrimonial do Estado a culpa *in eligendo* e a culpa *in vigilando*. Essa teoria encontrou guarida em nosso código civil, que a consagra, expressamente, no seu já citado artigo 15 (*).

Perdia, assim, todo sentido, a não ser para fins da responsabilidade individual ou solidária do próprio funcionário, a questão de perquirir a natureza da falta, pois fôsse esta *pessoal* ou do *serviço*, desde que entre ela e o dano ao patrimônio alheio houvesse uma relação de causa e efeito, a responsabilidade do Estado não poderia ser posta em dúvida.

Em tais casos, presumia-se a culpa do Estado.

Aparentemente, ao incorporar a noção de culpa presumida do Estado, a teoria da falta expungia-se de certos defeitos e tirava os melhores fundamentos a boa parte das objeções que lhe eram dirigidas. Em realidade, porém, aquêles que buscavam salvá-la através de uma solução que, do ponto de vista prático, correspondia aos anseios de segurança do patrimônio privado, não conseguiam contornar uma objeção de maior envergadura.

E' que a falta, como motivo determinante da responsabilidade extracontratual, pressupõe o exercício da razão, envolve a manifestação da vontade livre, sem os quais não pode haver imputabilidade. DUGUIT é muito incisivo, quando evoca êsse princípio:

"As noções de responsabilidade e de culpa implicam, nota-se facilmente, a existência de uma pessoa do-

tada de vontade consciente, ou se quisermos de vontade livre. Violação consciente de uma norma de direito por uma vontade livre, responsabilidade da pessoa titular dessa vontade, eis todo o domínio do conceito tradicional de responsabilidade. Em uma palavra: tôda questão de responsabilidade é uma questão de imputabilidade". (Las Transformaciones del Derecho Publico).

De outro lado, é certo que sòmente as pessoas naturais são dotadas de razão e de vontade. E evidente, pois, que o agente da administração, dada sua condição de pessoa física, pode ser, penal e civilmente, responsável por dolo ou culpa. E isso ficou bem claro, quando nos detivemos na fixação do conceito de funcionário público. Como, porém, conceber a responsabilidade da pessoa jurídica, invocando a idéia de culpa, se tal pessoa não possui os atributos que servem de base à imputabilidade?

A menos que se possa igualar a pessoa jurídica à pessoa natural, pouco adianta à solução do problema saber se aquela (pessoa jurídica) é uma ficção da lei (SAVIGNY), uma pessoa *sui generis* (GIERKE), um patrimônio afetado a um fim (BRINZ) ou um simples processo de técnica jurídica, traduzindo uma forma especial da propriedade (WODON). O que importa, isso sim, é saber se dentro dos limites da boa razão será possível estender a outras pessoas atributos que, pelas leis naturais, só ao homem pertencem.

Jurisconsultos do porte de GIORGI, FADA e BENZA admitem tal possibilidade. E LACERDA DE ALMEIDA que foi, entre nós, um dos mais destacados partidários dessa corrente, chegou a dizer que "as associações, coletividades organizadas, podem delinquir; podem manifestar a vontade e a resolução criminosa, por seus órgãos naturais e competentes, e praticá-la, sem que haja a menor dúvida de que o ato foi pela comunidade pensado, resolvido e mandado executar".

MICHOUD ("De la Responsabilité de L'État" — Revue de Droit Publique, vol. 2) menos categórico, diria que a pessoa jurídica é dotada de vontade, não de uma *vontade natural*, mas de uma *vontade legal*. Será aceitável essa tese? Cremos que não, pois, se juridicamente a idéia de vontade, como fonte de direitos e obrigações implica a de livre consentimento, como aceitar-se uma vontade imposta pela lei e, conseqüentemente, viciada em suas origens por essa mesma imposição?

DUGUIT (loc. cit.), referindo-se à teoria de GIERKE e pondo em destaque a grande aceitação que ela alcançou entre os juristas franceses, observa:

"Apesar disto não se pode ver nela (teoria de GIERKE desenvolvida e aplicada ao Estado por JELLINEK) mais que uma ficção engenhosa imaginada por sutis jurisconsultos para conciliar a responsabilidade do Estado com um sistema jurídico segundo o qual não pode haver responsabilidade senão onde há personalidade consciente e com vontade".

Embora dirigida, expressamente, contra a teoria de GIERKE a crítica de DUGUIT aplica-se perfeitamente à tese de MICHOUD, como, de resto, a tôdas as soluções que importam no reconhecimento de que a pessoa jurídica é dotada de consciência e vontade.

(*) A Constituição atual, como veremos depois, adotou ponto de vista mais avançado.