

# A responsabilidade patrimonial do Estado por ato do funcionário

THOMAZ DE VILANOVA MONTEIRO LOPES

(continuação)

A TEORIA objetiva do risco, em matéria de responsabilidade patrimonial do Estado por ato do funcionário, não exclui a teoria subjetiva da falta, apenas lhe delimita o campo de aplicação.

Isso, entretanto, não importa, como pretende MARTON ("Les Fondements de la Responsabilité Civile" — Liv. Sirey — Paris — 1938) em estabelecer, ao lado de uma "responsabilidade ordinária" uma "responsabilidade extraordinária".

A responsabilidade, em seus efeitos patrimoniais, ou melhor, como obrigação de indenizar, é uma só, e a circunstância de variarem os seus fundamentos não lhe prejudica a unidade jurídica.

ESMEIN, com o pêsso de sua autoridade, sustenta que a "responsabilidade é uma coisa e a carga dos riscos é outra", princípio que se aceito justificaria a dualidade apontada por MARTON.

Preferimos pensar, não obstante, que, em matéria civil, a carga dos riscos, a obrigação de indenizar, nada mais representa que a própria responsabilidade do ponto de vista patrimonial, isto é, traduzida em termos de reparação ao patrimônio alheio.

Assim, somente por uma questão de comodidade, ou, admita-se, de método de exposição, falaríamos em responsabilidade ordinária e responsabilidade extraordinária, para acentuar com essa distinção que nos dois casos a obrigação de reparar o dano causado não tem o mesmo fundamento.

MARTON, ao apreciar a teoria objetiva do risco, deixou-se influenciar por um demasiado exigente espírito de sistema, quando é certo que as complexidades e contradições da vida moderna projetam seus reflexos na obra dos juristas e legisladores que devem atender, sobretudo, a realidade dos fenômenos sociais.

Para êle a teoria do risco é claudicante :

- 1.º Porque não possui a unidade de um sistema;
- 2.º Porque não proporciona uma análise satisfatória dos elementos da responsabilidade; e
- 3.º Porque não oferece uma síntese dos motivos da responsabilidade civil.

Tais objeções se nos afiguram demasiadamente teóricas e o critério que as inspirou de todo inadequado para a apreciação de matéria de

cunho eminentemente prático, qual seja a de adaptar instituições seculares às condições criadas pelo desenvolvimento das ciências, pelos progressos da técnica e pelos perigos generalizados que a civilização industrial e mecânica trouxe como reverso das vantagens que proporciona. Acima das questões de método e de sistema se há de colocar o esforço no sentido de evitar que a utilização das conquistas da técnica moderna venha agravar os males sociais.

Questões de tal ordem empalidecem quando encaradas à luz dos benefícios produzidos pela legislação que, em nossos dias, dispõe sobre acidentes de trabalho e sobre transportes de passageiros, tôda ela, como ninguém ignora, baseada na teoria da responsabilidade objetiva.

E já que tocamos nesse ponto devemos observar que o progresso crescente das atividades industriais e o ininterrupto desenvolvimento das redes de transportes, em plena vigência da citada legislação, mostra o quanto também é imprudente a crítica de FROMAGEOT, endossada por PLANIOL et RIPPERT ("Traité Pratique de Droit Civil Français" — vol. VI), no sentido de que a responsabilidade objetiva mata o espírito de iniciativa e de empreendimento.

HAURIAU, cuja opinião, sob certos aspectos, coincide com o de MARTON, após haver feito a apologia da teoria do risco, contra ela se manifesta em outra passagem de "Jurisprudence Administrative", onde se lê :

"Mau grado a antiguidade da teoria das faltas, que remonta ao direito romano, e a novidade aparente da teoria do risco, que surgiu na legislação de acidentes do trabalho, seria temerário concluir que esta constitui um progresso sobre aquela. A teoria das faltas foi elaborada à época clássica do direito romano, por consequência numa época de análise jurídica muito apurada e ao cabo de todo um desenvolvimento histórico. Não é uma instituição primitiva; muito ao contrário, no que concerne às condições da vida agrícola e burguesa, que eram as do mundo romano, ela representa uma solução muito aperfeiçoada da questão da responsabilidade. Por outro lado, os acidentes do trabalho constituem matéria nova; se encararmos o industrialismo como uma nova era da humanidade, forçoso é concluir que ainda estamos nos seus começos, que as soluções dos problemas jurídicos que êle suscita têm ainda alguma coisa de primitivo. Nada nos prova, pois, que não estamos iludidos, quando julgamos a teoria do risco mais aperfeiçoada que a das faltas, pelo simples fato de resolver ela melhor a questão dos acidentes do trabalho.

Bem pode suceder, ao contrário, que ela seja mais primitiva e mais fruste”.

A teoria do risco tem um lado imoral, por isso que apresenta os acidentes como sendo conseqüência inevitáveis da empresa, e sob esse ponto de vista ela é muito inferior à teoria das faltas, que os apresenta, ao contrário, como sendo conseqüências evitáveis, o que estimula a diligência dos agentes em evitá-los”.

Criada para as necessidades do mundo romano, a teoria subjetiva da falta está longe de satisfazer a certas situações da convivência social do nosso tempo que exigem, como já observou alguém, uma crescente objetivação da culpa.

Acaso não seria negar a própria evolução do direito combater a teoria do risco por não ser ela produto do gênio romano ou não se afeiçoar a uma técnica, embora muito apurada, mas inadaptável a circunstâncias profundamente diversas daquelas que a produziram?

Que teria acontecido às instituições que nos legou o direito romano, se antes de atingirem sua forma definitiva, através dos sucessivos aperfeiçoamentos, houvessem sido condenadas e postas de lado sob o pretexto de não atenderem aos rigores de determinados padrões?

O industrialismo, como nova era da humanidade ainda está em seus começos, é certo, mas os problemas sociais dêle oriundos, pelo volume e continuidade com que se apresentam, já permitiram a base de experiência suficiente para uma segura orientação da lei e da doutrina, em matéria de responsabilidade civil.

O tempo, como fator de experiência, apresenta, modernamente, aspectos peculiares. Outrora os fatos sociais e suas variações, repetindo-se em ritmo lento e não raro um tanto esparsamente, alongavam os períodos de prática e de observação, necessários à elaboração da experiência. Hoje, ao contrário, se repetem com tal presteza e se verificam em proporções tão elevadas e sob condições tão variáveis que a elaboração da experiência a êles relativa pode processar-se em menor espaço de tempo.

Assim, ainda que não se queira admitir com PAUL DUEZ (loc. cit.) que a teoria do risco representa, na ordem histórica, o prolongamento da reação iniciada pelos legisladores da Revolução Francesa contra os abusos do poder no antigo regime, é forçoso reconhecer que ela não constitui fruto da improvisação. Desde 1895 o Conselho de Estado da França vem aplicando-a.

Que a teoria do risco tenha um lado imoral, porque apresenta os acidentes como conseqüências inevitáveis da empresa, também nos parece muito contestável. Se ela afasta a discussão em torno da falta ou da culpa, o faz inspirada no sentimento de solidariedade social e no ideal de justiça frente os quais a teoria da responsabilidade subjetiva nem sempre se comporta a contento, como bem o demonstrou PAUL DUEZ nesta passagem do seu já citado livro:

“Havia uma falta pessoal do agente? A vítima obtinha um crédito de indenização contra o funcionário, crédito

garantido pelo patrimônio desse funcionário. Havia uma falta do serviço? O patrimônio administrativo era responsável; a vítima do dano tinha então uma garantia mais sólida do que no primeiro caso. O que chocava era, justamente, que a solidez do crédito aberto em favor da vítima estava na razão inversa da gravidade da falta cometida: a vítima de um dano ocasionado pela intenção dolosa do funcionário, pela falta grosseira, delituosa ou não delituosa, deste último tinha menos chance de ser indenizada que a vítima de uma falta menos grave, mas cuja indenização ficava a cargo do patrimônio administrativo”.

Também se tem dito que a teoria do risco envolve o perigo de um completo esgotamento das finanças públicas, tão vastos seriam os encargos que ela poderia impor ao Estado em matéria de indenização.

Há certo exagero na afirmativa. Esse perigo em realidade não existe, a menos que se estenda além dos limites legítimos a aplicação da teoria do risco. Ora, esta, como já tivemos oportunidade de observar, não exclui as obrigações que o evento danoso possa acarretar para o funcionário em face do direito regressivo reconhecido ao Estado, eis que, em relação às pessoas naturais, a regra geral é a da responsabilidade subjetiva.

A êsse respeito escreveu DUGUIT (loc. cit.):

“A questão da responsabilidade pessoal dos funcionários coloca-se em termos de todo diferentes daqueles que dizem respeito à responsabilidade do Estado. Esta, já se disse, não pode ser senão uma responsabilidade em virtude de risco, ou objetiva. A dos funcionários, ao inverso, é uma responsabilidade por culpa ou subjetiva. Quando realizam um ato, são êles que o executam e não uma pretensa pessoa pública, da qual seriam mandatários ou órgãos. Os agentes públicos são, pois, indivíduos que se encontram em presença de outros indivíduos, os administrados e os litigantes. A questão da responsabilidade entre dois indivíduos se reduz a um conflito entre duas vontades. A que deve sucumbir, a que deve declarar-se responsável, é, naturalmente, a que violou uma regra de direito; e isto é precisamente a culpa”.

Já se vê, pois, que em caso de dolo ou de culpa do funcionário, o patrimônio dêste responde pelos prejuízos que o Estado sofrer com a indenização prestada ao particular. Ao Estado restará, pois, a mesma garantia que, no regime da teoria da falta, êle concede ao particular. Nem mais nem menos.

Dizer que isso conduz ao esgotamento das finanças públicas, equivale a reconhecer que, adotando a tese subjetivista, o Estado, em proveito de sua própria economia, condena à ruína o patrimônio privado...

De resto, é por acaso justo que o ônus decorrente do mau uso da função pública recaia sobre quem não o gerou nem tinha meios de evitá-lo?

Estamos com os que pensam que se o Estado, e só êle, seleciona seus funcionários, atribui-lhes as funções, dispõe dos contrôles disciplinares para regular-lhes a conduta, e dos instrumentos de planificação e coordenação das atividades administrativas, deve caber-lhe, em conseqüência, a responsabilidade pelos prejuízos que êsse complexo aparelhamento vier a causar, sem que ocorra à vítima a obrigação de provar a existência de falta

e sem que esta seja condição *sine qua* para o ressarcimento do dano.

A tal corrente se filiou a Constituição brasileira de 1946, que dispõe :

Art. 194. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Como se vê, para que se caracterize a responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito público interno, por ato de seus agentes, a Constituição atual exige, apenas :

- 1) que haja dano ao patrimônio alheio;
- 2) que esse dano resulte de ato praticado pelo funcionário, no exercício de suas funções.

Modificou-se, assim, o regime de responsabilidade estabelecido pelo artigo 15 do Código Civil, que além dos requisitos acima indicados exigia mais que o funcionário agisse *de modo contrário ao direito ou faltasse a dever prescrito por lei*.

O artigo 194 da Constituição vigente, reproduzindo, *mutatis mutandi*, o texto do artigo 15 do Código Civil, com supressão da parte final, deixou bem claro que a falta do preposto não é condição essencial para que se verifique a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público interno.

Essa inteligência é aliás confirmada pelo parágrafo único do citado artigo, que assegura o direito regressivo contra os funcionários causadores do dano, *quando tiver havido culpa destes*.

Mesmo não havendo culpa do funcionário, ou para usar expressões semelhantes às da lei civil, ainda que o funcionário proceda em conformidade com o direito e cumpra o dever prescrito em lei, se de seu ato resultar dano ao patrimônio de terceiro, a administração será responsável pela re-

paração, mas não terá direito regressivo contra o funcionário.

Face ao dispositivo constitucional, portanto, a existência de falta de preposto somente deve ser objeto de discussão para fins de direito regressivo, matéria a qual é estranha a vítima do dano.

No regime do artigo 15 do Código Civil, era diferente porque só se verificava a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público, por ato de seus agentes, quando estes agissem de modo irregular. Daí o direito regressivo ser assegurado à pessoa jurídica, sem a ressalva contida na parte final do artigo 194 da Constituição, eis que tal ressalva seria uma excrescência, não teria objetivo, num regime em que a culpa do funcionário era indispensável para que a pessoa jurídica ficasse obrigada a reparar o dano causado.

Reconhecer essa obrigação, importava, necessariamente, em reconhecer a culpa do preposto, fundamento do direito regressivo contra êle.

Em face do artigo 194 da Constituição, só se reconhece direito regressivo à pessoa jurídica; de direito público interno havendo culpa do funcionário. Inexistindo tal culpa, não terá lugar a regressão, o que, todavia, não exclui a obrigação de ser o dano reparado pela mencionada pessoa por isso que esta é civilmente responsável pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

A ressalva constante do parágrafo único do artigo 194 da Constituição era, pois, necessária, a fim de evitar-se que o direito regressivo contra o funcionário fôsse ampliado e passasse a abranger todos os casos de responsabilidade da pessoa jurídica de direito público interno e não apenas aqueles em que se constatasse existência de culpa do próprio funcionário.