

Responsabilidade civil subjetiva do servidor público – Dolo e culpa – Nexo causal – Contraditório e ampla defesa – Prejuízo de pequeno valor – Reposições e indenizações – Responsabilidade civil objetiva da Administração Pública – Risco administrativo – Ação regressiva – Causas excludentes e atenuantes – Caso fortuito e força maior – Descumprimento de ordem indevida – Improbidade administrativa – Não incidência – Enriquecimento ilícito – Independência e interdependência das instâncias – Parecer jurídico no serviço público – Prescrição da ação contra a Fazenda Pública

Sebastião José Lessa

Membro do Conselho Diretor ADPF (Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal). 2º Vice-Presidente Jurídico da ADEPOL-Brasil (Associação dos Delegados de Polícia do Brasil). Diretor Jurídico do Sindicato dos Delegados de Polícia Federal/DF.

Palavras-chave: Servidor público. Administração Pública. Responsabilidade civil subjetiva. Responsabilidade civil objetiva. Ação regressiva.

Sumário: **1** Abordagem preambular – **2** Responsabilidade civil do servidor público – **3** Responsabilidade civil objetiva da Administração Pública e a ação regressiva (art. 37, §6º, *in fine*, CF) – **4** Conclusões – Referências

Retomei para ver debaixo do sol que a corrida não é dos ligeiros, nem a batalha dos poderosos, nem tampouco são os sábios os que têm alimento, nem tampouco são os entendidos os que têm riquezas, nem mesmo os que têm conhecimento têm o favor, porque o tempo e o imprevisto sobrevêm a todos eles.

(Eclesiastes 9:11)

O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

(Art. 393, parágrafo único, CC)

1 Abordagem preambular

Este trabalho buscou auxiliar a lida diuturna da Administração Pública, diante do dever de zelar pela *regularidade, continuidade e eficiência* do serviço público, tudo com amparo nos *princípios* preconizados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, bem como no art. 2º, *caput*, parágrafo único e incisos, da Lei nº 9.784/99.

De igual modo, imperioso ressaltar o cuidado que se observou no sentido de priorizar o *direito*

de defesa do servidor, matéria que foi tratada em tópico distinto.

Resta aduzir, que mesmo os julgados aqui colacionados que reconheceram a responsabilidade civil e o dever de ressarcir o dano, estes arestos servirão para uma proveitosa reflexão — *na lida contínua pelo aperfeiçoamento* — no sentido de coibir comportamentos censuráveis.

Com efeito, na lição de Silvio de Salvo Venosa:

A noção de *responsabilidade*, como gênero, implica sempre exame de *conduta voluntária violadora de um dever jurídico*. Sob tal premissa, a responsabilidade pode ser de várias naturezas, embora ontologicamente o conceito seja o mesmo.¹ (grifos nossos)

Num ligeiro descortino, a *responsabilidade civil*, no plano geral, pressupõe a prática de conduta *comissiva* ou *omissiva, dolosa* ou *culposa*, com a consequente obrigação de reparar o *prejuízo patrimonial ou moral*, desde que, provada a *culpa (lato sensu)*, afora as exceções previstas em lei (art. 927, parágrafo único, CC).

Vale acrescentar que, na instância administrativa, “a indenização por *dano moral* também é cabível, mas a dificuldade se apresenta na quantificação do montante a ser pago à vítima ou a seus responsáveis”.^{2 3}

¹ VENOSA. *Direito civil*, v. 4, p. 19.

² MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO. *Direito administrativo brasileiro*, p. 724.

³ Vide STF. RT 614/236, AI 455.846-4, Rel. Min. Celso de Mello, DJU, 21 out. 2004; STJ. BAASP I. 813/393; e TJSP. AP Cível 189.844-1.

E a *responsabilidade civil*, no âmbito interno da Administração Pública, em regra, independe da *criminal* e da *administrativa* (disciplinar), como fazem certos os arts. 121, 125 e 126, da Lei nº 8.112/90.

Nesse contexto, buscando, por analogia com o *direito privado*, pesquisar a *responsabilidade* do agente causador do dano, onde se prioriza, em regra, a *culpa subjetiva*, crava o Código Civil:

Art. 186. *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*

Art. 187. *Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.*

Art. 188. *Não constituem atos ilícitos:*

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo. [...]

Art. 393. O devedor *não responde* pelos prejuízos resultantes de *caso fortuito* ou *força maior*, se *expressamente* não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O *caso fortuito* ou de *força maior* verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. [...]

Art. 927. *Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*

Parágrafo único. *Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.* (grifos nossos)

A propósito das responsabilidades *subjetiva* e *objetiva*:

Na *responsabilidade subjetiva*, o centro de exame é o *ato ilícito*. O *dever de indenizar* vai repousar justamente no exame de transgressão ao dever de conduta que constitui o ato ilícito. Como vimos, sua conceituação vem exposta no art. 186 (antigo art. 159). Na *responsabilidade objetiva*, o ato ilícito mostra-se incompleto, pois é *suprimido o substrato da culpa*. No sistema da *responsabilidade subjetiva*, o *elemento subjetivo do ato ilícito, que gera o dever de indenizar*, está na *imputabilidade* da conduta do agente.⁴ (grifos nossos)

⁴ VENOSA. *Direito civil*, v. 4, p. 22.

Por outra ótica, no domínio do *direito público*, a *responsabilidade civil da Administração*, de índole *objetiva* na modalidade do *risco administrativo*, está cravada no §6º do art. 37 da Carta Política, prevendo, contudo, o *direito de regresso*.

A doutrina do *risco administrativo* “baseia-se no *princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais*: assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos”.⁵

E, continuando, registra o §6º do art. 37 da CF:

Art. 37. [...]

§6º As *peessoas 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*. (grifos nossos)

Atinente ainda a norma ditada no §2º do art. 122 da Lei nº 8.112/90:

Art. 122. [...]

§2º Tratando-se de *dano* causado a *terceiros*, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em *ação regressiva*. (grifos nossos)

Com o mesmo substrato, o §2º do art. 366 do Decreto nº 59.310/66 – Regulamento da Lei nº 4.878/65.

1.1 Responsabilidade civil e responsabilidade civil-administrativa ou responsabilidade disciplinar

Visando clarear a matéria, é bom fixar que a *responsabilidade civil* do servidor pode decorrer de “ato omissivo ou comissivo, *doloso* ou *culposo*, que resulte em *prejuízo* ao *erário* ou a *terceiros*” (art. 122, Lei nº 8.112/90; art. 366, Decreto nº 59.310/66 – Regulamento da Lei nº 4.878/65; §6º, *in fine*, art. 37, CF).

E a *responsabilidade civil-administrativa*, também intitulada *responsabilidade disciplinar*, “resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função” (art. 124, Lei nº 8.112/90; art. 368, Decreto nº 59.310/66 – Regulamento da Lei nº 4.878/65).

A primeira hipótese (art. 122, Lei nº 8.112/90; art. 366, Decreto nº 59.310/66 – Regulamento da Lei nº 4.878/65; §6º, *in fine*, art. 37, CF), prioriza o aspecto *patrimonial* da responsabilidade civil do servidor, tanto *dolosa* como *culposa*, que acarrete *dano* material ou moral ao *erário* ou a *terceiro*.

⁵ DI PIETRO. *Direito administrativo*, p. 599.

E a *perda patrimonial* tanto pode ser *interna* (Administração) como *externa* (terceiros).

Já a hipótese seguinte (art. 124, Lei nº 8.112/90; art. 368, Decreto nº 59.310/66 – Regulamento da Lei nº 4.878/65), cuida da *responsabilidade civil-administrativa* ou *responsabilidade disciplinar*, que resulta de ato ou omissão verificado no desempenho do cargo ou função e que traz como consequência a *sanção disciplinar*. Aqui, comprovado o comportamento reprovável, o servidor ficará sujeito a *penas disciplinares*.⁶

Imagine o servidor público que negligencia na guarda de bem móvel público ou particular, de que tenha guarda ou posse em razão do cargo, concorrendo culposamente para o extravio ou para o crime de outrem.

Em razão desse fato, o servidor responderá nas instâncias *penal* (art. 123, Lei nº 8.112/90; §2º, art. 312, CP); *civil* (art. 122, Lei nº 8.112/90); e *civil-administrativa* ou *disciplinar* (arts. 116, I, e 124, Lei nº 8.112/90).

Poderá ainda responder, no Judiciário, por infringência aos arts. 9º, 10 e 11, todos da Lei nº 8.429/92, que reprime os atos de *improbidade administrativa*, como decidido pelo c. Supremo Tribunal Federal no RMS 24.699/DF (Rel. Min. Eros Grau, DJ, 1º jul. 2005).

Pelo que se vê, o servidor poderá, *pelo mesmo fato*, ser responsabilizado *penal*, *civil* e *administrativamente*, na forma dos arts. 121 e 125, da Lei nº 8.112/90, bem como por infringência aos arts. 9º, 10 e 11, na previsão do art. 12, todos da Lei nº 8.429/92, que reprime os atos de *improbidade administrativa*, dado que as instâncias, em regra, são *independentes*.

1.2 Culpa (*lato sensu*) – Dolo e culpa

A *culpa (lato sensu)* compreende o *dolo*, ou seja, o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; e a *culpa (stricto sensu)*, é dizer, o agente deu causa ao resultado por *imprudência*, *negligência* ou *imperícia* (art. 18, I e II, CP).⁷

Comentando o art. 122, da Lei nº 8.112/90, o ensinamento de Themístocles Brandão Cavalcanti:

A *responsabilidade civil* decorre do exercício doloso ou culposo da função pública, que importe em *prejuízo de terceiros*. Segue-se, desta forma a *teoria geral da responsabilidade civil*, tal como se acha consagrada na legislação de responsabilidade no exercício da função pública.⁸ (grifos nossos)

⁶ Cf. COSTA. *Teoria e prática do direito disciplinar*, p. 206; e DI PIETRO. *Direito administrativo*, p. 568.

⁷ Cf. MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO. *Direito administrativo brasileiro*, p. 558.

⁸ *Apud* MATTOS. *Lei nº 8.112/90: interpretada e comentada*, p. 591.

1.2.1 Direito de defesa – Causas excludentes e atenuantes

1.2.1.1 Direito de defesa

Como já exaustivamente registrado, a *responsabilidade civil* do servidor público, seja por dano *interno* (erário) ou *externo* (terceiros), é *subjetiva* (arts. 121 e 122, Lei nº 8.112/90; art. 37, §6º, *in fine*, CF).

De tal modo, na linha do *devido processo legal* (art. 5º, inc. LIV, CF), há que ser indubitavelmente provada a *culpa (lato sensu)*, tudo sob o pálio do *contraditório* e da *ampla defesa* (art. 5º, inc. LV, CF; art. 41, Lei nº 9.784/99).

É bom redizer que, na parte que disciplina os *direitos e garantias fundamentais*, foram assegurados “o *contraditório* e a *ampla defesa*, com os *meios e recursos* a ela inerentes”. A tal respeito, o expressivo julgado:

2 - A Magna Carta, em seus arts. 5º, LV e 41, parág. 1º, inciso II, alude, não ao simples direito de defesa do servidor público, mas sim à *ampla defesa*, com os *meios e recursos a ela inerentes*. O *preceito ampla defesa reflete a evolução histórica e legislativa que reforça tal princípio e denota elaboração acurada para melhor assegurar sua observância*. Significa, nestes termos, que a possibilidade de *rebatêr acusações, alegações, argumentos, interpretações de fatos, interpretações jurídicas, para evitar sanções ou prejuízos, não pode ser restrita*. (STJ. MS 6.478/DF, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ, 29 maio 2000, grifos nossos)

O *direito de defesa*, diga-se de passagem, foi desenvolvido como maior amplitude no item 3.10 deste trabalho.

1.2.1.2 Causas excludentes e atenuantes

É cediço, são *excludentes* e *atenuantes* da responsabilidade, que *dependendo da hipótese, podem impedir que se concretize o nexo causal: a culpa da vítima* (inclusive a *culpa concorrente*);⁹ o *fato de terceiro*;¹⁰ o *caso fortuito* e a *força maior*;¹¹ e, no campo *contratual*, a *cláusula de não indenizar*.

Também são elencadas outras *excludentes: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal, exercício regular de direito e inimizabilidade*.^{12 13}

⁹ *Vide* STJ. REsp 60.929/RJ, Rel. Min. Costa Leite, DJ, 29 maio 1995; e STJ. REsp 40.189/RJ, Rel. Min. Costa Leite, DJ, 11 abr. 1994.

¹⁰ *Vide* STJ. AgRg no AREsp 465.702/MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe, 19 mar. 2014.

¹¹ *Vide* STJ. REsp 109.966/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ, 18 dez. 1998.

¹² Cf. VENOSA. *Direito civil*, v. 4, p. 39-55.

¹³ STJ. REsp 152.030/DF, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ, 22 jun. 1998.

Ressalte-se que a *responsabilidade subjetiva*, exige a *conduta do agente*, o *ato lesivo* e a *imputabilidade*. Logo, “se o agente, quando da prática do ato ou da omissão, *não tinha condições de entender o caráter ilícito da conduta*, não pode, a princípio, ser responsabilizado. Nessa premissa, importa verificar o estado mental e a maturidade do agente”.¹⁴

Advirta-se que a *legítima defesa putativa*, o *excesso na legítima defesa* e o *estado de necessidade*, em linha de princípio, *não excluem a responsabilidade*.^{15 16}

Determinante como excludente o *caso fortuito ou força maior* (art. 393 e parágrafo único, CC):

Ambas as figuras equivalem-se, na prática, para afastar o *nexo causal*. Essa equivalência foi admitida pelo Código Civil de 1916, que, no art. 1.058 (novo, art. 393), parágrafo único, *adotou a noção objetiva desses fenômenos*: “O caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

Nesse rumo, em cada caso, o elemento preponderante para afastar a responsabilidade, a par da imprevisibilidade, reside na *impossibilidade absoluta de resistir aos acontecimentos*. Tanto que, já se disse, que “o tempo e o imprevisto sobrevêm a todos” (Eclesiastes 9:11).

No estudo do *caso fortuito e força maior* “o traço que os caracteriza não é a imprevisibilidade, mas a *inevitabilidade*”.^{17 18}

a) Fato de terceiro

Vem a tempo o ensinamento de Sílvio de Salvo Venosa, lembrando que “é muito rara a admissão do fato de terceiro como excludente na jurisprudência nacional”.^{19 20}

2 Responsabilidade civil do servidor público

Na esfera do direito administrativo, os servidores públicos, “no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las, podem cometer infrações de quatro ordens: *administrativa, civil, criminal e improbidade administrativa*”. E por essas infrações,

serão responsabilizados no âmbito interno e/ou judicialmente, como aponta Hely Lopes Meirelles.²¹

Tem-se aqui a *responsabilidade de natureza quadridimensional*.

Neste trabalho, cuidar-se-á da *responsabilidade civil do servidor público* (arts. 121, 122 e parágrafos, Lei nº 8.112/90; arts. 365, 366 e parágrafos, Decreto nº 59.310/66 – Regulamento da Lei nº 4.878/65).

No plano geral, e para o ordenamento legal da *responsabilidade civil do servidor público* e as naturais consequências, registra a Lei nº 8.112/90:

Art. 121. O servidor responde *civil, penal e administrativamente* pelo *exercício irregular* de suas atribuições.

Art. 122. A *responsabilidade civil* decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em *prejuízo* ao *erário* ou a *terceiros*.

§1º A *indenização* de prejuízo *dolosamente* causado ao erário somente será liquidada na forma prevista no art. 46, na falta de outros bens que assegurem a execução do débito pela via judicial.

§2º Tratando-se de *dano* causado a *terceiros*, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em *ação regressiva*.

§3º A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada, até o limite do valor da herança recebida.

Art. 123. A *responsabilidade penal* abrange os crimes e contravenções imputadas ao servidor, *nessa qualidade*.

Art. 124. A *responsabilidade civil-administrativa* resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função.

Art. 125. As *sanções* civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo *independentes* entre si.

Art. 126. A *responsabilidade administrativa* do servidor será afastada no caso de *absolvição criminal* que *negue* a existência do *fato* ou sua *autoria*.

Art. 126-A. *Nenhum servidor poderá ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente* por dar ciência à autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, a outra autoridade competente para apuração de informação concernente à prática de *crimes* ou *improbidade* de que tenha conhecimento, ainda que em decorrência do exercício de cargo, emprego ou função pública. (*Incluído pela Lei nº 12.527, de 2011*) (grifos nossos)

No Regime Jurídico do Policial Federal, crava o Decreto nº 59.310/66 – Regulamento da Lei nº 4.878/65:

Art. 365. Pelo exercício irregular de suas atribuições, o funcionário policial responde *civil, penal e administrativamente*.

¹⁴ VENOSA. *Direito civil*, v. 4, p. 54.

¹⁵ Cf. VENOSA. *Direito civil*, v. 4, p. 45-47.

¹⁶ Vide RT, 491/74; e RT, 477/104.

¹⁷ VENOSA. *Direito civil*, v. 4, p. 43.

¹⁸ Vide STJ. REsp 109.966/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ, 18 dez. 1998.

¹⁹ VENOSA. *Direito civil*, v. 4, p. 49.

²⁰ Vide STJ. AgRg no AREsp 465.702/MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe, 19 mar. 2014.

²¹ Cf. MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO. *Direito administrativo brasileiro*, p. 555.

Art. 366. A *responsabilidade civil* decorre de procedimento *doloso* ou *culposo*, que importe em *prejuízo da Fazenda Nacional*, ou de *terceiros*.

§1º A *indenização* de prejuízo causado à *Fazenda Nacional* será liquidada mediante desconto em prestações mensais não excedentes de dez por cento do vencimento, à míngua de outros bens que por ela respondam, e a ser cobrada após o término do processo disciplinar *independente de qualquer procedimento judicial*.

§2º Tratando-se de *dano causado a terceiro*, responderá o funcionário policial perante a Fazenda Nacional, em *ação regressiva* proposta *depois de transitar em julgado a decisão que condenar a União* a indenizar o terceiro prejudicado.

Art. 367. A *responsabilidade penal* abrange os crimes e contravenções imputados ao funcionário policial *nessa qualidade*.

Art. 368. A *responsabilidade administrativa* resulta de ato ou omissão verificado no desempenho do cargo ou função.

Art. 369. As *cominações civis, penais e disciplinares* poderão cumular-se, sendo umas e outras *independentes* entre si, bem assim as *instâncias civil, penal e administrativa*. (grifos nossos)

Neste trabalho, como já dito, cuidar-se-á da *responsabilidade civil* do servidor público (art. 122, *caput*, §§1º, 2º e 3º, Lei nº 8.112/90; §6º, *in fine*, art. 37, CF).

Com efeito, o servidor poderá ser responsabilizado civilmente, mediante procedimento regular com observância do *direito de defesa* (art. 5º, inc. LV, CF), e desde que provada a culpa *lato sensu*.

No trato do tema aqui em estudo, leciona Hely Lopes Meirelles:

A *responsabilidade civil* é a obrigação que se impõe ao servidor de reparar o dano causado à Administração por *culpa* ou *dolo* no desempenho de suas funções. *Não há, para o servidor, responsabilidade objetiva ou sem culpa*. A sua responsabilidade nasce com o ato culposo e lesivo e se exaure com a indenização. Essa responsabilidade (civil) é independente das demais (administrativa e criminal) e se apura na forma do Direito Privado, perante a Justiça Comum.²²

Para José dos Santos Carvalho Filho, a *responsabilidade civil*, ou seja, prevista no art. 122 da Lei nº 8.112/90, decorre de ato omissivo ou comissivo, *doloso* ou *culposo*, que resulte em *prejuízo ao erário* ou a *terceiros*, trazendo como consequência a obrigação que se impõe ao servidor de reparar o dano.²³

²² MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*, p. 506.

²³ CARVALHO FILHO. *Manual de direito administrativo*, p. 499.

2.1 Responsabilidade subjetiva (art. 122, §§1º a 3º, Lei nº 8.112/90; art. 37, §6º, *in fine*, CF)

A propósito da *responsabilidade subjetiva* do servidor público, o então Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP) já assinalava na Formulação nº 261, referendada pelo Decreto-Lei nº 200/67 (arts. 115 e 116), que “a responsabilidade administrativa deve ser *individualizada* no respectivo processo, *vedada, na impossibilidade de indicição do culpado, a sua diluição por todos os funcionários que lidaram com os valores extraviados*” (grifos nossos).

Colhe-se do correspondente parecer da ilustrada Consultoria Jurídica do então DASP, que repele a responsabilidade objetiva do servidor, e que embasou a mencionada formulação:

10. A providência simplista do rateio das importâncias extraviadas por todos os funcionários que lidaram com aqueles valores pode atender, na espécie, ao ressarcimento do prejuízo sofrido pela Fazenda Nacional, mas não só incentiva a atuação delituosa do verdadeiro responsável como não se amolda ao *princípio de comprovação da culpa* com grave prejuízo de ordem econômica e, sobretudo, moral para os atingidos pela indiscriminação relativamente aos quais nada se apurou capaz de indiciá-los. (Proc. nº 1.799/57, grifos nossos)

O *Manual de processo administrativo disciplinar*, editado pela e. Controladoria-Geral da União, não discrepa da lição acima citada, *verbis*: “A responsabilidade civil do servidor público perante a Administração é *subjetiva* e depende da prova da existência do dano, do nexos de causalidade entre a ação e o dano e da *culpa* ou do *dolo* da sua conduta. *O dano pode ser material ou moral*”²⁴ (grifos nossos).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, muito a propósito, adverte: “Quando o servidor é contratado pela *legislação trabalhista*, o art. 462, §1º, da CLT só permite o desconto com a *concordância do empregado ou em caso de dolo*”²⁵ (grifos nossos).

2.2 Dano interno e dano externo

Releva complementar, que do comportamento *ilícito* do servidor advirá o *dano*, com consequências *internas* (art. 122, Lei nº 8.112/90) ou *externas* (§6º, *in fine*, art. 37 – *ação regressiva*), mas, de todo modo, qualificado pela *culpa (lato sensu)*, dado que a responsabilidade civil do servidor é sempre *subjetiva*.²⁶

²⁴ BRASIL. Presidência da República. Controladoria-Geral da União. *Manual de processo administrativo disciplinar*, p. 23.

²⁵ DI PIETRO. *Direito administrativo*, p. 567.

²⁶ Cf. MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO. *Direito administrativo brasileiro*, p. 557, 725.

De idêntico valor a lição doutrinária que identifica o *dano interno* e o *dano externo*:

Quando o *dano* é causado por servidor público, é necessário distinguir duas hipóteses: 1. *dano causado ao Estado*; 2. *dano causado a terceiros*. No primeiro caso, a sua responsabilidade é apurada pela própria Administração, por meio de processo administrativo cercado de todas as garantias de defesa do servidor, conforme artigo 5º, inciso LV, da Constituição. As leis estatutárias em geral estabelecem procedimentos auto-executórios (*não dependentes de autorização judicial*), pelos quais a Administração desconta dos vencimentos do servidor a importância necessária ao ressarcimento dos prejuízos, respeitado o limite mensal fixado em lei, com vistas à preservação do caráter alimentar dos estímulos. *Quando o servidor é contratado pela legislação trabalhista, o art. 462, §1º, da CLT só permite o desconto com a concordância do empregado ou em caso de dolo.* (grifos nossos)

E segue:

Quando se trata de *dano causado a terceiros*, aplica-se a norma do art. 37, §6º, da Constituição Federal, em decorrência da qual o *Estado responde objetivamente*, ou seja, *independentemente de culpa ou dolo*, mais fica com o *direito de regresso* contra o servidor que causou o dano, desde que este tenha agido com *culpa ou dolo*.^{27 28} (grifos nossos)

E o *direito de regresso* se dará no leito da *ação judicial*.

2.3 Reposições e indenizações

Apurada a responsabilidade do servidor por ato *doloso* ou *culposos*, praticado no exercício irregular de suas atribuições (arts. 121 e 122, Lei nº 8.112/90), vem a tempo a doutrina de Mauro Roberto Gomes de Mattos:

Comprovado, inequivocamente, a *responsabilidade* do servidor público, a indenização do prejuízo *dolosamente* causado ao *erário* será liquidado com bens que assegurem a execução do débito pela *via judicial*, ou na falta deles, haverá o desconto previsto no art. 46, da Lei nº 8.112/90.

Tratando-se de *dano* causado a *terceiros*, o servidor público responderá perante a Fazenda Pública, em *ação regressiva*.

A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores (herdeiros) até o limite do valor da herança recebida, na forma do art. 197, do Código Civil.

A *Lei n. 8.429/92* pune o servidor público que causar *prejuízo ao erário se enriquecer ilicitamente ou desrespeitar princípios da administração pública*.²⁹ (grifos nossos)

As *reposições* e *indenizações* ao erário estão elencadas nos arts. 46 *usque* 48, tudo em harmonia com os já citados dispositivos: §§1º, 2º e 3º do art. 122 da Lei nº 8.112/90.

Art. 46. As reposições e indenizações ao erário, atualizadas até 30 de junho de 1994, serão previamente comunicadas ao servidor ativo, aposentado ou ao pensionista, para pagamento, no prazo máximo de trinta dias, podendo ser parceladas, a pedido do interessado. (*Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04.09.2001*)

§1º O valor de cada parcela não poderá ser inferior ao correspondente a dez por cento da remuneração, provento ou pensão. (*Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04.09.2001*)

§2º Quando o pagamento indevido houver ocorrido no mês anterior ao do processamento da folha, a reposição será feita imediatamente, em uma única parcela. (*Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04.09.2001*)

§3º Na hipótese de valores recebidos em decorrência de cumprimento a decisão liminar, a tutela antecipada ou a sentença que venha a ser revogada ou rescindida, serão eles atualizados até a data da reposição. (*Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04.09.2001*)

Art. 47. O servidor em débito com o erário, que for demitido, exonerado ou que tiver sua aposentadoria ou disponibilidade cassada, terá o prazo de sessenta dias para quitar o débito. (*Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04.09.2001*)

Parágrafo único. A não quitação do débito no prazo previsto implicará sua inscrição em dívida ativa. (*Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04.09.2001*)

Art. 48. O vencimento, a remuneração e o provento não serão objeto de arresto, sequestro ou penhora, exceto nos casos de prestação de alimentos resultante de decisão judicial.

2.4 Ressarcimento ao erário – Tomada de Contas Especial

Além daqueles anteriores procedimentos, é bom registrar em complemento:

A *obtenção do ressarcimento* poderá ocorrer, também, mediante *Tomada de Contas Especial* (TCE). A TCE é um processo administrativo, regulamentado

²⁷ DI PIETRO. *Direito administrativo*, p. 567-568.

²⁸ Vide STF. MS 24.182/DF, Pleno, un., Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ, 03 set. 2004.

²⁹ MATTOS. *Lei nº 8.112/90: interpretada e comentada*, p. 593. Nesse sentido, cf. MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO. *Direito administrativo brasileiro*, p. 557-559; e DI PIETRO. *Direito administrativo*, p. 566-568.

pela Instrução Normativa TCU nº 56/2007, que visa à apuração de responsabilidade pelos *danos causados à Administração Pública Federal e à obtenção do respectivo ressarcimento*. A TCE tem a finalidade, portanto, de apurar os fatos, identificar os responsáveis e quantificar o prejuízo causado ao erário. De acordo com o art. 1º da IN/TCU nº 56/2007 c/c art. 8º da Lei nº 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU), são determinantes para a instauração de TCE a ocorrência de pelo menos um dos seguintes fatos: a) *omissão no dever de prestar contas*; b) *não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, mediante convênio, contrato de repasse ou instrumento congêneres*; c) *ocorrência de desfalque, desvio ou desaparecimento de dinheiros, bens ou valores públicos*; e d) *prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte danos à Administração Pública Federal*.

No âmbito judicial, geralmente o débito regularmente apurado será inscrito em dívida ativa da União e constituirá *título executivo* passível de cobrança por intermédio de *ação de execução fiscal* proposta pela União perante o Poder Judiciário (Lei nº 6.830/80). Entretanto, existem outras formas de ressarcimento judicial dos prejuízos causados ao erário pelo servidor, tais como a *ação indenizatória* (de ressarcimento ou reparatória) e a *ação de improbidade administrativa* de que trata a Lei nº 8.429/92.³⁰ (grifos nossos)

Neste tema, proveitoso registrar para os operadores do direito, os ensinamentos de Luis Carlos da Fonseca em livro que tive a honra de prefaciar.³¹

Fruto de valiosa experiência do autor no exercício funcional do acompanhamento e análise dos processos de prestação de contas, o livro aborda — pela ótica didática — as deficiências e irregularidades constatadas com frequência nos procedimentos de celebração e prestação de contas dos convênios.

De igual modo cuida do processo licitatório e enriquece a obra com jurisprudência do egrégio Tribunal de Contas da União.

Por fim, o livro de Luis Carlos da Fonseca traz, como profícua contribuição, uma abordagem técnica visando oportunizar concreta eficiência no controle interno e externo dos convênios e dos processos licitatórios.

Em arremate, voltando ainda a questão das *reposições e indenizações*, registra a Formulação nº 59, editada pelo então DASP – Departamento Administrativo do Serviço Público (Decreto-Lei nº 200/67, arts. 115 e 116), *verbis*: “A reposição de quantias indevidamente recebidas por funcionários

só se faz sem o parcelamento quando aquele agiu de má-fé ou quando a Administração teve que ir a Juízo”.³²

2.5 Ação regressiva – Assistente voluntário

Como já referido, pode ocorrer a *responsabilidade civil* do servidor em face de *terceiro*, na via da *ação regressiva* a que alude o §6º, *in fine*, art. 37, da Constituição Federal:

[...] a *responsabilidade civil de servidor* por danos causados a *terceiros* no exercício de suas atividades funcionais depende da *comprovação de sua culpa* em *ação regressiva* proposta pela pessoa jurídica de Direito Público depois de condenada à reparação (CF, art. 37, §6º). *É óbvio que o servidor pode ter interesse em intervir na ação, principalmente para assegurar o justo valor da indenização, devendo fazê-lo na qualidade de assistente voluntário*.³³ (grifos nossos)

Como já dito, na interpretação do §6º, do art. 37, da Carta Política, “o Estado indeniza a vítima; o agente indeniza o Estado, regressivamente”.³⁴

Portanto, têm-se a *ação indenizatória* contra a Fazenda Pública, com a demonstração do *nexo causal* entre o *ato lesivo* e o montante do *dano*. Cabe à Fazenda Pública, para se eximir da responsabilidade civil, comprovar a *culpa* da vítima.

Já a *ação regressiva* “exigem-se dois requisitos: primeiro, que a Administração já tenha sido condenada a indenizar a vítima do dano sofrido; segundo, que se comprove a culpa do funcionário no evento danoso”.³⁵

2.5.1 Denúnciação da lide

Trata-se de mecanismo processual em constante debate, diante de sua natureza multifacetária, como se extrai da doutrina e jurisprudência:

É óbvio que o servidor pode ter interesse em intervir na ação, principalmente para assegurar o justo valor da indenização, devendo fazê-lo na qualidade de *assistente voluntário*, e nunca como *litisconsorte* necessário (CPC, art. 75, I), situação que lhe permite, entre outras coisas, confessar os fatos alegados pelo autor (art. 75, III), prejudicando a defesa da Administração e obrigando-a a uma indenização nem sempre devida, sem possibilidade, na maioria das vezes, de ressarcir-se.

³⁰ BRASIL. Presidência da República. Controladoria-Geral da União. *Manual de processo administrativo disciplinar*, p. 23-24.

³¹ Cf. FONSECA. *Convênios: da celebração à prestação de contas*.

³² Consultoria-Geral da República, Parecer A-25, de 09.08.1957, DO, 02 jul. 1957.

³³ MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO. *Direito administrativo brasileiro*, p. 559.

³⁴ Vide STF. RE 327.904, Rel. Min. Carlos Britto, DJ, 08 set. 2006.

³⁵ Cf. MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO. *Direito administrativo brasileiro*, p. 723-725.

E registra ainda que o c. Supremo Tribunal Federal “tem entendido que o caso é de *denúnciação à lide* (RT 544/260)”.³⁶

Pesquisando a jurisprudência do c. Superior Tribunal de Justiça, o entendimento:

Processual. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. Ação de indenização. *Responsabilidade civil do Estado. Denúnciação à lide*. Agente causador dano. *Não obrigatoriedade*. Art. 70, III, CPC. Violação. Inocorrência.

I - É entendimento assente nesta Corte Superior de que a *denúnciação à lide* do agente causador do dano, em ações de indenização por *responsabilidade civil do Estado*, *não seria obrigatória*, permanecendo a *possibilidade* da *Administração* exercer seu direito de regresso, posteriormente, em ação apropriada.

II - A irresignação da parte com julgado não tem o condão de infirmar seus fundamentos, ainda mais quando respaldado em posicionamento recente e reiterado deste STJ.

III - Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ. AgRg no Ag 471590/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ, 08 set. 2003)

O c. Tribunal Regional Federal da 1ª R., decidiu:

[...] 4. “A *denúnciação da lide* só é obrigatória em relação ao denunciante que, não denunciando, perderá o direito de regresso, mas não está obrigado o julgador a processá-la, se concluir que a tramitação de duas ações em uma só onerará em demasia uma das partes, ferindo os princípios da economia e da celeridade na prestação jurisdicional. A *denúnciação da lide ao agente do Estado em ação fundada na responsabilidade prevista no art. 37, §6º, da CF/88 não é obrigatória*, vez que a *primeira relação jurídica funda-se na culpa objetiva e a segunda na culpa subjetiva*, fundamento novo não constante da lide originária” (REsp. 313.886, DJ, 22 mar. 2004, Rel. Min. Eliana Calmon). (TRF 1ª R., APC 00044312920024013400 – AC 2002.34.00.004434-9/DF, Rel. Juiz Federal (conv.) Osmane Antônio dos Santos, DJF1, p. 303, 03 set. 2013, grifos nossos)

2.6 Extravio ou dano – Bem público – Prejuízo de pequeno valor

Sob o pálio da atuação eficiente, visando o interesse público e na linha do *custo-benefício*, tudo com arrimo no art. 37, *caput*, CF, e art. 2º, *caput*, incs. VI, VIII, IX e XIII, da Lei nº 9.784/99, a d. Controladoria-Geral da União editou a Instrução Normativa nº 04, de 17.02.09 (DOU, n. 34, Seção 1, p. 1, 18 fev. 2009), otimizando a apuração e desfecho dos casos envolvendo o *extravio ou dano a*

bem público que implicar prejuízo de *pequeno valor*, resultante de *conduta culposa (stricto sensu)*, ou seja, imprudência, negligência ou imperícia.

A apuração será feita por meio de *Termo Circunstanciado Administrativo* (TCA).

Nessa toada, considera-se *prejuízo de pequeno valor* “aquele cujo preço de mercado para aquisição ou reparação do bem extraviado ou danificado seja igual ou inferior ao limite estabelecido como de licitação dispensável, nos termos do art. 24, inc. II, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993” (parágrafo único, art. 1º, IN 04 CGU/2009).

Sandro Dezan, no trato das *reposições e indenizações ao erário*, acrescenta:

Neste ponto, cumpre ressaltar que se o *dano* for à própria *Administração Pública* e, no entanto, se considerado de *pequeno valor*, ou seja, infração de menor potencial ofensivo para a Administração ou aos seus fins, pode-se adotar, conforme previsão em regime disciplinar regente, a lavratura de *termo circunstanciado administrativo* ou o *ajustamento de conduta*, ou a *composição civil dos danos*, a depender da previsão estatutária específica, impedindo a repercussão da conduta no âmbito disciplinar, caracterizando em verdadeira disposição do dever-poder de instauração, disposição da própria ação disciplinar. No entanto, tal medida não conduz à conclusão de disposição do interesse público, mas somente em disposição da ação disciplinar, mormente com base na economia e na celeridade processual, o interesse público está sendo observado, priorizado e aperfeiçoado.³⁷

Releva destacar que a adoção do *Termo de Ajustamento de Conduta*, após laborioso trabalho doutrinário do Prof. Léo da Silva Alves, foi entronizado nos procedimentos da Administração Pública, como se comprova, mais recentemente, com a publicação da Instrução Normativa nº 1, de 16.05.2013 (DOU, p. 69, 17 maio 2013), *verbis*:

Considerando que a lei deve ser interpretada em harmonia com os princípios constitucionais da eficiência, interesse público, economicidade, proporcionalidade e razoabilidade, por meio da racionalização dos procedimentos administrativos; Considerando a necessidade de adoção de mecanismos preventivos e corretivos em situações de menor potencial ofensivo, resolve:

Art. 1º O Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) é o instrumento por meio do qual o servidor interessado declara estar ciente da irregularidade a que deu causa, culposa ou dolosamente, comprometendo-se a ajustar sua conduta em observância aos deveres e proibições previstas na legislação vigente.

³⁶ MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO. *Direito administrativo brasileiro*, p. 559.

³⁷ DEZAN. *Direito administrativo disciplinar*, v. 2, p. 132-133.

E a correspondente *atividade de instrução*, sob o influxo do art. 29, *caput*, da Lei nº 9.784/99, é bom dizer, deverá observar sintonia com os princípios da *ampla defesa* e da *eficiência* (arts. 5º, LV, e 37, *caput*, CF).

O mencionado art. 29, *caput*, da Lei nº 9.784/99, está assim redigido: “As *atividades de instrução* destinadas a averiguar e comprovar os dados *necessários à tomada de decisão* realizam-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, *sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias*” (grifos nossos).

Resta aduzir que o Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, forma de *controle interno*, consta na previsão do art. 5º, §6º, da Lei nº 7.347/85 (Ação Civil Pública).

2.7 Improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92)

É consabido, já houve uma sensível tendência no sentido de responsabilizar o agente público de forma *objetiva*, é dizer, sem a devida comprovação da *culpa (stricto sensu)*, apontando dispositivos da Lei nº 8.429/92, que reprime a *improbidade administrativa*. Todavia, com a evolução dos embates, os magistrados, providencialmente, passaram a priorizar o exame do *elemento subjetivo da conduta* quando do juízo de censura.

Apropriada a doutrina de Dayse Maria Andrade Alencar:³⁸

Considerando como ponto de partida a seara criminal, e para confirmar a tendência ao *repúdio quanto à responsabilização objetiva de agentes públicos* — tema que ganha especial relevo no campo das licitações e contratos administrativos, convém evocar importante precedente do Supremo Tribunal Federal, representativo, aliás, de revisão da jurisprudência daquela Corte. (STF. Inquérito nº 2664, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, *DJe*, 23 fev. 2011)

Continua:

Naquela oportunidade, o ministro Gilmar Mendes, inaugurando a divergência que ao final sagrou-se vencedora, teceu profundas e convincentes considerações, em tudo e por tudo ajustável ao caso vertente, como se constata do excerto do seu voto a seguir transcrito:

“Se este critério puder ser adotado, temos que trazer o Ministro de Estado para cá toda vez que houver uma eventual irregularidade numa licitação

em qualquer Ministério; vamos ter que trazer para cá o Presidente da República — certamente — ou Chefe do Executivo, Governador do Estado... *A não ser que se indique, de fato, indícios mínimos da participação das pessoas, a combinação de resultados*”. (grifos nossos)

E conclui, elencando maciça jurisprudência: STJ. AgRg no AG 1319558/RS, *DJe*, 13 maio 2011; STJ. AgRg no AG 1282854/SP, *DJe*, 22 mar. 2011; STJ. AgRg no AG 1339336/MG, *DJe*, 16 mar. 2011.

2.7.1 Descumprimento de ordem indevida – Improbidade administrativa – Não incidência

Tem-se notícia de suposta *improbidade administrativa* pelo fato da Autoridade Policial deixar de cumprir ordem indevida. Dilucidando a questão, o julgado:

1. Sendo o ato de indiciamento de atribuição exclusiva da autoridade policial, não existe fundamento jurídico que autorize o magistrado, após receber a denúncia, requisitar ao Delegado de Polícia o indiciamento de determinada pessoa. A rigor, requisição dessa natureza é incompatível com o sistema acusatório, que impõe a separação orgânica das funções concernentes à persecução penal, de modo a impedir que o juiz adote qualquer postura inerente à função investigatória. Doutrina. Lei 12.830/2013.
2. Ordem concedida. (STF. HC 115.015/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, *DJe*, 12 set. 2013)

2.7.2 Sequestro e perdimento de bens

Por fim, Maria Sylvia Zanella Di Pietro anota que:

Em caso de *crime* de que resulte *prejuízo* para a *Fazenda Pública* ou *enriquecimento ilícito* do servidor, ele ficará sujeito a *sequestro e perdimento* de bens, porém com intervenção do *Poder Judiciário*, na forma do Decreto-lei nº 3.240, de 8-5-41, e Lei nº 8.429, de 2-6-92 (arts. 16 a 18). Esta última lei dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de *enriquecimento ilícito* no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional.³⁹ (grifos nossos)

A propósito, os atos de *improbidade administrativa* que importam *enriquecimento ilícito*, mormente o *enriquecimento ilícito presumido* (art. 37, §4º, CF; art. 9º, inc. VII, Lei nº 8.429/92), bem como a *indisponibilidade*, o *arresto*, o *sequestro de bens*, e, sobretudo, o *ressarcimento ao erário*,

³⁸ In: *Advocacia de Excelência*, v. 1, n. 1, p. 38-42, set. 2011.

³⁹ DI PIETRO. *Direito administrativo*, p. 567.

foram analisados à luz da doutrina e jurisprudência no livro de nossa autoria.⁴⁰

2.8 Controle da Administração

2.8.1 Controle interno

Como é sabido, o Decreto-Lei nº 200, de 26.02.1967, preconizou a *reforma administrativa*, destacando entre os *princípios fundamentais*, o *controle* de suas atividades (arts. 6º, V, e 13).

E a *finalidade do controle* “é a de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; em determinadas circunstâncias, abrange também o controle chamado de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa”,⁴¹ dado que “infringindo as normas legais, ou relegando os princípios básicos da Administração, ou ultrapassando a competência, ou se desviando da finalidade institucional, o agente público vicia o ato de *ilegitimidade* e o expõe a *anulação* pela própria Administração ou pelo Judiciário, em ação adequada”.⁴²

Tanto assim que o c. Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 473, com o verbete:

A *Administração* pode *anular* seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou *revogá-los*, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. (grifos nossos)

Com a edição da Lei nº 9.784/99, o *controle interno* e seus desmembramentos, ficou definido como *dever* nos arts. 53 *usque* 55.

2.8.2 Controle externo

Por outro viés, a Carta Política no elenco dos *direitos e garantias fundamentais*, assegurou no inc. XXXV, do art. 5º, *verbis*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Precisa, no ponto, a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O direito brasileiro adotou o sistema da *jurisdição una*, pelo qual o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional, ou seja, do poder de apreciar,

com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos. Afastou, portanto, o sistema da dualidade de jurisdição em que, paralelamente ao Poder Judiciário, existem os órgãos do Contencioso Administrativo que exercem, como aquele, função jurisdicional sobre lides de que a Administração Pública seja parte interessada.⁴³

2.9 Responsabilidade civil – Parecer jurídico

A indagação relacionada a *natureza jurídica do parecer* no serviço público, e sobretudo as hipóteses de *partilhamento de responsabilidades*, é matéria que gera campo propício ao debate.

Anota a doutrina que “*pareceres administrativos* são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração”. E ainda:

O Parecer tem caráter meramente *opinativo*, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, *salvo se aprovado por ato subsequente*. Já, então, o que subsiste como ato administrativo não é o parecer, mas, sim, o *ato de sua aprovação*, que poderá revestir a modalidade *normativa, ordinatória, negocial* ou *punitiva*.^{44 45} (grifos nossos)

Deveras, o Estado, como supremo desiderato, visa realizar o *bem-estar* e a *justiça sociais* (arts. 1º, 3º e 193, CF). E não se pode ignorar — *é a ordem natural das coisas* — que numa sociedade competitiva, o *conflito de interesses* faz parte do cotidiano, daí a necessária intervenção do Estado, atuando de imediato, o *poder jurisdicional*, para o resguardo da paz social.

2.9.1 Ato jurisdicional e ato judicial

É de bom aviso consignar que:

Jurisdição é atividade de *dizer o direito*, de *decidir* na sua esfera de competência. E tanto decide o *Judiciário* como o *Executivo* e até o *Legislativo*, quando *interpretam e aplicam a lei*. Portanto, todos os Poderes e órgãos exercem jurisdição, *mas somente o Poder Judiciário tem o monopólio da jurisdição judicial*, isto é, de *decidir com força de coisa julgada, definitiva e irreformável por via recursal ou por lei subsequente* (CF, art. 5º, XXXVI). Há, portanto, coisa julgada administrativa e coisa julgada judicial, inconfundíveis entre si, porque resultam de jurisdições diferentes.⁴⁶ (grifos nossos)

⁴³ DI PIETRO. *Direito administrativo*, p. 689.

⁴⁴ MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO. *Direito administrativo brasileiro*, p. 202.

⁴⁵ Vide STF. MS 24.073-3/DF, Pleno.

⁴⁶ MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO. *Direito administrativo brasileiro*, p. 746.

Assim sendo, para fundamentar as matérias de fato e de direito e a sequente parte dispositiva da decisão em que o julgador resolverá as lides submetidas pelas partes, é essencial que — devidamente *motivada* (arts. 37, *caput*, e 93, IX, CF) — se alcance a *verdade* no processo, e tudo por meios regulares e legítimos de obtenção da *prova* (art. 5º, incs. LIV, LV e LVI, CF; art. 2º, parágrafo único e incisos, Lei nº 9.784/99).

Releva ponderar que a *verdade* “é a *conformidade da noção ideológica com a realidade*, enquanto *certeza* é a crença nessa conformidade, provocando um *estado subjetivo* do espírito ligado a um fato, ainda que essa crença não corresponda à *verdade objetiva*”⁴⁷ (grifos nossos).

É preciso refletir com acurada prudência acerca do “estado subjetivo” e a “verdade objetiva”.

Por tais circunstâncias, escreveu Mario Guimarães: “Em princípio não são os juízes responsáveis pelos danos que decisões erradas acaso venham a produzir. Com amarga finura, já se disse que o *poder de julgar envolve o de praticar injustiças*”⁴⁸ (grifos nossos).

Nesse contexto, no trato da *responsabilidade civil* e da *independência*, o magistrado, no exercício de suas funções, só responderá por perdas e danos quando proceder com *dolo* ou *fraude* (LOMAN – LC nº 35, de 14.03.1979, art. 41, inc. I; CPC, art. 133, I e II).

Comentando o dispositivo mencionado na LOMAN, escreveu José Raimundo Gomes da Cruz:

O *erro judiciário*, como acontece com as coisas humanas, sempre poderá ocorrer, nas causas cíveis ou penais, sendo mais provável naquelas do que nestas, pois a verdade aqui é mais investigada, havendo maior preocupação em razão do significado mais grave da condenação penal. *A indenização pelo Juiz que der causa ao erro judiciário só caberá, segundo o dispositivo ora comentado, se ele, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude.*⁴⁹ (grifos nossos)

Situação similar, guardadas as devidas peculiaridades, ocorre quando se cogita do *parecer jurídico* no serviço público, questão habilmente tratada pelo c. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 24.631/DF (Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe, 1º fev. 2008), cuja ementa consta deste trabalho.

⁴⁷ FRAMARINO DEI MALATESTA. *A lógica das provas em matéria criminal*, v. 1, p. 21, apud NUCCI. *Código de Processo Penal comentado*, p. 356.

⁴⁸ GUIMARÃES. *O juiz e a função jurisdicional*, p. 239.

⁴⁹ CRUZ. *A Lei Orgânica da Magistratura Nacional interpretada*, p. 79-80.

2.9.2 Pareceres opinativos e pareceres vinculantes – Partilhamento de responsabilidades

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na análise da *natureza jurídica do parecer*, preleciona:

O parecer é *facultativo* quando fica a critério da Administração solicitá-lo ou não, além de não ser vinculante para quem o solicitou. Se foi indicado como *fundamento da decisão*, passará a *integrá-la*, por corresponder à própria *motivação do ato*.

O parecer é *obrigatório* quando a *lei o exige* como pressuposto para a prática do ato final. A obrigatoriedade diz respeito à *solicitação* do parecer (o que não lhe imprime caráter vinculante). Por exemplo, uma lei que exija parecer jurídico sobre todos os recursos encaminhados ao Chefe do Executivo; embora haja obrigatoriedade de ser emitido o parecer sob pena de ilegalidade do ato final, ele não perde o seu caráter opinativo. *Mas a autoridade que não o acolher deverá motivar a sua decisão*.

O parecer é *vinculante* quando a Administração é *obrigada* a solicitá-lo e a *acatar* a sua conclusão. *Para conceder aposentadoria por invalidez, a Administração tem que ouvir o órgão médico oficial e não pode decidir em desconformidade com a sua decisão.*⁵⁰ (grifos nossos)

Deveras, no plano concreto, abordando a *natureza jurídica do parecer* no serviço público, dispõe a legislação:

Lei nº 9.784/99

Art. 42. Quando deva ser *obrigatoriamente* ouvido um órgão consultivo, o parecer deverá ser emitido no prazo máximo de quinze dias, salvo norma especial ou comprovada necessidade de maior prazo.

§1º Se um *parecer obrigatório e vinculante* deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo não terá seguimento até a respectiva apresentação, responsabilizando-se quem der causa ao atraso.

§2º Se um *parecer obrigatório e não vinculante* deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo poderá ter prosseguimento e ser decidido com sua dispensa, sem prejuízo da *responsabilidade* de quem se omitiu no atendimento. (grifos nossos)

Lei nº 8.666/93

Art. 38. O *procedimento da licitação* será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a *autorização* respectiva, a *indicação* sucinta de seu objeto e do *recurso próprio* para a *despesa*, e ao qual serão juntados oportunamente: [...]

Parágrafo único. As *minutas* de editais de licitação, bem como as dos *contratos, acordos, convênios* ou *ajustes* devem ser previamente examinadas e

⁵⁰ DI PIETRO. *Direito administrativo*, p. 215.

aprovadas por assessoria jurídica da Administração. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994). (grifos nossos)

Aclarando a *quaestio* — no ponto tocante à *responsabilidade solidária* do parecerista por eventuais danos causados ao erário e à natureza própria do parecer vinculante — e destacando, entre outros, o art. 42, §§1º e 2º, da Lei nº 9.784/99, e art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, bem como as decisões do colendo Supremo Tribunal Federal,⁵¹ leciona Carlos Pinto Coelho Motta:

Nessa configuração institucional e profissional — ou seja, a do advogado membro de instância consultiva da Administração Pública direta ou indireta — e levando em conta os dados doutrinários e jurisprudenciais em análise até o momento, vislumbram-se, efetivamente, *hipóteses de compartilhamento de responsabilidades entre o ordenador de despesa e o parecerista.* (grifos nossos)

E mais:

Essas hipóteses seriam, isolada ou cumulativamente, as seguintes:

(a) quando o dano for constatado como decorrente de *erro grave, inescusável*, ou de *ato ou omissão praticado com culpa em sentido lato*, nos termos dos citados arts. 927 do Código Civil e 32 da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB) e na linha da orientação do próprio STF (MS nº 24.073-DF);

(b) quando o *parecer for absolutamente vinculante* com relação à decisão administrativa subsequente, em matéria previamente definida em lei ou em despacho normativo do órgão.⁵² (grifos nossos)

Cabe ressignificar o direito ao *contraditório e à ampla defesa* garantido ao parecerista diante da imputada responsabilidade, tudo nos termos do art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal.

E, no caso concreto, onde não se comprovou o *dolo* e o *prejuízo*, e, portanto, afastando a incidência da *improbidade administrativa*, decidiu o colendo Tribunal Regional Federal, 1ª R., *in verbis*:

Administrativo. *Improbidade*. Responsabilidade. Emissão de *parecer jurídico*. *Ausência de dolo e prejuízo*. Inexistência de responsabilidade por improbidade administrativa. (TRF1. APC 2000.01.00. 125450-0/DF, Rel. Des. Federal Lino Osvaldo Serra Souza Segundo, DJ, 1º fev. 2008, grifos nossos)

Proveitoso transcrever, pela importância e clareza de suas conclusões, as ementas dos citados julgados do c. Supremo Tribunal Federal:

Constitucional. Administrativo. Tribunal de Contas. Tomada de contas: advogado. Procurador. parecer. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, §3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377. II. - *O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo*: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. - Mandado de Segurança deferido. (STF. MS 24.073/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ, 31 out. 2003, grifos nossos)

Advogado público – Responsabilidade – Artigo 38 da Lei nº 8.666/93 – Tribunal de Contas da União – Esclarecimentos. Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos. (STF. MS 24.584/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe, 20 jun. 2008, grifos nossos)

Constitucional. Administrativo. Controle externo. Auditoria pelo TCU. Responsabilidade de procurador de autarquia por emissão de parecer técnico-jurídico de natureza opinativa. Segurança deferida. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os

⁵¹ Vide STF. MS 24.073/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ, 31 out. 2003; STF. MS 24.584/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe, 20 jun. 2008; e STF. MS 24.631, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe, 1º fev. 2008.

⁵² Cf. MOTTA. O advogado e as cautelas com o parecer jurídico no serviço público. *Consulex – Revista Jurídica*, p. 6-9.

autos, o parecer emitido pelo impetrante *não tinha caráter vinculante*. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato.

III. *Controle externo*: É lícito concluir que é *abusiva* a responsabilização do parecerista à luz de uma *alargada relação de causalidade* entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado *dano ao erário*. *Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro*, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, *não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa*. *Mandado de segurança deferido*. (STF. MS 24.631/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe, 1º fev. 2008, grifos nossos)

Em conclusão, a elucidativa abordagem de José Vicente de Mendonça, discorrendo em torno da debatida *responsabilidade do parecerista público*, onde aponta quatro destaques:

(1) os advogados públicos não são absolutamente irresponsáveis no exercício da função consultiva, porque isso, no mínimo, não se coaduna com a ideia de Estado de Direito; (2) mesmo assim, os casos de responsabilidade pessoal do advogado público parecerista limitam-se às hipóteses em que comprovadamente tenha agido com *dolo* ou *erro inescusável*; (3) tais agentes públicos podem ser chamados a apresentar explicações junto aos Tribunais de Contas, desde que as imputações que se lhes façam digam respeito a esse *dolo* ou *erro inescusável*; (4) pode haver alguma relação entre a obrigatoriedade legal da prolação de parecer e a responsabilização do parecerista: nos casos em que o parecer é *obrigatório* ou *vinculante*, o consultor público seria *corresponsável* pelo ato administrativo.⁵³

2.10 Causas excludentes que afastam o nexos causal

Agregando valor, a doutrina civilística: “São *excludentes de responsabilidade*, que *impedem que se concretize o nexos causal*, a *culpa da vítima*, o *fato de terceiro*, o *caso fortuito* e a *força maior* e, no *campo contratual*, a *cláusula de não indenizar*”.

De igual modo são *excludentes de responsabilidade*, dado que *afasta* a antijuridicidade ou ilicitude: *estado de necessidade*, *legítima defesa*, *estrito cumprimento de dever legal*, *exercício regular*

de direito e a *inimputabilidade* (art. 23 e incisos, CP).^{54 55} Em torno da matéria, consulte o item 1.2.1.2 deste trabalho.

Mauro Roberto Gomes de Mattos, na análise do art. 126, da Lei nº 8.112/90, que preconiza a *interdependência das instâncias*, elenca jurisprudência:

Ora, essa sentença *repeliu o fato tido como criminoso*. Não era possível que o inquérito administrativo subsistisse com a acusação de um desfalque, que o Juiz repeliu. Não sobrou *resíduo* algum para imposição da pena de demissão.^{56 57}

De resto, o art. 935, do Código Civil proclama: “A *responsabilidade civil* é independente da criminal, não podendo questionar mais sobre a *existência do fato* ou sobre quem seja o seu *autor*, quando estas *questões se acharem decididas no juízo criminal*” (grifos nossos).

Levando-se em conta a expressividade do debate proposto, buscou-se priorizar alguns julgados com relevo para o *nexo causal*, *culpa da vítima*, *culpa concorrente*, *fato de terceiro*, *caso fortuito* e *força maior*, *legítima defesa* etc., tudo como se vê na parte que cuidou da *responsabilidade civil da Administração Pública*.

No trato das *causas excludentes e atenuantes* da responsabilidade civil, anota a doutrina administrativista:

São apontadas como *causas excludentes* da responsabilidade a *força maior* e a *culpa da vítima*.

Força maior é acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio. *Não sendo imputável à Administração*, não pode incidir a *responsabilidade do Estado*; não há nexos de causalidade entre o dano e o comportamento da Administração.

Já na hipótese de *caso fortuito*, em que o dano seja decorrente de ato humano, de falha da Administração, não ocorre a mesma exclusão; quando se rompe, por exemplo, uma adutora ou um cabo elétrico, causando dano a terceiros, não se pode falar em força maior.

No entanto, mesmo ocorrendo motivo de *força maior*, a responsabilidade do Estado poderá ocorrer se, aliada à *força maior*, ocorrer *omissão* do Poder Público na realização de um serviço.

E segue:

Quando houver *culpa da vítima*, há que se distinguir se é sua *culpa exclusiva* ou *concorrente* com

⁵³ Cf. MENDONÇA. A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro *standards*. *Revista da AGU*, p. 139-166, apud MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO. *Direito administrativo brasileiro*, p. 202-203.

⁵⁴ Cf. VENOSA. *Direito civil*, v. 4, p. 40-45, 54.

⁵⁵ Vide STJ. REsp 152030/DF, DJ, 22 jun. 1998.

⁵⁶ MATTOS. *Lei nº 8.112/90*: interpretada e comentada, p. 621.

⁵⁷ Vide STF. RE nº 53.250, Rel. Min. Evandro Lins e Silva, RDA, 44/89.

a do poder público; no primeiro caso, o Estado não responde; no segundo, atenua-se a sua responsabilidade, que se reparte com a da vítima (RTJ 55/50, RT 447/82 e 518/99).⁵⁸ (grifos nossos)

2.11 Responsabilidade civil – Independência e interdependência das instâncias

Explicam PLANIOL, RIPERT e ESMEIN: “Quando um ato constitui, ao mesmo tempo, uma *falta civil* e uma *falta penal*, a *ação de perdas e danos* é, de diversos pontos de vista, junta ou subordinada à *ação pública tendente à condenação penal*. A *questão de repressão toma a dianteira sobre a questão de reparação*” (PLANIOL e RIPERT, *Traité pratique de Droit Civil Français*. Vol. 6, com a colaboração de ESMEIN, *Obligations* – 1ª parte, 1930, p. 671).⁵⁹

É sabido que as instâncias, *em regra*, são *independentes* (arts. 125 e 126, Lei nº 8.112/90; art. 369, Decreto nº 59.310/66 – Regulamento da Lei nº 4.878/65).

Nesse rumo, dispõe a Lei nº 8.112/90:

Art. 125. As *sanções civis, penais e administrativas* poderão *cumular-se*, sendo *independentes* entre si.

Art. 126. A *responsabilidade administrativa* do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que *negue* a existência do *fato* ou sua *autoria*.

Art. 126-A. *Nenhum servidor poderá ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente* por dar ciência à autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, a outra autoridade competente para apuração de informação concernente à prática de *crimes* ou *improbidade* de que tenha conhecimento, ainda que em decorrência do exercício de cargo, emprego ou função pública. (Incluído pela Lei nº 12.527, de 2011). (grifos nossos)

E o Código de Processo Penal, disciplinando a *independência* e a *interdependência* das instâncias, arrola:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - estar provada a inexistência do fato;

II - não haver prova da existência do fato;

III - não constituir o fato infração penal;

IV - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

V - existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena (arts. 17, 18, 19, 22 e 24, §1º, do Código Penal);

V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

VI - não existir prova suficiente para a condenação.

VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e §1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

VII - não existir prova suficiente para a condenação. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Deveras, a regra expressada nos citados arts. 125 *usque* 126 da Lei nº 8.112/90 está pontificada em expressiva jurisprudência: STF. RDA 30/101, 36/112, 51/179, 52/182, 54/253; TFR. RDA 26/125, 48/153; TJSP. RDA 51/183, 51/187, 57/201.

E, acrescentando, diz o art. 935 do Código Civil: “A *responsabilidade civil* é *independente* da criminal, não podendo questionar mais sobre a *existência do fato* ou sobre quem seja o seu *autor*, quando estas *questões se acharem decididas no juízo criminal*” (grifos nossos).

De outro ângulo, focando a *interdependência* das instâncias, “a condenação criminal por um delito funcional importa o reconhecimento, também, de culpa administrativa e civil”.⁶⁰

Neste ponto, vale transcrever o art. 92, inc. I, alíneas “a” e “b”, e parágrafo único, do Código Penal:

Art. 92. São também efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; (Incluído pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. (Incluído pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996) [...]

Parágrafo único. Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

De igual modo expressivo para o estudo das *responsabilidades civil e penal*, o magistério de Silvio de Salvo Venosa:

⁵⁸ DI PIETRO. *Direito administrativo*, p. 602-603.

⁵⁹ ESPÍNOLA FILHO. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*, v. 2, p. 20-21.

⁶⁰ MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO. *Direito administrativo brasileiro*, p. 557-558.

As jurisdições penal e civil em nosso país são independentes, mas há reflexos no juízo cível, não só sob o mencionado aspecto da sentença penal condenatória, como também porque não podemos discutir no cível a existência do fato e da autoria do ato ilícito, se essas questões foram decididas no juízo criminal e encontram-se sob o manto da coisa julgada (art. 64 do CPP, art. 935 do novo Código Civil). De outro lado a sentença penal absolutória, por falta de provas quanto ao fato, quanto à autoria, ou a que reconhece uma dirimente ou justificativa, sem estabelecer a culpa, por exemplo, não tem influência na ação indenizatória que pode resolver autonomamente toda a matéria em seu bojo.⁶¹ (grifos nossos)

Em arremate, a lição de Nelson Hungria: “Não há de falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal. A separação entre um e outro atende apenas a critérios de conveniência ou oportunidade, afeiçoados à medida de interesse da sociedade e do Estado”.⁶²

Com efeito, a *independência* e a *interdependência das instâncias* (art. 125, Lei nº 8.112/90; art. 386, CPP – Redação da Lei nº 11.690/08), recebeu tratamento de igual modo com doutrina e jurisprudência, em livro de nossa autoria.⁶³

3 Responsabilidade civil objetiva da Administração Pública e a ação regressiva (art. 37, §6º, *in fine*, CF)

Dispõe o §6º do art. 37 da Carta Política:

*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.*⁶⁴ (grifos nossos)

Vêm a tempo os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles:

Em edições anteriores, influenciados pela letra da norma constitucional, entendemos excluídas da aplicação desse princípio as *peças físicas* e as *peças jurídicas* que exerçam funções públicas delegadas, sob a forma de empresas estatais ou de empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos. Todavia, evoluímos no sentido

de que *também estas respondem objetivamente pelos danos que seus empregados, nessa qualidade, causarem a terceiros*, pois, como dissemos precedentemente (cap. VI, item 1.2.), não é justo e jurídico que a só transferência da execução de uma obra ou de um serviço originariamente público a particular descaracterize sua intrínseca natureza estatal e libere o executor privados das responsabilidades que teria o Poder Público se o executasse diretamente, criando maiores ônus de prova ao lesado.⁶⁵

O c. Supremo Tribunal Federal, com *repercussão geral*, “decidiu que a responsabilidade objetiva se aplica não só ao usuário, mais também em relação a terceiros — no caso, uma colisão de ônibus com ciclista em que não ficou provada a culpa deste”.⁶⁶

Oportuna a advertência: “Quando o servidor é contratado pela legislação trabalhista, o art. 462, §1º, da CLT só permite o desconto com a *concordância do empregado* ou em caso de *dolo*”^{67 68} (grifos nossos).

3.1 Direito de regresso e ação ordinária

Por fim, questionando a via da *ação de regresso*, o julgado do c. Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

Direito processual civil. Indeferimento da inicial por inépcia. *Ação regressiva*. Cabimento. Art. 37, §6º da CF. Contrato de trabalho regido pela CLT. Não aplicação da responsabilidade objetiva prevista na normal constitucional. Ausência de direito de regresso. Via processual inadequada.

1. O direito de regresso previsto no art. 37, §6º, da Constituição Federal é decorrente da aplicação da teoria do risco administrativo, que só é cabível nos casos de responsabilidade extracontratual do Estado. Portanto — desde que comprovada a existência de dolo ou culpa do agente público — pode-se afirmar que o direito de regresso é preexistente à perda do patrimônio pela *pessoa jurídica* de direito público ou de direito privado prestadora de serviços públicos, pois está expressamente previsto na Constituição.

2. Caso concreto em que o INCRA pretende ressarcir-se dos valores pagos a ex-empregado seu, por conta de condenação em sentença prolatada pela Justiça do Trabalho, consistente em pagar parcelas salariais e verbas rescisórias oriundas de contrato

⁶¹ VENOSA. *Direito civil*, v. 4, p. 19.

⁶² Cf. HUNGRIA. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, p. 24-31. Contribuindo para o debate, o ensinamento de Palhares Moreira Reis (*Os servidores, a Constituição e o regime jurídico único*, p. 182 *apud* MATTOS. *Lei nº 8.112/90: interpretada e comentada*, p. 622-623).

⁶³ Cf. LESSA. *Temas práticos de direito administrativo disciplinar*, p. 15-35.

⁶⁴ *Vide* STF. RE 327.904-1/SP, Rel. Min. Carlos Britto, *DJ*, 08 set. 2006.

⁶⁵ MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO. *Direito administrativo brasileiro*, p. 718.

⁶⁶ STF. RE 591.874, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe*, 18 dez. 2009.

⁶⁷ DI PIETRO. *Direito administrativo*, p. 567.

⁶⁸ *Vide* TRF 1ª R., APC 0005679-19.2000.4.01.3200 – AC 2000.32.00.005688-9/AM, Rel. Juiz Federal (conv.) Pedro Francisco da Silva, *DJF1*, 17 dez. 2009.

de trabalho firmado com servidor requisitado da Universidade do Amazonas, relação trabalhista esta firmada graças a ato administrativo exarado pelo então Superintendente Regional do INCRA, ora Réu.

3. Tratando-se de relação empregatícia formada através de instrumento contratual regido pelo Direito do Trabalho, de observância obrigatória pelas partes, não há falar na incidência do art. 37, §6º, da Constituição Federal, aplicável apenas às hipóteses de responsabilidade extracontratual.

4. Não havendo direito de regresso previsto em lei para a hipótese sob exame, a autarquia autora deve apresentar sua pretensão através de ação ordinária, meio processual hábil para apreciação da tutela jurisdicional vindicada.

5. Apelação desprovida. (TRF 1ª R., APC 0005679-19 – 2000.04.01.3200 – AC 2000.32.00.005688-9/AM, Rel. Juiz Federal (conv.) Pedro Francisco da Silva, DJF1, p. 261, 17 dez. 2009, grifos nossos)

3.2 Responsabilidade civil do Estado ou da Administração

De início, impende consignar a divergência doutrinária em torno da denominação “responsabilidade civil da Administração” ao invés de “responsabilidade civil do Estado”. Hely Lopes Meirelles prefere “responsabilidade civil da Administração”, e justifica “porque, em regra, essa responsabilidade surge de atos da Administração, e não de atos do Estado como entidade política”.⁶⁹

Maria Sylvania Zanella Di Pietro adota outro entendimento, *verbis*:

Trata-se de dano resultante de comportamento do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, a *responsabilidade é do Estado*, pessoa jurídica; por isso é errado falar em *responsabilidade da Administração Pública, já que esta não tem personalidade jurídica, não é titular de direitos e obrigações na ordem civil.* (grifos nossos)

E ensina ainda:

[...] a *responsabilidade extracontratual* do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos.⁷⁰ (grifos nossos)

Com efeito, a *responsabilidade civil da Administração Pública* está disciplinada no §6º do art. 37 da Carta Política, dita como *responsabilidade*

civil objetiva, sob a modalidade do *risco administrativo*.^{71 72}

3.3 Risco administrativo

Ao perfilar o fundamento jurídico do *risco administrativo*, o magistério de Maria Sylvania Zanella Di Pietro:

Essa doutrina baseia-se no *princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais*: assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos. Quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelas demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário público.⁷³

A jurisprudência registra: TRF 3ª R., Apelação nº 0004730-59 2005.4.036111/SP 2005.6111004730 7/SP, Rel. Des. Federal Cecília Marcondes, DE, 13 jan. 2014; STF AI 724098 AgR-segundo/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe, 26 abr. 2013; STF ARE 697.326 AgR/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe, 25 abr. 2013; *Revista Síntese – Direito Administrativo*, São Paulo, n. 99, p. 117-134, mar. 2014.

Pertinente aduzir, ligeiramente, que em tema de *responsabilidade civil da Administração por dano causado a terceiros*, há espaço também para a tese da *falta do serviço*, que deverá ter por base a *inexistência do serviço*, o seu *mau funcionamento* ou *retardamento*.^{74 75}

3.4 Nexo causal

Elemento de vital importância nos domínios da responsabilidade civil, o *nexo causal* recebeu elucidativa ponderação:

O conceito de *nexo causal*, nexa etiológico ou *relação de causalidade* deriva das leis naturais. É o *liame que une a conduta do agente ao dano*. É por

⁷¹ Cf. MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO. *Direito administrativo brasileiro*, p. 717.

⁷² Vide STF. RE 35136/SP, Rel. Min. A. Villas Bôas, RTJ8/146; TRF 1ª R., AC 1999.36.00.006982-0/MT, Rel. Des. Federal Selene Maria de Almeida, DJ, 05 out. 2005; e TRF 1ª R., AC 96.01.17715-9/RO, Rel. Des. Federal Tourinho Neto, DJ, 29 nov. 1996.

⁷³ DI PIETRO. *Direito administrativo*, p. 599. Cf. MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO. *Direito administrativo brasileiro*, p. 714.

⁷⁴ Cf. MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO. *Direito administrativo brasileiro*, p. 195, 197.

⁷⁵ Vide STF. RE 179.147/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ, 27 fev. 1998; STF. RE 215.981/RJ, Rel. Min. Nery da Silveira, DJ, 31 maio 2002; TJSP. Ap. Cível 239.580, RT 68, RT 101/199; e TRF 5ª R. AC 377.250/CE, Rel. Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, DJ, 21 dez. 2006.

⁶⁹ MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO. *Direito administrativo brasileiro*, p. 712.

⁷⁰ DI PIETRO. *Direito administrativo*, p. 595-596.

meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. (grifos nossos)

E adianta:

Nem sempre há condições de estabelecer a causa direta do fato, sua causa eficiente. Normalmente, aponta-se a teoria da *causalidade adequada*, ou seja, a causa predominante que deflagrou o dano, o que nem sempre satisfaz no caso concreto. Aponta Caio Mário da Silva Pereira (1999:82), após informar sobre as várias doutrinas sobre o tema, que o que importa, “é estabelecer, em face o direito positivo, que houve uma violação de direito alheio e um dano, e que existe um nexo causal, ainda que presumido, entre um e outro. Ao juiz cumpre decidir com base nas provas que ao demandante incumbe produzir”.⁷⁶

Significativos para o estudo, inclusive o *nexo causal*, a *culpa da vítima* e a *faute du service*, os julgados do Pretório Excelso, em tema de *responsabilidade civil do Estado* ou da Administração, e de *ação regressiva* (§6º, *in fine*, art. 37, CF):

Recurso extraordinário. *Responsabilidade civil do Estado*. Morte de preso no interior do estabelecimento prisional. 2. Acórdão que proveu parcialmente a apelação e condenou o Estado do Rio de Janeiro ao pagamento de indenização correspondente às despesas de funeral comprovadas. 3. Pretensão de procedência da demanda indenizatória. 4. *O consagrado princípio da responsabilidade objetiva do Estado resulta da causalidade do ato comissivo ou omissivo e não só da culpa do agente. Omissão por parte dos agentes públicos na tomada de medidas que seriam exigíveis a fim de ser evitado o homicídio*. 5. Recurso conhecido e provido para condenar o Estado do Rio de Janeiro a pagar pensão mensal à mãe da vítima, a ser fixada em execução de sentença. (STF. RE 215981/RJ, Rel. Min. Nery da Silveira, DJU, 31 maio 2002, grifos nossos)

E mais:

Constitucional. Administrativo. Civil. Dano moral. *Responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. Ato omissivo do poder público: morte de presidiário por outro presidiário: responsabilidade subjetiva: culpa publicizada: faute du service*. C.F., art. 37, §6º. I. - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, *responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo*, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da *ação administrativa*; c) e desde que haja

nexo causal entre o dano e a *ação administrativa*. II. - Essa responsabilidade objetiva, com base no *risco administrativo*, admite pesquisa em torno da *culpa da vítima*, para o fim de *abrandar* ou mesmo *excluir a responsabilidade* da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. III. - *Tratando-se de ato omissivo* do poder público, a *responsabilidade civil por tal ato é subjetiva*, pelo que exige *dolo* ou *culpa*, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a *faute du service* dos franceses. IV. - *Ação julgada procedente, condenado o Estado a indenizar a mãe do presidiário que foi morto por outro presidiário, por dano moral. Ocorrência da faute du service*. V. - R.E. não conhecido. (STF. RE nº 179.147 SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ, 27 fev. 98, grifos nossos)

Ainda na abordagem da *responsabilidade civil objetiva do Estado* e da *ação regressiva* (art. 37, §6º, *in fine*, CF), seja para assentar julgados reconhecendo a procedência ou a improcedência do pedido indenizatório ou de ressarcimento, a jurisprudência do e. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

Responsabilidade Civil do Estado. Constitucional e Administrativo. Ação de obrigação de fazer c/c Indenização por danos morais. Policial militar. Perseguição de superior hierárquico. Não comprovação. Processo administrativo disciplinar. Transgressão funcional. Punição administrativa anulada. *Danos morais. Inexistência*. Ausência de vícios. *Ausência de violação a direitos da personalidade*. Pedido de remoção das informações funcionais e de emissão de identidade funcional por período indeterminado. Sentença mantida. (TJDFT. APC 2010.01.1.0854212 (0032848-22.2010.8.07.0001), Rel. Des. Alfeu Machado, DJe, 06 dez. 2012, grifos nossos)

Apelação Cível. Ação de reparação de danos materiais cumulada com danos morais. *Responsabilidade civil do Estado*. Art. 37, §6º, da CF. *Natureza objetiva. Estricto cumprimento do dever legal. Exclusão do nexo causal*. Cumprimento de mandado de busca e apreensão. Atividade policial. *Danos morais. Inocorrência*. Mero aborrecimento. Consoante preconiza o artigo 37, §6º, da Constituição Federal, é desnecessário perquirir acerca da existência de culpa para fins de configuração do dever de indenizar, bastando apenas a prova do fato lesivo (ação/omissão do prestador de serviço público), da ocorrência dano e do nexo causal entre eles.

Cumpra ressaltar, outrossim, que a teoria do risco administrativo, adotada em nosso ordenamento jurídico, permite ao Estado afastar a sua responsabilidade nos casos de exclusão do nexo causal,

⁷⁶ VENOSA. *Direito civil*, v. 4, p. 39-40.

como na hipótese de fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior e estrito cumprimento do dever legal.

O cumprimento de mandado de busca e apreensão não se afigura como situação ensejadora de dano moral, mas mero aborrecimento, o qual não é suscetível de reparação.

Para o ressarcimento dos danos materiais, a orientação jurisprudencial desta Eg. Corte reclama prova robusta do prejuízo que a parte alega ter sofrido.

Recurso conhecido e improvido. (TJDFT. APC 2010.01.1.1017439(003720897.2010.8.07.0001), Rel. Des. Ana Cantarino, DJe, 08 abr. 2014, grifos nossos)

Civil e Administrativo. *Responsabilidade objetiva do Estado. Morte de preso. Disparo acidental da arma de fogo do servidor durante revista no presídio. Nexa de causalidade. Dano moral e pensão devida aos filhos e companheira do falecido. Valores arbitrados e data limite para a pensão. Condenação e honorários.*

1. O Estado deve assegurar a integridade física e moral do preso (CF, artigo 5º, XLIX). A inobservância desse preceito acarreta responsabilidade objetiva da Administração, pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, sem prejuízo da ação regressiva contra o servidor nas hipóteses de dolo ou culpa (CF, artigo 37, parágrafo 6º). (TJDFT. APC 2003.01.1.087842-4 (0087842-44.2003.8.07.0001, Rel. Des. Fábio Eduardo Marques, DJe, 16 fev. 2009, grifos nossos)

E mais:

Constitucional e administrativo. *Responsabilidade civil do Estado. Ação de ressarcimento. Acidente de trânsito. Veículo oficial. Servidor. Condutor do veículo oficial. Posturas de trânsito. Observância. Necessidade. Inocorrência. Sinistro. Culpa exclusiva. Afirmção. Distrito federal. Composição passiva da lide aviada pelo terceiro lesivo. Responsabilidade objetiva. Nexa de causalidade. Afirmção. Dever de indenizar. Reconhecimento. Responsabilidade do agente público. Dolo ou culpa. Ação regressiva. Necessidade. Legitimidade passiva ad causam do ente público. Inocorrência. [...]*

5. Agente com manifesta negligência e imprudência o condutor de viatura oficial que, derivando de via secundária, ingressa em cruzamento inserto em via preferencial, culminando com a intercepção da trajetória do veículo que nela vinha trafegando, determinando que, sob essa realidade, derivando do acidente danos ao administrado ante o ato comissivo praticado pelo servidor, o Estado responde objetivamente pela composição dos efeitos originários do evento lesivo junto ao lesado, resguardado o direito de regresso em face do agente público causador do dano.

6. Apelação conhecida e desprovida. Unânime. (TJDFT. APC 2007.01.1.081199-7 (0001868-97.2007.8.07.0001), Rel. Des. Teófilo Caetano, DJe, 11 mar. 2014, grifos nossos)

A jurisprudência registra ainda: STF, RTJ 141/305 e 143/270; TJSP, RT 665/77.⁷⁷

3.5 Dano material e dano moral

Com apoio na leitura de Sílvio de Salvo Venosa, pode-se dizer que o *dano material* “é aquele suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por reposição em dinheiro, denominador comum da indenização”.⁷⁸

Pelo que se vê, no *dano material*, a ação ou omissão ilícita atinge um *bem físico*.

E tudo dependerá de prova, como no exemplo:

2. No caso concreto, o Tribunal de origem examinou as peculiaridades fáticas do caso para concluir que houve a comprovação do *prejuízo referente à cerca na propriedade do agravado*, motivo pelo qual deferiu o pedido de *indenização por dano material*. (STJ. AgRg no AREsp 373664/ES, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, DJe, 12 jun. 2014, grifos nossos)

Já o *dano moral* “é o *prejuízo* que afeta o *ânimo psíquico, moral e intelectual* da vítima. Nesse campo, o *prejuízo* transita pelo imponderável, daí porque aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano”.

Dessarte, “a indenização por *dano moral* também é cabível, mas a dificuldade se apresenta na *quantificação do montante* a ser pago à vítima ou a seus responsáveis”.^{79 80}

A propósito do *dano moral* e sua dificultosa fixação em pecúnia, o magistério de Sílvio de Salvo Venosa:

Aqui, também é importante o *critério objetivo do homem médio*, o *bônus pater familias*: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino. Nesse campo, não há fórmulas seguras para auxiliar o juiz. Cabe ao magistrado sentir em cada caso o pulsar da sociedade que o cerca. O sofrimento como contraposição reflexa da alegria é uma constante do comportamento humano universal.⁸¹ (grifos nossos)

⁷⁷ Cf. MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO. *Direito administrativo brasileiro*, p. 723.

⁷⁸ VENOSA. *Direito civil*, v. 4, p. 30.

⁷⁹ Cf. MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO. *Direito administrativo brasileiro*, p. 667; e BRASIL. Presidência da República. Controladoria-Geral da União. *Manual de processo administrativo disciplinar*, p. 23.

⁸⁰ Vide STF. RT 614/236, AI 455.846-4, Rel. Min. Celso de Mello, DJU, 21 jan. 2004; STJ. BAASP 1.813/393; e TJSP. Ap. cível 189.844-1.

⁸¹ VENOSA. *Direito civil*, v. 4, p. 33.

3.5.1 Dano material e dano moral – Cumulação

Aplacando o debate, ficou assentado na Súmula nº 37 do c. Superior Tribunal de Justiça: “São cumuláveis as indenizações por *dano material* e *dano moral* oriundos do mesmo fato” (grifos nossos).

3.6 Ação regressiva – Ato culposo (*lato sensu*)

Deveras, “a *ação regressiva* da Administração contra o causador direto do dano está instituída pelo §6º do art. 37 da CF como mandamento a todas as *entidades públicas e particulares prestadoras de serviços públicos*”.

A questão atinente a responsabilidade civil do servidor por *dano externo*, será debatida no leito da *ação regressiva*, como se vê do §6º, *in fine*, art. 37, CF; §2º, art. 122, Lei nº 8.112/90; §2º, art. 366, Decreto nº 59.310/66 – Regulamento da Lei nº 4.878/65.

Para o regular processamento da *ação regressiva*, torna-se necessário que a Administração tenha sido condenada a indenizar a vítima do *dano* e que se comprove a *culpa (lato sensu)* do servidor.

O art. 366, §2º, do Decreto nº 59.310/66 – Regulamento da Lei nº 4.878/65, impõe-se como requisito necessário o *trânsito em julgado* da decisão que julgou procedente o pedido indenizatório.

Impende registrar que a *ação regressiva*, de cu-
nho *patrimonial* (art. 122, §3º, da Lei nº 8.112/90), transmite-se aos herdeiros e sucessores do servidor, “podendo ser instaurada mesmo após a cessação do exercício no cargo ou na função, por disponibilidade, aposentadoria, exoneração ou demissão”.⁸²

Oportuno o destaque de Maria Sylvania Zanella Di Pietro: “Quando o servidor é contratado pela legislação trabalhista, o art. 462, §1º, da CLT só permite o desconto com a concordância do empregado ou em caso de dolo”.^{83 84}

3.7 Responsabilidade civil – Abuso de autoridade

Por fim, a Lei nº 4.898/65, que reprime o *abuso de autoridade*, estabeleceu “um sistema especial de responsabilização dos servidores, facultando à vítima promover a ação civil antes mesmo da condenação da Fazenda Pública pelo dano

causado pelo seu agente (art. 9º). *Não se trata, pois, de ação regressiva*, mas de ação direta do ofendido contra a autoridade que o lesou, por *abuso de poder*”⁸⁵ (grifos nossos).

3.8 Dolo e culpa

É bom repisar que o servidor público responde no caso de *dolo* ou *culpa*.

Nesse rumo, dispõe o art. 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

E a *culpa*, fundamental para o deslinde, em sentido amplo, “é a *inobservância* de um *dever* que o agente devia conhecer e observar”.

Interessante dizer, que na redação do art. 186, do Código Civil, “estão presentes os *requisitos* para a configuração da *culpa* e do correspondente *dever de indenizar: ação ou omissão voluntária, relação de causalidade* ou *nexo causal, dano* e, finalmente, *culpa*”⁸⁶ (grifos nossos).

Em tal contexto, o julgado do colendo Tribunal Regional Federal da 1ª R., que aborda a *conduta culposa* e a correspondente *responsabilidade civil do servidor público*, inclusive por *dano moral*, prevista tanto no art. 122 da Lei nº 8.112/90, como a que decorre da *ação regressiva* tratada no §6º, *in fine*, do art. 37, da Carta Política:

3. Não há dúvida quanto à *repercussão negativa*, no âmbito psíquico do Autor, da divulgação da prática de fato delituoso (tráfico de menores), cujo inquérito policial, instaurado para tal fim, fora arquivado pela autoridade judiciária, ainda mais sendo pessoa bastante conhecida no local onde residia, uma vez que era advogado militante, e, à época dos fatos, foi candidato a cargo eletivo de vereador, ao qual, aliás, acabou não se elegendo. De outro lado, é certo que os efeitos que lhe foram danosos não se protraíram indefinidamente, tendo em vista que, posteriormente, passou ele a exercer o cargo de magistrado. Nessas circunstâncias, o valor arbitrado na indenização, em R\$36.000,00 (trinta e seis mil reais), se mostra razoável, em função dos fatos da causa. (grifos nossos)

E a questão fática, com a prova do comportamento *culposo*, ficou assim definida no corpo do acórdão:

A *indiscrição do agente público*, dando notícias em entrevista coletiva de fato ainda sob investigação, efetivamente causa *dano moral* se o investigado, ao

⁸² MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO. *Direito administrativo brasileiro*, p. 725.

⁸³ DI PIETRO. *Direito administrativo*, p. 567.

⁸⁴ Vide TRF 1ª R. APC 0005679-19.2000.4.01.3200, Rel. Juiz Federal (conv.) Pedro Francisco da Silva, DJF1, 17 dez. 2009.

⁸⁵ MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO. *Direito administrativo brasileiro*, p. 726.

⁸⁶ VENOSA. *Direito civil*, v. 4, p. 13, 23.

depois, se revela *inocente* ou a conduta investigada não tenha tipicidade penal. (Des. Federal Selene de Almeida) [...]

O envolvimento em uma investigação policial ou, melhor dizendo, a possibilidade de ter mencionado o nome em uma investigação policial é risco que todos correm. Esta Turma já decidiu, até, que prisão preventiva, uma vez absolvido o acusado, não dá ensejo a indenização. Parece-me que o excesso teria sido só o fato de o delegado *ter dado entrevista, informando fato que constava dos autos da investigação, quando deveria ter sido discreto*. De modo que entendo excessivo o valor fixado como indenização, seguindo a linha que tem sido firmada nesta Turma, quanto à *indenização por danos morais*, sem deixar de ressaltar que este é um caso típico em que a União deverá ingressar com *ação regressiva* contra seu servidor, se, finalmente, confirmada a obrigação de indenizar. (Des. Federal João Batista Moreira). (TRF 1ª R. APC 2005.01.00.009745-6/MA, Rel. Des. Federal Fagundes de Deus, DJ, 16 fev. 2006, grifos nossos)

3.9 Procedimento para o ressarcimento do dano

Como se extrai do §6º do art. 37 da Constituição Federal, “o Estado indeniza a vítima; o agente indeniza o Estado, regressivamente”.

Assim, indenizada a lesão da vítima, o Estado aciona o servidor por meio da *ação regressiva*.

Nessas circunstâncias, de se observar o comando previsto no Decreto nº 59.310/66 – Regulamento da Lei nº 4.878/65, que aponta como *requisito* para o manejo da *ação regressiva*, o *trânsito em julgado* da decisão que julgou procedente o pedido indenizatório.

Art. 365. Pelo exercício irregular de suas atribuições, o funcionário policial responde civil, penal e administrativamente.

Art. 366. A responsabilidade civil decorre de procedimento doloso ou culposo, que importe em prejuízo da Fazenda Nacional, ou de terceiros.

§1º A indenização de prejuízo causado à Fazenda Nacional será liquidada mediante desconto em prestações mensais não excedentes de dez por cento do vencimento, à míngua de outros bens que por ela respondam, e a ser cobrada após o término do processo disciplinar independente de qualquer procedimento judicial.

§2º Tratando-se de dano causado a terceiro, responderá o funcionário policial perante a Fazenda Nacional, em *ação regressiva* proposta *depois de transitar em julgado* a decisão que condenar a União a indenizar o terceiro prejudicado. (grifos nossos)

Logo, a *ação regressiva* só poderá ser manejada após o *trânsito em julgado* da decisão que condenar a União a indenizar o *terceiro* prejudicado.

Enriquecendo o debate, a decisão do Pretório Excelso, que abordou o *ressarcimento do dano* com *reflexo externo*, ressaltando, com apoio na doutrina de Hely Lopes Meirelles e Ivan Barbosa Rigolin, que “a Administração acha-se restrita às sanções de natureza administrativa, não podendo alcançar, compulsoriamente, as consequências civil e penais”.

Colhe-se do voto condutor:

9. Assim sendo, uma vez comprovado no processo administrativo que o servidor praticou *falta funcional* e ainda *causou dano patrimonial ao Estado*, por *culpa* ou *dolo*, caberá à comissão propor à autoridade competente a aplicação de uma das penalidades previstas no referido artigo 127, pois não há dúvida da competência da Administração para apurar e punir os servidores por suas *faltas de natureza administrativa*. A *pena de suspensão* aplicada, convertida em *multa* na forma da Lei nº 8.112/90, é *passível de execução pela própria administração, sendo tal ato legítimo*.

10. Já a *obrigação de indenizar os cofres públicos*, no caso concreto pelo prejuízo decorrente do *desaparecimento dos talonários citados*, advém da *responsabilidade civil do servidor*, e *poderá até ser resolvida mediante desconto em folha, mas desde que haja a aquiescência do servidor*. Caso contrário, como aqui ocorre, *cabem à Administração, propor ação de indenização contra o responsável*. A Lei 8.112/90, ao reportar-se à responsabilidade civil dos servidores públicos da União (artigo 121 e seguintes), disciplina a forma de atuação da Administração, em tais casos, tendo em vista a necessidade de submeter ao Poder Judiciário a confirmação, ou não, do ressarcimento, apurado na esfera administrativa. (grifos nossos)

E mais:

Resta, portanto, à Administração recorrer as *vias ordinárias* para obter o *ressarcimento do prejuízo apurado no processo administrativo*, aplicando-se, por analogia, os procedimentos previstos na Lei 8.429/92, que regula a apuração dos *atos de improbidade administrativa* praticados por servidores públicos. (STF. MS 24.182/DF, Pleno, un., Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ, 03 set. 2004, grifos nossos)

É bom lembrar que os procedimentos apontados no mencionado aresto previstos na Lei nº 8.429/92, estão disciplinados nos arts. 14, §3º, 16, 17, §2º, e 18.

3.10 Direito de defesa

Como já exaustivamente registrado, a *responsabilidade civil* do servidor público, seja por dano *interno* (erário) ou *externo* (terceiros), é *subjetiva* (arts. 121 e 122, Lei nº 8.112/90; art. 37, §6º, *in fine*, CF).

De tal modo, na linha do *devido processo legal* (art. 5º, inc. LIV, CF), há que ser indubitavelmente provada a *culpa (lato sensu)*, tudo sob o pálio do *contraditório* e da *ampla defesa* (art. 5º, inc. LV, CF; art. 41, Lei nº 9.784/99).

É bom redizer que, na parte que disciplina os *direitos e garantias fundamentais*, está escrito no inciso LV do art. 5º da Carta Política:

[...] aos *litigantes*, em processo judicial ou administrativo, e aos *acusados* em geral são assegurados o *contraditório* e a *ampla defesa*, com os *meios e recursos* a ela inerentes. (grifos nossos)

A tal respeito, o expressivo julgado do c. Superior Tribunal de Justiça:

2- A Magna Carta, em seus arts. 5º, LV e 41, parág. 1º, inciso II, alude, não ao simples direito de defesa do servidor público, mas sim à *ampla defesa*, com os *meios e recursos* a ela inerentes. O preceito *ampla defesa* reflete a *evolução histórica e legislativa que reforça tal princípio e denota elaboração acurada para melhor assegurar sua observância*. Significa, nestes termos, que a possibilidade de *reverter acusações, alegações, argumentos, interpretações de fatos, interpretações jurídicas, para evitar sanções ou prejuízos, não pode ser restrita*.⁸⁷ (grifos nossos)

E como já foi do mesmo modo asseverado, “a interpretação do princípio da *ampla defesa* visa *propiciar ao servidor oportunidade de produzir conjunto probatório servível para a defesa*”⁸⁸ (grifos nossos).

Palhares Moreira Reis, como sempre, acrescenta: “De nada valeria todo o enunciado de direitos reconhecidos ao homem comum, ao cidadão, ao estrangeiro, se não existissem, ao seu lado, *procedimentos capazes de assegurar a plena eficácia das normas definidoras de tais direitos, tornando-os efetivos*”⁸⁹ (grifos nossos).

Nesse rumo, destaca a doutrina:

A *ampla defesa* é exercida mediante a segurança de três outros direitos a ela inerentes, que são:

- *direito de informação*;
- *direito de manifestação*;
- *direito de ter as suas razões consideradas*.

Pelo *direito de informação*, o acusado tem acesso aos elementos dos autos e deve ser cientificado de todos os atos processuais; o *direito de manifestação* lhe assegura o pronunciamento em todas as fases, impugnando documentos, contraditando

testemunhas, formulando quesitos em perícia; e, face o *direito de ter suas razões consideradas*, a autoridade julgadora tem a obrigação de examinar e enfrentar, uma a uma, as sustentações da defesa.⁹⁰ (grifos nossos)

De igual modo relevante a advertência de Odete Medauar:

A questão foi enfrentada por Ada Pellegrini Grinover, ao ressaltar o seguinte: “Num determinado enfoque, é inquestionável que é do *contraditório* que brota a própria *defesa*. Desdobrando-se o *contraditório* em dois momentos — a *informação* e a possibilidade de *reação* — não há como negar que o conhecimento, ínsito no *contraditório*, é pressuposto para o exercício da *defesa*”.⁹¹ (grifos nossos)

Por isso, já se disse, que o *raio acusatório* é que define o esforço defensivo e estabelece o alcance da condenação, se for o caso.⁹²

Nesse contexto, releva advertir que o acusado deverá ser *intimado com antecedência mínima de três dias úteis*, a respeito de provas ou diligências ordenadas pela comissão de inquérito, mencionando-se data, hora e local de realização do ato, na forma dos arts. 26, §2º, 41 e 69, da Lei nº 9.784/99, e art. 156, da Lei nº 8.112/90, como já afirmado pelo c. Superior Tribunal de Justiça no MS 9.511/DF (Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ, 21 mar. 2005).

Por fim, o magistério de Romeu Felipe Bacellar Filho:

Conforme lição de MICHELI e TARUFFO, o *direito de defesa* liga-se ao sistema probatório, compreendendo o direito das partes à prova. Enquanto o *contraditório* informa a participação na administração e produção da prova, a *ampla defesa* informa os meios de prova cabíveis no processo.⁹³ (grifos nossos)

Assim sendo, constatado o *cerceamento de defesa* e o conseqüente *prejuízo (pas de nullité sans grief)*, deverá ser reconhecida a *nulidade* nos termos dos arts. 53 *usque* 55, da Lei nº 9.784/99; art. 169, §1º, Lei nº 8.112/90; arts. 563 e 566, CPP, conforme a instância, seja administrativa ou penal.

⁸⁷ STJ. MS 6.478/DF, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ, 29 maio 2000.

⁸⁸ STJ. RÔMS 10.574/ES, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ, 04 fev. 2002.

⁸⁹ REIS. *Estudos de direito constitucional e de direito administrativo*, v. 6, p. 67.

⁹⁰ ALVES. *A prova no processo disciplinar*: referencial para os processos cível, penal e trabalhista, p. 24.

⁹¹ MEDAUAR. *A processualidade no direito administrativo*, p. 101-102.

⁹² Cf. COSTA. *Teoria e prática do processo administrativo disciplinar*, p. 248.

⁹³ BACELLAR FILHO. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*, p. 280.

3.11 Prescrição do direito de ação contra a Fazenda Pública

Com efeito, é tarefa bastante delicada sustentar a imutabilidade das situações jurídicas, constituídas com vícios graves, em face do decurso *in albis* do prazo hábil para sua impugnação. Tal realidade, todavia, ou seja, a *imutabilidade* das relações jurídicas, em face da não impugnação do vício em *tempo oportuno*, tem hoje a seu favor além do direito positivo, doutrina e forte jurisprudência.

A propósito da *prescrição quinquenária* (Decreto nº 20.910/32), decidiu o c. Supremo Tribunal Federal:

Prescrição. Alegação de falsidade (ideológica ou material) de atos de aposentadoria, os quais, ou teriam sido inseridos em folhas assinadas em branco, ou teriam suas assinaturas falsificadas. Em nosso direito administrativo, como decorre, inclusive, do parágrafo único do artigo 2º da Lei 4.717/65, *não se faz distinção entre atos administrativos inexistentes e nulos*, considerando-se ambos como nulos. Assim sendo, a falsidade ideológica ou material de ato administrativo acarreta a nulidade do ato administrativo. A prescrição quinquenária a que alude o Decreto 20910, de 6.1.1932, incide em matéria de nulidade de ato administrativo, no que diz respeito a direitos pessoais, independentemente da natureza da ação de nulidade (se declaratória, ou se constitutiva negativa). Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF, RE 99.936 RS, Rel. Min. Moreira Alves, DJ, 16 set. 1983)

Abordando a repercussão na esfera administrativa da *absolvição criminal* que reconheceu uma *excludente de antijuridicidade ou ilicitude* (art. 23, II, CP); a *prescrição quinquenária*; e o *termo a quo* para a *propositura da ação judicial* visando à *reintegração* no cargo público, levando-se em conta o art. 200, do Código Civil, decidiu o c. Superior Tribunal de Justiça:

Administrativo. Policial militar. *Licenciamento.* Ato administrativo. *Absolvição na esfera penal.* *Legítima defesa.* Efeitos. *Prescrição.* Decreto nº 20.910/32. *Trânsito em julgado da sentença criminal.*

1. *Absolvido* o autor na esfera criminal, o *lapso prescricional quinquenal*, previsto no Decreto nº 20.910/32, tem como *termo a quo* a data do *trânsito em julgado da sentença penal* e não o momento do ato administrativo de licenciamento.
2. A decisão penal repercute no julgamento administrativo quando ocorre sentença penal absolutória relacionada aos incisos I e V do art. 386 do Código de Processo Penal.
3. Tendo em vista que o autor foi *absolvido* na esfera penal por *legítima defesa*, e o ato de licenciamento foi fundado unicamente na *prática de homicídio*, *não há motivos para manter a punição administrativa*,

pois a controvérsia está embasada unicamente em comportamento tido como lícito.

4. Recurso ao qual se nega provimento. (STJ. REsp 200200828050, Rel. Min. Paulo Medina, DJ, 19 dez. 2005, grifos nossos)

A propósito do apontado aresto do c. Superior Tribunal de Justiça (REsp 200200828050, DJ, 19 dez. 2005), a Lei nº 11.690/08, deu nova redação e configuração ao art. 386 e incisos, do CPP, mantendo, entretanto, o conteúdo do julgado colacionado.

E o art. 200, do Código Civil, está assim redigido: “Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva”.

Cuidando da *responsabilidade civil*; da *prescrição quinquenal*; e do *prazo inicial para a propositura da ação judicial pleiteando a reparação de danos*, o c. Tribunal Regional Federal da 1ª R., consignou:

Processual Civil. Responsabilidade civil. Administração Pública. Ação de indenização. Prescrição quinquenal.

1. O entendimento jurisprudencial assente nesta Corte é no sentido que, em se tratando de ação objetivando a *indenização em face Administração Pública* são plenamente aplicáveis as disposições do Decreto 20.910/1932 *quanto ao prazo prescricional de cinco anos do direito de ação, a contar da ocorrência do evento danoso.*

2. A Terceira Seção deste Tribunal entendeu que, “integrando a ECT ‘a Fazenda Pública, a incidência do art. 1º do Decreto nº 20.910, de 1932, e do art. 2º do Decreto-Lei nº 4.597/42 é simples consequência’ (acórdão embargado)”. (EAC 0000380-09.2001.4.01.3400/DF, Rel. Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, Terceira Seção, e-DJF1 p.13 de 05/07/2010)

3. No caso em exame, *a ação pleiteando a reparação de danos materiais por alegado ato ou omissão ilícita ocorrida em 1975*, de modo que à época do *ajuizamento da ação*, em 19.10.1998 *já havia transcorrido o prazo prescricional de 5 (cinco) anos previsto no art. 1º do Decreto 20.910/32.* O prazo trintenário de prescrição somente seria aplicado no caso de demanda em que se postula o pagamento de parcelas devidas e não pagas relativas ao FGTS.

4. Nega-se provimento ao recurso de apelação. (TRF 1ª R., AC 1998.38.00.039558-1/MG, Rel. Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira, DJe, 05 fev. 2013, grifos nossos)

3.12 Princípio da *actio nata*

Como é dito pela doutrina, “trata-se de um princípio do Direito segundo o qual a prescrição e decadência só começam a correr quando o titular

do direito violado *toma conhecimento do fato e da extensão de suas consequências*” (grifos nossos).

E segue:

No campo da *responsabilidade civil*, de acordo com o *princípio da actio nata* podemos dizer que o *termo inicial do prazo prescricional* para ação de indenização ou reparação de danos *só se inicia quando o prejudicado tomar conhecimento do fato c/ou de suas consequências. Afinal, não se pode reclamar de um fato desconhecido ou do qual não se tem ciência da consequência danosa que causou ou que eventualmente irá causar.*⁹⁴ (grifos nossos)

Realçando o recorrente *princípio da actio nata*, essencial quando se cogita da prescrição do direito de ação, o aresto do c. Superior Tribunal de Justiça:

Processual civil. *Desapropriação*. Desistência. Ação de indenização. Prescrição. Termo inicial. Data da efetiva constatação do dano. Princípio da actio nata.

1. Em nosso sistema, o prazo prescricional está submetido ao *princípio da actio nata*, segundo o qual a prescrição se inicia com o nascimento da pretensão ou da ação.

2. No caso concreto, a *ciência inequívoca da violação do direito* se deu com a homologação da desistência pelo Poder Público, vez que, neste momento, o demandante constatou que a desapropriação não se concretizaria e não viria a receber a indenização devida, mesmo já tendo sofrido prejuízos.

3. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ. REsp 816.131, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ, 07 maio 2007, grifos nossos)

Por outro ângulo, priorizando a *efetiva lesão ou ameaça do direito tutelado*, decidiu o e. Superior Tribunal de Justiça:

2. De início, vale lembrar que o instituto da *prescrição* é regido pelo *princípio da actio nata*, ou seja, o curso do prazo prescricional tem início com a *efetiva lesão ou ameaça do direito tutelado, momento em que nasce a pretensão a ser deduzida em juízo*. (STJ. AgRg no REsp 1148236 RN, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe, 14 abr. 11, grifos nossos)⁹⁵

Por fim, não há como negar que o ponto crucial quando se cogita do *princípio da actio nata* está na identificação inequívoca do *termo inicial* do prazo prescricional, em cada caso, ainda mais diante das causas que impedem, suspendem e interrompem a prescrição, disciplinadas no Código Civil (Título IV, Capítulo I, Seção I).

⁹⁴ RAMOS. Que se entende por princípio da “actio nata”? *Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes*.

⁹⁵ Ainda sobre a matéria em debate: STJ. REsp 1.174.731/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe, 27 abr. 2011.

4 Conclusões

Diante dos fundamentos aqui alinhados, tudo com arrimo na doutrina e na jurisprudência, é sustentável dizer:

4.1 Responsabilidade civil (subjéitiva) do servidor público

a) Conforme preceito da Lei nº 8.112/90:

Art. 122. A *responsabilidade civil* decorre de ato *omissivo* ou *comissivo*, *doloso* ou *culposo*, que resulte em *prejuízo* ao *erário* ou a *terceiros*.

§1º A *indenização de prejuízo dolosamente causado ao erário* somente será liquidada na forma prevista no art. 46, na falta de outros bens que assegurem a execução do débito pela via judicial.

§2º Tratando-se de *dano* causado a *terceiros*, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em *ação regressiva*.

§3º A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada, até o limite do valor da herança recebida. (grifos nossos)

No regime jurídico dos policiais abrangidos pelo Decreto nº 59.310/66 – Regulamento da Lei nº 4.878/65, a matéria vem disciplinada no art. 366 §§1º e 2º, do Decreto nº 59.310/66.

O nexó causal “é o *liame que une a conduta do agente ao dano*. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano”⁹⁶ (grifos nossos).

b) Na hipótese de comportamento *doloso* ou *culposo*, que importe em prejuízo da *Fazenda Nacional* ou de *terceiros*, o servidor responderá em ação regressiva, após o *trânsito em julgado* da decisão que condenar a Fazenda Pública (§6º, *in fine*, art. 37, CF; §2º, art. 366, Decreto nº 59.310/66 – Regulamento da Lei nº 4.878/65).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, muito a propósito, adverte: “Quando o servidor é contratado pela *legislação trabalhista*, o art. 462, §1º, da CLT só permite o desconto com a *concordância do empregado ou em caso de dolo*”⁹⁷ (grifos nossos).

c) As *causas excludentes ou atenuantes* podem afastar a responsabilidade civil total ou parcialmente, dado que impedem que se concretize o *nexó causal*, a culpa da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior. De igual modo, as *excludentes de antijuridicidade ou ilicitude* afastam, em linha de princípio, a responsabilidade civil.⁹⁸

d) A *responsabilidade civil* do servidor público, seja por dano *interno* (erário) ou *externo* (terceiros),

⁹⁶ VENOSA. *Direito civil*, v. 4, p. 39-40.

⁹⁷ DI PIETRO. *Direito administrativo*, p. 567.

⁹⁸ VENOSA. *Direito civil*, v. 4, p. 40.

é *subjetiva* (arts. 121 e 122, Lei nº 8.112/90; art. 37, §6º, *in fine*, CF). De tal modo, na linha do *devido processo legal* (art. 5º, inc. LIV, CF), há que ser indubitavelmente provada a *culpa (lato sensu)*, tudo sob o pálio do *contraditório* e da *ampla defesa* (art. 5º, inc. LV, CF; art. 41, Lei nº 9.784/99; STJ. MS 6.478/DF, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ, 29 maio 2000).

e) O *comportamento ilícito do servidor* poderá acarretar o *dano*, com consequências *internas* (art. 122, Lei nº 8.112/90) ou *externas* (§6º, *in fine*, art. 37 – *ação regressiva*), mas, de todo modo, qualificado pela *culpa (lato sensu)*, dado que a responsabilidade civil do servidor é sempre *subjetiva*.⁹⁹

f) *Ressarcimento ao erário*. As *reposições* e *indenizações* estão elencadas nos arts. 46 *usque* 48, tudo em harmonia com os já citados dispositivos: §§1º, 2º e 3º, do art. 122, da Lei nº 8.112/90.

g) A *Tomada de Contas Especial* (TCE), “é um processo administrativo, regulamentado pela Instrução Normativa TCU nº 56/2007, que visa à apuração de responsabilidade pelos *danos causados à Administração Pública Federal e à obtenção do respectivo ressarcimento*. A TCE tem a finalidade, portanto, de apurar os fatos, identificar os responsáveis e quantificar o prejuízo causado ao erário”.

h) Na *ação regressiva*, “exigem-se dois requisitos: primeiro, que a Administração já tenha sido condenada a indenizar a vítima do dano sofrido; segundo, que se comprove a culpa do funcionário no evento danoso”.¹⁰⁰

i) Sob o pálio da *atuação eficiente*, visando o *interesse público* e na linha do *custo-benefício*, e, sobretudo, com arrimo no art. 37, *caput*, CF, e art. 2º, *caput*, incs. VI, VIII, IX e XIII, da Lei nº 9.784/99, a douta Controladoria-Geral da União editou a Instrução Normativa nº 04, de 17.02.09, publicada no *DOU*, n. 34, Seção 1, p. 1, de 18.02.09, otimizando a apuração e desfecho dos casos envolvendo o *extravio ou dano a bem público* que implicar prejuízo de *pequeno valor*, resultante de *conduta culposa (stricto sensu)*, ou seja, imprudência, negligência ou imperícia;

j) Em se tratando de *parecer jurídico*, vinculante ou opinativo:

- Se o parecer for *vinculante*, a hipótese é de *compartilhamento de responsabilidades*.¹⁰¹

- “*Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro*, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, *não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa*. *Mandado de segurança deferido*” (STF. MS 24.631/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe, 1º fev. 2008, grifos nossos).

k) “Art. 126. A *responsabilidade administrativa* do servidor será afastada no caso de *absolvição criminal* que *negue* a existência do *fato* ou sua *autoria*. Art. 126-A. *Nenhum servidor poderá ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente* por dar ciência à autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, a outra autoridade competente para apuração de informação concernente à prática de *crimes* ou *improbidade* de que tenha conhecimento, ainda que em decorrência do exercício de cargo, emprego ou função pública. (*Incluído pela Lei nº 12.527, de 2011*)” (grifos nossos).

Registre-se, no ponto, que as *excludentes de antijuridicidade ou ilicitude* excluem, em regra, a responsabilidade civil.^{102 103}

4.2 Responsabilidade civil (objetiva) da Administração Pública

a) Conforme dispõe o §6º do art. 37 da Carta Política: “*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*” (grifos nossos).¹⁰⁴

Aqui, adota-se a *responsabilidade civil objetiva da Administração Pública*, na modalidade do *risco administrativo*.

b) Ao perfilar o fundamento jurídico do *risco administrativo*, o magistério de Maria Sylvania Zanella Di Pietro: “Essa doutrina baseia-se no *princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais*: assim como os *benefícios* decorrentes da atuação estatal *repartem-se* por todos, também os *prejuízos* sofridos por *alguns* membros da sociedade *devem ser repartidos*”¹⁰⁵ (grifos nossos).

Maria Sylvania Zanella Di Pietro, muito a propósito, adverte: “Quando o servidor é contratado pela *legislação trabalhista*, o art. 462, §1º, da CLT só

⁹⁹ MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO. *Direito administrativo brasileiro*, p. 557, 725.

¹⁰⁰ MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO. *Direito administrativo brasileiro*, p. 723-725.

¹⁰¹ MOTTA. O advogado e as cautelas com o parecer jurídico no serviço público. *Consulex – Revista Jurídica*, p. 6-9.

¹⁰² Cf. VENOSA. *Direito civil*, v. 4, p. 39-55.

¹⁰³ Vide STJ. REsp 152.030/DF, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ, 22 jun. 1998.

¹⁰⁴ Vide STF. RE 327.904-1/SP, Rel. Min. Carlos Britto, DJ, 08 set. 2006.

¹⁰⁵ DI PIETRO. *Direito administrativo*, p. 599. Cf. MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO. *Direito administrativo brasileiro*, p. 714.

permite o desconto com a *concordância do empregado ou em caso de dolo*¹⁰⁶ (grifos nossos).

c) É de bom aviso repisar que o servidor público responde, na via da *ação regressiva*, no caso de *dolo* ou *culpa*. Nesse rumo, dispõe o art. 186, do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. E a *culpa*, fundamental para o deslinde, em sentido amplo, “é a *inobservância* de um *dever* que o agente devia conhecer e observar”¹⁰⁷ (grifos nossos).

d) No *procedimento para o ressarcimento do dano (externo)*, como se extrai do §6º, *in fine*, do art. 37, da Constituição Federal, “o Estado indeniza a vítima; o agente indeniza o Estado, regressivamente.” Assim, indenizada a vítima, o Estado aciona o servidor por meio da *ação regressiva*.

Na hipótese de *dano (interno)*, as *reposições e indenizações ao erário* estão elencadas nos arts. 46 *usque* 48, tudo em harmonia com os já citados dispositivos: §§1º, 2º e 3º, do art. 122, da Lei nº 8.112/90.

e) A Lei nº 4.898/65, que reprime o *abuso de autoridade*, estabeleceu “um sistema especial de responsabilização dos servidores, facultando à vítima promover a ação civil antes mesmo da condenação da Fazenda Pública pelo dano causado pelo seu agente (art. 9º). *Não se trata, pois, de ação regressiva*, mas de ação direta do ofendido contra a autoridade que o lesou, por *abuso de poder*”¹⁰⁸ (grifos nossos).

f) Prescrição do direito de ação contra a Fazenda Pública:

Administrativo. Policial militar. Licenciamento. Ato administrativo. Absolvição na esfera penal. Legítima defesa. Efeitos. Prescrição. Decreto nº 20.910/32. Trânsito em julgado da sentença criminal.

1. *Absolvido o autor na esfera criminal, o lapso prescricional quinquenal, previsto no Decreto nº 20.910/32, tem como termo a quo a data do trânsito em julgado da sentença penal e não o momento do ato administrativo de licenciamento. [...]*

4. *Recurso ao qual se nega provimento. (STJ, REsp 200200828050, Rel. Min. Paulo Medina, DJ, 19 dez. 2005, grifos nossos)*

A propósito do apontado aresto do c. Superior Tribunal de Justiça (REsp 200200828050, DJ, 19 dez. 2005), a Lei nº 11.690/08, deu nova redação e configuração ao art. 386 e incisos, do

¹⁰⁶ DI PIETRO. *Direito administrativo*, p. 567.

¹⁰⁷ VENOSA. *Direito civil*, v. 4, p. 23.

¹⁰⁸ MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO. *Direito administrativo brasileiro*, p. 726.

CPP, mantendo, entretanto, o conteúdo do julgado colacionado.

E o art. 200, do Código Civil, está assim redigido: “Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva”.

Processual civil. Responsabilidade civil. Administração Pública. Ação de indenização. Prescrição quinquenal.

O entendimento jurisprudencial assente nesta Corte é no sentido que, em se tratando de ação objetivando a *indenização em face Administração Pública* são plenamente aplicáveis as disposições do Decreto 20.910/1932 *quanto ao prazo prescricional de cinco anos do direito de ação, a contar da ocorrência do evento danoso*. (TRF 1ª R. AC nº 1998.38.00.039558-1/MG, Rel. Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira, DJe, 05 fev. 2013, grifos nossos)

Precedentes jurisprudenciais: STF. RE 99.936/RS, Rel. Min. Moreira Alves, DJ, 16 set. 1983; STJ. REsp 816131, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ, 07 maio 2007; STJ. AgRg no REsp 1148236/RN, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe, 14 abr. 2011; STJ. REsp 1174731/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe, 27 abr. 2011.

g) *Princípio da actio nata*: “[...] trata-se de um princípio do Direito segundo o qual a prescrição e decadência só começam a correr quando o titular do direito violado *toma conhecimento do fato e da extensão de suas consequências*”¹⁰⁹ (grifos nossos).¹¹⁰

Referências

ALVES, Léo da Silva. *A prova no processo disciplinar*: referencial para os processos cível, penal e trabalhista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: M. Limonad, 1998.

BRASIL. Presidência da República. Controladoria-Geral da União. *Manual de processo administrativo disciplinar*. Brasília: CGU, 2013. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/publicacoes/guiapad/Arquivos/Manual_de_PAD.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

COSTA, José Armando da. *Teoria e prática do direito disciplinar*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COSTA, José Armando da. *Teoria e prática do processo administrativo disciplinar*. 4. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

CRUZ, José Raimundo Gomes da. *A Lei Orgânica da Magistratura Nacional interpretada*. 2. ed. São Paulo: J. de Oliveira, 2002.

¹⁰⁹ RAMOS. Que se entende por princípio da “actio nata”? *Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes*.

¹¹⁰ A jurisprudência registra: STJ. REsp 816.131, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ, 07 maio 2007.

- DEZAN, Sandro Lucio. *Direito administrativo disciplinar*. Curitiba: Juruá, 2013. v. 2 - Direito material.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1980.
- FONSECA, Luis Carlos da. *Convênios: da celebração à prestação de contas*. 2. ed. Salvador: Print Mídia Editora Gráfica, 2009.
- FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução de Paolo Capitanio. São Paulo: Bookseller, 1996.
- GUIMARÃES, Mario. *O juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 1, n. 1, p. 24-31, jan. 1945.
- LESSA, Sebastião José. *Improbidade administrativa: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- LESSA, Sebastião José. *Temas práticos de direito administrativo disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Lei nº 8.112/90: interpretada e comentada*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.
- MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro standards. *Revista da AGU*, v. 9, n. 24, p. 139-166, abr./jun. 2010.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. O advogado e as cautelas com o parecer jurídico no serviço público. *Consulex – Revista Jurídica*, v. 12, n. 264, p. 6-9, jan. 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- RAMOS, Elisa Maria Rudge. Que se entende por princípio da “actio nata”? *Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes*, São Paulo, 17 nov. 2008. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081113165139357>. Acesso em: 04 ago. 2014.
- REIS, Palhares Moreira. *Estudos de direito constitucional e de direito administrativo*. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2005. v. 6.
- REIS, Palhares Moreira. *Os servidores, a Constituição e o regime jurídico único*. Brasília: Centro Técnico de Administração, 1993.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 4 - Responsabilidade civil.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LESSA, Sebastião José. Responsabilidade civil subjetiva do servidor público: dolo e culpa: nexa causal: contraditório e ampla defesa: prejuízo de pequeno valor: reposições e indenizações: responsabilidade civil objetiva da Administração Pública: risco administrativo: ação regressiva: causas excludentes e atenuantes: caso fortuito e força maior: descumprimento de ordem indevida: improbidade administrativa: não incidência: enriquecimento ilícito: independência e interdependência das instâncias: parecer jurídico no serviço público: prescrição da ação contra a Fazenda Pública. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 163, p. 32-57, set. 2014.
