

Jurisprudência

## RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Um dos escreventes do 7.º Ofício da comarca de Santos, criminosamente, mediante ofícios requisitórios ideologicamente falsos, obtidos por via de ardis e artifícios, conseguiu levantar, em parcelas diversas, depósito em dinheiro, recolhido à agência local do Banco do Brasil, cuja administração e responsabilidade cabia à Fazenda do Estado. Resgatou ele a sua falta, com o sacrifício máximo, cometendo suicídio, tornando-se o fato público e notório. Esse depósito referia-se a quantia pertencente a menor havida em inventário dos bens deixados por seu pai.

Propôs o menor uma ação como objetivo de obter a reparação do dano causado pelo funcionário da justiça, que consiste na restauração integral do depósito, inclusive juros e a acrescer até a sua integração.

Situando a questão no tempo, objeta a Fazenda que o escrevente, submetido ao regime do decreto n.º 5129, de 23 de julho de 1931, não passava de preposto de escrivão, não se aplicando ao caso o disposto no artigo 15 do Código Civil, regulando-se a espécie pelo artigo 1521, n.º III, do mesmo diploma legal.

A causa foi decidida pelo juiz Joaquim Bandeira de Melo, que asseverou:

"O tema da responsabilidade civil do Estado, assinala Aguiar Dias, tem inspirado vasta literatura, na justa medida das incertezas e variações que suscita. A causa principal dessa situação, que os juristas desejam ardentemente modificar, como o testemunha o renovado esforço dedicado a clarear o problema, está, em grande parte, no fato de contemplar a responsabilidade do Estado como instituto de direito Civil, pois é certo que a tal anseio não satisfaz a simples transposição para o seu domínio, dos princípios da responsabilidade do direito privado. A responsabilidade civil do Estado é matéria de direito administrativo. ('Da Responsabilidade Civil', vol. II, pag. 142).

Travaram-se eruditas controvérsias e de tal modo divergiram os juristas que suas opiniões, pelas analogias e antinomias, se agrupam em três correntes definidas e básicas: a teoria da irresponsabilidade, a teoria da responsabilidade geral ou a de sistema misto, magnificamente exposta e estudadas pelo, eminente Amaro Cavalcanti na sua obra clássica, "Responsabilidade Civil do Estado".

Definitivamente arredada a da irresponsabilidade, a doutrina da culpa, enfaticamente resumida por Von Thering, na fórmula "sem culpa nenhuma reparação", torna-se insuficiente em face das necessidades criadas pela vida moderna, quer no âmbito das relações privadas, quer no domínio do direito administrativo, pelo continuado alargamento das funções do Estado, progressiva e acentuadamente intervencionistas. Os escritores franceses, com Salleilles a frente, abriram larga brecha nesse princípio, introduzindo no campo de tão acirradas controvérsias, o conceito de culpa objetiva, ou a teoria do risco.

A responsabilidade sem culpa, ou objetiva, *in ré ipsa*, ou a teoria do risco, sintetizada por Salleilles, na pitoresca fórmula "qui casse les verres les payes", já foi introduzida na nossa legislação positiva, sem nenhuma sombra de dúvida, na lei de acidentes no trabalho; artigo 96 e seguintes do Código Brasileiro do Ar; arts. 1.519, 1.520, parágrafo único do Código Civil; arts. 16, n.º VII e.34, n.º XV, do Código de Minas.

Transpondo o problema para a esfera administrativa, antes de quaisquer outras considerações, não podíamos deixar passar *in albis*, o que escreveu Aguiar Dias na sua conceituada obra já citada: "Devemos reconhecer que, sem encarar com alguma audácia - que consideramos um dos melhores atributos do juiz - o art. 15 do Código Civil, é na doutrina da falta de serviço público que se deve buscar a ação de responsabilidade do Estado. Confessamos, entretanto, do mesmo, passo, nossa preferência pela doutrina objetiva, também chamada do risco administrativo, cujo alcance foi nitidamente esboçado em luminosos votos dos ministros Orozimbo Nonato e Filadelfo de Azevedo. A opinião do ministro Orozimbo Nonato, em profissão de fé objetivista, que marca, iniludivelmente, novo rumo na orientação dos nossos juizes a respeito da responsabilidade do Estado, foi expressa, ao que julgamos, pela primeira vez, no julgamento de uma ação de ressarcimento de danos resultantes de deterioração de mercadoria em virtude de longa permanência na Alfândega". (pag. 158). A teoria do risco ganha força e expressão ainda, nas lições de Alvinio Lima e Menegalle.

Em que pesem duntas opiniões em contrario, os debates travados em torno da matéria repercutiram no seio da Assembléia Constituinte e a teoria do risco administrativo foi erigida em cânon constitucional, em face do artigo 194 da Carta Magna que dispõe: "As pessoas jurídicas de direito público interno são civicamente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

'Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes".

Vê-se, com toda a clareza, que o dispositivo constitucional, não estabelece responsabilidade solidaria do Estado e, sim, primária e direta, haja ou não culpa do funcionário. O objetivismo e o subjetivismo harmonizam-se nessa regra fundamental. A entidade pública, criando um risco, é obrigada a ressarcir os danos decorrentes, corolária dos direitos subjetivos assegurados pelo art. 141 da Constituição Federal. Responsabilidade distinta da definida no Código Civil, que é anterior, com relação ao patrão, amo ou comitente, singulares ou coletivos, por ato de seus empregados, serviçais ou prepostos, em relação aos quais, salvo as exceções expressas, não se presumem a culpa *in eligendo*, ou a *in vigilando*.

Nesse passo, oportuna é a lição de Sourdat: o comitente ou mandante nomeia prepostos ou mandatários para a gerência dos seus interesses próprios, mas o Estado ou o poder público tem funcionários, conforme o disposto na lei, para a gestão dos interesses gerais ou comuns; enquanto as pessoas privadas escolhem livremente os seus auxiliares, o Estado não pode sequer conhecer a todos os seus, cuja nomeação e promoção dependem, às vezes, só de concurso ou de antigüidade. Finalmente, os comitentes ordinários podem e devem fiscalizar todos os atos de seus prepostos e mandatários, ao passo que o Estado é obrigado a proceder por via de instruções e regulamentos gerais, sob a sanção de penas disciplinares; não pode

propor fiscais a todos os serviços e quando o fizesse, por quem seriam os próprios fiscais fiscalizados? Quis custodiet custodes? ("Traité de la Responsabilité", pág. 189).

Para que houvesse responsabilidade da Fazenda Pública, com base no direito anterior à atual Constituição, escreve Seabra Fagundes, era preciso que se somassem as seguintes condições: a) - ter o representante praticado o ato no exercício da função ou a pretexto de exercê-la; b) - ser ilegal o ato por omissão de dever expressamente prescrito, ou por violação ativa do direito; c) - do ato advir dano a alguém.

"Do segundo desses requisitos já não é de cogitar, em face do artigo 194 da Constituição. Adotada, como foi nesse texto, a teoria do risco criado, já não importa a ilegalidade do ato, conquanto, via de regra, a responsabilidade decorra de atos ilegais. Desde que haja um dano, haverá lugar a indenização, resulte este de violação da lei ou não. Salvo, é claro, as exceções que possam ter raízes na própria Constituição." ("O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário", pags.222,1223).

Não há impunidade para o autor do dano. A Fazenda Pública, uma vez condenada, se atribui ação regressiva contra o funcionário, culpado de fatos que deram margem à indenização. São remédios processuais, atribuídos a pessoas distintas e com fundamento diverso. No primeiro, legitima-se ativamente aquele que sofreu o prejuízo ou o dano e passivamente, a pessoas jurídica de direito público interno, tendo por base o risco administrativo. Condenada, poderá lançar mão da ação regressiva contra o servidor, cuja culpa deverá ser cabalmente demonstrada. Inadmissível é o litisconsórcio passivo da entidade jurídica com funcionários reais ou supostos; salvo melhor juízo, em tal hipótese, não ocorre litisconsórcio necessário, como pretendeu a Fazenda ré nestes autos. Questão que menciono apenas incidentalmente, considerando a sua afinidade com a ordem geral de idéias expostas, uma vez que, por via de agravo no auto do processo, será superiormente examinada, como preliminar, pelo Egr. Tribunal, no caso de apelação, o que é muito provável.

Trata-se de depósito judicial, a cargo da Fazenda ré e que por isso mesmo, de acordo com as regras gerais que regem a matéria, assumiu o encargo de guardá-lo e restituí-lo oportunamente. Conforme se lê na obra citada de Amaro Cavalcanti, mesmo autores partidários da doutrina da culpa subjetiva, então dominante, entendiam que a responsabilidade do Estado devia, neste caso, ser primária, e, não, subsidiária, como em geral (págs. 127 e 133). Em face dos dispositivos do Código Civil relativos ao depósito, especialmente o necessário e a teoria do risco administrativo, inteiramente vitoriosa, não há como pôr em dúvida a responsabilidade da Fazenda Pública pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros e, em particular, ao titular da coisa depositada, qualquer que seja a natureza do bem ou bens depositados.

Decorre da responsabilidade sem culpa, ou objetiva noção extremamente lata e justa do que se deve entender por funcionário, não sendo lícito restringir somente aqueles que pertencem aos quadros efetivos criados por lei. Além destes, abrange, a meu ver, os que o Código Penal, no artigo 327, considera como tal, para os devidos efeitos. Isto é, "quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública". Se o Estado lhes atribui uma função pública, assume, de imediato, a responsabilidade civil pelos danos que causarem a terceiros no exercício dessa mesma função. Se essa especial conceituação atende

necessidade de defesa da ordem jurídica, para o fim de responsabilidade criminal, seria um contra-senso puni-los o Estado pelos crime que cometerem e, não obstante, eximir-se de reparar o dano causado sob pretexto de transitoriedade, ou ausência de remuneração. Em face da orientação tomada pelos legisladores constituintes pouco importa a categoria do funcionário. Seja ele efetivo, ou não; remunerado pelos cofres públicos, ou nada perceber. O que interessa é se exerce cargo, emprego ou função pública. Categoria, remuneração, ou transitoriedade são expressões sem conteúdo jurídico no que tange à responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público interno.

O decreto estadual 5.129, de 23 de julho de 1931, além de estabelecer exigências típicas de ingresso no funcionalismo em geral, erigiu em verdadeiro emprego publico, embora típico e sui-generis, o cargo dos escreventes habilitados, que vêm desempenhando funções junto aos juizes de direito. Não lhes falta mesmo nomeação pela autoridade competente e fixação de vencimentos, ainda que não atendíveis pelos cofres do Estado. Leis posteriores estabeleceram uma verdadeira carreira, direitos e vantagens foram assegurados, ocorrendo, finalmente, a oficialização dos cartórios. Desempenham funções administrativas, de natureza pública, junto aos juízos a que servem".

Concluindo, pois, que o Estado é civicamente responsável pelos danos ou prejuízos que essa categoria de funcionários. causar, no exercício de suas funções, julgou o magistrado procedente a ação proposta para condenar a Fazenda do Estado a integrar totalmente o deposito, juros e demais consectários legais.

Transcrito do "O Estado de São Paulo" de 28 de março de 1956.