DA RESPONSABILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO

ANÍBAL DE MELLO COUTO

SUMÁRIO: *1. Conceituação de responsabilidade. 2. Do servidor público. 3. Militares e serventuários de justiça. 4. Responsabilidade penal, civil e administrativa. 5. Independência das jurisdições. 6. Legalidade e mérito do ato administrativo. 7. Extensão do poder jurisdicional. 8. Abuso do poder discricionário. 9. Divergência de decisão penal e disciplinar. 10. Prevalência das decisões judiciais. 11. Apuração e punição do ilícito penal pela Administração. 12. Independência do poder disciplinar. 13. Conclusões.*

1 — Sob vários prismas pode ser apreciado o conceito da responsabilidade, fenômeno que emerge como conseqüência da atividade humana nos diversos setores da vida social. Especialmente para conceituar a que decorre da atividade funcional dos servidores públicos, podemos aproveitar e repetir, na impossibilidade de formular melhor, o conceito de que se serviu José de Aguiar Dias, inspirado na lição de Marton, para definir, de um modo geral, a responsabilidade, como "a situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto às conseqüências desagradáveis decorrentes dessa violação, traduzidas em medidas que a autoridade encarregada de velar pela observação do preceito lhe imponha, providências essas que podem, ou não, estar previstas" (*Da responsabilidade civil*, 1.ª ed., vol. I, página 3).

Esta definição abrange as situações em que o servidor, por desvio ao cumprimento de qualquer dever ou obrigação, ou por qualquer ato danoso, fica sujeito à sanção penal, civil ou administrativa, três manifestações que defluem da responsabilidade do servidor público.

2 — Nesta oportunidade convém desde logo esclarecer que, na expressão "servidor público" devemos compreender todo aquêle que participa da gestão da coisa pública, qualquer que seja a sua categoria, a natureza de suas funções e a forma pela qual a exerce. Sua compreensão deve ser a mais ampla, donde a termos preferido à expressão "funcionário" que, entre nós, serve para designar determinada classe no serviço público, na qual não se compreendem as diversas espécies de "extranumerários" que, também, colaboram na gestão da coisa pública.

À expressão "servidor público" damos, assim, superfície onde há lugar não só para funcionário e extranumerários, como para todos os que participam da atividade administrativa do Estado, inclusive os empregados de autarquias. Aliás, como observa Caio Tácito (Parecer *in Revista de Direito Administrativo*, vol. 28, pá-

gina 399) a legislação peculiar à função pública direta constitui norma supletiva aplicável, por extensão, aos servidores autárquicos.

De outra parte, nem os servidores de autarquia, nem os extranumerários, ficam à margem dos efeitos penais, que todos êles se confundem no art. 327 do Código Penal, que considera funcionário público quem, embora transitòriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprêgo ou função pública ou em entidade paraestatal.

Para o objetivo que temos em mira, na conceituação de servidor público, podemos parafrasear José de Aguiar Dias (op. cit., vol. I, pág. 151) para dizer que o servidor público é "um órgão da Administração".

3 — Na amplitude de tal conceito podemos incluir, respeitadas certas peculiaridades da legislação própria, os militares e os serventuários de justiça. Sôbre os últimos e a origem das serventias de justiça, lição preciosa contém-se no voto do eminente Ministro Castro Nunes, no recurso extraordinário 8.500/45 (*in Revista de Direito Administrativo*, vol. 19, pág. 141), no qual, após dizer que o serventuário é, hoje, em nosso direito, um funcionário como qualquer outro, conclui que "pouco importa que não receba dinheiro do Tesouro, como acontece com os escrivães, que recebem das partes os emolumentos taxados em lei. E tanto isso é exato que lei recente, de poucos anos atrás, estabeleceu até a aposentadoria à custa do Tesouro, dos serventuários". Do mesmo modo quanto ao escrevente, "desde que foi provido por ato público e não submetido apenas ao alvedrio, à simples escolha do escrivão, porque, então, seria um simples secretário dêste, não auxiliar do cartório".

Se o serventuário ou escrevente é provido no cargo por ato de autoridade administrativa ou judiciária, sua atividade há de sofrer o contrôle e, quando necessário, a repressão do Estado que, de algum modo, é fiador pelos danos que tais servidores venham causar a terceiros.

4 — O desvio aos deveres funcionais acarreta ao servidor conseqüências legais de efeitos civis, penais e disciplinares. O Estatuto dos Funcionários (Lei 1.711, de 28-10-1952) dispõe, no seu artigo 196, que "pelo exercício irregular de suas atribuições, o funcionário responde civil, penal e administrativamente".

Afinando com a doutrina, conclui o artigo 200 do mesmo Estatuto que "as cominações civis, penais e disciplinares poderão cumular-se, sendo umas e outras independentes entre si, bem assim as instâncias civil, penal e administrativa".

Ao propósito, observa Waline (*Droit Administratif*, 1936, pág. 369/70) que a regra *non bis in idem* não prevalece a não ser no campo do direito penal e não impede que, relativamente a um mesmo fato, coexistam, para apurá-lo e puní-lo, a instrução penal e a administrativa, cujos resultados podem ser diferentes, pois um fato "pode não ser bastante grave para motivar uma sanção penal, por não reunir os elementos de uma infração penal e, no entanto, ser bastante grave para justificar uma sanção disciplinar".

Igualmente, a apuração da responsabilidade civil do servidor, por ato de que possa ou não ser responsabilizado, pela sua participação culposa, independe do resultado da apuração de sua responsabilidade administrativa por êsse fato, pelo qual pode ou não ser punido disciplinarmente.

5 — A teoria da independência das jurisdições, ou melhor, das instâncias, consagrada já em lei, há no entanto, de ser entendida nos seus justos têrmos. Não

deve êle exceder-se, de molde a permitir que haja contradição nos diversos pronunciamentos, sempre com evidente desprestígio para um dos poderes do Estado. Deve haver entre as instâncias um entendimento que permita alcançar a verdadeira justiça, o que nem sempre acontece quando se defende uma autonomia absoluta, que só prevalece quando mal compreendida a independência das jurisdições.

Tão ortodoxamente certos defensores da independência dos poderes situam a questão que, mesmo no seio do judiciário, há quem proclame, e muitas vêzes prevalece seu ponto de vista, que é defeso à justiça apreciar o *mérito* dos processos administrativos, donde limitar-se sua apreciação ao que chamam *legalidade* do processo.

A legalidade, em tal entender, limita a ação jurisdicional ao exame do aspecto formal do processo; assim, por exemplo, em caso de demissão de funcionários, competiria ao judiciário ùnicamente indagar se a demissão teria sido precedida de inquérito administrativo e, se neste, ao funcionário foi dada oportunidade de defesa, requisitos essenciais que seriam suficientes para justificar o ato demissório.

Felizmente, vozes respeitáveis têm se levantado contra êsse critério que retira ao judiciário a competência que lhe outorgou o art. 141, § 4.º, da Constituição federal, segundo o qual a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. E evidentemente tal apreciação não se limita a examinar o ato administrativo do ângulo visual da legalidade extrínseca.

A êsse respeito o eminente Ministro Orosimbo Nonato (Voto na apelação 7.307/44, *in "Revista de Direito Administrativo"*, vol. 3, pág. 69) teve oportunidade de observar, com aquela sua acuidade incomparável de jurista emérito: "Se, afinal, o inquérito administrativo é inexaminável no Judiciário, neste caso teríamos dificuldade flagrante de trazer o caso ao Poder Judiciário, entendendo-se o direito já declarado administrativamente. O poder do juiz apenas se limitaria a homologar a decisão administrativa, pelas formalidades extrínsecas de um ato emanado de outro Poder ..... Uma vez que pode o funcionário, demitido por inquérito administrativo, trazer o caso ao Poder Judiciário — êste ponto é pacífico e tranqüilo, não oferece qualquer contestação — e se o Poder Judiciário pode e deve, para julgar, pesar as provas, rastreá-las e sopesá-las, terá que verificar se a motivação do ato administrativo é justa ou injusta".

6 — De certo, os decisórios que limitam a competência do judiciário no exame de atos administrativos pecam por uma falta de compreensão exata do conceito de *legalidade* e *mérito* de ato administrativo.

No entanto, a lição de Vitor Nunes Leal (*O exame, pelo judiciário, da legalidade dos atos administrativos, in "Revista de Direito Administrativo"*, vol. 3, página 70) é clara e convincente: "A *legalidade* do ato administrativo compreende não só a competência para a prática do ato e as suas formalidades extrínsecas, como também os seus requisitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato (desde que tais elementos estejam definidos em lei, como *vinculadores* do ato administrativo). Tanto é ilegal o ato que emane de autoridade incompetente, ou que não revista a forma determinada em lei, como o que se baseie num fato que, por lei, daria lugar a um ato diverso do que foi praticado. A inconformidade do ato com os fatos que a lei declara pressupostos dêle constitui ilegalidade, do mesmo modo que o constitui a forma inadequada que o ato porventura apresente".

Por sua vez, no respeitante ao *mérito*, o assunto foi esclarecidamente tratado pelo insigne Seabra Fagundes (*Conceito de mérito no direito administrativo, in* "Revista de Direito Administrativo", vol. 23, pág. 1, e "Revista Forense", vol. 139, pág. 14) ao observar que a "noção processual de mérito não tem nenhuma correlação com a noção de mérito no direito administrativo, onde êle é *a medida de discrição*". É de se cogitar de mérito em ato praticado em virtude de competência livre e não de competência vinculada, entendida esta quando a lei "exaure a margem de opção própria do exercício da atividade jurídica do Estado, deixando circunscrito o ato administrativo a estritos limites, sem ensejo para cogitações sôbre o útil, o justo, o certo, etc. O aspecto de conveniência, de oportunidade, de eficácia, em suma, foi exaurido pelo legislador. Nada se deixou ao administrador quanto a êle. Não assim se discricionário o ato administrativo, pois aqui se confia à administração, pela liberdade outorgada aos seus movimentos, aferir da utilidade ou eficácia, maior ou menor, do procedimento estatal na sua fase derradeira".

7 — O conceito de mérito deve ser assim bem compreendido para que se não permita, com um falso entendimento sôbre a independência das instâncias, venha o Judiciário a ser impedido de reparar atos que, evidentemente, não se compreendem na discricionariedade do poder administrativo, por isso que balisados pela lei. Daí ter, com muita oportunidade, advertido o Ministro Artur Marinho (voto na apelação cível 2.377/50, *in Revista de Direito Administrativo*, vol. 26, pág. 132) ser "muito grave conferir poderes arbitrários a quem quer que seja, inclusive ao administrativo, sob capa de critério discricionário intocável perante o Judiciário".

O poder discricionário não se pode exercer acima ou além da lei; deve limitar-se à apreciação de conveniência ou oportunidade, quando de exclusiva competência administrativa. Em tais condições é que se não pode admitir a ingerência jurisdicional, que importaria em atentar contra atribuições do Executivo. Mas isto não impede que o Judiciáro, no exercício de suas atribuições próprias e constitucionais, examine o ato sob todos os seus aspectos, para respeitá-lo, se praticado em virtude de poder discricionário, mas também para decretar sua imprestabilidade, no caso de ter sido excedida a competência livre do administrador, com lesão de direitos de terceiros.

Esta, aliás, é a lição do Ministro Castro Nunes (voto na apelação cível 7.307/44, *in Revista de Direito Administrativo*, vol. 3, pág. 69): "... a apreciação de mérito interdita ao Judiciário é a que se relacione com a *conveniência* ou *oportunidade* da medida, não o merecimento por outros aspectos que possam configurar uma aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei ou regulamento, hipóteses que se enquadram, de um modo geral, na *ilegalidade*, por indevida aplicação do direito vigente".

8 — E' de se insistir que, mesmo em se tratando de competência discricionária, dela não se pode pode alhear a autoridade judiciária, quando a autoridade administrativa procede com abuso de poder, isto é, excede os limites de atividade insuscetível de controlada pelo poder jurisdicional. A êsse respeito, muito bem observou Vítor Nunes Leal (*Poder discricionário e ação arbitrária da Administração, in* "Revista de Direito Administrativo", vol. 14, pág. 53): "Quem abusa de seu direito excede os limites em que lhe era lícito agir e pratica um ato que se equipara, por suas consequências, ao ato ilícito. Do mesmo modo, se a Adminis-

tração abusa de seu poder discricionário, excede os limites da ação discricionária, penetrando no terreno da *ação arbitrária*, equiparado o seu ato a um ato ilegal".

Noutro sentido não foi o voto do Ministro Henrique D'Ávila (no recurso de mandado de segurança 446/49, *in Revista Forense*, n.º 144, pág. 215), onde aquêle ilustre magistrado ressaltou que "a ação disciplinar tem campo claramente balisado pela lei. Cabe a disciplina *onde precisa e cabível*. Se a autoridade administrativa sai dos limites, cabe ao Judiciário restabelecer a legitimidade do poder disciplinar, sanando, tornando de nenhum efeito medida que corporifica abuso dêsse poder".

E' fora de dúvida, pois, em que pese a respeitável conclusão de vários julgados, que o poder judiciário pode e deve tomar conhecimento dos inquéritos administrativos, não só no que tange ao seu aspecto extrínseco, mas também quanto à sua conclusão, que pode ser modificada quando o ato administrativo tenha ido além do poder discricionário da autoridade, pois onde há ilegalidade ou abuso de poder cabe sempre a intervenção do judiciáro para a reparação de direitos ofendidos.

9 — Admitida, em princípio, a competência do judiciário para rever os atos da administração que hajam importado em punição de servidor, mister se faz que bem delimitados sejam os poderes jurisdicional e disciplinar, cuja independência está consagrada pela lei e pela jurisprudência. No entanto, como apreciado, essa independência deve ser compreendida em têrmos, tendo-se em vista que a administração tem competência exclusiva para aquilatar da *conveniência* ou *oportunidade* da medida e ao judiciário compete conter a administração quando exceda os limites de seu poder. Surge daí a questão muito debatida da persistência ou não da pena disciplinar, quando o poder jurisdicional divirja da conclusão administrativa. Sob tal aspecto, pequena não é a divergência dos tribunais; uma apreciável corrente admite que a decisão judicial em nada pode afetar a administrativa, dada a independência de jurisdições. Evidentemente, os que assim concluem não o fazem na melhor compreensão do aspecto jurídico da questão.

Estamos em que ninguém melhor apreciou o problema do que o ilustre Ministro Nelson Hungria, cuja autoridade, em tal assunto, não pode ser despresada. Observou o ilustre professor (voto no acórdão ao rec. ext. 19.393/51, *in Revista Forense*, n.º 142, pág. 143), que "o ilícito administrativo, de regra, é um *minus* em relação ao ilícito penal, escapando, por isso mesmo, à pena criminal, reservada para os casos mais graves ou de ilícito penal. Acontece, porém, que, por vêzes, há coincidência perfeita entre o ilícito administrativo e o ilícito penal..... Se os funcionários são disciplinarmente punidos na esfera administrativa, mas, em seguida, no juízo penal, vem a ser reconhecida a ausência de provas da imputação, não se pode admitir a persistência da pena administrativa. Se, abstraido o aspecto de ilícito penal, ficasse um *resíduo* de ilícito administrativo a legitimar a pena disciplinar, compreender-se-ia que esta permanecesse..... A decisão da Justiça penal, pelo prestígio que lhe vem das amplas garantias de defesa dos acusados e do ambiente de serenidade em que se desdobra o processo, deve prevalecer sôbre a decisão administrativa, muitas vêzes desviada do espírito de justiça, em face de provas colhidas sob um ambiente de pressão moral, quando mais não seja pelo receio das testemunhas em contrariar o *parti pris* da autoridade processante".

10 — Infelizmente, nem sempre os tribunais tem se abebeirado em fonte tão cristalina, confundidos com o tabu da independência de jurisdições que, aliás, não é desatendida se aplicado o critério esposado pelo Ministro Hungria.

Sem dúvida, um fato pode não ser punível na justiça penal e sê-lo na esfera administrativa, pois a sua gravidade pode não ser bastante para justificar uma condenação criminal, mas ser suficiente para fundamentar uma pena administrativa. O que não é certo é dar um caráter absoluto ao princípio de independência, a ponto de se permitir a punição administrativa por um fato criminoso que o poder jurisdicional reconheceu não se ter verificado ou, se verificado, não teve a autoria do servidor punido.

O próprio Ministro Luís Gallotti, em outras oportunidades um tanto apegado ao princípio da absoluta independência das jurisdições, reconheceu que, "se o fato imputado ao funcionário fôr um só e o julgado criminal negar a existência dêsse mesmo fato, ou negar a autoria atribuída ao funcionário, forçoso será reconhecer o efeito daquele julgado no cível até mesmo em obediência à regra do art. 1.525 do Código Civil" (voto no acórdão ao rec. ext. 19.395/51, *in Revista Forense*, n.º 142, pág. 142).

Igualmente o ilustre Ministro Hahnemann Guimarães, em voto citado pelo Ministro Cunha Vasconcelos (ac. na apelação cível n.º 1.960/50, do T. F. R., *in Revista de Direito Administrativo*, vol. n.º 27, pág. 79), foi de opinião de que "não pode subsistir a demissão que teve por causa fato apurado em inquérito administrativo e negado no processo penal".

Tal modo de entender não contraria o que muito bem ficou decidido no acórdão do S. T. F., de 14-8-1950, no recurso extraordinário n.º 15.707 (*Revista de Direito Administrativo*, vol. n.º 30, pág. 101), onde ficou bem claro que, apesar da absolvição na justiça, a pena administrativa deve ser mantida, se a decisão judicial não procede da negativa do fato. O relator do referido acórdão ilustra seu voto com a opinião de Francesco Piromallo (*Disciplina della Pubblica Amministrazione*, em "Nuovo Digesto Italiano", vol. V, 1938, pág. 28), segundo o qual "nel caso che il giudizio penale si concluda con l'assoluzione, deve ritenersi che tale sentenza precluda la via dell'azzione disciplinare solo quando sia pronunciada per inesistenza del fatto o perché l'impiegatto non vi abbia preso parte; mentre qualsiasi altra formula assolutoria non púo impedire l'esercizio della potestá disciplinare dell'amministrazione, diversa essendo subbiettivamente ed obiettivamente lavalutazione che dei modesimi fatti devono fare il giudice disciplinare o quello penale".

Provada, pois, a materialidade do fato e a sua autoria, pode não justificar-se a aplicação da pena criminal e proceder a punição administrativa, mas esta não pode ser admitida quando a justiça nega a existência do fato ou a autoria atribuída ao funcionário. Êste modo de entender não atenta contra o princípio da independência das instâncias mas, ao contrário, interpreta-o nos seus justos limites.

11 — Sendo certo que existem atos sujeitos à pena criminal e, também, à administrativa, é de se indagar se o poder disciplinar pode aplicar punição, em tais casos, antes de se haver o judiciário pronunciado sôbre a procedência do crime.

A êsse respeito, o próprio DASP, na exposição de motivos 882, de 23-3-1943 (*D. O.* de 31-3, pág. 4.801), entendeu que o órgão competente para ajuizar se

determinado ato constitui crime é o Poder Judiciário e, assim, não se pode aplicar a penalidade administrativa sem que o ato imputado como crime seja assim definido em decisão judicial.

Em tese, assim realmente deve ser. E o confronto dos artigos 226 e 229 da lei n.º 1.711, de 28-10-1952, pode admitir a mesma conclusão, embora, de outra parte, o artigo 200 da mesma lei (Estatuto dos Funcionários), permita conclusão diferente e pareça ter sido o espírito da lei 1.711, de 1952, atribuir à Administração amplos poderes para apurar as faltas dos servidores e decretar a punição. Há, pelo menos, inegáveis inconvenientes para os órgãos administrativos em ficar, para aplicar medidas disciplinares, na dependência do pronunciamento da justiça, geralmente demorado e sujeito a recursos protelatórios. Talvez por isso tenha o DASP pretendido acomodar seu primitivo e judicioso pronunciamento com as reais conveniências administrativas e, em exposição de motivos n.º 327, de 24-2-1954, também aprovada pelo Presidente da República, assim se haja manifestado: "A doutrina invocada pelo Ministério da Marinha, quanto à obrigação de aguardar a administração o pronunciamento do Poder Judiciário quando o funcionário é acusado de crimes, doutrina essa que foi estabelecida na Exposição de Motivos n.º 882, de 23 de março de 1943, dêste Departamento, se referia apenas ao item II do art. 239 do anterior Estatuto (correspondente ao item I do art. 207 do atual Estatuto), isto é, "crime contra a administração pública", e não aos demais itens daquele artigo; isto porque, nos outros itens estavam perfeitamente definidos os delitos administrativos passíveis da pena disciplinar máxima, como figuras independentes.

O item II daquele antigo dispositivo, como hoje o item I do novo dispositivo, ao falar em *crime*, não definiu os atos infringentes da lei penal, e, por isso, só à esfera judiciária competente é que cabe definir o delito, já que a administração não se acha autorizada a dizer que o funcionário cometeu *crime*.

As outras figuras de delito administrativo ali previstas, entretanto, embora possam também constituir *crimes* consignados nas leis penais, não dependem do julgamento judiciário para a aplicação da pena disciplinar, já que elas não são punidas pela administração em atenção ao fato de constituirem *crime*, mas por estarem *definidas autônomamente* pelo Estatuto, como seja, a lesão aos cofres públicos, a dilapidação do patrimônio nacional, o abandono de cargo, a ofensa física em serviço, e outras, que, porventura, possam, também, estar definidas no Código Penal como *crimes*".

12 — Sem dúvida, a conclusão da exposição de motivos referida no item anterior não se ampara em texto de lei ou em argumentos fortes. Trata-se de uma distinção sutil e irrelevante, de certo estabelecida em respeito à boa doutrina, esposada no primitivo pronunciamento do DASP, mas em conflito com os interesses administrativos e a orientação do Estatuto que, de fato, não dá agasalho, em nenhum de seus artigos, à doutrina de que os crimes destacados, autônomamente, como infração disciplinar, devam, só êles, ser de apreciação discricionária da Administração. Aliás, não é de se admitir que, tendo a Administração competência para apurar os crimes destacados, de maior relevância do que os que se confundem na rubrica comum de "crime contra a Administração", também não possa apurar, em inquérito administrativo, que determinado fato, definido como crime contra a Administração, na lei penal, foi praticado pelo servidor que, por

isso, está sujeito às cominações disciplinares, independentemente, é claro, das cominações penais que só podem decorrer da apuração do fato na instância judiciária, por isso que, de acôrdo com o art. 200 do Estatuto, as cominações civis, penais e disciplinares podem cumular-se, sendo umas e outras independentes entre si, como independentes são as instâncias civil, penal e administrativa.

13 — E' bem de ver que a aceitação, assim interpretada, dos dispositivos do Estatuto dos Funcionários não importa em qualquer restrição às prerrogativas do Poder Judiciário. Êste, no nosso entender, — e já deixamos bem claro o nosso ponto de vista — tem sempre a faculdade de apreciar, os atos da administração, no que diz respeito às cominações disciplinares, inclusive em se tratando de competência discricionária, sem que haja, nesse procedimento, desrespeito ao princípio da independência das instâncias.