APURAÇÃO DE DANO DIRETO EM INQUÉRITO ADMINISTRATIVO

RAIMUNDO NONATO FERNANDES

1. Introdução. 2. Responsabilidade civil do empregado no direito do trabalho. 3. Confronto desse regime com o do direito público. 4. A responsabilidade civil do funcionário no respectivo estatuto. 5. Competência da administração para apurar falta funcional constitutiva de delito. 6. A prática administrativa. 7. A jurisprudência dos tribunais. 8. A doutrina brasileira. 9. A orientação do Tribunal de Contas. 10. O direito francês. 11. O direito italiano. 12. O direito argentino. 13. Os sistemas português, suíço e uruguaio. 14. Razões da necessidade de ação judicial nos demais casos de responsabilidade civil do funcionário.

1. *Introdução*

Em inquérito administrativo instaurado contra servidores públicos, na administração do estado do Rio Grande do Norte, a comissão processante apurou não só a responsabilidade disciplinar dos indiciados, como também o valor do dano por eles causado à Fazenda Estadual em decorrência das infrações funcionais, às quais não foi atribuído dolo.

Contra essa formação de apuração do dano insurgiram-se os advogados dos indiciados, invocando a autoridade de autores brasileiros (Hely Lopes Meirelles, Francisco Campos, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Egberto Maia Lua e A. A. Contreiras de Carvalho), franceses (Georges Vedel e Jean Rivero), italianos (Aldo Sanduli) e argentinos (Velez Sarsfield), para sustentar que, em face do princípio da separação das instâncias, tal apuração só poderia ser feita em ação judicial.

Exercendo, então, o cargo de consultor-geral do Estado, discordei desse entendimento, em parecer aprovado pelo governador, considerando lícita a apuração administrativa do chamado dano direto, em que a administração é a parte lesada, como no caso ocorria; a ação judicial prévia somente seria exigível nos casos de:

a) dano indireto, quando a administração se volta, regressivamente, contra o funcionário autor do dano, para ressarcir-se de indenização paga a terceiro, na forma do art. 107 e seu parágrafo único da Constituição Federal;

b) enriquecimento ilícito por influência ou abuso de cargo ou função, na forma do art. 5.º, §§ 1.º, 4.º e 5.º da Lei n.º 3.502, de 21 de dezembro de 1958;

c) abuso de autoridade, na forma dos arts. 6.º § 2.º, 9.º e 11 da Lei n.º 4.898, de 9 de dezembro de 1965 (Parecer n.º B-79, de 27.6.77, *Diário Oficial* do estado de 9.7.77).

Ajuizado mandado de segurança contra o inquérito,* coube-me, em razão daquele cargo, preparar a informação do governador, na qual examinei, longamente, o problema aqui focalizado. O que se segue é uma adaptação desse trabalho, cuja publicação tem o objetivo de despertar o interesse da doutrina para um tema que, apesar de sua inegável importância, ainda não foi estudado em profundidade.

2. *Responsabilidade civil do empregado no direito do trabalho*

Cabe ver, inicialmente, como a Consolidação das Leis do Trabalho situa a questão da *responsabilidade civil do empregado perante o empregador,* regulada no art. 462 e seu § 1.º:

"Art. 462. Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo.

§ 1.º Em caso de dano causado pelo empregado, o desconto será lícito desde que esta possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado" (grifos nossos).

Comentando o dispositivo, Amauri Mascaro do Nascimento, professor universitário de direito do trabalho e magistrado da justiça do trabalho, em São Paulo, observa que "as diretrizes do nosso direito estão traçadas no sentido da autorização dos descontos salariais em virtude de danos provocados

* Mandado de Segurança n.º 906, concedido pelo Tribunal de Justiça, mas por outro fundamento: presença, na comissão de inquérito, de funcionários de confiança.

pelo empregado", citando numerosos autores e farta jurisprudência nesse sentido.[1] Não alude à necessidade de decisão judicial prévia, que não é, de fato, exigida, podendo o empregador reter, diretamente, parcelas do salário destinadas ao ressarcimento.

3. *Confronto desse regime com o do direito público*

Se a matéria é assim tratada no direito privado, que faculta ao empregador particular apurar, por seus próprios meios, a responsabilidade dos seus empregados por danos à empresa, seria ilógico e mesmo absurdo negar igual faculdade ao poder público, em relação ao pessoal que lhe presta serviços sob o regime do direito público.

Com efeito, tal negativa levaria a uma inversão da hierarquia das normas e dos interesses tutelados pela ordem jurídica, pois é sabido que ao poder público, como responsável pela defesa do interesse geral, cabem prerrogativas especiais que a nenhum particular se pode atribuir, tais como as presunções de legalidade dos seus atos e de fé pública, os poderes de coerção, sanção, ação unilateral (execução forçada e ação direta), desapropriação e outros, resumidos pela doutrina francesa na expressão *puissance publique*.[2]

O poder público pode, por exemplo, por meios administrativos, fixar o crédito tributário, através do lançamento; apurar e punir, com penas pecuniárias, infrações tributárias, de trânsito, sanitárias, cambiais, econômicas, disciplinares e outras; confiscar veículos e mercadorias de infratores fiscais (Decreto-lei n.º 37, de 18.11.66, arts. 96, I e II, 104 e 105; Decreto n.º 70.162, de 18.2.72, art. 180, § 2.º, I, 183 e seu § 3.º), substâncias entorpecentes (Decreto-lei n.º 891, de 25.11.38, arts. 11, § 2.º, 12, parágrafo único, e 13), alimentos interditados (Decreto-lei n.º 209, de 27.2.67, art. 51), material irregularmente coletado por expedição científica (Decreto n.º 65.057, de 26.8.69, art. 11, §§ 1.º e 2.º), obras ou coleções raras, de valor histórico, artístico ou arqueológico, para fins de sua preservação (Lei n.º 5.471, de 9.7.68, art. 3.º, parágrafo único), obra literária do domínio público, editada irregularmente (Lei n.º 5.805, de 3.10.72, art. 5.º), além de outros casos; decretar a prisão administrativa de servidores, à vista de simples levantamento contábil, e

[1] Nascimento, Amauri Mascaro do. *O salário no direito do trabalho*, G. Ed. Itr., 1975. p. 252-5.

[2] Malberg, R. Carré de. *Contribution à la théorie général de l'Etat*. Paris, 1920. t. 1, p. 6-7; Basavilbaso, Benjamin Villegas. *Derecho administrativo*. Buenos Aires, 1950. v. 2, p. 222-42.

apreender-lhes os bens (Decreto-lei n.º 3.415, de 10.7.41, arts. 1.º e 2.º), praticar, enfim, várias outras medidas coercitivas, que importam restrição à propriedade ou a direitos pessoais.

Mas não poderia, conforme se pretende, mesmo em procedimento regular, previsto em lei, fazer o que o direito do trabalho permite a um empresário, sem procedimento formal algum: apurar o prejuízo sofrido em razão de ato danoso praticado por servidor público, ainda que para mandar cobrá-lo judicialmente!

4. *A responsabilidade civil do funcionário no respectivo estatuto*

Sucede, entretanto, que o vigente Estatuto dos Funcionários do Estado, repetindo, aliás, o anterior (Decreto-lei estadual n.º 123, de 28.10.41, arts. 218, 219, 220 e 222), é bem explícito na outorga de poderes à administração para apurar os danos que lhe causem, diretamente, os seus funcionários, a exemplo do que dispõe o Estatuto dos Funcionários da União (Lei n.º 1.711, de 28.10.52, arts. 196 e 197). Isto porque:

a) só há exigência expressa de ação judicial prévia para o caso de *dano a terceiro,* quando a Fazenda pretenda exigir do funcionário o *reembolso do que pagou à vítima* (art. 197, § 2.º), regra também consagrada na Lei federal n.º 4.619, de 28 de abril de 1965 (art. 1.º);

b) existem faltas disciplinares que têm como pressuposto necessário um *dano causado à administração,* do que é exemplo típico a do inciso VIII do art. 207 — "lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio público" — segundo a *Formulação n.º 55,* do Dasp (Formulações, Dasp, "Centro de Documentação e Informática", 1972, n.os 1 a 100, p. 289);

c) *o dano influi na gradação da penalidade disciplinar* (Estatuto, art. 202);

d) finalmente, há *autorização legal explícita de apuração em inquérito administrativo do dano decorrente de alcance ou malversação de dinheiros públicos* (art. 225, § 2.º).

5. *Competência da administração para apurar falta funcional constitutiva de delito*

Observe-se, ademais, que, mesmo quando a falta funcional decorre de *delito,* previsto na lei penal, pode a administração apurá-la, em procedimento admi-

nistrativo, para os fins da repressão disciplinar, sem estar obrigada a aguardar a decisão da Justiça, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.[3]

A mesma corte reconhece, assim, a "desnecessidade de condenação criminal para a punição prevista no art. 207, I, do estatuto", isto é, quando o funcionário é acusado de crime contra a administração.[4]

Ora, se não é necessária uma prévia decisão da justiça em tal hipótese, por que o seria para apuração do dano civil decorrente de falta funcional, de caráter delituoso ou meramente administrativo? Como negar à administração a simples faculdade de *imputar um débito* a funcionário seu, através de procedimento em que ele tenha tido oportunidade de se defender?

É preciso, com efeito, não confundir a imputação do débito, isto é, a declaração de ser o funcionário responsável pelo valor pecuniário do dano apurado na via administrativa, com o controle jurisdicional a que esse ato está sujeito, *a. posteriori.* A administração, como é evidente, não profere um julgamento inapelável.

6. *A prática administrativa*

A adoção do procedimento administrativo, em tais casos, constitui, na verdade, rotina de muitos anos na administração brasileira. Assim é que, já em 1943 (há 34 anos, portanto), a Secretaria da Presidência da República, através da *Circular n.º 9-43, de 14 de julho,* prescrevendo normas sobre a apuração das *responsabilidades dos servidores públicos federais,* determinava a instauração de *inquérito administrativo* para a apuração de *prejuízos causados à Fazenda Nacional* em decorrência de: a) ato doloso; b) sonegação de valores ou objetos confiados à guarda do servidor ou sob sua responsabilidade, ou dos quais não prestasse contas, nos prazos devidos; c) espoliação, subtração ou desvio de valores.[5]

Como o estatuto então em vigor (Decreto-lei n.º 1.713, de 28.10.39) só exigia procedimento administrativo para a pena de demissão (art. 246, parágrafo único), cabível em todos os casos enumerados (art. 239, II e VI), a circular deixava de recomendar essa formalidade para a apuração dos danos ou prejuízos meramente culposos (causados por ignorância, frouxidão, indolência, negligência ou omissão) pelos quais ao servidor podia ser imposta pena de advertência, repreensão, multa ou destituição de função, "indepen-

[3] Plenário, ac. de 31.8.66, RMS n.º 16.404, rel. Min. Luiz Gallotti. *Revista de Direito Administrativo, 91*:89.
[4] 1.ª Turma, ac. de 7.6.77, RE 85.191. *Diário da Justiça,* de 1.7.77, p. 4.464.
[5] Item I, alíneas *a* a *c*; Sobrinho, Eduardo P. Pessoa. *Manual dos Servidores do Estado.* 12. ed. s.d. v. 2, p. 1.045.

dentemente da reposição ou indenização" (*sic*) a que estivesse obrigado (item II).

7. *A jurisprudência dos tribunais*

Essa orientação nunca suscitou qualquer dúvida nos tribunais, não se encontrando, sequer, decisões que abordem diretamente o assunto. Não é possível citar-se um só julgado em sentido contrário. Incontáveis são, porém, os que têm validado punições disciplinares de servidores públicos em razão de atos danosos apurados em inquéritos administrativos e, até, por outros meios mais sumários. Eis alguns exemplos:

a) Tribunal Federal de Recursos (2.ª Turma): acórdão unânime de 7 de agosto de 1953, na Apelação Cível n.º 4.572, rel. o Min. Henrique D'Ávila, provendo recurso da União para manter ato que, com base em laudos periciais, impusera a servidor pena de repreensão, cumulada com a obrigação de indenizar a Fazenda da quantia de Cr$ 27.284,80, valor dos danos causados a veículo oficial, a ser descontada em folha.[6]

b) Tribunal de Justiça de São Paulo (Plenário): acórdão unânime de 25 de outubro de 1972, no Mandado de Segurança n.º 213.375, rel. o Des. Young da Costa Manso, a propósito de alcance apurado em procedimento administrativo, ressaltando o acórdão, quanto à apuração do dano na esfera administrativa, que *"também se aplica à responsabilidade administrativa a regra do art. 1.525 do Código Civil, segundo a qual a responsabilidade civil é independente da criminal"*.[7]

c) Supremo Tribunal Federal (Plenário): acórdão unânime de 2 de março de 1966, no Mandado de Segurança n.º 15.166, rel. o Min. Luiz Gallotti, também a propósito de alcance, apurado na via administrativa e não reconhecido no juízo penal.[8]

Não importa o fato de, em sua maioria, tais decisões tratarem de danos conseqüentes a alcance ou malversação de dinheiros públicos, já que a tese contrária não admite ressalva: nenhuma responsabilidade funcional de caráter civil (e desse caráter é a que decorre de apropriação de bens ou valores públicos) poderia ser apurada no juízo administrativo.

[6] *Revista de Direito Administrativo.* 38:107.

[7] Cf. Machado, Henrique Augusto. *Dez anos de jurisprudência — Plenário — Seção Civil.* 1. ed. 1974. v. 1, p. 414-6.

[8] *Revista de Direito Administrativo.* 86:145-7; no mesmo sentido, ainda do Plenário, acórdão unânime de 1.º de setembro de 1971, ERE n.º 67.837, rel. o Min. Adalício Nogueira. *Revista Trimestral de Jurisprudência.* 59:776-9.

Os tribunais, por sinal, só se têm preocupado em examinar o reflexo da decisão penal sobre a decisão administrativa, precisamente por ser este, até agora, o único aspecto que lhes tem sido submetido pelas partes.

8. *A doutrina brasileira*

Na doutrina brasileira, igualmente, a opinião dominante é favorável à apuração administrativa do dano funcional direto, com a única ressalva, por parte de alguns autores, observada, aliás, no caso em exame, de que o desconto em folha só deve ser admitido contra os que procedem com má-fé, especialmente quando responsáveis pela guarda de bens e valores, preferindo-se, nos demais casos, a cobrança por via judicial.

Assim, Egberto Maia Luz, professor universitário e procurador do Estado de São Paulo, ex-membro de comissões permanentes de inquérito do Governo desse estado, é partidário da ressalva atrás apontada, mas observa, quanto à apuração do dano:

"*O processo administrativo disciplinar tem sempre a faculdade de demonstrar a procedência da autoria e, com ela, fixar devidamente a responsabilidade* que, em determinados eventos, pode ser cometida, concorrentemente, a terceiros e, então, nesta hipótese, o danc deve sofrer reparo proporcional."[9] (grifos nossos).

Dessa opinião também participa Carlos S. de Barros Júnior, professor de direito administrativo da Universidade de São Paulo, conforme parecer de 8 de outubro de 1963, emitido como procurador-geral da Fazenda Pública junto ao Tribunal de Contas do mesmo Estado. Distingue ele, inicialmente. entre a *responsabilidade contábil,* suscetível de efeitos civis, e a *responsabilidade civil lato sensu,* decorrente de dolo ou culpa do servidor. A primeira, restrita aos responsáveis pela guarda de bens ou valores, tem o seu controle jurisdicional afeto ao Tribunal de Contas; a segunda, que pode ser *interna* ou *externa,* torna-se *efetiva* (*sic*) perante a justiça comum.[10] Ora, em primeiro lugar, o julgamento pelo Tribunal de Contas não exclui a verificação preliminar da falta na via administrativa, como admite o Tribunal de Contas da União (veja item 14, adiante); em segundo lugar, a expressão "tornar efetiva", usada pelo autor, no caso da responsabilidade civil *interna,* que é a decorrente de dano direto do funcionário à administração, significa a *concretização do ressarcimento,* esta, sim, dependente de ação judicial, mas também não

[9] *Direito Administrativo Disciplinar.* 1. ed. 1977. p. 238.
[10] *Revista de Direito Administrativo.* 76:466-72.

excludente da apuração interna do dano, passível de ulterior controle pelo Judiciário.

O caráter *interno* da responsabilidade de funcionário por dano direto é também reconhecido pelo Prof. Alcino de Paula Salazar, antigo catedrático de direito administrativo da Faculdade Nacional de Direito. Diz ele, em estudo específico sobre o tema:

"O dever de reparação pode ocorrer, pois, para com a Fazenda, e é o caso da responsabilidade *interna,* segundo uma denominação corrente; ou em relação a terceiros, sendo então *externa*".[11] (Grifos do original).

O Prof. Ruy Cirne Lima, catedrático da mesma disciplina na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, assim se pronuncia:

"IV. Diversamente do que acontece à pena criminal, *cumulam-se, de regra. na pena administrativa, punição e reparação,* salvo quando a responsabilidade, pelo dano, exorbita dos lindes da responsabilidade fora do contrato. São as sanções administrativas, por esse traço, assemelháveis às penas, que no Direito Canônico vêm cominadas pelas "leges mere poenales", das quais um dos sinais distintivos é a quantidade da pena com a qual a reparação se cumula à punição propriamente dita".[12] (grifos nossos).

Como se vê, o autor chega a conceituar a reparação do dano como pena ou sanção administrativa, ao lado da pena disciplinar propriamente dita.

Finalmente, o saudoso J. Guimarães Menegale, ex-professor de direito administrativo e autorizado comentador do Estatuto dos Funcionários da União, admite sem ressalvas a apuração administrativa do dano direto, nestes termos:

"502. *Pelo prejuízo, pode a Fazenda Nacional agir, administrativamente, contra o responsável, mediante processo, findo o qual lhe imporá a pena de reparação do material ou da importância que ficou a dever.* Pode, mais, se o prejuízo adveio de prejuízo a terceiro — responsabilidade externa da administração, que lhe cobrou a reparação em Juízo, voltar-se em ação própria — ação regressiva — contra o preposto originariamente responsável, desde que o lesado não o haja incluído na citação à Fazenda Nacional.

503. A indenização do prejuízo causado à Fazenda Nacional far-se-á por desconto, em prestações mensais, na base da décima parte do vencimento ou remuneração do cargo".[13] (grifos nossos).

[11] Salazar, Alcino de Paula. Responsabilidade do funcionário público. *Revista de Direito Administrativo. 4*:35-47, especialmente 46.

[12] Lima, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo.* 1964. p. 217.

[13] Menegale, J. Guimarães. *O Estatuto dos funcionários.* Forense, 1. ed. 1962. v. 2, p. 568.

Vários outros autores tratam do assunto em termos gerais, silenciando quanto à possibilidade ou não de apuração administrativa do dano funcional direto, mas, ao mesmo tempo, só mencionando a necessidade de ação judicial prévia para o caso de ressarcimento regressivo, quando o dano foi causado a terceiro.[14]

Por sua vez, o Prof. Francisco Campos, no parecer invocado contra a tese aqui defendida, só examina o reflexo da sentença penal sobre a pena disciplinar imposta em razão de fato delituoso, bem como a responsabilidade civil (art. 1.525 do Código Civil), sem contestar, explícita ou implicitamente, a competência administrativa para apurar, por seus próprios meios, o dano causado pelo funcionário à própria administração.[15]

Com respeito a A. A. Contreiras de Carvalho, também comentador do Estatuto dos Funcionários da União, suas observações a propósito do art. 197 desse texto, que trata da responsabilidade civil do funcionário, não vão além de uma referência à ação regressiva: nada esclarecem sobre o modo de apuração da responsabilidade direta.[16] Há, porém, uma afirmação do autor, que se pretende ser um subsídio para os que negam a competência administrativa, ou seja, "na apuração da *responsabilidade administrativa não cabe indagar se houve, ou não, dano patrimonial,* fundamento da responsabilidade civil."[37] (grifos nossos). Nada mais infundado, *data venia,* e o próprio autor se encarrega de demonstrá-lo, no comentário ao art. 202, *verbis:*

"O artigo encerra uma recomendação, que dirige à autoridade competente para aplicar a penalidade: *a pena será imposta, levando-se em consideração* a natureza e a gravidade da falta, *bem como os danos que dela provierem para o serviço público*".[18] (grifos nossos).

14 Estão nesse caso Cavalcanti, Themistocles. *O funcionário público e o seu regime jurídico.* 1958. t. 2, p. 241-3; Masagão, Mário. *Curso de direito administrativo.* 3. ed. s.d. n.ºs 415 e 416, p. 254; Simas, Henrique de Carvalho. *Manual elementar de direito administrativo.* s.d. n.ºs 772 a 774, p. 517; Pontes, Walmir. *Programa de direito administrativo.* 2. ed. 1968. p. 200-1; Pondé, Lafayette. A Responsabilidade civil dos funcionários públicos. *Revista de Direito Administrativo,* 35:12-27, especialmente a 13, onde distingue a responsabilidade primária ou direta e a regressiva ou indireta; Couto, Aníbal de Melo. Da responsabilidade do servidor público. *Revista de Direito Administrativo.* 37:509-16, que analisa o princípio da independência das jurisdições apenas quanto aos limites do controle jurisdicional sobre a pena disciplinar e aos efeitos da sentença criminal sobre essa pena, deixando de lado a questão do controle jurisdicional sobre a responsabilidade civil do funcionário.

15 *Revista de Direito Administrativo, 48*:519-31.

16 Carvalho, A.A. Contreiras de. *Estatuto dos funcionários públicos interpretado.* 1955. v. 2, p. 115-26.

17 Id. ibid. p. 129.

18 Id. ibid. p. 135.

Do mesmo modo, no comentário ao inciso VIII do art. 207, relativo à falta disciplinar consistente em "lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio público", observa o autor:

"A lesão consiste no *prejuízo*, no *dano* causado aos cofres da Nação, ao Tesouro Nacional, enfim. (grifos nossos).

. . . . . .

O conceito de *lesão* ou de lapidação supõe *dano efetivo*, atual, como dissemos."[19] (Os dois últimos grifos são do original).

Como apurar esse dano, senão no procedimento administrativo?

Dos autores nacionais referidos no item 1, somente os Profs. Hely Lopes Meirelles e Diogo de Figueiredo Moreira Neto se mostram, pelo menos aparentemente, partidários do entendimento de que a responsabilidade do funcionário para com a administração se apura no juízo cível.[20]

Entretanto, o primeiro, ao tratar da responsabilidade disciplinar (também chamada administrativa), objeto do procedimento administrativo, admite que "a *punição interna, autônoma que é, pode ser aplicada ao funcionário antes do julgamento judicial do mesmo fato*".[21] (grifos nossos). Quer dizer: mesmo quando a falta funcional consiste em *crime*, a definição deste, para fins disciplinares, é, em princípio, da competência da administração. Por que, então, como se perguntou no item 5, não admitir igual competência para a apuração do *dano civil*, de repercussão menos grave do que a imputação de crime?

Ainda o mesmo autor admite que as três responsabilidades (administrativa, civil e penal) "poder ser *apuradas conjunta ou separademente*."[22] (grifos nossos). Pergunta-se: como apurar *conjuntamente* as responsabilidades administrativa (ou disciplinar) e civil, a não ser no procedimento administrativo, se, quanto à primeira, proclama o referido autor a *autonomia da instância administrativa?*

O Prof. Diogo de Figueiredo limita-se a afirmar que "a responsabilização civil caberá ao Poder Judiciário, sem exceção".[23] Mas, *responsabilização* não teria, aí, o significado de *efetivação*, naquele sentido *executório* a que alude o autor quando trata, na mesma passagem, da "responsabilização administrativa", sem excluir a prévia apuração interna?

19 Id. ibid. p. 159.
20 Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 2. ed. 1966. p. 418; Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. 1974. n.º 89, p. 241.
21 Meirelles. *Direito administrativo*... cit. p. 41.
22 Id. ibid. p. 419.
23 Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito*... cit.

9. *A orientação do Tribunal de Contas*

O próprio Tribunal de Contas da União, instância jurisdicional privativa (tanto quanto os dos estados, quanto aos servidores estaduais e, em alguns casos, também municipais) em matéria de responsabilidade civil dos que têm a guarda de bens e valores públicos (Constituição Federal, art. 70, §§ 1.º e 4.º), não exclui, em tal caso, a investigação preliminar do Poder Executivo. Diz a sua Súmula n.º 86:

"No exame e julgamento das tomadas e prestações de contas de responsáveis por bens e dinheiros públicos, quando se verificar qualquer omissão, desfalque, desvio ou outra qualquer irregularidade *de que resulte prejuízo para a Fazenda Pública,* levar-se-á em linha de conta, como elemento subsidiário, o *inquérito administrativo*".[24] (grifos nossos).

Como recusar igual valor a esse procedimento no caso de apuração de dano, também de caráter direto ou interno, praticado por servidores não sujeitos ao juízo de contas? Afinal, convém não esquecer que o procedimento disciplinar é um instrumento previsto na Constituição do País (art. 105, II), bem como que os atos e procedimentos da administração gozam, como já foi dito (item 3), das presunções de legalidade e de fé pública.[25]

Resta o exame dos autores estrangeiros supostamente contrários à competência administrativa. Ainda aqui, entretanto, chega-se a resultado oposto.

10. *O direito francês*

Os autores franceses Georges Vedel e Jean Rivero, da Universidade de Paris, mostram que, na França, o funcionário não é civilmente responsável, perante a administração, por *falta de serviço,* mas, apenas, por *falta pessoal,* isto é, falta de todo estranha ao serviço, ou que se caracteriza por um móvel pessoal (*faute intentionnelle*) ou por uma particular gravidade (*faute grave, ou lourde*), segundo critérios analisados por Douc Rasy, professor de direito administrativo em Phnom-Penh, capital do Camboja, em monografia especialmente dedicada ao assunto.[26] Nesse caso, também o particular, vítima do dano, pode agir diretamente contra o funcionário. O controle jurisdicional

[24] *Revista do tribunal de contas da União, 14*:454.
[25] Constituição Federal, art. 9.º, III; Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro,* cit. p. 164; Stassinopoulos, Michel. *Traité des actes administratifs.* Athènes, 1954. p. 33; Fiorini, Bartolomé. *Teoria del acto administrativo.* Buenos Aires, 1969. p. 89.
[26] Rasy, Douc. *Les frontières de la faute personnelle et de la faute de service en Droit administratif français.* Paris, 1963.

pertence à jurisdição administrativa, se é a administração quem reclama diretamente o ressarcimento, e à justiça civil, se quem o faz é o particular.[27]

Não esclarecem esses últimos autores se, antes da intervenção da jurisdição administrativa, pode a administração fazer internamente a apuração do dano. Mas, isto é tanto mais óbvio quanto ela pode fazê-lo quando pretende reembolsar-se, regressivamente, de dano pago a terceiro, segundo informa Jean Rivero:

"d) Du point de vue *procédural,* lorsque c'est l'Etat qui poursuit le remboursement, il utilise, contre ses agents, le procedé de la décision exécutoire, en prenant contre eux, soit un état exécutoire, soit un order de versement, qui les constitue débiteurs; ils peuvent toutefois faire opposition devant le juge administratif".[28] (Grifo do original).

Quer dizer: a administração não precisa ir a juízo para exigir o reembolso; o funcionário é que terá de fazê-lo, se pretender opor-se ao pagamento.

Mas, um estudo mais recente, de autoria do Prof. Jean-Claude Maestre, da Universidade de Aix-Marseille-III, esclarece que esse mesmo procedimento é observado no caso de dano direto. Diz ele:

"Enfin en troisième lieu, la collectivité publique, estimant que les agissements de son agent ont causé à son patrimoine un *préjudice direct,* lui réclame reparation. Et comme precédémment l'agent public peut soit obtempérer, soit saisir le juge (Hypothèses de l'arrêt Hospices civils du Puy, de l'arrêt Le Bouffant par exemple)."[29] (Os grifos não são do original).

E mais adiante:

"La troisième hypothèse est plus embarrassante: *celle du dommage porté directement au patrimoine administratif* (26). *La mise em jeu de la responsabilité du ou des coupables ne peut être faite que par la hiérarchie. On n'imagine pas d'autre procédure.*

. . . . . .

L'agent public garde naturellement la possibilité d'intenter un recours contre l'état exécutoire qui lui est adressé. Le contrôle du juge reste une précieuse garantie."[30] (Os grifos não são do original).

Aí está: a administração, na França, não precisa ir a juízo para reclamar indenização de seus funcionários, embora só a reclame por falta pessoal.

27 Vedel, Georges. *Droit...* cit. p. 314-8; Rivero, Jean. *Droit...* cit. n.ºs 296-7, p. 259-60.
28 Rivero. op. cit. p. 264, continuação do n.º 303.
29 Maestre, Jean-Claude. *La responsabilité civile des agents publics à l'égard des collectivités publiques doit-elle être abandonnée?,* em Mélanges offerts à Marcel Waline. Paris, 1974. t. 2, p. 578.
30 Maestre. op. cit. p. 592.

Nem à sua relação com o funcionário responsável, nesse caso, se aplica o direito civil, e sim o direito administrativo. A afirmação que se atribui a Jean Rivero, no sentido de que o agente responde pessoalmente, perante o juiz civil, segundo as regras do direito privado, diz respeito à *ação de iniciativa do particular, vítima do dano,* contra o agente público. *Quando a vítima é a administração,* diz o autor:

...c'est le droit administratif, non le droit civil qui s'applique, et c'est la juridiction administrative qui est compétente."[31] (Os grifos não são do original).

O direito francês, portanto, admite a apuração administrativa do dano direto, para o que, segundo Alain Plantey, "le gouvernement dispose d'un *procéde commode,* même en l'absence d'une loi espéciale", isto é, se há desvio de dinheiros públicos,

"*des ordres de reversement pourront être émis à l'encontre des bénéficiaires,* à concurrence des débours exposes par la collectivité publique à l'occasion de l'utilisation à des fins personnelles, d'une voiture de service, d'un transport officiel, de denrées réquisitionnées ou achetées pai l'Etat ou de tel service public."[32] (Os grifos não são do original).

11. *O direito italiano*

O exame do direito italiano não leva, também, a resultado diferente. Foi invocada, a propósito, passagem do Prof. Aldo Sanduli, da Universidade de Nápoles, no sentido de que as responsabilidades civil, penal e administrativa atuam em esferas diferentes, sendo a primeira na esfera patrimonial, a segunda sobre a posição do agente na sociedade e a terceira sobre a especial posição do agente na esfera administrativa.[33] Mas, como é evidente, daí não resulta a negação da competência administrativa para a apuração da responsabilidade civil. O que se constata, nesse particular, é que o sistema da Itália é, realmente, diferente do nosso, como assinalei no meu citado parecer (item 22), porque: a) sua organização jurisdicional divide-se em justiça ordinária (civil e penal) e justiça administrativa, esta compreendendo o Conselho de Estado e a Corte de Contas, ao passo que, entre nós, vigora o sistema da unidade de jurisdição, concentrada no Poder Judiciário (Constituição Federal, art. 6.° e 112), já que ainda não foi implantado o contencioso administrativo (art. 111, redação da Emenda Constitucional n.° 7, de 13.4.77);

[31] Rivero. op. cit. p. 297, 260.
[32] Plantey, Alain. *Traité pratique de la fonction publique.* Paris, 1956, n.° 1.113, p. 387.
[33] Sanduli, Aldo. *Manuale di diritto amministrativo.* 9. ed. Napoli, 1966. n.° 75, p. 177.

b) a responsabilidade civil dos funcionários da Administração Central está sujeita, em todos os casos, ao controle jurisdicional da Corte de Contas, a qual, no Brasil, somente julga as "contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos" (Constituição Federal, art. 70, § 1.º, parte final);

c) no caso de administradores e funcionários de Comunas, Províncias, Consórcios Regionais e instituições vinculadas a esses entes, tal responsabilidade é apurada pela Junta Provincial Administrativa, "em via administrativa", segundo Guido Landi e Giuseppe Potenza,[34] órgão inexistente em nossa estrutura administrativa, mas exercendo, nessa parte, função própria de nossas autoridades executivas.

É lícito supor, contudo, que o cotrole exercido pela Corte de Contas, no sistema italiano, não exclui a intervenção preliminar da autoridade administrativa, como instância de primeiro grau, para apurar a responsabilidade civil do funcionário, sobre a qual aquela corte se pronunciará como instância final. É pelo menos o que ocorre entre nós, quanto aos responsáveis por bens e valores públicos (item 9).

12. *O direito argentino*

Finalmente, o direito argentino. Quanto a este, invocou-se, em favor da alegada incompetência administrativa, o art. 1.112 do Código Civil, anotado por Velez Sarsfield, e que estabelece o princípio da responsabilidade dos agentes do Estado pelo não cumprimento regular de suas obrigações, declarando-o disciplinado pelas normas civis.

Todavia, a doutrina do país vizinho, embora tenha como assento legal dessa responsabilidade a citada disposição do Código Civil, não deixa de reconhecer que ela se torna efetiva segundo as regras do Direito Público. É, por exemplo a observação de Benjamin Villegas Basavilbaso, autor de uma extensa e consagrada obra sobre Direito Administrativo:

"En esta materia, a diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad civil en el campo del derecho privado, *la administración ejerce un poder discrecional que le permite, al resolver sobre el quantum del dãno y los modos de su satisfacción, la aplicación de criterios de equidad teniendo en cuenta*

[34] Landi, Guido & Potenza, Giuseppe. *Manuale de diritto amministrativo*. 4. ed. Milano, 1971. p. 310-6; Sanduli, Aldo M. *Manuale*... cit. n.ºs 75, 91, 255 e 312, p. 177, 233, 635 e 778-8; Zanobini, Guido. *Corso di dirritto amministrativo*. 6. ed. Milano, 1958. v. 3, p. 312-4.

las circunstancias del hecho y los antecendentes del agente".[35] (Os grifos não são do original).

Do mesmo modo, manifesta-se o Professor Bartolomé A. Fiorini, das Faculdades de Ciências Jurídicas e Sociais de la Plata e Buenos Aires, para quem a *responsabilidade patrimonial* do agente público para com o Estado é parte de sua *responsabilidade administrativa,* ao lado da responsabilidade disciplinar, sendo a expressão *responsabilidade civil* restrita aos danos causados pelo agente a terceiros. Diz ele:

"La responsabilidad administrativa se distingue de la responsabilidad civil del agente porque aquélla se refiere a daños ocasionados a bienes de la administración pública, mientras que la segunda se refiere a los dãnos ocasionados por el agente a terceiros, es decir a los administrados. Ambas tienen objeto resarcitorio, pero se realizan por procedimientos y en ámbitos completamente distintos.

. . . . . .

La responsabilidad administrativa se desenvulve dentro del ámbito de la administración pública; por eso, adquiere caráter de cuestión previa administrativa, es decir que el Estado no puede accionar judicialmente contra el agente por los daños producidos sin la previa resolución administrativa."[36] (Os grifos não são do original).

Fica claro, pois, que o direito argentino não só admite como exige a intervenção prévia da autoridade administrativa para a apuração do dano que lhe é causado por agente público.[37]

13. *Os sistemas português, suíço e uruguaio*

Essa orientação não se restringe aos países acima referidos.

Tratando do procedimento disciplinar em Portugal, Marcelo Caetano informa que suas conclusões devem indicar, além da infração apurada e da pena aplicável, a "determinação das importâncias que se tenha provado serem devidas pelo argüido aos cofres públicos e que ele deva repor ou indenizar."[38]

[35] Basavilbaso, Benjamin Villegas. *Derecho Administrativo.* Buenos Aires, 1959. t. 3, p. 549.

[36] Fiorini, Bartolomé A. *Manual de derecho administrativo.* Buenos Aires, 1968, 1.ª parte, p. 622.

[37] Veja, ainda, Bielsa, Rafael. *Princípios de derecho administrativo.* 2. ed. Buenos Aires, 1948. p. 475.

[38] Caetano, Marcelo. *Manual de direito administrativo.* 1. ed. brasileira, 1970. t. 2, n.º 322, p. 790.

Na Suíça, Adré Grisel esclarece que, segundo o direito federal, em caso de dano direto "la Confédération n'a affaire qu'au fonctionnaire", ao passo que, quando se trata de dano por ele causado a terceiro, "elle (a Confederação) lui intentera une action recoursoire après avoir donné satisfaction au tiers."[39] Parece lícito concluir, assim, que a ação judicial só é exigida no caso de dano indireto.

No direito uruguaio, segundo Enrique Sayagués Laso, já antes da Constituição de 1934 a jurisprudência reconhecia à administração a faculdade de descontar, do vencimento do funcionário, indenização paga a terceiro.[40] Por melhores razões, cabível será esse desconto no caso de dano direto, apurado com a audiência do responsável.

14. *Razões da necessidade de ação judicial nos demais casos de responsabilidade civil do funcionário*

Nas hipóteses indicadas nas letras *a* a *c* do item 1, a necessidade de ação judicial resulta de exigência expressa das normas ali referidas. E assim ocorre porque:

a) no caso de dano indireto, o fato a apurar não constitui assunto administrativo interno e, além disso, o funcionário responsável não participa do processo de apuração do dano, que pode, inclusive, ser reconhecido voluntariamente pela Administração.[41]

b) no caso de enriquecimento ilícito, embora se trate de assunto interno, envolvendo a Administração e seus funcionários, a efetivação da responsabilidade depende de medidas, como o seqüestro e o perdimento de bens, que só a Justiça pode decretar.

c) no caso de abuso de autoridade, o agente, segundo o art. 9.° da Lei n.° 4.898/65, responde diretamente perante o lesado (solução, aliás, conflitante com o art. 107 e seu parágrafo único da Constituição Federal, em que a responsabilidade civil por atos de agentes públicos é, sempre, da pessoa jurídica, como já tive oportunidade de observar em trabalho publicado na *Revista da Procuradoria Geral do Estado.*[42]

39 Grisel, Adré. *Droit administratif suisse.* Neuchâtel, Suisse, 1970. p. 425.

40 Laso, Enrique Sayagués. *Traité de droit administratif.* ed. francesa, trad. Henry Puget. 1964. v. 1, n.° 199, p. 339-40, nota 1.

41 Laso. op. cit. n.° 435, p. 620; Fleiner, Fritz. *Les principes généraux du droit administratif allemand.* ed. francesa. trad. Charles Eisenmann, 1933. p. 177.

42 *Revista da Procuradoria-Geral do Estado,* RN, v. 1, 1.° sem. p. 20, 21.