

# DA LEGITIMIDADE DO AGENTE PÚBLICO PARA RESPONDER POR SEUS ATOS DANOSOS – ESTUDO DE DIREITO BRASILEIRO E COMPARADO

Eugênio Facchini Neto<sup>1</sup>

Sumário: 1 Introdução. 2 Colocação do tema: pode a ação de responsabilidade civil ser movida diretamente contra o agente público que causou os danos? Posições. 3 Legitimidade passiva do agente público. Argumentos. 3.1 Legitimidade passiva do agente público. Doutrina. 3.2 Legitimidade passiva do agente público. Jurisprudência. 4 Ilegitimidade passiva do agente público. Argumentos. 4.1 Ilegitimidade passiva do agente público. Doutrina. 4.2. Ilegitimidade passiva do agente público. Jurisprudência. 5 Direito Comparado. 6 Considerações finais. Referências bibliográficas.

## 1 INTRODUÇÃO



presente artigo versa sobre tema de interesse teórico e prático, sobre o qual não há preceito normativo claro e explícito. Trata-se de saber se a ação de reparação de danos causados por um agente público, que tenha agido com dolo ou com culpa, pode ser movida contra ele próprio, isolada ou conjuntamente com o ente público ao qual se integra, ou se, ao contrário, necessariamente referida ação indenizatória deva ser movida exclusivamente contra o ente público que, posteriormente, poderá agir

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito Comparado (Florença/Itália), Mestre em Direito Civil (USP). Licenciado em Estudos Sociais. Professor Titular dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUC/RS. Professor e ex-diretor da Escola Superior da Magistratura/AJURIS. Desembargador no TJ/RS.

regressivamente contra o agente que diretamente causou o dano.

As normas existentes não permitem uma interpretação unívoca. Pelo texto constitucional vigente, não há dúvidas de que referida ação pode ser movida contra o ente público (ou até mesmo contra pessoa jurídica de direito privado, prestadora de serviço público), já que este responde objetivamente pelos danos causados no desenrolar de um serviço público. Tampouco há dúvidas de que o ente público possa agir regressiva contra o funcionário diretamente causador do dano. A dúvida que remanesce é se, por opção da vítima, pode esta ajuizar a ação contra o agente diretamente causador do dano, quer isoladamente, quer em litisconsórcio facultativo com o ente público.

O tema divide a doutrina e a jurisprudência. A maioria dos autores, sejam administrativistas, sejam civilistas, defende a legitimidade passiva do agente público causador direto do dano (subentendendo-se ter ele agido com dolo ou culpa). Na jurisprudência, já predominou o mesmo entendimento. De pouco mais de uma década para cá, porém, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal tem se inclinado claramente no sentido da ilegitimidade passiva do funcionário (agente) público, ao contrário do entendimento predominante no Superior Tribunal de Justiça.

Ambas as correntes apresentam motivações razoáveis para seus posicionamentos, que serão analisados e cotejados.

O ensaio também aborda o estado da questão nos mais importantes países, seja na tradição jurídica romano-germânica, seja no sistema da *common law*.

Não é propósito deste artigo analisar todas as questões conexas ao tema, como o conceito de agente público (adotado pela Constituição de 1988, ampliando notavelmente a incidência da norma), o conceito de serviço público (mesmo prestado por pessoa jurídica de direito privado, nos termos da Constituição vigente), o alcance do art. 37, §6º, da Constituição Federal, nem tampouco algumas questões processuais, como o cabimento ou

não da denúncia da lide pelo ente público ao seu agente, dentre tantas outras questões interessantes e importantes que o tema comporta.

## 2 COLOCAÇÃO DO TEMA: PODE A AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL SER MOVIDA DIRETAMENTE CONTRA O AGENTE PÚBLICO QUE CAUSOU OS DANOS? POSIÇÕES.

Como dito, é incontroverso que o Estado (no sentido de ente público de qualquer esfera da federação, incluídas as autarquias e empresas públicas, bem como as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos) responde pelos danos causados por seus agentes públicos de qualquer natureza, em razão de atos praticados no exercício de suas funções ou por ocasião delas. E responde de forma objetiva, como pacificado há décadas em nosso Direito, inclusive com previsão constitucional (art. 37, §6º, da CF<sup>2</sup>).

Por outro lado, também é incontroverso que o Estado pode (e deve) agir regressivamente em face de seu agente público, caso tenha este causado o dano com dolo ou culpa, como igualmente está previsto no texto constitucional.

Não havendo dúvidas de que o ente público sempre terá legitimidade para responder pelos danos, resta saber, em resumo, se a ação reparatória deve necessariamente ser movida somente contra o ente público, ou se é possível acionar o ente público conjuntamente com o agente que diretamente causou o dano (solidariedade passiva), ou se é possível, ainda, acionar somente o direto causador do dano.

As duas últimas variáveis podem ser reconduzidas a ape-

---

<sup>2</sup> C.F., art. 37, § 6º - “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.”

nas uma. Admitido que o agente público tenha legitimidade passiva para responder por seus atos, resulta claro que ele pode ser acionado isoladamente ou conjuntamente com o ente público, já que não se discute a legitimidade passiva deste.

Há bons argumentos a sustentar uma e outra posição. A corrente que defende a possibilidade da responsabilização direta do agente causador do dano parte do argumento de que essa posição é a que melhor protege a vítima, que pode optar por acionar o Estado, sem ter de provar sua 'culpa' ou a culpa de seu agente, mas fica sujeita aos percalços de uma eventual execução contra a fazenda pública, com a expedição de precatório, etc. Mas pode também optar por responsabilizar diretamente o agente público causador do dano, sopesando a maior facilidade de executar a sentença (caso os valores em jogo não sejam elevados), mas com o ônus de provar a culpa, *lato sensu*, do agente.

Por outro lado, a corrente contrária interpreta o texto constitucional no sentido de que o agente público só pode responder regressivamente perante o Estado, jamais diretamente frente à vítima. Com isso, o interesse da vítima é garantido pela solvência do Estado e pela desnecessidade da prova da culpa, ao passo que o interesse do agente público também é preservado, no sentido de que ele só responderá, eventualmente, pela via de regresso, com a prova de sua culpa. Com isso teria mais tranquilidade e sossego para desempenhar suas funções, sem ter o receio de enfrentar ações judiciais.

Na sequência, irei analisar cada uma das correntes, expondo seus argumentos, com menção à doutrina e jurisprudência pertinentes.

### 3 LEGITIMIDADE PASSIVA DO AGENTE PÚBLICO. ARGUMENTOS.

Para enfrentar a questão da legitimidade ou não do agente público, sustenta essa corrente que se deve previamente

dar resposta a uma outra indagação: qual a *ratio* que está por trás da evolução da responsabilidade subjetiva dos agentes públicos que tivessem praticado um dano para a responsabilidade objetiva do Estado? Por que razão se deu tal passagem? Para favorecer os agentes públicos causadores diretos dos danos ou para favorecer a vítima? Sustenta-se que esta evolução se deu para favorecer a vítima, pois na hipótese de danos sofridos por ocasião da prestação de um serviço público, passaram elas a poder agir diretamente contra o Estado, sem ter que provar a culpa do funcionário, culpa essa que, muitas vezes, é difícil evidenciar.

De um ponto de vista mais amplo, toda a evolução da responsabilidade civil tem sido no sentido de se abandonar o enfoque sobre o agente causador do dano, passando-se a focar a vítima. Não se trata de impor uma pena a quem quer que seja, mas sim de se garantir que todo o dano injusto seja reparado.

Como já tive ocasião de escrever em sede doutrinária<sup>3</sup>, o foco atual da responsabilidade civil, pelo que se percebe da sua evolução histórica e tendências doutrinárias, tem sido no sentido de estar centrada cada vez mais no imperativo de reparar um dano do que na censura do seu responsável. Cabe ao direito penal preocupar-se com o agente, disciplinando os casos em que deva ser criminalmente responsabilizado. Ao direito civil, contrariamente, compete inquietar-se com a vítima<sup>4</sup>.

Por outro lado, tende-se a substituir a idéia de um débito ressarcitório derivado de um ato ilícito a cargo do sujeito responsável, pela noção de crédito a uma indenização a favor da

---

<sup>3</sup> Eugênio Facchini Neto, “Da responsabilidade civil no novo Código”, in SARLET, Ingo Wolfgang (org.), *O novo Código Civil e a Constituição*. 2ª. Ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2006, p. 175 e seg.

<sup>4</sup> Aliás, trata-se de lição antiga entre nós, se lembrarmos que Clóvis Bevilacqua já afirmava que “o direito penal vê, por trás do crime, o criminoso, e o considera um ente anti-social, que é preciso adaptar às condições da vida coletiva [...]; o direito civil vê, por trás do ato ilícito, não simplesmente o agente, mas, principalmente, a vítima, e vem em socorro dela, a fim de, tanto quanto lhe for permitido, restaurar o seu direito violado” – in *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Liv. Francisco Alves, 1976, 2ª ed., págs. 272/273.

vítima<sup>5</sup>. Trata-se de uma verdadeira inversão de perspectiva, com inúmeras consequências no âmbito da responsabilidade civil. Como diz Mario Bessone<sup>6</sup>, a tendência de atribuir à responsabilidade civil a função de assegurar uma tutela reparatória em todos os casos de danos sofridos por um sujeito, induziu a doutrina e a jurisprudência a submeter a uma revisão as categorias dogmáticas, velhas de séculos.

Do ponto de vista histórico, portanto, o ilícito civil procede do ilícito penal. Todo o progresso em termos de responsabilidade civil tem consistido em generalizar as regras desta, ao passo que ciência penal procura, cada vez mais, precisar claramente os elementos do delito penal.

Mudança profunda passou a sofrer a teoria da responsabilidade civil a partir do último quartel do século XIX, acentuando-se ao longo do século XX, em consequência dos fenômenos da industrialização, urbanização e massificação da sociedade. Com a disseminação do uso de máquinas no processo industrial e no cotidiano das pessoas, operou-se sensível modificação na orientação da doutrina e da jurisprudência para o tratamento das questões relativas à responsabilidade civil. “Surgiu então a necessidade de socorrer as vítimas”<sup>7</sup>.

Costuma-se dizer que “os partidários da culpa colocam-se como defensores das liberdades individuais e protetores das atividades necessárias à vida em sociedade, ao passo que os promotores do risco surgem como pioneiros da seguridade social”<sup>8</sup>, ou, ainda, que enquanto “a equidade engendrou a teoria do risco, é a moral que mantém a teoria da culpa”<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> De acordo com Guido Alpa, *Trattato di Diritto Civile*, vol. IV, *La responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 7.

<sup>6</sup> “Problemi attuali della responsabilità civile”, in: Francesco Macioce (org.), *La responsabilità civile nei sistemi di Common Law*, vol. I, *Profili generali*. Padova: Cedam, 1989, p. 21.

<sup>7</sup> Mazeaud & Mazeaud, *Leçons de droit civil*. Paris : Ed. Montchrestien, 1956, p. 302.

<sup>8</sup> Leon Husson, *Les Transformations de la Responsabilité*. Paris : P.U.F., 1947, p. 149.

<sup>9</sup> Arnold Wald, *Influence du droit français sur le droit brésilien dans le domaine de la Responsabilité civile*. Rio de Janeiro : Dep. de Imprensa Nacional, 1953, p. 12.

O fato é que a teoria da responsabilidade civil comporta tanto a culpa como o risco. Um como o outro devem ser encarados não propriamente como fundamentos da responsabilidade civil, mas sim como meros processos técnicos de que se pode lançar mão para assegurar às vítimas o direito à reparação dos danos injustamente sofridos. Onde a teoria subjetiva não puder explicar e basear o direito à indenização, deve-se socorrer da teoria objetiva. Isto porque, numa sociedade realmente justa, todo dano injusto deve ser reparado.

Destarte, o foco atual da responsabilidade civil, pelo que se percebe da sua evolução histórica e tendências doutrinárias, reside cada vez mais no imperativo de indenizar ou compensar um dano injustamente sofrido, abandonando-se a preocupação com a censura do seu responsável. Cabe ao direito penal preocupar-se com o agente, disciplinando os casos em que deve ser criminalmente responsabilizado. Ao direito civil, contrariamente, compete inquietar-se com a vítima. Como refere Karl Larenz:

“não se trata, como no direito penal, de reagir frente ao fato culpável, mas sim de levar a cabo uma justa distribuição dos danos: quem causa um dano a outrem por meio de um ato antijurídico, ainda que de modo apenas ‘objetivamente’ negligente, está mais sujeito a ter que suportar o dano do que aquele que diretamente o sofreu, sem ter contribuído para o evento”<sup>10</sup>.

Pois bem. A simples menção à linha evolutiva da responsabilidade civil permite intuir que a objetivação da responsabilidade do Estado vem ao encontro da proteção das vítimas de danos, e não como uma preocupação com a situação dos funcionários públicos. O exame do direito comparado confirma plenamente uma tal asserção, pois também em outros ordenamentos jurídicos uma tal evolução se deu em forma assemelhada.

Ora, a vítima de um dano causado por um funcionário público pode, assim, escolher entre a seguinte alternativa: 1) agir

---

<sup>10</sup> Karl Larenz, *Derecho Justo. Fundamentos de etica juridica*. Madrid: Ed. Civitas, 1990, pp. 118/119.

apenas e tão somente contra o Estado, beneficiando-se de sua presumida solvência e sem ter que provar a culpa do agente público. O inconveniente desta solução é que a vítima deverá se sujeitar aos problemas decorrentes de créditos contra a Fazenda Pública – desde o eventual duplo grau de jurisdição obrigatório (remessa necessária, no novo CPC, art. 496), até a questão da lentidão do sistema de pagamento via precatório; ou, 2), agir diretamente contra o funcionário público causador do dano. Nessa hipótese, terá a vantagem de não se sujeitar à remessa necessária, com dispensa de precatório. Em compensação, terá o ônus de provar a culpa do funcionário.

Destarte, cabe à vítima fazer sua opção, pesando os prós e os contras de cada alternativa, pois esta é aberta em seu favor, e não como um privilégio do agente público.

Sustenta-se, portanto, ser essa a solução mais consentânea com a história da responsabilidade civil e com seus princípios informadores.

Por outro lado, essa solução parece ostentar maior racionalidade e razoabilidade. Isso porque, assentado que o agente agiu com culpa – e só nesse caso seria possível agir diretamente contra ele – o Estado, caso tivesse que responder primeiramente à demanda, para só depois agir regressivamente contra o funcionário faltoso – o Estado, repetimos, teria que suportar um desnecessário custo. Isso porque teria que defender-se em juízo (e é caro, em termos de orçamento, o custo de uma procuradoria jurídica aparelhada para responder tais demandas, além do custo de cada processo) e posteriormente teria que empenhar verba orçamentária para indenizar a vítima, e só então agir regressivamente contra o funcionário. Além disso, teria de suportar os custos estruturais dessa nova demanda regressiva. Não se pode esquecer que o Estado é uma ficção, pois quem suporta TODAS as despesas públicas é o contribuinte, inclusive aquele que recebe um mísero salário mínimo, pois é com os tributos pagos por todos (especialmente, no caso dos Estados federativos, do

ICMS, embutido em todos os produtos, inclusive daqueles adquiridos pelas classes mais fragilizadas) que o Estado faz frente às suas obrigações.

Assim, em se tratando, por exemplo, de uma indenização de não elevado valor, é possível imaginar que o custo financeiro e administrativo da defesa do Estado – que recairá sobre o contribuinte – poderá ser até maior do que o valor final que será alcançado à vítima.

Por outro lado, o argumento de que uma tal solução inviabilizaria o serviço público, pois os funcionários passariam o tempo todo respondendo a demandas judiciais, prova demais. Em primeiro lugar porque é remota a hipótese de que o mesmo funcionário venha a causar culposamente danos, de forma frequente ou reiterada. E se o fizer, convenhamos, é melhor mesmo que isso venha à tona e que ele seja afastado do serviço público ou que venha a responder economicamente pelos seus desastrosos atos. E em segundo lugar, tal posicionamento (de que ele só devesse responder pela via regressiva) não o isentaria de se defender de ações judiciais, pois o Estado não só pode como deve agir regressivamente contra o funcionário que culposamente tenha causado danos a um cidadão, seja em ação própria, seja mediante denúncia da lide, admitida por parcela da jurisprudência dos tribunais superiores (embora haja divergências doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do cabimento/conveniência da denúncia da lide).

Não impressiona, tampouco, *data venia*, o argumento *ad terrorem* suscitado por parte da doutrina, invocando a situação dos agentes políticos – prefeitos, governadores, etc -, referindo que os mesmos não mais poderiam ter a tranquilidade para trabalhar, pois frequentemente seriam réus em demandas judiciais. Do ponto de vista empírico, uma tal preocupação não se sustenta, uma vez que são excepcionais ações por atos CULPOSOS de agentes políticos. Muitas vezes pode haver a responsabilidade do Estado por atos *lícitos* praticados pelos mesmos, em razão do

princípio da igualdade de todos os cidadãos perante ônus e encargos sociais, como é sabido. Mas, nesse caso, a responsabilidade é exclusiva do Ente Público, jamais do agente, nem mesmo regressivamente.

Restaria saber se essa solução, que ostenta grande racionalidade, seria compatível com a dicção do art. 37, §6º, da Constituição Federal. Cremos que sim. Estabelece o referido dispositivo constitucional:

Art. 37. *omissis*

§6º. 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.

Da dicção fria da parte final do referido texto não se extrai que a ação necessariamente deva ser movida apenas e exclusivamente contra a pessoa jurídica de direito público. Aliás, pela redação do dispositivo, tal solução também abrangeria as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, o que impediria, por exemplo, que alguém agisse contra um empregado de uma concessionária de serviço público – caso nisso tivesse interesse –, abrindo mão da possibilidade de agir também contra seu empregador.

O que o referido dispositivo constitucional simplesmente diz é que existe responsabilidade direta (e não indireta, como há muito assentado na doutrina) do ente público, ou da pessoa jurídica prestadora de serviço público, assegurando-se, em tal caso que é possível (na verdade, trata-se de um dever, não de um poder) o direito de regresso em face do agente público ou dos empregados das pessoas jurídicas de direito privado apenas e tão somente quando estes tiverem agido com dolo ou culpa.

Mas, aparentemente, em nenhum momento se está frontalmente a vedar a possibilidade de agir direta e exclusivamente contra o servidor público ou contra o empregado da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público.

Há uma forte corrente doutrinária que acolhe este posicionamento a respeito do tema, como se verá a seguir.

### 3.1 LEGITIMIDADE PASSIVA DO AGENTE PÚBLICO. DOUTRINA.

A esmagadora maioria dos doutrinadores, tanto os administrativistas, quanto os civilistas, entendem que o agente público pode ser acionado pessoalmente, isolada ou conjuntamente com o ente público, nas hipóteses em que tenha agido com dolo ou culpa.

Dentre os administrativistas que adotam este posicionamento, citamos, inicialmente, *Celso Antônio Bandeira de Mello*<sup>11</sup>. O jurista paulista, após citar a posição contrária de Hely L. Meirelles, refere que:

“Essa posição do ilustre autor [referindo-se a Hely] não nos convence. Entendemos que o art. 37, §6º, não tem caráter defensivo do funcionário perante terceiro.

A norma visa a proteger o administrado, oferecendo-lhe um patrimônio solvente e a possibilidade da responsabilidade objetiva em muitos casos. Daí não se segue que haja restringido sua possibilidade de proceder contra quem lhe causou dano. Sendo um dispositivo protetor do administrado, descabe extrair dele restrições ao lesado. A interpretação deve coincidir com o sentido para o qual caminha a norma, ao invés de sacar dela conclusões que caminham na direção inversa, benéfica apenas ao presumido autor do dano.

A seu turno, a parte final do §6º do art. 37, que prevê o regresso do Estado contra o agente responsável, volta-se à proteção do patrimônio público, ou da pessoa de Direito Privado prestadora de serviço público.

(...)

Então, parece-nos incensurável o ensinamento de *Oswaldo Aranha Bandeira de Mello*<sup>12</sup>, segundo quem a vítima pode propor ação de indenização contra o agente, contra o Estado, ou

---

<sup>11</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 815/816.

<sup>12</sup> Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*,

contra ambos, como responsáveis solidários, nos casos de dolo ou culpa.

Aliás, o STF tem reconhecido a possibilidade de propositura da ação contra o Estado e o agente conjuntamente (RE 90.071, RDA 142/93, e AI 106.483, RDA 162/236).”

No mesmo sentido orienta-se *Maria Sylvia Zanella di Pietro*<sup>13</sup>, como se vê do seguinte escólio:

“Em resumo:

1) quando se trata de ação fundada na culpa anônima do serviço ou apenas na responsabilidade objetiva decorrente do risco, a denúncia não cabe, porque o denunciante estaria incluindo novo fundamento na ação: a culpa ou dolo do funcionário, não arguida pelo autor;

2) quando se trata de ação fundada na responsabilidade objetiva do Estado, mas com arguição de culpa do agente público, a denúncia da lide é cabível como também é cabível o litisconsórcio facultativo (com a citação da pessoa jurídica e de seu agente) ou a propositura da ação diretamente contra o agente público”

*Marçal Justen Filho*<sup>14</sup>, professor titular da UFPR, igualmente refere que:

“Não há obstáculo a que o particular lesado promova a responsabilização civil do Estado concomitantemente com a do agente estatal. (.....) De todo modo, se o particular promover a ação para responsabilização apenas do Estado, caberá a este o dever-poder de promover a ação regressiva contra o agente estatal cuja conduta gerou a condenação. No âmbito federal, esse dever está disciplinado pela Lei 4.619/65”.

Também em idêntico sentido posicionou-se o publicista *Adilson Dallari*<sup>15</sup>, que refere que, se o administrado o quiser, poderá apenas e tão-somente acionar o funcionário, assinalando

---

II, p. 481 e 482.

<sup>13</sup> Maria Sylvia Zanella di Pietro. *Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Atlas, 2000, pág. 514.

<sup>14</sup> Marçal Justen Filho. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo : Saraiva, 2005, p. 812. No mesmo sentido posicionou-se ele em outro artigo doutrinário: “Responsabilidade do Estado”, in: Juarez Freitas (org.), *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo : Malheiros, 2006, p. 246.

<sup>15</sup> Adilson Dallari. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*. São Paulo: RT, 1976, p. 122.

que, no caso, a vítima teria o inconveniente de ter de provar a culpa do servidor, mas em compensação se livraria das notórias dificuldades da execução contra a Fazenda Pública: o particular tem o ônus da prova, mas vê facilitada a execução da sentença judicial.

Outro doutrinador que espousa o mesmo entendimento é *Diogenes Gasparini*, ao referir que a ação pode ser movida “contra a entidade responsável pelo prejuízo sofrido, contra seu agente causador direto do dano ou contra ambos”<sup>16</sup>.

*Weida Zancaner Brunini*<sup>17</sup> também adota idêntico entendimento.

Dentre os civilistas que sustentam a legitimação passiva do agente público inclui-se o magistrado do professor e desembargador (aposentado) paulista *Yussef Said Cahali*<sup>18</sup>, reconhecidamente um de nossos maiores especialistas em responsabilidade civil do Estado. Diz referido autor, após também citar a doutrina contrária de Hely Lopes Meirelles:

“Conquanto respeitável a fundamentação deduzida, não parece convincente a afirmação de que seja impossível o cúmulo subjetivo da ação, de modo a obstar ao seu exercício desde logo contra a Fazenda Pública e o servidor faltoso.

Com efeito, nada há na lei que o impeça; e mais, aquela fundamentação implica cerceamento de defesa tanto dos direitos do autor como da própria Fazenda Pública.

.....

De resto, qualquer dúvida que pudesse remanescer a respeito, escoimou-a o STF, em reiterados julgados, ao estabelecer em termos definitivos que o fato de a Constituição prever direito regressivo às pessoas jurídicas de direito público contra o funcionário responsável pelo dano não impede que este último seja

---

<sup>16</sup> GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1.121.

<sup>17</sup> Weida Zancaner Brunini. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: RT, 1981, p. 63.

<sup>18</sup> Yussef Said Cahali. *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 210 a 214. A mesma opinião foi mantida na 4ª edição, revista e atualizada, de sua obra, publicada em 2012 (pela RT), onde reitera as mesmas lições, às fls. 160, 161, 162 e 163.

acionado conjuntamente com aquelas, vez que a hipótese configura típico litisconsórcio facultativo”.

.....

Quanto à possibilidade que tem o ofendido de propor a ação apenas contra o funcionário faltoso, nenhuma contestação séria é deduzida em oposição à mesma, com inexpressiva jurisprudência contrária à possibilidade”.

.....

De qualquer forma, é tranquila e reiterada a jurisprudência do STF no sentido de que a responsabilidade objetiva do Estado pelos prejuízos causados por seus agentes não afasta o direito que tem o prejudicado de postular a necessária reparação diretamente do funcionário ou servidor que causou o dano.”

O magistério de *Rui Stoco*<sup>19</sup> não discrepa dessa orientação:

Como deixamos assentado anteriormente, nos casos em que os danos causados a terceiros comprometem ou empenham a responsabilidade do Estado por ato doloso ou culposo de seus servidores, aquele que tem legitimidade ativa *ad causam* pode ajuizar a ação contra o Estado e seu servidor, em litisconsórcio passivo facultativo; apenas contra o Estado, ou apenas contra o servidor (...).

Em idêntico sentido posiciona-se *Arnaldo Rizzardo*<sup>20</sup>:

“Desde que a responsabilidade decorra da culpa, é natural que se deixe à livre escolha de quem está revestido de legitimidade ativa decidir contra quem ingressará com a ação de ressarcimento de danos. Realmente, se os danos causados a terceiros pelos agentes do Estado decorrem de ato doloso ou culposo, facultya-se ao lesado acionar unicamente o Estado, ou o Estado e o servidor em litisconsórcio passivo, ou apenas o servidor. (...) Não encontra respaldo na lei, e jamais encontrou, mesmo sob a égide do Código Civil revogado, a inteligência da restrição da legitimidade passiva unicamente contra o ente público. (...) Se à parte lesada interessa mais dirigir-se contra o servidor, cumpre se respeite essa posição”.

---

<sup>19</sup> STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1132.

<sup>20</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 391.

*Tarcisio Carvalho Neto*<sup>21</sup>, assim se posiciona sobre o tema:

“Não se pode conceber que o administrado lesado só possa acionar o Estado, nunca o servidor. Oferecendo um patrimônio solvente, o texto constitucional não o proíbe de optar por acionar diretamente o Estado, ou o servidor, ou a ambos de uma só vez. É a posição do Supremo Tribunal Federal, para reconhecer a possibilidade de propositura da ação de indenização contra o Estado e o agente, conjuntamente (STF, RE 90.071, *in RDA* 142/93; STF, AI 106.483, *in RDA* 162/236). Há manifestação jurisprudencial no sentido de poder o lesado acionar diretamente o servidor (STF, EDRE 105.157, *in RTJ* 118/1097).”

Constata-se, portanto, que respeitável círculo de doutrinadores de escol defende a possibilidade de se agir diretamente contra o funcionário faltoso, se assim o desejar a vítima, maior interessada na questão. Cabe a ela optar, de acordo com suas conveniências, contra quem agir, se apenas contra o Estado, se apenas contra o agente faltoso ou se contra ambos.

Também esse entendimento já foi predominante na jurisprudência, embora na última década o posicionamento contrário passou a prevalecer junto ao STF, como veremos na sequência.

### 3.2 LEGITIMIDADE PASSIVA DO AGENTE PÚBLICO. JURISPRUDÊNCIA.

Na jurisprudência, encontramos vários precedentes do STF e de outros tribunais no sentido da legitimidade passiva do agente público, para responder pelos danos por ele direta e culposamente causados, quer isoladamente, quer solidariamente com o ente público ao qual esteja vinculado.

Podem ser citados, a respeito, os seguintes acórdãos: *STF, Pleno*, 18.6.80, publicado na *RTJ* 96/237, *RT* 544/260, *RDA* 142/93; *RTJ* 120/559, *RSTF* 102/17, e *RT* 618/205 ; *STF, 1ª T*, 26.11.85, publicado na *RT* 604/253, e 6.12.85, publicado

---

<sup>21</sup> CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira de. *Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 158.

na *Revista da Ajuris* 36/100; 4.12.79, publicado na *RT* 538/275; *RTJ* 115/1.383, *RTJ* 115/1.383.

Na jurisprudência dos tribunais inferiores, citam-se: TJSC, 1ª C, 5.8.86, *Jurispr. Catarinense* 53/132, e *Jurispr. Catarinense* 39/236; TJSP, 2ª C, AI 155.528-1, 22.11.91; TJSP 4ª C, Ap 30.530-1, 26.5.83; TJSP, 2ª C, *RJTJSP* 112/199; TJRS, 4ª CC, relator Des. Nelson Oscar de Souza, *RJTJRS* 102/305, TJRS, 1ª CC, *RJTJRS* 114/323; TJDF, 2ª C, *Rev. Doutrina e Jurisprudência* 20/170, 22/204, dentre outros.

Por ser mais exaustivo e emblemático, cita-se parte do voto proferido pelo eminente *Min. Moreira Alves*, esposando idêntico entendimento (STF, 2ª T, 22.3.83, publicado na *RTJ*, 106/1.182, na *RJSTF* 55/230 e na *RT* 593/285):

“Conheço do recurso extraordinário (...), mas lhe nego provimento, com base nos precedentes desta Corte. Com efeito, já o acórdão recorrido se baseou no RE 77.169, da 1ª Turma, em que se decidiu que... “a responsabilidade objetiva do Estado pelos prejuízos causados por seus agentes não afasta o direito que tem o prejudicado de postular a necessária reparação diretamente do funcionário que causou o dano, ou, então, do seu superior que se mostrou omissivo ao cumprir o dever de vigiá-lo, concorrendo, assim, culposamente, para o fato danoso”. Essa fundamentação foi reafirmada, em 18.6.80, pelo Plenário deste Tribunal, ao julgar o RE 90.071 (*RT* 544/260), onde se decidiu que o art. 107 da Constituição (equivalente ao art. 37, §6º, da CF/88) ‘visa à proteção do lesado. Propondo ação apenas contra a Administração, compete-lhe provar apenas a materialidade do fato e o nexo de causalidade, isto é, que do ato praticado pelo funcionário lhe adveio dano. Nada mais. Se dirigir o pleito contra o funcionário, terá de demonstrar também a culpa ou dolo do autor do dano. E a interpretação do dispositivo constitucional, no sentido de permitir, facultativamente, admissibilidade da ação também contra o funcionário, autor do dano, sobre não acarretar nenhum prejuízo, quer à Administração, seja ao funcionário, mas se coaduna com os princípios que disciplinam a matéria. (...) Essa é a orientação que se afigura correta, e sua fundamentação demonstra que o disposto no art. 107 da Constituição não impede que a vítima promova ação

direta contra o funcionário com base na responsabilidade subjetiva prevista no art. 159 do CC (equivalente ao art. 186 do NCC). Com efeito, o preceito constitucional, ao distinguir a responsabilidade civil do Estado como objetiva e a do funcionário como subjetiva, dando àquele ação regressiva contra este, visou, apenas, a facilitar a composição do dano à vítima, que pode acionar o Estado independentemente de culpa do funcionário, não tendo, portanto, em mira impedir ação direta contra este, se se preferir arcar com os ônus da demonstração de culpa do servidor, para afastar os percalços da execução contra o Estado. “

Em julgamento relativamente recente, por unanimidade, o STJ proferiu decisão em consonância com o entendimento acima:

*RESPONSABILIDADE CIVIL. SENTENÇA PUBLICADA ERRONEAMENTE. CONDENAÇÃO DO ESTADO A MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INFORMAÇÃO EQUIVOCADA.*

*AÇÃO INDENIZATÓRIA AJUIZADA EM FACE DA SERVENTUÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. DANO MORAL. PROCURADOR DO ESTADO. INEXISTÊNCIA. MERO DISSABOR. APLICAÇÃO, ADEMAIS, DO PRINCÍPIO DO DUTY TO MITIGATE THE LOSS. BOA-FÉ OBJETIVA. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO DANO.*

1. O art. 37, § 6º, da CF/1988 prevê uma garantia para o administrado de buscar a recomposição dos danos sofridos diretamente da pessoa jurídica que, em princípio, é mais solvente que o servidor, independentemente de demonstração de culpa do agente público. Vale dizer, a Constituição, nesse particular, simplesmente impõe ônus maior ao Estado decorrente do risco administrativo; não prevê, porém, uma demanda de curso forçado em face da Administração Pública quando o particular livremente dispõe do bônus contraposto. Tampouco confere ao agente público imunidade de não ser demandado diretamente por seus atos, o qual, aliás, se ficar comprovado dolo ou culpa, responderá de outra forma, em regresso, perante a Administração.

2. Assim, há de se franquear ao particular a possibilidade de ajuizar a ação diretamente contra o servidor, suposto causador do dano, contra o Estado ou contra ambos, se assim dese-

*jar. A avaliação quanto ao ajuizamento da ação contra o servidor público ou contra o Estado deve ser decisão do suposto lesado. Se, por um lado, o particular abre mão do sistema de responsabilidade objetiva do Estado, por outro também não se sujeita ao regime de precatórios. Doutrina e precedentes do STF e do STJ.*

(...)

*5. Recurso especial não provido.*

*(REsp 1325862/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 05/09/2013, DJe 10/12/2013)*

No bojo desse julgamento, o eminente Relator assim se manifestou sobre o ponto:

“Na verdade, a jurisprudência do Supremo sempre foi linear em admitir a ação direta do lesado em face do servidor público.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente, de relatoria do eminente Ministro Octávio Gallotti, embora proferido com base na Carta Republicana revogada:

DANO, PURAMENTE MORAL, INDENIZAVEL. DIREITO DE OPÇÃO, PELO LESADO, ENTRE A AÇÃO CONTRA O ESTADO E A AÇÃO DIRETA, PROPOSTA AO SERVIDOR (CONSTITUIÇÃO ART. 167) (*sic*). PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DE QUE NÃO SE CONHECE (RE 105157, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 20/09/1985, DJ 18-10-1985).

Colhem-se do voto condutor do julgado acima os seguintes fundamentos:

O fato de a Constituição garantir o direito de uma ação, em que a prova de culpa é dispensável e o pagamento assegurado pelas forças do erário, não priva o lesado da opção de agir diretamente contra o funcionário, culpado e solvável, em busca de um procedimento mais expedito de execução.

Ao servidor público, nenhum interesse legítimo se lhe atinge, porquanto estaria sujeito, de outro modo, a suportar a ação regressiva, faculdade do Estado, indisponível pelo Administrador.

Sob o prisma meramente adjetivo, reputar sucessivo e obrigatório o regresso, seria instituir uma sinuosidade de todo

incompatível com o princípio da economia processual.

O eminente relator também apoiou seus fundamentos no RE n. 92.214 (RTJ 106/1.182), no RE n. 77.169 (RTJ 92/144) e no RE n. 90.071 (RTJ 96/237).

Apenas para constar, o sistema de responsabilidade civil do Estado na Constituição Federal de 1967 (EC n. 1/1969) era rigorosamente o mesmo do atual, de modo que o art. 37, § 6º, da Carta de 1988 corresponde, em essência, ao art. 107 da Carta revogada:

Art. 107. As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

*Parágrafo único.* Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

É bem verdade que há precedente isolado no STF - que não é do Plenário - a afastar a legitimidade passiva do agente público para responder diretamente pelos danos causados a particular no exercício de função típica (RE 327.904, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 15/08/2006, DJ 08-09-2006).

A situação fática subjacente a esse julgado do Supremo é bastante peculiar, uma vez que se pretendia a responsabilidade civil de Prefeito por decreto de intervenção em hospital local, ou seja, era ato de um *agente político* de cunho essencialmente político, o que por si o distancia do caso ora examinado.

No precedente acima mencionado, fez-se menção também ao AI 167.659 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 18/06/1996. Porém, com a devida vênia, neste último precedente, o próprio Estado é que foi demandado e pretendia ele (o Estado) o redirecionamento da ação ao agente público, ocasião em que simplesmente se afirmou - como não poderia deixar de ser - que, pelos atos praticados por seus servidores, responde o Estado objetivamente.

3.2. Com o devido respeito ao entendimento diverso, penso que a melhor solução está mesmo com os antigos, em

franquear ao particular a possibilidade de ajuizar a ação diretamente contra o servidor, suposto causador do dano, contra o Estado ou contra ambos, se assim desejar.

O art. 37, § 6º, da CF/1988 prevê uma garantia *para o administrado* de buscar a recomposição dos danos sofridos diretamente da pessoa jurídica que, em princípio, é mais solvente que o servidor, independentemente de demonstração de culpa do agente público.

Vale dizer, a Constituição, nesse particular, simplesmente impõe ônus maior ao Estado decorrente do *risco administrativo*; não prevê, porém, uma demanda de curso forçado em face da Administração Pública quando o particular livremente dispõe do bônus contraposto. Tampouco confere ao agente público imunidade de não ser demandado diretamente por seus atos, o qual, aliás, se ficar comprovado dolo ou culpa, responderá de outra forma, em regresso, perante a Administração.

Na verdade, quando a Constituição Federal pretendeu "blindar" os agentes públicos o fez explicitamente - exceção que deve ser interpretada de forma restritiva -, como, por exemplo, na imunidade parlamentar por opiniões, palavras e votos (art. 53).

Ademais, a possibilidade de ação direta do particular em face do servidor não constitui nenhuma novidade em nosso ordenamento jurídico, conforme previsão expressa da Lei de Abuso de Autoridade (Lei n. 4.898/1965):

Art. 9º: Simultaneamente com a representação dirigida à autoridade administrativa ou independentemente dela, poderá ser promovida pela vítima do abuso, a responsabilidade civil ou penal ou ambas, da autoridade culpada.

A doutrina também não vacila.

(seguem citações doutrinárias)

(...)

Esse entendimento também já foi acolhido em precedente de minha relatoria no âmbito desta Turma:

RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. ALEGAÇÃO DE ATO ILÍCITO PRATICADO POR AGENTE

PÚBLICO ESTADUAL. É FACULDADE DO AUTOR PROMOVER A DEMANDA EM FACE DO SERVIDOR, DO ESTADO OU DE AMBOS, NO LIVRE EXERCÍCIO DO SEU DIREITO DE AÇÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA AFASTAR A ILEGITIMIDADE PASSIVA DO AGENTE. (REsp 731.746/SE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/08/2008, DJe 04/05/2009)

E, na verdade, são corriqueiros os litígios a versarem, por exemplo, eventual responsabilidade civil de membros do Ministério Público, Magistrados ou Procuradores por excessos cometidos no manejo processual (que é questão de mérito), ou responsabilidade de tabeliães por atos próprios da função, nunca tendo sido acolhida a tese de que a demanda deveria ser necessariamente direcionada ao Estado (*e. g.*: REsp 759272/GO, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/08/2005, DJ 19/06/2006; REsp 481939/GO, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2005).

Assim, a avaliação quanto ao ajuizamento da ação contra o servidor público ou contra o Estado deve ser decisão do suposto lesado. Se, por um lado, o particular abre mão do sistema de responsabilidade objetiva do Estado, por outro também não se sujeita ao regime de precatórios, os quais, como é de curso conhecimento, não são rigorosamente adimplidos em algumas unidades da Federação.

Destarte, com a licença do entendimento diverso, não tenho dúvidas em afirmar a legitimidade passiva do servidor público para responder diretamente pelo dano gerado por atos praticados no exercício de sua função pública, sendo que, evidentemente, o dolo ou culpa, a ilicitude ou a própria existência de dano indenizável são questões meritórias.”

O entendimento do Ministro Relator foi acompanhado integralmente pelos demais componentes da Turma, tendo a Ministra Maria Isabel Galotti acrescentado, enfaticamente que “Sr. Presidente, cumprimento o eminente Ministro Relator pelo magnífico voto, especialmente a parte destinada a desfazer esse equívoco de que não possa ser ajuizada a ação diretamente contra servidor público responsável pelo ato.”

Em acórdãos mais antigos, percebe-se a mesma linha de entendimento junto ao STJ:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO PELOS DANOS CAUSADOS PELOS TITULARES DE SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS NÃO-OFICIALIZADAS.

1. Já na vigência da Constituição de 1969, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afirmava que "os titulares de ofícios de Justiça e de notas, quer do foro judicial, quer do foro extrajudicial (e, portanto, também os tabeliães), eram servidores públicos e por seus atos praticados nessa qualidade respondia o Estado, com base no artigo 107, pelos danos por eles causados a terceiros, embora esse dispositivo constitucional não impedisse que a vítima do dano, se preferisse, acionasse diretamente o servidor público com fundamento no artigo 159 do Código Civil" (RE 116.662/PR, 1ª Turma, Min. Moreira Alves, DJ de 16.10.1998). Tal orientação foi reiterada após a promulgação da Carta de 1988 (por todos, do AgRg RE 209.354/PR, 2ª Turma, Min. Carlos Velloso, DJ de 16.04.1999).

2. No caso concreto, portanto, deve ser reconhecida a legitimidade do Estado de Goiás para figurar no pólo passivo da ação de indenização por danos causados por titular de serventia extrajudicial não-oficializada.

(...)

(STJ, T1, REsp 481939 / GO, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 03.03.2005)

PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS CAUSADOS EM ACIDENTE DE VEICULOS. PREPOSTO QUALIFICADO NO POLO PASSIVO. ART. 37, PARAGRAFO 6., CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTIGOS 15 E 896, CODIGO CIVIL. ARTIGO 70, III, CPC, LEI N. 4.619/65.

1. AÇÃO PROMOVIDA CONTRA O ESTADO E O SEU PREPOSTO (MOTORISTA), COM O FITO DE OBTER REPARAÇÃO POR DANOS CAUSADOS A TERCEIRO, EM ACIDENTE DE TRANSITO.

2. EMBORA DE NATUREZA DIVERSA, AS RESPONSABILIDADES DO ESTADO (RISCO ADMINISTRATIVO) E A DO FUNCIONARIO PUBLICO (CULPA), IMPUTADA A ESTE A CONDUÇÃO CULPOSA DO VEICULO, MOSTRA-SE INCENSURAVEL O ALVITRE DO AUTOR EM,

PNTAMENTE, CHAMA-LO PARA O POLO PASSIVO DA RELAÇÃO PROCESSUAL. SE NÃO INCLUIDO, DESDE LOGO, O PREPOSTO, SURGIRIA A DENUNCIÇÃO DA LIDE (ART. 70, III, CPC). CONSIDERANDO O DIREITO DE REGRESSO (ART. 37, PARAGRAFO 6., C.F.), HOMENAGEANDO-SE O PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL, E RECOMENDAVEL QUE O AGENTE PUBLICO, APONTADO COMO RESPONSÁVEL PELOS DANOS CAUSADOS A TERCEIROS, APRESENTE A SUA RESPOSTA, PRODUZA PROVA E ACOMPANHE A INSTRUÇÃO ATE O JULGAMENTO. DEMAIS NÃO ESTA VEDADA LEGALMENTE A SUA QUALIFICAÇÃO NO POLO PASSIVO.

3. RECURSO IMPROVIDO.

(STJ, T1, REsp 34930 / SP, Rel. Min. Milton L. Pereira, j. em 15.03.95)

Analisados os argumentos favoráveis à legitimidade passiva do agente público, juntamente com a doutrina e jurisprudência a respeito, passaremos, agora, a analisar a orientação contrária.

#### 4 ILEGITIMIDADE PASSIVA DO AGENTE PÚBLICO. ARGUMENTOS.

A corrente que defende a ilegitimidade passiva do agente público para responder pelos atos danosos por ele causados costuma invocar, como um dos argumentos para sustentar sua posição, a evolução histórica da legislação brasileira a respeito do tema. Refere-se que nossa primeira Constituição, a Imperial, de 1824, não previa a responsabilidade do Estado, mas sim a responsabilidade pessoal do empregado público, por abuso ou omissão no exercício de suas funções (art. 179, XXIX). A primeira Constituição Republicana, de 1891, manteve a possibilidade de responsabilização pessoal do funcionário público (art. 82).

Uma importante alteração adveio com o Código Civil de 1916, já que seu art. 15 estabeleceu que “*as pessoas jurídicas de*

*direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano*". Portanto, passou-se a admitir, de forma expressa, a responsabilidade direta do Estado, ressalvado o direito de regresso contra o causador do dano.

Em consonância com essa nova orientação, as Constituições de 1934 e de 1937 previram a responsabilidade solidária entre o Estado e seu funcionário, quando este tivesse agido com negligência, tivesse sido omissivo ou exercido abusivamente as funções de seu cargo.

Ao contrário do entendimento até então vigente, no sentido de que a responsabilidade do ente público dependia da prova da culpa do seu agente, a Constituição de 1946 manteve a responsabilidade direta do Estado, mas previu, em seu art. 194, pela primeira vez em nosso ordenamento, a responsabilidade objetiva do Estado, embora possibilitando a responsabilização regressiva de seu funcionário, caso tivesse ele agido culposa ou dolosamente. Essa orientação foi mantida pelos textos constitucionais de 1967 e 1969.

A Constituição de 1988 igualmente manteve esse panorama normativo, embora tivesse estendido a responsabilidade objetiva também às pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de direito público.

Portanto, segundo uma possível leitura, passou-se da responsabilidade direta do funcionário público, à responsabilidade solidária dele com o ente público, para uma responsabilidade apenas na via regressiva, caso tenha agido com dolo ou culpa.

A razão de ser desse entendimento repousa, substancialmente, na lógica que aparece em alguns acórdãos do STF, no sentido que o regramento constitucional (art. 37, §6º) teria consagrado uma dupla garantia. A norma protegeria, em primeiro

lugar, a vítima do dano, que poderia mover sua pretensão reparatória contra o ente público – ou a entidade particular prestadora de serviço público –, que seria plenamente solvente e teria condições de absorver o dano. Em segundo lugar, a norma protegeria também o próprio agente estatal, que somente responderia pela via de regresso, perante a pessoa jurídica a que se vinculasse, caso ficasse demonstrado que ele teria agido com dolo ou culpa. Desta forma, ele teria a tranquilidade de desempenhar suas funções, sem se preocupar com eventuais demandas que poderiam ser contra ele movidas. Seria ele, portanto, parte ilegítima passiva para responder diretamente pelos seus atos, até mesmo em homenagem ao princípio da impessoalidade. Este princípio, numa de suas aplicações, refere que os atos praticados pelos agentes públicos são imputados diretamente ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual atua.

A responsabilização dos agentes públicos, assim, dar-se-ia apenas na forma regressiva, como, aliás, há previsão expressa na legislação federal. De fato, o art. 122, o §2º, da Lei 8.112, de 1990 (Regime Jurídico Único do Servidor Público Federal), prevê que o servidor responderá pelas consequências de seus atos dolosos ou culposos, apenas perante a Fazenda Pública, em ação de regresso: “§ 2o Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva.”

Na legislação do Estado do Rio Grande do Sul há norma que reproduz a previsão da legislação federal. Trata-se da Lei nº 10.098 de 1994 (que institui o Regime Jurídico Único do Servidor Público Estadual), art. 184, § 2º.

Embora menos difundida, essa orientação também encontra apoio em alguns doutrinadores, como se vê na sequência.

#### 4.1 ILEGITIMIDADE PASSIVA DO AGENTE PÚBLICO. DOUTRINA.

Bons autores igualmente defendem a ilegitimidade passiva do agente público, entendendo que a ação deve ser movida diretamente contra o ente público, podendo este agir regressivamente contra seu funcionário, nos casos de dolo ou culpa deste.

Conhecida e antiga é a opinião do grande administrativista *Hely Lopes Meirelles*, que sustenta que “o legislador constituinte bem separou as responsabilidades: o Estado indeniza a vítima; o agente indeniza o Estado, regressivamente”<sup>22</sup>.

É também o caso do constitucionalista *José Afonso da Silva*<sup>23</sup>, que assim se manifesta sobre o tema:

“A obrigação de indenizar é da pessoa jurídica a que pertencer o agente. O prejudicado há que mover a ação de indenização contra a Fazenda Pública respectiva ou contra a pessoa jurídica privada prestadora de serviço público. O princípio da impessoalidade vale aqui também.

O terceiro prejudicado não tem que provar que o agente procedeu com culpa ou dolo, para lhe correr o direito ao ressarcimento dos danos sofridos. A doutrina do risco administrativo isenta-o do ônus de tal prova, basta comprove o dano e que este tenha sido causado por agente da entidade imputada. A culpa ou dolo do agente, caso haja, é problema das relações funcionais que escapa à indagação do prejudicado. Cabe à pessoa jurídica acionada verificar se seu agente operou culposa ou dolosamente para o fim de mover-lhe ação regressiva assegurada no dispositivo constitucional, visando a cobrar as importâncias despendidas com o pagamento da indenização. Se o agente não se houver com culpa ou dolo não terá ação regressiva contra ele, pois nada tem de pagar.”

Não encontramos civilistas afinados com essa posição.

#### 4.2. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO AGENTE PÚBLICO. JURISPRUDÊNCIA.

---

<sup>22</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 592.

<sup>23</sup> Curso de Direito Constitucional Positivo, 14ª ed. p. 620.

Embora a jurisprudência mais antiga fosse prevalentemente favorável à responsabilidade concorrente e solidária do agente público e do ente público que integra, pelos danos por ele causados culposamente, a jurisprudência mais recente do STF, substancialmente a partir dos últimos dez anos, vem se orientando em sentido contrário, como se vê dos seguintes acórdãos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º DO ART. 37 DA MAGNA CARTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. AGENTE PÚBLICO (EX-PREFEITO). PRÁTICA DE ATO PRÓPRIO DA FUNÇÃO. DECRETO DE INTERVENÇÃO.

O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 327904, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 15/08/2006, DJ 08-09-2006 PP-00043 EMENT VOL-02246-03 PP-00454 RTJ VOL-00200-01 PP-00162 RNDJ v. 8, n. 86, 2007, p. 75-78)

RESPONSABILIDADE - SEARA PÚBLICA - ATO DE SERVIÇO - LEGITIMAÇÃO PASSIVA.

Consoante dispõe o § 6º do artigo 37 da Carta Federal, respondem as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, descabendo concluir pela legitimação passiva concorrente do agente, inconfundível e incompatível com a previsão constitucional de

ressarcimento - direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (RE 344133, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 09/09/2008.)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. AGENTE PÚBLICO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM.

O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da RE n. 327.904, Relator o Ministro Carlos Britto, DJ de 8.9.06, fixou entendimento no sentido de que "somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns". Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 470996 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 18/08/2009)

Importante notar que a questão está tão pacificada no âmbito do STF, nos últimos anos, que diversos Ministros têm julgado casos envolvendo o tema em forma monocrática. É sintomático o fato de que recentemente o Min. Luís Roberto Barroso reverteu acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, o qual havia reconhecido a legitimidade passiva do agente público, invocando expressamente o precedente do STJ, anteriormente referido, da lavra do Min. Luís Felipe Salomão (Resp 1325862/PR). Nessa ocasião, assim se manifestou o Min. Barroso:

“DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, assim ementado:

“APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. ACIDENTE CAUSADO POR AGENTE PÚBLICO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO DISTRITO FEDERAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. INEXISTÊNCIA DE EXCLUDENTE DE NEXO DE CAUSALIDADE. DEVER DE INDENIZAR. 1. A responsabilidade

objetiva do Estado pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causam a terceiros, não impede o ajuizamento de ação pelo particular diretamente contra o agente público. Precedente do STJ (Resp 1325862/PR). 2. Provado que o agente público, nessa qualidade, causou os danos ao particular, o Estado responde objetivamente para reparação civil (CF 37 § 6º). 3. Negou-se provimento ao apelo dos réus.”

O recurso extraordinário busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação ao art. 37, § 6º, da Constituição.

O recurso deve ser provido, tendo em vista que o acórdão recorrido não se alinha à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que somente as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos podem figurar no polo passivo de ações de reparação de danos propostas por terceiros com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição.

Nesse sentido, confira-se a ementa do RE 327.904, julgado pela Primeira Turma, sob a relatoria do Ministro Ayres Britto: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º DO ART. 37 DA MAGNA CARTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. AGENTE PÚBLICO (EX-PREFEITO). PRÁTICA DE ATO PRÓPRIO DA FUNÇÃO. DECRETO DE INTERVENÇÃO. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento.”

Diante do exposto, com base no art. 21, § 2º, do RI/STF, dou

provimento ao recurso extraordinário, a fim de reconhecer a ilegitimidade passiva do recorrente e reformar o acórdão recorrido. Invertidos os ônus sucumbenciais. Publique-se. Brasília, 14 de abril de 2016. Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO Relator

(RE 851396, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 14/04/2016, publicado em DJe-076 DIVULG 19/04/2016 PUBLIC 20/04/2016)

Várias outras decisões monocráticas de outros Ministros seguem a mesma orientação, servindo de exemplo as seguintes:

Decisão: Vistos. Trata-se de agravo da decisão que não admitiu recurso extraordinário interposto contra acórdão da Quinta Câmara Cível Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado: “AÇÃO INDENIZATÓRIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SERVIDOR PÚBLICO. INQUÉRITO POLICIAL. PRISÃO PREVENTIVA. ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. NÃO CONFIGURADA. SENTENÇA MANTIDA. – (...) - A Administração Pública rege-se pelos princípios da impessoalidade e da moralidade, o que implica dizer que sendo impessoal o vínculo do ente federado com seus servidores, não há falar em transferência de responsabilidade uma vez que o servidor é apenas um instrumento de exteriorização de vontade do Estado, o qual é parte legítima para responder perante os administrados – (...)”

Por outro lado, verifica-se que o acórdão recorrido está em conformidade com a jurisprudência desta Corte, que se firmou no sentido de não reconhecer a legitimidade passiva do agente público em ações de responsabilidade civil fundadas no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. Sobre o tema, anote-se:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. AGENTE PÚBLICO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da RE n. 327.904, Relator o Ministro Carlos Britto, DJ de 8.9.06, fixou entendimento no sentido de que "somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito

privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns". Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento (RE nº 470.996/RO-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 11/9/09).

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO POR ATOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SUCUMBÊNCIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. ART. 37, § 6º, DA CF/88. 1. A legitimidade passiva é da pessoa jurídica de direito público para arcar com a sucumbência de ação promovida pelo Ministério Público na defesa de interesse do ente estatal. 2. É assegurado o direito de regresso na hipótese de se verificar a incidência de dolo ou culpa do preposto, que atua em nome do Estado. 3. Responsabilidade objetiva do Estado caracterizada. Precedentes. 4. Inexistência de argumento capaz de infirmar o entendimento adotado pela decisão agravada. 5. Agravo regimental improvido (AI nº 552.366/MG-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 29/10/09).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º DO ART. 37 DA MAGNA CARTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. AGENTE PÚBLICO (EX-PREFEITO). PRÁTICA DE ATO PRÓPRIO DA FUNÇÃO. DECRETO DE INTERVENÇÃO. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a

pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento (RE nº 327.904/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Carlos Britto, DJ de 8/9/06).

No mesmo sentido, as seguintes decisões monocráticas: RE nº 549.126/MG, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 9/9/11; RE nº 235.025, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 19/11/10; e RE nº 601.104/DF, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 15/9/09. [...]. Pelo exposto, conheço do agravo para negar seguimento ao recurso extraordinário. Publique-se. Brasília, 1º de fevereiro de 2016. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente

(ARE 939966, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 01/02/2016, publicado em DJe-025 DIVULG 11/02/2016 PUBLIC 12/02/2016)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ARTIGO 37, PARÁGRAFO 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO AGENTE PÚBLICO. TEORIA DA DUPLA GARANTIA. PRECEDENTES DO STF. AGRAVO DESPROVIDO. (...)

Assevere-se que o Supremo Tribunal Federal exclui a responsabilização objetiva pessoal direta do agente público por danos causados a terceiros, devendo o Estado responder pelos atos de seus agentes, sob o entendimento de que o artigo 37, § 6º, da Constituição da República consagra dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado que preste serviço público e, ao mesmo tempo, outra garantia em prol do agente estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Nesse sentido: [citam-se os acórdãos já referidos anteriormente]

Ex positis, DESPROVEJO o agravo, com fundamento no disposto no artigo 21, § 1º, do RISTF. Publique-se. Brasília, 19 de

junho de 2015. Ministro Luiz Fux Relator Documento assinado digitalmente

(ARE 892712, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 19/06/2015, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 24/06/2015 PUBLIC 25/06/2015)

DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO ESTADO: ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO AGENTE PÚBLICO. JULGADO RECORRIDO DIVERGENTE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO PROVIDO.

(...) DECIDO. 3. Razão jurídica assiste às Recorrentes. 4. Este Supremo Tribunal Federal assentou não ter legitimidade o agente público para figurar no polo passivo de ação de responsabilidade civil fundamentada no art. 37, § 6º, da Constituição da República: [cita-se a ementa do acórdão relatado pelo Min. Ayres Britto, de 2006, já antes reproduzido]. O Ministro Ayres Britto assentou no voto:

“À luz do dispositivo transcrito [art. 37, § 6º, da Constituição da República], a conclusão a que chego é única: somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Quanto à questão da ação regressiva, uma coisa é assegurar ao ente público (ou quem lhe faça as vezes) o direito de se ressarcir perante o servidor praticante de ato lesivo a outrem, nos casos de dolo ou de culpa; coisa bem diferente é querer imputar à pessoa física do próprio agente estatal, de forma direta e imediata, a responsabilidade civil pelo suposto dano a terceiros. Com efeito, se o eventual prejuízo ocorreu por força de um atuar tipicamente administrativo, como no caso presente, não vejo como extrair do § 6º do art. 37 da Lei das Leis a responsabilidade per saltum da pessoa natural do agente. Tal responsabilidade, se cabível, dar-se-á apenas em caráter de ressarcimento ao Erário (ação regressiva, portanto), depois de provada a culpa ou o dolo do servidor público, ou de quem lhe faça as vezes. Vale dizer: ação regressiva é ação de “volta” ou de “retorno” contra aquele agente que praticou ato juridicamente imputável ao Estado, mas causador de dano a terceiro. Logo,

trata-se de ação de ressarcimento, a pressupor, lógico, a recuperação de um desembolso. Donde a clara ilação de que não pode fazer uso de uma ação de regresso aquele que não fez a “viagem financeira de ida”; ou seja, em prol de quem não pagou a ninguém, mas, ao contrário, quer receber de alguém e pela vez primeira”.

Confirmam-se também os julgados a seguir:

“Recurso extraordinário. Responsabilidade objetiva. Ação reparatória de dano por ato ilícito. Ilegitimidade de parte passiva. 2. Responsabilidade exclusiva do Estado. A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica. 3. Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual - responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições -, a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa. 4. Legitimidade passiva reservada ao Estado. Ausência de responsabilidade concorrente em face dos eventuais prejuízos causados a terceiros pela autoridade julgadora no exercício de suas funções, a teor do art. 37, § 6º, da CF/88. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido” (RE 228.977, Relator o Ministro Néri da Silveira, Segunda Turma, DJ 12.4.2002). (...) (RE 881691, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 08/05/2015, publicado em DJe-153 DIVULG 04/08/2015 PUBLIC 05/08/2015)

“Decisão: Trata-se de recurso extraordinário que, firmado na alínea “a” do permissivo constitucional, impugna acórdão da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul assim ementado:

“LEGITIMIDADE DE PARTE – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – A responsabilidade objetiva do Estado é instituída em benefício do cidadão. Pode o autor, todavia, ingressar com ação perante o causador do dano, mas então deverá demonstrar a culpa do agente”(fl. 108).

Decido.

A irresignação merece êxito.

Isso porque o acórdão recorrido destoa da interativa e dominante jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

A propósito, esta Corte firmou entendimento no sentido de que a proposição contida no artigo 37, §6º, da Constituição Federal, ao enunciar a responsabilidade objetiva do Estado, congrega valores protetivos em favor de quem sofreu o dano, bem como do agente que o tenha causado.

Com efeito, nessas circunstâncias, o referido preceito projeta para o campo processual norma que impõe ao lesado ajuizar a demanda reparadora tão somente contra o ente público, ou pessoa jurídica que lhe faça as vezes.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes: RE-AgR 470.996, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 11.9.2009; RE 344.133, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 14.11.2008; RE 327.904, Rel. Min. Ayres Britto, Primeira Turma, DJ 8.9.2006. Este último teve a seguinte ementa (*omissis*):

Ante o exposto, nos termos do artigo 557, §1º-A, do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso extraordinário e, assim, restabelecer a sentença de fls. 83-84.

Publique-se.

Brasília, 26 de outubro de 2010.

Ministro Gilmar Mendes”

(Recurso Extraordinário nº 235.025, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 26/10/2010)

**DECISÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO AGENTE PÚBLICO. JULGADO RECORRIDO EM DESARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. (...)**

**DECIDO. 3. Razão jurídica assiste ao Recorrente. 4. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o agente público não tem legitimidade para figurar no polo passivo de ação de responsabilidade civil fundamentada no art. 37, § 6º, da Constituição: [citam-se ementas e trechos de acórdãos já transcritos anteriormente].**

Publique-se. Brasília, 26 de agosto de 2009. Ministra CARMEN LÚCIA Relatora

(RE 601104, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 26/08/2009, publicado em DJe-173 DIVULG 14/09/2009 PUBLIC 15/09/2009)

Percebe-se, assim, que a jurisprudência está virtualmente pacificada junto ao STF, em sua atual composição. Vozes divergentes não tem surgido a respeito, embora não se possa dizer que a questão se encontre igualmente uniformizada junto aos demais tribunais.

Passamos, agora, a analisar como a questão se coloca no direito comparado, examinando a situação daqueles países mais significativos ou próximos a nós.

## 5 DIREITO COMPARADO.

Ainda que não haja uma orientação única, predomina, no direito comparado, o entendimento no sentido de que a ação de reparação de danos culposamente causados pelo funcionário público pode ser movida contra o mesmo, isoladamente ou conjuntamente com o ente público cujos quadros ele compõe.

Iturraspe procurou fazer uma síntese das posições existentes a respeito, no direito comparado, dizendo que:

“En algunos sistemas jurídicos, de los daños causados por los funcionarios en el ejercicio de las funciones encomendables, responden exclusivamente ellos (irresponsabilidad del Estado); en otros, como el mexicano (art. 1928, Cód. Civ.), la responsabilidad del Estado es subsidiaria ‘y solo podrá hacerse efectiva cuando el funcionario directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder del daño causado’; un tercer sistema se limita a consagrar la responsabilidad solidaria del Estado y del funcionario, y un cuarto, finalmente, establece la responsabilidad del Estado, pudiendo luego repetir contra el funcionario”.<sup>24</sup>

Na *Itália*, tal possibilidade decorre do próprio texto cons-

---

<sup>24</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños. Tomo III – El acto ilícito*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Ed., 2006, p. 477/478.

titucional, já que o art. 28 da Constituição italiana de 1947 dispõe que:

Art. 28. “I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo la legge penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti.

In tali casi, la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici”.<sup>25</sup>

Referido dispositivo constitucional foi regulamentado pelo d.p.r. n. 3, de 10 de janeiro de 1957, que promulgou o “Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato”, cujo artigos 22 e 23 têm a seguinte redação:

Art. 22 – Responsabilità verso terzi: “L’impiegato che, nell’esercizio delle attribuzioni ad esso conferite dalla leggi o dai regolamenti, cagioni ad altri un danno ingiusto ai sensi dell’art. 23 è personalmente obbligato a risarcirlo. L’azione di risarcimento nei suoi confronti può essere esercitata congiuntamente con l’azione diretta nei confronti dell’Amministrazione (...).<sup>26</sup>

Art. 23. È danno ingiusto, agli effetti previsti dall’art. 22, quello derivate da ogni violazione dei diritti dei terzi che l’impiegato abbia commesso per dolo o per colpa grave (...).

Analisando a situação italiana, Girgenti e Spagnolo comentam que “la responsabilità dell’art. 28 Cost. è una forma di responsabilità solidale e diretta” e que “la *ratio* di tale disposizione si rinviene nell’esigenza di garantire maggiore tutela ai cittadini che sono stati lesi dall’atto o dal

---

<sup>25</sup> Em tradução livre: “Os funcionários e empregados do Estado e dos entes públicos são diretamente responsáveis, de acordo com a lei penal, civil e administrativa, por ações cometidas em violação dos direitos.

Em tais casos, a responsabilidade civil estende-se ao Estado e aos entes públicos.”

<sup>26</sup> Em tradução livre: Art. 22 – “Responsabilidade civil perante terceiros: O funcionário que, no exercício dos poderes que lhe são conferidas pelas leis ou regulamentos, causa dano injusto a outrem, nos termos do art. 23, é pessoalmente obrigado a repará-lo. A ação de indenização contra ele pode ser exercida conjuntamente com a ação direta contra a Administração (...).”

comportamento del singolo funzionario”<sup>27</sup>. Mais adiante, referem que o ente público que tiver ressarcido o lesado quanto aos danos causados por seu funcionário, poderá agir regressivamente contra este<sup>28</sup>.

Monateri<sup>29</sup> refere que o art. 28 da Constituição estabelece duas normas distintas: a primeira prevê uma responsabilidade direta do próprio agente; a segunda estende a responsabilidade civil à administração pública. A consequência desta orientação constitucional, no plano processual, é a insubsistência de um litisconsórcio necessário, já que o autor pode agir somente contra o funcionário, se o desejar. Trata-se, portanto, de uma responsabilidade direta e solidária, podendo a administração pública, se acionada, agir regressivamente contra aquele.

No mesmo sentido posiciona-se, quanto ao direito italiano, Guido Alpa<sup>30</sup>.

Em *Portugal*, atualmente a legislação é mais clara, relativamente à brasileira, quanto à possibilidade de se responsabilizar diretamente o funcionário, em determinadas situações (quando atue dolosamente ou com acentuada negligência). Trata-se da legislação editada em 2007, que referiremos um pouco mais abaixo. Antes dessa normatização, a situação comportava algumas dúvidas.

Após discorrer sobre a evolução histórica da questão, em Portugal, em que havia grande controvérsia sobre a possibilidade de responsabilizar diretamente o funcionário público refere José L. Moreira da Silva<sup>31</sup> que para superar tal desencontro de

---

<sup>27</sup> GIRGENTI, Angela; SPAGNOLO, Santo. *La responsabilità aquiliana della pubblica amministrazione*. Milano: Giuffrè, 2016, p. 115.

<sup>28</sup> *Op. cit.*, p. 119.

<sup>29</sup> MONATERI, Pier Giuseppe. *La Responsabilità Civile*, volume do *Trattato di Diritto Civile* (dir. de Rodolfo Sacco), *Le Fonti delle Obbligazioni*, vol. 3. Torino: UTET, 1998, p. 846.

<sup>30</sup> ALPA, Guido. *Trattato di Diritto Civile. Vol. IV - La Responsabilità Civile*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 552.

<sup>31</sup> SILVA, José Luís Moreira da. “Responsabilidade Civil da Administração Pública

opiniões foi publicado o Decreto n. 19.126, de 16 de dezembro de 1930, alterando o art. 2399 do Código Civil [de 1866, vigente à época], afirmando que “o propósito deste diploma foi o de estabelecer explicitamente a responsabilidade solidária do Estado e autarquias para com os seus funcionários, em termos idênticos à solidariedade, já em vigor, entre os particulares com os seus serventuários”.

Com a vigência da Constituição de 1974, seu art. 22 dirimiu as controvérsias existentes, afirmando a responsabilidade solidária do Estado e de seus agentes públicos, nos casos ali previstos:

Artigo 22.º - Responsabilidade das entidades públicas

O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.

Comentando tal dispositivo constitucional, Maria José Mesquita refere que ao consagrar a responsabilidade em forma solidária, o legislador constitucional fixou inequivocamente o *regime* da responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas no caso de danos culposamente causados por seus agentes públicos. Simultaneamente, deixou implícito o acolhimento do princípio da responsabilidade das entidades públicas por danos causados por fatos lícitos e casuais<sup>32</sup>. Mais adiante, acrescenta a autora que “ao consagrar a responsabilidade em forma solidária (...) se confere uma maior proteção ao particular lesado: este poderá demandar quer a pessoa colectiva pública, quer o funcionário ou agente culpado, ou ambos”<sup>33</sup>.

---

por Actos Ilícitos”, in: QUADROS, Fausto de (coord.), *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 145.

<sup>32</sup> MESQUITA, Maria José Rangel de. “Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública”, in: QUADROS, Fausto de (coord.), *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 117/118.

<sup>33</sup> *Op. cit.*, p. 118/119.

No mesmo sentido posiciona-se António Dias Garcia, quanto à situação no direito português, a partir da leitura do texto constitucional:

“... só no quadro de uma responsabilidade assente na censurabilidade da actuação danosa do funcionário ou agente – responsabilidade por actos ilícitos e culposos – tem sentido falar em responsabilidade solidária do Estado com o funcionário ou agente actuante.

Nos casos de responsabilidade pelo risco ou por actos lícitos já tal questão não pode relevar, uma vez que, em tais casos, a actuação dos agentes estaduais é insusceptível de ser objecto de qualquer juízo de censura representado pela culpa”<sup>34</sup> (fl. 196).

Mais recentemente, Portugal dotou-se de uma lei especial que disciplina minuciosamente a responsabilidade dos entes públicos, regulamentando o dispositivo constitucional. Trata-se da Lei n. 67, de 31.12.2007, que “aprova o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas”.

Referido regime, disciplinado em forma de anexo da lei, refere, no seu Capítulo II (*Responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função administrativa*), Seção I (*Responsabilidade por facto ilícito*), art. 7º (*Responsabilidade exclusiva do Estado e demais pessoas coletivas de direito público*), que “1 – O Estado e as demais pessoas coletivas de direito público são exclusivamente responsáveis pelos danos que resultem de ações ou omissões ilícitas, cometidas com culpa leve, pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, no exercício da função administrativa e por causa desse exercício”.

Portanto, fixa-se a regra genérica da responsabilidade exclusiva do ente público. Porém, em atenção à previsão constitucional, no artigo subsequente (art. 8º - *Responsabilidade solidária em caso de dolo ou culpa grave*), estabelece os casos em que é possível a ação direta contra o agente público:

---

<sup>34</sup> GARCIA, António Dias. “Da Responsabilidade Civil Objectiva do Estado e Demais Entidades Públicas”, in: QUADROS, Fausto de (coord.), *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 196.

“1 – Os titulares de órgãos, funcionários e agentes são responsáveis pelos danos que resultem de ações ou omissões ilícitas, por eles cometidas com dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo.

2 – O Estado e as demais pessoas coletivas de direito público são responsáveis de forma solidária com os respectivos titulares de órgãos, funcionários e agentes, se as ações ou omissões referidas no número anterior tiverem sido cometidas por estes no exercício das suas funções e por causa desse exercício”

(o n. 3, na sequência, prevê o direito de regresso, caso tenha sido o ente público a indenizar).

Comentando referido dispositivo, Raquel Carvalho refere que anteriormente à edição da lei, havia uma divergência doutrinária sobre se o comando constitucional impunha a solidariedade entre o agente e o ente público em qualquer situação ou não, vindo a acolher a posição que afasta a solidariedade em caso de culpa leve<sup>35</sup>. Mas acrescenta, mais adiante, que “o n. 2 deste normativo estabelece a solidariedade passiva dos entes públicos, no que respeita à obrigação de indemnizar. Trata-se da concretização da prescrição contida no art. 22º da Constituição, protegendo os interesses patrimoniais do lesado”<sup>36</sup>.

Na *França*, a questão ganha um colorido especial, em razão do regime da dualidade da jurisdição lá adotada. Admite-se a responsabilidade do agente público, como também é admissível a demanda reparatória contra o ente público, mas não em forma de litisconsórcio, já que a ação movida contra o agente público tramita junto à justiça ordinária, ao passo que a ação movida contra o ente público tramita junto à justiça administrativa. Esta é a lição de Philippe Le Tourneau<sup>37</sup>:

“(…) au cas où un dommage a été causé à un tiers soit par les

---

<sup>35</sup> Na obra coletiva organizada por MEDEIROS, Rui. *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, p. 226.

<sup>36</sup> *Op cit.*, p. 231.

<sup>37</sup> LE TOURNEAU, Philippe, *Droit de la Responsabilité et des contrats*. Paris : Dalloz, 2010, p. 136, n. 319.

effets conjugués de la faute du service public et de la faute personnelle d'un agent de ce service, soit en raison d'une faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service, la victime peut demander à être indemnisée de la totalité du préjudice soit à l'Administrations, devant la juridiction administrative, soit à l'agent responsable, devant les tribunaux judiciaires<sup>38</sup>”.

Na *Argentina*, o Código Civil de 1869 (Código Sarsfield) continha uma previsão expressa (art. 1112) que consagrava expressamente a responsabilidade dos funcionários públicos, ao estatuir que “Los hechos e las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos em las disposiciones de este Título”, o que significava que estavam abrangidos pelo art. 1109 que, por sua vez, previa que “todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a outro, está obligado a la reparación del perjuicio...”

Assim, havia consenso no sentido que “el particular damnificado puede acionar indistintamente, *in solidum*, contra el funcionario o contra el Estado”<sup>39</sup>.

No Código Civil atualmente vigente, de 2015, foi introduzida uma disposição transitória (art. 9º, item 4) estabelecendo que “La responsabilidad del Estado nacional y de sus funcionarios por los hechos y omisiones cometidos en el ejercicio de sus funciones será objeto de una ley especial.” Correspondentemente, o art. 1766 (intitulada “Responsabilidad del funcionario y del empleado público”) da novel codificação estabelece que “Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el

---

<sup>38</sup> Em tradução livre: “no caso de o dano ter sido causado a terceiros seja pelos efeitos combinados da falha do serviço público e da culpa pessoal de um agente deste serviço, seja por uma culpa pessoal não completamente desvinculada com o serviço, a vítima pode demandar reparação integral tanto à Administração, perante a justiça administrativa, quanto ao próprio agente responsável, perante a justiça ordinária”.

<sup>39</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños. Tomo III – El acto ilícito*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Ed., 2006, p. 477.

ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda.”

Se nesses países que seguem a tradição romano germânica predomina a orientação no sentido da possibilidade de se responsabilizar diretamente o agente público, nos casos em que tenha agido com dolo ou grave culpa, a situação é um pouco diversa nos países de *common law*, bem como na Espanha.

Na *Espanha*, até 1992 a legislação permitia que a ação de reparação de danos causados por funcionário público fosse ajuizada contra o mesmo, conjuntamente com o ente público do qual fizesse parte. Naquele ano foi promulgada a Ley 30/1992, regulamentada posteriormente pelo Real Decreto 429/1993, que alteraram o quadro. A partir de então, a ação necessariamente deve ser movida apenas contra o ente público.

Essa nova orientação foi expressa, de forma inequívoca, por acórdão do Tribunal Supremo espanhol (sentencia de 17 de febrero de 2006 – RJ 2006, 889 – em que foram partes Pinyer AS y D. Bernardo Y D. Sebastián contra D. Gabino), sendo Relator D. Juan Antonio Xiol Rios. A *doctrina* fixada no referido acórdão tem a seguinte redação:

“La ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992 estableció expresamente en su artículo 145 que para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración ‘los particulares exigirán directamente a la administración pública correspondiente las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio’, con lo cual se impide al perjudicado dirigir su reclamación inicialmente contra el agente causante del daño, de tal suerte que la responsabilidad del funcionario queda limitada a la vía de regreso a la que se facultaba (y hoy se obliga) a la administración para los casos en que mediase dolo, culpa o negligencia grave por parte del funcionario, mediante el procedimiento previsto reglamentariamente. (...)”

El reconocimiento normativo de una responsabilidad solidaria

de la Administración y del funcionario, exigible frente a éste por la vía de la Ley de 5 de abril de 1904, queda suprimido cuando, en ejecución de la Ley 30/1992, se aprueba el Reglamento de procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo) (...).<sup>40</sup>

Nos *Estados Unidos*, em nível federal, atualmente os agentes públicos são imunes e não podem ser diretamente responsabilizados por seus atos, salvo algumas exceções, como violação de direitos humanos (que, todavia, possibilita uma extensa gama de casos em que tal responsabilização é admissível). As pretensões devem ser dirigidas contra a União. Já nos Estados-membros, a situação varia de Estado a Estado. Em alguns Estados a imunidade beneficia os agentes públicos e noutros não<sup>41</sup>. Dan Dobbs refere que em alguns Estados admitem que a pretensão reparatória possa ser movida contra o agente público (*officer*) e contra o ente público em que atua, solidariamente. Há ainda algumas legislações estaduais que, embora admitindo a ação direta contra seu funcionário, prevêm que o ente público deva ou possa ingressar no processo para defender seu funcionário e, eventualmente, até mesmo reembolsar o agente tido

---

<sup>40</sup> Reprodução de partes desse acórdão, seguido de comentários sobre sua importância e alcance, encontra-se em RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo Bercovitz (dir.), *Responsabilidad Extracontractual – Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Pamplona: Civitas / Thomson Reuters, 2010, p. 629/637.

<sup>41</sup> Neste sentido, KEETON, W. Page; DOBBS, Dan D.; KEETON, Robert E.; OWEN, David G. *Prosser and Keeton on Torts*, 5<sup>th</sup> ed.. St. Paul/Minn.: West Group, 2004: “Embora agentes públicos federais possam ser pessoalmente responsabilizados por certas violações de direitos fundamentais (*civil rights*), (...) em regra eles são imunes à responsabilidade por seus atos.” (p. 1034). Em relação aos Estados-membros, a situação varia: “It was once said that as a general rule governmental officers and employees were personally liable for their torts, more or less without exception, even where the governmental unit itself was protected by an immunity. This is still true in many cases. (...) However, in many other cases the officer or employee of a governmental entity is immune from liability for acts within the scope of his official duties. The division between those tortuous acts that import immunity and those that import liability has been a very difficult one to mark” (p. 1056) O autor lista alguns casos de imunidade: membros do judiciário e do legislativo; altos cargos do executivo agentes dotados de poder discricionário, etc.

como responsável<sup>42</sup>.

Sobre a eventual responsabilidade pessoal direta dos funcionários públicos federais, nos Estados Unidos, Edward Kionka<sup>43</sup> refere que isso ocorre principalmente nos casos de violação de direitos fundamentais, indicando como a base normativa mais frequentemente invocada nesse sentido o disposto no 42 U.S.C.A. §1983<sup>44</sup>. Esse dispositivo possibilita o ajuizamento de uma ação por reparação de danos, perante a justiça federal, em qualquer caso que um funcionário público, federal ou estadual, que, agindo no exercício de suas funções, prive alguém de qualquer direito constitucional ou legal. Disse a Suprema Corte dos Estados Unidos, ao julgar o caso *Monroe v. Pape*, em 1961, que referido dispositivo legal, conhecido como “*section 1983*”, foi concebido para evitar abuso de poder por agentes públicos, federais ou estaduais. Referidas ações reparatórias podem ser movidas na justiça federal, mesmo em face de agentes públicos estaduais, embora também a justiça estadual tenha competência

---

<sup>42</sup> DOBBS, Dan D. *The Law of Torts*. St. Paul/Minn.: West Group, 2000: “The Federal Tort Claims Act did not originally immunize all federal employees. Congress has now provided that the claim against the government authorized by the Federal Tort Claims Act is the exclusive remedy for anyone injured by a federal tort. Except for constitutional and specific statutory violations by the employee, he is granted complete immunity for torts committed within the scope of his employment”. (p. 736) “Employees and officers of public entities are often immune from liability for harms they cause in the scope of their public employment. (p. 732) (...) In some states, however, statutes provide that the public entity’s liability depends upon the liability of the employee whose acts caused harm. In those states, the plaintiff can recover against both the officer and the entity or against neither” (p. 733) “By statute in some states, the public entity must or may defend the employee who is sued for acts committed within the scope of his employment. Likewise, the public entity may be permitted or required to indemnify the employee if he is held liable” (p. 733).

<sup>43</sup> KIONKA, Edward J. *Torts*. 2<sup>nd</sup> ed. St. Paul/Minn: West Publishing, 1992, p. 295 a 298.

<sup>44</sup> 42 U.S.C.A. §1983: Every person who, under color of any statute, ordinance, regulation, custom, or usage, of any State or Territory or the District of Columbia, subjects, or causes to be subjected, any citizen of the United States or other person within the jurisdiction thereof to the deprivation of any rights, privileges, or immunities secured by the Constitution and laws, shall be liable to the party injured in an action at law, suit in equity, or other proper proceeding for redress (...).

concorrente.<sup>45</sup>

Quanto ao *Reino Unido*, refere Luís B. Rodrigues que:

“cumpre proceder à distinção entre Coroa e colectividades locais. Em relação a estas últimas, desde 1866 que são elas próprias imputáveis, só respondendo os seus funcionários em exclusivo por actos não praticados de boa fé, em que não haja sido feito um uso razoável dos poderes ou respeitado o dever de cuidado.

No que contende com a Coroa, o regime aplicável difere consoante se está na presença de funcionários nomeados pela própria Coroa ou de outros agentes.

Efectivamente, só em relação aos primeiros a Coroa pode ser demandada solidariamente com eles; nos casos restantes os agentes são demandados pessoalmente, sem que a Coroa intervenha”<sup>46</sup>

No clássico *Winfield and Jolowicz on Tort*<sup>47</sup>, refere-se

---

<sup>45</sup> Eis o que informou Kionka a respeito do tema: “Enacted in 1871, § 1983 long lay nearly dormant, having been rather narrowly construed. But in 1961, the U.S. Supreme Court, in *Monroe v. Pape* breathed new life into it, holding that, contrary to popular belief, §1983 was *not* limited to unconstitutional acts which state law purported to authorize, but rather extended to *all* deprivations of federally created rights whether lawful or unlawful under state law.” Disse a Suprema Corte, neste caso: “‘Under color of’ state law thus means that the defendant, at the time he committed the act, need merely have been acting in his capacity as a state officer or employee (...). §1983 should be read against the background of tort liability that makes a man responsible for the natural consequences of his actions” (pp. 295/296). “Section 1983 is designed to prevent abuses of power by state and local officers, employees, and others acting with the authority of the state behind them” (p. 296) “Federal jurisdiction in §1983 cases is conferred by 28 U.S.C.A. §1343, irrespective of diversity of citizenship or the amount in controversy. (...) States courts have concurrent jurisdiction of §1983 claims” (p. 297). “Ordinarily, the defendant will be a state or local officer or employee” (p. 298). Às fls. 297/298 do seu livro, Kionka lista um longuíssimo elenco de demandas reparatórias que podem ser ajuizadas diretamente contra os agentes públicos, relacionadas a violação de direitos fundamentais.

<sup>46</sup> RODRIGUES, Luís Barbosa. “Cinco Estados das Comunidades Europeias”, in: QUADROS, Fausto de (coord.), *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 245.

<sup>47</sup> ROGERS, W. V. H. *Winfield and Jolowicz on Tort*. 16<sup>th</sup> ed. London: Sweet & Maxwell, 2002, p. 818/819 - “The actual wrongdoer, could, and still can, be sued in his personal capacity. In practice, the Treasury Solicitor usually defended an action against the individual Crown servant and the Treasury as a matter of grace undertook to satisfy any judgment awarded against him for a tort committed in the course of his

que, na Inglaterra, o causador direto do dano podia, e ainda pode, ser acionado pessoalmente. Na prática, o ente público normalmente intervem na demanda para defender seu funcionário e muitas vezes chama a si a responsabilidade pelo pagamento dos danos ao qual seu funcionário foi condenado.

Markesinis e Deakin igualmente esclarecem que os agentes públicos ingleses não gozam de imunidade quanto à responsabilidade civil. Fazem eles referência à antiga lição do clássico A. Dicey<sup>48</sup>, que dizia que essa característica do direito inglês de responsabilizar os funcionários públicos pelos seus atos danosos visava evitar abuso e excesso de poder por parte deles, submetendo-os às mesmas regras que qualquer cidadão, em homenagem ao Estado de Direito (rule of law).<sup>49</sup>

Voz parcialmente discordante provém de Carol Harlow<sup>50</sup>, que, referindo-se ao direito inglês, refere que sustenta que

---

employment”.

<sup>48</sup> DICEY, A. V. *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), 1979 reprint, p. 193.

<sup>49</sup> MARKESINIS, Basil S.; DEAKIN, Simon F. *Tort Law*. 3<sup>rd</sup> ed. New York: Oxford University Press, 1996: “Public authorities, their agents, and employees enjoy no general immunity from civil liability. The Victorian constitutional theorist A. V. Dicey, noting that ‘the Reports abound with cases in which officials have been brought before the courts, and made, in their personal capacity, liable to punishment, or to the payment of damages, for acts done in their official character but in excess of their lawful authority’, regarded this general application of the ‘ordinary’ principles of civil liability as a fundamental aspect of the rule of law” (p. 326).

<sup>50</sup> HARLOW, Carol. *State Liability – Tort Law and Beyond*. New York: Oxford University Press, 2004: “it is no longer public *servants* but public *services* and public *authorities* that we want to hold accountable and whose funds we want to access.” (...) “This steady expansion of state power has come together with the trend in modern tort law that I have been describing to replace *personal* liability by an *impersonal* set of non-delegable obligations vested in systems, corporations, and institutions”. (p. 23). “Dicey, who wrote before the modern systematization of judicial review, viewed the tort action as the *primary* means of calling officials to account. Although he did not explicitly say so, he clearly assumed that the threat of personal responsibility to the courts deterred public officers from abuse of power” (p. 23). “A more up-to-date theory of deterrence is that of Schuck (P. Schuck. *Suing Government: Citizen Remedies for Official Wrongs*. New Haven: Yale University Press, 1983, p. 16-25), who believes the award of damages against public officials creates ‘perverse incentives’. Agencies,

não mais os servidores públicos, mas o serviço público e autoridades públicas é que devem ser responsáveis. Entende ela que a tendência da moderna responsabilidade civil é no sentido de substituir a responsabilidade pessoal do agente pela responsabilidade impessoal das instituições, pois são essas que tem melhores condições de evitar que seus funcionários pratiquem atos danosos.

É hora de concluir.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A partir desta revisão da doutrina e jurisprudência a respeito do tema, no Brasil e no direito comparado, percebe-se que há uma clara divisão. De um lado posicionam-se aqueles que entendem ser o agente público parte legítima para uma demanda de reparação dos danos por ele culposamente causados. Quem assim pensa, entende que cabe à vítima – sujeito preferencial da responsabilidade civil – optar por ajuizar a demanda só contra o agente causador dos danos, contra ele e o ente público, em litisconsórcio, ou somente contra o ente público. Há vantagens e desvantagens em cada uma dessas opções e cabe à vítima sopesá-las e fazer sua escolha, já que é a parte mais diretamente interessada.

Os defensores do entendimento que prega a ilegitimidade passiva do agente público sustentam que o sistema jurídico adota o regime da dupla garantia. De um lado, protege a vítima, prevendo a responsabilidade objetiva do ente público, com garantia de solvência. Por outro lado, também protege o agente público, entendendo que este, prestando serviço público, não pode pessoalmente vir a ser responsabilizado pelos seus atos. Na hipótese de causar danos, por ele responde o ente público. Este, absorvendo o prejuízo, analisará a situação para verificar se seu agente

---

rather than individual actors, are best equipped to deter and should be held responsible” (fl. 24)

causou o dano por dolo ou culpa e, nesse caso, demandará regressivamente contra ele. Sob essa ótica, garante-se a vítima, mas também o agente público.

No direito comparado, predomina a posição que defende a legitimidade passiva do funcionário público, de forma clara na Espanha, e com nuances e muitas exceções, na Inglaterra e nos Estados Unidos.

De nossa parte, entendemos que os melhores argumentos estão do lado da corrente que sustenta a legitimidade passiva do agente público para responder por seus atos.



#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- ALPA, Guido. *Trattato di Diritto Civile*, vol. IV, *La responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1999.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BESSONE, Mario. “Problemi attuali della responsabilità civile”. In: Francesco Macioce (org.), *La responsabilità civile nei sistemi di Common Law*, vol. I, *Profili generali*. Padova: Cedam, 1989.
- BEVILAQUA, Clávis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Liv. Francisco Alves, 1976.
- BRUNINI, Weida Zancaner. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: RT, 1981.
- CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 4<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira de. *Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão*. Brasília: Gazeta

- Jurídica, 2014.
- DALLARI, Adilson. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*. São Paulo: RT, 1976.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Atlas, 2000.
- DOBBS, Dan D. *The Law of Torts*. St. Paul/Minn.: West Group, 2000.
- GARCIA, António Dias. “Da Responsabilidade Civil Objectiva do Estado e Demais Entidades Públicas”, in: QUADROS, Fausto de (coord.), *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1995.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GIRGENTI, Angela; SPAGNOLO, Santo. *La responsabilità aquiliana della pubblica amministrazione*. Milano: Giuffrè, 2016.
- HARLOW, Carol. *State Liability – Tort Law and Beyond*. New York: Oxford University Press, 2004.
- HUSSON, Leon. *Les Transformations de la Responsabilité*. Paris : P.U.F., 1947.
- ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños. Tomo III – El acto ilícito*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Ed., 2006.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo : Saraiva, 2005.
- JUSTEN FILHO, Marçal. “Responsabilidade do Estado”. In: FREITAS, Juarez (org.), *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo : Malheiros, 2006.
- KEETON, W. Page; DOBBS, Dan D.; KEETON, Robert E.; OWEN, David G. *Prosser and Keeton on Torts*, 5<sup>th</sup> ed.. St. Paul/Minn.: West Group, 2004
- KIONKA, Edward J. *Torts*. 2<sup>nd</sup> ed. St. Paul/Minn: West Publishing, 1992.

- LARENZ, Karl. *Derecho Justo. Fundamentos de etica juridica*. Madrid: Ed. Civitas, 1990.
- LE TOURNEAU, Philippe, *Droit de la Responsabilité et des contrats*. Paris : Dalloz, 2010.
- MARKESINIS, Basil S.; DEAKIN, Simon F. *Tort Law*. 3<sup>rd</sup> ed. New York: Oxford University Press, 1996.
- MAZEAUD & MAZEAUD (Henri, León e Jean). *Leçons de droit civil*. Paris : Ed. Montchrestien, 1956.
- MEDEIROS, Rui. *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MESQUITA, Maria José Rangel de. “Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública”, in: QUADROS, Fausto de (coord.), *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1995.
- MONATERI, Pier Giuseppe. *La Responsabilità Civile*, volume do *Trattato di Diritto Civile* (dir. de Rodolfo Sacco), *Le Fonti delle Obbligazioni*, vol. 3. Torino: UTET, 1998.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 5<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo Bercovitz (dir.), *Responsabilidad Extracontractual – Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Pamplona: Civitas / Thomson Reuters, 2010.
- RODRIGUES, Luís Barbosa. “Cinco Estados das Comunidades Europeias”, in: QUADROS, Fausto de (coord.), *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1995.
- ROGERS, W. V. H. *Winfield and Jolowicz on Tort*. 16<sup>th</sup> ed. London: Sweet & Maxwell, 2002.

- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 14<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SILVA, José Luís Moreira da. “Responsabilidade Civil da Administração Pública por Actos Ilícitos”, in: QUADROS, Fausto de (coord.), *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1995.
- STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- WALD, Arnold. *Influence du droit français sur le droit brésilien dans le domaine de la Responsabilité civile*. Rio de Janeiro : Dep. de Imprensa Nacional, 1953.