

A APLICAÇÃO DA DISREGARD OF LEGAL ENTITY DOCTRINE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Julio Pinheiro Faro^(*)

Marcelo Sant'Anna Vieira Gomes^(**)

Fecha de publicación: 31/03/2012

Resumo: A teoria da desconsideração da personalidade jurídica é um tema que permite relevantes considerações sobre sua aplicação. Esse artigo lida com a aplicação dessa teoria à questão da responsabilidade extracontratual do Estado, propondo-se a sua aplicação à administração pública, responsabilizando-se diretamente o servidor, ao invés de onerar o patrimônio público, e, assim, a sociedade.

Palavras-chave: Desconsideração da personalidade jurídica. – Administração pública. – Responsabilidade estatal.

Abstract: The disregard doctrine allows relevant considerations about its application. This article deals with the application of such theory to the State liability, proposing the direct responsibility of the public server, instead of putting a burden on the public patrimony, and thus on the society.

Keywords: Disregard doctrine. – Public administration. – State liability.

^(*) Mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV); Secretário-Geral da Academia Brasileira de Direitos Humanos (ABDH); Advogado e Consultor Jurídico. E-mail: julio.pfhs@gmail.com

^(**) Pós-Graduando em Processo Civil pela FDV; Professor-Assistente na FDV; Servidor Público Federal. E-mail: mrsantanna@yahoo.com.br

1. Introdução

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica é tema que traz relevantes considerações sobre sua aplicação e que leva, igualmente, fundamentais consequências e diretrizes à atuação das pessoas sob o manto, antes inquebrável, da pessoa jurídica. Tendo início, no Brasil, timidamente em 1966 com uma previsão muito específica no CTN, houve uma considerável evolução da doutrina culminando com a previsão no atual CC. Se as fraudes não reduziram – seja devido à criatividade humana, para o bem e para o mal, para o ilegal e para o legal, seja devido às vistas grossas de alguns aplicadores do direito – pelo menos se estabeleceu um mecanismo que possibilita sua redução.

Este breve ensaio tem como proposta apresentar a doutrina desconsideração da personalidade jurídica (seção 2), para em seguida lidar com o tema da responsabilidade extracontratual do Estado (seção 3), a fim de se poderem trazer as considerações acerca da possibilidade de aplicação daquela doutrina à administração pública, permitindo-se a responsabilização direta do servidor público (seção 4). E, ao fim será apresentada a conclusão permitida pelas reflexões anteriores (seção 5).

2. “Disregard of legal entity doctrine”

Aquilo a que se chama na *common law* de *disregard of legal entity doctrine* foi adotado no direito brasileiro sob o nome de *desconsideração da personalidade jurídica*. Embora, seja preciso, de início, destacar sua importância e seus contornos dentro da responsabilidade contratual, que é onde geralmente incide, não há dúvidas sobre sua aplicação em sede de responsabilidade aquiliana. E, além disso, embora sua aplicação mais frequente se dê na esfera privada, é indubitável sua aplicabilidade na esfera pública.

No Brasil, há arraigada no comportamento da sociedade uma norma costumeira que propugna pelo jeitinho. Expressão esta que é vista, nos meios de comunicação internacionais, como um ponto negativo da sociedade brasileira, no sentido de que, generalizando, seus membros seriam especialistas em driblar as normas jurídicas. Trata-se daquilo que na prática já se convencionou há muito tempo chamar de malandragem¹.

É inserido nesse contexto que se pode começar a delinear a aplicação da *teoria da desconsideração da personalidade jurídica*: uma forma de

¹ Chama atenção a *Ópera do Malandro*, produzida por Chico Buarque em 1986. Dentre as várias canções, a que se destaca, justamente por retratar o perfil do malandro é a que leva o nome *O Malandro*.

impedir a malandragem, o uso de artifícios fraudulentos com o intuito de obtenção de vantagens pessoais com o dinheiro ou a ingenuidade alheia. Tal teoria foi incorporada no ordenamento jurídico brasileiro com o objetivo de se evitar que indivíduos fizessem o mau uso das pessoas jurídicas constituídas por eles próprios como uma forma de encobrir fraudes. E, nesse sentido, trouxe uma grande evolução ao tratamento dado às pessoas jurídicas de direito privado², já que uma coisa é patrimônio dos sócios, outra, o patrimônio da pessoa jurídica. Nestes termos, e em simples linhas, a teoria propugna que caso haja cometimento de determinado ato ilícito, em relação ao qual a lei permita a utilização dessa teoria, desconsidera-se a pessoa jurídica, para que seja possível a aplicação da sanção adequada a coibir aquele ato.

Costuma-se citar³ como casos paradigmáticos dessa teoria o julgamento dos casos *State v. Standard Oil Company* pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1892 e *Salomon v. Salomon Co. Ltd.* pela Câmara dos Lordes na Inglaterra em 1897⁴.

Buscando inspiração na legislação e na prática comparadas, o legislador brasileiro, em 1966, com a publicação do CTN, inseriu no sistema jurídico nacional, ao que parece, a primeira permissão legal para que os sócios de sociedade empresarial respondessem, nos atos em que tenham intervindo ou nas omissões em que tenham sido responsáveis, com *seus próprios patrimônios* pelos débitos daquela. Passou-se, portanto, a utilizar como fundamento legal para que se desse a desconsideração da personalidade jurídica, embora apenas em caso de liquidação da sociedade empresária, o art. 134, VII, do CTN⁵.

² SANTOS, Osmone Antonio dos. A desconsideração da personalidade jurídica (*Disregard Doctrine*). *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, v. 11, n. 1, 1999, p. 38.

³ ANDRIGHI, Fátima Nancy. Desconsideração da personalidade jurídica. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br>, com acesso em 08/02/2010.

⁴ No caso do precedente inglês, conta-se que um comerciante, Aaron Salomon, criou, com outros membros de sua família, uma empresa com o intuito de limitar sua responsabilidade. Assim, além de deter quase todas as ações da empresa, o comerciante teria um crédito garantido pela empresa no valor de 10 mil libras esterlinas. Com a liquidação da empresa, verificou-se que o seu patrimônio era insuficiente para satisfazer tanto o crédito preferencial de Salomon quanto o dos credores quirografários. Contudo, o liquidante arguiu que tal empresa não era senão extensão da atividade comercial individual de Salomon e que este a teria constituído para limitar sua responsabilidade, devendo, pois, responder também com o seu patrimônio pelas obrigações contraídas por ela. A Câmara dos Lordes decidiu que a empresa fora validamente constituída, não podendo, no entanto, servir a pessoa jurídica para acobertar os atos de seus sócios. Ver, para mais detalhes sobre o caso: Rubens Requião, “Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica”, *Revista dos tribunais* 410/18, 1969. Para uma análise do caso, ver: VILLALTA PUIG, Gonzalo. A two-edged sword: Salomon and the separate legal entity doctrine. Disponível em: <http://www.murdoch.edu.au/elaw>, com acesso em 07/02/2010.

⁵ Art. 134, VII, do CTN: “Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis: VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas”.

Depois disso, o legislador inseriu uma previsão mais abrangente e menos tímida no §5º do art. 28 do CDC, pelo qual se possibilitou ao magistrado, no enfrentamento do caso concreto que lhe for apresentado, desconsiderar a personalidade jurídica, caso tenha sido cometido algum ato ilícito ou abuso em face do consumidor, e também em caso de falência, insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má gestão⁶.

Na mesma linha do CTN e do CDC veio o art. 4º da Lei 9.605/1998, pelo qual se estabeleceu a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica sempre que esta funcionar como um entrave para o ressarcimento de prejuízos causados ao meio ambiente.

Por fim, consolidando a aplicação da teoria no sistema normativo brasileiro, o art. 50 do Código Civil (CC), o qual permite que ante o “abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da empresa jurídica”.

Isso permite concluir que são dois os casos previstos no ordenamento jurídico que possibilitam a desconsideração da personalidade jurídica: o desvio de finalidade e a confusão de patrimônios. Entendendo-se o primeiro como o desvirtuamento do objeto social da sociedade empresária, mediante, inclusive, o cometimento de atos ilegais⁷; e o segundo como aquela situação em que o ato constitutivo da sociedade não previu a separação patrimonial⁸. Portanto, desconsiderada a personalidade jurídica em virtude de pelo menos uma das duas causas, *o patrimônio do sócio* passa a responder diretamente pelos débitos da sociedade empresária.

Além das previsões legais, a doutrina e a jurisprudência têm evoluído no sentido de conferir melhores contornos à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, e, inclusive, criando novas interpretações para o art. 50 do CC⁹. Não obstante, tem-se falado inclusive

⁶ Art. 28, cabeça e §5, do CDC: “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”; “§5º. Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 208-209.

⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.*, p. 209.

⁹ Assim se podem citar os enunciados aprovados nas Jornadas de Direito Civil do STJ. É o caso, por exemplo, no caso da I Jornada, do enunciado 51 – segundo o qual, mesmo com a previsão no CC, deveriam ser mantidos os parâmetros legais e jurídicos já estabelecidos sobre o tema – e o enunciado 07 – pelo qual a desconsideração seria aplicada apenas no caso de prática de ato irregular e limitada àqueles administradores ou sócios que o tenham praticado. Da III Jornada destaca-se o enunciado 146, pelo qual

que tal teoria poderia ser vista sob duas perspectivas: uma direta e outra indireta (inversa). A primeira, resultante da leitura do art. 50 do CC, é a teoria original, a partir da qual é possível, em demanda contra a empresa, desconsiderar a personalidade jurídica desta para que seus sócios sejam responsabilizados. A segunda, resultante da leitura *a contrario sensu* do art. 50 do CC, é chamada de *teoria inversa*, que permite que, em demanda contra sócio ou dono da empresa, seja o patrimônio jurídico desta atingido pela responsabilização¹⁰.

É possível, assim, perceber o avanço trazido pela teoria da desconsideração da personalidade jurídica ao ordenamento jurídico ao procurar garantir a probidade e a transparência de todas as atividades da pessoa jurídica, bem como a lisura de seus sócios. Apesar disso, muito se questiona se é possível sua aplicabilidade no âmbito da administração pública, e, principalmente, em caso de responsabilidade extracontratual.

3. Responsabilidade extracontratual do Estado

A responsabilidade extracontratual tem um conceito intuitivo decorrente de sua própria nomenclatura. O sufixo latino *extra* designa em geral a qualidade daquilo que se situa fora de algo, no caso, fora de contrato. De aí que se entenda extracontratual como aquilo para o que não concorra a realização de contrato. Logo, conseqüentemente, tem-se que a responsabilidade extracontratual é aquela que não deriva de contrato.

No direito privado, o dispositivo legal genérico é o art. 186 do CC que assim dispõe: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Vê-se, portanto, que não há aqui uma relação necessária entre o direito de uma parte e a obrigação de outra como ocorre quando há um contrato. Na responsabilidade extracontratual, também chamada aquiliana¹¹, o que há é o descumprimento pelo agente de

os parâmetros estabelecidos no art. 50 do CC deveriam ser interpretados restritivamente, sem que o conceito fosse indevidamente ampliado para assegurar as conveniências de cada caso.

¹⁰ Neste sentido, ver o interessante precedente judicial brasileiro julgado pela 29ª Câmara do TJSP, no AI 1.198.103-0/0, nos autos da ação de cobrança de honorários advocatícios que *Manuel Alceu Affonso Ferreira Advogados* promoveu contra *Carlos Alberto de Oliveira Andrade*, este sócio-controlador e dono das sociedades Hyundai Caoa do Brasil Ltda. e Caoa Montadora de Veículos S/A (ação originária 33.453/01).

¹¹ Aquília, de acordo com De Plácido e Silva, “era a denominação dada a uma lei de ordem penal, vigorante entre os romanos, tomando esse nome de Lúcio Aquílio, tribuno do povo no ano de 572 da fundação de Roma, que foi quem a propôs ao povo, obtendo a sua aprovação e sanção. A *Lei Aquília* possuía um duplo objetivo: a) assegurar o castigo à pessoa que causasse um dano a outrem, obrigando-a a ressarcir os prejuízos dele decorrentes; b) punir o escravo que ocasionasse algum dano ao cidadão ou ao gado de outrem, fazendo-o reparar o mal causado. O Direito Moderno ainda mantém em vigência leis que possuem semelhante objetivo, pelo qual, na prática dos atos ilícitos, o agente não só é passível das imputações criminais reservadas à prática de tais atos, como autoriza o ofendido ou a família deste a

um dever legal ou constitucional que não se contrapõe necessariamente a um direito.

Ainda no CC há dois artigos que devem ser observados. O primeiro é o art. 187: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. E o segundo, o art. 927, *caput*: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Verifica-se, por este trio de artigos, especialmente por este último, que haverá responsabilidade extracontratual sempre que um ato ilícito for praticado e causar dano a outrem. Assim, tem-se a necessidade de que haja um nexo de causa e efeito entre o ato ilícito (causa) e o dano (efeito).

Nisto há que diferenciar dois tipos básicos de responsabilidade: o subjetivo e o objetivo. Os nomes são elucidativos. No tipo subjetivo há que se pesquisar e provar que o agente que praticou o ilícito o fez dolosa ou culposamente (art. 186, CC), e, se for o caso, se essa prática excedeu aquilo que dele se podia razoavelmente esperar (art. 187, CC), além de provar que o ato deu causa ao dano causado. No tipo objetivo é necessário apenas que a legislação preveja se tratar de responsabilidade objetiva ou que a atividade normalmente praticada pelo agente produzir por sua natureza riscos¹², e que fique provado o nexo de causa e efeito entre o ato ilícito e o dano; assim, o parágrafo único do art. 927 do CC: “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

O parágrafo único do art. 927 do CC repete o §6º do art. 37 da CRFB¹³, que representa, na ordem jurídica brasileira, o estágio final de evolução da responsabilidade extracontratual estatal. Além disso, pode-se verificar que as teorias civilistas foram de suma importância para que essa evolução atingisse seu atual nível. Portanto, pode-se desde logo afirmar que o estudo da responsabilidade extracontratual do Estado passou historicamente por diversas fases, as quais resultaram na formação de várias teorias. O objetivo aqui é fazer um apanhado geral de tais doutrinas, explicitando suas

exigir indenizações resultantes dos prejuízos que o ato ocasionou, seja em virtude das despesas que foi obrigado a fazer, como pelos lucros cessantes, em decorrência do ato criminoso”. Ver: DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 74.

¹² Pode-se citar como exemplo o art. 4º da Lei 6.453/77: “será exclusiva do operador da instalação nuclear, nos termos desta Lei, independentemente da existência de culpa, a responsabilidade civil pela reparação de dano nuclear causado por acidente nuclear (...)”.

¹³ Art. 37, §6, CF: “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”.

principais características, a fim de que se possa ter um retrato de como evoluiu a questão da responsabilidade extracontratual do Estado.

A primeira das teorias, surgida no estado romano antigo e perpetuada até a ruína do Estado absolutista, trabalhou com bastantes justificativas. Dentre elas pode-se citar a ideia de que o Estado não poderia ser responsabilizado por atos de seus agentes, já que estes atuavam em prol do bem comum e em nome da sociedade, o que permitiria arguir que o dano impingido a um dos administrados deveria ser considerado como tendo sido praticado por todos, devendo, então ser suportado por todos¹⁴. Outra justificativa, mais comum durante o Antigo Regime, era de que o rei, representante máximo do Estado, isto é, enquanto soberano, não poderia errar, sendo, por isso, irresponsável diante de atos de seus agentes – daí as máximas, “the King can do no wrong” (o rei não pode errar), “le roi ne peut mal faire” (o rei não pode fazer o mal) e “quod principi placuit habet legis vigorem” (aquilo que agrada o príncipe tem força de lei)¹⁵.

Com a ruína do Estado absoluto, a *teoria da irresponsabilidade* perdeu espaço ante a constatação de que o Estado enquanto pessoa jurídica que, através de servidores próprios, representa a sociedade possui tanto direitos quanto obrigações, podendo exigir o cumprimento daqueles (responsabilizar) e, concomitantemente, dele se podendo exigir o adimplemento destas (ser responsabilizado). Entretanto, não foram todos os países que abandonaram a ideia da irresponsabilidade do Estado. Há notícias de que em Portugal a doutrina foi abandonada apenas em 1930¹⁶, nos Estados Unidos em 1946¹⁷ e na Inglaterra em 1947¹⁸. Também há

¹⁴ WILLEMAN, Flávio de Araújo. A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e o código civil de 2002 (lei nacional n. 10.406/2002). In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (coord.). *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 345-346.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 619.

¹⁶ MIRANDA, Jorge. A constituição e a responsabilidade civil do estado. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, 2003, p. 98: apesar de uma exceção – quanto à responsabilidade por erro judiciário (art. 2.403 do Código Civil de 1867) –, “só tardiamente, tal como noutros países, viria a responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas a surgir, acompanhando os progressos da doutrina e das leis. Surgiria, primeiro, com a reforma do Código Civil feita em 1930 (donde, o novo art. 2.399) e com o Código Administrativo de 1936 (arts. 366 e 367). E viria a ter uma expressão regulamentadora *ex professo*, quanto à Administração Pública, no Decreto-Lei 48.051, de 21 de novembro de 1967”.

¹⁷ É de se consultar o “Federal Tort Claims Act” (FTCA), que é um estatuto pelo qual os Estados Unidos autorizam processos de responsabilidade civil contra o próprio Estado, salvo algumas exceções. O FTCA foi promulgado em 1946, permitindo que o Estado fosse responsabilizado por certos atos, praticados negligente ou indevidamente, ou omissões de seus servidores.

¹⁸ No caso inglês, há o “Crown Proceeding Act” de 1947. Neste sentido, consultar: JAIN, Kamla. State liability in tort: need for legislation. *Central India Law Quarterly*, vol. 10, n. 1, 1997, pp. 109-110. De acordo com o autor indiano, o Reino Unido, em 1947, considerando que o princípio da imunidade da Coroa baseada na antiga noção feudalista de que o Rei não agia erroneamente estava ultrapassado, editou o “Crown Proceeding Act”, sujeitando a Coroa a processos de responsabilidade civil.

notícias de que o Brasil não conheceu dessa fase, já que a sua Constituição imperial reconhecia a responsabilidade civil pessoal do servidor público¹⁹.

A primeira teoria que surgiu com essa perda de vigor, veio ainda no bojo da teoria da irresponsabilidade, podendo ser chamada de teoria da responsabilização indireta do Estado. Nesta esteira, afirma-se²⁰ que não havia, contudo, completa ausência de proteção dos súditos. A responsabilização poderia ocorrer se houvesse previsão em lei específica, se a gestão do domínio privado do Estado causasse danos, bem como se as coletividades públicas engendrassem algum tipo de dano, além do que se permitia o acionamento judicial dos prepostos do Estado, desde que houvesse autorização prévia deste, a fim de que o lesado buscasse o ressarcimento contra o servidor estatal que praticou ato ilícito ou antijurídico²¹. Fadada ao fracasso, tal teoria não vingou, já que ou o Estado não autorizava o processamento de seu servidor ou quando o fazia este já não tinha como ressarcir o prejudicado dos danos sofridos²².

Superada, de forma geral, esta primeira fase, buscou-se aplicar a teoria civilista da responsabilidade com culpa (subjéctiva) ao Estado. Assim, admitia-se que a pessoa jurídica de direito público fosse responsabilizada, desde que atendidos dois requisitos: que o servidor tivesse praticado ato de gestão e que a sua culpa fosse apurada²³. Esta teoria também nasceu fadada ao rápido óbito, pois o indivíduo lesado tinha de provar que o servidor tinha tanto praticado ato de gestão quanto tido o intuito de lesar²⁴. Ainda com a aplicação da teoria civilista no âmbito do direito público, procurou-se justificar a possibilidade de responsabilização do Estado a partir da *culpa in eligendo* (culpa quanto à escolha) e da *culpa in vigilando* (culpa quanto à vigilância). Entretanto, isso se revelou apenas perfumaria, já que o lesado, de uma forma ou de outra, continuava tendo sofrido um dano provocado por servidor público, independente da motivação que se buscasse conferir.

¹⁹ Isto se pode ver no art. 179, XXIX, da Constituição de 1824: “os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercício das suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis os seus subalternos”.

²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 955.

²¹ WILLEMAN, Flávio de Araújo. Op. cit., pp. 346-347.

²² SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do estado intervencionista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 131.

²³ WILLEMAN, Flávio de Araújo. Op. cit., p. 349.

²⁴ Aí estavam dois problemas difíceis de resolver por quem quisesse ser indenizado. O primeiro, provar o intuito de lesar do agente, ou seja, provar a culpa. O segundo, saber o que é ato de gestão. Este era tanto mais complicado pois se trabalhava com a distinção entre ato de império e ato de gestão, de modo que se o agente praticava ato de império, não cabia o pedido indenizatório. Além disso, cumpre reforçar que tanto o ato de império quanto o ato de gestão são atos praticados por agentes em nome do Estado, o que já tornava ainda mais difícil resolver o impasse favoravelmente ao prejudicado.

Deixando de lado a influência civilista no direito público, surgem, por obra da jurisprudência francesa, duas teorias baseadas na culpa²⁵. A primeira, denominada *teoria da culpa anônima*, pela qual ante a impossibilidade de se identificar o servidor público que agira culposamente, impunha-se ao Estado o dever de indenizar o cidadão. Na trilha dessa teoria, criou-se a *teoria da falta (culpa) do serviço*, pela qual o Estado era responsabilizado a partir da demonstração de que não havia agido adequadamente na prestação de seus serviços. No Brasil, estas teorias²⁶ foram aplicadas até o advento do atual CC.

Também é devida à práxis francesa a superação das teorias da responsabilidade civil baseada na culpa em prol da teoria da responsabilidade civil sem culpa²⁷. Por essa teoria a atividade desenvolvida pelo Estado traria sempre um risco a seus administrados para o benefício deles próprios, de maneira que “todos deveriam ser co-responsáveis socialmente pelos danos que a atividade administrativa causasse a terceiros²⁸”.

No Brasil, a teoria da responsabilidade civil sem culpa (objetiva) ou, ainda, do risco administrativo apareceu, pela primeira vez, e definitivamente, no art. 194, caput e parágrafo único da CF de 1946²⁹, repetindo-se no art. 105 e parágrafo único da CF de 1967³⁰, no art. 107 e

²⁵ O caso paradigmático para o surgimento das teorias baseadas na culpa administrativa, ou seja, a teoria da culpa anônima e a teoria da falta do serviço é o caso Blanco (1873). Neste caso, Jean Blanco, em 24 de janeiro de 1872, ajuizou, perante o tribunal civil de Bordeaux, uma ação contra o Estado e quatro de seus servidores pelo ocorrido em 03 de novembro de 1871, quando sua filha Agnès Blanco, de pouco mais de cinco anos, ao passar pela via pública diante do entreposto de tabacos teve sua coxa amputada por um vagão empurrado pelos servidores de dentro do entreposto. Na decisão do Tribunal dos Conflitos de 08 de fevereiro de 1873, ficou decidida pela responsabilidade do poder público em virtude da imprudência dos empregados do Estado em regime de solidariedade. Concluindo, por fim, que tal responsabilidade que se pode incumbir ao Estado não é regida pelos princípios estabelecidos no Código Civil, e sim por regras especiais. Ver a sentença do aresto Blanco em: <http://www.legifrance.gouv.fr>; acesso em 13/01/2010.

²⁶ É, ademais, como se pode verificar, muito próxima a caracterização das duas teorias baseadas na culpa administrativa. Em uma há a prestação do serviço com uma falta que não pode ser identificada, enquanto em outra o serviço não é prestado ou é prestado como não deveria ser, não havendo culpa de qualquer agente. Neste sentido, ver: DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, vol. II, p. 623.

²⁷ Enquanto o aresto Blanco (1873) forneceu as bases para as teorias fundadas na culpa administrativa, o aresto Anguet (1911) serviu como *leading case* para a teoria do risco administrativo, como, ademais, se pode observar, dentre outros, em: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma história do direito administrativo: passado, presente e novas tendências. *Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região*, n. 59, 2005, p. 35.

²⁸ WILLEMANN, Flávio de Araújo. Op. cit., p. 352.

²⁹ Diz o *caput* do artigo: “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”. E o seu parágrafo único: “cabere-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”.

³⁰ Diz o *caput* deste artigo: “as pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”. E seu parágrafo único: “cabereá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo”.

parágrafo único da CF de 1969³¹ e no art. 37, §6º, da CRFB de 1988³². Verifica-se, portanto, que em matéria de evolução da responsabilidade extracontratual estatal o sistema constitucional brasileiro adota a mesma teoria há pouco menos que 65 anos³³.

Assim, no atual estágio de evolução experimentado pela maioria³⁴ dos países acerca da responsabilidade extracontratual estatal é imperioso delinear o que se entende por responsabilidade extracontratual do Estado. Salvo melhor doutrina, trata-se de tipo de responsabilidade em que se “impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las³⁵”. Essa responsabilidade pode advir da prática de atos lícitos ou ilícitos e mesmo da ocorrência de omissões em quaisquer das esferas de poder estatal (administrativa, executiva, jurisdicional e legislativa).

Na forma do §6º do art. 37 da CRFB podem ser levantados os elementos que devem estar presentes para fins de responsabilização extracontratual do Estado. Assim: que alguém sofra um dano material ou moral; que este dano seja causado por servidor do Estado ou por agente que trabalhe para empresa privada prestadora de serviço público; que este servidor ou agente esteja no exercício de suas funções. Há que se notar que o dolo e a culpa não fazem parte desse rol. Isso decorre da desnecessidade de que a vítima do dano comprove o tipo de intenção do agente ao lhe impingir o prejuízo. Tal conclusão advém do próprio dispositivo constitucional, que assegura ao Estado ou à pessoa de direito privado prestadora de serviço público o

³¹ Diz o *caput* do referido artigo: “as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros”. Acrescendo o seu parágrafo único: “cabera ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo”.

³² Diz o citado dispositivo: “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”.

³³ Comentando a Constituição de 1946, Themistocles Brandão Cavalcanti escreveu: “ao contrário do que dispunham as Constituições de 1934 e 1937 adotando o princípio da solidariedade, a Constituição vigente preferiu a ação regressiva do Estado contra o funcionário, uma vez condenada a Fazenda”. E completou: “não preferiu a Constituição nenhuma das doutrinas existentes sobre responsabilidade civil do Estado, exigiu apenas que o funcionário tenha agido no exercício de suas funções. A ação regressiva pressupõe a culpa do funcionário, o seu procedimento contrário ao direito, a falta de atenção ou mesmo de cuidado, isto é, a negligência, a imperícia ou o dolo na prática do ato lesivo”. Consultar: CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A constituição federal comentada*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1953, vol. IV, p. 203

³⁴ Diz-se maioria porque nos Estado Unidos, por exemplo, a responsabilidade é subjetiva, como noticia Di Pietro: “nos Estados Unidos, em grande parte dos casos, o particular pode acionar diretamente o funcionário, admitindo-se, em algumas hipóteses, a responsabilidade direta do Estado, porém, desde que haja culpa, apurada da mesma maneira e tão amplamente como a de um particular em iguais circunstâncias”. Ver: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Op. cit., p. 619.

³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 560.

direito de regresso contra o seu servidor ou agente, se comprovar que este agiu com dolo ou culpa.

Portanto, havendo a comprovação do nexo entre a ação ou omissão do servidor na prática de suas funções e o dano sofrido por alguém, o Estado responderá pelo prejuízo. Contudo, quando *o Estado paga a indenização o faz com dinheiro público*, obtido a partir da própria sociedade ou, ainda, de cada uma das pessoas que dela fazem parte. Assim, a conclusão inevitável é de que *os indivíduos que sofrem um dano causado por um servidor público pagam a sua própria indenização*, situação esdrúxula esta que se pretende atacar com este pequeno ensaio.

4. “Disregard doctrine” e a administração pública

Há certa resistência, notada em virtude da pouca discussão, sobre a possível aplicação da *disregard of legal entity doctrine* a conflitos que envolvam a administração pública³⁶. Como já foi dito (seção 2), a *desconsideração da personalidade jurídica* propõe o entendimento de que a pessoa jurídica, antes vista como um véu que não poderia ser quebrado, não pode funcionar como um meio para o cometimento de fraudes à lei ou ao direito de terceiros pelas pessoas que a compõem. Assim, verificada a fraude, a teoria viabiliza a quebra do véu, a fim de que o patrimônio daquele que agiu fraudulentamente seja atingido, isto é, aquele que agiu por meio fraudulento passa a ser responsável.

Entretanto, em que pese essa inovação trazida pela doutrina da desconsideração, a sua aplicabilidade tem se restringido ao campo da responsabilidade privada, enquanto na responsabilidade pública prefere-se o caminho menos célere, através da ação de regresso. Como o escopo desse estudo é estender essa aplicabilidade à responsabilidade pública o desenvolvimento acerca da evolução da responsabilidade do Estado (seção 3) é imprescindível para visualizar que, pelo *iter* evolutivo da responsabilização estatal, não há motivos que laborem contra a possibilidade de aplicação da *disregard doctrine* em sede de administração pública.

O pouco que se discorre, contudo, nesse sentido ruma em uma única direção: “... afigura-se perfeitamente cabível sua aplicação nas relações jurídicas constituídas entre particulares e Administração Pública, muito embora inexista diploma legal que expressamente disponha nesse sentido. Assim, por exemplo, a *disregard doctrine* pode ser invocada para

³⁶ No mesmo sentido: MONTEBELLO, Marianna. Os tribunais de contas e a *disregard doctrine*. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (coord.). *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 224.

salvaguardar os direitos da Administração Pública no curso de procedimentos licitatórios, caso de verifique que os sócios de uma empresa licitante estão se valendo da personalidade jurídica para encobrir atuação com abuso de direito, fraude à lei ou violação do interesse público³⁷”.

O que se defende aqui é a possibilidade de aplicação da *disregard doctrine* no caso de agentes públicos agindo em nome de pessoas jurídicas de direito público – ou, ainda, da administração pública – sob o véu do interesse público, em conluio ou não com particulares, prejudicarem os interesses da sociedade ou de indivíduos que a compõem.

Embora se possa argumentar que a CRFB no §6º do art. 37 já tenha cuidado da situação – estabelecendo que “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” –, é patente que o dispositivo necessita de uma reforma. E isso por um motivo óbvio: indiretamente são os próprios prejudicados que arcam com a indenização que lhes é paga pela administração pública em virtude do prejuízo.

Atualmente, se o agente público, agindo sob o véu do *interesse público*, pratica ato em benefício de seus interesses, prejudicando o próprio interesse público e, ainda, causando prejuízos a algum indivíduo, o que se tem é que até ficar provada a sua culpa ou o seu dolo, se a persecução disso em algum momento efetivamente ocorrer, quem irá arcar com prejuízo sofrido é o patrimônio social, formado pelos tributos que a sociedade paga ao Estado para que este remunere seus servidores e também realize os seus deveres. E isso quando não acontece o pior: nos casos em que mesmo tendo sido o agente público devidamente identificado e comprovada a sua culpa (ou dolo) não há o ressarcimento do erário, especialmente quando envolvidos interesses políticos e grandes somas de dinheiro.

Nesse pé, se é possível a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica de direito privado para atingir o patrimônio de seus sócios que tenham praticado alguma fraude contra a administração pública em prejuízo do interesse público, há que se reconhecer a possibilidade da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica de direito público para atingir o patrimônio de agentes públicos que tenham praticado fraude contra a administração pública, também em prejuízo do interesse público. Mas, admite-se desde logo, a ideia, apesar de pertinente ao interesse público, não é atraente ao interesse político, que, aliás, tem sido infelizmente e de tantas formas confundido com aquele.

³⁷ MONTEBELLO, Marianna. Op. cit., p. 229.

A aplicabilidade da *disregard doctrine* pode ser verificada no âmbito dos três poderes. No judiciário é possível aplicar a teoria para, por exemplo, responsabilizar os magistrados por demoras processuais, por decisões equivocadas ou por conluíus com uma das partes que provoquem prejuízos a outrem. No legislativo a doutrina pode ter forte presença, por exemplo, em casos de omissão legislativa prejudicial ao exercício de algum direito, ou mesmo em casos de conduta comissiva (ato de legislar) maculada por clara inconstitucionalidade e que traga alguma espécie de prejuízo à sociedade. Por fim, no executivo a tese tem aplicabilidade, por exemplo, principalmente no caso de ausência de prestação de políticas públicas necessárias ou de uso errôneo de instrumentos de política orçamentária.

Apesar de a doutrina em seu encaixe ser ainda relativamente pouca, “a questão da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa assume especial relevância em virtude da convencional compreensão da matéria associada à função jurisdicional, vale dizer, nas esferas consumerista e cível a teoria somente pode ser aplicada por decisão judicial, apenas o juiz, analisando o caso concreto, pode desconsiderar eventual e temporariamente a personalidade jurídica. Portanto, é preciso inicialmente a quebra de paradigma da reserva jurisdicional na aplicação do instituto, em homenagem aos princípios que regem a Administração pública³⁸”. Desta feita, a ausência de previsão nesse sentido não deve servir para embotar a aplicação da teoria e, assim, para evitar prejuízo ao patrimônio econômico da sociedade, ou seja, provocar uma redução do numerário dos cofres públicos. Até porque não há óbice legal para tanto e, tendo em vista os princípios constitucionais que informam a atuação da administração pública, acredita-se que há total pertinência no que tange à aplicação da doutrina nos casos em que exista, por exemplo, abuso de poder por aqueles que tenham algum tipo de autoridade dentro do aparelhamento estatal.

Desta forma, há que se permitir também uma abertura maior, para fazer com que a personalidade jurídica de pessoa de direito público seja

³⁸ FARIAS, Luciano Chaves. A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa. *Revista de Direito do Estado*, n. 11, 2008, p. 297. Embora se refira à aplicabilidade da doutrina da desconsideração em relação às pessoas de direito privado que prestam mediante contrato administrativo serviços ao Estado, o excerto do julgado do STJ referente ao ROMS 15.166/BA tem alguma valia para o que se defende aqui. Na hipótese o STJ assentou que “firmado o entendimento de que a Recorrente foi constituída em nítida fraude à lei e com abuso de forma, resta a questão relativa à possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, na esfera administrativa, sem que exista um dispositivo legal específico a autorizar a adoção dessa teoria pela Administração Pública. (...) A ausência de norma específica não pode impor à Administração um atuar em desconformidade com o Princípio da Moralidade Administrativa, muito menos exigir-lhe o sacrifício dos interesses públicos que estão sob sua guarda. Em obediência ao Princípio da Legalidade, não pode o aplicador do direito negar eficácia aos muitos princípios que devem modelar a atuação do Poder Público” (STJ, *DJ* 08 set. 2003, ROMS 15.166/BA, Rel. Min. Castro Meira).

desconsiderada e que o agente público que age, por exemplo, com abuso de poder ou desvio de finalidade possa ser considerado diretamente responsável, respondendo com o seu próprio patrimônio. Neste sentido, pode-se pensar em alguns exemplos ilustrativos. Assim, resta evidente o abuso de poder, na situação hipotética em que um determinado servidor público, usando de sua condição pública, atue no sentido de promover interesses particulares e com abuso de poder. Pelo entendimento majoritariamente adotado, a tão-só condição de agente público de tal servidor pressupõe que mesmo em caso de sua punição, o Estado é que será o civilmente responsável em uma eventual ação indenizatória, pagando as vítimas com o dinheiro arrecadado da própria sociedade para o re-investimento nela própria através de políticas públicas, por exemplo, o que contribui para prejudicar a realização destas. Assim, só depois de o Estado efetuar o pagamento às vítimas é que poderá, desde que provada culpa ou dolo do referido agente, ajuizar ação de regresso sobre este, para que ele reembolse o erário. Isso é claro, num estado ideal, já que se tem notícia de desvios de enormes somas de dinheiro de vários órgãos públicos que não foram reembolsadas. São mais que comuns os casos em que agentes públicos se utilizam de sua condição de servidor para obter vantagens indevidas. Os exemplos são vivos como bem ilustra a famigerada *batida de carteira*, o *tráfico de influência*, o vedado *nepotismo* e jeito que se encontra para contornar sua proibição, o *nepotismo oblíquo*, dentre tantos outros.

5. Considerações finais

Ante todo o exposto, conclui-se que o modelo atual encontra-se ultrapassado. De fato, há a responsabilidade direta do Estado, que retirará do patrimônio público o quanto para compor a indenização do indivíduo ou da coletividade atingida por conduta (seja comissiva seja omissiva) de servidores públicos; e, ainda, a recomposição do erário só ocorrerá, em tese, somente se, havendo ação de regresso movida pelo Estado contra o seu servidor, ficar provada culpa ou dolo deste. Nota-se, portanto, que existe certa condescendência da própria ordem jurídica em relação ao servidor público que age fora ou contra a lei.

Diante disso, a proposta aqui defendida é de que a responsabilidade direta seja do servidor público. Como o Estado é um prestador de serviços, o servidor público atua como um representante desse grande fornecedor, devendo agir conforme princípios como, por exemplo, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, razoabilidade e proporcionalidade.

Neste sentido, se o Estado aponta uma série de normas que o seu servidor deve observar e este, no exercício de sua função, delas se desvia

não se pode dizer que houve *culpa in eligendo* ou mesmo *culpa in vigilando* por parte do Estado, já que salvo alguns casos, a maioria dos servidores públicos é, em tese, servidor de carreira, previamente aprovado em concurso público (por exemplo, art. 37, II e V, da CF), ou seja, entrou para os quadros do Estado por seu próprio mérito. Assim, a responsabilidade do Estado devia ser no máximo subsidiária, isto é, aciona-se o Estado apenas se o patrimônio do servidor for insuficiente para atender o quanto indenizatório, ou se o servidor público, quando processado, provar que não agiu com culpa nem com dolo, na forma alegada pelo peticionário.

Aplica-se, pois, aproveitando o atual modelo, sem que seja necessária uma grande reforma, a desconsideração da personalidade jurídica da pessoa jurídica de direito público a que o servidor público se vincula, atingindo o patrimônio deste, sem prejuízo das demais penalidades de ordem criminal e administrativa, e alcançando-se o patrimônio público apenas nos casos de incomprovada culpa ou dolo do servidor, ou de insuficiência de seu patrimônio. Afinal, a razão de ser da responsabilidade é fazer com que o indivíduo se conscientize da necessária retidão em suas condutas, de aí porque é o seu patrimônio que sofre a perda. A *disregard doctrine* nada mais é do que a confirmação disso: ao invés de se atingir o patrimônio social (societário ou público), atinge-se o patrimônio pessoal.