

# O Livre Provimento de Cargo Público e a Culpa *In Eligendo*

\* Ruy Ricardo W. Harten Júnior

A presente exposição busca enfrentar a seguinte indagação: qual a responsabilidade da autoridade que nomeou servidor para cargo de provimento livre, relativamente a atos ilícitos por este praticado?

Certo é que os ocupantes de cargos públicos de provimento livre são agentes públicos; devendo, pois, observar os deveres impostos pelo exercício do cargo. Se suas funções não são desempenhadas de conformidade com o delimitado legalmente, caberá responsabilização. O fato do provimento do cargo ser livre não afasta as obrigações impostas ao seu ocupante nem tampouco as transfere para a autoridade que procedeu à sua nomeação. O exercício bem como as obrigações a ele inerentes são de caráter estritamente pessoal.

De outra parte, a autoridade a quem se atribui a competência para nomear age no interesse público. A nomeação não vem a satisfazer um móvel pessoal. Antes, é a lei que determina ser o provimento livre. A relação de confiança, que caracteriza nomeações na espécie, reveste-se de essencialidade por força da lei. Em suma, a competência em tela não é instituída em benefício da autoridade superior, mas do serviço público. É este que impescinde de uma interação tal entre os agentes que só uma estreita relação de confiança pode garantir.

Dentro deste contexto, como se vislumbraria a culpa *in eligendo*? Primeiramente, não se pode perder de vista tratar-se de conceito originalmente privado. Trata-se da responsabilidade do patrão, amo ou comitente relativamente aos atos de seus empregados, serviçais ou prepostos. É o artigo 1521, III do Código Civil. Tome-se o exemplo do empregador. Este responde civilmente pela simples razão de ter admitido que o empregado exerça atividade

profissional sob os seus auspícios. O terceiro prejudicado contrata com o empregador e não com o empregado. Impõe-se ao empregador, que aproveita os frutos financeiros do trabalho do seu empregado, o risco próprio da atividade econômica, em que o fator humano é sempre suscetível a falhas.

Ora, o detentor de cargo de provimento livre não é preposto da autoridade que o nomeou. A subordinação que caracteriza a relação entre o patrão e o empregado implica na emissão de comandos que atendam aos interesses do seu emissor, ou seja, do patrão. Diferentemente, o ocupante de cargo de provimento livre não age em proveito daquela autoridade. Pelo contrário, sua atuação visa a um interesse público, e encontra-se pautada em lei. Por tudo isto, há de se procurar emprestar um sentido próprio a culpa *in eligendo* no âmbito do direito público. A autoridade competente só seria passível de responder solidariamente pelos atos praticados pelo detentor do cargo de provimento livre quando a este faltasse a qualificação requerida pelas funções a serem desempenhadas. Se, por hipótese, cabe ao Secretário de Obras do município a confecção ou verificação da exatidão de planilhas de custo de obras de engenharia, impõe-se a necessidade de específica qualificação técnica para tanto. Caso seja nomeado alguém que não a possua, os eventuais danos ao erário decorrentes de planilhas superestimadas devem recair não apenas sobre o Secretário de Obras, mas solidariamente sobre a autoridade que o nomeou. Vale repetir: o cargo pressupõe, por força de lei, uma relação de confiança. Mas esta se impõe em benefício do serviço público e não da autoridade competente para a nomeação. A livre escolha encontra na qualificação técnica um limite. Não se poderia admitir que, em nome de uma

prerrogativa funcional, atentasse-se justamente contra o interesse a ser protegido. A relação de confiança surge como pressuposto legal para o bom desempenho do serviço público. O que não implica seja antecedente único. Se a função pública, por sua própria natureza, requer qualificação específica, significa que somente a relação de confiança não é o bastante para o seu desempenho. A autoridade competente deverá prover o cargo não apenas atentando para a relação de confiança, mas também para a presença dos demais requisitos que porventura lhe sejam iminentes. No exemplo dado, a ocorrência de pagamento a maior estará diretamente vinculada à inobservância das qualificações por parte da autoridade. É precisamente a falta de cuidado, a negligência na nomeação que desponta como antecedente necessário para a efetivação do prejuízo. Se o detentor do cargo de provimento livre é responsável (porque aceitou uma função pública e realizou atos a ela iminentes sabedor de que não dispunha dos indispensáveis conhecimentos para tanto), também o é a autoridade que o nomeou. A atuação que dela ordinariamente se esperaria teria sido suficiente para evitar o dano. Daí a solidariedade nos termos do artigo 159, combinado com o artigo 1.518 do Código Civil. Não se aplicando o disposto no artigo 896 deste diploma legal, que se refere a obrigações de natureza contratual e não a ilícitos, como é o caso em tela.

Poder-se-ia perquirir da responsabilidade da autoridade mesmo no caso do servidor nomeado possuir a qualificação requerida. Seria a hipótese de erro, de negligência do detentor do cargo de provimento livre. Este, apesar de comprovadamente qualificado, descuida do serviço e causa dano ao erário. Então, é de perguntar, caberia a responsabilização da autoridade pelo simples fato de ter escolhido o servidor? Impõe-se a negativa. O dano ao erário é tema de responsabilidade civil. Sua singularidade dá-se quanto à imprescritibilidade da ação de ressarcimento (art. 37, parágrafo 5º, da CF). Substancialmente, rege-se pelos mesmos postulados doutrinários e jurisprudenciais há mui-

to consagrados. Não há responsabilidade sem culpa, salvo disposição expressa em lei. A chamada responsabilidade objetiva. O que não é o caso. Desconhece-se previsão legal para a responsabilização em tela.

Mas, o que se diria de conjectura em que se confundem a autoridade e o ordenador de despesa? A mesma autoridade que nomeou o servidor figurando como ordenador do dispêndio a maior resultante de falha funcional deste último. É de querer saber: a responsabilidade, aqui, não adviria da culpa *in eligendo*, mas sim da condição de ordenador de despesa? Retoma-se a questão da responsabilidade objetiva. Não vislumbro na lei a responsabilização incondicional do ordenador de despesa, ou, antes, a responsabilização pelo simples fato de ser ordenador de despesa. Não há na lei federal que estatui normas gerais de Direito Financeiro (Lei nº 4.320/64) qualquer dispositivo que permita inferir a responsabilidade objetiva do ordenador de despesa. Nem tampouco no Código de Administração Financeira do Estado de Pernambuco. É de citar este, embora fosse de pronto questionável a competência estadual para legislar sobre matéria que, em última instância, redundaria em responsabilização civil, ou seja, a pretexto de se tratar de questão atinente à organização financeira do Estado, adentrar-se-ia a seara do Direito Civil. Mas, repita-se, deve ser mencionado, pois o seu artigo 148 pode ser equivocadamente interpretado como configurador da responsabilidade objetiva em tela. É o seu texto: "A liquidação da despesa será de responsabilidade do ordenador da despesa, podendo este delegar esta atribuição". Faz-se necessário trazer à colação o conceito de liquidação da despesa. O artigo 63 da Lei Federal sobredita o esclarece: "A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor, tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito". Assim sendo, a responsabilidade do ordenador de despesa, no que tange à liquidação, circunscreve-se a uma verificação documental. O que dele se pode cobrar ou exigir é a correção no exame da documentação

lastreadora do futuro pagamento. Nem mais nem menos. Tome-se o seguinte exemplo: num dado Órgão o recebimento de mercadorias adquiridas é realizado pelo servidor encarregado do Almoxarifado, que tem, ademais, a obrigação de emitir boletim de entrada para que o ordenador de despesa possa liquidar a despesa correspondente. Admita-se que o boletim de entrada emitido pelo almoxarife não corresponda à verdade. De fato, nenhuma mercadoria foi fornecida ao Órgão. No entanto, com base nesta informação falsa o pagamento foi realizado. Neste caso, como poder-se-ia pensar em responsabilizar o ordenador de despesa? É certo que cumpriu o seu papel. Procedeu ao que ordinariamente dele se espera. Observou a norma procedimental. Constatou que o documento foi emitido pelo agente competente (o almoxarife), que a mercadoria declarada correspondia ao que tinha sido previamente contratado. Não lhe restava outra atitude senão pagar o fornecimento documentalmente comprovado. Não caberia qualquer responsabilização. A não ser que se pretenda exigir do ordenador a constatação física e não documental como preconiza o dispositivo legal retrocitado. Toda vez que este se depare com uma nota de empenho tenha que se dirigir ao almoxarifado para checar a efetiva entrada da mercadoria. Ora, esta tarefa já foi atribuída a outro servidor, que responderá pessoalmente pelas faltas cometidas no exercício de sua função pública. O que não se pode perder de vista é a impossibilidade de, em casos que tais, cogitar-se em responsabilidade sem verificação da culpa do ordenador de despesa.

Para finalizar, fazem-se necessárias al-

gumas observações. A situação acima exposta dá margem a alguns desdobramentos. Poder-se-ia concluir que, tendo a Corte de Contas competência para julgar os atos de repercussão orçamentário-financeira daqueles que gerenciem recursos públicos, não se lhe permitiria imputar o débito a servidor que não fosse o ordenador de despesa. No exemplo acima, o almoxarife não seria o gestor dos recursos despendidos. Tal posicionamento implicaria em se estreitar demasiadamente a função do Tribunal de Contas. O presente caso é bastante ilustrativo da inadmissibilidade de exegese meramente filológica do disposto no artigo 70, parágrafo único, da CF. Se determinado servidor, no exercício das funções de seu cargo e em razão deste, realiza determinado ato que diretamente vai influir no pagamento de uma despesa, está, sem sombra de dúvida, atuando na gestão dos recursos envolvidos. Daí ser cabível a sua responsabilização pela Corte de Contas.

Naturalmente, está-se, aqui, referindo àquele ato substancial, dir-se-ia até fundamental para a concretização do dispêndio. O pagamento da despesa, ou mais amplamente, a gestão de recursos públicos segue uma longa cadeia. O que se quer destacar é aquele ato de servidor que, embora não sendo o ordenador de despesa, tenha sido decisivo para que o desembolso efetivamente ocorresse ou para que se desse de determinada forma.

*\* Ruy Ricardo W. Harten Júnior é Auditor do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco.*