



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM FACE DE TERCEIROS NÃO-USUÁRIOS. Análise face ao sistema jurídico constitucional brasileiro e à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

RAQUEL LOUZADA TASSARI

RIO DE JANEIRO
2010

RAQUEL LOUZADA TASSARI

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM FACE DE TERCEIROS NÃO-USUÁRIOS. Análise face ao sistema jurídico constitucional brasileiro e à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós- Graduação.

Orientadores: Prof^ª. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares

RIO DE JANEIRO
2010

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM FACE DE TERCEIROS NÃO-USUÁRIOS. Análise face ao sistema jurídico constitucional brasileiro e à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Raquel Louzada Tassari

Graduada pela Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF. Especializada em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva em convênio com a Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (Anamages). Advogada.

Resumo: A presente pesquisa pretende elucidar a adequada modalidade de responsabilidade civil do Estado em face de danos causados a terceiros não-usuários dos serviços públicos, enfocando a disciplina normativa e a evolução jurisprudencial da matéria.

Palavras-chaves: Responsabilidade Civil. Estado. Terceiros. Não-usuários.

Sumário: Introdução. 1- Responsabilidade civil do Estado. 1.1 Conceitos de responsabilidade e seus tipos. 2- Evolução da responsabilidade civil do Estado. 3- Elementos constitucionais informadores do instituto da responsabilidade civil. 3.1 Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva. 3.1.1 Responsabilidade subjetiva. 3.1.2 Responsabilidade objetiva. 4- O artigo 37, §6º da Constituição da República Federativa do Brasil: responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. 4.1 Pessoas responsáveis do artigo 37, §6º da Constituição da República Federativa do Brasil. 4.2 Conceito de agente público do artigo 37, §6º da Constituição da República Federativa do Brasil. 5- Responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos em face de terceiros não usuários e sua evolução jurisprudencial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico abarca a temática da responsabilidade frente ao sistema jurídico constitucional brasileiro, mais especificamente a responsabilidade civil do Estado em face do terceiro não-usuário dos serviços públicos, tópico recentemente alvo de alterações na jurisprudência pátria, cujas implicações nos planos jurídico e fático são de relevância significativa.

Visa-se à análise do tema à luz do ordenamento jurídico vigente, passando pela apreciação histórica, legal e institucional, culminando com a abordagem fático-sociológica e constitucional.

Pretende-se aludir, assim, à evolução jurídica do instituto em face da mutação dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do ressarcimento dos prejuízos sofridos pelo particular não usuário dos serviços públicos e consequente viabilidade da responsabilidade objetiva do Estado na presente hipótese.

Para tanto, pretende-se utilizar o método qualitativo do tipo descritivo parcialmente exploratório.

A justificativa do estudo encontra respaldo no fato de ser a seara de responsabilização estatal pelos danos provocados em decorrência da prestação da atividade pública matéria de grande aplicação prática e divergência no ramo jurídico.

Impera-se delimitar, assim, a celeuma relativa aos prejuízos sofridos pelos não-usuários de serviços públicos, situação corriqueira no plano fático, visando-se a (des)compatibilizar os diversos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais existentes em face do ordenamento jurídico e da jurisprudência brasileira.

Propõe-se abordar os delineamentos gerais da responsabilidade, seus conceitos e espécies, chegando-se a análise da responsabilização estatal, sua evolução e tipos, culminando no ponto afeto à responsabilidade civil estatal das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos e às modificações jurisprudenciais em relação ao artigo 37, §6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O entendimento da jurisprudência pátria sinalizava pela inaplicabilidade de responsabilidade civil estatal objetiva aos terceiros não-usuários dos serviços públicos, não obstante a clara redação do artigo 37, §6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Entretanto, houve recentes alterações nesse entendimento, alvo de necessárias delimitações no presente trabalho.

O instituto jurídico da responsabilidade é, nesse sentido, alvo de questionamentos relevantes.

Segundo a doutrina de Cavalieri Filho (2008), o principal objetivo da ordem jurídica, conforme afirmou ao citar Dantas, é proteger o lícito e reprimir o ilícito. Nesse sentido, o sistema jurídico, simultaneamente, tutela a atividade do homem que conduz seus atos e omissões conforme o Direito e refuta a conduta daquele que o contraria. E nesse âmbito de proteção e repressão também se inserem as condutas imputadas ao Estado.

Não se pode cogitar de exclusão do Estado da seara da responsabilidade. Como garantidor da legalidade e do Estado Democrático de Direito, é expressão da vontade popular, não se constituindo num fim em si mesmo. Reflete os anseios sociais e, por tal motivação, deve agir em conformidade com o ordenamento jurídico, expressão autenticamente popular, sendo sua eventual violação submetida à esfera da responsabilidade.

Nada mais natural ao administrado do que aspirar ao resguardo estatal. Ou seja, é ínsita à natureza humana que se subjeta aos parâmetros de um Estado acreditar na proteção por esse conferida; e ainda, é decorrência lógica da qualificação de administrado a certeza de

amparo estatal diante de situações adversas, dentre as quais, e principalmente, aquelas decorrentes da provação do próprio ente público.

Não há razoabilidade em se esquivar a responsabilização estatal se o fim último deste é o bem-estar e a dignidade de seu administrado.

Por essa esteira de pensamento, a responsabilidade estatal reside, modernamente, na viabilização de uma repartição isonômica dos ônus advindos de atos ou efeitos oriundos das atividades do Poder Público, por meio da qual se evita que somente alguns indivíduos suportem os prejuízos ocorridos em função da atividade estatal em benefício e interesse de todos. Busca-se, em última análise, o atendimento ao princípio basilar da igualdade.

1 - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

O Estado democrático de direito brasileiro (artigo 1º, *caput*, CRFB/88) atua sob o direito.

Nesse diapasão, é responsável em face de ações ou omissões que provoquem prejuízos a terceiros e lesem a ordem jurídica brasileira, tendo-se em linha de conta decorrer tal encargo da existência de dever jurídico que o sujeita a internalizar as decorrências da falha em implementar espontaneamente as condutas que lhe são impostas diretamente.

Sob a ótica da valoração normativa, a responsabilidade do Estado por condutas que atinjam os administrados, sejam elas lícitas ou ilícitas, decorre, em primeiro plano, dos princípios da legalidade e da igualdade, sendo consubstanciada também pela supremacia da sociedade e a natureza instrumental do aparato estatal.

1.1 CONCEITOS DE RESPONSABILIDADE E SEUS TIPOS

Segundo Carvalho Filho (2009), extrai-se da noção de resposta o conceito da responsabilidade. Nesse sentido, a todo fato com relevância na ordem jurídica, omissivo ou comissivo, lícito ou ilícito, material ou jurídico, que enseje dano, corresponde à responsabilização de alguém que lhe deu causa.

O fato gerador da responsabilidade implica resposta por parte de algum sujeito juridicamente apto.

Ausente o prejuízo (moral ou material/patrimonial), não há que se cogitar da indenização, consistente na sanção derivada da responsabilidade civil.

Vale ressaltar a intangibilidade do Estado, considerando sua natureza de pessoa jurídica, sendo sua exteriorização no mundo fático viabilizada por seus agentes, cujas condutas imputam àquele a responsabilidade em face dos administrados.

As modalidades de responsabilidade, por sua vez, estão afetas à natureza da norma jurídica que tutela determinada situação geradora e, por sua diversidade, são autônomas entre si. Nesse sentido, alude-se a três diferentes tipos de responsabilidade, quais sejam, a civil (quando o fato gerador resultar em violação de norma de natureza civil; compreende o dever de recompor os prejuízos materiais e morais acarretados a terceiros em virtude de condutas comissivas ou omissivas, lícitas ou ilícitas, imputadas ao Estado), a penal (na hipótese de afronta à norma penal com conseqüente geração de prejuízos, resultante da prática de crimes ou contravenções tipificadas em lei prévia ao ato) e a administrativa (no caso de o fato determinante dos danos resultar de transgressão da norma administrativa; consubstancia-se na sujeição da organização estatal ao dever jurídico-político de prestar informações e contas por suas ações e omissões e de corrigir as imperfeições verificadas em sua conduta).

Cumprе evidenciар que a ocorrênciа de dada modalidаde de responsabilidade em certa situação não implica a necessária observânciа da outra, uma vez que as espécies mencionadas encontram respaldo na autonomia. Assim, eventual conduta que violar, simultaneamente, normas de naturezas diversas ensejarão a observânciа cumulativa de modalidades de responsabilidade.

A responsabilidade civil, por sua vez, abrange dois subtipos de regimes jurídicos, consistentes na responsabilidade civil das pessoas de direito público e das pessoas jurídicas privadas prestadoras de serviços públicos, estatuída no artigo 37, §6º da CRFB/88 e diferenciada em vista da incidênciа de princípios e regras de direito público, e naquele pertinente às pessoas de direito privado não prestadoras de serviços públicos e às entidades públicas com personalidade jurídica de direito privado exploradoras de atividades econômicas, que é o regime jurídico da responsabilidade civil privada.

À luz do exposto, é possível inferir que a responsabilidade civil do Estado alvo do presente estudo, em acepção lata, refere-se ao primeiro subtipo mencionado: responsabilidade civil das pessoas de direito público e das pessoas jurídicas privadas prestadoras de serviços públicos.

O regime de responsabilidade civil do artigo 37, §6º da Constituição da República Federativa do Brasil não se aplica, assim, quando as atividades administrativas forem desenvolvidas por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado exploradoras de atividade econômica, subordinando-se estas ao regime jurídico de direito privado baseado na teoria da culpa administrativa.

Merece ressalva a subdivisão da responsabilidade civil nas modalidades contratual e extracontratual, conforme tenha decorrido de um contrato ou não. No caso da responsabilidade estatal, a primeira daquelas modalidades deriva das relações contratuais administrativas. Já a responsabilidade extracontratual do Estado, também denominada de

responsabilidade civil estatal ou responsabilidade patrimonial do Estado, refere-se aos danos originários do dever jurídico estatal não contratual, sendo relativa aos eventos atribuídos às pessoas jurídicas de direito público e aos particulares prestadores de serviços públicos.

2 - EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

No direito brasileiro não se observou inicialmente a teoria da não responsabilização do Estado, refletida nas parêntias *the king can not do wrong*, conforme os ingleses, ou *le roi ne peut mal faire*, segundo os franceses. Refere-se tal teoria à era de irresponsabilidade estatal frente aos prejuízos causados em decorrência de sua atividade. Sob esse prisma, não subsistia qualquer tipo de responsabilização dos agentes públicos, uma vez que eram considerados representantes do próprio rei e, portanto, seus atos eram equiparados aos atos deste, cuja irresponsabilidade imperava.

Assim, as evoluções sofridas ao longo do tempo na história estatal brasileira sempre sinalizaram pela responsabilização do Estado, sendo a primeira manifestação refletida pela teoria da responsabilidade com culpa civil comum do Estado, a denominada teoria subjetiva. Esta doutrina, sob influência do individualismo característico do liberalismo, visou equiparar o Estado aos indivíduos, responsabilizando-o nos casos de condutas culposas ou dolosas de seus agentes públicos.

Num primeiro momento histórico, a responsabilidade direta era destinada ao funcionário, respondendo a Coroa de forma subsidiária, conforme se depreende do artigo 179, alínea 29 da Constituição do Império.

A Constituição de 1891 (artigo 82), por sua vez, reprisa tal dispositivo da época imperial, acrescentando ao funcionário, no ato da posse, a obrigação de assumir compromisso formal quanto ao cumprimento de seus deveres legais.

Já a Lei Federal 221 de 1894 admitia, implicitamente, o dever estatal de indenizar os prejuízos causados pelos atos de seus agentes.

Posteriormente, o Código Civil de 1916 (artigo 15) fez alusão expressa à responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público pelos danos de seus representantes. Não obstante, a previsão normativa gerava dúvidas. Parcela da doutrina sinalizava correspondência com a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado em função dos pressupostos legais concernentes à conduta contrária ao direito e à inobservância de dever legal; o Estado e o particular eram, assim, tratados de forma equivalente, eis que, em termos de responsabilidade patrimonial, respondiam segundo os parâmetros do Direito Privado, ou seja, mediante a imputação de culpa ou dolo. Já o outro segmento da doutrina aludia à tutela da teoria objetiva, pelo que não se perquiria dos aludidos elementos subjetivos na caracterização da responsabilidade estatal.

O Decreto 24216 de 1934 obstou a responsabilidade estatal, ressaltando-a tão somente na hipótese de o agente causador do dano ser mantido.

Críticas consistentes marcaram a teoria da responsabilidade com culpa civil comum do Estado, uma vez que se distinguia as condutas estatais em atos de império e atos de gestão, subsistindo responsabilidade estatal somente em relação a esta última modalidade. Ocorria que no plano fático, tal diversificação ocasionava inúmeras confusões e consequentes vítimas insatisfeitas.

Nesse ínterim, surgiram, ainda, as teses da culpa administrativa e da teoria do risco administrativo. Segundo a primeira teoria, que consistiu em estágio de transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a teoria objetiva do risco administrativo, somente o dano

decorrente da irregularidade na execução da atividade administrativa _ falta do serviço _ ensejaria indenização ao particular; tal irregularidade recebeu a denominação de culpa administrativa ou culpa anônima, já que inexigia a identificação do agente estatal causador do dano; bastava ao lesado comprovar a inexistência ou o mau funcionamento do serviço público. Abarcava, portanto, o binômio falta do serviço-culpa da Administração. Por sua vez, a teoria do risco administrativo (ou teoria da responsabilidade patrimonial objetiva ou teoria da responsabilidade patrimonial sem culpa ou, simplesmente, teoria objetiva) remete à ideia de que existindo o fato do serviço e o nexo de causalidade entre o fato e o dano ocorrido, presume-se a culpa da Administração Pública, independente da existência da falta do serviço e de culpa do agente público, ressaltando-se sempre as eventuais culpa concorrente e culpa exclusiva do particular.

Nessa esteira de raciocínio, a doutrina do risco administrativo consubstancia-se, portanto, no fundamento da teoria da responsabilidade objetiva, segundo a qual se dispensa a constatação da culpa ou dolo na ocorrência do dano.

Ressalta-se que a denominada tese do risco integral (cujas observâncias pressupõem apenas o evento danoso e a nexo causal, não sendo possível afastar a responsabilidade estatal ainda que em decorrência de culpa exclusiva do particular ou de força maior) não encontra ampla defesa doutrinária como vigente no ordenamento jurídico brasileiro, embora mereça a devida alusão. Refere-se à obrigação estatal em indenizar todo e qualquer dano, desde que envolvido o Estado no respectivo evento, independente da perquirição de culpa da vítima na produção do evento danoso, impedindo-se, ainda, qualquer prova visando elidir essa responsabilidade.

Nesse diapasão, evoluindo o sistema jurídico, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1946 consagrou a responsabilidade objetiva e a ação regressiva estatal em face do agente público que houvesse agido com culpa ou dolo, derogando, assim, o artigo 15 do

Código Civil de 1916. Em semelhança, seguiram-se a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 e sua Emenda Constitucional 1.

Cumprido ressaltar que o fundamento da responsabilidade objetiva consiste na repartição isonômica do ônus proveniente de atos ou dos efeitos provenientes das atividades da Administração, evitando-se, assim, que apenas alguns indivíduos suportem os prejuízos ocasionados pelo beneficiamento da coletividade. Destarte, o administrado fica em posição de subordinação face às prerrogativas do Estado, pelo que proporcionalmente ao maior poder estatal deve corresponder um risco mais significativo.

Finalmente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 exprimiu a responsabilidade civil estatal no artigo 37, §6º, redação a gerar diversas interpretações jurisprudenciais e doutrinárias acerca de sua classificação quanto à modalidade objetiva ou subjetiva, conforme exposição a seguir.

Importante evidenciar que a redação do artigo 43 do Código Civil vigente, publicado em 10 de janeiro de 2002, coaduna-se com a previsão constitucional do artigo 37, §6º.

3 - ELEMENTOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Os elementos hábeis a consubstanciar a responsabilidade civil do estado podem ser assim enumerados: dano material ou moral sofrido por alguém; ação ou omissão imputável ao Estado; nexos de causalidade entre o dano e a ação ou omissão estatal; e ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.

Enquanto o dano material refere-se à redução da esfera patrimonial do administrado pela ação ou omissão estatal, causando-lhe a supressão ou a diminuição do valor econômico de bens ou direitos que integravam, ainda que potencialmente, a sua titularidade, o dano moral é a lesão imaterial ou psicológica que provoca resultado danoso ao sujeito.

E ainda, o dano pressupõe, para a sua reparabilidade pelo Poder Público, certeza (prejuízo possível, real), especialidade (individualização, sob pena de ônus comum à vida em sociedade), anormalidade (dano excedente aos inconvenientes naturais dos serviços e encargos oriundos do viver em sociedade), uma situação protegida pelo direito (atividades ilícitas não recebem proteção pela Administração Pública) e valor economicamente apreciável.

Destarte, deve existir relação de causalidade entre a ação ou omissão estatal, lícita ou ilícita, e a ocorrência do resultado prejudicial, ou seja, necessário que o dano efetivamente haja decorrido da conduta positiva ou negativa do Estado.

Evidencia-se, por oportuno, que a ausência de resultado danoso imputável a evento afeto ao Estado exclui a responsabilidade deste, podendo-se aludir, como exemplos, os casos de culpa exclusiva da vítima, culpa de terceiro, exercício regular de direito e caso fortuito ou força maior.

3.1 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E RESPONSABILIDADE OBJETIVA:

Conforme os ensinamentos de Cavalieri Filho (2008), o instituto jurídico da responsabilidade apóia-se na conduta voluntária violadora de um dever jurídico, elemento

nuclear que permite a divisão daquele em diversas espécies, tendo-se em linha de conta de onde provém esse dever e qual o elemento subjetivo dessa conduta.

Nesse sentido, a responsabilidade pode ser civil, penal e administrativa, contratual ou extracontratual e subjetiva ou objetiva.

Em relação a esta última classificação, significativa ao presente artigo, tem-se a ideia de culpa, principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva e sinal distintivo primordial para a responsabilidade civil objetiva.

Cumprido, nesse momento do trabalho, delinear os principais elementos norteadores da responsabilidade, no que tange à sua classificação em objetiva e subjetiva.

3.1.1 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA:

A responsabilidade subjetiva é evidenciada pela reunião do que se convencionou denominar de “pressupostos da responsabilidade civil subjetiva”, enumerados pela doutrina francesa e presentes no artigo 186 do Código Civil de 2002.

O primeiro elemento que se faz necessário aludir diz respeito à conduta voluntária (ação ou omissão) violadora de um dever jurídico, consubstanciada no elemento formal da responsabilidade.

Já o elemento subjetivo caracteriza-se pelo dolo ou pela culpa. Enquanto o dolo é marcado pelos elementos da representação do resultado e da consciência de sua ilicitude, a culpa tem por essência o descumprimento de um dever de cuidado, que o agente podia conhecer e observar, ou a omissão de diligência exigível.

Aduz-se, ainda, ao elemento causal-material consistente no dano e na respectiva relação de causalidade (vínculo, ligação ou relação de causa ou efeito entre a conduta e o resultado).

Nesse diapasão, o elemento subjetivo (dolo ou culpa), provado ou presumido, é indispensável para ensejar o dever de reparar o dano na responsabilidade subjetiva, inexistindo tal pressuposto na responsabilidade objetiva.

Assim, a atuação estatal, quando afeta à responsabilidade civil subjetiva, pressuporá não só a conduta, o dano e o nexo causalidade, mas também a demonstração do elemento subjetivo, o que se coaduna com as hipóteses de omissão específica estatal e a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de atividades econômicas.

3.1.2 RESPONSABILIDADE OBJETIVA:

Também na caracterização da responsabilidade objetiva presume-se a existência de uma conduta (lícita ou ilícita), a ocorrência de um dano e a caracterização do nexo causal entre esses aludidos pressupostos.

Entretanto, não será necessário o elemento subjetivo (culpa ou dolo), cuja eventual existência não será relevante para a configuração do dever de indenizar. Coaduna-se ao exposto a referência à responsabilidade independente de culpa.

Não obstante, revela-se essencial à modalidade de responsabilidade em questão a caracterização do nexo de causalidade, pois apenas aquele que tenha dado causa ao evento será apto a responder pelo seu ressarcimento.

Salienta-se a possibilidade de afastar a incidência da responsabilidade objetiva diante das causas de exclusão do nexo causal, consistentes no caso fortuito, na força maior e no fato exclusivo da vítima ou de terceiro.

No que se refere à atuação estatal, ressalte-se que o agente público atua com culpa quando age com imprudência, imperícia, negligência ou imprevisão e causa um prejuízo ao administrado.

O dolo, por sua vez, reflete a vontade livre e consciente do agente público voltada para a prática de um ato que sabe ser contrário ao Direito.

4 – O ARTIGO 37, PARÁGRAFO 6º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS:

A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos é regulamentada pelo disposto no artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Reza o parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 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.

Cumprido salientar que o Código Civil de 2002, em seu artigo 43, dispõe aquém da previsão constitucional do artigo 37, §6º, pois omite as pessoas jurídicas privadas prestadoras

de serviços públicos, sinalizando a responsabilidade objetiva apenas das pessoas jurídicas de direito público interno.

Inexistente controvérsia no que se refere às pessoas jurídicas de direito público, consistentes nos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), autarquias e fundações públicas de natureza autárquica. Abarcam a responsabilidade civil estatal objetiva.

Entretanto, a inserção das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos no artigo 37, §6º do texto constitucional de 1988 constituiu novidade, trazendo harmonia ao ordenamento jurídico, uma vez que a simples delegação de atividade estatal não deve retirar o caráter público da prestação de serviços públicos e afastar a responsabilidade objetiva que beneficia o administrado prejudicado.

O artigo 37, §6º da Constituição da República Federativa do Brasil acolhe, assim, a responsabilidade sem culpa do Estado, denominada teoria objetiva ou teoria do risco administrativo. A culpa ou dolo só são exigidos em relação ao agente causador direto do dano, mas não em face do Estado.

Dessarte, o texto constitucional aludido exige um comportamento comissivo do agente público ao estatuir o verbo “causar”. Isso significa que, não obstante discussão doutrinária minoritária em sentido contrário, entende-se como pressuposto da responsabilidade objetiva do Estado a atuação positiva do agente público na causação do dano, presumindo-se a culpa estatal e invertendo-se o ônus da prova.

Pelo exposto, não há responsabilidade objetiva por atos estatais omissivos, devendo a vítima, nestas hipóteses, provar a culpa do Estado, haja vista a responsabilidade subjetiva afeta.

Delineados os contornos introdutórios da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços

públicos, necessário analisar de forma detida tais pessoas responsáveis, bem como os agentes públicos aludidos pelo parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, para só então proceder às ponderações acerca da responsabilidade civil das pessoas jurídicas privadas prestadoras de serviços públicos no que tange aos terceiros não-usuários, tema central do presente artigo científico.

4.1 PESSOAS RESPONSÁVEIS DO ARTIGO 37, §6º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

A previsão normativa do artigo 37, §6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 institui duas pessoas jurídicas sujeitas à responsabilidade baseada na teoria do risco administrativo, quais sejam, as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Em relação às pessoas jurídicas de direito público, conforme salientado acima, compreendem os entes federativos União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como as autarquias e fundações públicas de natureza autárquica.

Sendo assim, cumpre delimitar o rol de pessoas jurídicas hábeis a internalizar o conceito de pessoas jurídicas de direito privado prestadores de serviços públicos. Nesse diapasão, inserem-se as pessoas jurídicas privadas da Administração Pública Indireta direcionadas à prestação de serviços públicos e os concessionários, permissionários e autorizados de serviços públicos do artigo 175 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Destacam-se dentre as pessoas jurídicas privadas da Administração Pública Indireta as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas com personalidade de direito privado.

Ressalte-se, ainda, a posição de Carvalho Filho (2009). Entende este que as pessoas de cooperação governamental (ou serviços sociais autônomos) estão sujeitas à responsabilidade objetiva atribuída ao Estado, pois exercem atividade de caráter eminentemente social, podendo-se considerá-las como serviços públicos. Ademais, aduz possuírem vínculo com o Estado em função deste editar as respectivas leis autorizadas da criação das entidades, vinculando-as aos seus objetivos institucionais e obrigando-as, inclusive, à prestação de contas em razão dos recursos que auferem, decorrentes do recolhimento de contribuições compulsórias.

Diversamente, Carvalho Filho (2009) não inclui dentre a responsabilidade civil objetiva do Estado as organizações sociais (OS) e as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP), qualificação jurídica atribuída a entidades de direito privado que se associam ao Poder Público em regime de parceria, não obstante essas serem vinculadas ao ente estatal por meio de contratos de gestão ou termos de parceria e desempenharem serviços públicos. Aduz Carvalho Filho (2009) que apesar desses elementos de vinculação jurídica ao Estado, a responsabilidade das OS e OSCIP é subjetiva, uma vez que tais entes não possuem fins lucrativos e sua função é de auxiliar do Poder Público no resultado de certas atividades de interesse público e do próprio Estado. Assim, não seria razoável, para esse autor, imputar o ônus da responsabilidade civil objetiva a entidades que realizam parcerias desinteressadas e de cunho eminentemente social.

4.2 CONCEITO DE AGENTE PÚBLICO DO ARTIGO 37, §6º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL:

O artigo 37, §6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inovou ao aludir a “agentes” e não mais apenas a servidores públicos (conforme redação constitucional anterior), sendo imperativa a conceituação daqueles.

Bandeira de Mello (2008) efetiva clara e objetiva classificação das diversas figuras ligadas ao Estado, denominando-as, em âmbito geral, de “agentes públicos”. Tal classificação abrange as seguintes espécies: servidores públicos, contratados temporariamente, particulares em colaboração com a Administração e agentes políticos. Os primeiros (servidores públicos) abarcam, ainda, os funcionários públicos (detentores de cargos públicos), os contratados ou admitidos e os estabilizados.

Nesse contexto, parece que a expressão “agente” da norma constitucional em apreço merece interpretação *lata*, de modo a abranger todas as espécies de agente públicos, ou seja, todas as pessoas que, mesmo de forma efêmera, realizem funções públicas.

Nesse sentido, nas lições de Medauar (2008), qualquer tipo de vínculo funcional, o exercício de funções de fato, de funções de substituição, o exercício de funções por agente de outra entidade ou órgão, o exercício de funções por delegação, o exercício de atividades particulares sem vínculo de trabalho (mesários e apuradores em eleições gerais) ensejam responsabilização estatal.

Em síntese, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 utilizou acertadamente o vocábulo “agente” no sentido de servidor público, abrangendo, assim, todas as pessoas incumbidas da realização de algum serviço público, em caráter permanente ou

transitório, sendo apenas essencial que a prática do ato ou omissão administrativa se constitua na qualidade de agente público.

Segundo Meireles (2008), não se exige que o agente tenha agido no exercício de suas funções, mas tão só na qualidade de agente público, e não como pessoa comum.

Realizadas as distinções conceituais acima, impende salientar a divergência doutrinária e jurisprudencial existente em relação à responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas privadas prestadoras de serviços públicos no que tange aos terceiros não-usuários, tema central do presente artigo científico.

5. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS EM FACE DE TERCEIROS NÃO USUÁRIOS E SUA EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL

Nesse ponto, adentra-se ao cerne do trabalho, remetendo-se à questão da viabilização ou não da responsabilidade objetiva para as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

O Supremo Tribunal Federal, não obstante entendimentos doutrinários consistentes em sentido contrário, sempre sinalizou pela responsabilização civil objetiva das pessoas jurídicas privadas prestadoras de serviços públicos em relação aos usuários desses serviços, excluindo-se *a priori* dessa modalidade de responsabilidade os terceiros não-usuários.

Inicialmente, a jurisprudência vinculou tal responsabilidade em face do usuário às normas do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90), entendimento aperfeiçoado em

fase posterior, sendo, então, amparado pelo artigo 37, §6º da Constituição da República Federativa do Brasil.

A jurisprudência pátria, em uma primeira análise sobre o tema, pautou tal responsabilidade estatal na relação jurídica estabelecida entre as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos (concessionárias, permissionárias e autorizadas) e os usuários de seus serviços, subordinando-a à legislação protetiva do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90), já que aqueles se amoldavam perfeitamente nos conceitos de “fornecedor” e “consumidor” dos artigos 2º e 3º da aludido diploma legal.

No entanto, a ideia de que o Poder Público, quando da realização de serviços públicos de interesse da coletividade, haveria de ser considerado um fornecedor de bens ou serviços, foi logo substituída pela noção de delegante. Ou seja, a atividade pública exercida pelas pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos consistia na delegação de uma titularidade ostentada pela Administração Pública, sendo certo que a responsabilidade civil daquela não encontrava assento em microssistema civil protetivo como o Código de Defesa do Consumidor, mas sim na própria norma constitucional afeta à responsabilidade estatal, qual seja, o artigo 37, §6º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Sendo a atividade estatal prestada por entidades privadas uma forma de delegação do Poder Público, há extensão deste no plano fático, sendo certo que o serviço público prestado não mitiga seu caráter geral em função da transferência do exercício do aludido serviço. Assim, subsiste a atividade de caráter público, ainda que prestada por pessoa jurídica de direito privado.

Não obstante, em fase posterior, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu entendimento equivocado do artigo 37, §6º da Constituição da República Federativa do Brasil, procedendo a distinção inexistente em sua redação.

Nesse sentido, no RE 262.651/SP, da relatoria do Ministro Carlos Velloso, julgado em 16.11.2005, o Supremo Tribunal Federal expôs seu posicionamento anterior, no sentido de que a responsabilidade objetiva das concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços públicos somente abrangia as relações jurídicas travadas entre elas e os usuários dos serviços públicos, não se aplicando a terceiros não-usuários. O fundamento afeto restringiu-se na circunstância de somente o usuário deter o direito subjetivo de receber um serviço público ideal, inadmitindo-se imputar-lhe, assim, o ônus da prova quanto à culpa do prestador do serviço público na causação do dano.

Em sentido contrário, a doutrina majoritária criticava o entendimento até então consubstanciado pelo Supremo Tribunal Federal.

Nessa esteira de raciocínio, Figueiredo (2008) já sinalizava pela ampla interpretação acerca da responsabilidade objetiva consubstanciada no artigo 37, §6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Salieta a aludida jurista não ser só o Estado e aqueles exercentes de funções estatais que prescindem do dolo ou culpa em suas condutas; também às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos basta a comprovação do nexos de causalidade entre o dano causado e a conduta, perfazendo-se caracterizada, assim, a responsabilidade civil objetiva e solidária do Estado.

Comungando o mesmo entendimento é a doutrina de Alexandrino e Paulo (2006). Salieta tratar-se o artigo 37, §6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 de responsabilidade objetiva na modalidade risco administrativo, incluindo-se aí as pessoas jurídicas de direito público (Administração Pública Direta, autarquias e fundações públicas de direito público, independentemente de suas atividades) e todas as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos (abarcando, assim, as empresas públicas e as sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, fundações públicas de direito privado que prestem serviços públicos e pessoas privadas delegatárias de serviços públicos,

não integrantes da Administração Pública - as concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços públicos.

Ressalte-se que em relação às condutas estatais omissivas perdura a responsabilidade civil subjetiva do Estado. Conforme evidenciam Alexandrino e Paulo (2006), a responsabilidade civil objetiva estatal não alcança os danos ocasionados por omissão da Administração Pública, cuja indenização, se cabível, é regulada pela Teoria da Culpa Administrativa.

Ocorreu que no Informativo nº 557, o Supremo Tribunal Federal esposou nova aceção sobre a matéria, alterando seu entendimento acerca dos terceiros não-usuários dos serviços públicos, o que demonstrou uma harmonização com as explicações já manifestadas pela doutrina pátria, medida que se demonstrava, há tempos, necessária sob o prisma social.

Nesse diapasão, tornou-se precedente significativo o julgamento do Recurso Extraordinário 591.874-2/MT, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, com data de julgamento em 26.08.2009, cujos fundamentos demonstram-se passíveis de análise detida.

Tratou-se o aludido julgado de recurso extraordinário interposto em face de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que concluiu pela responsabilidade civil objetiva de empresa de transporte coletivo urbano, pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, em relação a terceiro não-usuário do serviço.

Discutiu-se nos autos do mencionado recurso extraordinário a questão constitucional referente ao alcance do artigo 37, §6º da Constituição da República Federativa do Brasil, no que tange à extensão da teoria da responsabilidade objetiva à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, relativamente a terceiro que não ostentasse a condição de usuário do serviço por ela prestado. Ou seja, almejou-se determinar a extensão do termo “terceiros” constante do referido artigo 37, §6º.

Salientou o Relator Ministro Ricardo Lewandowski a introdução da responsabilidade objetiva do Estado e da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público em relação a terceiros com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil (artigo 37, §6º), ressaltando as possíveis excludentes daquela, consistentes na força maior, no caso fortuito e na culpa exclusiva da vítima (em razão da não evidenciação do nexo causal entre a atividade administrativa e o dano causado).

Assim, os argumentos utilizados para pautar a modificação da posição do Supremo Tribunal Federal podem ser sintetizados dessa forma: inexistência de qualquer distinção constitucional quanto à qualificação do sujeito passivo do dano (princípio da isonomia); caráter geral do serviço público; não comprovação de causas excludentes da responsabilidade civil estatal; e repartição dos encargos públicos.

No que se refere à alegação de ausência de distinção constitucional quanto à qualificação do sujeito passivo, vale ressaltar a menção ao artigo 37, §6º da Constituição da República Federativa do Brasil a tão somente “terceiros”. Assim sendo, não há qualquer sugestionamento quanto à viabilidade de diferenciação entre usuários e não-usuários dos serviços públicos na redação constitucional. Aliás, tal aceção sempre foi a condizente com uma interpretação sistemática da Carta Magna, eis que consentânea à vontade do legislador originário, conforme se depreende do arcabouço constitucional. Quando desejou manifestar distinções entre modalidades de terceiros, o legislador originário o fez expressamente, o que se extrai de outros dispositivos constitucionais, tais como os artigos 26, II e 197. Portanto, insubsistente a tese relativa à suposta diferenciação entre usuários e não-usuários no artigo 37, §6º.

Consoante o acima exposto, consubstancia-se atendimento ao princípio constitucional da isonomia (artigo 5º, inciso I da Constituição da República Federativa do Brasil) a atual posição do Supremo Tribunal Federal, que sinaliza pela inclusão no termo

“terceiros” do artigo 37, §6º do texto constitucional os usuários e não-usuários dos serviços públicos.

Em relação ao argumento referente ao caráter do serviço público, cumpre salientar ser este o fundamento central da antiga posição do Supremo Tribunal Federal no tema alvo de análise.

A jurisprudência precedente entendia que os não-usuários dos serviços públicos não eram tutelados pela responsabilidade objetiva estatal em função de não ostentarem o direito subjetivo de receber um serviço adequado, ao contrário dos usuários. Ora, o serviço público constitui-se em uma prestação de caráter geral, extensível a todos os cidadãos brasileiros, beneficiários diretos ou indiretos da ação estatal. Não há que se perquirir da qualidade do sujeito passivo da obrigação, uma vez que a responsabilidade objetiva do Estado decorre da natureza da atividade administrativa, não modificada pela transferência da prestação dos serviços públicos a pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos (concessionárias, permissionárias ou autorizadas).

Aliás, como evidenciado pelo Ministro Gilmar Mendes em voto no Recurso Extraordinário 591.874-2/MT, a titularidade do serviço público permanece com o poder concedente, no caso, o Estado, quando a execução da atividade é delegada à pessoa jurídica de direito privado.

Outro ponto a ser evidenciado diz respeito à inexistência de causas excludentes hábeis a afastar a responsabilidade objetiva do Estado.

Conforme já evidenciado acima, a responsabilidade objetiva estatal decorre da mera comprovação do nexo causal entre a conduta estatal e o dano perpetrado. Ou seja, diante da ocorrência de um ato administrativo e de um resultado danoso, demonstrando-se o nexo causal afeto, não há que se cogitar de elemento subjetivo para a caracterização da responsabilidade civil objetiva do Estado, sendo tais elementos suficientes para a

responsabilização. Somente será possível afastá-la diante da verificação de alguma das causas excludentes relativas à força maior, ao caso fortuito ou à responsabilidade exclusiva da vítima, cujo ônus da prova se imputa ao Estado.

Finalmente, analisa-se o argumento concernente à repartição dos encargos públicos.

A atividade estatal constitui medida essencial para a manutenção e externalização do Estado como gestor dos interesses públicos, sendo sua prática em prol de todos os sujeitos de direito. Nesse diapasão, se todos se beneficiam das atividades da Administração Pública, é razoável que também suportem os ônus decorrentes de tais atividades, o que se convencionou chamar atualmente de “solidariedade social”.

Assim, os prejuízos sofridos por alguns em decorrência direta ou indireta da atividade administrativa devem ser suportados por toda a sociedade, beneficiada em contraprestação, como forma de distribuição igualitária dos ônus e encargos decorrentes dos atos públicos. Tal acepção reflete, em síntese, o princípio da isonomia, previsto no artigo 5º inciso I da Constituição da República Federativa do Brasil, eis que proporciona o equilíbrio entre direitos e deveres dos cidadãos.

Cumprido ressaltar a contribuição de Carvalho Filho (2009), segundo a qual haveria absoluta incongruência da inadmissibilidade da responsabilidade civil objetiva estatal quantos aos terceiros não-usuários no que tange à *ratio* do artigo 37, § 6º da Constituição da República Federativa do Brasil. Salienta o mencionado jurista que a atuação das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos equipara-se à do próprio Estado, eis que viabilizada pela devida delegação conferida por este. Sendo assim, não seria lógico restringir a responsabilidade civil objetiva apenas aos usuários dos serviços públicos, admitindo-se tão somente para o Estado a sua aplicação a todos, inclusive terceiros não-usuários.

E nesse diapasão, salientou o Ministro Cezar Peluso, em seu voto no Recurso Extraordinário 591.874-2/MT, que a negativa de responsabilidade civil objetiva às pessoas

jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos constituiria espécie de fraude em dano das vítimas, eis que, se o Estado prestasse o serviço e ocasionasse o dano, responderia; mas ao transferi-lo a terceiro, as vítimas restariam desamparadas e sem remédio jurídico adequado.

Por todos esses fundamentos, é perceptível a adequabilidade do novo entendimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Andou bem a Corte Constitucional em expandir a acepção do termo “terceiros” do artigo 37, §6º da Constituição da República Federativa do Brasil, abrangendo-se usuários e não-usuários dos serviços públicos em face da responsabilidade civil objetiva do Estado. Essa nova interpretação jurisprudencial revela a substancialização do princípio da igualdade, pois confere tratamento jurídico equivalente a todos os jurisdicionados.

CONCLUSÃO

Segundo Justen Filho (2009), a natureza da atividade estatal impõe a seus agentes um dever especial de diligência, consistente em prever as consequências de sua conduta ativa e omissiva, adotando todas as medidas necessárias para evitar a consumação de danos a terceiros, tudo em conformidade com os princípios constitucionais afetos, quais sejam, legalidade, imparcialidade, moralidade, publicidade, eficiência e celeridade (artigo 37, *caput* da Constituição da República Federativa do Brasil).

Entretanto, na ocorrência de falhas ensejadoras de prejuízos aos administrados, é razoável imputar ao Estado a responsabilidade civil objetiva em função daqueles, deste que demonstrado o nexo causal entre a conduta estatal e o dano. Tal acepção decorre da

solidariedade social, uma vez que o ônus sofrido por algum ou poucos administrados decorre do benefício em favor de muitos, cumprindo ao Estado equilibrar a relação através da via indenizatória.

Visa-se, assim, ao atendimento do princípio da igualdade, sendo este alcançado apenas em face da não imputação do ônus probatório de algum evento danoso provocado pelo Estado aos terceiros, sejam estes usuários ou não dos serviços públicos.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, de forma acertada, procedeu à modificação de sua jurisprudência para imputar também às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos a responsabilidade civil objetiva prevista no artigo 37, §6º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Não restam dúvidas de que os não-usuários de serviços públicos sofredores de danos em decorrência de atividade estatal devam ser tutelados pela responsabilidade civil objetiva, seja pela inexistência de distinção constitucional em relação à qualificação do sujeito passivo ou pelo caráter geral do serviço público, seja pela adequação da repartição social dos encargos públicos, mas, principalmente, pela irrazoabilidade de se imputar àqueles o ônus probatório no que concerne à existência de elementos subjetivos (dolo ou culpa) da responsabilidade.

Havendo conduta estatal seguida de dano e demonstrado o nexo causal, independente de ser ou não usuário do serviço público, resta caracterizada a teoria do risco administrativo e a conseqüente responsabilidade civil objetiva, pelo que ao Estado caberá a prova de eventuais causas excludentes da responsabilidade civil estatal.

A consagração da responsabilidade civil objetiva do Estado frente a usuários e não-usuários dos serviços públicos, nos termos do artigo 37, §6º da Constituição da República Federativa do Brasil, constitui-se, assim, em imprescindível mecanismo do sujeito de direito em face do Poder Público.

Referências:

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo*. 11 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo*. 16 ed. Rio de Janeiro: Método, 2008.

BAZHUNI, Marco Antônio. *Da Responsabilidade Civil do Estado em decorrência de sua atividade administrativa*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1992.

BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade do Estado por atos de seus agentes*. São Paulo: Atlas, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34 ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito administrativo*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009.