

A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Flávio Henrique de Oliveira Nóbrega*

RESUMO

Ao Supremo Tribunal Federal, na sua função institucional de “guarda da Constituição”, cabe dar última palavra em tema de interpretação das normas positivadas no texto da Carta Fundamental. Suas decisões, mesmo que no âmbito do controle difuso, despontam como paradigmáticas o que recomenda a sua observância pelos demais órgãos do Poder Judiciário, em obséquio à isonomia e à segurança jurídica. Nesse contexto, a divulgação e discussão dos seus precedentes tornam-se relevante, em especial quando se trata do tema responsabilidade civil extracontratual do Estado, dada a recorrência com que se observa o trato de tal matéria na prática judiciária. Nesse sentido, pinçamos, em sua jurisprudência, dada a relevância que assumem, os seguintes temas: a) a possibilidade, ou não, de responsabilização direta do agente público; b) os requisitos para configuração da responsabilidade objetiva do estado; c) a configuração da responsabilidade civil em casos de ato omissivo; e d) a responsabilidade das prestadoras de serviços públicos em face de terceiros não-usuários.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil do Estado. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal.

1 INTRODUÇÃO

Como é cediço, a idéia que prevaleceu a respeito da responsabilidade civil extracontratual do Estado no mundo ocidental, em sua fase inicial, foi a da sua irresponsabilidade, bem expressa nas já conhecidas parênticas “the King can do no wrong”, ou, na versão francesa, “le roi ne peut mal faire”. É o que se convencionou denominar de teoria da irresponsabilidade civil do Estado. No Brasil, essa teoria,

*Procurador da Fazenda Nacional. Especialista em Direito Processual Civil. Analista Judiciário da Justiça Federal no Rio Grande do Norte. Endereço Eletrônico: flavionobrega@jfrn.gov.br.

como assinala Mello (2004, p.908), jamais foi aceita, tendo, inicialmente, prevalecido a tese da culpa civil.

Somente com o advento da Constituição Republicana de 1946 é que foi adotada a teoria hoje vigente, a cognominada teoria da responsabilidade extracontratual objetiva, a qual dispensa, para que surja a obrigação de reparar o dano, cogitações a respeito da culpa do agente público.

O Supremo Tribunal Federal, a quem cabe dar a última palavra em tema de exegese das normas jurídicas positivadas no texto da Constituição, tem exercido seu natural e relevante mister quando da apreciação das questões constitucionais relativas à responsabilidade civil estatal, extraindo-lhe o conteúdo, bem como delineando seus limites.

A sua primazia exegética, somada à força que os precedentes têm assumido no nosso sistema de direito positivo, incitou-nos a procurar sintetizar os principais aspectos jurisprudenciais já traçados, de forma a contribuir para a aplicação uniforme do direito e, por via de consequência, emprestar viço aos princípios da igualdade e segurança jurídica.

Paralelamente, e em vista da especial relevância que assume a doutrina em tema de Direito Administrativo¹, havemos por bem trazer à baila ensinamentos doutrinários, ora para esclarecer e firmar o entendimento jurisprudencial, ora para criticá-lo.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da responsabilidade civil extracontratual do Estado é fecunda, o que demanda restrição dos temas objeto do presente ensaio.

¹Como já disse Lafayette Pondé “no Direito Administrativo, mais talvez do que em qualquer outro campo dos estudos jurídicos, a doutrina é o fio condutor de sua elaboração e da sistematização de seus conceitos e categorias, como um todo orgânico.” (1994, p. 92)

Nesse passo, pinçamos, dada a relevância que assumem, os seguintes assuntos: a) a possibilidade, ou não, de responsabilização direta do agente público; b) os requisitos para configuração da responsabilidade objetiva do Estado; c) a configuração da responsabilidade civil em casos de ato omissivo; e d) a responsabilidade das prestadoras de serviços públicos em face de terceiros não-usuários.

2.1 DA POSSIBILIDADE (OU NÃO) DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO INDENIZATÓRIA DIRETAMENTE CONTRA O AGENTE PÚBLICO CAUSADOR DO DANO

Tem sucedido, por vezes, que o prejudicado pela atuação ou inação estatal em vez de postular ação indenizatória em face da pessoa jurídica de direito público ou das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, propõe-na em face do próprio agente público causador do dano.

Ao defrontar-se, em sede de Recurso Extraordinário, com tutela postulada nesses moldes, o Supremo Tribunal Federal, por sua 1ª Turma (BRASIL, RE nº 327.904/SP, 2006), entendeu ser incabível uma tal pretensão, uma vez que, segundo as razões de decidir então exaradas, o dispositivo constitucional encartado no art. 37, § 6º, prevê uma dupla garantia: uma em obséquio ao particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado que preste serviço público; outra em favor do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional pertencer.

Sendo assim, consoante o posicionamento então firmado, o terceiro lesado em sua órbita jurídica não pode ingressar com ação de indenização contra o próprio agente causador do dano, visto que a norma constitucional assegura a este a garantia de somente ser demandado, em ação de regresso, pela própria administração da qual faça parte.

Nesta mesma assentada, o Ministro Relator citou ainda precedente da 2ª Turma da Excelsa Corte (BRASIL, AI nº 167.659-AgR/PR, 1996).

Tal posição, nada obstante, não é isenta de disceptações. Nesse sentido, cite-se Mello (2004, p. 917), para quem a norma em questão não possui caráter defensivo do agente perante terceiro, é dizer, não há a dupla garantia a que se refere o Ministro-Relator.

O que se extrai das lições do professor paulista é que essa dupla garantia abrange o terceiro e o patrimônio público, não havendo que se falar, pois, em norma protetiva do agente causador.

São suas as seguintes palavras:

A norma visa proteger o administrado, oferecendo-lhe um patrimônio solvente e a possibilidade da responsabilidade objetiva em muitos casos. Daí não se segue que haja restringido sua possibilidade de proceder contra quem lhe causou o dano. Sendo um dispositivo protetor do administrado, descabe extrair dele restrições ao lesado.

Acrescenta o administrativista que o que visa a parte final da norma constitucional é a proteção do patrimônio público.

Esta é a posição que nos parece mais adequada ao espírito da Constituição Republicana de 1988.

Com efeito, não vemos como extrair do texto da norma constitucional uma limitação nos moldes estabelecidos na decisão em causa, tendo em vista que o seu objetivo fundamental é a proteção do administrado, tanto é que lhe defere a possibilidade de ressarcir-se dos danos independentemente de cogitações a título de culpa.

O outro objetivo que dela se extrai é a proteção do patrimônio público, como bem lecionou o citado doutrinador, uma vez que a norma que assegura o direito de regresso não está aí por acaso, mas com o fim claro de proteger o interesse patrimonial da coletividade, que é quem arca, em última análise, com o ônus decorrente da condenação impingida ao ente estatal.

Ora, a propositura da ação diretamente contra o agente do Estado atende exata e simultaneamente aos dois interesses protegidos pela norma: por um lado, põe a salvo o patrimônio coletivo, na medida em que a execução da sentença

condenatória somente recairá sobre o patrimônio do agente causador; por outro, satisfaz a pretensão da vítima, que, por qualquer razão, prefira perseguir o ressarcimento diretamente em face do agente provocador.

Acrescentamos, *en passant*, que uma solução tal qual a aventada no mencionado julgado, além de dissociada do espírito – e porque não da própria letra da norma – abstrai de um elemento fundamental à busca pela justiça: a satisfação proporcionada pela vitória obtida em face daquele que infligiu o dano ilícito.

Por tais razões, cogitaríamos de uma dupla garantia diversa da perfilhada no julgado mencionado: uma em favor do administrado, que poderia interpor ação indenizatória em face quer da pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público, quer do agente público responsável; outra em favor do Estado, que, em caso de dolo ou culpa, pode demandar em face do agente pertencente aos seus quadros administrativos.

Cabe registrar ainda que há, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, precedente do seu órgão pleno admitindo a propositura de ação concomitantemente contra o Estado e o agente público (BRASIL, RE 90.071, 1980).

De qualquer modo, vale mais uma vez rememorar que a posição firmada pelas duas Turmas da Corte Suprema é no sentido de vedar-se a postulação diretamente contra o agente público.

2.2 REQUISITOS PARA CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

Para configuração da responsabilidade civil do Estado, são necessários que sejam atendidos certos requisitos cumulativos, sem os quais não pode falar em direito à indenização pelo dano sofrido.

Interpretando o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que trata da responsabilidade civil extracontratual do Estado, o Supremo Tribunal Federal, estratificou em quatro os requisitos para configuração de tal responsabilidade, a saber: (a) a alteridade do dano; (b) a causalidade material entre o “*eventus damni*” e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público; (c) a

oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público, que, nessa condição funcional, tenha incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do seu comportamento funcional; e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (BRASIL, RE nº 109.615/RJ, 1996).

O primeiro requisito elencado para caracterização da responsabilidade civil estatal é a existência de dano a outrem. Se não há dano (moral ou material), como regra, não há que se falar em indenização.

Em segundo lugar, deve existir nexos causal entre a conduta do agente estatal e o dano daí advindo. Nexos causal é “o vínculo, a ligação ou a relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado” (CAVALIERI, 2005, p.71).

A questão alusiva ao nexos causal, todavia, não se revela tão simples como a uma primeira vista possa parecer. É que a existência, ou não, da responsabilidade civil do Estado pode variar conforme a teoria adotada quanto ao nexos de causalidade.

Segundo entendimento já firmado pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, RE nº 130.764/PR, 1992), a teoria adotada pelo nosso ordenamento jurídico é a teoria do dano direto e imediato (art. 403 do Código Civil), segundo a qual a responsabilidade do agente somente surge quando os danos ocasionados pela sua ação ou omissão delas resultam direta e imediatamente, *id est*, proximamente de sua conduta.

Mas, em termos práticos, o que isto quer dizer? Para responder a tal questionamento, formulemos uma questão prática: a fuga de apenado da carceragem e prática de crimes meses após essa fuga suscita obrigação de indenizar por parte do Poder Público?

A resposta, como regra, é negativa. Isto porque, no caso aventado, o dano não decorreu direta e imediatamente da omissão do Poder Público, mas sim de concausas sucessivas.

Seguindo essa ordem de idéias, se, de outra forma, o mesmo foragido causa dano a outrem logo que recobrada a sua liberdade, o nexos causal revela-se direto e imediato, a ensejar a responsabilização objetiva do Estado.

No sentido do exposto, vale transcrever ementa de acórdão proferido, à unanimidade, pela 1ª Turma da Suprema Corte (BRASIL, RE nº 130.764/PR, 1992):

Responsabilidade civil do Estado. Dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia parte preso foragido vários meses antes. - A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69 (e, atualmente, no parágrafo 6. do artigo 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros. - Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito a impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também a responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada. - No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexo de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, e inequívoco que o nexo de causalidade inexistia, e, portanto, não pode haver a incidência da responsabilidade prevista no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69, a que corresponde o parágrafo 6. do artigo 37 da atual Constituição. Com efeito, o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Desta sorte, vale mais uma vez ressaltar que, quando se trata de responsabilidade civil extracontratual, o nexo de causalidade deve ser apreciado segundo a teoria do dano direto e imediato.

Estabeleceu a Suprema Corte como terceiro requisito necessário à configuração da responsabilidade civil do Estado a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público, que, nessa condição funcional, tenha incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do seu comportamento funcional.

Quanto à oficialidade da atividade causal e lesiva, deve-se frisar primeiramente que não se exige que o agente público tenha agido no exercício de suas funções, mas na qualidade de agente público.

Nesse sentido, pondera a doutrina (MELLO, 2004, p.913), “Basta que tenha podido produzir o dano por desfrutar de posição jurídica que lhe resulte da qualidade de agente atuando em relação ao serviço público, bem ou mal desempenhado.”

O exemplário a respeito desse ponto é vasto. Podemos citar situações tais como a do policial militar que, mesmo em período de folga, efetua disparos com

arma de fogo pertencente à corporação (BRASIL, RE nº 160.401, 1999; BRASIL, RE nº 291.035, 2006) e a do servidor que, mesmo não estando no exercício de suas atribuições, utiliza carro oficial e provoca dano a terceiros (BRASIL, RE nº 294.440-AgR, 2002).

Por outro lado, se o dano causado por agente público não guarda qualquer relação com sua função pública, não se há de imputar ao Estado a responsabilidade daí decursiva. É o caso do servidor público que colide com automóvel de outrem quando do gozo de suas férias.

Quanto ao denominado agente de fato, segundo Gasparini (2004, p.887) o Estado deve ser responsabilizado por seus atos, “pois, se aproveita as vantagens dessa situação, deve suportar os ônus dela decorrentes”.

Neste ponto, parece-nos acertada a conclusão do doutrinador, tendo em vista que o particular, no exato momento em que se faz passar por integrante dos quadros do ente estatal, assume as feições de agente perante terceiros, devendo seus atos ser validados pela teoria da aparência e o Estado responsabilizado quando esses mesmos atos provoquem danos a outrem.

Por fim, o quarto e último requisito alinhado pela jurisprudência da Excelsa Corte é o de que não haja causa excludente de responsabilidade.

São apontadas como excludentes da responsabilidade civil do Estado a força maior, o caso fortuito e a culpa da vítima. A jurisprudência do Supremo tem-nas aplicado regularmente, de que é exemplo o seguinte acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 109615/RJ (BRASIL, 1996):

O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior - ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima.

Di Pietro (2006, p. 625), ao discorrer sobre o tema, exclui o caso fortuito. Aduz a autora que “na hipótese de caso fortuito, em que o dano seja decorrente de ato humano, de falha da Administração, não ocorre a mesma exclusão, quando se rompe, por exemplo, uma adutora ou um cabo elétrico, causando dano a terceiro...”.

Para Carvalho Filho (2004, p. 433), esse mesmo fato, ao qual a mencionada administrativista atribui a qualificação jurídica de caso fortuito, na verdade, nem mesmo poderia ser caracterizado como tal, tampouco como força maior, mas como fato administrativo, que suscita “a responsabilidade do Estado por ser ela objetiva e independente de culpa”.

As conseqüências de tais raciocínios jurídicos, ao fim e ao cabo, portanto, são as mesmas, pois que para um mesmo fato atribuem a mesma conseqüência jurídica, qual seja, a ausência de exclusão da responsabilidade estatal.

A nós nos parece mais adequado, para não suscitar confusões indevidas, considerar fenômenos tais como o rompimento de uma adutora ou de um cabo elétrico, na linha das ponderações exaradas por Carvalho Filho, como fatos administrativos, ou melhor, nos dizeres do Anteprojeto de lei que regulamenta a responsabilidade civil do Estado, fatos da coisa. Isto porque, nesse documento preliminar, fato da coisa é descrito como o “evento em que o dano ocorre por falha ou defeito em equipamentos, máquinas, objetos ou bens em geral, pertencentes ou sob os cuidados das pessoas jurídicas responsáveis...” (TÁCITO, 2002, p. 372).

Assim entendido o assunto, podemos compatibilizar os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais. E concluir que, para fins práticos, não importa a distinção, pois que, independentemente da qualificação que se empreste ao evento, sendo ele imprevisível e invencível, nos termos da jurisprudência da Suprema Corte, a responsabilidade há de ser excluída.

Se, por outro lado, a situação melhor se enquadrar no conceito de fato da coisa, a responsabilidade administrativa deve ser reconhecida, independentemente de cogitações a título de culpa.

2.3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS

Consoante já assentado ao correr da pena, a regra que vige a respeito da responsabilidade civil extracontratual do Estado é a da responsabilidade objetiva, isto é, da responsabilidade que independe de cogitações acerca da culpa em sentido lato (dolo e culpa em sentido estrito).

Eis a regra geral. Contudo, mesmo quando se trata do tema “responsabilidade civil do Estado”, ainda há espaço para aplicação da regra da responsabilidade subjetiva.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem-na aplicado para as hipóteses de atos omissivos do Poder Público. Adota-se, em casos tais, a denominada Teoria da Culpa do Serviço – a “faute du service” dos franceses.

Nesse sentido, leia-se o seguinte aresto da 2ª Turma da Suprema Corte (BRASIL, RE nº 369820/RS, 2003):

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS PÚBLICAS. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: LATROCÍNIO PRATICADO POR APENADO FUGITIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º. I. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. - A falta do serviço - faute du service dos franceses - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. - Latrocínio praticado por quadrilha da qual participava um apenado que fugira da prisão tempos antes: neste caso, não há falar em nexo de causalidade entre a fuga do apenado e o latrocínio. Precedentes do STF: RE 172.025/RJ, Ministro Ilmar Galvão, "D.J." de 19.12.96; RE 130.764/PR, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 143/270. IV. - RE conhecido e provido.

Assim, a falta do serviço decorre do não-funcionamento ou do funcionamento insuficiente, inadequado, tardio ou lento do serviço que o poder público deve prestar. Nesses casos, há a necessidade de comprovação da omissão culposa – imprudência, imperícia ou negligência – do Estado, para que reste configurada a obrigatoriedade de indenização.

Neste passo, é importante que se fixe a diferenciação entre ato omissivo do Poder Público, que se omitiu quando estava obrigado a impedir o dano, do ato omissivo do agente público, tendo em vista que se tem observado, em alguns julgados, certa confusão a respeito. Na primeira hipótese, a responsabilidade do Estado é subjetiva, sendo-lhe atribuída, de forma genérica, sem se cogitar da individualização da conduta lesiva. Na segunda, a responsabilidade continua sendo objetiva.

Assim, a responsabilidade civil é objetiva quando o agente, por omissão, provoca o dano. A responsabilidade é subjetiva quando o dano é provocado por atos de terceiros ou fenômenos da natureza, obviamente quando o Estado tenha, de alguma forma, contribuído para o dano, por não ter agido quando devia ou, quando agiu, agiu ineficientemente ou tardiamente.

Nesse sentido, é clara a distinção estabelecida pela doutrina (MELLO, 2004, p.900): “Os acontecimentos suscetíveis de acarretar responsabilidade estatal por omissão ou atuação insuficiente são os seguintes: a) fato da natureza (...); b) comportamento material de terceiros...”.

Nesse diapasão, Meirelles (2001, p.616, grifo do autor) esclarece que:

O que a Constituição distingue é o dano causado pelos *agentes da Administração* (servidores) dos danos ocasionados por *atos de terceiros* ou por *fenômenos da natureza*. Observe-se que o art. 37, § 6º, só atribui responsabilidade objetiva à Administração *pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros*. Portanto, o legislador constituinte só cobriu o risco administrativo da atuação ou inação dos servidores públicos; não responsabilizou objetivamente a Administração por atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais que causem danos aos particulares.

Um exemplo pode ser esclarecedor. Conjeturemos a seguinte hipótese: um médico de hospital público realiza procedimento cirúrgico em determinado paciente sem antes lhe solicitar exames pré-cirúrgicos, tidos pela ciência médica como indispensáveis; posteriormente, este vem a falecer em virtude de uma hemorragia, a qual poderia ter sido evitada se realizados os exames outrora dispensados. Neste caso, percebe-se, a toda evidência, que houve uma omissão caracterizadora da negligência. Questiona-se: a responsabilidade do Estado por tal omissão é objetiva ou subjetiva? Pela distinção acima feita, a responsabilidade é objetiva, uma vez que a omissão decorreu diretamente de ato omissivo do próprio agente público.

Diferente é a hipótese em que apenas consegue evadir-se de estabelecimento prisional e, logo em seguida, nas proximidades, praticar homicídio. Neste caso, pela mesma distinção acima feita, a responsabilidade é subjetiva, pois que o dano, nesse caso, teve origem em ato de terceiro.

A responsabilidade é atribuída ao serviço que, decerto, funcionou mal, uma vez que permitiu que detento de alta periculosidade lograsse êxito em sua

empreitada – neste ponto não podemos esquecer da necessidade da presença do nexo causal, segundo a teoria do dano direto e imediato, adotada pelo Código Civil e aplicada pacificamente no âmbito da Suprema Corte, conforme já referido.

Destarte, pode-se concluir que existe espaço para aplicação da responsabilidade subjetiva nas hipóteses de responsabilidade civil do Estado. Observado, porém, que não é todo ato omissivo que desencadeia. Em cada caso há que se atentar para diferenciação apontada, de forma a não incorrer em *error in judicando*, prejudicando o direito subjetivo do autor da demanda, ao exigir-lhe que comprove a culpa, quando essa comprovação é despicienda – lembrando que a responsabilidade objetiva dispensa comprovação de culpa, bastando a prova do dano e do nexo causal.

2.4. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: PRESTADORES DE SERVIÇO PÚBLICO E TERCEIROS NÃO-USUÁRIOS

Tema que recentemente suscitou certa polêmica em termos de responsabilidade civil do Estado foi o atinente à responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Isto porque a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº 262.651 (BRASIL, 2005), entendeu que a exegese da norma constitucional não permite que se estenda a responsabilidade civil objetiva às relações entre terceiros não-usuários e a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público.

Em suas razões de decidir, o Ministro Carlos Velloso, então relator, ponderou que:

A ratio do dispositivo constitucional que estamos interpretando parece-me mesmo esta: porque o "usuário é detentor do direito subjetivo de receber um serviço público ideal", não se deve exigir que, tendo sofrido dano em razão do serviço, tivesse de provar a culpa do prestador desse serviço. Fora daí, vale dizer, estender a não-usuários do serviço público prestado pela concessionária ou permissionária a responsabilidade objetiva - CF, art. 37, § 6º - seria ir além da ratio legis.

Em termos práticos, *verbi gratia*, quer-se dizer que o acidente envolvendo transeunte e empresa de transporte coletivo há de ser solvido sob o pálio da responsabilidade subjetiva, é dizer, o indivíduo que venha a colidir com empresa de ônibus coletivo haverá de comprovar não só o dano e o nexo causal, mas também o dolo ou culpa do transportador.

Tal julgamento, é importante que se ressalte, não dimanou do Pleno da Suprema Corte, bem como que não obteve a adesão de todos os cinco ministros que compõem a 2ª Turma - os Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa divergiram da tese então adotada.

A doutrina, por outro lado, tem repellido o entendimento que então prevaleceu. Nesse sentido, Mello, o qual é citado no próprio voto-condutor, aduz que: “nada se exige quanto à qualificação do sujeito passivo do dano; isto é: não se exige que sejam usuários, nesta qualidade atingidos pelo dano” (BRASIL, RE nº 262.651, 2005).

Nessa mesma ordem de idéias, e, pois, em contraponto ao voto vencedor, Cavallieri (2005, p.266) assinala, a nosso ver com razão, que:

[...] a norma constitucional fala expressamente em terceiros. E terceiro indica alguém estranho ao prestador de serviços públicos, alguém com o qual não tem relação jurídica preexistente. Logo, o § 6º do art. 37 da Constituição só se aplica à responsabilidade extracontratual. Ora, o usuário do serviço de transporte tem contrato com o transportador, pelo quê não pode ser considerado terceiro. A responsabilidade deste para com aquele é contratual.

Com efeito, há que se distinguir as duas relações jurídicas existentes. A primeira envolve uma relação eminentemente contratual, a segunda uma responsabilidade que não decorre de contrato. Somente a primeira, obviamente, envolve exclusivamente o usuário do serviço público, enquanto contratante desse mesmo serviço. No tocante a terceiros, pois, a responsabilidade é objetiva, uma vez que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal faz expressa referência às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

A questão, contudo, parece tomar outro rumo no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, há indicação de que a posição então firmada pela 2ª Turma soçobrará.

É que, nos autos do Recurso Extraordinário nº 459749/PE (BRASIL, 2007), a questão em debate foi levada ao Pleno da Suprema Corte que, por quatro votos a zero, está delineando o entendimento de que a responsabilidade civil dos Prestadores de Serviço Público é objetiva mesmo em face de terceiros não-usuários.

Nesse sentido, já votaram os Ministros Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Carlos Britto. Os autos do processo em causa atualmente se encontram com o Ministro Eros Graus, que pediu vista.

Tudo está a indicar, pois, que a posição que prevalecerá, ao fim e ao cabo, é a que ora endossamos, especialmente considerando que o Ministro Celso de Mello – que já esposara seu entendimento favorável à tese ora abraçada – ainda proferirá seu voto, restando, portanto, apenas um voto, dentre os seis restantes, para que forme a maioria absoluta do Plenário.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao Supremo Tribunal Federal, na sua função institucional de “guarda da Constituição”, cabe dar última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Carta Fundamental.

Nesse contexto, a divulgação e discussão dos seus precedentes torna-se relevante, em especial quando se trata do tema responsabilidade civil extracontratual do Estado, dada a recorrência com que observa o trato de tal tema na prática judiciária.

Ao correr da pena, elencamos e discutimos diversos precedentes exarados pela Suprema Corte, com especial ênfase nos seguintes pontos: a) a possibilidade, ou não, de responsabilização direta do agente público; b) os requisitos para configuração da responsabilidade objetiva do estado; c) a configuração da responsabilidade civil em casos de ato omissivo; e d) a responsabilidade das prestadoras de serviços públicos em face de terceiros não-usuários.

Após a apreciação de tais precedentes, pôde-se concluir que a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal firmou-se no seguinte sentido: a) de regra, não se admite o ajuizamento da ação para ressarcimento pelos danos sofridos contra o próprio agente público causador; b) são quatro os requisitos para configuração da responsabilidade civil do Estado, a saber: (i) a alteridade do dano, (ii) a causalidade material entre o “*eventus damni*” e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (iii) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público, que, nessa condição funcional, tenha incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do seu comportamento funcional e (iiii) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal; c) a responsabilidade por atos omissivos do agente público é subjetiva; d) não se permite que se estenda a responsabilidade civil objetiva às relações entre terceiros não-usuários e a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, ressalvando, porém, que é latente a tendência de alteração desse entendimento.

Tais decisões foram tomadas no julgamento de Recursos Extraordinários, o que implica dizer que não possuem efeito vinculante. Contudo, a sua observância é recomendável, na medida em que representam o entendimento da mais alta Corte da Justiça brasileira, responsável pela uniformização da interpretação das normas positivadas no mais importante diploma de nossa ordem jurídica.

THE STATE'S CIVIL RESPONSIBILITY IN PREVIOUS PROCEEDINGS (CASE STUDY) OF THE SUPREME FEDERAL COURT.

ABSTRACT

In its overriding duty to protect the Constitution, the Supreme Federal court is the institution in charge of issuing the final verdict relative to the interpretation of any rule stated by the Federal Constitution of 1988. Even within the realm of generalizations, its decisions are regarded as paradigmatic, hence requiring its compliance by all other legal organizations to secure the equality and trustworthiness. Given the popularity of this subject in Law, both the discussion and the publication of any previous proceedings are known to be relevant especially when it comes to state civil responsibility. Within this scope, we selected the following relevant topics: a)

possibility to directly blame the public agent; b) the prerequisites to delineate the state responsibility; c) the civil responsibility characteristics in case of negligence; and d) the responsibility of public service providers towards non-client third parties.

Keywords: State Civil Responsibility. Previous proceedings (case study). Supreme Federal Court.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 327.904/ SP – São Paulo**, Relator: Min. Carlos Britto. Julgamento: 15/08/2006. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 de out. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 160.401/ SP – São Paulo**, Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento: 20/04/1999. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 de out. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 291.035/ SP – São Paulo**, Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 28/03/2006. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 de out. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 294.440/ RJ – Rio de Janeiro**, Relator: Min. Ilmar Galvão. Julgamento: 14/05/2002. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 de out. 2006.

_____. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 109.615/ RJ – Rio de Janeiro**, Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 28/05/1996. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 de out. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 160401/ SP – São Paulo**, Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento: 20/04/1999. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 de out. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 294440/ RJ – Rio de Janeiro**, Relator: Min. Ilmar Galvão. Julgamento: 14/05/2002. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 de out. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 291.035/ SP – São Paulo**, Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 28/03/2006. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 de out. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 459749/PE – Pernambuco**, Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgamento parcial: 08/03/2007. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 22 de mar. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 130.764/PR – Paraná**, Relator: Min. Moreira Alves. Julgamento: 12/05/1992. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 30 de abril. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 109615/RJ – Rio de Janeiro**, Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 28/05/1996. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 30 de abril. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 167.659/PR – Paraná**, Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento: 18/06/1996. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 30 de abril. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 90071/SC – Santa Catarina**, Relator: Min. Cunha Peixoto. Julgamento: 18/06/1980. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 30 de abril. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 369820/RS – Rio Grande do Sul**, Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento: 04/11/2003. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 30 de abril. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 262657/SP – São Paulo**, Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento: 16/11/2005. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 30 de abril. 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros. 2004.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PONDÉ, Lafayette. A Doutrina e a Jurisprudência na Elaboração do Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Abril/Junho, v. 196, Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

TÁCITO, Caio. Anteprojeto de Lei sobre Responsabilidade Civil do Estado. **Revista de Direito Administrativo**. Julho/Setembro, v. 229, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.