

Responsabilidade civil e serviços públicos: um espaço de convivência entre a autoridade e a consensualidade

*Ana Rita de Figueiredo Nery*¹

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

“A partir desta data,
aquela mágoa sem remédio
é considerada nula
e sobre ela – silêncio perpétuo”.

(Paulo Leminski, *Bem no fundo*)

Sumário: 1. Introdução: entre a lógica do público e do privado. 2. Panorama da Responsabilidade Civil do Estado pela prestação de serviços públicos. 3. Serviço Público. 3.1. Serviço Público como estrutura a serviço da autoridade. 3.2. Serviço Público como função a serviço do cidadão. 4. Autoridade e consensualidade. 5. Autoridade e consensualidade no julgar da responsabilidade civil do Estado pelo próprio Estado. 6. Conclusão. Consensualidade como vetor cabível ao sistema responsabilidade civil do Estado por prestação de serviços públicos. 7. Bibliografia.

1. Introdução

Não parece difícil compreender, a partir da premissa de direito público segundo a qual o bem maior é o interesse meta-individual, social, coletivo, que normas de ordem pública suplantem a todo instante as normas de direito privado, em especial de Direito Civil. Os modelos jurídicos, por mais privatísticos que sejam, sofrem a todo tempo derrogações de ordem pública.

¹ Doutoranda em Direito do Estado (USP). Pós-Graduação em Direito da Administração Pública (UFF) e em Direito para a Carreira da Magistratura (EMERJ). Professora Assistente da Escola Paulista de Magistratura (EPM). Autora do livro “A causa do contrato administrativo” publicado pela ed. Lumen Juris.

Igualmente assente que a supremacia das normas de ordem pública não se alinha à realização casuística do interesse público. Muito pelo contrário, não raro o interesse público apenas sinaliza a proteção das prerrogativas e dos privilégios da Administração.

As tensões entre Direito Privado e Direito Público, muito caras à origem do Direito Administrativo, foram tomando contornos hermenêuticos e legislativos cada vez mais interessantes. No processo de construção do Direito Administrativo, tomaram-se emprestados do Direito Civil institutos e normas que eram já comumente aplicados pelos gestores e juristas modeladores das sociedades modernas.

O recurso ao Direito Privado é dado da origem histórica do Direito Administrativo, quando inexistiam barreiras dogmáticas entre o regime jurídico de direito público e um regime jurídico de direito privado. Com o início do funcionamento do Conselho de Estado Francês foi criado um método de interpretação diferenciado. Na falta de um Código Administrativo, o Código Civil era costurado caso a caso pelo Conselho de Estado Francês aos fatos que lhe eram apresentados. Mas o tempo passou e as dicotomias se cristalizaram, polarizando, mesmo em temas como a responsabilidade civil, relações jurídicas subsumidas ao regime de direito público e relações jurídicas submetidas ao regime de direito privado.

O tema da responsabilidade civil é exemplo inquebrantável dessa dinâmica entre o direito privado e o direito público: os tribunais administrativos franceses e o Conselho de Estado Francês importaram a teoria da responsabilidade civil, com todos os seus institutos para suplantarem a ausência de responsabilidade do Estado (da herança monarca impassível de erro), adotando a teoria da responsabilidade por culpa e, posteriormente, a responsabilidade objetiva da Administração.

Fenômenos contemporâneos como a inserção do direito interno numa órbita comunitária, a “dessacralização” da supremacia do Estado e a superação da dicotomia direito administrativo/direito comum são decisivos ao enfrentamento adequado dos problemas que exurgem na seara da responsabilidade civil do Estado: são demandas por retorno às origens do Direito Administrativo, quando regimes públicos e privados interagem com maior fluidez e eficiência, em prol do resultado ótimo à solução do caso concreto.

A partir desse quadro histórico, pretende-se trazer à reflexão o tema da reponsabilidade civil em matéria de serviços públicos. Especifi-

camente, a partir do reconhecimento da permeabilidade entre os regimes de responsabilização público e privado, será desenvolvido o recurso à consensualidade como meio legítimo de ajuste da indenização devida e de reconhecimento da prática do ilícito pela Administração Pública.

A reflexão que se propõe por esse estudo é mais prática que metodológica: até que ponto a abertura legislativa para um regime de responsabilização do Estado subverteu o paradigma autoritário de um Estado irresponsável? Ou ainda: com que grau de contrição a Administração Pública lida com seus ilícitos ensejadores de reparação civil?

Por tese, tem-se que a Administração Pública ainda garante pouco espaço para registros automáticos de sua responsabilização e para o reconhecimento administrativo do seu dever de indenizar. Esse *modus operandi*, presente em todo o regime de responsabilidade civil do Estado, mostra-se especialmente vil quando em jogo a prestação de serviços públicos, seara em que os ganhos, com a assunção da responsabilidade e a reparabilidade do dano transcendem a posição jurídica do particular lesado, podendo aperfeiçoar a própria prestação do serviço público em prol de toda a coletividade.

Passa-se, primeiramente, por premissas e formulações sobre o tema “serviços públicos”. Destaca-se, nesse ponto, que a preocupação com a definição do regime jurídico e com a manutenção da potestade do Estado legou para segundo plano aspectos essenciais do dever prestacional que incumbe à Administração Pública. Em outro momento será apresentado o binômio “consensualidade-autoridade”, sua carga histórica e os caminhos de aproveitamento destes dois institutos como instrumentos equidistantes a serviço da realização do interesse público em matéria de responsabilidade civil. Enfim, toma-se a consensualidade como vetor de aprimoramento da atividade administrativa prestacional, incidente no momento da causação de danos e do surgimento do dever de reparar.

2. Panorama da responsabilidade civil do Estado pela prestação de serviços públicos

A responsabilização do Estado por danos causados a particulares será uma das grandes decorrências da submissão dos atos da Administração Pública à lei. Até então, a soberania estatal não convivía com o dever do Estado de reparar prejuízos. Trata-se de regra do direito europeu

continental e, curiosamente, também vigente nos países da *common law*. No direito anglo-saxônico, diga-se, a irresponsabilidade do Estado vai sobreviver à implantação, ao estabelecimento e desenvolvimento do Estado de Direito². Na tradição romano-germânica, o pretexto da irresponsabilidade termina no século XIX, com os primeiros precedentes julgados pelo Conselho de Estado francês e com a utilização da teoria geral da Responsabilidade Civil do direito privado, aplicada e adaptada ao Direito Administrativo. Os primeiros julgados, que datam da segunda metade do século XIX, reconhecem o dever do Estado francês de indenizar vítimas de acidentes automobilísticos causados por automóveis oficiais encarregados da prestação de serviços públicos³.

² Essa fase da irresponsabilidade subsiste quase que atavicamente até o segundo pós guerra. Somente por duas leis, uma de 1946, nos EUA, e outra de 1947, na Inglaterra, numa intervenção do *statutory law*, de leis escritas sobre a tradição da *common law* dos precedentes que proclamavam a irresponsabilidade estatal por danos à particulares. Essas duas leis, em cada um desses países, passam a reconhecer o dever do Estado de indenizar por atos ilícitos praticados pelos seus agentes aos particulares. Enquanto nos Estados absolutistas a noção de irresponsabilidade estava ligada à ideia de que o Rei podia atuar sem estar jungido a nenhuma norma jurídica que o vinculasse, nos EUA e na Inglaterra o argumento subjacente à irresponsabilidade era de que, a despeito da submissão do Estado à lei, cabia exclusivamente às ações estatais, legitimamente, restringir os direitos individuais. Eram fundamentos distintos para justificar a mesma realidade jurídica.

³ Cite-se o emblemático caso “Blanco”. Em 3 de novembro de 1871, Agnès Blanco, 5 anos, ao passar em frente a uma fábrica de processamento de tabaco, foi atropelada e ferida gravemente por um vagonete que saiu subitamente de dentro do estabelecimento, tendo uma perna amputada. O vagonete pertencia a uma empresa estatal de manufatura de tabaco de Bourdeaux e era conduzido por quatro empregados. Inconformado, o pai da menina, Jean Blanco, ingressou, em 24 de janeiro de 1872, no tribunal de justiça (civil) com uma ação de indenização (reparação de danos) contra o Estado, alegando a responsabilidade civil (patrimonial) pela falta cometida por seus quatro empregados. A chamada *faute du service*. Surgiu, então, um conflito entre a jurisdição judicial (causas entre particulares - civil) e a jurisdição administrativa (causas em que o Estado é parte), sendo o Tribunal de Conflitos responsável por decidir de quem era a competência para julgar a causa. A corte, composta por quatro membros de cada jurisdição, enfrentou um impasse, posto que houve um empate (4 x 4). O Ministro da Justiça, Jules Dufaure, presidente do Tribunal de Conflitos, denominado Guardião dos Selos, desempatou, usando sua prerrogativa do Voto de Minerva, em favor do Conselho do Estado, a jurisdição administrativa. Diante dessa decisão superior, prevaleceu a decisão do Conselho do Estado que concedeu uma pensão vitalícia à vítima, lançando, assim, as bases da Teoria do Risco Administrativo que estabelece a responsabilidade objetiva do Estado por danos causados pelos seus agentes. Entendeu-se no caso Blanco que a responsabilidade que pode incumbir ao Estado os danos causados aos particulares, causados pelas pessoas empregadas pelo serviço público, não pode ser regida pelos princípios que são estabelecidos no Código Civil, para as relações jurídicas de particular a particular; que esta responsabilidade não é plena nem absoluta; que ela tem suas regras especiais que variam de acordo com as necessidades do serviço e a necessidade de conciliar o direito do Estado (direito público) com os direitos privados (direito civil). A decisão do Caso Blanco figura como a pedra angular do Direito Administrativo francês. Na verdade, ela define tanto a competência da jurisdição administrativa como o conteúdo do Direito Administrativo. A decisão reconhece o Serviço Público como o critério para definir a competência da jurisdição administrativa, afirma a especificidade das regras aplicáveis aos serviços públicos e estabelece um nexo entre o fundamento do direito aplicável e a competência da jurisdição administrativa. Isso é o que os juristas chamam de princípio

Por longo do tempo a responsabilidade civil do Estado sofreu alterações em sua incidência. Nos tempos do absolutismo, prevalecia a teoria da irresponsabilidade do Estado como decorrência direta da soberania e da premissa de que o Estado, personificado na figura do rei e de agentes públicos que o representavam, não atuavam senão em nome da coletividade. O rei não cometia erros, origem da máxima *“the king can do wrong”*.

Outra teoria desenvolvida pela doutrina foi a responsabilidade com culpa civil do Estado. Colocava-se o Estado no mesmo plano dos indivíduos, sendo aquele obrigado a reparar os danos causados aos particulares mediante comprovação de culpa ou dolo dos seus agentes. O ônus de comprovação do elemento subjetivo da responsabilidade cabia aos particulares.

A teoria da culpa administrativa, por sua vez, assenta que o Estado deve ser responsabilizado pelo dano, somente se comprovada a omissão no serviço público. A omissão pode ser caracterizada pela inexistência do serviço, pelo mau funcionamento ou pelo retardamento do serviço. Igualmente, o ônus de comprovação da culpa da Administração Pública é do particular.

Já pela a teoria do risco integral, aumenta-se o prisma de incidência da responsabilidade sobre a Administração Pública. Segundo essa teoria, bastaria a prova da existência do evento danoso e do nexa causal para que surgisse a obrigação de indenizar para o Estado, mesmo que o dano decorresse de culpa exclusiva do particular.

Pela teoria do risco administrativo, teoria esta adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro e fundada pelo artigo 37, § 6º da Constituição Federal em vigor, surge a obrigação econômica de o Estado reparar o dano sofrido injustamente pelo particular, independentemente da prova de falta do serviço ou mesmo de culpa do agente público. Para a Administração Pública se eximir ou atenuar a obrigação de indenizar, é necessário comprovar alguma das excludentes de causalidade, ou seja: que houve culpa exclusiva da vítima, evento fortuito ou que simplesmente inexistente nexa de causalidade.

da ligação (elo) entre a competência e o fundamento. O caso Blanco confirma, em grande parte, os termos de decisões anteriores, nos casos Rothschild, de 6 de dezembro de 1855, Carcassonne, de 20 de fevereiro de 1858, Deckeister de 6 de agosto de 1861, Brandy, de 1º de junho de 1861 nos quais já havia o entendimento de que o Estado deveria responder pelos danos causados por seus agentes, quando no exercício de suas funções. (“Tribunal des conflits, du 8 février 1873, 00012, publié au recueil Lebon”. Disponível em: <<http://legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEX-T000007605886&dateTexte=>>. Acesso em: 24 jun. 2015.).

Ninguém discute, atualmente, que a ordem jurídica imponha às pessoas físicas e jurídicas, públicas ou privadas, o dever de reparar os danos decorrentes do descumprimento de regras gerais que estejam obrigadas a observar. Até a consolidação desse quadro normativo orientador da responsabilidade objetiva, muitos foram os percursos legislativos: Esse processo de evolução foi lento e gradual.

É oportuna a lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

Outrora, nos Estados autocráticos do poder absoluto dos monarcas, prevaleceu a tese de irresponsabilidade do Estado pelos atos dos seus agentes, seus delegados. Entendia-se que o rei, e, outrossim, o Estado que ele encarnava, não poderia fazer mal. Mesmo após a queda do regime senhorial, esse ponto de vista prevaleceu, porquanto, considera-se que incumbência o Estado a defesa do direito, estaria isento de responsabilidade, por não se atribuir a ele, dolo ou culpa, na consecução dos seus objetivos de manter a ordem interna.⁴

A disciplina, tal qual regulada diferentemente pelas Constituições brasileiras, afastava a responsabilidade do Estado. Caberia ao lesado insurgir-se apenas contra os empregados e servidores públicos. Pela Constituição Política do Império do Brasil de 1824, em seu artigo 179, 29, “os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício das suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos infratores”. A Constituição Federal de 1891, por sua vez, trazia em seu artigo 82:

Art. 82. Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos. Parágrafo único - O funcionário público obrigar-se-á por compromisso formal, no ato da posse, ao desempenho dos seus deveres.

⁴ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. v. VI, p. 436.

Verifica-se que pelas duas primeiras Cartas Políticas, a de 1824 e a de 1891, os funcionários públicos eram direta e exclusivamente responsáveis por prejuízos decorrentes de omissão ou abuso no exercício de seus cargos. O Estado não assumiria nenhuma responsabilidade perante terceiros prejudicados por atos de seus servidores. A posição de imunidade do Estado era corolário da figuração política de conservação da autoridade e de equivocada isenção do Poder Público em suas relações – ainda que lesivas – com os particulares.

Até que o Código Civil de 1916 previu, expressamente, a responsabilização civil das pessoas jurídicas de direito público:

Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que, nesta qualidade, causarem danos a terceiros procedendo de modo contrário ao direito ou facultando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores de danos.

A previsão de culpa, acolhida na redação do Código Civil, não deixava dúvidas acerca do caráter subjetivo da responsabilidade.

A alteração constitucional que absorvesse a norma do Código Civil de 1916 ainda tardou. Na vigência das Constituições de 1934 e de 1937 passou a vigorar o princípio da responsabilidade solidária. O prejudicado podia mover a ação ou promover a execução de sentença contra o Estado ou contra o servidor público, segundo o seu critério de conveniência e oportunidade.

Segundo a Constituição Federal de 1934:

§ 1º - Na ação proposta contra a Fazenda pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte.

§ 2º - Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário público.

Já pela Constituição Federal de 1937:

Art. 158 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

A Constituição de 1934 foi a primeira a admitir a responsabilidade do Estado pelos danos causados a terceiros por seus agentes com culpa ou dolo, respondendo estes solidariamente com aquele. Apesar de que ainda se limitava o direito da vítima, é preciso ressaltar que houve significativo avanço constitucional em benefício dos lesados em virtude de ação culposa do Estado. A responsabilidade solidária da Administração com o servidor garante à vítima o acesso à indenização, visto que a ação pode ser proposta apenas contra o Estado, se o servidor não tiver condições financeiras para arcar com o ônus indenizatório.

Observa-se que a Constituição de 1937 nada inovou em relação a esse particular, visto que seu art. 158 foi integralmente copiado o texto do artigo 171 da Constituição de 1934.

A partir da Constituição Federal de 1946⁵ adotou-se o princípio da responsabilidade em ação regressiva. Desapareceu a figura da responsabilidade direta do servidor ou da responsabilidade solidária; não há mais o litisconsórcio necessário.

Acabou ganhando corpo na doutrina o princípio da regressividade, que se refletiu na elaboração de textos constitucionais a partir da Carta Política de 1946, que adotou a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, na qual não se cogita da culpa, mas, tão somente, da relação de causalidade; provado que o dano sofrido pelo particular é consequência da atividade administrativa, desnecessário será perquirir a ocorrência de culpa do funcionário ou, mesmo, de falta anônima do serviço.

O dever de indenizar da Administração impor-se-á por força do dispositivo constitucional que consagrou o princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos.

⁵ Constituição Federal de 1946: Art. 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa estes.

As Constituições de 1946 e a de 1967⁶, emendadas em 1969, consolidaram, definitivamente, a teoria da culpa objetiva em relação às entidades de direito público interno. A Constituição de 1967 ampliou as hipóteses de responsabilização das pessoas jurídicas de direito público por atos de seus servidores. É que houve a supressão da palavra ‘interno’, de modo a abranger tanto as entidades políticas nacionais, como as estrangeiras. A Constituição de 1988⁷, por sua vez, estendeu a responsabilidade civil objetiva às pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos.

Observa-se também que no texto constitucional de 1988 substituiu-se o vocábulo “funcionário” por “agente”, de forma a aclarar que a responsabilidade do Estado subsistiria ainda que se tratasse de ato praticado por servidor contratado, funcionário de fato ou temporário, qualquer que fosse a forma de investidura. A Constituição Federal, ademais, não faz distinção entre atos comissivos ou omissivos de seus agentes. A despeito das teses em contrário, que não são tema do presente trabalho, em qualquer dos casos tem-se por prescindível a comprovação de culpa.⁸

Com o advento do novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10/07/2002, a vigor desde janeiro de 2003), alterou-se o artigo 15 do antigo Código Civil e moveu-se a lei infraconstitucional na direção da Constituição vigente. Segundo artigo 43 do atual Código Civil:

As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito de regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte deles, culpa ou dolo.

⁶ Na Constituição Federal de 1967/69: Art. 105 - As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único - Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos caso de culpa ou dolo.

⁷ Constituição Federal de 1988: Art. 37, § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

⁸ Importante trazer que o Supremo Tribunal Federal modificou o entendimento jurisprudencial da matéria, pacificando que a responsabilidade das concessionárias e permissionárias de serviço público, no que se refere aos danos causados a terceiros, será de natureza objetiva, mesmo que o dano tenha prejudicado terceiro não usuário daquele serviço público oferecido. Veja-se em: Informativo n. 557 do Supremo Tribunal Federal: “Responsabilidade Civil Objetiva e Terceiro Não-Usuário do

O Código Civil, mesmo sem tratar das pessoas jurídicas prestadoras de serviço público, passou a disciplinar o tema em estrita consonância com a Constituição vigente, à luz do princípio do risco administrativo natural em certas tarefas executadas pela Administração Pública, bastando assim que o lesado comprove o fato, o dano e o nexo causal entre o fato e o dano que sofreu.

A disciplina da responsabilidade civil do Estado, em matéria de serviços públicos, tal como posta na legislação e repisada pela doutrina e jurisprudência, vem sendo bastante testada acerca de seus requisitos e limites dogmáticos.

Não é por falta de norma que o cenário de irresponsabilidade do Estado parece se perpetuar na prática administrativa. A bem da verdade, instigante é verificar que os marcos normativos do regime de responsabilização do Estado não alteraram, no todo, o paradigma auto-

Serviço - 1 - Enfatizando a mudança da jurisprudência sobre a matéria, o Tribunal, por maioria, negou provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que concluiu pela responsabilidade civil objetiva de empresa privada prestadora de serviço público em relação a terceiro não-usuário do serviço. Na espécie, empresa de transporte coletivo fora condenada a indenizar danos decorrentes de acidente que envolvera ônibus de sua propriedade e ciclista, o qual falecera. Inicialmente, o Tribunal resolveu questão de ordem suscitada pelo Min. Marco Aurélio, no sentido de assentar a necessidade de se ouvir o Procurador-Geral da República, em face do reconhecimento da repercussão geral e da possibilidade da fixação de novo entendimento sobre o tema, tendo o parquet se pronunciado, em seguida, oralmente. RE 591874/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 26.8.2009. (RE-591874) Responsabilidade Civil Objetiva e Terceiro Não-Usuário do Serviço - 2 No mérito, salientando não ter ficado evidenciado, nas instâncias ordinárias, que o acidente fatal que vitimara o ciclista ocorrera por culpa exclusiva deste ou em razão de força maior, reputou-se comprovado o nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público, e julgou-se tal condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado, nos termos do art. 37, § 6º, da CF (“As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”). Asseverou-se que não se poderia interpretar restritivamente o alcance do art. 37, § 6º, da CF, sobretudo porque a Constituição, interpretada à luz do princípio da isonomia, não permite que se faça qualquer distinção entre os chamados “terceiros”, ou seja, entre usuários e não-usuários do serviço público, haja vista que todos eles, de igual modo, podem sofrer dano em razão da ação administrativa do Estado, seja ela realizada diretamente, seja por meio de pessoa jurídica de direito privado. Observou-se, ainda, que o entendimento de que apenas os terceiros usuários do serviço gozariam de proteção constitucional decorrente da responsabilidade objetiva do Estado, por terem o direito subjetivo de receber um serviço adequado, contrapor-se-ia à própria natureza do serviço público, que, por definição, tem caráter geral, estendendo-se, indistintamente, a todos os cidadãos, beneficiários diretos ou indiretos da ação estatal. Vencido o Min. Marco Aurélio que dava provimento ao recurso por não vislumbrar o nexo de causalidade entre a atividade administrativa e o dano em questão”. Precedentes citados: RE 262651/SP (DJU de 6.5.2005); RE 459749/PE (julgamento não concluído em virtude da superveniência de acordo entre as partes). RE 591874/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 26.8.2009. (RE-591874).

ritário de um Estado irresponsável. Isso se percebe, na prática, com a tendente desoneração do Estado pelo próprio Estado em relação ao seu dever de reparar aquele civilmente lesado. Passa-se agora à análise da disciplina dos serviços públicos e das implicações decorrentes de abordagens respectivamente estruturalistas ou essencialistas.

3. Serviços públicos

Um dos maiores desafios do Direito Público é a construção de um conceito seguro e de traços metodológicos bem marcados em matéria de Serviço Público. O desafio se agudiza em uma perspectiva de constante mutação das opções políticas de Estado, de maleabilidade das necessidades sociais e mesmo de flutuação de agentes econômicos, em um verdadeiro *dégradé* de posições jurídicas a demandar constante renovação de esforços por parte dos que se dedicam ao Direito Administrativo.

Tal dificuldade ganha especial relevo quando se radicalizam práticas intervencionistas ou não intervencionistas, em duas pontas de um mesmo eixo. Vale dizer: em dado momento histórico o Estado apresenta movimento de intervenção ampla na economia e, assim, chama à regularidade profundas derrogações das liberdades privadas. Em outro momento, na ponta oposta, há intensa liberalização de setores da economia a ponto de emergirem questionamentos sobre a própria importância do conceito de Serviços Público⁹.

Por vezes, portanto, o volume de atividades absorvidas pelas funções administrativas sob o rótulo de serviço público faz com que ordenamento experimente a indefinição ou mesmo a desnecessidade de um regime jurídico único aplicável a todo esse universo de atividades. De outro lado, há momentos de intensa aproximação entre os regimes privado e público de prestação, ambos marcados pela exploração em níveis de mercado e que igualmente parecem frustrar a relevância de um conceito de Serviço Público.

Os desencontros em matéria de serviço público são renovados no estudo da Responsabilidade Civil decorrente de sua prestação. Se predominar a lógica de que o serviço público é uma estrutura a serviço da

⁹ Consinta-se referir Alexandre Santos de Aragão, que analisa duas crises conceituais de Serviço Público em p. 239. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 239 e seguintes.

autoridade, também o tratamento dos danos gerados pelo Estado durante a prestação dos serviços repercutirá o interesse na conservação e propagação dessa autoridade. Por outro lado, se predominar a lógica de capacitação dos serviços públicos pelo seu conteúdo, para que o melhor conteúdo seja colocado a serviço do cidadão, mais fácil pensar em um sistema aberto ao consenso, à dialética entre o Estado e o particular e, assim, ao reconhecimento da responsabilidade do Estado pelo próprio Estado.

3.1. Serviço Público como estrutura a serviço da autoridade

A caminhada das variadas escolas europeias que se debruçaram sobre o tema dos serviços públicos fez preponderar, para fins da conceituação de “*serviços públicos*”, a ideia de *regime jurídico* sobre a tônica dos *provimentos de utilidades* a cargo da Administração Pública. Tomou-se – como que por metonímia – o continente pelo conteúdo: a construção jurídico-intelectual migrou do norte das necessidades sociais para a discussão sobre o funcionamento, organização e gestão de serviços públicos pelo Estado¹⁰.

Essa migração pode ser observada em diferentes cenários históricos. No medievo, o monopólio da força representava uma justificativa para o provisionamento de utilidades nas mãos dos grupos de poder. No contexto do Estado absolutista, as decisões de Estado acerca de quais seriam as atividades produtivas a cargo do Estado definiam o que estaria circunscrito à atividade produtiva da coletividade. A colocação ou não de bens em mercado, mais do que uma decisão direcionada à melhor satisfação das necessidades sociais, implicava exercício contínuo de centralização do poder sobre as utilidades como meio adequado e necessário à manutenção e expansão do Poder.

Os primeiros sinais de organização de tais prestações surgem em meio às estruturas burocráticas francesas do século XIX. Ainda assim, mesmo naquele contexto histórico, a concepção sócio-jurídica de serviço público obrava a serviço da manutenção da coesão social e, assim, da integridade do Estado francês. Com esse fito se estruturava em bases práticas uma Escola dos Serviços públicos, que, de certa forma,

¹⁰ DUGUIT, Léon. *Las transformaciones generales de derecho*. Buenos Aires: Heliasta, 2001. p. 37.

trouxe margem à operacionalização dos critérios subjetivo, material e formal para a definição do que estaria ou não incluído no conceito de Serviço Público.

Seja, contudo, sob uma perspectiva de monopólio da força – característico da Escola Institucional – seja sob uma perspectiva da organização da força – Escola dos Serviços públicos – o vértice é a posição privilegiada do governante, de onde emerge o discurso da justificação de um Poder de Estado a se valer do Poder de império ou da organização dos serviços para a obtenção de unidade e coesão social¹¹.

O reforço da concepção que privilegia o regime jurídico e coloca em segundo plano a materialidade da prestação do serviço se deu pela doutrina de Gaston Jèze, que anunciou sensível dicotomia entre Atividades Econômicas e Serviços públicos em um cenário de pós-guerra. Para Gaston Jèze, dizer que há serviço público em determinada hipótese “equivale a afirmar que os agentes públicos, para darem satisfação regular e contínua a certa categoria de necessidades de interesse geral, podem aplicar os procedimentos de direito público, quer dizer, um regime jurídico especial”¹².

Ao lado do apego à ideia de um regime jurídico geral, a indispensabilidade do Estado é outro ponto de memória teórica que carrega as concepções mais contemporâneas de Serviço Público. Significa dizer que a garantia do desenvolvimento social se dá mediante intransponível intervenção estatal nas organizações prestacionais – ainda que resumidas à proteção dos cidadãos e à segurança. A esse ponto, já se tinha incrustada na teoria e no senso comum a ideia de que o interesse geral e a coesão social necessária para o estabelecimento das instituições políticas sólidas não poderiam ser satisfeitos senão pela Administração Pública, ainda que de forma delegada a particulares.

Da parte do direito americano se tiram soluções diferenciadas daquelas do direito europeu, mas não menos influentes do modelo de

¹¹ Para o direito brasileiro, o debate entre a Escola Institucionalista e a Escola dos Serviços públicos não é tão perceptível como o debate metodológico entre os critérios objetivista e subjetivista para fins de qualificação de uma atividade como Serviço Público. E, como já dito, é possível traçar um fio condutor entre essa margem à operacionalização dos critérios subjetivo, material e formal para a definição do que estaria ou não dentro sob o conceito de Serviço Público e os primeiros movimentos que retiraram da essencialidade e utilidade da prestação para lançar mão de um objetivo de manutenção e concentração dos Poderes de Estado.

¹² JÉZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Tradução de Carlos García Oviedo. 2. ed. Madri: Reus, 1928. t. II, p. 4.

Serviço Público contemporâneo. Especialmente nos Estados Unidos, a menor evidência na separação entre regimes público e privado, na prática, não representava ausência de derrogação das liberdades privadas no que necessitavam as atividades submetidas à regulação do Estado.

Ainda que não se possa falar em um regime jurídico de direito público tal como concebido no direito brasileiro, certamente há a compreensão de utilidade coletiva com fortes impressões de fortalecimento da unidade nacional. No direito americano não há óbices à proteção específica de atividades econômicas. Os resultados assemelham-se àqueles do regime jurídico de Direito Público, só que através de vias condicionantes e disciplinadoras do exercício da liberdade privada.

Sublinha-se, que a nota distintiva da convivência entre plurais modelos de gestão das *public utilities*, sem que haja propriamente a delimitação de um regime único geral tal qual pretendido no modelo europeu, não afasta a perspectiva de atingimento de um interesse coletivo. Se a universalidade não está impressa como elemento caracterizador da prestação de tais atividades nas raízes da concepção das *public utilities*, é produto e resultado prático das decisões fundamentais do direito americano para fins de implementação das *public utilities*.

A universalidade, em outros termos, aparece como resposta à pergunta central acerca da restrição do direito de propriedade e da liberdade negocial em prol do interesse coletivo e do próprio Estado. Não é distante da concepção americana a perspectiva de que os interesses privados, quando devotados à coletividade, se sujeitam a limites externos de ordem pública. Trata-se de um controle *a posteriori* e calibrado por molduras abertas e maleáveis como a do princípio da razoabilidade.

Fato é que esses dois grandes modelos de tratamento das atividades de prestação das utilidades econômicas à coletividade – o modelo europeu e o modelo americano – deságuam na prática nacional da prestação de Serviço Público com alguns fortes elementos convergentes de influência, a saber: a sujeição do interesse individual ao interesse geral, a continuidade, a igualdade, e a derrogação das liberdades individuais para coibição de abusos.

Se observada sob o ângulo do regime jurídico, a doutrina nacional caminhou para aderir a uma construção distinta daquela americana.

No Brasil, parte-se da assertiva de que a atividade caracterizada como Serviço Público é pública; que a liberdade privada está sujeita a derrogações porque a atividade já fora avocada como de titularidade do Estado. *Ex-ante* a atividade é retirada da esfera privada e passada por meio de delegação ao agente privado, este que herdará prerrogativas do Estado.

Desde o período republicano, inaugurou-se reflexão sobre a concepção de serviços públicos pautada na posição do Estado e na separação entre os poderes. No final do século XIX já começa a fazer sentido a natureza prestacional de certas utilidades: estradas de ferro, serviços funerários, iluminação a gás, entre outros, eram serviços reservados, prestados pelo Estado.

Atualmente, pouco se discute que serviços públicos sejam obrigações das quais o Estado deva dar cabo: mas se pergunta o que de tal afirmação representa a sujeição da própria atividade tomada como serviço público a um regime geral, único e exauriente, limitador de todas as práticas privadas?

Sob uma ótica utilitarista que se debruce sobre a própria noção de Serviço Público, inevitável perceber que as atividades prestacionais do Estado serviram em muito para a manutenção de privilégios realengos, através do mecanismo das concessões, da derrogação de liberdades e, mais recentemente, da regulação. A crítica que se pode de pronto fazer, relevante à análise do que se fez da responsabilidade civil do Estado nessa caminhada, diz respeito ao reconhecimento de que a estruturação rígida de um regime de serviço público garantidor de privilégios para o Estado e de subalterna interação com o regime jurídico comum não mais se apresenta operacional ante as multifacetadas cadeias prestacionais que o processo de urbanização e de desenvolvimento social impuseram.¹³

3.2 Serviço público como conteúdo a serviço do cidadão

Passando-se de uma análise meramente estrutural da disciplina de serviços públicos para uma análise funcional e operativa, vê-se

¹³ “Constitui-se pressuposto, quase acaciano, de um serviço essencial que sua fruição por todos é tal que a própria coletividade assume encargo de assegurar o seu provimento universal e contínuo. É certo que, a partir de algumas bases de razoabilidade, a eleição de uma ou outra atividade como

que a herança de um Estado autoritário não garantiu, nas suas franjas, a legitimidade deste mesmo Estado, cada vez mais traído pela intensidade das demandas sociais e pela versatilidade da organização cotidiana dos serviços públicos. O serviço público concebido em gabinete como moldura monobloco não era mais o serviço público achado nas ruas¹⁴.

A despeito das encruzilhadas metodológicas, é possível identificar um núcleo essencial e referencial de predicados a partir do qual brotaram todas as concepções de serviço público que se alinharam ao longo dos anos. A partir deste se tira não apenas um norte de legitimação teológica da expressão serviço público, como uma moldura promotora – propulsora – de quadros normativos para o tratamento da responsabilidade civil do Estado em matéria de serviços públicos, senão estáveis e imutáveis, ao menos coerentes na função impressa em cada serviço público. Assim, se apresentam, como partes desse núcleo essencial, as noções de necessidade coletiva, de *utilidade cotidiana*, de *serviência pública* e de *universalização*.

O que nasceu sob o crivo da essencialidade foi trazido para o âmbito do poder de império e colocado sob uma capa que, distorcida pela natural insuficiência de suas formas, frequentemente entrava – e entra – em choque com a prática e com as bases da pirâmide normativa afetas aos variados setores de prestação de serviço público.

Daí, pergunta-se: dizer que em determinada hipótese se está diante de serviço público equivale ainda a dizer que o Estado pode se valer de sua autoridade e de procedimentos exorbitantes para esquivar-se das fórmulas de responsabilização civil?

essencial sempre dependerá de uma opção política travada no âmbito do núcleo estratégico estatal. Mediante pautas normativas, o Estado seleciona atividades para com as quais, dada a sua relevância social, assume a obrigação de garantir a permanente disponibilização (continuidade) e a ampliação do acesso dos cidadãos à sua fruição (universalização). Para tanto estas pautas normativas fazem recair sobre esta exploração o regime de direito público, apto a dar conformação jurídica a estes dois vetores”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural. Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 223, p. 138, 2001.).

¹⁴ Exemplificativamente, a dicotomia entre serviço público e atividade econômica, muito embora de grande utilidade para se tentar entender modalidades de intervenção estatal, não possuem presença nítida no texto constitucional. E mais: que bem analisado o leito em que defluem as premissas dessa distinção, não transparece maior importância prática na dinâmica contemporânea dos serviços públicos.

Grande parte dos serviços públicos inquestionavelmente tidos como tais são configurados por características como competição, revisão de marcos regulatórios, submissão a regime de exploração de forma muito próxima ao que se denomina ‘atividade econômica em sentido amplo’.

A evolução histórica, seja no plano nacional, seja do que herdamos da doutrina estrangeira, aponta para um viés soberano, metodológico e dogmático que se perde frente às necessidades sociais de contínuo aprimoramento da prestação.

Em algum sentido o Direito Administrativo neutralizou no direito pátrio sua preocupação com a qualidade da prestação para valorizar a manutenção de um regime jurídico intransponível às pressões de outros focos de poder. Nesse processo, o regime jurídico deixou de ser consequência e passou a ser causa, origem. O comprometimento, *a priori*, era com a origem e com a estrutura, não com abrangência, universalidade, e assunção de responsabilidades pela causação de danos.

Dos empenhos funcionalistas se tira que um regime de direito público sob os auspícios do Estado, ainda mais em uma concepção teleológica, deve servir à promoção das liberdades e não, aprioristicamente, lhe fazer oposição. Sob a perspectiva dos demandantes de Serviço Público, atribuir-se enfoque à reserva da atividade pelo Estado, e não à *atividade* reservada do Estado, obstaculiza a proteção do usuário do serviço e tem dificultado o manejo dos instrumentos de responsabilização civil por iniciativa do próprio Estado. Ganha força a proteção do Estado em detrimento, não raro, do interesse do administrado na análise do montante indenizatório e das ações positivas de evitação de novos danos. Longe de se tratar de uma projeção consequencialista, cuida-se de um processo contemporâneo de descolamento entre a estrutura e a função das atividades tidas como serviço público, delineado ao longo de anos de uma doutrina administrativa especialmente influenciada pelo modelo europeu, mas que também esbarra em formulações práticas a partir de dados do modelo americano.

Sob a perspectiva da configuração dos serviços fica ainda o que Diogo de Figueiredo Moreira Neto aponta como critério teleológico, “construído, assim, sobre sua necessária generalidade, continuidade e modicidade, que representam cada uma a seu modo, em síntese, a segurança jurídica, que o Estado deve garantir à sua prestação”.¹⁵ Por aqui o poder do Estado deixa de ser mais importante que a necessidade de acessar determinada utilidade.

¹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mito e realidade do serviço público. *Revista de Direito da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro*, v. 53. V. tb. em <<http://download.rj.gov.br/documentos/>>, acesso em: 23 jun. 2012.

Não por razões de soberania e conservação da autoridade que o Estado passa a ser titular dos serviços públicos, mas porque aquelas necessidades enfrentam dificuldades práticas ou mesmo jurídicas ante a necessidade de se viabilizar utilidades e prestações.

Além da dicotomia entre a análise dos serviços públicos pela ótica do seu regime jurídico e pela ótica de um sistema de prestação de utilidades ao cidadão, o tema dos serviços públicos ainda é disputado por outros dois vértices: o da autoridade e o da consensualidade. Essa disputa igualmente impregnará o tratamento da Responsabilidade Civil do Estado por danos causados na prestação de serviços públicos e obstaculizará a adesão pelo próprio Estado ao regime de responsabilização objetiva pelo risco administrativo.

Importante, antes, ver como o binômio “autoridade-consensualidade” é entronizado nas práticas do Estado para, adiante, observar como determinará a forma como o Estado reage negativamente ao reconhecimento de sua responsabilidade perante o particular.

4. Autoridade e consensualidade

Como já visto no estudo do tema dos serviços públicos, o Direito Administrativo ganhou autonomia científica a partir de ideias-chave que acorrentaram sua compreensão à lógica do exercício da autoridade. Sua independência tem algemas. Uma delas é a ideia de que o poder era uma manifestação incontestável do Estado.

A ação do Estado seria exclusivamente voltada à limitação das individualidades e ao exercício de um poder extroverso. A Administração Pública, por sua vez, seria um aparato colocado a serviço do Estado, seja para fins de garantia de sua soberania, seja para fins de prestação, disponibilização e organização do serviço público. Manifestações que interceptassem de qualquer forma esse vetor preponderante do Poder, ainda que para recompor patrimônios lesionados por ação do próprio agente público, estariam a desafiar o Estado, contra o qual não poderiam ser apostas barreiras de atuação senão aquelas criadas pelo próprio Estado.

Não haveria hipótese de emanações de poder oriundas da sociedade sujeitassem o Estado a um agir ou deixar de agir que não orientado pelo próprio. A supremacia do poder estatal, a presunção de validade e veracidade do ato administrativo e – para o que interessa a este estudo – e os entraves, ao reconhecimento da responsabilidade do

Estado pelo próprio Estado são expressões dessa ideia tradicional de poder incontestável, fundado na autoridade e no exercício moldado pelo – binômio poder-dever.

Outra ideia que se soma à do poder incontestável é a de contenção do poder pelo poder. Por essa noção, afeta à da legalidade estrita, a autoridade é exercida por limites formais e materiais estabelecidos pelo Poder soberano. A autoridade é, por essa perspectiva, origem e fronteira da ação da Administração Pública.

É no direito europeu continental, diga-se, que esse viés da autoridade desvia a Administração Pública ainda mais das perspectivas de consensualidade e de conformação com atores privados. É no direito europeu continental, especialmente, que o controle da Administração Pública se destaca do controle experimentado pelo homem comum, pelos particulares. A autoridade goza de prerrogativas pelo Tribunal a que se submete e pelas regras que lhe sugerem comportamentos; usufrui de posições jurídico-subjetivas excepcionais e discrepantes em relação a qualquer outro agente privado que seja alvo de controle. No caso francês, por exemplo, submete-se inclusive a uma jurisdição própria.

Tanto a ideia de um poder incontestável como a ideia de um poder controlador do próprio poder levaram a um manejo tímido e comumente desconfiado dos instrumentos consensuais pelo poder público. Em se observar o Direito Administrativo como um canal jurídico de viabilização da autoridade, toda perspectiva de tergiversação dialógica era vista como uma oposição ao primado da autoridade e ao próprio Direito Administrativo.

No âmbito da responsabilidade civil do Estado, inquestionável o trabalho dos intérpretes em repisar a norma do artigo 37 § 6º da Constituição Federal, a teoria do risco administrativo e a necessidade de reparação integral dos danos gerados, tal como ocorre no âmbito das relações jurídicas submetidas ao regime de Direito Privado.

Todo esse esforço, contudo, na prática, se encerra nas portas das procuradorias e órgãos de ouvidoria. Internamente, pisa-se pela conservação de um Estado irresponsável que se escondia atrás do sofisma que aproxima “interesse público” e “interesse do erário”. Nesse cenário, vigente na rotina administrativa, pagar indenização, reconhecer o dever de reparar ou transacionar com o particular no sentido de minimizar seus dissabores equivaleria a abrir mão do poder do Estado. Representaria verdadeiro esvaziamento de uma esfera de autoridade pelo manto intransponível do “interesse público”.

À luz das premissas até aqui enunciadas, passa-se à análise dos entraves à migração de uma lógica da imperatividade – expressão do poder-dever do Estado – para uma lógica consensual no julgar da responsabilidade Civil do Estado pelo próprio Estado. Depois, trata-se do recurso à consensualidade no âmbito da responsabilidade civil do Estado, observadas as tensões entre a posição de autoridade e a posição teleológica de prestação ótima de serviços públicos.

5. Autoridade e consensualidade no julgar da responsabilidade civil do Estado pelo próprio Estado

O artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal estabelece que “...as pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadores 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”. Assente na doutrina que a Constituição Federal consagra a responsabilidade civil da Administração, sob a modalidade do risco administrativo:

Cita-se, por todos, Hely Lopes Meirelles, segundo o qual:

[...] a teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. Na teoria da culpa administrativa exige-se a falta do serviço; na teoria do risco administrativo exige-se, apenas, o fato do serviço. Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta é inferida do fato lesivo da Administração [...] ¹⁶.

E mais:

¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 585.

Para obter a indenização basta que o lesado acione a Fazenda Pública e demonstre o nexo causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como o seu montante. Comprovados esses dois elementos, surge naturalmente a obrigação de indenizar. Para eximir-se dessa obrigação incumbirá à Fazenda Pública comprovar que a vítima concorreu com culpa ou dolo para o evento danoso. Enquanto não evidenciar a culpabilidade da vítima, subsiste a responsabilidade da Fazenda Pública; se parcial, reparte-se o quantum da indenização¹⁷.

Prossegue o mencionado autor anotando que as pessoas físicas e jurídicas que exerçam funções delegadas, sob a forma de empresas estatais ou de empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos:

[...] também estas respondem objetivamente pelos danos que seus empregados, nessa qualidade, causarem a terceiros, pois, como dissemos precedentemente (cap. VI, item I), não é justo e jurídico que a só transferência da execução de uma obra ou de um serviço originariamente público a particular descaracterize sua intrínseca natureza estatal e libere o executor privado das responsabilidades que teria o Poder Público se o executasse diretamente, criando maiores ônus de prova ao lesado.¹⁸

O recrudescimento normativo do regime de responsabilização do Estado ao longo da história encontrou eco no incremento dos mecanismos de controle e na proteção, pelo Poder Judiciário, das pretensões jurídicas invocadas contra o Estado. Parcela desse ciclo, contudo, ainda não se encerrou. Os resultados de responsabilização da Administração Pública, via de regra, ainda decorrem da ação positiva de terceiros e dos respectivos centros de controle.

O órgão ou entidade pública; a pessoa jurídica de direito público ou privado prestadora de serviço público deflagradora do ato

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 593.

¹⁸ *Ibidem*, p. 589.

lesivo raramente é protagonista da ação interna de reconhecimento da responsabilidade, limitando-se a aguardar uma posição judicial ou extrajudicial de contraste que a compila a responder perante o particular.

Vê-se no dia a dia da Administração Pública que, especialmente na seara da responsabilização civil pela causação de danos durante a prestação de serviços públicos, consente-se com uma posição de prestígio ao distanciamento do Estado e à conservação de sua posição de autoridade. A norma do artigo 37 § 6 da Constituição Federal, assecuratória de direitos e garantias ao cidadão, não prosperou, no seio da Administração Pública, como vetor de assunção de responsabilidades pelo Estado.

À luz do contexto demonstrado nos tópicos acima, tem-se que a assunção de responsabilidades pelo próprio Estado não seria mero ato de benemérito ou de desleixo com erário, mas, sim, via de aperfeiçoamento da prestação dos serviços públicos, seja pela valorização de seu conteúdo, seja pelo prestígio à posição de particulares e utentes.

Pesa, contudo, a sombra histórica do regime jurídico de direito público, da autoridade e da imperatividade. A imperatividade é, historicamente, o meio de reconhecimento da atuação administrativa autoritária. O poder-dever de atuação Administrativa marcou seu aparato burocrático com a característica da imperatividade. O mesmo se deu com tratamento, pelo Estado, de seus atos sujeitos à responsabilização civil. A imperatividade traz, como produto desse poder-dever, um agir administrativo preponderantemente unilateral, por anos a fio irresponsável e ainda hoje em muito irresignável aos seus próprios erros e fragilidades.

A *imperatividade do agir* administrativo, tomada como uma prerrogativa da Administração, é traduzida para o tratamento do tema da responsabilidade civil do Estado como tendente *imunidade do agir* administrativo. O meta-argumento do *poder-dever* que assim conduz o agir administrativo para unilateralidade de seus provimentos e para impossibilidade de qualquer concertação com o administrado desemboca, em tema de responsabilização civil, para um tratamento do Estado pelo próprio Estado de contumaz negativa de reconhecimento voluntário de responsabilidade pelos prejuízos causados a outrem.

A consensualidade, dito isto, enfrenta um primeiro entrave cultural: como incorporar a consensualidade à prática administrativa sem

que se esteja negando um dado elementar do exercício da autoridade, que é a imperatividade do agir administrativo?

Cabe aqui recorrer à funcionalidade do Direito Administrativo e ao perfil do Estado contemporâneo perante os administrados, em especial do Estado prestador de serviços públicos. Da mesma forma como a Administração Pública não atua na prestação de serviços públicos exclusivamente para restringir direitos e liberdades dos particulares, nem apenas para organizar sua estrutura burocrática, igualmente a ação da Administração Pública não mais se resume à imposição imperativa de um *poder-dever* formatado por atos administrativos unilaterais.

As funções absorvidas pelo Estado contemporâneo demandam interações e o estabelecimento de relações jurídicas consentâneas com a vastidão e a variedade de suas atividades. Isso inclui a possibilidade de reconhecimento das faltas cometidas no desempenho dessas funções e a tentativa de recomposição dos patrimônios ofendidos.

A consensualidade, nessa perspectiva, não é apenas mais um método de atuação do Estado, mas aquele que pode melhor representar um atuar da Administração Pública orientado pela legitimação de suas condutas através do reconhecimento público e dialógico de suas responsabilidades, independentemente da atuação de qualquer órgão de controle interno ou externo.

A despeito da consagrada fórmula constitucional segundo a qual “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”¹⁹, a prática administrativa ainda tergiversa com a lógica da irresponsabilidade na medida em que pauta o agir administrativo na espera silenciosa da imputação de responsabilidade por ação administrativa que lhe aponte o erro, geralmente oriunda de órgãos de controle externo e interno.

Na medida em que o próprio Estado observa o seu encargo de prestar serviços públicos com a lupa do exercício da imperatividade (circundado pela legalidade estrita e por um atuar enraizado na lei positiva), também as responsabilidades derivadas dessa prestação são observadas pela lupa da imperatividade e da conservação, tanto quanto possível, de uma posição inatingível e insindicável do Estado.

¹⁹ Constituição Federal, art. 37, § 6º.

Felizmente, diversos marcos históricos e jurídicos têm colaborado para o esvaziamento paulatino dos mecanismos autorreferenciais de Direito Administrativo exclusivamente vocacionados à perpetuação formal da autoridade. As constituições sociais do século XX, a vinculação da Administração Pública aos direitos fundamentais e o incremento das demandas do Estado complexificaram as relações entre administrador e administrados, abrandando barreiras entre o público e o privado.

O exercício da autoridade vem sendo vitimado por clivagens que transportam a Administração Pública de uma lógica do imperativo para uma lógica do atendimento de resultados e de conquista diuturna de confiança e legitimação social. Daí, dizer-se que, se de um lado, a imperatividade sempre foi a representação maior do exercício da atividade administrativa calcada no poder-dever, o paradigma da consensualidade é o que melhor responde ao gatilho de um *poder-função*, ou seja: de um poder de Estado predicado à consecução das funções que lhe são constitucionalmente entregues.

A Administração Pública passa a se valer da consensualidade como recurso necessário para viabilizar a atuação administrativa, vale dizer: para cumprir as funções que lhe são acometidas pela Constituição e exigidas pelos administrados. A consensualidade passa a participar da rotina da Administração Pública muito menos por obra do convencimento da autoridade (e do amadurecimento franco da doutrina de Direito Administrativo) e muito mais por uma necessidade da atuação administrativa.

Como visto, o olhar para a consensualidade demanda diuturnamente a revisão de uma cultura imanente ao Poder Público segundo a qual a autoridade que lhe é essencial se manifesta exclusivamente quando pautada pelo pode-dever e, conseqüentemente, por um agir imperativo. A preservação do interesse público nem sempre se confunde com a conservação a qualquer custo do erário e da posição de indiferença do Estado às lesões que o mesmo provoca.

A mudança é substancial pelo papel do consenso. O consenso pressupõe o reconhecimento de que mesmo o Estado precisa estabelecer vínculos jurídicos com grupos que o permitam efetivar um feixe abstrato de competências e de obrigações para o fim de cumprimento de deveres estatais. No âmbito da responsabilidade civil, esse engajamento consensual se mostra imprescindível para a adesão definitiva do Estado ao modelo normativo traçado pelo artigo 37 § 6º da Constituição

Federal. Passa-se à análise isolada do paradigma consensual como vetor compatível com o sistema de responsabilidade civil do Estado pela prestação de serviços públicos.

6. Conclusão: a consensualidade como vetor cabível ao sistema de responsabilidade civil do Estado por prestação de serviços públicos

Pretendeu-se demonstrar como a elaboração histórica do tema de serviços públicos e a tradicional dualidade entre autoridade e consensualidade têm dificultado a absorção, pelo Estado, de uma cultura de reconhecimento de sua responsabilidade em situação de danos causados pela prestação de serviços públicos.

Tanto a compreensão de serviços públicos como um centro de catalisação do poder estatal quanto a aversão a posturas consensuais que revisitem a lógica autoritária e unilateral tendem a apartar o Estado dos destinatários da prestação de serviços públicos. Deflagrado o dano e a violação do patrimônio dos utentes, o mesmo cenário observado na prática contemporânea da prestação de serviços públicos é replicado no tratamento da responsabilização civil do Estado. Dificilmente haverá a assunção voluntária de responsabilidade e o reconhecimento imediato da necessidade de aperfeiçoamento e aprimoramento do serviço com vistas à evitação de novos danos.

Não raro espera-se a tramitação de ações de controle interno ou externo e o empoeiramento da circunstância de lesão a bem jurídico do cidadão. A dispersão de ouvidorias e de sistemas de atendimento ao consumidor, muito embora tenham incrementado as vias de comunicação entre a Administração e o administrado, não raro apenas reproduzem a mesma cultura obstrutiva de reconhecimento de responsabilidade civil do Estado pelo próprio Estado. Adiam-se soluções positivas de recomposição dos patrimônios lesados e tendencialmente privilegia-se a incolumidade do erário como se ali estivesse o próprio interesse público.

O recurso à consensualidade é um movimento relevante para a disciplina da responsabilidade civil. Pode incidir desde o momento inicial de reconhecimento da responsabilidade e da causação do prejuízo ao particular como na concertação sobre prejuízos deflagrados pela prestação de serviços públicos. O silêncio da Administração Pública ali-

nhado à espera da insurgência do lesado ou da atuação dos mecanismos de controle não é senão um retorno à lógica de irresponsabilidade do Estado e do exercício de uma autoridade incontestável.

Pela consensualidade, a ocorrência de lesão a bem jurídico se torna um *locus* de participação do particular pela melhoria do serviço prestado pelo Estado e de transação acerca dos danos experimentados. No modelo tradicional, da ação administrativa autista e imaculada, o Estado se reserva a prerrogativa de causar danos em nome do interesse público.

Através de um modelo permeado à consensualidade, o Estado é protagonista do processo de responsabilização civil. O provimento decorrente dessa posição contrita do próprio Estado – posição de reconhecimento da falta e de recomposição dos prejuízos experimentados por terceiros – será construído em um ambiente processual, com a participação dos interessados em que prevalece a regra do contraditório.

Importa perceber que a aplicação de mecanismos consensuais que filiem a Administração Pública à posição jurídico-subjetiva de causadora de prejuízos não implica renúncia ou abdicação do poder do Estado. Pela autoridade exerce-se a condução do processo em que serão apresentadas versões para o mesmo fato e fixam-se as premissas de sua marcha, inclusive acerca do arbitramento da indenização. A partir do momento em que se trava o contraditório, ao fim, caberá ao Administrador tomar sua decisão pelo reconhecimento ou não da responsabilidade; pelo pagamento ou não de indenização.

Ainda através da consensualidade, o desenvolvimento da atividade administrativa dá-se sobre bases mais abertas e mais elásticas, buscando no movimento contínuo da ação administrativa o equilíbrio entre a autoridade administrativa e o respeito à vontade manifestada pelo particular.

Não é demais assentar a consensualidade como princípio implícito do ordenamento jurídico brasileiro, caro à Teoria Geral dos contratos e, no âmbito do Direito Administrativo, conseqüência da urgência de ajustar o exercício do Poder às inúmeras funções administrativas.

Tomado o ambiente processual como referência, como aquele válido para contornar – ou para fundamentar –, o provimento administrativo, incide a autoridade do Estado para socorrer o processo, garantindo-lhe um desempenho ótimo e mais compatível com a recomposição de padrões de eficiência na prestação do serviço público. Da

mesma forma como as partes, em um processo judicial, disputam o provimento judicial, o espaço processual administrativo permeado pela consensualidade não abdica de certa disputa de teses e de posições sobre a responsabilização administrativa.

A participação dos privados no procedimento, ao permitir a ponderação dos interesses que emergem como relevantes após a causação de um prejuízo a particulares pela prestação de serviços públicos, não apenas imprime com mais eficácia melhoria das prestações de serviços do Estado como as torna mais facilmente aceitas pelo seu destinatário.

Em termos gerais, a aderência do particular à decisão que é produto do consenso não apenas repercute, abstratamente, no ganho de legitimidade da ação administrativa como também, em termos práticos, na maior garantia de sua execução, de seu cumprimento. Se em jogo a prestação de serviços públicos, o ganho se despreza do eixo que polariza o Estado e o particular lesado: a resposta de aperfeiçoamento do serviço pode ser imediata e perspectivas essencialistas e funcionais são resgatadas em prestígio do interesse do tomador do serviço.

Pode-se dizer, enfim, que ocorre uma mudança da posição do administrado. Numa perspectiva processual, o administrado é teoricamente parte do processo. A processualidade faz do processo, a um só tempo, um modo de participação e uma alternativa ao ato unilateral e autoritário para edição do provimento administrativo. O mecanismo propicia que a administração capture os administrados para legitimar a sua ação pela dialética.

A variabilidade de resultados possíveis e a sujeição de um cenário conflituoso à autoridade administrativa não desqualificam o processo. Fundamental, nesse ponto, é a motivação da escolha e o reconhecimento das opções oriundas da participação do agente privado. Há quem considere que ao substituir uma condenação (judicial ou administrativa), por um ato bilateral que se antecipe ao reconhecimento da responsabilidade do Estado, a Administração Pública estaria a dispor sobre o interesse público, ou seja: estaria versando sobre a forma como o interesse público deve ser realizado.

A violação à indisponibilidade ao interesse público em tema de serviços públicos, todavia, não deve vir da valorização da forma, mas do conteúdo e dos resultados de eficiência. Os ganhos com o aprimoramento do serviço e a possibilidade de negociação da dívida assumida pelo agente público não podem ser antevistas como vulnerações ao

erário. A processualidade pode até, sob uma ótica, multiplicar as facetas de dissenso, mas é o que garantirá a publicidade e assegurará a incidência dos mecanismos de controle, agora posteriores e supletivos ao reconhecimento da responsabilidade civil pelos próprios prestadores de serviços públicos.

Há ainda um longo caminho de aprimoramento dos mecanismos processuais de atingimento do consenso em tema de responsabilidade civil pela prestação de serviços públicos. O que não condiz mais com o sistema republicano vigente é que a centenária abertura legislativa para um regime de responsabilização do Estado não encontre eco nos corredores da Administração Pública, e que a postura administrativa imediata diante de um episódio lesivo aos patrimônios materiais e imateriais ainda subscreva o paradigma autoritário de um Estado irresponsável. A mágoa sem remédio.

7. Bibliografia

DUGUIT, Léon. *Las transformaciones generales de derecho*. Buenos Aires: Heliasta, 2001.

FRANÇA. *Le service public de la diffusion du droit*. Tribunal des conflits, du 8 février 1873, 00012, publié au recueil Lebon”. Disponível em: <<http://legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEX-T000007605886&dateTexte=>>> Acesso: em: 24 jun. 2015.

JÉZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Tradução de Carlos García Oviedo. 2. ed. Madri: Reus, 1928. t. II.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 223, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Principios gerais de direito administrativo*. v. VI.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mito e realidade do serviço público. *Revista de Direito da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro*, v. 53. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos>>. Acesso em: 23 jun. 2012.