

**APONTAMENTOS SOBRE A RESPONSABILIDADE
ESTATAL PELA ATUAÇÃO DOS ENTES PRIVADOS**

Lívia Maria Armentano Koenigstein Zago*

Guillermo Muñoz, ao escrever sobre as transformações no serviço público, reproduz uma pergunta que lhe foi formulada pelo jurista francês Maurice Blanchot:

“Guillermo, o que significa serviços públicos privatizados e o Direito Administrativo pós-privatização? Até agora eu pensava que se um serviço público se privatiza, simplesmente deixa de sê-lo. Daí minha confusão”. (*apud* Sundfeld & Vieira, 1999. p.169-70).

Esta confusão de Maurice Blanchot nos deixa à vontade para falarmos sobre o tema, ainda tão novo e tão controvertido e sobre o qual, certamente, muito se deverá debater e aprofundar.

A noção singela de serviço público como atividade prestacional da Administração, diretamente ou por intermédio de seus delegados, para a obtenção de finalidades públicas, não mais se coaduna com a realidade atual.

De fato, as atividades que são hoje qualificadas como de interesse geral são espantosamente numerosas. Os serviços, extremamente sofisticados, dependem de alta e avançada tecnologia. Ademais, atividades tipicamente empresariais podem ser consideradas serviços públicos. Não se nega, igualmente, a identificação de serviços públicos a serviços como telefonia móvel, a prestação de serviços via rede (Internet), dentre outros, que passaram, em menos de uma década, a fazer parte de nossas vidas e necessidades diárias, e que não podem ser prestadas, por suas próprias características e exigências de pesquisa e custos, pelo Poder Público.

A esta verdadeira revolução na qualificação/quantificação de serviços públicos — palavra, aliás, que jamais teve uma identidade ontológica —, alia-se o fato de o Estado estar voltando a ser um Estado mínimo, reduzido a funções essenciais (entenda-se por essenciais a regulação e a fiscalização), sobretudo para liberar-se do imenso “déficit” atribuído, com ou sem razão, às quantidades prestacionais imen-

* Advogada e Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo.

sas típicas do Estado de Bem-Estar, às quais não correspondeu a qualidade exigida pelo Código de Defesa do Consumidor.

O Estado Mínimo do século XXI tem uma função/atividade preponderantemente reguladora e fiscalizadora. Passa o Estado a ser um verdadeiro prestador de serviços, mas de serviços de regulação e de fiscalização.

Esta situação conduz a uma primeira indagação: o que se entende, hoje, por serviço público? Quem detém ou deve deter a titularidade deste serviço?

Parte dos doutrinadores entende que a noção de serviço público deve ter em conta sua titularidade. Serviço titularizado pelo Estado é serviço público. Serviço titularizado por particular não deve ser entendido como serviço público.

Na Argentina, por exemplo, ainda segundo Guillermo Muñoz (ibidem, p.172-3), parte da doutrina concluiu que o serviço público telefônico do Estado perdeu sua titularidade, passando às mãos privadas, porque foram outorgadas pelo instituto jurídico da licença, considerado como outorga naquele país, que transfere a titularidade, não sendo como delegação.

Indaga o jurista argentino se a simples transferência de um serviço público por outro instrumento que não a concessão poderia retirar do Poder Público a titularidade sobre estes serviços, chegando a uma resposta negativa.

Debruçou-se igualmente nesta análise a jurista espanhola Margarita Beladiez Rojo (1997, p.45 et seq.), para quem a noção de serviço público há que ser ampliada, o que traz reflexos no âmbito da responsabilidade, que tem que ser estudada à luz da realidade de que a prestação de serviços de interesse geral não se realiza mais exclusivamente por intermédio do Estado. Cita como exemplos de atividades de titularidade privada, que têm a qualificação de serviço público os serviços de táxis, farmácias, colégios e hospitais privados.

Assim, a tradicional definição francesa de serviço público não se coaduna com a realidade atual. Hoje, a noção de serviço público também comporta e inclui a atividade desempenhada pelos particulares e qualificada como de interesse geral, como ocorre entre nós, por exemplo, com as chamadas “Organizações Sociais”, tratadas pela Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1988, com os serviços qualificados como “voluntariado”, com as atividades desenvolvidas pelas Organizações Não-Governamentais – ONGs, com as próprias empresas públicas ou concessionárias que tiveram suas ações vendidas a particulares e, nada obstante, executam atividades que podem ser enquadradas como serviço público.

Parece-nos, ainda, que a questão da titularidade desses serviços não é, nos dias atuais, uma questão fundamental. O que mais importa é a definição de uma atividade como de interesse geral e o controle e fiscalização que o Estado deva exercer sobre tal atividade, o que independe de sua titularidade ser estatal ou privada, a prestação ser feita direta ou indiretamente pelo Estado, ou exclusivamente pelo particular.

A qualificação da essencialidade como atividade típica da prestação estatal resta bastante esmaecida. Primeiramente, porque o Estado deixa de ser apenas

um típico prestador de serviços, passando a exercer múltiplas e facetárias atividades, com destaque para a atividade arbitral, a atividade de parceria com os administrados, a atividade reguladora e fiscalizadora. Depois, porque mesmo os serviços antigamente considerados como essenciais – como ocorria com a segurança, a saúde, a educação, o transporte, as comunicações – são, hoje, perfeitamente realizadas por entidades privadas, sendo até mesmo salutar que o Estado estimule a concorrência entre elas visando a um serviço que atinja cada vez mais excelência na qualidade e modicidade nos preços.

O monopólio estatal sobre a prestação de serviços públicos cede à iniciativa privada e à concorrência.

Por certo que esta ampliação e a nova perspectiva pela qual se insere a prestação de serviços considerados de interesse geral dos cidadãos tem reflexos profundos na área da responsabilidade.

A história da responsabilidade do Estado teve um percurso bastante árido, que vai de total irresponsabilidade à sua responsabilidade integral e absoluta, que independe de nexo de causalidade, ou seja, a responsabilidade decorrente de danos nucleares, cujo fundamento, para os que a admitem, é a alínea c do inciso XXII, do artigo 22 da Constituição Federal, que afirma independência de existência de culpa a responsabilidade civil por referidos danos.

Quando, porém, a responsabilidade do Estado tornou-se um instituto jurídico bem delineado, a ponto da manutenção do qualificativo civil tornar-se inadequada, a nova situação de ampliação dos serviços, a imposição de qualidade, sofisticação e a necessidade de uma tecnologia altamente avançada – aliada à notória falência do Estado – determinou a parceria do Poder Público com os particulares em sua execução. Entramos na era das privatizações, da desestatização. Todos estes fatos conduzem à necessidade de repensar-se o tema responsabilidade pública.

Ao tratar desta questão não se pode deixar de destacar que, dentre os fatos que levaram à privatização do serviço, o “déficit” público ocupa lugar de destaque. Se o intuito que se pretendeu alcançar com a privatização ou a desestatização foi o de transferir para o setor privado a execução ou a própria titularidade do serviço público, a responsabilidade do Estado, nestas hipóteses, a nosso ver, não pode ser qualificada como solidária ou subsidiária pura ou simplesmente, como se o Estado fosse um segurador universal, que garanta todas as vicissitudes técnicas ou comerciais. Se assim ocorresse, tal situação implicaria ofensa ao princípio da isonomia, visto que os particulares sob regime de concessão, permissão ou autorização, bem como aqueles que executam serviços qualificados como de interesse geral, estariam acobertados por um segurador, um fiador de qualidade, o que não ocorre com outras empresas e atividades.

Esta posição por nós adotada não significa que o Estado pura e simplesmente esteja imune de toda e qualquer responsabilidade. Entendemos que, nestas situações, a responsabilidade estatal tem um novo conteúdo, um novo núcleo, constituído pelo controle do Estado sobre os serviços prestados pelos particulares qualificados como de interesse geral.

O controle há que ser exercido de forma eficiente e eficaz, e a omissão ou a falha na fiscalização enseja a responsabilidade do Estado. É uma responsabilidade sobretudo *in vigilando* sobre tais particulares, que devem prestar o serviço com a mesma qualidade e eficiência exigida do serviço público.

Referimo-nos a um verdadeiro poder de polícia fiscalizador e sua falha ou ausência enseja a responsabilidade do Estado. A causa da responsabilidade estatal, pois, nestas hipóteses, está na demonstração de que a falha ou omissão do Estado na fiscalização ensejaram o dano. Se a fiscalização tivesse ocorrido ou se tivesse ocorrido da forma adequada, o dano não se teria produzido.

Impende, pois, analisar duas questões: a prova do atuar diligente e o tipo de responsabilidade que a falha no dever (ou no serviço) de inspeção acarreta para a Administração. Trata-se de responsabilidade direta ou subsidiária?

Nesta análise, socorrer-nos-emos do estudo elaborado por Margarita Beladiez Rojo, que se apóia, também, no entendimento de Rebollo (*ibidem*, p.202 et seq.).

Passemos à análise do que se entende como a diligência exigida do Poder Público para que ocorra a responsabilidade.

Por óbvio não se exige que o Poder Público seja onisciente e onipresente. Impõe-se, sim, que a Administração demonstre ter agido de modo diligente, que exerceu da forma devida e esperada seu poder/dever de fiscalização.

Segundo Margarita Beladiez Rojo, uma das formas de provar que ocorreu a negligência ou culpa, por parte da Administração, é a demonstração de que, se tivesse atuado diligentemente, o dano não teria ocorrido. Cita a autora, como exemplo, que a inspeção pode garantir que os serviços tenham sido prestados nas condições devidas, mas não pode garantir uma imprudência ou uma falha humana. Nesta hipótese, o Estado não pode ser responsabilizado por falha na prestação do serviço de fiscalizar.

Contrariamente, se o particular costuma contratar, com habitualidade, mão-de-obra desqualificada para a prestação do tipo do serviço prestado, ocorrendo dano está caracterizada falha na atividade de inspeção, a cargo do Poder Público, que responderá por tal falha ou omissão.

Outro modo de comprovar a diligência consiste na demonstração da habitualidade de fiscalização em relação ao tipo de serviço prestado. Em outras palavras, o intervalo na realização da inspeção deve ser satisfatório àquela atividade. Inspeções esporádicas e desvinculadas de continuidade que o serviço requer de nada adiantam, podendo, na ocorrência desta hipótese, haver responsabilidade do Estado.

É importante que se estabeleçam regras de serviço público, regulamentos de inspeção. Essas regras reguladoras deverão ser simples, claras, acessíveis, razoáveis e proporcionais. Inadmissível que gerem como resultado prejudicar a continuidade e o andamento do serviço.

Segundo Rebollo, ao delimitar o que seja o funcionamento normal da fiscalização: “para que exista responsabilidade é preciso que surja a possibilidade de prever e evitar o dano que o outro causa” (*ibidem*, p.203). Quanto ao fato de respon-

der o Estado direta ou subsidiariamente, há divergência na doutrina a respeito. Para alguns, a responsabilidade da Administração no exercício de sua função fiscalizadora, em qualquer modalidade de gestão, é sempre subsidiária e torna-se devida toda a vez que restar demonstrada negligência das autoridades encarregadas da fiscalização.

No entanto, há entendimento de que esta responsabilidade deve ser direta, justamente porque não se trata do tipo de responsabilidade subsidiária ou solidária, mas de um tipo novo, oriundo da falha da fiscalização, que é autônoma e independente em relação ao particular executor do serviço, que detenha ou não esta titularidade.

A responsabilidade da Administração decorre da má e deficiente prestação do serviço de inspeção.

De todo o exposto, podemos afirmar, em conclusão que:

1. A nova realidade do Estado impõe não apenas sua minimização, como a execução de outras tarefas, diversas daquelas de prestação de serviços. Falamos do chamado Estado pluriclasse, que é árbitro, parceiro, regulador e inspetor da atividade privada qualificada como de interesse geral.
2. Propõe-se nova compreensão da expressão serviço público ou geral. Nesta nova identidade: a) o serviço de interesse geral independe de sua essencialidade e da pessoa que o executa. Os serviços públicos qualificados como de interesse geral podem ser prestados pelo particular como executor ou titular; b) o Estado é prestador de serviço essencial de fiscalização dos serviços de interesse geral operados pelos particulares e pelo próprio Estado.
3. O Estado regulador não pode agir de forma que impeça ou dificulte a prestação dos serviços de interesse geral pelos particulares, perturbando sua continuidade.
4. O Estado fiscalizador é responsável pela prestação eficiente e eficaz do serviço de fiscalização. Comprovada que a falha ou falta na fiscalização foi determinante para a ocorrência do dano, surge a responsabilidade do Estado pela falha ou falta de fiscalização.
5. A falha ou falta de fiscalização é modalidade autônoma de responsabilidade do Estado; decorre da *culpa in vigilando* e é, a nosso ver, responsabilidade direta do Estado perante a vítima do dano.

Referências Bibliográficas

- MUÑOZ, Guillermo. In: SUNDFELD, Carlos Ari, VIEIRA, Oscar Vilhena (Coords.). *Direito Global*. 1 ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- ROJO, Margarita Beladiez. *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*. Madrid: Tecnos, 1997.

