

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



**A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO EM RAZÃO
DO MAU FUNCIONAMENTO DO SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL: UMA
ANÁLISE COMPARADA COM O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE PELO
FUNCIONAMENTO ANORMAL DO SERVIÇO EXISTENTE EM PORTUGAL**

MARIANA DA SILVA MACÊDO

MESTRADO EM DIREITO
ÁREA DE ESPECIALIZAÇÃO:
CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

LISBOA

2024

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO

A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado em razão do mau funcionamento do serviço público no Brasil: Uma análise comparada com o instituto da Responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço existente em Portugal.

MESTRADO EM DIREITO
ÁREA DE ESPECIALIZAÇÃO:
CIÊNCIAS JURÍDICO POLÍTICAS
MARIANA DA SILVA MACÊDO

Dissertação apresentada em sede de Mestrado Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito na área de Ciências Jurídico-Políticas.

Orientadora: Professora Doutora Carla Amado Gomes

LISBOA
2024

À Wally, meu eterno companheiro.

AGRADECIMENTOS

Essa dissertação representa a realização de um sonho almejado desde a época de minha graduação, sendo o resultado de um longo percurso de aprendizado, esforço e crescimento pessoal e acadêmico. Por isso, gostaria de expressar minha sincera gratidão a todos que contribuíram de forma direta e indireta para a concretização desse trabalho.

Primeiramente, gostaria de agradecer aos meus familiares, especialmente aos meus pais Enilton e Marta, que batalharam muito para que eu pudesse ter as oportunidades que tive em minha vida. Agradeço pelo apoio incondicional, pelas palavras de incentivo e pela compreensão.

Ao meu companheiro de vida Filipe Barcelini, meu melhor amigo e maior incentivador, sem o seu apoio, não teria conseguido chegar até aqui. Obrigada por acreditar no meu sonho e embarcar junto comigo nessa aventura além-mar.

Aos meus amigos de infância, o apoio de cada um de vocês foi essencial para que eu mantivesse o equilíbrio emocional e a motivação necessária. Ao meu sócio e grande amigo Emanuel Lins, agradeço pelas palavras de incentivo e o apoio incondicional. Aos amigos Clara e Luís, pela calorosa acolhida em terras lusitanas.

À minha colega de mestrado, Vanessa, seu apoio e suas palavras de incentivo foram essenciais nessa jornada.

À minha orientadora, Professora Doutora Carla Amado Gomes, pela disponibilidade e sugestões que foram fundamentais para o amadurecimento desse trabalho.

Por fim, gostaria de agradecer aos professores e colaboradores do Mestrado em Direito e Ciência Jurídica, especialização em Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, cujas aulas, orientações e contribuições enriqueceram meu aprendizado. Cada ensinamento foi um passo importante na construção desta dissertação.

RESUMO

A responsabilidade extracontratual do Estado pelo mau funcionamento dos serviços públicos possui como finalidade principal a reparação dos danos causados aos particulares. Entretanto, quando analisado sob um ponto de vista mais amplo, é possível identificar elementos que vão além da sua função reparatória. Nessa perspectiva, o presente trabalho tem como objetivo compreender como esse instituto, além de reparar danos causados aos indivíduos, pode atuar como um mecanismo de controle da atuação administrativa e na melhoria da qualidade dos serviços públicos. Para isso, o presente estudo se limita na análise das realidades da prestação dos serviços públicos em Portugal e no Brasil. Também é analisado a responsabilidade extracontratual do Estado pelo funcionamento anormal do serviço em Portugal, destacando suas principais características e singularidades. É analisado também, os aspectos históricos e as principais características da responsabilidade extracontratual do Estado pelo mau funcionamento do serviço existente no Brasil. Também se busca, sob a perspectiva do direito comparado, analisar decisões de ambos os países sobre o tema, avaliando os principais desafios que afetam a efetividade da responsabilização do Estado pelo mau funcionamento dos serviços. Por fim, conclui-se que o instituto pode servir também como mecanismo preventivo, podendo contribuir para a melhoria na qualidade da prestação dos serviços públicos pelo Estado.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Responsabilidade Extracontratual do Estado pelo mau funcionamento dos serviços públicos. Serviços Públicos.

ABSTRACT

The state's non-contractual liability for the malfunctioning of public services primarily aims to repair damage to private individuals. However, when analyzed from a broader point of view, it is possible to identify elements that go beyond its reparation function. From this perspective, this paper aims to understand how this institute, in addition to repairing damage caused to individuals, can act as a mechanism for controlling administrative action and improving the quality of public services. To this end, this study is limited to analyzing the realities of public service provision in Portugal and Brazil. The non-contractual liability of the State for the abnormal functioning of the service in Portugal is also analyzed, highlighting its main characteristics and singularities. The historical aspects and main characteristics of the non-contractual liability of the state for the malfunctioning of the service in Brazil are also analyzed. It also seeks to analyze decisions from both countries on the subject, assessing the main challenges that affect the effectiveness of state liability for the malfunctioning of services from the perspective of comparative law. Finally, it is concluded that the institute can also serve as a preventive mechanism and can contribute to improving the quality of public services provided by the state.

Keywords: Administrative Law. Extra-contractual liability of the state for the malfunctioning of public services. Public services.

LISTA DE ABREVIACÕES E SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
AC	Apelação Cível
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
Ag. Int.	Agravo Interno
Ag. Reg.	Agravo Regimental
AI	Agravo de Instrumento
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CEPEJ	European Commission for the Efficiency of Justice
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988
CRP	Constituição da República Portuguesa
CPC	Código de Processo Civil
DF	Distrito Federal
EC	Emenda Constitucional
INEM	Instituto Nacional de Emergência Médica
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
RRCEE	Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas
RE	Recurso Especial
RExt	Recurso Extraordinário
SIADAP	Sistema Integrado de Gestão e Avaliação do Desempenho da Administração Pública
STA	Supremo Tribunal Administrativo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TCA-Sul	Tribunal Central Administrativo Sul
TCU	Tribunal de Contas da União
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia
UTI	Unidade de Terapia Intensiva

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. O PAPEL DO ESTADO EM ASSEGURAR O BOM FUNCIONAMENTO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS	10
1.1. Breve histórico	10
1.2. O conceito de serviço público no Brasil.....	13
1.2.1. Alcance e definição da prestação dos serviços públicos na Constituição brasileira de 1988	19
1.3. O conceito de serviço público em Portugal.....	23
1.4. O princípio da boa administração na prestação dos serviços públicos.....	28
1.4.1. A ampliação do conceito de eficiência administrativa e sua importância na busca de padrões de qualidade na prestação dos serviços públicos	32
1.5. A Lei n.º 13.460, de 26 de junho de 2017, e a participação dos usuários no controle de qualidade na prestação de serviços públicos no Brasil.....	39
2. A INFLUÊNCIA FRANCESA E A RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO PELO FUNCIONAMENTO ANORMAL DO SERVIÇO EM PORTUGAL	44
2.1. O surgimento da “ <i>faute du service</i> ” na França.....	48
2.2. O funcionamento anormal do serviço e a sua evolução na jurisprudência portuguesa sob a égide do Decreto Lei n.º 48.051/1967, de 23 de novembro.....	52
2.3. Alcance e definição pelo regime aprovado pela Lei n.º 67/2007	57
2.4. A questão da culpa e a adoção da teoria objetiva da Responsabilidade do Estado por Facto Ilícito	62
2.4.1. A culpa do serviço: Distinção entre culpa coletiva e culpa anônima	63
2.5. A necessidade de comprovação do nexo de causalidade entre o facto e o dano	67
2.6. O Princípio da justa repartição dos encargos públicos como limite à responsabilização pelo funcionamento anormal do serviço	69
3. A RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO PELO MAU FUNCIONAMENTO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL	74
3.1. Breve histórico	74
3.2. A evolução normativa da Responsabilidade Extracontratual do Estado no Brasil.....	77
3.3. As divergências quanto à necessidade de comprovação da culpa nos casos de responsabilidade decorrente da omissão decorrente do mau funcionamento dos serviços públicos	86
3.3.1. A aplicação da teoria objetiva da responsabilidade extracontratual do Estado	88
3.3.2. A aplicação da teoria subjetiva da responsabilidade extracontratual do Estado	92
3.4. Os requisitos para a caracterização da Responsabilidade do Estado pelo mau funcionamento dos serviços públicos definidos pelo ordenamento jurídico brasileiro	97
3.5. O Princípio da Reserva do Possível como limitador da Responsabilidade Extracontratual do Estado pelo Mau Funcionamento do Serviço.....	101
4. A RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO PELO MAU FUNCIONAMENTO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NOS TRIBUNAIS DO BRASIL E DE PORTUGAL	105

4.1. Análise da jurisprudência dos Tribunais no Brasil nos casos de Responsabilidade Extracontratual do Estado pelo mau funcionamento do serviço	107
4.2. Análise da jurisprudência dos Tribunais em Portugal nos casos de Responsabilidade Extracontratual do Estado pelo Funcionamento Anormal do Serviço	113
4.3. A efetividade da Responsabilidade Extracontratual pelo mau funcionamento dos serviços públicos e a importância na identificação das falhas na sua prestação	117
CONSIDERAÇÕES FINAIS	125
REFERÊNCIAS	128
Doutrina	128
Sites de notícias consultados	131
Jurisprudência consultada	131

INTRODUÇÃO

A efetividade do direito à prestação de serviços públicos de qualidade pelo Estado é um dos grandes desafios enfrentados pela sociedade contemporânea. Embora esse direito tenha sido conquistado há muito tempo, as constantes falhas na prestação dos serviços públicos comprometem a sua efetividade.

Os problemas causados pela má prestação dos serviços públicos afetam toda a sociedade, causando transtornos aos seus usuários, que se sentem muitas vezes desrespeitados pelo serviço público. Em alguns casos, essas falhas causam danos que podem ser passíveis de reparação pelo Estado.

Nesse contexto, foram criados mecanismos com o objetivo de controlar a atuação do Estado na prestação de serviços públicos, além de possibilitar a responsabilização deste por danos causados por falhas nessa prestação.

Sabe-se que o principal objetivo da responsabilidade extracontratual do Estado é a reparação à vítima pelos danos causados por conduta praticada por agente público ou atribuída ao serviço público. No entanto, cabe questionar se esse instituto também pode servir como mecanismo de controle da atuação administrativa na prestação desses serviços.

Nesse sentido, o presente trabalho tem como objetivo investigar, sob a perspectiva do direito comparado, o instituto da responsabilidade extracontratual do Estado pelo mau funcionamento dos serviços públicos no Brasil e em Portugal, destacando suas principais semelhanças e diferenças, além dos desafios enfrentados na comprovação desse tipo de responsabilidade nos tribunais.

A partir dessa investigação, busca-se responder as seguintes questões: Existe efetividade na responsabilização extracontratual do Estado por falhas na prestação do serviço público? De que forma esse instituto pode contribuir para o controle da atuação administrativa e para a melhoria do funcionamento dos serviços públicos prestados pelo Estado?

Para isso, no primeiro capítulo abordaremos as formas de funcionamento dos serviços públicos no Brasil e em Portugal, partindo da sua conceituação nos respectivos ordenamentos jurídicos. Também daremos ênfase às suas principais características, bem como as semelhanças e diferenças na sua prestação em ambos os países.

Também analisaremos a importância do princípio da boa administração e sua relação com a prestação dos serviços públicos, ressaltando o papel do Estado em garantir serviços públicos de qualidade e eficientes à população. Além disso, será discutida a importância da participação dos usuários do serviço público no controle de qualidade desses serviços.

No segundo capítulo, o foco será no surgimento da responsabilidade extracontratual do Estado pelo mau funcionamento do serviço na França, explicando os aspectos históricos e jurídicos que levaram ao desenvolvimento da teoria da *faute du service*.

Além disso, também analisaremos o surgimento da responsabilidade extracontratual do Estado pelo funcionamento anormal do serviço em Portugal, destacando suas principais características e o caminho percorrido até sua consagração no ordenamento jurídico português, através da Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro.

No mesmo capítulo, discutiremos a respeito do princípio da justa repartição dos encargos públicos, que alguns doutrinadores veem como limitador da responsabilização do Estado pelo funcionamento anormal do serviço, com ênfase nos principais argumentos contrários favoráveis à sua utilização.

O terceiro capítulo será dedicado ao estudo da responsabilidade extracontratual do Estado pelo mau funcionamento do serviço no Brasil. Para isso, realizaremos uma análise histórica do surgimento do instituto da responsabilidade do Estado e sua evolução até os dias atuais.

Também serão analisados os principais aspectos do instituto da responsabilidade extracontratual do Estado pelo mau funcionamento dos serviços públicos no Brasil, identificando suas características, requisitos e as discussões doutrinárias sobre a teoria da responsabilidade aplicável.

Além disso, exploraremos a possibilidade de utilização do princípio da reserva do possível como limitador da responsabilização do Estado, apresentando os principais argumentos levantados pela doutrina que defende a sua aplicação em casos de mau funcionamento dos serviços públicos.

No último capítulo, será realizada uma análise da jurisprudência de Portugal e do Brasil em casos envolvendo a responsabilidade extracontratual do Estado por falhas na prestação de serviços públicos, buscando identificar os principais problemas que afetam a efetividade desse instituto em ambos os países.

Por fim, discutiremos de que forma o instituto da responsabilidade extracontratual do Estado decorrente de falhas na prestação de serviços públicos pode ser mais efetivo, destacando seu aspecto preventivo e sua importância no controle de qualidade dos serviços públicos prestados pelo Estado.

O presente trabalho foi escrito de acordo com as normas NBR 10520/2023 e NBR 6023/2023 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

1. O PAPEL DO ESTADO EM ASSEGURAR O BOM FUNCIONAMENTO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

1.1. Breve histórico

Para compreendermos os fundamentos que atribuem ao Estado a responsabilidade pelo adequado funcionamento dos serviços públicos, é essencial examinarmos as circunstâncias históricas que influenciaram os ordenamentos jurídicos da maioria dos países a atribuírem à Administração Pública esse papel. Para isso, é crucial explorarmos brevemente a origem da concepção de serviço público como entendemos atualmente, cujo nascimento remonta à França e fundamenta-se numa estrutura apoiada nos princípios essenciais de um Estado Democrático de Direito.

A noção de serviço público nasce a partir das transformações ocorridas no Século XIX, marcadas pela mudança do modelo de Estado Liberal para o Estado-Providência. Esse novo paradigma redefiniu o papel do Estado na sociedade, legitimando sua existência e consolidando-o como um agente ativo na provisão de serviços essenciais à sociedade. Isso porque o modelo de Estado vigente à época, preocupado apenas com o crescimento econômico, desempenhava o papel de mero expectador da vida social, sem garantir condições dignas para a maioria da população. Isso refletiu na necessidade de mudanças na ordem social e política existente.

Essas mudanças ocorreram a partir da mobilização de várias camadas da sociedade, as quais passaram a reivindicar do Estado direitos trabalhistas e sociais. A partir disso, passou-se a exigir uma intervenção estatal positiva na ordem social, com o objetivo de garantir condições mínimas para que todos pudessem ter uma vida digna.

Dessa forma, foi a partir da transição para o Estado-Providência, também conhecido como Estado do Bem-Estar Social, que o Estado deixou de exercer o papel de mero espectador das atividades econômicas e sociais, passando a atuar diretamente na sociedade, ao ampliar as suas funções e intervir em diversos setores.

Nesse contexto político e econômico nasce, na França, nas primeiras décadas do século XX, a “Escola do Serviço Público” ou “Escola de Bourdeaux”, liderada por *Léon Duguit*. Essa escola foi responsável por dar os primeiros passos rumo à ideia de serviço público utilizada na atualidade, sendo responsável por grandes transformações no âmbito do direito administrativo,

especialmente na substituição da sua base fundamental, antes alicerçada nas concepções de *puissance publique*¹.

Abandonando os antigos valores baseados nas ideias de poder e opressão, a doutrina do direito administrativo passou a entender que a principal função do Estado seria o de servir à sociedade. Dessa forma, o serviço público seria a pedra de toque do direito administrativo, enquanto o Estado corresponderia ao conglomerado de todos esses serviços públicos, cujo controle e organização seriam de responsabilidade dos governantes².

A partir dessa nova concepção, o Estado se tornou o grande provedor de serviços essenciais à coletividade³, passando a intervir de diversas maneiras na sociedade. Isso ocorreu por meio do poder de polícia, das políticas de incentivo às atividades privadas de interesse coletivo, da oferta de recursos humanos e materiais para a prestação de suas atividades, bem como através da disponibilização dos serviços públicos à população⁴.

Como se vê, o serviço público, da forma como concebemos atualmente, corresponde ao meio encontrado pelo Estado para garantir a satisfação material dos direitos sociais, atuando diretamente na prestação de serviços essenciais à população e assegurando, assim, a efetividade dos direitos fundamentais – que são incapazes de ser plenamente concretizados pela livre iniciativa⁵.

Entretanto, ao longo do tempo, as primeiras concepções de serviço público, surgidas a partir da Escola do Serviço Público, passaram por adaptações no seu conceito, à medida que foi ocorrendo uma ampliação da presença do Estado em outras atividades, com uma maior intervenção estatal nos âmbitos econômico e social.

Em outro momento, a prestação do serviço público passou a ser ampliada, com a diminuição da participação do Estado, deixando de ser o seu detentor exclusivo e passando a admitir a participação de pessoas jurídicas de direito privado na prestação de determinados serviços à sociedade.

Nas palavras de Odete Medauar⁶, a concepção tradicional de serviços públicos foi comprometida quando sua execução foi ampliada à participação de particulares, levando a doutrina a falar em crise do serviço público. Entretanto, a autora entende que não existe crise,

¹ Zockun, 2009, p. 161.

² Medauar, 2008, p. 315.

³ Zockun, op. cit., p. 161.

⁴ Ibid., p. 160.

⁵ Justen Filho, 2023, p. 787.

⁶ Medauar, op. cit., p. 316.

mas sim a inadequação da teoria tradicional, em razão da extensão da sua prestação à iniciativa privada.

Entretanto, esse não é o entendimento de parte da doutrina, havendo quem defenda a existência de uma crise do serviço público, que difere daquela ocorrida com o rompimento do Estado Liberal. Nesse novo momento, busca-se a volta ao Estado mínimo, baseado na ideia de uma atuação reduzida a situações excepcionais.

Nesse ponto, tendemos a concordar com a autora. Embora o conceito de serviço público possa ter sofrido mudanças, sua prestação pelo Estado não desapareceu. Na realidade, continua sendo o principal papel do Estado perante a sociedade, mesmo atuando, em certos momentos, somente como fiscalizador da prestação dos serviços pelo particular.

No contexto europeu, essa ampliação do conceito tradicional de serviço público repercutiu na reestruturação política decorrente da criação da Comunidade Europeia⁷, dado que os princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência – sustentáculos fundamentais para a supressão das fronteiras – tornam-se incompatíveis com a ideia de serviço público exclusivo do Estado⁸.

Com o surgimento de tratados e documentos no âmbito da União Europeia (UE), houve o emprego de novas expressões às atividades que são tradicionalmente identificadas como serviços públicos, a exemplo dos termos “atividades econômicas de interesse geral”, “serviços universais” e “serviços de utilidade pública”⁹.

Como se vê, embora a concepção tradicional não mais se adeque às formas atuais de prestação de serviço público, não existe e nem existiu crise quanto à sua prestação. Pelo contrário, no âmbito europeu, permanece a imposição junto ao Poder Público pelo atendimento das necessidades básicas da população¹⁰.

Saindo do contexto europeu e adentrando à realidade brasileira, identificamos que, apesar de algumas modificações sofridas na forma de prestação dos serviços públicos, não se verifica em nosso ordenamento jurídico a mesma “crise do serviço público” observada no âmbito da criação da UE. Isso porque, embora exista a delegação de algumas atividades aos setores privados, o papel predominante do Estado na prestação direta dos serviços públicos

⁷ Zockun (2009, p. 165) cita como exemplo o Tratado de Roma, de 1957, responsável por instituir a Comunidade Europeia, que em seu art. 86, item 2, houve a substituição do termo “serviço público” por “serviço de interesse econômico geral”.

⁸ Zockun (idem).

⁹ Medauar, 2008, p. 317.

¹⁰ Ibid., p. 316.

continua evidente, especialmente quando se trata de serviços públicos essenciais para a população.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988 (CF/88), atribui ao Poder Público a incumbência da prestação dos serviços públicos, seja de forma direta ou sob regime de concessão ou permissão (art. 175.º).

Nesse passo, conforme destaca Carolina Zancaner¹¹, é sob o aspecto de uma Administração prestadora que é focada a atuação estatal na execução dos serviços públicos no Brasil, cujo objetivo centraliza-se em satisfazer os interesses da coletividade, sendo este por definição um Estado Social de Direito.

Nos próximos tópicos do nosso trabalho, focaremos em como o serviço público passou a ser prestado no território brasileiro pelo Estado, destacando as posições doutrinárias quanto a sua conceituação e as constantes transformações ocorridas no ordenamento jurídico pátrio, através da forte influência da jurisprudência dos Tribunais em matéria de direito administrativo.

1.2. O conceito de serviço público no Brasil

Assim como em outros países, o Brasil importou o modelo tradicional de serviços públicos originado na França, centralizando a prestação das atividades públicas essenciais à população na máquina estatal, ampliando a sua participação na sociedade através da oferta desses serviços.

Com o passar do tempo, tornou-se evidente a necessidade de reformular a maneira como os serviços públicos eram prestados no Brasil. A crescente demanda tornou a máquina pública incapaz de atender sozinha as necessidades da população, levando à necessidade de envolvimento do setor privado na prestação desses serviços.

Apesar da quebra do monopólio estatal, o Estado não apenas continuou a fornecer serviços diretamente à população – especialmente aqueles tidos como essenciais –, mas também assumiu o papel de fiscalizador e regulador dos serviços públicos prestados pelos particulares.

Com a ampliação nas formas de prestação de serviços, a doutrina e a jurisprudência passaram a discutir o que poderia ser considerado como serviço público, surgindo defensores da ideia de que o conceito tradicional originado da França não mais se enquadraria à realidade brasileira.

¹¹ *Apud* Medauar, 2008, p. 166.

Nesse aspecto, a doutrina brasileira, embora tenha adotado os requisitos clássicos para definir o serviço público, passou a discutir os critérios essenciais para sua caracterização, especialmente no que diz respeito ao ordenamento jurídico a ser adotado nos casos do serviço público prestado por empresas privadas.

Isso porque, sob a influência da Escola do Serviço Público, os critérios clássicos utilizados diziam respeito aos casos em que a prestação do serviço público era realizada sob o monopólio estatal, sendo este identificado a partir da constatação de três aspectos: o material ou objetivo; o subjetivo; e o formal¹².

O aspecto material ou objetivo diz respeito à noção de serviço público como uma atividade que busca satisfazer as necessidades essenciais dos administrados. Ou seja, é a prestação daquilo que é imprescindível aos cidadãos, serviços usufruídos individualmente, como o fornecimento de água, de luz, telefonia, transporte coletivo, entre outros¹³.

O aspecto subjetivo está relacionado à entidade responsável pela prestação desses serviços públicos. Tanto pode ser o Estado, quando o serviço público for diretamente prestado por ele, ou, no caso da prestação indireta, por meio de quem for por ele qualificado para tanto.

O último critério, sendo ele o aspecto mais relevante utilizado para qualificar um serviço como público, é o formal. Este diz respeito à sujeição ao regime jurídico-administrativo e é caracterizado pela presença de um regime jurídico específico, composto por regras e princípios, divergindo de qualquer outra forma de prestação de serviços.

Apesar da relevância do aspecto formal na qualificação de um serviço como público, com a constante delegação de atividades essencialmente públicas para a iniciativa privada, uma parte da doutrina¹⁴ passou a defender a aplicação de um conceito mais amplo de serviço público, focado essencialmente no seu aspecto material. Isso se justificaria pelo fato de o aspecto material, do ponto de vista prático, ser o mais importante a ser considerado, por relacionar a prestação dos serviços públicos à satisfação de direitos fundamentais, sendo os dois outros requisitos consequência da existência do serviço público¹⁵.

Isso decorre da crescente interação entre o setor público e privado, na qual muitas vezes a distinção formal entre o público e o privado torna-se nebulosa. Nesse sentido, a ênfase no aspecto material do serviço público permite uma compreensão mais abrangente e adaptável às

¹² Justen Filho, 2023, p. 794.

¹³ Mello, 2023, p. 622

¹⁴ Aqui podemos citar como grandes defensores da conceituação de serviço público, no sentido amplo, os juristas Hely Lopes Meireles e Maria Sylvia Di Pietro.

¹⁵ Justen Filho, op. cit., p. 795.

novas realidades, priorizando a eficiência e a qualidade na prestação dos serviços, independentemente da entidade responsável por sua execução.

Hely Lopes Meireles e José Emmanuel Burle Filho¹⁶ adotam essa concepção mais ampla, definindo serviço público como sendo todo aquele prestado através da Administração ou por meio de seus delegados, sendo submetido a normas e controles estatais e cuja finalidade seja a satisfação das necessidades essenciais ou secundárias da coletividade.

Dessa forma, para os autores, o serviço público não se restringe aos serviços essenciais, alargando a ideia do elemento material e incorporando a ele também aqueles considerados como serviços secundários, de utilidade pública, independentemente de serem prestados por entidade estatal ou por empresas privadas sob regulamentação do Estado. Assim, não seria o tipo de atividade em si a responsável por definir um serviço como de natureza pública, mas se ele atende as necessidades coletivas, independentemente de ser um serviço *uti singuli* – usufruídos pelos administrados de forma individual e singular ou *uti universi* – utilizados de forma coletiva.

Compartilhando essa ideia de ampliação do conceito de serviço público, Maria Sylvia Di Pietro¹⁷ sugere uma noção de serviço público a partir da reformulação dos três aspectos tradicionais. Assim, serviço público seria: “Toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico ou parcialmente público”.

A afirmação feita pela autora sugere que, seguindo a ideia de ampliação do conceito de serviços públicos, estes não necessariamente seguiriam exclusivamente o regime jurídico-administrativo, podendo também obedecer ao regramento do direito privado, ainda que de forma parcial.

Por outro lado, na contramão dessa corrente doutrinária, existem grandes expoentes do direito administrativo brasileiro que defendem a aplicação de um conceito mais restrito de serviço público, limitando sua qualificação à observância principalmente do aspecto formal, tendo como seu mais importante defensor Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁸. O autor optou por adotar uma conceituação mais restrita de serviço público, ao afirmar que somente se enquadrariam nessa categoria as atividades destinadas à satisfação das necessidades essenciais da coletividade e que sejam disciplinadas pelo regime de direito público.

¹⁶ Meireles; Burle Filho, 2016, p. 418.

¹⁷ Di Pietro, 2023, p. 280.

¹⁸ Mello (2023, p. 619) afirma que serviço público seria “toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados”.

Como justificativa para a adoção de uma ideia mais tradicional de serviço público, Mello¹⁹ afirma que, caso houvesse uma ampliação na sua conceituação abrangendo outras atividades prestadas pelo Estado, a noção de serviço público perderia sua função, pois envolveria tipos de atividades muito distintas entre si.

Dessa forma, seria indispensável e cumulativa, para a caracterização como serviço público, a presença dos aspectos objetivo, subjetivo e formal. Ou seja, trataria-se de uma atividade prestada com a finalidade de atender a sociedade, naquilo que seja essencial, sendo submetida a regras do regime de direito público.

Além disso, a ampliação do conceito de serviço público se assemelharia ao conjunto de atividades prestadas pelo Estado, sem diferenciá-las quanto as suas peculiaridades e especificidades. Desse modo, “haveria mera superposição da noção de serviço público à noção de atividade pública, nada agregando de particularizador dela”²⁰.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico estaria protegendo de forma mais eficiente os direitos dos administrados e defendendo uma boa prestação do serviço público, não somente em relação àqueles que o usufruem, mas em relação ao próprio Estado e ao sujeito que a desempenhe²¹.

Também adotando uma concepção mais restrita, Marçal Justen Filho²² define serviço público como atividade de natureza administrativa, submetida exclusivamente ao regime de direito público e cuja principal finalidade seja a satisfação direta e imediata dos direitos fundamentais, mesmo quando sua titularidade for delegada à iniciativa privada. Além disso, ressalta o autor que embora o serviço público forneça instrumentos de satisfação dos direitos fundamentais, não seria a única forma de satisfazer esses direitos, citando o exemplo das atividades legislativas e judiciárias – que, de certa forma, prestam-se a satisfazer direitos fundamentais, mas não seriam enquadradas como serviço público.

Desse modo, conclui Justen Filho²³, todo serviço público deve ser norteado pela supremacia dos direitos fundamentais, mas nem toda e qualquer atividade que busque satisfazer esses direitos podem ser consideradas como serviço público.

¹⁹ Mello, 2023, p. 621.

²⁰ Ibid., p. 622.

²¹ Ibid., p. 620-621.

²² Justen Filho, 2023, p. 788-789.

²³ Nas palavras de Marçal Justen Filho (2023, p. 791): “Toda as atividades estatais, mesmo as não administrativas, são um meio de promoção dos direitos fundamentais. Mas o serviço público é o desenvolvimento de atividades de fornecimento de utilidades necessárias, de modo direto e imediato, à satisfação dos direitos fundamentais. Isso significa que o serviço público é o meio de assegurar a existência digna do ser humano”. O autor também ressalta que “há um vínculo direto entre o serviço público e a satisfação de direitos fundamentais. Se esse vínculo não existir, não se configurará um serviço público” (Idem).

Nesse passo, Medauar²⁴ também adota a definição restrita de serviço público, ao conceituar serviço público como sendo as atividades de competência da Administração Pública, dentro do Poder Executivo; e atividade prestacional aquelas voltadas à coletividade pelo Poder Público, a exemplo do fornecimento de gás, água, energia e transporte público.

A autora²⁵ ressalta ainda, sobre os serviços prestados como atividade-meio, que não há uma prestação de serviços direta ao cidadão. Nesse sentido, estes não seriam caracterizados como serviços públicos, destacando como exemplo os serviços de tributação, limpeza de repartições, vigilância de prédios públicos, dentre outros.

Dessa forma, o serviço público seria somente uma fatia dos diversos tipos de atividades prestadas pela Administração Pública à sociedade, somente podendo ser classificadas como tal aquelas de natureza essencial.

Feita tais considerações a respeito do entendimento doutrinário brasileiro sobre o conceito de serviço público e diante da possibilidade da prestação de serviços públicos essenciais por entidades particulares, entendemos que estes devem englobar tanto aqueles prestados pela Administração, como também os delegados à iniciativa privada.

É certo que o Estado não consegue sozinho atender a grande demanda pelos serviços nos quais tem obrigação de ofertar à sociedade, necessitando da participação de empresas particulares. Entretanto, ao restringir a conceituação de serviço público somente àqueles prestados diretamente pelo poder público, o Estado deixa de colocar sob sua proteção e controle os serviços cuja prestação se dá através de empresas privadas, ficando seus usuários submetidos às regras de direito privado.

Não é por acaso que o legislador, ao criar o Código de Defesa do Consumidor (CDC), instituído pelo regime aprovado pela Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, inclui, dentre os direitos básicos do consumidor (artigo 6.º), o direito à adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral e obriga o poder público e seus delegados a fornecer serviços adequados, seguros e contínuos, impondo o direito à reparação de danos pelo Usuário (artigo 22.º e parágrafo único)

É necessário enfatizar, todavia, que o objeto desse trabalho se restringe a analisar a responsabilidade extracontratual do Estado relacionada, essencialmente, às atividades desempenhadas no âmbito administrativo e aos serviços públicos essenciais prestados exclusivamente pela Administração Pública.

²⁴ Medauar, 2008, p. 314.

²⁵ Idem.

Além disso, é importante entender que a prestação dos serviços públicos no Brasil engloba quatro entes da federação: A União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal (DF), que juntos formam uma rede sistematizada de fornecimento de serviços, cuja competência de cada ente é atribuída pela CF/88.

Isso se deve, principalmente, ao fato de a Constituição brasileira ter adotado o sistema federativo²⁶, onde há a divisão das competências de acordo com o ente da federação – União, Estados, DF e Municípios –, onde cada lugar possui um ordenamento jurídico próprio a respeito do funcionamento de suas atividades administrativas.

A divisão dessas competências é feita através de critérios técnicos e jurídicos, levando em conta os interesses de cada um dos entes públicos, a natureza e extensão da prestação dos serviços e a capacidade de cada esfera administrativa em executá-los, sem esquecer da finalidade principal, qual seja, a satisfação das necessidades do Usuário²⁷.

Nesse sentido, assim como nas Constituições anteriores, a CF/88 determina a repartição de competências entre os entes federativos, dispondo de forma taxativa sobre os poderes reservados à União (arts. 21.º e 22.º), atribuindo os remanescentes aos Estados (art. 25.º, §1º) e indicando aqueles que seriam de competência do Município (art. 30.º).

Entretanto, é importante ressaltar que, embora a Constituição determine quais as atividades enquadradas como serviço público e atribua a titularidade dos serviços públicos entre os entes federados, discriminando suas competências e criando regras gerais que devem ser observadas, é comum a existência de conflitos de competência na prestação de determinados serviços públicos.

Esses conflitos a respeito da competência na prestação dos serviços estão presentes não apenas quando é cobrada a responsabilidade por sua falha, mas também na própria população brasileira, a qual frequentemente confunde qual ente federativo seria responsável por fornecer determinado serviço público.

Isso se deve, primordialmente, ao fato de a CF/88 não possuir um rol taxativo dos serviços públicos de competência dos Estados e dos Municípios, atribuindo-lhes, de forma residual, os serviços quando não há indicação de competência da União. Isso ocorre pois não é possível determinar, de forma exaustiva, todos os serviços de competência estadual, uma vez

²⁶ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

²⁷ Meireles; Burle Filho, 2016, p. 432.

que dependem das possibilidades do Governo e das necessidades de suas populações, sendo considerados de sua alçada, por exclusão, todos os serviços públicos não reservados à União e nem atribuídos aos Municípios²⁸.

A seguir, será feita uma análise a respeito do que se encontra presente na Constituição a respeito da classificação dos serviços públicos e a competência de cada ente federado na garantia da realização de um bom atendimento na prestação dos serviços à população.

1.2.1. Alcance e definição da prestação dos serviços públicos na Constituição brasileira de 1988

A CF/88, no art. 21.º, incisos XI e XII, indica expressamente a competência da União para a exploração direta ou mediante autorização, concessão ou permissão de alguns serviços, sendo estes considerados como serviços públicos, por serem destinados a atender a coletividade em geral.

Dentre os serviços de competência exclusiva da União definidos pelo art. 21.º da Constituição, estão os serviços estratégicos de telecomunicação, de radiodifusão sonora e de sons e imagens (incisos XI e XII, alínea “a”); os de energia elétrica (inciso XII, alínea “b”), navegação aérea, aeroespacial e de infraestrutura aeroportuária (inciso XII, alínea “c”); os de transporte ferroviário e aquaviário, os portos marítimos, fluviais (inciso XII, alínea “d”), dentre outros.

Contudo, conforme destaca Justen Filho²⁹, a qualificação como serviço público das atividades de competência da União elencadas pela Constituição somente poderá ser atribuída quando estiver presente o pressuposto da satisfação imediata de direitos fundamentais, nas situações em que a prestação pela iniciativa privada não for suficiente para atingir os resultados de satisfação adequados.

Sabe-se que a prestação dos serviços como telecomunicações, radiodifusão e até mesmo o de energia elétrica é prestado, em grande parte, pela iniciativa privada, através da autorização, da concessão ou da permissão dada pelo Estado para exploração dessas atividades. Assim, somente será serviço público se o Estado desempenhar o papel de prestador dessas atividades à sociedade.

É importante destacar também que o art. 21.º da Constituição, além de atribuir a titularidade dos serviços à União, também faz a diferenciação de serviço público e atividade

²⁸ Meireles; Burle Filho, 2016, p. 434.

²⁹ Justen Filho, 2023, p. 800.

econômica em sentido estrito, atribuindo qual seria a competência dos diversos entes federativos³⁰.

Além desse dispositivo constitucional, existem outros atribuindo à União a competência na sua prestação, mas também delegando-a aos demais entes públicos. Dentre eles, os serviços de seguridade social (art. 194.º), envolvendo a prestação de serviços nas áreas da saúde (art. 196.º), sendo colocado como um direito de todos e um dever do Estado, e a assistência social (art. 203.º), também se destacam os serviços públicos relacionados com a área da educação (art. 208.º).

Em relação aos serviços públicos de saúde, o art. 198.^{o31} da Constituição estabelece que a prestação se dará a partir de uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um serviço único de característica descentralizadora, com a disponibilização de atendimento integral e envolvendo a participação da comunidade.

Nesse mesmo dispositivo, é distribuída a competência da União, dos Estados, do DF e dos Municípios na execução dos serviços de saúde, principalmente no que diz respeito à aplicação de recursos orçamentários, possibilitando também a participação da iniciativa privada na assistência à saúde.

Como se vê, existem serviços públicos de competência exclusiva de determinado ente público – Estados, DF ou Municípios – outros são comuns à União e outros que possuem competência compartilhada, de forma hierarquizada.

Dada a distribuição de competência determinada pela Constituição, Mello³² distingue a possibilidade de prestação de serviços públicos em quatro hipóteses: a primeira delas diz respeito às prestações obrigatórias e exclusivas do Estado; a segunda seriam as prestações de competência do Estado, mas que também é obrigatório outorgar em concessão a terceiros. Ao seu passo, a terceira possibilidade diz respeito aos serviços de prestação obrigatória pelo Estado, mas sem exclusividade; e, por último, a quarta possibilidade são aqueles cuja prestação não é obrigatória, mas caso não seja prestado pelo Estado, este tem a obrigação de promovê-los através da outorga de concessão ou permissão a terceiros.

Justen Filho³³ optou por caracterizar os serviços públicos em duas hipóteses: a primeira englobando os serviços públicos de competência comum, sendo aqueles de alçada de todos os

³⁰ Justen Filho, 2023, p. 801.

³¹ “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade”.

³² Mello, 2023, p. 632.

³³ Justen Filho, 2023, p. 803

entes federativos – União, Estados, Municípios e DF – em conjunto, a exemplo dos serviços de educação e saúde; e a segunda hipótese, que diz respeito aos serviços de competência privativa de determinado ente federativo, como os serviços elencados no art. 21.º, X a XII, da Constituição, de competência exclusiva da União, a exemplo do serviço postal e os serviços de telecomunicação.

Embora a Constituição estabeleça a competência dos entes públicos na prestação dos serviços públicos e a doutrina adote critérios para classificá-los, ainda assim há situações em que é difícil determinar qual ente federativo seria responsável por fornecer um determinado serviço à população. Isso porque, com a expansão territorial dos municípios brasileiros ocorrida a partir do crescimento populacional, as cidades passaram a formar um complexo urbano interconectado, dificultando o estabelecimento do limite territorial entre elas e, conseqüentemente, a competência na prestação dos serviços à população³⁴.

Justen Filho³⁵ cita como exemplo o serviço de saneamento básico, em que antes era pacífico o entendimento da titularidade municipal na sua prestação. Porém, com a expansão dos municípios, passou-se a levantar dúvidas a respeito de qual ente federativo deveria possuir sua titularidade.

Além disso, a Emenda Constitucional (EC) n.º 19/1998 acrescentou à Constituição a possibilidade de criação de consórcios públicos e convênios de cooperação entre a União, os Estados, o DF e os municípios, autorizando o estabelecimento de uma gestão associada dos serviços públicos ofertados à sociedade³⁶.

Como se observa, a Constituição prevê que a prestação dos serviços públicos no Brasil deverá ocorrer de forma integrada, estimulando o compartilhamento de competências entre os entes federados. Isso faz com que vários serviços sejam prestados de forma cooperada entre a União, os Estados e os Municípios.

Esse é o caso do Sistema Único de Saúde (SUS), instituído pelo regime aprovado pela Lei n.º 8.080, em 19 de setembro de 1990, caracterizado como um “conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”³⁷.

³⁴ A Constituição estabelece no art. 25.º, §3.º que “os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum”.

³⁵ Justen Filho, 2023, p. 803.

³⁶ Como estabelecido no art. 241 da Constituição, “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.”

³⁷ Cf. Art. 4.º da Lei n.º 8.080, em 19 de setembro de 1990.

Bem se vê que o legislador, em consonância com o estabelecido na CF/88³⁸, estabelece que a prestação dos serviços de saúde pública será feita mediante cooperação entre os entes federados.

Não há dúvidas de que a intenção da CF/88 em promover a prestação dos serviços públicos de forma integrada e estabelecer a cooperação entre os entes federados possibilitou uma maior uniformidade na oferta desses serviços à população. Dessa forma, em todo o país, segue-se um único modelo quanto ao seu modo de prestação.

Além disso, a participação integrada de todos os entes federados na prestação dos serviços públicos também significa que haverá a responsabilidade solidária dos entes, nos casos de atribuição da responsabilidade extracontratual do Estado por danos ocasionados em razão da falha na prestação dos serviços.

Em contrapartida, a instituição do federalismo solidário pela Constituição, que atribui competência comum entre a União, os Estados, os Municípios e o DF refletiu, em muitos casos, na deficiência na prestação de serviços de saúde pública, em razão da falta de coordenação entre os entes federados.

Outro problema reside em estabelecer a competência de cada ente federativo na prestação dos serviços públicos, sendo frequentes as discussões a respeito de qual seria a atribuição de cada um, fator que interfere na apuração da responsabilidade de cada ente no evento danoso.

Por esse motivo, é comum aos entes federados, quando cobrados pelas falhas na prestação de determinado serviço público, utilizar como defesa o argumento de não ser de sua competência a prestação, tornando recorrente a interposição de ações junto ao poder judiciário para determinar qual ente deverá ser responsável por fornecer o serviço.

No Supremo Tribunal Federal (STF), várias são as decisões judiciais que tentam dirimir o conflito de competência entre entes federados em todo o país, determinando qual deles possui a competência para legislar ou prestar determinado serviço à população, a exemplo da Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 4028³⁹, n.º 7337⁴⁰ e n.º 2077⁴¹.

Outrossim, a Constituição também estabelece a participação da sociedade na prestação dos serviços públicos, exercendo seu papel de fiscalizar e avaliar a qualidade do serviço

³⁸ A Constituição brasileira, a partir do art. 196 e também em dispositivos espalhados ao longo do texto constitucional, trata a respeito da distribuição da competência na prestação dos serviços públicos de saúde entre a União, os Estados, os Municípios e o DF.

³⁹ STF - ADI 4028, Tribunal Pleno, Relator(a): Rosa Weber, julgado em 23-11-2021.

⁴⁰ STF - ADI 7337, Tribunal Pleno, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, julgado em 27-03-2023.

⁴¹ STF - ADI 2077, Tribunal Pleno, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, julgado em 30-08-2019.

prestado pela Administração, de modo a impedir a atuação negligente, imprudente ou omissa dos seus agentes públicos.

A participação do usuário do serviço público passou a estar elencada na Constituição a partir da EC n.º 19/1998, prevendo em seu art. 37.º, §3º, a necessidade de criação de uma lei disciplinando a participação do usuário na administração pública direta e indireta.

Essa lei deveria regular, principalmente, as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos, devendo ser assegurada a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços. Além disso, também deveria prever a garantia do acesso dos usuários aos registros públicos e a informações sobre atos de governo e disciplinar a respeito da representação contra a Administração Pública, nos casos de negligência ou abusos cometidos pelos agentes públicos.

Entretanto, embora a EC n.º 19/1998 tenha previsto em seu art. 27.º a elaboração pelo Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da emenda, anos se passaram sem que a lei de defesa do usuário dos serviços públicos fosse criada.

Por esse motivo, no ano de 2013, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ingressou, perante o STF, com Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO)⁴², requerendo ao Congresso Nacional o cumprimento daquilo que havia sido estabelecido na Constituição pela EC n.º 19/1998, com a criação da lei de defesa do usuário dos serviços públicos.

Atendendo ao que foi requerido pelo Conselho Federal da OAB, o Ministro da Suprema Corte, Dias Toffoli, em decisão monocrática, reconheceu o estado de mora do Congresso Nacional e determinou a adoção de providências legislativas necessárias para o cumprimento do prazo estabelecido pela Constituição.

Contudo, somente em 2017 houve a publicação da Lei n.º 13.460, de 26 de junho de 2017, pelo Congresso Nacional, dispondo sobre a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da Administração Pública, conforme trataremos mais adiante.

1.3. O conceito de serviço público em Portugal

Embora compartilhem da mesma influência advinda da Escola do Serviço Público originária na França e cujas regras e princípios serviram de base para a sua criação, os serviços

⁴² STF - ADO 24/DF, Decisão monocrática, Min. Dias Toffoli, publicada em 31 de janeiro de 2018.

públicos em Portugal apresentam características particulares que os diferenciam do formato daqueles que são prestados no Brasil.

Partindo esse estudo a partir da conceituação dada pela doutrina portuguesa, Diogo Freitas do Amaral⁴³ afirma que os serviços públicos são como uma espécie de organização, pertencente à pessoa coletiva pública, responsável pelo desempenho de suas funções⁴⁴.

Já Marcello Caetano⁴⁵ chama de serviço público o modo de atuação da Administração Pública que tem por objetivo fornecer a quem necessite, de forma regular e contínua, meios para a “satisfação de uma necessidade colectiva individualmente sentida”.

Amaral⁴⁶ propõe uma classificação dos serviços públicos sob duas perspectivas: a funcional e a estrutural. Tomando como base a primeira delas, os serviços públicos podem ser classificados tanto como unidades funcionais – isto é, a partir da sua finalidade –, quanto como unidades de trabalho, de acordo com o tipo de atividade que desempenham. Já quando classificados sob o ponto de vista estrutural, os serviços públicos podem ser principais, sendo aqueles serviços que exercem as atividades de competência da pessoa colectiva a qual pertence; ou auxiliares, correspondendo aos serviços que desempenham funções secundárias da Administração Pública⁴⁷.

Em contrapartida, Marcello Caetano⁴⁸ classifica os serviços públicos a partir de dois critérios: o do objeto da prestação e o da retribuição das prestações. Quanto ao objeto, os serviços podem ser econômicos, correspondendo àqueles que buscam satisfazer necessidades coletivas de cunho econômico; de segurança social, subdivididos entre os serviços de previdência; e de assistência social e também podem ser serviços culturais. Em relação ao objeto de retribuição das prestações, o autor⁴⁹ classifica os serviços a partir do critério da gratuidade nas prestações, separando os onerosos para os utentes, daqueles que são prestados de forma gratuita, sem a exigência de contraprestação.

Ana Fernandes Neves⁵⁰ propõe uma classificação também relacionada ao objeto da prestação, colocando os serviços públicos em duas categorias. A primeira diz respeito aos serviços de interesses geral, sendo aqueles submetidos a obrigações específicas de serviço

⁴³ Amaral, 2006, p. 792.

⁴⁴ Amaral (idem, p. 794) destaca ainda a importância dos órgãos, responsáveis pela direção dos serviços públicos, em suas palavras: “Os serviços públicos são, pois, organizações que levam a cabo as tarefas de preparação e execução das decisões dos órgãos das pessoas colectivas públicas, a par do desempenho – que asseguram – das tarefas concretas em que se traduz a prossecução das atribuições dessas pessoas colectivas”.

⁴⁵ Caetano, 1983, p. 1067.

⁴⁶ Amaral, op. cit., p. 795.

⁴⁷ Ibid., p. 796.

⁴⁸ Caetano, 1983, p. 1069.

⁴⁹ Caetano, 1983, p. 1070.

⁵⁰ Neves, 2023, p. 28-30.

público, podendo ser atividades comerciais ou não comerciais. Esses serviços podem ser prestados de forma cooperada com o setor privado ou podem ser deliberados às empresas públicas ou privadas.

A segunda categoria proposta pela autora diz respeito aos serviços de interesse econômico geral. Esses serviços são de natureza econômica, cuja atividade é de interesse de toda a sociedade, por suprir as necessidades fundamentais das pessoas. Ainda, estes obedecem às regras do mercado interno e os seus usuários são protegidos, dentre outros ordenamentos, pelo estatuto do consumidor⁵¹.

Os serviços públicos em Portugal funcionam sob a perspectiva de alguns princípios fundamentais. Dentre eles, destacamos: *(i)* serão sempre dependentes de uma pessoa colectiva pública; *(ii)* devem sempre visar o interesse público; *(iii)* devem ser contínuos; *(iv)* em princípio, a sua utilização pelo particular será sempre onerosa; *(v)* podem atuar com exclusividade ou em concorrência com serviços prestados por particulares; e *(vi)* podem atuar tanto de acordo com as regras do direito público quanto com as de direito privado⁵².

É importante enfatizar que também corresponde a um princípio fundamental dos serviços públicos a submissão dos usuários do serviço público português – também chamados de utentes – a regras próprias, havendo uma especial relação de subordinação com a Administração Pública, se materializando no dever de obediência em relação às autoridades⁵³.

Cabe destacar um ponto importante em relação aos princípios fundamentais dos serviços públicos, qual seja, a sua onerosidade. Diferentemente do que ocorre com a grande maioria dos serviços públicos no Brasil, em Portugal grande parte dos serviços públicos são, em regra, prestados mediante o pagamento de taxas pelos utentes.

Ressalta-se ainda o princípio da liberdade de acesso à sua prestação, estabelecendo que os serviços públicos devem ser prestados de modo a atender, em regra, todos os utentes que dele necessitem, com exceção daqueles condicionados a certos requisitos estabelecidos por lei⁵⁴.

Quanto à sua forma de organização, os serviços públicos portugueses podem ser divididos de acordo com três critérios: o primeiro é o da organização horizontal e diz respeito a distribuição dos serviços entre diferentes pessoas colectivas públicas e, dentro dessas

⁵¹ Ibid., p. 27-32.

⁵² Amaral, 2006, p. 799-800.

⁵³ De acordo com Amaral (idem, p. 801), “a intensidade destes poderes e dos deveres e sujeições correspondentes varia conforma a utilização do serviço público pelos particulares seja domiciliária ou em estabelecimento da Administração”.

⁵⁴ Caetano, 1983, p. 1079.

entidades, à sua especialização de acordo com as atividades específicas a serem realizadas nas unidades de trabalho⁵⁵.

A segunda forma de organização é a territorial, diferenciando os serviços públicos centrais dos periféricos. Por último, a terceira modalidade de organização é chamada de vertical ou hierárquica, e busca ver o serviço público estruturado a partir dos graus de hierarquia das atividades que são desempenhadas⁵⁶.

Em relação à sua gestão, os serviços públicos tanto podem ter gestão direta, quando é administrado pelos órgãos da pessoa colectiva de direito público, como também pode ter gestão indireta, nos casos em que a pessoa colectiva de direito público concede ou delega sua gestão para uma entidade privada⁵⁷.

Sobre o aspecto normativo, a Constituição da República Portuguesa não define o que são os serviços públicos, nem em relação ao seu aspecto formal, nem ao material⁵⁸, sendo estes referenciados em alguns dispositivos que tratam da organização administrativa⁵⁹.

Dentre eles, confere destaque o art. 267.º, que trata da estruturação da Administração Pública, afirmando que ela deve “evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efetiva, designadamente por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática”.

Esse artigo evidencia dois aspectos importantes que devem ser levados em consideração pela Administração Pública na prestação do serviço público. O primeiro deles diz respeito a sua desburocratização, tornando-os mais acessíveis à população; e o segundo aspecto diz respeito à participação popular na sua gestão, cuja forma deve ser definida por lei (art. 267.º, n.º 2).

No âmbito da legislação infraconstitucional, a Lei n.º 23/96, de 26 de julho, cria no ordenamento jurídico alguns mecanismos que visam proteger o utente de serviços públicos essenciais, estabelecendo como essenciais os serviços de fornecimento de água (art. 1.º, n.º 2, alínea a); de fornecimento de energia elétrica (art. 1.º, n.º 2, alínea b); de fornecimento de gás (art. 1.º, n.º 2, alínea c); e os serviços de telefone (art. 1.º, n.º 2, alínea d).

⁵⁵ Amaral, 2006, p. 803.

⁵⁶ Ibid., p. 805.

⁵⁷ Caetano, op. cit., p. 1096.

⁵⁸ Neves, 2023, p. 27.

⁵⁹ A alusão ao termo “serviços públicos” na CRP pode ser vista somente no art. 257.º: “Art. 257.º Às regiões administrativas são conferidas, designadamente, a direção de serviços públicos e tarefas de coordenação e apoio à ação dos municípios no respeito da autonomia destes e sem limitação dos respetivos poderes.” Em outros artigos, a Constituição se refere apenas como “serviços”, a exemplo do art. 199.º, alínea d, que trata da competência do Governo, no exercício de funções administrativas a de “dirigir os serviços e a atividade da adm”.

Essa Lei estabelece, como princípio geral da prestação do serviço público, “proceder de boa fé e em conformidade com os ditames que decorram da natureza pública do serviço, tendo igualmente em conta a importância dos interesses dos utentes que se pretende proteger” (art. 3.º).

Ademais, a Lei n.º 23/96, de 26 de julho, também estabelece o dever de informar aos utentes sobre os serviços públicos que são prestados (art. 4.º), além de ser obrigatório o aviso prévio, nos casos de suspensão do fornecimento do serviço (art. 5.º). Traz ainda, como obrigação inerente à prestação de qualquer serviço público, a obediência aos padrões de qualidade, incluindo na avaliação o grau de satisfação dos utentes (art. 7.º).

Destaca-se ainda o Decreto-Lei n.º 135/99, de 22 de abril, que define os princípios gerais a serem obedecidos pela Administração Pública na prestação dos serviços públicos. Ademais, busca reunir normas vigentes no contexto de modernização administrativa.

O art. 2.º deste Decreto-Lei estabelece que a Administração Pública está a serviço do cidadão, devendo a prestação dos serviços públicos serem pautados nos princípios da qualidade, da proteção da confiança, da comunicação eficaz e transparente, da simplicidade, da responsabilidade e da gestão participativa.

O Decreto-Lei n.º 135/99, de 22 de abril, também estabelece os direitos dos utentes dos serviços públicos, devendo a Administração Pública adotar medidas adequadas para garantir a qualidade dos serviços, a proteção da saúde, da segurança física e dos interesses económicos dos cidadãos à informação (art. 3.º, n.º 1). Prevê ainda o direito ao acesso às informações de procedimentos administrativos pelos utentes (art. 3.º, n.ºs 2 e 3).

Além disso, esse Decreto-Lei também regula como deve ser o horário de atendimento aos utentes (art. 6.º), bem como a forma que deve ser prestado o atendimento inicial ao cidadão (art. 7.º). Também estabelece as prioridades no atendimento (art. 9.º), além de regras específicas para os atendimentos realizados de forma remota.

Quanto à participação dos utentes no serviço público, o Decreto-Lei prevê a criação do sistema de elogios, sugestões e reclamações dos utentes (art. 35.º-A), além de impor a necessidade de criação de mecanismos de avaliação automática pelos utentes dos locais e linhas de atendimento ao público da Administração Pública (art. 39.º-A).

Desse modo, resta evidenciada a importância dada pelo ordenamento jurídico português em garantir a efetivação dos direitos fundamentais do utente, devendo este ser colocado como principal finalidade na prestação dos serviços públicos. Nesse contexto, conforme afirma

Neves⁶⁰, a Administração desempenha uma “função garantística” ao organizar e garantir o acesso de todos que necessitem dos serviços por ela fornecidos.

Assim, o dever de atender os utentes, garantindo a efetivação de seus direitos, constitui uma “dimensão própria do princípio ou direito à boa administração”⁶¹, de modo que este deve ser sempre levado em consideração pelo prestador dos serviços públicos no atendimento ao usuário.

1.4. O princípio da boa administração na prestação dos serviços públicos

O princípio da boa administração possui origem assentada na jurisprudência da Corte Europeia, tendo sido positivado no ordenamento jurídico da UE no art. 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE. Esse dispositivo estabelece como dever das instituições e órgãos da União uma atuação de forma imparcial, equitativa, num prazo razoável e impondo o direito à reparação dos danos causados pelas instituições e seus agentes, no exercício de suas funções.

Carla Amado Gomes⁶² adverte que, embora o art. 41.º traga a concepção da existência de um “princípio geral de direito da União Europeia”, o Tribunal de Justiça da UE⁶³ não o reconhece como tal, entendendo que a aplicação do princípio da boa administração se restringe às relações entre os cidadãos e as instituições da União, não abrangendo as relações entre os cidadãos e a administração pública nacional.

No Brasil, a CF/88 elenca, no art. 37.º, os princípios básicos orientadores da atuação administrativa, sendo eles o princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, não prevendo de forma expressa o princípio da boa administração. Embora este princípio não se encontre elencado entre aqueles pelos quais a Constituição impõe à Administração o dever de obediência em sua atuação, o conceito que rege o princípio da boa administração se relaciona com aqueles previstos no dispositivo constitucional.

Conforme leciona Mello⁶⁴, o princípio da boa administração corresponde a um princípio amplo que deve nortear a atuação administrativa, cuja definição é extraída da doutrina italiana.

⁶⁰ Neves, 2023, p. 26.

⁶¹ Ibid., p. 36.

⁶² Amado Gomes, 2018, p. 40.

⁶³ Amado Gomes (op. cit., p. 38) ainda esclarece que a aplicação do princípio da boa administração pelo Tribunal de Justiça da UE, no que se refere a anulação de atos administrativos, não reconhece a existência de um “direito à boa administração”. Assim, nos julgados têm-se defendido que não basta apenas a violação do princípio da boa, sendo necessário a comprovação da violação de um direito concreto, seja procedimental ou material pela administração pública. A Autora cita como exemplo os casos T193/04 e T-128/05.

⁶⁴ Mello, 2023, p. 106.

Esse princípio diz respeito ao estabelecimento de uma atuação administrativa baseada na escolha dos meios mais oportunos e adequados para a finalidade que se pretende alcançar.

Juarez Freitas⁶⁵, ao tratar desse princípio, defende que o Estado Constitucional possui a obrigação de garantir o acesso ao “direito fundamental à boa administração pública”. Em outras palavras, é o direito a uma administração pública eficiente, eficaz, sustentável, comprometida com seu papel moral e cumpridora dos princípios constitucionais que disciplinam sua atuação.

Como se vê, a boa administração é colocada no mesmo patamar de direito fundamental, sendo composta por um conjunto de direitos, regras e princípios que abarcam, dentre outros, o direito a uma atuação administrativa baseada na prevenção, na precaução e na eficácia. Esta última não é apenas de cunho econômico, mas também diz respeito à necessidade de alcançar resultados satisfatórios e duradouros, visando à qualidade de vida dos cidadãos⁶⁶.

De acordo com Freitas⁶⁷, esse conjunto de direitos, regras e princípios que envolvem o conceito do princípio da boa administração corresponderiam ao direito a uma administração pública transparente – isto é, à garantia do acesso a informações relacionadas aos gastos públicos, serviços públicos e tudo aquilo que envolva o direito dos administrados.

O segundo direito está ligado à sustentabilidade da administração pública, sendo obrigatória a observância de estabelecer uma relação sustentável entre a oferta de benefícios sociais, ambientais e econômicos com os seus custos diretos e indiretos, garantindo assim que gerações futuras também possam ter acesso a tais direitos⁶⁸.

O terceiro direito diz respeito a uma administração pública que garanta o respeito ao devido processo, garantindo o contraditório e ampla defesa e a tomada de decisões administrativas motivadas e num prazo razoável. Já o quarto, quinto e sexto direito se relacionam ao direito a uma atuação administrativa ética, baseada na não discriminação e na legalidade⁶⁹.

Por fim, está o direito a uma administração pública preventiva, precavida e eficaz, preocupada em tomar decisões não somente para o momento presente, mas visando os impactos que possam trazer ao longo do tempo⁷⁰.

Por essa perspectiva, o princípio da boa administração seria um direito de natureza prestacional⁷¹, responsável por vincular a atuação administrativa à observância dos princípios

⁶⁵ Freitas, 2015, p. 197.

⁶⁶ Ibid., p. 198.

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ Freitas, 2015, p. 198.

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ Freitas, 2015, p. 198.

⁷¹ Ismail Filho, 2018, p. 114.

administrativos, servindo como uma espécie de controle social da administração pela sociedade⁷².

Na doutrina portuguesa, Caetano⁷³ ensina que a boa administração deve buscar recursos para atender as necessidades da população em certo período. Quando não for possível satisfazer a todas as demandas devido à falta de recursos, deve-se priorizar aquelas essenciais ou que causam um maior sofrimento quando não atendidas.

Assim como no Brasil, no ordenamento jurídico português, o princípio da boa administração não está explicitamente definido dentre aqueles estabelecidos pela Constituição Portuguesa como orientadores da atuação administrativa. Entretanto, do mesmo modo que no Brasil, a doutrina o elegeu como princípio implícito⁷⁴.

Mario Aroso de Almeida⁷⁵ afirma que o conceito de boa administração é “vago e flexível”, nascendo a partir da ideia de eficiência administrativa e correspondendo a um dever da Administração Pública em atingir o interesse público da forma mais eficiente possível.

É no Código de Procedimento Administrativo que se encontra, de forma expressa, o princípio da boa administração entre os princípios gerais norteadores da atividade administrativa. Estabelecendo-se no art. 5.º, enfatiza a necessidade da observância, pela Administração, dos princípios constitucionais da eficiência, da aproximação dos serviços à sociedade e da desburocratização⁷⁶.

Essa normatização do princípio da boa administração é importante, no sentido de que é a partir dela que se torna possível acionar os tribunais administrativos para “exigir atuações concretas da Administração em conformidade com critérios de eficiência, designadamente quando esteja em causa a efetividade de direitos fundamentais”.⁷⁷

Entretanto, a doutrina portuguesa diverge quanto a considerar o princípio da boa administração como um direito fundamental, predominando o entendimento de que se trata de um princípio estritamente procedimental, responsável por auxiliar o provedor da justiça no controle de juridicidade⁷⁸.

⁷² Gordillo, 2018, p. 114.

⁷³ Caetano, 1991, p. 1-2.

⁷⁴ Amado Gomes, 2018, p. 43.

⁷⁵ Almeida, 2015, p. 57.

⁷⁶ Almeida (idem, p. 57-58) destaca a importância da normatização desse princípio pelo CPA, pois, demonstra a relevância jurídica do princípio da eficiência no âmbito da atuação administrativa, admitindo a possibilidade da existência de “situação jurídica subjetivas, passíveis de serem acionadas nos tribunais administrativos, dirigidas a exigir atuações concretas da Administração em conformidade com critérios de eficiência”.

⁷⁷ Ibid., p. 58.

⁷⁸ Amado Gomes, 2018, p. 42-43.

De acordo com Amado Gomes⁷⁹, não se poderia falar em um direito à boa administração por duas razões. A primeira delas está relacionada à enorme abrangência e heterogeneidade que caracterizam esse princípio; a segunda razão está relacionada ao risco de que, em vez de existir um controle da juridicidade, passe a existir um controle do mérito da atuação administrativa.

É fazendo o papel de guia, responsável por orientar os padrões de conduta administrativa, estabelecendo *standards* de qualidade na prestação do serviço público, que Amado Gomes⁸⁰ entende que o princípio da boa administração possa ter mais valia no ponto de vista da eficiência na atuação administrativa, concepção na qual nos filiamos.

Ademais, no âmbito das transformações tecnológicas que tornam a prestação do serviço público cada vez mais moderna, informatizada e transfronteiriça, já se discute a necessidade de criação de plataformas garantidoras de um acesso seguro, sem interrupções e de fácil acesso dos cidadãos aos serviços públicos, onde quer que estejam.

Nesse sentido, também se fala a respeito da necessidade da Administração Pública em garantir uma boa administração digital⁸¹, através da prestação de serviços públicos de forma virtual, por meio de uma plataforma que seja efetiva, capaz de satisfazer as necessidades dos usuários que buscam o serviço.

No âmbito da UE, o Parlamento Europeu e do Conselho, em 7 de setembro de 2005, elaborou o Regulamento 2018/1724, que trata da criação de uma plataforma digital única para o acesso a informações, a procedimentos e a serviços de assistência e de resolução de problemas. Essa plataforma teria o intuito de facilitar o acesso de cidadãos e empresas a informações relativas as regras nacionais e aos sistemas administrativos dos Estados-Membros⁸².

No Brasil, já se verifica a modernização na prestação dos serviços públicos de forma digital pelo Estado a partir da criação da plataforma “gov.br”. Essa plataforma é de fácil acesso e concentra diversos serviços de competência da União, como a emissão de certidões, solicitação de benefícios sociais, consulta à previdência, dentre outros.

Assim, é através do estabelecimento de “padrões” da conduta administrativa na prestação dos serviços públicos que o princípio da boa administração se materializa,

⁷⁹ Ibid., p. 43.

⁸⁰ Ibid., p. 49.

⁸¹ Nesse sentido, ao tratar da criação de uma plataforma de serviços públicos, Neves (2023, p. 42) destaca a importância de que não se pode se descuidar “dos padrões de boa administração revisitados pelas demandas da era digital”.

⁸² Neves (idem).

possibilitando de forma concreta aos usuários a possibilidade de cobrar da Administração, caso ocorra uma prestação de serviço abaixo dos padrões por ela definidos.

Além disso, no âmbito da responsabilidade extracontratual do Estado por mau funcionamento do serviço, o estabelecimento de *standarts* de qualidade a serem seguidos pelos servidores públicos na prestação dos serviços à população facilita a identificação do dano decorrente da atuação administrativa e, principalmente, na comprovação do nexo de causalidade com o ato ou omissão administrativa.

Como se vê, há muito a doutrina discute a ampliação dos padrões de qualidade e critérios mais objetivos de controle do serviço público, tendo o debate ultrapassado a concepção de que a eficiência administrativa somente está relacionada aos aspectos econômicos relacionados aos gastos públicos e à obtenção de resultados ao menor custo possível, conforme veremos a seguir.

1.4.1. A ampliação do conceito de eficiência administrativa e sua importância na busca de padrões de qualidade na prestação dos serviços públicos

Como já mencionado, é comum relacionar o princípio da eficiência como sendo um princípio administrativo diretamente ligado a questões econômicas. Isso ocorre principalmente devido à sua origem não ser de natureza jurídica, mas ser essencialmente da área econômica⁸³.

Embora sua natureza não advenha da ciência jurídica, conforme adverte Paulo Modesto⁸⁴, não se pode recusar a normatividade do princípio da eficiência, utilizando como argumento se tratar de um princípio cujo conceito não foi criado pela ciência do direito, não sendo sua utilização exclusiva de nenhuma ciência.

É inegável que o legislador se apropriou do termo eficiência advinda de outras ciências ao utilizá-la no âmbito do Direito Administrativo, ficando a doutrina responsável por expandir seu conteúdo, adequando-o à realidade jurídica, no âmbito do controle da atuação administrativa. Desse modo, o princípio da eficiência passou a ser amplamente utilizado pela doutrina do direito, tornando-se um dos mais importantes princípios do direito administrativo.

Quando transportado para o âmbito do direito administrativo, o princípio da eficiência passa a significar, em termos objetivos, o dever da Administração Pública em atingir os melhores resultados, ao menor custo possível, através da utilização dos meios escassos de que dispõe⁸⁵.

⁸³ Silva, 2011, p. 673.

⁸⁴ Modesto, 2000, p. 107.

⁸⁵ Silva, 2011, p. 673.

Embora seu conceito possa levar a crença de que se trata de um princípio preocupado unicamente com a questão econômica, quando se fala em atingir os melhores resultados no âmbito da Administração Pública, não há como não o relacionar ao direito à boa administração.

Reinaldo Couto e Álvaro Capagio⁸⁶ afirmam ser o princípio da eficiência impreterível ao direito fundamental à boa administração, pois exige uma atuação administrativa voltada à perfeição, não somente em relação aos custos, mas também em sua prestação.

Alexandre de Moraes⁸⁷ destaca que o princípio da eficiência determina que a Administração Pública direta e indireta e seus agentes atuem de forma “imparcial, neutra transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade”, cuja finalidade é a prestação dos serviços sociais essenciais à população⁸⁸.

Contudo, é importante ressaltar a dificuldade na utilização de critérios para auferir a eficiência no âmbito da Administração Pública. Isso porque os critérios utilizados no âmbito econômico determinam a eficiência a partir da relação insumo/produto (*input/output*), não podendo ser utilizados da mesma forma na avaliação da atuação administrativa⁸⁹.

Nesse sentido, José Afonso da Silva⁹⁰ explica que, na Administração Pública, a conjuntura envolvendo uma atuação eficiente é diferente daquela encontrada em uma relação privada. Isso ocorre porque, no âmbito público, deve valer o princípio da não exclusão, no qual o consumo de um bem deve ser feito por vários agentes econômicos.

Esses agentes econômicos, ao consumirem determinado bem público, pagam por “preços” diferentes, tendo em vista ser o seu financiamento decorrente da tributação, cuja arrecadação, ao contrário daquilo que ocorre com os bens privados, independe das preferências individuais de quem esteja consumindo⁹¹.

Desse modo, é a demanda da coletividade que deve nortear a atuação administrativa, cuja prestação do serviço deve buscar atender o maior número possível de pessoas, independentemente do quanto cada uma delas contribuiu financeiramente para o fornecimento daquele serviço.

Ademais, o princípio da eficiência não admite desperdício ou a má utilização dos recursos públicos, estabelecendo que a Administração Pública deve buscar obter o melhor

⁸⁶ Reinaldo; Capagio, 2022, p. 1210.

⁸⁷ Moraes, 2017, p. 427.

⁸⁸ Moraes (idem) destaca que de modo algum a introdução do princípio da eficiência na Constituição poderá ser confundida com a consolidação da tecnocracia, correspondendo exatamente ao oposto, uma vez que seu objetivo está relacionado com a razão e o fim maior do Estado, a prestação dos serviços essenciais.

⁸⁹ Silva, 2011, p. 673.

⁹⁰ Idem.

⁹¹ Idem.

resultado possível ao menor custo. Entretanto, é necessário ter muito cuidado para não confundir eficiência administrativa com eficiência econômica⁹². Isso porque, no âmbito da Administração Pública, existe uma pluralidade de fins a serem buscados pelo Estado, além da finalidade da economicidade. Por isso, parte da doutrina prefere utilizar a expressão “princípio da eficiência administrativa”, indicando que o princípio envolve outras finalidades, além da boa gestão dos recursos públicos⁹³.

Justen Filho⁹⁴ cita como exemplo as contratações administrativas em que é obrigatória a licitação prévia pela Administração Pública, visando a obtenção da utilização mais eficiente dos recursos públicos. No entanto, também é dever da Administração a promoção da dignidade da pessoa humana, implicando que a licitação não pode aceitar produtos ou serviços nocivos aos usuários.

Medauar⁹⁵ adota uma nomenclatura diferente ao transpor esse princípio para a prestação de serviços públicos, chamando-o de “princípio do funcionamento eficiente”, visto que a Administração Pública tem o dever de fornecer o serviço aos usuários da forma mais eficiente possível.

Além da mudança de que a concepção de uma atuação administrativa eficiente deva ser avaliada somente sob aspectos econômicos, Meireles e Burle Filho⁹⁶ afirmam que os parâmetros para auferir uma boa atuação administrativa não se limitam mais à obediência à legalidade, exigindo também da Administração Pública resultados positivos e satisfatórios no atendimento das necessidades da população. Entretanto, isso não significa que o princípio da legalidade deve ser sacrificado em detrimento da eficiência administrativa⁹⁷. A atuação dos entes públicos deve ser pautada em ambos os princípios, de forma harmônica, sem um se sobrepor ao outro.

No mais, conforme explica Di Pietro⁹⁸, o princípio da eficiência pode ser considerado tanto em relação à forma de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho na realização de suas atividades, quanto ao modo de organização da Administração Pública, com a mesma finalidade de atingir os melhores resultados na prestação do serviço público.

Como se vê, o princípio da eficiência administrativa não envolve apenas um elemento, mas diz respeito à necessidade de estabelecer um equilíbrio entre diversos aspectos que

⁹² Justen Filho, 2023, p. 224-225.

⁹³ Ibid., p. 225.

⁹⁴ Idem.

⁹⁵ Medauar, 2008, p. 318.

⁹⁶ Meireles; Burle Filho, 2016, p. 105.

⁹⁷ Medauar, op. cit., p. 127.

⁹⁸ Di Pietro, 2023, p. 233.

envolvem a atuação administrativa, desde a questão dos custos até a forma de prestação do serviço público.

No ordenamento jurídico brasileiro, algumas legislações locais já reconheciam a importância da observância ao princípio da eficiência na prestação dos serviços públicos, antes mesmo da sua inclusão na Constituição de 1988. É o caso da Lei Orgânica do Município de São Paulo, de 4 de outubro de 1990, que previa a necessidade de prestação dos serviços públicos com eficiência (art. 123.º, parágrafo único).

No âmbito federal, a Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, trata da concessão e permissão de serviços públicos. Ao caracterizar o que seria um serviço adequado, conceitua como sendo aquele que “satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade de tarifas” (art. 6.º, §1º).

Foi somente em 1998 que a Constituição de 1988, através da Emenda Constitucional n.º 19, acrescentou de forma expressa o princípio da eficiência entre os princípios norteadores da atuação administrativa, pondo fim às discussões doutrinárias acerca da sua existência implícita na Constituição⁹⁹.

Após sua inclusão na Constituição, o princípio de eficiência se tornou um dos principais princípios relacionados à prestação dos serviços públicos. Seu vocábulo relaciona-se com a ideia de ação, contrapondo-se à prestação de um serviço lento, com descaso, omissivo ou negligente, características comumente encontradas no âmbito dos serviços públicos brasileiros¹⁰⁰.

Além disso, a EC n.º 19/1998 introduziu, na Constituição, mecanismos de controle das atividades administrativas exercidas por meio de seus agentes públicos, a partir da introdução ao artigo 37.º, §8º. Esse dispositivo permitiu o controle a partir da ampliação da autonomia administrativa. Desse modo, a Constituição permite a ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta, por meio de contrato a ser firmado entre os administradores e o Poder Público, quando o objeto for a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade.

Significa dizer que, para que os órgãos ou entidades possam gozar de uma maior autonomia administrativa, é necessária a determinação de metas de desempenho, devendo ser utilizadas como critérios pelo Poder Público no momento de avaliar o cumprimento de suas atribuições.

⁹⁹ Moraes, 2009, p. 418.

¹⁰⁰ Medauar, 2008, p. 127.

O estímulo à criação de metas de desempenho pelos órgãos e entidades tem o objetivo de promover uma gestão mais eficiente dos recursos públicos, refletindo a preocupação com uma administração pública mais moderna e que adote práticas de gestão mais alinhadas com a prestação de um serviço público de qualidade e, ao mesmo tempo, financeiramente responsável.

Quanto ao controle da atuação dos agentes públicos, a EC n.º 19/98 introduziu à Constituição, através do artigo 41.º, §4º, a possibilidade de perda do cargo do serviço público nos primeiros três anos de efetivo exercício, quando esse apresentar desempenho abaixo do esperado pela Administração Pública.

Assim, a Constituição prevê que, ao final dos três primeiros anos de efetivo exercício, a Administração Pública é obrigada a promover uma avaliação de desempenho do servidor público, condição indispensável para a sua permanência no serviço público. Caso não atinja a pontuação necessária, ele perde o cargo¹⁰¹.

Em contrapartida, caso o servidor público atinja a pontuação necessária, é atribuída a sua estabilidade no cargo em que ocupa. Desse modo, somente será possível sua exoneração nos casos previstos em lei e após a abertura de um processo administrativo disciplinar, a ser promovido pela Administração Pública.

O que ocorre em muitos casos é que, após o período de estágio probatório – tempo no qual o servidor ainda não adquiriu a estabilidade no cargo –, os servidores deixam de ser avaliados ou não são avaliados de forma devida, levando muitos deles a não se importarem com a qualidade na prestação dos serviços públicos à população.

Assim, é importante estabelecer mecanismos que obriguem a Administração Pública a realizar avaliações periódicas dos serviços prestados pelos agentes públicos de forma mais eficiente, principalmente nos anos posteriores ao período de estágio probatório.

De todo modo, foi a partir da previsão constitucional do princípio da eficiência, trazido pela EC n.º 19/1998, e também da determinação de mecanismos de controle da atuação administrativa, que esse princípio se tornou um dos elementos objetivos, devendo ser obrigatoriamente levado em conta pela Administração Pública.

Apesar da alteração na Constituição brasileira, com a introdução de mecanismos garantidores de um maior controle da eficiência na prestação dos serviços públicos, ainda existem outros fatores a serem observados pela Administração Pública, necessários para a garantia de uma prestação adequada e satisfatória à demanda da sociedade.

¹⁰¹ Medauar, 2008, p. 127.

José dos Santos Carvalho Filho¹⁰² destaca a necessidade de atualização dos processos tecnológicos, objetivando a otimização na prestação dos serviços públicos como algo essencial para uma atuação administrativa eficiente, tornando sua execução mais econômica e proveitosa.

A automatização dos serviços públicos, além de torná-los mais eficientes, também traz uma maior comodidade ao cidadão, tendo em vista que o tempo de espera para ter sua demanda atendida pode ser diminuído drasticamente quando este é oferecido por mecanismos digitais.

Nesse sentido, foi criada, no âmbito federal, a Lei n.º 14.129, de 29 de março de 2021, dispondo sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública, por meio da desburocratização, da inovação, da transformação digital e da participação do cidadão (art. 1.º).

A referida Lei dispõe no art. 3.º um rol de vinte e seis princípios e diretrizes atribuídos ao Governo Digital e à eficiência pública, dentre os quais estão: o da desburocratização, da modernização, do fortalecimento e da simplificação da relação do poder público com a sociedade, mediante serviços digitais, acessíveis inclusive por dispositivos móveis (inciso I).

Além desses, nesse dispositivo também se destacam o princípio da transparência na execução dos serviços públicos e o monitoramento da qualidade desses serviços (inciso IV); o incentivo à participação social no controle e na fiscalização da Administração Pública (inciso V); a simplificação dos procedimentos de solicitação, oferta e acompanhamento dos serviços públicos, com foco na universalização do acesso e no autosserviço (inciso X); e o cumprimento de compromissos e de padrões de qualidade divulgados na Carta de Serviços ao Usuário (inciso XVIII).

A Lei n.º 14.129/2021 ainda prevê a prestação dos serviços públicos por forma digital, devendo ser feita através de tecnologia de amplo acesso pela população, incluindo as pessoas de baixa renda ou residentes em área rural e isoladas, sem prejuízo do direito do cidadão ao atendimento presencial (art. 14.º).

Desse modo, a Lei Federal supracitada busca atualizar a prestação dos serviços públicos no Brasil, utilizando a tecnologia com a finalidade de fornecer à sociedade um serviço capaz de atingir melhores resultados do que se fosse prestado exclusivamente de forma presencial, tornando-o mais ágil, cômodo e eficiente.

Não são todos os serviços prestados pelo Estado que podem ser fornecidos pela forma digital. No entanto, aqueles em que a prestação é possível ser feita através do uso de aplicativos ou pelos sítios disponibilizados, sem dúvidas seriam fornecidos de forma mais efetiva do que

¹⁰² Carvalho Filho, 2020, p. 356.

se fossem prestados de forma presencial. Como exemplo, podemos citar a emissão de documentos. Quando prestado na forma presencial, o usuário é levado a passar horas numa fila aguardando ser atendido. Mas, se prestado por meio digital, em poucos minutos ele poderá emitir o mesmo documento, sem a necessidade de se deslocar a uma repartição pública.

Além disso, a Lei n.º 13.726, de 8 de outubro de 2018, foi criada com a finalidade de racionalizar atos e procedimentos administrativos no âmbito da União, dos Estados, do DF e dos Municípios, instituindo o Selo de Desburocratização e Simplificação. Desse modo, seu objetivo é tornar a prestação dos serviços públicos cada vez mais eficiente, estimulando a supressão e a simplificação das formalidades e das exigências desnecessárias na sua prestação pela Administração Pública.

Como se vê, é notável o esforço do legislador brasileiro em atingir uma das finalidades imposta pelo princípio da eficiência, sendo publicadas leis com o objetivo claro de desburocratizar e, assim, eliminar as barreiras e entraves que envolvem a prestação dos serviços públicos.

No entanto, eliminar a burocracia desnecessária e atualizar os processos tecnológicos não é o suficiente para garantir uma atuação administrativa eficiente, tendo em vista que não garantem a qualidade dos serviços prestados. É necessário também garantir o funcionamento da plataforma de forma adequada e simples, garantindo seu amplo acesso pela população.

Além disso, não são todos que possuem acesso à tecnologia digital. Por isso, é importante garantir aos cidadãos que desejarem se dirigir às repartições públicas o acesso aos mesmos serviços prestados de forma remota, garantindo o amplo acesso aos serviços públicos fornecidos pelo Estado.

Dessa forma, a prestação dos serviços públicos por meio digital, ainda que possa dar mais eficiência à sua prestação, ainda encontra seus limites, inclusive quando se fala na possibilidade de responsabilização extracontratual do Estado em relação a danos gerados por serviços prestados de forma digital, uma vez que não é possível atribuir a um agente público o dano.

De toda forma, é notável que o princípio da eficiência está diretamente relacionado aos anseios da sociedade por otimização e melhoria da qualidade na prestação dos serviços públicos. Não pode o Estado, principal fomentador da prestação de serviços públicos essenciais, deixar de agir com eficiência.

Como visto, a própria Constituição brasileira exige do Estado uma atuação eficiente, efetiva, célere, não omissa e desburocratizada, voltada a satisfazer as necessidades sociais. Assim, é possível concluir que o princípio da eficiência vai muito além de questões relacionadas

à prestação dos serviços a um menor custo para a Administração, envolvendo outros requisitos para o cumprimento do dever constitucional de uma atuação administrativa eficiente.

Em Portugal, também existem esforços na tentativa de desburocratizar a Administração Pública e torná-la mais moderna e eficiente, a exemplo da reforma da Administração Pública ocorrida a partir do ano de 2003, sendo seus principais objetivos definidos pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 95/2003, de 30 de junho. A reforma tinha como princípios essenciais, dentre outros: a proteção e garantia dos cidadãos; a promoção da igualdade de oportunidades e da igualdade perante a lei; o combate ao desperdício de recursos públicos; a transparência, a responsabilidade e o acesso à informação.

Em relação aos serviços públicos, a pretendida reforma administrativa previa como uma das mudanças, a criação de uma nova forma de avaliação de desempenho dos serviços e funcionários públicos, baseada num sistema de gestão por objetivos. O Sistema Integrado de Gestão e Avaliação do Desempenho da Administração Pública (SIADAP), criado pela lei n.º 10/2004, de 22 de março e posteriormente revogado pela lei n.º 66-B/2008, de 28 de dezembro, tem como objetivos, dentro outros, contribuir para a melhoria da gestão da Administração Pública em razão das necessidades dos utilizadores e alinhar a atividade dos serviços com os objetivos das políticas públicas (art. 6.º, alínea a) e desenvolver e consolidar práticas de avaliação e autorregulação da Administração Pública (art. 6.º, alínea b).

A avaliação dos serviços públicos é feita a partir de um sistema integrado de avaliação, sendo elencados um conjunto de objetivos que são monitorados através da avaliação de desempenho funcional e organizacional. Nesse sentido, o SIADAP busca avaliar o desempenho dos serviços públicos, dos dirigentes e dos funcionários da Administração Pública e abrange tanto os serviços prestados pela administração direta como indireta.

Ainda que o Sistema enfrente diversas críticas e que não seja possível constatar objetivamente de que forma ele contribuiu para a melhoria na qualidade dos serviços públicos prestados em Portugal, é importante ressaltar a sua importância na tentativa de tornar os serviços mais eficientes e desburocratizados.

Por fim, vale destacar que a eficiência administrativa também está relacionada à participação da população no controle de qualidade dos serviços públicos prestados. Desse modo, somente é possível alcançar uma atuação eficiente pela Administração Pública se o serviço prestado for capaz de satisfazer a demanda dos seus usuários.

1.5. A Lei n.º 13.460, de 26 de junho de 2017, e a participação dos usuários no controle de qualidade na prestação de serviços públicos no Brasil

Os direitos dos usuários exigem que a Administração Pública siga os regulamentos estabelecidos quanto à forma de prestação do serviço público, garantindo sua oferta de modo igualitário a todos os que dele necessitam. Esses direitos são cívicos e de conteúdo positivo, podendo seu cumprimento ser exigido pela sociedade¹⁰³.

Como visto anteriormente, a EC n.º 19/1998, ao inserir na Constituição, o art. 37.º, §3º, I, impôs ao Poder Legislativo a obrigatoriedade de criação de uma lei responsável por disciplinar as formas de participação dos usuários na Administração Pública, como forma de controle da atuação administrativa.

Essa lei deveria ter como objetivos principais a regulação das reclamações relativas à prestação dos serviços públicos, o estabelecimento de formas de acesso a informações sobre atos de governo e as possibilidades de representação contra negligências ou abusos praticados pelos servidores públicos.

Nesse sentido, a Lei n.º 13.460, criada em 26 de junho de 2017, buscou dar uma maior efetividade ao direito constitucional à participação do usuário na prestação dos serviços públicos, estabelecendo normas a respeito da participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública (art. 1.º). Seu âmbito de aplicação abrange tanto os serviços públicos prestados pela Administração Pública direta, quanto pela indireta, dos entes públicos da União, dos Estados, do DF e dos Municípios.

Além disso, a Lei supracitada enumera como princípios a ser observados pela Administração Pública na prestação dos serviços público a regularidade, continuidade, efetividade, segurança, atualidade, generalidade, transparência e cortesia no atendimento ao Usuário (art. 4.º).

Nesse passo, Justen Filho¹⁰⁴ aduz ser a Lei n.º 13.460/2017 responsável por consagrar o protagonismo do usuário na prestação do serviço público, algo até dispensável, uma vez que a garantia da satisfação dos direitos fundamentais dos usuários já é a base da existência do serviço público.

Apesar da oferta dos serviços públicos implicar na satisfação dos direitos fundamentais dos usuários previstos na Constituição, uma lei que estabelece, de forma clara, a forma como devem ser prestados, elencando os direitos dos usuários, se torna importante, para que se possa cobrar da Administração Pública quando a prestação não satisfizer as suas necessidades. Além disso, instituir formas objetivas de participação deste no controle da prestação dos serviços

¹⁰³ Meireles; Burle Filho, 2016, p. 428.

¹⁰⁴ Justen Filho, 2023, p. 805.

públicos pela Administração Pública garante uma maior efetividade ao dispositivo Constitucional.

A referida Lei também serve de auxílio para a constatação das falhas na prestação do serviço público, especialmente àquelas relacionadas à demora no atendimento ou com situações de falta de respeito no tratamento dos servidores públicos com o usuário, bastante frequentes no serviço público brasileiro.

Isso porque a Lei n.º 13.460/2017 estabelece, em seu art. 5.^o¹⁰⁵, as diretrizes a ser seguidas pela Administração Pública no atendimento aos usuários. Dentre elas, está o direito a ser tratado com urbanidade, respeito e cortesia, a igualdade de tratamento e o atendimento por ordem de chegada. A Lei também destaca a necessidade de definição, publicidade e observância de horários e normas compatíveis com o bom atendimento ao usuário.

Além disso, o art. 6.^o da referida Lei estabelece aos usuários o direito à participação no acompanhamento da prestação dos serviços públicos, podendo avaliá-los. Também determina o direito ao acesso a informações relativas ao horário de funcionamento dos serviços públicos, além da localização exata e a indicação do órgão ou setor responsável pela sua prestação.

Outro ponto importante trazido pelo regime aprovado pela Lei é a definição do conceito do serviço público, estabelecida no art. 2.^o, II, definindo-o como uma “atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública”.

Nesse passo, observa-se que a Lei adota uma concepção de serviço público mais restrita daquela encontrada na Constituição, preocupando-se em disciplinar os serviços públicos prestados pelos órgãos e entidades da administração pública à sociedade, mas estabelecendo a sua aplicação subsidiária àqueles serviços que são prestados pelo particular (art. 1.^o, §3^o).

A Lei também estabelece o dever de cada órgão ou entidade administrativa de divulgar uma Carta de Serviços ao Usuário, cujo objetivo é o de informar sobre os serviços prestados, as formas de acesso, os compromissos estabelecidos e os padrões de qualidade na prestação do serviço público (art. 7.^o).

¹⁰⁵ O artigo 5.^o da Lei n.º 13.460/2017, enumera dezesseis diretrizes, dentre as quais, destacamos: o inciso “I - urbanidade, respeito, acessibilidade e cortesia no atendimento aos usuários”; o “inciso III - atendimento por ordem de chegada, ressalvados casos de urgência e aqueles em que houver possibilidade de agendamento, asseguradas as prioridades legais às pessoas com deficiência, aos idosos, às gestantes, às lactantes e às pessoas acompanhadas por crianças de colo”; o inciso “VII - definição, publicidade e observância de horários e normas compatíveis com o bom atendimento ao usuário”; o inciso “XI - eliminação de formalidades e de exigências cujo custo econômico ou social seja superior ao risco envolvido”; o inciso “XIII - aplicação de soluções tecnológicas que visem a simplificar processos e procedimentos de atendimento ao usuário e a propiciar melhores condições para o compartilhamento das informações”; e, por fim o inciso “XVI – comunicação prévia ao consumidor de que o serviço será desligado em virtude de inadimplemento, bem como do dia a partir do qual será realizado o desligamento, necessariamente durante horário comercial”.

Além disso, a Carta de Serviços ao Usuário deve estabelecer a previsão de tempo para atendimento ao usuário na espera pelo serviço público, devendo ser periodicamente atualizada pela entidade ou órgão da Administração Pública (art. 7.º, §§ 2º e 3º).

A Lei n.º 13.460/2017 prevê ainda a criação de um Conselho de usuários pelas entidades públicas prestadoras de serviço público, cuja principal finalidade seria a avaliação pelo usuário do serviço público através do acompanhamento da sua prestação, podendo propor críticas e melhorias.

Carvalho Filho¹⁰⁶ enumera outros diplomas legais que dispõem de normas ou capítulos especiais reguladores da prestação dos serviços públicos, citando a Lei n.º 8.987/95, responsável por regular as concessões e permissões dos serviços públicos; a Lei n.º 11.442/2007, dispondo sobre o saneamento básico; e a Lei n.º 12.587/2012, que institui a Política Nacional de Mobilidade Urbana.

Como se vê, a legislação brasileira se preocupou com a qualidade dos serviços públicos ofertados à sociedade pelo Estado, ao estabelecer mecanismos com o objetivo de efetivar a participação do usuário na avaliação do controle de qualidade desses serviços.

Entretanto, quando se analisa a aplicação prática desse elenco normativo, da mesma forma que diz Carvalho Filho¹⁰⁷, entendemos que a proteção legal aos usuários não acompanha sua proteção efetiva, sendo observadas, com frequência, violações aos direitos dos usuários pelos prestadores de serviços públicos, sem que nada seja feito pela Administração Pública.

É por esse motivo que os entes públicos frequentemente enfrentam, na justiça, ações movidas pelos usuários do serviço público, recorrendo ao Poder Judiciário com a finalidade de garantir a efetividade do seu direito à prestação dos serviços públicos ou buscando a reparação pelos danos causados pela falha na prestação desses serviços.

A garantia da qualidade na prestação dos serviços públicos no Brasil envolve não somente a necessidade de investimentos em mão de obra e em infraestrutura, mas também uma mudança de mentalidade de seus prestadores, especialmente em relação às ideias de coletividade e bem-estar social, tão defendidas pela Constituição brasileira.

A satisfação de direitos fundamentais por meio da prestação de serviços públicos só será efetiva quando a Administração Pública for capaz de oferecer um serviço de qualidade e um tratamento humanizado, conforme está determinado nos vários dispositivos que tratam do serviço público presentes no ordenamento jurídico.

¹⁰⁶ Carvalho Filho, 2020, p. 363.

¹⁰⁷ Carvalho Filho, 2020, p. 363.

Em Portugal, a Lei n.º 23/96, de 26 de julho, dispõe de um artigo a respeito do direito de participação dos utentes na prestação dos serviços públicos, estabelecendo que as organizações representantes dos utentes devem ser consultadas “quanto aos actos de definição do enquadramento jurídico dos serviços públicos e demais actos de natureza genérica que venham a ser celebrados entre o Estado, as Regiões Autónomas ou as autarquias e as entidades concessionárias” (art. 2.º).

Como se vê, embora mencione o direito de participação dos utentes, o ordenamento jurídico português carece de regulação a respeito da participação efetiva dos usuários no controle da prestação dos serviços públicos pela Administração Pública. Dessa forma, não se verifica a existência de mecanismos concretos de participação popular nas tomadas de decisões que envolvem a prestação desses serviços.

Estabelecer leis infraconstitucionais que especifiquem a maneira de prestação dos serviços públicos é importante, mas de nada vale se as regras não forem rigorosamente seguidas pela Administração Pública, que frequentemente comete violações aos preceitos base da criação do instituto do serviço público. Essas violações refletem em prejuízos para a própria Administração Pública, como consequência das inúmeras ações de responsabilidade extracontratual do Estado movidas em seu desfavor todos os dias e que resultam em condenações por danos morais e materiais.

Como visto, a prestação de um serviço público de qualidade está diretamente relacionada à observância aos seus princípios norteadores, instituídos pela Constituição. Esses princípios estão todos ligados ao conceito que envolve o princípio da boa administração, correspondente ao pilar da atuação administrativa.

Quando a Administração Pública não consegue exercer seu papel na prestação dos serviços públicos, cometendo falhas na sua execução, existe a possibilidade de o usuário recorrer ao Poder Judiciário, buscando a reparação dos danos através do ajuizamento de ação de responsabilidade civil extracontratual contra o Estado.

O instituto da responsabilidade civil extracontratual do Estado decorrente da falha na prestação dos serviços foi originalmente desenvolvido na França, possuindo atualmente vários modelos, com características semelhantes e diferentes deste, de acordo com as peculiaridades do ordenamento jurídico de cada país.

A seguir, iremos entender como esse instituto foi originalmente desenvolvido na França e, posteriormente, passou a influenciar a criação da responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço em Portugal e da responsabilidade pelo mau funcionamento do serviço no Brasil.

2. A INFLUÊNCIA FRANCESA E A RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO PELO FUNCIONAMENTO ANORMAL DO SERVIÇO EM PORTUGAL

A partir da análise dos modelos de prestação do serviço público adotados no Brasil e em Portugal, é possível perceber a forte influência do modelo criado pelos franceses no século XIX, após as diversas transformações sociais decorrentes da Revolução Francesa.

A Revolução Francesa foi motivada por um conjunto de fatores políticos, sociais e econômicos que culminaram numa transformação da ideia de Estado existente à época. Essa mudança resultou na queda da monarquia absolutista e no estabelecimento de princípios e direitos aos cidadãos franceses.

Com a mudança da concepção de Estado, o direito administrativo vigente à época passou por um período de grande transformação, cujos ideais influenciaram fortemente na formação do direito administrativo moderno, servindo de influência para diversos países.

Uma das ideias defendidas no âmbito do direito administrativo francês diz respeito à forma em que os serviços públicos eram fornecidos à sociedade. Antes da Revolução Francesa, esses serviços eram prestados de forma limitada e restrita, sendo mínima a presença do Estado na sociedade.

Contrapondo ao modelo até então vigente, a nova forma de prestação do serviço público, surgiu baseado na concepção de que era necessário aumentar a presença do Estado na sociedade, colocando-o como o principal fornecedor e garantidor dos serviços essenciais.

Essa nova concepção de Estado desenvolvida pelos franceses serviu de influência para a criação de diversos institutos do direito administrativo existentes, tanto no Brasil, quanto em Portugal. Essa influência pode ser vista na criação dos princípios gerais do direito administrativo, no modelo de controle da Administração Pública e no nosso objeto de estudo, o instituto da responsabilidade civil extracontratual do Estado.

Nesse passo, a evolução do direito administrativo francês, culminando em sua atual concepção, ocorreu de forma gradativa, na medida em que foram sendo desenvolvidas as ideias de prestação de serviço público pela doutrina e pela jurisprudência.

Maurice Hauriou¹⁰⁸ explica que o desenvolvimento do direito administrativo francês é dividido em fases. Na primeira delas, a preocupação da doutrina e da jurisprudência estava em buscar a operacionalização da prestação do serviço público pelo Estado, no desenvolvimento do seu modelo de prestação.

¹⁰⁸ Harriou, 2015, p. 3.

Dessa forma, ainda não havia na primeira fase de desenvolvimento do direito administrativo francês a preocupação com a responsabilização direta da Administração Pública por danos causados aos usuários do serviço público. Ao contrário, a jurisprudência francesa entendia que a responsabilização do Estado representava um obstáculo à liberdade dos serviços públicos. Assim, cabia a quem desejasse reparação pelos danos decorrentes da prestação desses serviços interpor uma ação de responsabilidade dirigida diretamente contra o agente público¹⁰⁹.

Em contrassenso ao que estava sendo defendido à época, Paul Duez¹¹⁰ afirmava que a solução adotada pela jurisprudência francesa para a reparação de danos sofridos em razão da má prestação do serviço público era inadequada, pois a acusação não era gratuita e, frequentemente, o agente público não adimplia com a condenação pecuniária.

Diante disso, no final do século XIX, teve início uma nova fase do direito administrativo francês, agora focada em solucionar questões relativas à responsabilização do Estado por danos causados na prestação dos serviços públicos. Foi nesse período que a doutrina começou a discutir a forma de funcionamento dos serviços públicos e seus efeitos na sociedade.

A mudança de foco, da preocupação com a operacionalização dos serviços públicos para questões relativas à sua forma de funcionamento, ocorreu a partir do entendimento de que o Estado deveria ser diretamente responsável pelos danos causados aos usuários em decorrência da má prestação dos serviços públicos¹¹¹.

Além disso, essa segunda fase do direito administrativo francês, caracterizada pelo desenvolvimento da jurisprudência relacionada à responsabilidade extracontratual do Estado, buscou fundamento nas teorias aplicadas ao direito civil para responsabilizar o Estado pelos danos decorrentes da prestação dos serviços públicos¹¹².

A jurisprudência busca no Código Civil a fundamentação técnica para a responsabilização das autoridades públicas, utilizando dispositivos que tratam da responsabilidade dos empregadores por danos causados aos seus empregados. Assim, equipara-se a figura do patrão com a das autoridades públicas, bem como a do empregado com a do agente público¹¹³.

É importante destacar a importância dos juristas franceses Maurice Hauriou e Léon Duguit, cujas ideias contribuíram para a mudança da concepção que até então se tinha a respeito da responsabilidade extracontratual do Estado. Isso porque eles foram os primeiros a

¹⁰⁹ Duez, 1927, p. 1.

¹¹⁰ Idem.

¹¹¹ Harriou, 2015, p. 3.

¹¹² Idem.

¹¹³ Duez, op. cit., p. 2.

defenderem a aplicação da teoria do risco social nos casos de responsabilização do Estado, mudando o foco da reparação do dano para a vítima ao invés do autor da lesão.

Nesse passo, com a utilização da teoria do risco social, os casos relativos à responsabilidade extracontratual do Estado passaram a ser analisados através de critérios objetivos, não tomando como base apenas a verificação da culpa do agente públicos. Após essa mudança, começaram a surgir ações judiciais nos tribunais franceses de cidadãos que pediam a reparação pelo Estado por danos causados em razão da má prestação dos serviços públicos.

A utilização da teoria do risco social encontrou vários adeptos na doutrina do direito civil, sendo também bem recebida pela *Cour de Cassation* francesa, atraindo os julgamentos dos casos de responsabilização extracontratual do Estado para o tribunal comum e afastando-os da jurisdição administrativa¹¹⁴.

Entretanto, o *Conseil d'Etat*, tribunal responsável pelo julgamento das causas relacionadas à Administração Pública, não seguiu o mesmo entendimento, passando a defender sua competência para o julgamento de processos que envolviam a responsabilidade civil extracontratual do Estado¹¹⁵.

Esse impasse entre a Corte de Cassação e o Conselho de Estado foi resolvido em 1873, pelo Tribunal de Conflitos, na famosa decisão Blanco (1873), dando início a terceira fase do desenvolvimento da jurisprudência da responsabilidade extracontratual do Estado na França¹¹⁶.

Essa nova fase do direito administrativo francês surge a partir de duas situações vivenciadas nos tribunais. A primeira diz respeito à determinação da extensão da jurisdição dos tribunais administrativos, com a rejeição completa dos conceitos do direito civil. Já a segunda está relacionada à proliferação de ações envolvendo a responsabilidade extracontratual do Estado no âmbito do Conselho de Estado¹¹⁷.

O caso Blanco foi responsável justamente por consolidar a competência da corte administrativa para julgar casos envolvendo a responsabilidade do Estado. A ação foi movida pelo pai da menina Agnès Blanco, em razão dos danos sofridos por ela ao ser atropelada pelo vagão de um trem pertencente à Companhia Nacional de Manufatura de Fumo. O acidente ocorreu enquanto ela cruzava os trilhos em uma rua na cidade francesa de Bordeaux, resultando em lesões graves¹¹⁸.

¹¹⁴ Duez, 1927, p. 3.

¹¹⁵ Idem.

¹¹⁶ Ibid., p. 2.

¹¹⁷ Idem.

¹¹⁸ Cretella Júnior, 1980, p. 29.

A demanda foi interposta em desfavor do Prefeito do Departamento da Gironda, sob a alegação de que o ente público deveria ser civilmente responsável pelos danos ocasionados a terceiros em decorrência de ato danoso cometido pelos seus funcionários. Como fundamento, foram utilizados os artigos do Código Civil francês que tratam da responsabilidade civil para requerer a responsabilização da Administração Pública.

Diante disso, surgiu um impasse a respeito de quem deteria a competência – o Conselho de Estado ou a Corte de Cassação – para julgar matérias que envolvem a responsabilidade civil extracontratual do Estado. Assim, foi suscitado no processo conflito negativo de atribuição a ser analisado pelo Tribunal dos Conflitos.

Na decisão, o relator do processo, David, apresentou considerações inovadoras no âmbito dos Tribunais dos Conflitos, seguindo o entendimento já explanado pelo Tribunal Administrativo em outros casos envolvendo a responsabilidade civil extracontratual do Estado, como na decisão Rotschild (1885).

No Acórdão Blanco, o Tribunal de Conflitos estabelece o princípio da competência administrativa pelo funcionamento do serviço público, prevalecendo o entendimento de que a responsabilidade civil extracontratual do Estado deve ser regida por regras e princípios próprios. Essa concepção foi baseada a partir da constatação de que a prestação do serviço público apresenta peculiaridades que diferem da forma como é realizado por particulares.

Desse modo, o caso Blanco assinala a consolidação da tese da autonomia do direito administrativo ao acolher a tese do Conselho de Estado de que este seria competente para julgar os casos que envolvem a responsabilidade do Estado perante os seus administrados, consagrando a teoria autônoma da responsabilidade administrativa.

Em relação à responsabilização direta dos funcionários públicos, a decisão Blanco, juntamente com a decisão Pelletier (1873) proferida no mesmo ano, distingue as faltas pessoais, que não apresentam relação com as atividades desempenhadas no âmbito de sua função, das faltas funcionais, que ensejam, nos tribunais administrativos, a responsabilidade direta da Administração Pública¹¹⁹.

Isso porque a responsabilidade direta da pessoa jurídica administrativa surge com a exploração do serviço público pelo Estado, não podendo ser considerada como uma responsabilidade individual de determinado servidor público, já que a prestação do serviço ocorre de maneira abrangente¹²⁰.

¹¹⁹ Rivero, 1977, p. 267 *apud* Cretella Júnior, 1980, p. 30.

¹²⁰ Harriou, 2015, p. 3-4.

Dessa forma, conforme explica Hauriou¹²¹, se ocorrer um acidente na prestação do serviço, a culpa é do serviço, não podendo a responsabilidade ser imputada a este ou aquele servidor, mas à Administração. Por esse motivo, a teoria clássica da responsabilidade não pode ser aplicada no âmbito da administração pública, pois não existem as figuras típicas do direito privado, como do patrão e do empregado.

A partir dessa concepção, de que a responsabilidade do Estado pelos danos causados em razão da má prestação do serviço público deve ser imputada à Administração Pública, criou-se a regra geral de que haverá responsabilização do ente público, mesmo quando não for possível identificar o agente público responsável pelo dano.

Essa noção de responsabilidade extracontratual do Estado, decorrente da falha na prestação dos serviços públicos, foi determinante para o surgimento do instituto do funcionamento anormal do serviço em Portugal, além de influenciar o entendimento jurisprudencial sobre a responsabilização pelo mau funcionamento do serviço público no Brasil.

Além disso, a aplicação da teoria do risco administrativo – que estabelece a responsabilidade extracontratual do Estado como objetiva – representou um marco na evolução desse instituto, uma vez que a culpa do agente público deixou de ser utilizada como principal critério para a reparação do dano, transferindo-se a responsabilidade para a Administração.

Como se pôde observar, a responsabilidade extracontratual do Estado a partir do século XIX sofre uma grande evolução, sendo abandonada de vez a ideia de irresponsabilidade do Estado e passando a adquirir características próprias, considerando as particularidades que envolvem a prestação do serviço público¹²².

Ademais, a responsabilidade extracontratual do Estado passou a abranger casos em que não é possível atribuir o fato danoso a determinado agente público, permitindo a imputação direta ao Estado, como veremos a seguir.

2.1. O surgimento da “*faute du service*” na França

O surgimento da noção de *faute du service* na França marcou um ponto crucial na evolução da responsabilidade extracontratual do Estado. Essa construção doutrinária, desenvolvida a partir da concepção da teoria do risco administrativo, fundamenta-se na ideia de

¹²¹ Harriou, 2015, p. 4.

¹²² Conforme esclarece Duez (1927, p. 5): “Le Tribunal des Conflits faisait ainsi prévaloir la thèse du Conseil d’État : la Cour de Cassation s’est inclinée. A partir de ce moment, la responsabilité de l’État échappe à l’emprise de l’article 1384 du Code civil en même temps qu’à toute revendication de la compétence judiciaire, sauf texte exprès contraire”.

que o Estado deve ser responsabilizado pelos danos causados aos usuários do serviço público, mesmo nos casos em que não é possível atribuir a culpa individual a um agente específico.

Essa nova modalidade de responsabilidade do Estado utiliza como principal argumento a distinção entre a culpa do agente público e a culpa da Administração Pública. Essa diferenciação é baseada na ideia de separação entre os atos de autoridade e os atos de gestão feita por Laferrière.

Essa distinção parte do princípio de que a autoridade administrativa é responsável tanto pela gestão dos recursos públicos – estabelecendo a forma de arrecadação de receitas destinadas às despesas comuns e à manutenção dos serviços públicos, quanto pelo exercício de seu poder de autoridade – ao fazer cumprir as leis, regular o funcionamento dos serviços públicos e exercer seu poder de polícia frente aos cidadãos¹²³.

De acordo com Duez¹²⁴, é a partir dessa distinção que Laferrière conclui que os danos a terceiros, resultantes de atos de gestão praticados pela Administração Pública na prestação de serviços, devem ser indenizados. Entretanto, adverte Laferrière que para essa responsabilização não cabe a aplicação das normas de responsabilidade do Código Civil, devido às particularidades inerentes à Administração Pública, sendo necessário o desenvolvimento de uma teoria autônoma da responsabilidade.

Com isso, surge na França uma teoria autônoma desenvolvida a partir da concepção de culpa administrativa, chamada *faute du service public*. Essa teoria foi criada pelo Conselho de Estado e envolve uma concepção original a qual não era encontrada no direito privado, por possuir características menos restritas do que a teoria da responsabilidade presente no Código Civil¹²⁵.

Essas características foram estabelecidas a partir da análise das particularidades que envolvem a prestação do serviço público pela Administração Pública. Isso porque a Administração pública visa atender ao interesse público e ao bem comum da população, garantindo o acesso à serviços essenciais.

Além disso, o serviço público prestado pelo Estado é regido por regras e princípios próprios do direito administrativo, diferentemente do serviço prestado pelo particular, que segue o regramento estabelecido pelo direito privado. Dessa forma, essas diferenças contribuíram para afastar de vez qualquer controvérsia sobre a não utilização da responsabilidade civil do direito privado em casos que envolvem o Estado.

¹²³ Duez, 1927, p. 5-6.

¹²⁴ Ibid., p. 6.

¹²⁵ Idem.

Quanto às características da teoria da *faute du service*, a primeira delas diz respeito ao estabelecimento da responsabilidade primária do Estado. Isso significa que ele é diretamente e imediatamente responsável pelos danos causados pela má prestação do serviço público¹²⁶.

A segunda característica diz respeito à desnecessidade de comprovação da culpa de um agente público em específico. A partir dessa teoria, passou a ser necessário apenas que o particular lesado aponte uma falha geral e anônima na prestação do serviço público à qual o dano possa ser atribuído¹²⁷.

Já a terceira característica está relacionada à necessidade de diferenciação da culpa do serviço público da responsabilidade pelo risco, uma vez que a responsabilidade do Estado pela *faute du service* não surge do ato do serviço, mas sim do seu funcionamento defeituoso¹²⁸.

Por fim, a quarta característica desta teoria é que ela não pode ser aplicada a qualquer falha na prestação dos serviços públicos, pois nem todo serviço defeituoso gera a responsabilidade do Estado. Assim, é necessário um certo grau de defeito, que sofre variação de acordo com o serviço prestado, o local e as circunstâncias¹²⁹.

Nesse sentido, Duez¹³⁰ afirma que, para determinar os casos os quais caberia a aplicação da responsabilidade pela *faute du service*, o Conselho de Estado passou a desenvolver uma teoria baseada na análise da culpa *in concreto*, levando em consideração a diligência média que pode ser legitimamente esperada na prestação do serviço público.

Como se vê, o Conselho de Estado buscou definir minuciosamente os contornos da responsabilização do Estado pelo mau funcionamento do serviço. Esses limites à responsabilidade foram estabelecidos com base na análise de dois elementos: a natureza dos atos administrativos que configuram a má conduta da Administração e a sua gravidade¹³¹.

À medida que a jurisprudência administrativa francesa foi desenvolvendo a teoria da *faute du service*, estabelecendo suas características, foram surgindo cada vez mais situações de mau funcionamento do serviço público cuja responsabilidade pelo dano sofrido pelo particular foi atribuída ao Estado francês.

Nesse sentido, Duez, analisando a jurisprudência francesa, agrupou essas situações em três categorias distintas: casos em que o serviço funcionou mal (*culpa in committendo*), casos

¹²⁶ Duez (1927, p. 12) ainda esclarece que na *faute du service* “la personnalité juridique de l’agent disparaît ; celui-ci est absorbé par l’entreprise administrative dont il devient un simple rouage, un simple organe ; l’agent ne se détache pas du service public, il fait corps avec ce dernier. Il est fondu en lui.”

¹²⁷ Idem.

¹²⁸ Ibid., p. 13.

¹²⁹ Ibid., p. 14.

¹³⁰ Idem.

¹³¹ Idem.

em que o serviço não funcionou (*culpa in omittendo*) e os casos que o serviço funcionou tardiamente.

A *culpa in committendo*, caracterizada pelo serviço que funcionou mal ou não funcionou corretamente, diz respeito aos atos positivos da administração. Esses foram os primeiros casos a surgir sobre a responsabilidade extracontratual do Estado na jurisprudência francesa¹³².

Esta categoria de responsabilidade era a mais comum e mais fácil de ser identificada, pois envolvia casos típicos de responsabilidade do Estado, como àquelas decorrentes de lesões causadas em razão do poder de polícia, de acidentes em manobras militares, pela perda de arquivos, entre outros¹³³.

Já a *culpa in omittendo* é caracterizada pelo serviço que não funcionou, corresponde a uma falha decorrente de uma omissão administrativa. Essa categoria foi importante no desenvolvimento da responsabilidade, já que através da aplicação da teoria da culpa do serviço público nos casos de omissão foi possível a revisão do poder discricionário da Administração Pública pelo Conselho de Estado¹³⁴.

Nesse contexto, Duez¹³⁵ explica que, embora não fosse possível obrigar a Administração Pública a realizar determinado ato, através da aplicação da *culpa in omittendo*, foi possível declarar a responsabilidade do Estado em razão das consequências da sua conduta omissiva, mesmo nos casos nos quais não fosse configurada a ilegalidade em sentido estrito.

Por fim, a última categoria diz respeito à responsabilidade extracontratual do Estado pelo serviço que funcionou tardiamente, representando o último estágio da teoria da *faute du service*. Ela se baseia na concepção de que a Administração tem o poder-dever de atuar de forma diligente na prestação do serviço público.

Dessa forma, caso ocorram danos decorrentes de um serviço prestado de forma tardia, haverá a responsabilização do Estado. Esse tipo de situação pode ser verificado em casos de requerimento administrativo que tardou a ser atendido pela Administração e acabou trazendo prejuízos ao particular, ou quando há atraso na liberação de um preso após cumprimento da pena, fazendo com que ele ficasse custodiado por tempo maior que sua condenação.

A teoria desenvolvida pelos franceses nos ensina que a comprovação do mau funcionamento do serviço público, juntamente com a existência do dano e do nexo de

¹³² Duez, 1927, p. 15.

¹³³ Idem.

¹³⁴ Ibid., p. 16.

¹³⁵ Idem.

causalidade, configura a responsabilidade extracontratual do Estado pelos danos causados ao particular, sendo a culpa atribuída ao serviço¹³⁶.

No entanto, embora essa teoria tenha retirado a necessidade de atribuição da culpa ao agente público, não é todo e qualquer dano que caracteriza a responsabilidade extracontratual do Estado pela *faute du service*. Conforme explica Duez¹³⁷, somente será passível de indenização aqueles danos que possam ser comprovados de forma individualizada.

Significa dizer que não existe responsabilidade extracontratual do Estado pelos danos sofridos, de forma geral, pela coletividade, em razão da má prestação do serviço público pela Administração. Esses danos que não podem ser individualizados devem ser suportados pela coletividade.

A importância dessa teoria para o direito administrativo é significativa. Foi através da sua aplicação perante os Tribunais franceses que houve a ampliação da responsabilidade da Administração Pública, também nos casos de danos causados aos seus usuários, independente da identificação do agente público que cometeu o fato danoso.

A partir da análise das particularidades relacionadas à responsabilidade extracontratual do Estado desenvolvida na França, é possível perceber características semelhantes ao instituto da responsabilidade desenvolvidas em Portugal e no Brasil. Isso se deve a forte influência da doutrina francesa no direito público.

A seguir, iremos adentrar nas características peculiares da solução portuguesa e brasileira para responsabilidade extracontratual do Estado decorrente do mau funcionamento do serviço público.

2.2. O funcionamento anormal do serviço e a sua evolução na jurisprudência portuguesa sob a égide do Decreto Lei n.º 48.051/1967, de 23 de novembro

A origem da responsabilização extracontratual do Estado na jurisprudência portuguesa é anterior à instauração do constitucionalismo liberal, remontando ao início do século XIII, quando houve o conhecimento da existência de ações de responsabilidade contra o rei e o reconhecimento do dever de indenizar pelos danos decorrentes de guerras civis¹³⁸.

¹³⁶ Carvalho Filho, 2020, p. 597.

¹³⁷ Duez, 1927, p. 14.

¹³⁸ Otero, 2022, p. 31.

Entretanto, os documentos que comprovam a existência de processos que atribuem ao Estado a responsabilidade extracontratual pelos danos ao particular remontam ao século XIV, referindo-se aos casos de indenização em razão da expropriação por utilidade pública¹³⁹.

É somente no século XX que surge, no direito administrativo português, o princípio da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas por ato de gestão pública¹⁴⁰, consolidado no ordenamento jurídico através da Constituição da República Portuguesa de 1976.

A responsabilidade extracontratual do Estado pelo funcionamento anormal do serviço somente surgiu na jurisprudência dos tribunais portugueses a partir do final da década de 1960. Foi nesse período que a jurisprudência passou a importar a concepção desenvolvida pelo direito francês da responsabilidade pela *faute du service*, para os casos em que não era possível atribuir o dano a uma conduta específica de um determinado agente público¹⁴¹.

O primeiro Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (STA) que faz referência à responsabilidade do Estado pelo funcionamento anormal do serviço é de 28 de janeiro de 1966, conhecido como o “caso da muralha do Porto”. Nele, o Estado foi responsabilizado pelos danos decorrentes do desmoronamento de uma antiga muralha, localizada na cidade do Porto, causando danos significativos à particulares.

No caso em questão, não era possível precisar quais eram os órgãos ou agentes públicos responsáveis pelo ato omissivo, não sendo apropriado que as vítimas e seus familiares ficassem sem a justa reparação, devido à impossibilidade de atribuir o facto danoso a um determinado órgão ou agente público¹⁴².

Nesse julgado, o STA reconheceu a complexidade das funções que envolvem a Administração Pública, admitindo que, devido à sua estrutura, é possível a ocorrência de pequenas falhas e atrasos individuais na prestação do serviço público que, por si só, não causariam qualquer dano. No entanto, quando ocorrem em conjunto, podem configurar um facto ilícito culposo¹⁴³.

Esse julgado corresponde a um importante marco na evolução da responsabilidade extracontratual pelo funcionamento anormal do serviço em Portugal, estabelecendo precedentes significativos ao aplicar a teoria da *faute du service* originária do direito francês.

Com a consolidação da responsabilidade por funcionamento anormal do serviço no âmbito dos Tribunais Administrativos, houve um avanço na responsabilidade extracontratual

¹³⁹ Otero, 2022, p.31.

¹⁴⁰ Ibid., p. 32.

¹⁴¹ Almeida, 2018, p. 564.

¹⁴² Amaral, 2018, p. 616.

¹⁴³ Ibid., p. 617.

do Estado e demais entidades públicas em Portugal. Esse avanço se deu no sentido de proporcionar uma maior objetivação e ampliação da função reparadora deste instituto, colocando no foco a proteção à vítima¹⁴⁴.

Além disso, a partir da decisão do STA, houve a consolidação na jurisprudência da figura da culpa do serviço, sendo amplamente aplicada nos Tribunais Administrativos, nos casos em que não é possível apurar a identidade dos agentes públicos ou titulares de órgãos causadores do dano.

Mais de um ano após o julgamento do caso da “muralha do Porto” pelo STA, em 23 de novembro de 1967, foi publicado o Decreto-Lei n.º 48.051/1967. Esse decreto correspondeu ao primeiro regime do ordenamento jurídico português da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas.

Antes da publicação do referido Decreto-Lei, já havia no Código Civil¹⁴⁵ dispositivos que tratavam da responsabilidade civil extracontratual do Estado. Entretanto, nenhum dos dispositivos abordava, de forma específica, a responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço.

O Decreto-Lei n.º 48.051/1967 buscou estabelecer a responsabilidade civil subjetiva do Estado e demais pessoas coletivas públicas por fatos ilícitos. Desse modo, a responsabilização do Estado, por facto ilícito, só poderia ocorrer a partir da constatação, no caso concreto, do dano, da culpa e do nexo de causalidade.

Também restou positivada na Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado (RRCEE) a responsabilidade pelo risco, obrigando o Estado a indenizar terceiros quando verificados danos especiais e anormais. Esse tipo de responsabilidade se restringe aos casos de mau funcionamento de serviços excepcionalmente perigosos ou de coisas e atividades de mesma natureza.

O decreto também tratou da responsabilidade por fato lícito, estabelecendo que, no exercício de atividades lícitas de interesse geral, haveria o dever do Estado e demais pessoas coletivas de indenizar quando, mediante atos administrativos legais ou atos materiais lícitos, fossem impostos encargos ou causados prejuízos especiais e anormais ao particular.

O RRCEE também trouxe ao ordenamento jurídico português a possibilidade de responsabilização nos casos de sacrifício de coisa ou direito de terceiro pelo Estado ou pessoas

¹⁴⁴ Amaral, 2018, p. 656.

¹⁴⁵ O art. 501.º do Código Civil de 1966, dispõe que “o Estado e demais pessoas colectivas públicas, quando haja danos causados a terceiro pelos seus órgãos, agentes ou representantes no exercício de actividades de gestão privada, respondem civilmente par esses danos nos termos em que os comitentes respondem pelos danos causados pelos seus comissários.”

coletivas públicas, por motivo de estado de necessidade ou de interesse público, chamada pela doutrina de responsabilidade pelo sacrifício.

Como se pode perceber, apesar do avanço jurisprudencial a respeito do tema, o RRCEE instituído pelo Decreto-Lei n.º 48.051/1967 não tratou expressamente da responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço, deixando a cargo dos tribunais o papel de estabelecer os requisitos de aplicação desse instituto.

Nesse sentido, Diogo de Freitas do Amaral¹⁴⁶ destaca o Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 10 de julho de 1969¹⁴⁷, cuja importância foi a de determinar a responsabilidade exclusiva da Administração, sem direito de regresso contra o agente público, nos casos de funcionamento anormal do serviço.

Posteriormente, o entendimento sobre a responsabilidade exclusiva da Administração Pública nos casos de funcionamento anormal do serviço foi pacificado nos Tribunais Administrativos¹⁴⁸. As decisões passaram a admitir o caráter relativo da noção de culpa por deficiência do funcionamento do serviço, dispensando a comprovação de um comportamento individual censurável.

É o caso do Acórdão n.º 021673, de 25 de julho de 1985, que trata da responsabilidade do Estado por omissão em razão dos danos decorrentes da falta de sinalização em via pública. Nele, o STA reforça o caráter relativo da noção de culpa, nos casos de deficiência no funcionamento normal do serviço, sem a necessidade de imputação do dano a uma conduta de determinado agente público.

Anos depois, no Acórdão n.º 044836, de 07 de dezembro de 1999, o STA buscou definir a responsabilidade da Administração Pública da falta do serviço, caracterizando-a como sendo decorrente de “situações em que os danos verificados não são susceptíveis de serem imputados a este ou àquele comportamento em concreto de um qualquer agente administrativo”. Assim, o entendimento jurisprudencial era o de que a falta de serviço seria consequência do mau funcionamento generalizado do serviço.

No Acórdão n.º 0813, de 14 de outubro de 2004, o STA destaca a necessidade de aplicação da presunção de culpa estabelecida pelo art. 493.º, n.º 1, do Código Civil, afirmando que nos casos envolvendo a aplicação da teoria da “falta do serviço”, caberia ao lesado o ônus de comprovar a base dessa presunção, ou seja, “da ocorrência do facto causal dos fatos”.

¹⁴⁶ Amaral, 2018, p. 617.

¹⁴⁷ *In* Apêndice ao Diário do Governo, de 4.11.71.

¹⁴⁸ Cr. Acórdão STA de 25 de julho de 1985, processo n.º 021673; STA Acórdão de 07 de dezembro de 1999, processo n.º 044836, STA Acórdão de 1.º de dezembro de 1999 *in* Apêndice de 2002-09-23, de 23 de setembro; Acórdão STA de 14 de outubro de 2004, processo n.º 0813.

Isso significa que embora não fosse necessário a comprovação da culpa do agente público, o particular deveria provar, de forma concreta, que a falha na prestação do serviço público foi a causa determinante da ocorrência do dano ao particular para ensejar sua reparação.

A responsabilidade extracontratual do Estado pelo funcionamento anormal do serviço também se desenvolveu através da doutrina, sendo caracterizada por esta como uma ilicitude que não é, necessariamente, atribuída a uma conduta específica, ocorrendo uma desvalorização do seu aspecto subjetivo, uma vez que o foco está no resultado (dano) e não no agente causador¹⁴⁹.

Como se vê, diante da ausência de previsão normativa, as decisões dos Tribunais Administrativos, com o auxílio da doutrina, se incumbiram de adequar a teoria da culpa do serviço à realidade portuguesa, estabelecendo os limites de sua aplicação e determinando as situações de ocorrência do funcionamento anormal do serviço.

A responsabilidade extracontratual do Estado decorrente do mau funcionamento dos serviços públicos somente foi consolidada – sob a denominação de responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço – no ordenamento jurídico português após mais de quarenta anos do primeiro Acórdão do STA que trata desse instituto.

Isso porque somente foi introduzido no ordenamento jurídico português após a revogação do Decreto-Lei n.º 48.051/1967, através do novo Regime de Responsabilidade Extracontratual do Estado e demais entidades públicas, instituído pelo regime aprovado pela Lei n.º 67, de 31 de dezembro de 2007.

A previsão normativa da responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço consolidou o entendimento jurisprudencial, confirmando as peculiaridades inerentes ao instituto que o distinguem da teoria da *faute du service* aplicada pelos franceses.

Enquanto o instituto francês traz a concepção de responsabilidade do ente público pelos danos causados pelo mau funcionamento do serviço, independentemente da identificação ou não do agente público, no caso português, essa responsabilidade somente é aplicada quando não for possível identificar a autoria individual concreta do agente público¹⁵⁰.

Além disso, na *faute du service*, existe a possibilidade de direito do regresso do Estado contra o agente público causador do dano, nas hipóteses em que ele for identificado. Por outro lado, no funcionamento anormal do serviço, por não admitir a sua aplicação quando houver a

¹⁴⁹ Almeida, 2018, p. 656.

¹⁵⁰ Neves, 2022, p. 575.

identificação do agente público, admite-se apenas a responsabilidade exclusiva da Administração Pública¹⁵¹.

Desse modo, quando é possível identificar que o dano foi resultante de uma conduta ilícita gravemente culposa de um determinado agente público ou titular de órgão, de acordo com o RRCEE, ainda que se trate de falha na prestação dos serviços públicos, a responsabilidade do Estado não será exclusiva¹⁵².

Por todo o exposto, é possível concluir que a responsabilidade extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas, em razão do funcionamento anormal do serviço, prevista no RRCEE, possui características próprias, as quais serão tratadas de forma mais detalhada nos próximos tópicos deste trabalho.

2.3. Alcance e definição pelo regime aprovado pela Lei n.º 67/2007

A Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, trouxe inovações importantes para o RRCEE, sendo a mais importante delas a previsão expressa da possibilidade de responsabilização do Estado no exercício das funções legislativa, jurisdicional e administrativa.

Com isso, esse novo regime concretizou o princípio constitucional da responsabilidade geral extracontratual do Estado e demais entidades públicas no âmbito infraconstitucional, admitindo a possibilidade de responsabilização do Estado por danos praticados no exercício de todos os seus poderes.

Além disso, o novo RRCEE assentou, de modo geral, no princípio da imputação direta às entidades públicas pelos danos decorrentes de atos ou omissões ilícitas praticadas com culpa leve, pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes públicos¹⁵³.

Isso porque o art. 7.º, n.º 1, estabeleceu a responsabilização exclusiva do Estado e demais entidades públicas pelos danos decorrentes de atos ou omissões ilícitas praticadas com culpa leve pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes públicos, quando cometidos no exercício da função administrativa e por causa desse exercício.

Nas palavras de Neves¹⁵⁴, o referido dispositivo possui duplo sentido: ao mesmo tempo em que dispõe, de forma expressa, da responsabilidade exclusiva da pessoa colectiva nos casos

¹⁵¹ Neves, 2022, p. 575.

¹⁵² Ibid., p. 573.

¹⁵³ Almeida, 2018, p. 564.

¹⁵⁴ Neves, op. cit., p. 530.

de culpa leve, também estabelece a não responsabilização, nessas situações, dos titulares dos órgãos, funcionários ou agente públicos.

Ademais, o novo RRCEE trouxe, pela primeira vez no ordenamento jurídico português, a previsão de responsabilização extracontratual do Estado em razão do funcionamento anormal do serviço, seguindo a já consolidada jurisprudência dos Tribunais Administrativos, que como vimos há anos já tratavam do tema em suas decisões.

Essa modalidade de responsabilidade civil extracontratual do Estado é tratada no art. 7.º, n.ºs 3 e 4, sendo responsável por ampliar o regime de responsabilização para os casos em que não seja possível atribuir o dano a um comportamento concreto de determinado titular de órgão, funcionário ou agente, ou quando não seja possível identificar a autoria individual da ação ou omissão, atribuindo a responsabilidade ao mau funcionamento do serviço.

Conforme explica Neves¹⁵⁵, a responsabilidade exclusiva da pessoa colectiva corresponde a um “artifício jurídico”, tendo em vista não existirem ações ou omissões que não sejam resultado de uma conduta humana. Desse modo, os danos, mesmo nos casos de funcionamento anormal do serviço, sempre serão resultantes do comportamento de um ou de vários agentes públicos.

Assim, a responsabilização exclusiva da pessoa coletiva busca garantir uma maior proteção aos usuários do serviço público, não deixando de reparar a vítima nos casos em que não é possível identificar o agente público envolvido na conduta danosa, ficando a cargo do Estado o dever de indenizar.

Mario Aroso de Almeida¹⁵⁶, ao tratar do assunto, reafirma a lógica inovadora da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública pelo funcionamento anormal do serviço, em que não é necessária a comprovação da culpa do agente. Desse modo, o Estado é responsabilizado pela sua própria conduta lesiva atribuída ao funcionamento anormal do serviço.

Carlos Alberto Cadilha¹⁵⁷ afirma que o legislador busca, com esse dispositivo, trazer os elementos subjetivos que contemplam o conceito de culpa. Assim, consagra-se no ordenamento jurídico a chamada culpa do serviço, ao incluir a possibilidade de responsabilização do Estado e demais entidades públicas nos casos de culpa anónima e culpa coletiva.

Nesse passo, o art. 7.º, n.º 3, do RRCEE estabelece a responsabilidade extracontratual do Estado e demais entidades públicas, por fato ilícito, pelos “danos não tenham resultado do

¹⁵⁵ Neves, 2022, p. 571-572.

¹⁵⁶ Almeida, 2018, p. 565.

¹⁵⁷ Cadilha, 2009, p. 251.

comportamento concreto de um titular de órgão, funcionário ou agente determinado, ou não seja possível provar a autoria pessoal da ação ou omissão, mas devem ser atribuídos a um funcionamento anormal do serviço”.

Como se vê, esse dispositivo do RRCEE inclui o ilícito decorrente do funcionamento anormal do serviço entre as modalidades em que a responsabilidade extracontratual é atribuída exclusivamente à Administração Pública, não cabendo direito de regresso.

Nesse ponto, o RRCEE diverge da jurisprudência administrativa vigente sob o antigo regime, pois esta não excluía a possibilidade de individualização da conduta do agente que ensejou o dano nos casos de “culpa do serviço”¹⁵⁸.

De toda forma, esse dispositivo do RRCEE busca esclarecer a possibilidade de responsabilização exclusiva do Estado e demais entidades públicas sempre que for identificada uma conduta danosa ilícita a qual não resulte da ação de um titular de determinado órgão ou agente público¹⁵⁹.

Também admite a responsabilização quando não for possível identificar o responsável pelo dano ou quando “a responsabilidade se dilui na actividade operativa do serviço considerado no seu conjunto”, estabelecendo, assim, a responsabilidade do Estado¹⁶⁰.

Destarte, o novo RRCEE passou a estabelecer mais três modalidades de ilicitude que ensejam a responsabilização do Estado: quando se desconhece o órgão ou agente público responsável pelo dano; nos casos em que não é possível atribuí-lo a um determinado agente público; e quando o dano for resultante do mau funcionamento do serviço.

Essa impossibilidade de individualização da conduta coloca a responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço como sendo de carácter subsidiário, pois o RRCEE impõe, como regra, que a responsabilidade extracontratual deve ser solidária entre o agente e o Estado nos casos de culpa grave¹⁶¹.

Conforme explica Neves¹⁶², a responsabilidade extracontratual do Estado por funcionamento anormal do serviço corresponde a um desvio em comparação aos outros tipos de responsabilidade, baseadas na solidariedade entre o Estado e o agente público a quem a conduta é atribuída.

Entretanto, existem casos nos quais a ação ou omissão ilícita pode ser atribuída, de forma simultânea, tanto a um agente em específico, quanto ao funcionamento anormal do

¹⁵⁸ Neves, 2022, p. 578.

¹⁵⁹ Almeida, 2018, p. 565.

¹⁶⁰ Cadilha, 2011, p. 164.

¹⁶¹ Neves, op. cit., p. 582-583.

¹⁶² Ibid., p. 584.

serviço. Isso ocorre nas situações em que apenas uma parte dos danos pode ser atribuído à conduta do agente público¹⁶³.

Nesses casos, as responsabilidades podem ser auferidas de forma isolada, respondendo a Administração Pública, de forma exclusiva, pelos danos decorrentes do mau funcionamento do serviço, enquanto o agente público somente poderá ser responsabilizado pela conduta ilícita que lhe for atribuída.

Ademais, cumpre ressaltar que o RRCEE conceitua a ideia de funcionamento anormal do serviço para fins de responsabilização do Estado como sendo aquele serviço em que, “atendendo às circunstâncias e padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma actuação susceptível de evitar os danos produzidos” (art. 7.º, n.º 4).

Assim, nem toda falha na prestação de serviço público resulta na responsabilização do Estado e demais pessoas coletivas. O RRCEE limitou essa responsabilização às condutas que não observam os padrões médios de eficiência exigíveis na prestação do serviço público.

Essa modalidade de responsabilização assegura que o Estado seja obrigado a indenizar a vítima em casos de danos decorrentes da má prestação do serviço público, desde que tais danos pudessem ser evitados caso o serviço tivesse funcionado de acordo com padrões médios de resultado¹⁶⁴.

Nesse passo, o RRCEE busca definir no ordenamento jurídico o funcionamento anormal do serviço, conceituando-o como aquele em que não atingiu o padrão de rendimento médio razoavelmente exigível. Desse modo, o dispositivo coloca a culpa do serviço de forma abstrata, a depender da análise do caso concreto¹⁶⁵.

Assim, para fins de responsabilização do Estado pelo funcionamento anormal do serviço, é necessário que os danos decorram da execução de um serviço que se afaste do razoavelmente exigível para evitar a ocorrência do dano. Além disso, a conduta atribuída ao serviço deve resultar na ofensa a direitos ou interesses legalmente protegidos¹⁶⁶.

Quanto aos direitos ou interesses legalmente protegidos, cabe ressaltar que a ilicitude da conduta pode ser resultante da inobservância pela Administração Pública durante a prestação dos serviços públicos do princípio da boa administração¹⁶⁷. Embora a boa administração se apresente como um conceito subjetivo, possui aspectos objetivos positivados no ordenamento jurídico.

¹⁶³ Neves, 2022, p. 586.

¹⁶⁴ Almeida, 2018, p. 565.

¹⁶⁵ Cadilha, 2011, p. 164.

¹⁶⁶ Neves, op. cit., p. 572.

¹⁶⁷ Ibid., p. 587.

Esses aspectos objetivos podem ser encontrados tanto em normas que definem o princípio da boa administração, como também em regras de ordem técnica, como aquelas estabelecendo o tempo máximo de espera para atendimento no serviço público. Assim, para caracterizar o funcionamento anormal do serviço, é necessária a comprovação da atuação deficiente da Administração Pública.

Essa atuação deficiente pode não ser resultante da prática de somente uma conduta, mas também de reiterados atos ou omissões praticados durante a prestação do serviço público pela Administração Pública que juntos formam um conjunto de atuações insuficientes, incorretas, ineficientes, incapazes de evitar os danos produzidos¹⁶⁸.

Além disso, é necessário identificar o elemento de gravidade da conduta, caracterizado como aquilo que seria “razoavelmente exigível ao serviço”, analisado a partir de dois critérios determinados pelo RRCEE: as “circunstâncias” e os “padrões médios de resultado”¹⁶⁹.

O critério das circunstâncias pode ser analisado a partir da avaliação da atuação do serviço, verificando se era exigível uma conduta diferente, suficiente para evitar o dano produzido. Esse critério pode tanto justificar a conduta da Administração Pública quanto servir de fundamento para comprovar o serviço defeituoso¹⁷⁰.

O segundo critério estabelecido pelo RRCEE, relativo ao “padrão médio de resultado”, está diretamente ligado aos *standards* do serviço. Neves¹⁷¹ define esse critério caracterizando-o como um serviço padrão, um desempenho que pode não ser excelente, mas de nível médio.

Como já discutido nesse trabalho, esse “*standard* de rendimento médio” nem sempre é fácil de ser identificado, dada a ausência de dispositivos no ordenamento jurídico que tratem dos critérios necessários para a caracterização de um atendimento razoavelmente exigível, cabendo ao Judiciário a tarefa de estabelecê-los no caso concreto.

Cadilha¹⁷² afirma que, para definir esse padrão de atendimento razoavelmente exigível, é possível considerar as normas internas que definem a forma de funcionamento do serviço e os relatórios de produtividade, com a finalidade de comparar a atuação do serviço público. Entretanto, o Autor adverte não existir comportamento culposos quando os danos causados resultam da falta de recursos humanos, materiais ou financeiros. O funcionamento anormal do

¹⁶⁸ Neves, 2022, p. 589.

¹⁶⁹ Ibid., p. 592.

¹⁷⁰ Ibid., p. 593.

¹⁷¹ Ibid., p. 594.

¹⁷² Cadilha, 2011, p. 165.

serviço está relacionado à maneira como ele é prestado, ao funcionamento e à organização interna do serviço público¹⁷³.

Almeida¹⁷⁴ afirma que o art. 7.º, n.º 4 do RRCEE infere que o funcionamento anormal do serviço deve ser visto em abstrato, a partir das circunstâncias do caso concreto. Desse modo, a ilicitude não é avaliada a partir de um “padrão normativo de conduta”, mas sim através de um “padrão objetivo de funcionamento”.

Nesse ponto, Tiago Serrão¹⁷⁵ destaca o cuidado que teve o legislador ao dispor o que deve ser interpretado por funcionamento anormal do serviço. Devendo ser analisado, no caso concreto, as circunstâncias em que foi prestado o serviço, sempre sob uma ótica objetiva e com o auxílio da razoabilidade.

Como se vê, nos casos relacionados ao funcionamento anormal do serviço, como ocorre no instituto francês da *faute du service*, a ilicitude não é necessariamente atribuída a uma conduta, mas sim ao resultado, ao dano sofrido pelo lesado. Com isso, a responsabilidade extracontratual do Estado no ordenamento jurídico português passou a convergir com outros ordenamentos jurídicos, colocando em foco a proteção à vítima e deixando de lado a necessidade de comprovação da culpa do agente público¹⁷⁶.

Entretanto, cabe questionar: o fato de não ser necessário comprovar a culpa do agente público, em razão da impossibilidade de identificação do sujeito causador do dano, significa que não existe o elemento da culpa na responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço? É o que veremos a seguir.

2.4. A questão da culpa e a adoção da teoria objetiva da Responsabilidade do Estado por Facto Ilícito

O RRCEE e demais entidades públicas aprovado pela Lei n.º 67/2007, expandiu as modalidades de responsabilidade objetiva aplicadas à Administração Pública no ordenamento jurídico português, concretizando no ordenamento jurídico infralegal o que já estava previsto no artigo 22.º da Constituição da República Portuguesa.

Nesse passo, Amado Gomes¹⁷⁷ afirma que o RRCEE, traz um “modelo misto de responsabilidade da função administrativa”, mantendo a possibilidade de responsabilização

¹⁷³ Cadilha, 2011, p. 165.

¹⁷⁴ Almeida, 2018, p. 567.

¹⁷⁵ Serrão, 2020, p.122.

¹⁷⁶ Ibid., p. 566.

¹⁷⁷ Amado Gomes, 2019, p. 111.

subjetiva e, ao mesmo tempo, ampliando o alcance da responsabilidade objetiva, introduzindo novas modalidades.

Esse alargamento da responsabilidade objetiva pode ser identificado a partir do art. 7.º, n.º 1, ao introduzir a possibilidade de responsabilização exclusiva da Administração Pública por falta leve; e no art. 7.º, n.º 3, o qual prevê a responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço.

Como vimos, no caso da responsabilidade civil extracontratual do Estado pelo funcionamento anormal do serviço, por pressupor a impossibilidade de atribuição da culpa a um determinado agente ou funcionário público, esse elemento é atribuído ao serviço, de forma geral.

Nesse contexto, a responsabilidade extracontratual do Estado pelo funcionamento anormal do serviço ocorrerá quando opera com diligência inferior à normativamente exigida, tendo o conceito substituído a ideia de culpa do agente público para a culpa do serviço¹⁷⁸.

Por esse motivo, a doutrina discute se a responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço é de fato objetiva, havendo quem defenda que ainda está presente o elemento culpa nessa modalidade de responsabilidade do Estado, mesmo que atribuída ao serviço e não à conduta de um agente público específico.

Entretanto, o termo genérico utilizado para determinar o elemento da culpa na responsabilidade extracontratual pelo funcionamento anormal do serviço deixa margem para diversas interpretações sobre quais condutas relacionadas ao funcionamento do serviço podem ser atribuídas como “culpa do serviço”.

Diante disso, o estudo da culpa se torna necessário, pois, nos casos de responsabilidade extracontratual do Estado pelo funcionamento anormal do serviço, a comprovação da culpa do serviço constitui elemento fundamental para estabelecer o nexo de causalidade entre a forma de funcionamento do serviço público e o dano sofrido pelo lesado.

2.4.1. A culpa do serviço: Distinção entre culpa coletiva e culpa anônima

Como vimos, para caracterizar o funcionamento anormal do serviço, é necessário identificar a culpa atribuída ao serviço no evento danoso. Entretanto, como não pode ser atribuída a uma conduta individualizada de determinado agente ou funcionário público, existem dúvidas a respeito do aspecto subjetivo dessa modalidade de responsabilidade do Estado.

¹⁷⁸ Sousa; Matos, 2008, p. 27.

Amado Gomes¹⁷⁹ afirma que, no caso da culpa do serviço, de “culpa só tem o nome”, pois não é necessária a comprovação da imputação subjetiva. A responsabilidade é atribuída à ilicitude devido ao funcionamento anormal do serviço, quando não for possível determinar o sujeito causador do dano.

Embora a culpa do serviço seja diferente daquela atribuída ao sujeito causador dos danos nas hipóteses em que é possível a individualização da conduta ilícita, elas são “interdependentes”. Isso porque só se pode atribuir a culpa do serviço após não se conseguir individualizar a culpa pela lesão causada¹⁸⁰.

Isso significa que, como vimos nos tópicos anteriores, a responsabilidade extracontratual do Estado e demais entidades públicas pelo funcionamento anormal do serviço possuem um caráter subsidiário frente as demais modalidades de responsabilidade previstas no RRCEE.

Dito isso, resta saber se existe necessidade de comprovação da culpa do serviço para caracterizar a responsabilidade do Estado. De acordo com Margarida Cortez¹⁸¹, a própria definição de funcionamento anormal do serviço apresenta elementos inerentes ao conceito de culpa, ao referir-se a um padrão de comportamento e à necessidade de considerar as circunstâncias específicas do caso.

Isso porque o atual RRCEE, ao definir o funcionamento anormal do serviço, condiciona sua existência à comprovação, no caso concreto, de uma atuação que foge de um padrão médio de resultado – ou seja, daquilo que pudesse ser razoavelmente exigido do serviço.

Essa culpa, conforme visto no tópico anterior, é dividida em duas modalidades, de acordo com o que se pode interpretar da redação do art. 7.º, n.º 3 do RRCEE, a depender da situação ocorrida no caso concreto. São elas: culpa colectiva ou culpa anônima.

Cadilha¹⁸² define a culpa colectiva como aquela em que os danos não podem ser diretamente atribuídos a um comportamento concreto de um titular de órgão, funcionário ou agente. É o resultado de uma “atuação global” do serviço, cuja responsabilidade se distribui pelos seus diversos setores.

Podemos citar o exemplo de um requerimento administrativo que passa por vários setores de um órgão público para ser aprovado e cuja demora ultrapassa o limite estabelecido por lei, causando prejuízos ao particular. Nesse caso, como a demora na análise do pedido

¹⁷⁹ Amado Gomes, 2019, p. 121.

¹⁸⁰ Neves, 2022, p. 586.

¹⁸¹ Cortez, 2003, p. 35.

¹⁸² Cadilha, 2011, p. 164.

ocorreu em vários setores, não é possível atribuir a culpa a uma conduta individualizada, mas sim ao serviço que atuou de forma deficiente, de modo geral.

Ao tratar da culpa colectiva, Amado Gomes¹⁸³ defende que determiná-la como uma modalidade autônoma de ilicitude resultaria numa dissolução da culpa, por não ter qualquer possibilidade de subjetivação da conduta. Dessa forma, como não é possível atribuí-la a um agente, constituiria uma espécie objetiva de responsabilidade.

Almeida¹⁸⁴ afirma que essa falta coletiva, atribuída a uma atuação global da Administração Pública, é o resultado de falhas as quais se dispersam por diversos setores do serviço público e resultam num funcionamento anormal do serviço. Nesse caso, adverte o Autor que, embora a objetividade dispense a demonstração de culpa “pessoal, subjetiva ou ‘psicológica’ do agente”, ainda é necessária a comprovação da falta do serviço. Ou seja, é preciso demonstrar que os danos foram resultantes de uma atuação a qual foge da normalidade e dos padrões médios de resultado¹⁸⁵.

Dessa forma, mesmo sem a necessidade de comprovação da culpa de um funcionário ou agente público específico, o elemento subjetivo não deixa de existir nos casos de funcionamento anormal do serviço, pois a culpa é atribuída ao serviço, de modo global.

Observa-se que, além da necessidade de comprovar, no caso concreto, o nexo de causalidade entre a conduta administrativa e o dano sofrido, é igualmente necessário demonstrar que o serviço agiu de maneira inferior ao que poderia ser razoavelmente exigido, caracterizando, assim, a culpa do serviço.

Quanto à outra modalidade de culpa identificada no texto do RRCEE e denominada como culpa anônima, Cadilha¹⁸⁶ a define como sendo aquela em que o dano é individualizado, resultante da conduta de um titular de órgão, funcionário ou agente, mas não é possível identificar sua autoria.

Assim, enquanto a culpa colectiva está relacionada ao funcionamento deficiente do serviço de forma geral, a culpa anónima é atribuída às situações em que não seja possível identificar a autoria de um agente público. Ou seja, existe o dano e o fato ilícito, mas não é possível identificar o responsável.

¹⁸³ Amado Gomes, 2019, p. 123.

¹⁸⁴ Almeida, 2018, p. 565.

¹⁸⁵ Idem.

¹⁸⁶ Cadilha, 2011, p. 164.

No caso da culpa anónima ou falta anónima, a sua existência demonstra a ocorrência de um funcionamento anormal do serviço, quando se evidencia que se o serviço tivesse sido prestado da forma que deveria pelo agente público, não teria ocorrido o dano¹⁸⁷.

Nesse contexto, a culpa anónima adquire maior importância nos casos envolvendo a responsabilidade extracontratual do Estado pelo funcionamento anormal dos serviços, em razão de condutas omissivas, situação em que se torna mais difícil identificar o agente público responsável pela conduta ilícita que causou o dano ao particular.

É importante ressaltar, inclusive, que a maioria dos casos envolvendo danos decorrentes de omissões ilícitas praticadas pela Administração Pública serão tratados como responsabilidade extracontratual do Estado pelo funcionamento anormal do serviço. Isso ocorre devido à dificuldade em identificar o sujeito responsável por realizar o ato que não ocorreu.

Essa dificuldade é ainda mais expressiva quando a responsabilidade de comprovar os requisitos ensejadores da responsabilidade é atribuída ao particular, que não faz parte do serviço público e, por isso, desconhece os sujeitos atuantes e a forma como ele é prestado.

Amado Gomes¹⁸⁸ afirma que essa omissão ilícita, a qual pode causar a responsabilidade do serviço, pode ser identificada nos casos em que há a obrigação de vigilância de determinadas coisas ou pessoas, como a necessidade de manutenção periódica das ruas e estradas e na sinalização de vias públicas pela Administração.

Nesses casos, além de não ser necessária a comprovação da culpa do agente público, há a inversão do ônus da prova, cabendo à Administração Pública comprovar que tomou todas as providências de acordo com as regras técnicas e com o dever geral de cuidado, a fim de evitar a produção do dano.

Além disso, nos casos envolvendo danos decorrentes da omissão na prestação dos serviços públicos, a omissão muitas vezes não aparece como causa exclusiva da lesão, mas como concausa, contribuindo para sua ocorrência. Isso torna ainda mais difícil para a pessoa lesada comprovar a omissão, devido à dificuldade em estabelecer o quanto a omissão contribuiu para o surgimento do dano¹⁸⁹.

Esse aspecto evidencia a necessidade de atribuir ao Estado o ônus de comprovar que atuou de forma diligente, considerando que seria praticamente impossível para o particular reunir provas suficientes para caracterizar a responsabilidade do Estado, devido à sua condição de hipossuficiência perante a Administração Pública.

¹⁸⁷ Almeida, op. cit., p. 567.

¹⁸⁸ Amado Gomes, 2019, p. 123-124.

¹⁸⁹ Cortez, 2003, p. 36.

Como se vê, ambas as modalidades de culpa do serviço – culpa anónima e culpa colectiva – estão relacionadas à responsabilidade extracontratual pelo funcionamento anormal do serviço e são diretamente ligadas à identificação de um fato ilícito, seja por falha no serviço, seja por violação de regras técnicas ou de um dever geral de cuidado, em que não pode ser identificado o sujeito causador da conduta¹⁹⁰.

Entretanto, a ausência de necessidade da comprovação da culpa do agente não significa que a responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço seja fácil de ser comprovada pelo lesado, devido à grande dificuldade de estabelecer o nexo de causalidade entre o fato e o dano, conforme veremos a seguir.

2.5. A necessidade de comprovação do nexo de causalidade entre o facto e o dano

A caracterização da responsabilidade extracontratual do Estado pelo funcionamento anormal do serviço ocorre, primordialmente, a partir da constatação de dois elementos. O primeiro diz respeito à demonstração de que o serviço funcionou aquém do razoavelmente exigível para evitar os danos produzidos. Já o segundo é a comprovação da impossibilidade de imputação subjetiva individual da conduta ilícita¹⁹¹.

Além disso, da mesma forma que as demais modalidades de responsabilidade extracontratual do Estado, é indispensável a comprovação da relação entre o facto ilícito praticado pela Administração Pública decorrente do funcionamento anormal do serviço e o dano sofrido pelo particular.

Nesse caso, a questão é como poderia ser comprovado o nexo de causalidade, uma vez que não é possível identificar o sujeito causador do dano. O dano, nos casos de funcionamento anormal do serviço, nem sempre resulta de uma conduta individual concreta, como ocorre nas demais modalidades de responsabilidade, mas pode decorrer de um conjunto de falhas na prestação do serviço público.

Neves¹⁹² afirma que, devido à impossibilidade de atribuir o dano à conduta de um agente público específico, o lesado terá que estabelecer “um quadro factual geral alegadamente explicativo dos danos”. Dessa forma, deverá traçar uma linha de raciocínio capaz de estabelecer uma ligação clara entre a falha no serviço público e o dano sofrido.

¹⁹⁰ Cadilha, 2011, p. 164.

¹⁹¹ Neves, 2022, p. 597.

¹⁹² Ibid., p. 598.

Nos casos em que o dano resulta da má administração, materializada por sucessivas falhas na prestação do serviço público que se prolongam ao longo do tempo e só possuem relevância quando observadas em seu conjunto, estabelecer o nexo de causalidade se torna ainda mais difícil. Isso ocorre porque, além da lesão não poder ser atribuída à conduta individual de um agente público, ela também não pode ser imputada à prática de um ato ou omissão específica, mas sim a um conjunto de atuações do serviço público que se mostraram deficientes, incorretas, insuficientes.

Desse modo, estabelecer um quadro factual capaz de demonstrar o nexo de causalidade entre o funcionamento anormal do serviço e o dano pela vítima somente seria possível caso ele tenha conhecimento de informações institucionais da Administração Pública, a respeito da sua forma de funcionamento, da competência de cada órgão e das atribuições dos funcionários.

Assim, se a vítima dos danos não pertencer ao quadro de funcionários da Administração Pública, muito difícil será a tarefa de comprovar o nexo de causalidade nos casos de funcionamento anormal do serviço, especialmente nas situações cujo dano foi provocado por um conjunto de falhas na prestação do serviço público.

Ademais, a comprovação de que a Administração não atuou conforme um “padrão médio de resultado” esbarra na dificuldade da sua objetificação. Afinal, o ordenamento jurídico carece em estabelecer critérios e parâmetros claros para definir o que seria uma atuação média do serviço público.

A questão da exigência de produção de prova pelo lesado imposta pelo RRCEE já foi objeto de apreciação pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), no Acórdão C-275/03¹⁹³, o qual trata a respeito do não cumprimento das obrigações estabelecidas na Directiva 89/665.

No Acórdão supracitado, a Comissão das Comunidades Europeias afirma que as autoridades portuguesas, ao subordinar a atribuição de uma indenização à produção de prova, por parte dos lesados, de que o dano foi decorrente de culpa ou dolo, vai de encontro ao estabelecido as disposições comunitárias.

Salienta ainda o Acórdão do TJUE que a imposição da produção de prova é extremamente difícil, contribuindo para a lentidão das ações de responsabilidade extracontratual do Estado e, conseqüentemente, sua ineficácia.

No caso do funcionamento anormal do serviço, ainda que não seja exigida a comprovação da culpa ou dolo do agente público, persiste a dificuldade de comprovação da

¹⁹³ Cr. Acórdão do TJUE de 14.10.2004, C-275, n°21.

falha na prestação do serviço público devido à complexidade envolvida nessa prestação e da falta de acesso às provas pelo lesado.

Nesse contexto, diante da hipossuficiência do lesado frente à Administração Pública, o qual detém informações institucionais inacessíveis ao utilizador do serviço, torna-se necessária a inversão do ônus da prova para que a entidade pública seja obrigada a demonstrar sua atuação de forma razoavelmente exigível¹⁹⁴.

A inversão do ônus da prova se justifica pela superioridade da Administração Pública, ao possuir mais recursos para a produção de provas quando comparada às condições do usuário em conseguir comprovar o nexo de causalidade entre o fato decorrente da má prestação do serviço público e o dano.

Assim, caberia à Administração Pública demonstrar que atuou no caso concreto com o que lhe era razoavelmente exigível para evitar a produção do dano. Essas Exigências são impostas não somente pelo ordenamento jurídico, mas também pelo princípio da boa administração.

Entretanto, a falta de objetividade trazida pelo conceito de boa administração deixa margem para que a comprovação ou não do dano dependa da interpretação subjetiva dos Tribunais Administrativos na análise do caso concreto, tendo em vista que o ordenamento jurídico não estabelece *standarts* ou padrões a serem seguidos na prestação do serviço público.

Dessa forma, não é difícil encontrar casos envolvendo esse tipo de responsabilidade, em que o usuário lesado não consegue estabelecer o nexo de causalidade entre o dano e uma conduta específica do serviço público, especialmente quando o dano sofrido é consequência de várias causas.

2.6. O Princípio da justa repartição dos encargos públicos como limite à responsabilização pelo funcionamento anormal do serviço

O RRCEE estabelece situações em que o fato ilícito cometido pela Administração Pública pelo funcionamento anormal do serviço não gera o dever de indenizar a vítima, mesmo quando existe a comprovação dos requisitos legais. São as chamadas causas de justificação ou exclusão da ilicitude.

Apesar do art. 7.º, n.º 4 do RRCEE estabelecer que o funcionamento anormal do serviço poderá ser configurado quando for constatada uma atuação administrativa não suscetível de

¹⁹⁴ Neves, 2022, p. 598.

evitar os danos produzidos, existem situações excepcionais que forçam a Administração a agir de uma forma danosa ao usuário do serviço público.

Essas situações excepcionais apresentam peculiaridades as quais justificam o modo de agir da Administração Pública. Isso ocorre quando o Estado atua no cumprimento de um dever, em decorrência do estado de necessidade ou quando existe o consentimento do lesado¹⁹⁵.

Além disso, quando se trata da necessidade de estabelecer limites à responsabilização extracontratual do Estado pelo mau funcionamento dos serviços públicos, existe um princípio frequentemente mencionado por parte da doutrina e jurisprudência. Trata-se do princípio da justa repartição dos encargos públicos.

Nesse contexto, a justificativa da sua utilização é a de que o princípio da responsabilidade das entidades públicas não seria um direito fundamental superior aos demais, existindo outros princípios constitucionais que devem ser levados em consideração, dentre eles o princípio da justa repartição dos encargos públicos.

Embora esse princípio seja utilizado em Portugal como limite à responsabilização do Estado, na França ele serviu como fundamento para a consolidação da teoria da responsabilidade objetiva do Estado, a partir do caso *La Fleurette*¹⁹⁶. Posteriormente, passou a ser utilizado como fundamento para justificar a necessidade de responsabilização do Estado pelos danos decorrentes de atos legislativos¹⁹⁷.

Uma parte da doutrina justifica a necessidade de impor limites a esse tipo de responsabilização, argumentando que a crescente expansão dos direitos sociais exige uma maior atuação do Estado e das entidades públicas na oferta de serviços mais constantes e complexos. Dessa forma, a ocorrência de alguma falha na prestação desses serviços se torna inevitável¹⁹⁸.

Além disso, assim como a oferta de serviços públicos beneficiaria toda a comunidade, a responsabilização extracontratual da Administração Pública por funcionamento anormal do

¹⁹⁵ Neves, 2022, p. 713.

¹⁹⁶ Chapus, 1988, p. 851.

¹⁹⁷ Nesse caso, a empresa *La Fleurette* interpôs ação de responsabilidade em desfavor do Estado em razão dos prejuízos causados pela publicação da Lei de 29 de junho de 1934 destinada à proteção dos laticínios e que proibia a fabricação e venda de qualquer produto com aparência de creme e destinado aos mesmos usos, mas que não era proveniente do leite. A empresa teria sido afetada com a proibição, tendo que cessar suas atividades, de modo que, na ação argumentou que os produtos não apresentavam qualquer perigo e que no texto da lei não há qualquer dispositivo que sugere que a empresa, aparentemente a única em causa, suportasse sozinha o ônus de ter suas atividades interrompidas. Na decisão, o Conselho do Estado reconheceu pela primeira vez a responsabilidade do Estado por danos decorrentes das leis e considerou que este encargo, criado para fins de interesse geral, deve ser suportado pela comunidade em atenção ao princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos. (CE, 14 janvier 1938 - Société anonyme des produits laitiers "La Fleurette").

¹⁹⁸ Neves, 2022, p. 532.

serviço faz com que toda a sociedade responda pelo dano, mesmo que indiretamente, através do Estado.

Otero¹⁹⁹, ao defender a necessidade da imposição de limites à responsabilização do Estado, afirma que na responsabilidade extracontratual do Estado o juiz não pode se eximir de impedir a ruína financeira do Estado, por se tratar de um dever fundamental presente indiretamente nas normas constitucionais.

Aduz ainda que “o Estado é pressuposto da Constituição e da efetivação garantística de todas as suas normas, funcionando como casa da liberdade e a melhor garantia dos direitos das pessoas e da realização da solidariedade social”²⁰⁰. Nesse sentido, a responsabilidade financeira do Estado também corresponde a um direito fundamental a ser considerado no momento de atribuir ao ente público qualquer responsabilização por danos causados ao particular.

Conforme explica Neves²⁰¹, a responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço possui uma característica residual. Portanto, não se deve sobrecarregar financeiramente os cidadãos por um serviço falho, uma vez que essas pessoas têm direito ao funcionamento normal ou a uma boa administração.

Seguindo esse mesmo entendimento, Amado Gomes²⁰² defende que o princípio da justa repartição dos encargos públicos deve servir para limitar a responsabilização extracontratual do Estado. Essa limitação se aplica quando comprovada a falha na prestação dos serviços públicos, restringindo a responsabilidade aos casos em que for comprovada a ocorrência de danos anormais na esfera jurídica dos particulares.

Essa possibilidade de limitação da responsabilidade extracontratual do Estado nos casos de danos decorrentes do funcionamento anormal do serviço é interpretada a partir do art. 2.º do RRCEE. Isso porque esse dispositivo define como danos anormais somente aqueles que ultrapassam os custos próprios da vida em sociedade e que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito.

Dessa forma, seria impossível a existência de um serviço público sem falhas, devido ao risco de erro inerente à atuação da Administração na prestação dos serviços públicos. Esse risco pode ocorrer em razão do crescente número de serviços fornecidos, às falhas humanas ou até mesmo devido à implementação de novas tecnologias no atendimento ao público²⁰³.

¹⁹⁹ Otero, 2022, p. 35.

²⁰⁰ Otero, 2022, p. 35.

²⁰¹ Neves, 2022, p. 607.

²⁰² Amado Gomes, 2010, p. 60-61.

²⁰³ Ibid., p. 60-61.

Nesse entendimento, essas falhas na prestação do serviço estariam dentro do que é chamado de “risco de civilização” e, portanto, deveriam ser suportados por todos, com exceção dos casos em que for verificada a ocorrência de danos anormais decorrente do mau funcionamento desse serviço²⁰⁴.

Ao nosso entendimento, essas pequenas falhas já são suportadas diariamente pela sociedade, especialmente pelos usuários mais frequentes dos serviços públicos. Existe uma grande insatisfação da população com os serviços públicos prestados pelo Estado, especialmente àqueles da área da saúde.

As reclamações dos usuários são inúmeras e os problemas citados estão relacionados ao tratamento dado durante a prestação do serviço público, à negativa do atendimento pelos órgãos e à longa demora na sua prestação. Ainda assim, apenas uma pequena parte dos usuários irão ao judiciário para pedir a responsabilização do Estado em decorrência da má prestação desses serviços²⁰⁵.

Isso ocorre pois os danos nem sempre podem ser materializados no caso concreto. Existem danos que ultrapassam o mero aborrecimento ou dissabor frente as falhas na prestação do serviço público, mas que são difíceis de serem comprovados numa ação de responsabilidade. Além disso, os custos relacionados à interposição de uma ação judicial não podem ser suportados por grande parte da população.

Ao considerar o modelo sustentável de responsabilidade extracontratual do Estado, também é necessário estabelecer um modelo ideal de prestação dos serviços públicos, de modo que seja possível minimizar a ocorrência de falhas. Ainda, ao mesmo tempo deve garantir a efetiva reparação pelo dano decorrente da lesão provocada pelo funcionamento anormal do serviço, sem comprometer excessivamente o orçamento público.

Além disso, é crucial considerar a dimensão preventiva da responsabilidade extracontratual do Estado que, ao identificar as falhas ocorridas, permite corrigir seus pontos críticos para que o Estado possa oferecer serviços públicos efetivos e de qualidade²⁰⁶.

Esse aspecto, embora não seja efetivamente explorado pela Administração Pública, é tão importante quanto a reparação do dano causado à vítima, pois evitaria situações semelhantes

²⁰⁴ Amado Gomes (2019, p. 126) ressalta que a posição pela qual defende não tem sustentação na lei estrita, mas “defendemo-la por apelo à principiologia que envolve a matéria da responsabilidade do Estado, nomeadamente os princípios da proporcionalidade, da igualdade na repartição dos encargos públicos”.

²⁰⁵ O usuário dos serviços públicos estão constantemente insatisfeitos com a sua prestação pelo Estado, isso é possível constatar através das pesquisas que são feitas e das constates matérias publicadas nos jornais do país, como exemplo, citados as seguintes: <<https://www.europeia.pt/noticias/portugueses-insatisfeitos-com-o-acesso-aos-servicos-de-saude/>> e <<https://www.jornaldenegocios.pt/economia/justica/detalhe/servicos-publicos-em-portugal-sao-assim-assim>>.

²⁰⁶ Neves, 2022, p. 604-605.

e impediria que o Estado fosse novamente onerado por uma condenação devido à falha na prestação do serviço.

Desse modo, embora seja importante levar em consideração o princípio da proporcionalidade na reparação do dano pela Administração Pública, é preciso ter cautela ao restringir a responsabilidade decorrente do funcionamento anormal do serviço somente aos danos anormais. Isso poderia resultar no aumento da ocorrência de pequenas falhas, que mesmo causando um menor dano à esfera privada, são constantemente sofridas pelo usuário.

Além disso, ao retirar a possibilidade de responsabilização do Estado em danos não anormais, também estaria removida a função preventiva decorrente do funcionamento anormal do serviço. Sem essa responsabilização, a Administração Pública poderia não se interessar em corrigir as falhas no serviço prestado à sociedade.

Nesse contexto, o princípio da justa repartição dos encargos públicos deve ser utilizado com cautela, a depender da análise do caso concreto, de modo a garantir a efetiva responsabilização do Estado pelos danos causados, mas de forma sustentável, sem comprometer financeiramente o funcionamento dos serviços públicos.

3. A RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO PELO MAU FUNCIONAMENTO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL

3.1. Breve histórico

Assim como em Portugal, o Brasil sofreu forte influência do instituto da responsabilidade extracontratual do Estado desenvolvido pelos franceses. A jurisprudência e a doutrina brasileira, desde o início, sempre buscou aplicar no país as teorias advindas do direito administrativo da França.

Apesar da influência do instituto da *faute du service*, a evolução da responsabilidade extracontratual pelo mau funcionamento dos serviços públicos no Brasil percorreu caminhos próprios. Esse percurso confunde-se com a evolução, ao longo dos anos, do próprio instituto da responsabilidade extracontratual do Estado na doutrina e jurisprudência brasileira.

Isso porque grande parte das ações envolvendo a responsabilidade extracontratual do Estado no Brasil estão diretamente relacionados com a falha na prestação dos serviços públicos, quase não se vendo na jurisprudência ações em que é possível a individualização da conduta do agente público responsável pela lesão.

Diante disso, embora o objeto deste trabalho compreenda a análise da responsabilidade extracontratual do Estado em razão do mau funcionamento do serviço público no Brasil, é importante elencar os aspectos gerais da responsabilidade extracontratual do Estado no ordenamento jurídico brasileiro.

Inicialmente, cumpre destacar que no Brasil nunca houve um código próprio do contencioso administrativo estabelecendo regras para processos envolvendo a Administração Pública. Além disso, não existem tribunais administrativos no poder judiciário, sendo os tribunais comuns responsáveis por processar e julgar as causas envolvendo os entes públicos.

Durante a época do Império, o governo tentou criar e organizar um contencioso administrativo competente para julgar e processar questões relativas à Administração Pública. Essa iniciativa visava retirar do judiciário brasileiro a competência para tratar questões relativas à Administração. Entretanto, essa intenção jamais se concretizou na forma de um sistema ou de um código²⁰⁷.

Nessa época, o sistema de regras próprias que se colocava como sendo o contencioso administrativo brasileiro não oferecia garantias aos particulares que entrassem em litígio contra

²⁰⁷ Cavalcanti, 1905, p. 496.

o governo. Sua criação não derivou de uma lei orgânica, mas foi formada “aos pedaços” através da regulamentos e instruções advindas do próprio Poder Executivo²⁰⁸.

Essa falta de organização em que o próprio governo determinava as leis que seriam ou não executadas trazia uma grande incerteza jurídica, tendo o Visconde de Uruguay²⁰⁹ traduzido o contencioso administrativo brasileiro desse período como sendo “um verdadeiro caos, no qual ainda não penetrou um só raio de luz”.

Mesmo assim, desde a época do Império, mesmo que de forma primitiva e desorganizada, já existia algum contencioso administrativo²¹⁰, ainda que não houvesse um código próprio para disciplinar os dissídios envolvendo a Administração Pública. Portanto, não prospera qualquer alegação no sentido da sua inexistência no direito administrativo brasileiro.

Da mesma forma, o instituto da responsabilidade extracontratual do Estado surgiu no direito administrativo brasileiro sem a criação de um regime próprio, sendo inicialmente vinculando às regras e princípios advindos do instituto da responsabilidade do direito civil, além de preceitos gerais dispostos nas Constituições brasileiras.

Diante disso, Cretella Júnior²¹¹ explica que a mentalidade privatística levou à má interpretação dos institutos próprios do direito administrativo. Segundo o autor, “não se fala a linguagem natural do direito público. Pede-se emprestado. Usam-se os velhos moldes. Adapta-se. Transpõe-se.”

Assim surgiram os primeiros passos do direito administrativo brasileiro, cuja ligação com o direito privado permanece até os dias atuais. No atual Código Civil, há diversos dispositivos tratando de situações inerentes a questões de direito público, como no caso da responsabilidade extracontratual do Estado²¹².

Ademais, além das regras do direito privado, não se pode esquecer da importância da Constituição na construção do direito administrativo brasileiro. A Carta Magna, através de suas regras e princípios, sempre foi o principal norteador das atividades envolvendo a atuação do Estado e seus agentes públicos²¹³.

²⁰⁸ Cavalcanti, 1905, p. 496.

²⁰⁹ Visconde do Uruguay, 1862, p. 157.

²¹⁰ Cavalcanti, op. cit., p. 497.

²¹¹ Cretella Júnior, 1980, p. 13.

²¹² Cr. Podemos citar o art. 43.º do atual Código Civil que trata a respeito da responsabilidade extracontratual das pessoas jurídicas de direito público: “Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

²¹³ Nesse ponto, Fagundes (1987, p. 1-2) destaca a correlação existente entre o direito constitucional e o direito administrativo, afirmando que a afinidade entre esses ramos levou doutrinadores germânicos a defenderem a junção desses dois campos do direito em um só, denominado de “direito do Estado”. Entretanto, apesar da íntima relação entre esses dois ramos do direito, eles tratam de diferentes aspectos relativos à Administração Pública, uma

Apesar do nascimento do direito administrativo brasileiro ter ocorrido sem a criação de um código próprio para o seu contencioso, a doutrina e a jurisprudência se encarregaram de estabelecer sua evolução, colocando-o no mesmo patamar de desenvolvimento encontrado no ordenamento jurídico de outros países. Assim, é a partir dos preceitos extraídos da Constituição Federal e do Código Civil que se estabelecem as regras e princípios da responsabilidade extracontratual do Estado brasileiro, por atos praticados pelos seus agentes públicos.

Por esse motivo, em razão da ausência de regime próprio que estabeleça critérios mais específicos para os casos de responsabilidade civil do Estado e diante da forma genérica como o instituto é tratado pela Constituição Federal e pelo Código Civil, a jurisprudência ganhou especial destaque na formação da responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro.

Isso porque, embora seja possível utilizar as concepções trazidas do direito privado, a responsabilidade estatal possui princípios próprios e certas peculiaridades que a faz ser mais extensa do que a encontrada no direito civil, uma vez que os danos decorrentes da atividade administrativa são mais intensos e as condições em que ocorrem são diferentes²¹⁴.

Além disso, o Estado é responsável por estabelecer as condições e limites da sua participação na sociedade, possuindo mais estrutura e recursos do que o particular. Isso justifica a necessidade de uma proteção mais forte do particular perante os danos decorrentes da atividade administrativa²¹⁵.

Desse modo, a responsabilidade do Estado exige uma estrutura própria, adequada à sua posição jurídica em relação aos particulares, pois, sem a devida proteção contra os danos causados pela atividade administrativa, essa responsabilidade seria insuficiente ou inexpressiva²¹⁶.

Em razão disso, a responsabilidade extracontratual do Estado possui regras próprias que foram aperfeiçoadas ao longo dos anos pela jurisprudência brasileira, sendo mais abrangente e com características peculiares específicas da atuação estatal que diferem da responsabilidade encontrada no direito privado.

Conforme afirma Cretella Júnior²¹⁷, quando se trata da responsabilidade, é inegável a constatação de que o direito público avançou muitos mais do que o privado. Isso se deve ao

vez que enquanto o primeiro aborda as questões relativas à formação e estrutura dos órgãos políticos do poder público, além de definir os direitos fundamentais, o segundo é responsável por regular o funcionamento dos órgãos do poder público.

²¹⁴ Mello, 2023, p. 892.

²¹⁵ Ibid., p. 893.

²¹⁶ Idem.

²¹⁷ Cretella Júnior, 1980, p. 16.

surgimento da teoria da responsabilidade civil do Estado, cuja estruturação gira em torno do estabelecimento de bases equitativas e lógicas, baseada na concepção de justiça social.

Mello²¹⁸ afirma que a responsabilidade do Estado resulta de uma contínua adaptação das peculiaridades advindas da atividade estatal, estando em constante evolução e expansão para abranger novas situações que surgem, assegurando a proteção dos interesses particulares diante dos danos causados por atos ou omissões estatais.

Diante do exposto, a falta de regime jurídico que trata da responsabilidade extracontratual do Estado não influenciou na consolidação deste instituto jurídico no Brasil, sendo a jurisprudência relativa à matéria em consonância com as mais avançadas doutrinas existentes no âmbito mundial.

Impende ressaltar que o instituto da responsabilidade extracontratual do Estado encontra-se presente no ordenamento jurídico brasileiro ainda na época do Império no século XIX, momento em que o Brasil ainda apresentava uma estrutura de monarquia constitucional parlamentar representativa.

Entretanto, a responsabilidade extracontratual do Estado no Brasil, assim como em outros países, passou por diversas fases, ocorrendo uma evolução normativa e jurisprudencial até chegar naquilo que se encontra positivado na Constituição Federal e no Código Civil.

Antes de adentrarmos na temática da responsabilidade extracontratual do Estado pelo mau funcionamento do serviço no direito brasileiro, se faz necessário entender a evolução normativa desse instituto, desde a época do império até aquilo que é encontrado no ordenamento jurídico vigente a respeito da matéria.

3.2. A evolução normativa da Responsabilidade Extracontratual do Estado no Brasil

A doutrina brasileira²¹⁹ é uníssona em afirmar nunca ter havido espaço para a aplicação da teoria da irresponsabilidade do Estado no Brasil, sendo a tese da responsabilidade sempre adotada pelos Tribunais brasileiros, mesmo antes da implantação da República, devido à forte influência do direito francês em nossa jurisprudência administrativa.

Nesse sentido, Mello²²⁰ afirma que a responsabilização do Estado seria uma consequência lógica, a qual poderia ser extraída da própria noção de Estado de Direito. Isso porque todas as pessoas, sejam elas de direito público ou de direito privado, estão submetidas

²¹⁸ Mello, 2023, p. 893.

²¹⁹ Cr. Mello, 2023, p. 913; Barbosa, 1889, p. 53; Cavalcanti, 1905, p. 617; Di Pietro, 2023, p. 721.

²²⁰ Mello, 2023, p. 893.

ao ordenamento jurídico e, portanto, devem responder por atos e omissões que causem danos à direito alheio²²¹.

Além disso, tendo em vista a adoção do princípio da igualdade como um dos princípios basilares do Estado Moderno, seria incoerente admitir que o Estado possa, no exercício de suas atividades, exercer um comportamento antijurídico, sem o dever de ressarcir o lesado pelos danos causados.

O ordenamento jurídico brasileiro atualmente dispõe a respeito dos aspectos gerais da responsabilidade extracontratual do Estado, na Constituição Federal, o art. 37.º, §6.º corresponde à regra geral da responsabilidade extracontratual do Estado e demais entidades públicas no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que dele é possível extrair noções gerais as quais englobam a responsabilidade, não somente em relação às pessoas jurídicas sujeitas à responsabilização, como também os casos em que é possível o direito de regresso.

Entretanto, da mesma forma que no ordenamento jurídico português, o instituto da responsabilidade extracontratual do Estado no Brasil passou por uma evolução normativa e jurisprudencial para chegar naquilo que está atualmente positivado através da Constituição Federal e do Código Civil.

Desse modo, ainda que não tenha existido a criação de um código do contencioso administrativo, desde a época do Império, quando se iniciaram as bases jurídicas do que viria a se tornar o direito administrativo brasileiro, já existia a responsabilização por atos ou omissões praticadas no exercício das funções públicas, seja no âmbito contratual ou extracontratual.

Nesse contexto, Ruy Barbosa²²² explica que, apesar da profunda influência do direito romano no direito administrativo, nossa evolução jurídica, fortemente marcada pelas ideias liberais do direito pós-Revolução Francesa, nunca incorporou nos tribunais a ideia de um privilégio do Estado em relação aos demais.

Ademais, tanto no âmbito doutrinário quanto na jurisprudência administrativa brasileira sempre foi defendida a ideia de imputabilidade pela culpa, contratual ou aquiliana, do Estado e/ou de seus agentes públicos, ainda que inicialmente limitada há alguns casos envolvendo danos cometidos contra particulares.

Reforçando tal entendimento, Amaro Cavalcanti²²³ elucida que no Brasil jamais houve dúvida acerca da sujeição da pessoa jurídica de direito público às leis civis nas relações com o particular, sem prejuízo do conjunto de poder e privilégio que o Estado goza institucionalmente.

²²¹ Mello, 2023, p. 893.

²²² Barbosa, 1889, p. 53-54.

²²³ Cavalcanti, 1905, p. 493.

Ainda nos primeiros anos após a declaração da independência do Brasil, época em que se tornou um Império, era possível extrair a responsabilização do Estado através de dispositivos existentes em leis e decretos, sendo estes utilizados como fundamentação nos julgados que ocorriam perante o tribunal²²⁴.

Os primeiros dispositivos a regulamentar a responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro tratavam da responsabilização do funcionário público quando, no exercício de suas funções, atuasse de modo culposos, em razão de negligência, imprudência e imperícia²²⁵.

A primeira Constituição brasileira outorgada em 25 de março de 1824, dois anos após a declaração de independência do Brasil, já previa em seu art. 179.º, inciso XXIX que “os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercício das suas funções”.

Nesse mesmo sentido, a Constituição de 1891, promulgada dois anos após a Proclamação da República, previa no art. 82.º a responsabilidade dos funcionários públicos “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”.

A partir da redação desses dispositivos constitucionais, pode-se inferir que, nessa época, a responsabilidade extracontratual do Estado no ordenamento jurídico brasileiro era atribuída exclusivamente ao funcionário ou empregado público pelos danos causados no exercício de suas funções.

Entretanto, conforme adverte Mello²²⁶, embora os textos constitucionais não façam menção à pessoa jurídica de direito público, jamais tais preceitos foram considerados como excludentes da responsabilidade do Estado, havendo na época o entendimento de que a responsabilidade entre o Estado e os atos cometidos pelos seus agentes era solidária.

Isso porque essa consagração da responsabilidade extracontratual do Estado, atribuída desde a época do império, se deu principalmente em razão do entendimento jurisprudencial e da doutrina, unânime ao entender que a responsabilidade civil não poderia ser atribuída exclusivamente ao agente público²²⁷.

Nesse sentido, Barbosa²²⁸ ressaltava que levantar a hipótese de que o Estado não responde pelos danos causados por seus funcionários vai em descontrao com o propósito do

²²⁴ Ibid., p. 499.

²²⁵ Mello, 2023, p. 915.

²²⁶ Mello, 2023, p. 915.

²²⁷ Cretella Júnior, 1980, p. 89.

²²⁸ Barbosa, 1889, p. 35-36.

próprio instituto jurídico. Assim, se a Administração Pública contrai obrigações perante os particulares, tais obrigações são resultantes dos atos praticados pelos seus funcionários.

Assim, embora existisse o dispositivo constitucional que tratasse do aspecto geral da responsabilidade extracontratual do Estado, a jurisprudência nesse período também utilizava artigos contidos em leis ordinárias e decretos como fundamento para a consolidação do entendimento jurisprudencial a respeito da responsabilização solidária do Estado com seus funcionários²²⁹.

Como exemplo, citamos o Decreto n.º 1.930, de 26 de abril de 1857, criado ainda na época do império e que regulamentava a fiscalização da segurança, conservação e polícia das estradas de ferro, bem como estabelecia a responsabilidade extracontratual do Estado por danos causados por estradas de ferro²³⁰.

Também existiam dispositivos voltados à responsabilidade extracontratual do Estado, a exemplo do art. 552.º do Decreto n.º 1.663, de 30 de janeiro de 1824²³¹, que tratava a respeito do serviço telegráfico, e do art. 6.º e seguintes do Decreto n.º 2.230, de 10 de fevereiro de 1896²³², o qual dispunha sobre a responsabilização da União relacionada aos serviços dos correios.

Cavalcanti²³³ afirma, sobre as leis e decretos que tratavam da responsabilidade extracontratual do Estado no período do Império e início da República, que esses dispositivos atribuíam a condição de ilegalidade do ato ou o excesso de poder por parte do agente, para que o dano fosse passível de indenização.

Além disso, nessa época a responsabilidade extracontratual do Estado era baseada na culpa civil, sendo indispensável a prova da culpa do funcionário. Desse modo, o Estado somente respondia pelos atos ou omissões danosos praticadas por seus agentes públicos, quando comprovada a negligência, imprudência ou imperícia do seu funcionário²³⁴.

²²⁹ Di Pietro, 2023, p. 1767.

²³⁰ “Art. 142. A Administração individual ou coletiva de huma estrada de ferro he civilmente responsavel pelos damnos que causarem os seus empregados no exercicio de suas funções”.

²³¹ “Art. 552. A Repartição Geral dos Telegraphos terá especial cuidado na collocação das linhas, afim de que não prejudiquem a propriedade particular, e deverá reparar ou indemnisar os damnos causados, de qualquer natureza que sejam. A'quelle que se julgar prejudicado pelo estabelecimento de qualquer linha, cabe recurso immediato ao Governo”.

²³² “Art. 6º A União é responsavel: 1º, pelos valores declarados em carta e encommendas registradas; 2º, pelas quantias confiadas ao Correio para a emissão de vales ou cheques; 3º, pelas quantias cobradas, por intermedio do Correio e por conta de terceiros, de titulos, letras e obrigações pagaveis á vista; 4º, pelas importancias recebidas para assignaturas de jornaes e outras publicações periodicas; 5º, pelos valores a que se referem os casos previstos nos accordos e convenios internacionaes.”

²³³ Cavalcanti, 1905, p. 509.

²³⁴ Cavalieri Filho, 2014, p. 289.

Como se vê, a evolução da responsabilidade extracontratual do Estado no Brasil se deu a partir dos posicionamentos trazidos pela jurisprudência e pelos debates doutrinários que, acompanhando a evolução do Direito Público no âmbito internacional, buscavam interpretar as normas existentes no ordenamento jurídico brasileiro de forma sistemática²³⁵.

Somente em 1917, a partir da entrada em vigor do primeiro Código Civil brasileiro, foi incluído, pela primeira vez no ordenamento jurídico, o termo “pessoas jurídicas de Direito Público”, suprimido qualquer dúvida a respeito da responsabilidade direta do ente público.

Assim, o primeiro Código Civil brasileiro, previa em seu art. 15.º, que:

“as pessoas jurídicas de Direito Público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”.

Além disso, a redação desse dispositivo traz a indicação da natureza subjetiva da responsabilidade extracontratual do Estado, uma vez que nele foi incluído a expressão “procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei”, permanecendo a responsabilidade extracontratual do Estado somente cabível nos casos de culpa civil ou pela falta do serviço²³⁶.

A respeito disso, Sergio Cavalieri Filho²³⁷ destaca que, embora o texto do dispositivo presente no Código Civil apresente uma redação ambígua, causando inicialmente alguma controvérsia na doutrina, acabou-se consolidando o entendimento da consagração da teoria da culpa civil na responsabilidade extracontratual do Estado.

Entretanto, apesar da teoria subjetiva da responsabilidade predominasse à época, já existia na doutrina adeptos à corrente da teoria da responsabilidade objetiva do Estado – dentre eles, os eminentes Ruy Barbosa, Pedro Lessa, Amaro Cavalcanti e Filadelfo Azevedo²³⁸.

Além disso, é nesse período que se tem conhecimento das primeiras ações referentes à falha na prestação dos serviços públicos. Essas ações tratavam da responsabilidade civil do Estado em razão de danos relacionados aos movimentos revolucionários que ocorriam na época.

É o caso da ação movida em razão do movimento revolucionário de 1930, em que os autores buscam indenização em razão de danos em sua propriedade durante a revolução,

²³⁵ Mello, 2023, p. 915.

²³⁶ Mello, 2023, p. 915.

²³⁷ Cavalieri Filho, 2014, p. 289.

²³⁸ Mello, op. cit., p. 915.

alegando omissão decorrente de falha nos serviços de segurança pública prestados pelo Estado²³⁹.

Em razão da existência da responsabilidade extracontratual do Estado na jurisprudência brasileira desde a época do Império, parecia que esse instituto estava consolidado dentro do direito administrativo brasileiro. Entretanto, mesmo após todo o caminho percorrido, houve no Brasil uma tentativa má sucedida de implantação da teoria da irresponsabilidade do Estado.

Em 1934, época historicamente conhecida como “Era Vargas”, período em que Getúlio Vargas ocupava o lugar da presidência do país, foi publicado o Decreto n.º 24.216/1934. Esse Decreto dispunha que a União Federal, os Estados ou os Municípios não responderiam civilmente pelos atos cometidos pelos seus funcionários, representantes ou prepostos, ainda que praticados no exercício do cargo²⁴⁰.

Além disso, também estava disposto que, caso o Tribunal entendesse pela responsabilidade do funcionário público pelos danos causados ao particular, ele seria demitido, independentemente do tempo que tivesse de serviço, devendo ele próprio arcar com o pagamento da indenização requerida pelo prejudicado²⁴¹.

Essa norma, no entanto, só teve vigência por cerca de 01 mês, uma vez que no mesmo ano uma nova Constituição foi promulgada, reestabelecendo o caráter solidário da responsabilidade entre os funcionários públicos e a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos causados em razão da “negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos”²⁴².

Além disso, o art. 171.º da Constituição de 1934 também estabeleceu que, nos casos de danos causados por servidor público, este seria sempre citado como litisconsorte. Ainda, na hipótese de sentença condenatória em desfavor do Estado, caberia o direito de regresso contra o funcionário culpado.

²³⁹ STF – Apelação Civil n.º 7.225, Relator: Ministro Aníbal Freire, julgamento em 1930.

²⁴⁰ “Art. 1º A União Federal, o Estado ou o Município não respondem civilmente pelos atos criminosos dos seus representantes, funcionários ou prepostos, ainda quando praticados no exercício do cargo, função ou desempenho de seus serviços, salvo se neles forem mantidos após a sua verificação.”

²⁴¹ Art. 1º (...) § 1º O representante, funcionário ou preposto, cujos atos forem assim qualificados pelo Tribunal, quando apreciá-los, mesmo em ação cível, será demitido, seja qual for o tempo do serviço, sem prejuízo da responsabilidade criminal. § 2º Os bens do representante, funcionário ou preposto, nas condições acima referidas, ficam sujeitos a sequestro, que poderá ser desde logo requerido pelo prejudicado, para garantia da respectiva indenização.

²⁴² “Art. 171 - 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. § 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 culpado”.

Três anos depois, a Constituição de 1937 repetiu parte do texto do dispositivo da Carta anterior²⁴³, deixando de tratar a respeito da possibilidade do direito de regresso contra o funcionário. Entretanto, trazia em seu escopo a culpa civil e a responsabilidade solidária como requisitos para a responsabilização do Estado.

Foi apenas na quinta constituição brasileira, promulgada no ano de 1946, que ocorreu uma modificação significativa em relação ao regime geral da responsabilidade extracontratual do Estado. O art. 194.º trouxe pela primeira vez a previsão da aplicação da teoria objetiva da responsabilidade extracontratual do Estado, dispondo que “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”.

Essa modificação legislativa representou mais um marco na evolução da responsabilidade do Estado no Brasil. A partir dela, o ordenamento jurídico deixou de prever a teoria subjetiva da responsabilidade extracontratual do Estado, passando a admitir a aplicação da teoria objetiva.

A interpretação dada ao art. 194.º é a de que somente existiria a necessidade de comprovação de culpa ou dolo nos casos de direito de regresso, logo, a responsabilidade objetiva deveria ser aplicada, via de regra, em relação às pessoas jurídicas de direito público²⁴⁴.

Desse modo, a responsabilidade extracontratual do Estado brasileiro passou a ser baseada na teoria do risco administrativo, não sendo mais necessária a comprovação da culpa do funcionário público ou a falta anônima do serviço, sendo configurada a responsabilidade nos casos em que fosse demonstrado a relação de causalidade entre a conduta do funcionário e o dano sofrido²⁴⁵.

Conforme elucidado por Carvalho Filho²⁴⁶, o resultado da alteração da norma consagra a teoria da responsabilidade objetiva do Estado no ordenamento jurídico brasileiro, entendendo que, a partir da regra disposta no art. 194.º, houve a derrogação do art. 15.º do Código Civil, o qual tratava da responsabilidade subjetiva.

²⁴³ “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”.

²⁴⁴ Di Pietro, 2023, P. 1768.

²⁴⁵ Cavalieri Filho, 2014, p. 290.

²⁴⁶ Carvalho Filho, 2020, p. 600.

Após a Constituição de 1946, as Cartas Magnas de 1967²⁴⁷ e a de 1969²⁴⁸, promulgadas durante a época da ditadura militar, possuíam dispositivos com redação semelhante àquela disposta no art. 194.º da Carta anterior, confirmando a adoção pelo ordenamento jurídico da teoria objetiva nos casos de responsabilidade extracontratual do Estado.

Após isso, outra alteração normativa relevante somente ocorreu mais de 40 anos depois, com a promulgação da atual Constituição Federal, no ano de 1988, sendo disposto em seu art. 37.º, §6º 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, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Como se vê, o dispositivo traz uma importante inovação ao prever, na regra geral de responsabilidade extracontratual do Estado, a responsabilidade também das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Além disso, passou-se a utilizar o termo “agente público”, com sentido mais amplo do que os termos “servidor público”, “funcionário público” ou “empregado público”, sendo estes mais restritos e relacionados à existência de relação de trabalho com o Estado, uma vez que embora todo servidor seja agente do Estado, nem todos os agentes públicos são necessariamente servidores²⁴⁹.

Mello²⁵⁰ ainda destaca o importante avanço normativo trazido com a CF/88, ao prever em seu art. 5.º, inciso X, a possibilidade de indenização por dano moral decorrente da violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, não havendo distinção se o causador do dano é pessoa jurídica de Direito Público ou de Direito Privado.

Outrossim, Carvalho Filho²⁵¹ também ressalta a importância do art. 21.º, XXIII, “d”, da Carta Magna, no qual prevê a responsabilidade civil por danos nucleares independentemente da existência de culpa, introduzindo a teoria do risco administrativo, no ordenamento jurídico da responsabilidade extracontratual do Estado.

Após a Constituição de 1988, a última alteração legislativa a respeito da responsabilidade extracontratual do Estado ocorreu em 2002, com a vigência do atual Código

²⁴⁷ “Art 105 - As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que es seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único - Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo”.

²⁴⁸ “Art. 107. As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros. Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo”.

²⁴⁹ Carvalho Filho, 2020, p. 604.

²⁵⁰ Mello, 2023, p. 916.

²⁵¹ Carvalho Filho, op. cit., p. 600.

Civil, sendo reproduzido o mesmo texto presente no dispositivo constitucional – porém, sem fazer referência às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

Reafirmando aquilo que está disposto na Constituição Federal, o atual Código Civil estabelece em seu art. 43.º que: “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

O Código Civil também estabelece no art. 186.º que: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Em sequência, o art. 927.º, *caput*, estabelece que: “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. No parágrafo único do mesmo dispositivo, é definida a obrigação de reparação do dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei e quando a natureza da atividade desenvolvida pelo autor do dano trazer riscos para os direitos de terceiros.

Como se pôde perceber, a evolução da responsabilidade extracontratual do Estado no ordenamento jurídico brasileiro caminhou a passos longos, tendo esse instituto avançado mais rapidamente nos Tribunais brasileiros, a partir de entendimentos jurisprudenciais e doutrinários aperfeiçoados ao longo do tempo.

Apesar disso, ainda existem questões na jurisprudência e na doutrina que não são consolidadas, especialmente nos casos da aplicação das teorias subjetiva e objetiva da responsabilidade, quando se trata de responsabilidade extracontratual do Estado em decorrência do mau funcionamento do serviço.

Na jurisprudência, tanto existem julgados favoráveis à aplicação da teoria subjetiva da responsabilidade, quanto há àqueles que entendem não existir mais no ordenamento jurídico nenhum dispositivo que permita a não utilização da teoria da responsabilidade objetiva em todas as hipóteses envolvendo a responsabilidade extracontratual do Estado.

Na prática, os efeitos de aplicação de uma teoria ou outra refletem na necessidade ou não de comprovação da culpa do agente público ou da culpa do serviço pelo lesado, para a caracterização da responsabilidade extracontratual do Estado pela omissão decorrente do mau funcionamento do serviço.

Nesse passo, as questões envolvendo a responsabilidade pelo mau funcionamento do serviço público na doutrina e jurisprudência brasileira permeiam a respeito de qual teoria deveria ser adotada, principalmente nos casos envolvendo falhas na prestação do serviço público, conforme veremos nos próximos tópicos.

3.3. As divergências quanto à necessidade de comprovação da culpa nos casos de responsabilidade decorrente da omissão decorrente do mau funcionamento dos serviços públicos

No Brasil, grande parte das ações de responsabilidade movidas contra o Estado não tem um agente público como causador imediato do dano. Na maioria dos casos, os danos são causados pela falha na prestação dos serviços públicos, sem que seja possível identificar o agente público causador do dano²⁵².

Quando se trata das falhas cometidas nos serviços públicos, a maioria dos casos diz respeito à omissão estatal em sua prestação. É o caso dos buracos na estrada que causam acidentes, enchentes decorrentes da falta de limpeza das vias públicas, a ausência de policiamento nas ruas, a falta de sinalização nas estradas e a falta de atendimento médico.

Nesse sentido, quando se trata de casos relacionados à falha na prestação dos serviços públicos em razão de omissões praticadas pelo Estado, a doutrina e a jurisprudência não têm um entendimento pacificado a respeito de qual teoria da responsabilidade deve ser aplicada nessas situações.

Vimos que a evolução da responsabilidade extracontratual do Estado passou por significativas mudanças quanto à teoria aplicável. Inicialmente, predominava a teoria subjetiva, baseada na culpa. Posteriormente, consolidou-se a teoria da responsabilidade objetiva, identificada pela relação entre a conduta e o dano.

Antes da Constituição de 1946, expressões como “procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei” ou “negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos” indicavam que a responsabilidade extracontratual do Estado era fundamentada na culpa. Contudo, com a promulgação da Constituição, a teoria da responsabilidade objetiva do Estado passou a ser adotada como regra geral pelo ordenamento jurídico brasileiro, dispensando a comprovação de dolo ou culpa do agente público ou do serviço público.

Apesar de a responsabilidade objetiva corresponder à regra geral da responsabilidade extracontratual do Estado, a doutrina não possui um entendimento unânime sobre a inaplicabilidade da teoria subjetiva, especialmente em casos de omissão envolvendo o mau funcionamento do serviço público.

²⁵² Braga Netto, 2024, p. 659.

Uma corrente doutrinária defende que, com o advento do Código Civil de 2002, não há mais espaço para a aplicação da teoria subjetiva nos casos envolvendo a Administração Pública, consolidando a teoria do risco administrativo, já presente no art. 36.º, §6.º da Constituição.

Essa visão, majoritária na doutrina, preocupa-se com as dificuldades que a vítima enfrentaria para comprovar a culpa ou dolo do Estado, sustentando a aplicação da responsabilidade objetiva em todos os casos de responsabilidade extracontratual do Estado. Doutrinadores como José dos Santos Carvalho Filho, Marçal Justen Filho e Rafael Carvalho Resende de Oliveira são defensores dessa posição.

Uma segunda corrente doutrinária, de caráter intermediário, admite a aplicação da responsabilidade subjetiva apenas em casos de omissão genérica, excluindo sua aplicação nos casos de omissões específicas praticadas pela Administração Pública. Defensores dessa visão, como Sérgio Cavalieri Filho²⁵³, argumentam que a responsabilidade subjetiva persiste como uma regra básica, aplicável independentemente de sua expressão em norma jurídica, sendo todos responsáveis pelos danos causados a outrem em razão do “imperativo ético-jurídico universal de justiça”.

Por fim, uma terceira corrente, minoritária, defende que a teoria da responsabilidade objetiva não deve ser aplicada nos casos de responsabilidade extracontratual pelo mau funcionamento do serviço decorrente de omissão, pois essa responsabilidade estaria diretamente ligada à culpa, mesmo que anônima ou do serviço. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello é o principal defensor dessa corrente, seguido por autores como Celso Antônio Bandeira de Mello, José Cretella Júnior, Yussef Said Cahali e Maria Sylvia Di Pietro.

Segundo essa visão, a responsabilidade subjetiva, baseada na culpa individual, não foi abolida pela consolidação da teoria objetiva no ordenamento jurídico brasileiro, mas passou a constituir uma das modalidades que ampliam a responsabilidade extracontratual do Estado²⁵⁴.

Portanto, embora a teoria objetiva seja amplamente aceita e aplicada na maioria dos casos de responsabilidade extracontratual do Estado, não há consenso sobre a necessidade de comprovação da culpa em casos de omissão pelo mau funcionamento dos serviços públicos. Alguns argumentam que, independentemente da teoria aplicada, o essencial é que o Estado seja responsabilizado pelos danos causados a terceiros.

Assim, embora não existam dúvidas a respeito da adoção da teoria objetiva da responsabilidade, como regra geral e aplicável na maioria dos casos envolvendo a responsabilidade extracontratual do Estado, quando se trata de casos que envolvem o mau

²⁵³ Cavalieri Filho, 2014, p. 318.

²⁵⁴ Mello, 2023, p. 896.

funcionamento dos serviços, não existe um entendimento consolidado quanto à necessidade de comprovação de culpa e dolo. Essa discussão é crucial, pois envolve a necessidade de comprovação da culpa, além da possibilidade de inversão do ônus da prova, exigindo que o Estado demonstre ter tomado as diligências possíveis para evitar o dano.

Nos próximos tópicos, serão abordados os principais pontos levantados por essas correntes doutrinárias, especialmente no que se refere à aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva nos casos de omissão decorrente do mau funcionamento dos serviços públicos.

3.3.1. A aplicação da teoria objetiva da responsabilidade extracontratual do Estado

O entendimento pela aplicação da teoria da responsabilidade objetiva nos casos envolvendo a omissão estatal decorrente do mau funcionamento dos serviços públicos é majoritária, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. O STF em mais de um julgado já se manifestou a respeito do caráter objetivo da responsabilidade civil do Estado quando se trata de omissões cometidas pelo Estado²⁵⁵.

No capítulo anterior, vimos que a teoria da responsabilidade objetiva é fruto de um longo processo evolutivo da responsabilidade extracontratual do Estado, garantindo maior proteção ao lesado por dispensar a comprovação da culpa do agente público, requisito anteriormente necessário para a efetiva reparação dos danos causados pela Administração Pública²⁵⁶.

Assim, para a caracterização da responsabilidade extracontratual do Estado, bastaria que a vítima demonstre o nexo de causalidade entre a conduta praticada pelo agente público, no exercício de suas funções, e o dano por ela sofrido. Nesse sentido, José Aguiar Dias²⁵⁷ afirmava que a teoria da responsabilidade objetiva surgiu para afastar o elemento moral da responsabilidade, colocando o foco exclusivamente na reparação do dano, o qual deve ser auferido a partir do seu fato causador, a fim de suprir o evidente desequilíbrio entre o Estado e o lesado.

Conforme destaca Carvalho Filho²⁵⁸, a teoria do risco administrativo consolidou a aplicação da responsabilidade objetiva nos Estados modernos. A partir dessa teoria, tornou-se mais evidente a subordinação do indivíduo perante o Estado – pessoa jurídica que detém maior poderio jurídico, econômico e político quando comparado ao particular.

²⁵⁵ Braga Netto, 2024, p. 460.

²⁵⁶ Carvalho Filho, 2020, p. 598.

²⁵⁷ Dias, 1944, p. 50.

²⁵⁸ Carvalho Filho, op. cit., p. 598.

Assim como na França e em Portugal, ocorreu no Brasil uma ampliação de proteção do administrado com a aplicação da teoria do risco administrativo, possibilitando a responsabilização do Estado seguindo requisitos estritamente objetivos, ou seja, independentemente da comprovação da conduta censurável por parte do agente ou do serviço público²⁵⁹.

Nesse sentido, o art. 37.º, §6º da Constituição Federal e o art. 43.º do Código Civil consagraram a teoria do risco administrativo no ordenamento jurídico brasileiro, estabelecendo a responsabilidade extracontratual direta das pessoas jurídicas de direito público por atos praticados por seus agentes que causem danos a terceiros.

Cumprir ressaltar que, nesses dispositivos, não é estabelecida qualquer distinção entre os danos decorrentes de ação e aqueles advindos de omissão praticada pelo Estado, o que poderia ser interpretado que a responsabilidade objetiva pode ser aplicada em todas as situações.

A divergência quanto à aplicação da teoria da responsabilidade objetiva nos casos de omissão pelo mau funcionamento do serviço surgiu ainda durante a vigência do Código Civil de 1916. Embora a CF/88 já tenha indicado a responsabilidade objetiva como regra geral, ainda persistia no Código Civil expressões que indicavam a possibilidade de aplicação da teoria subjetiva da responsabilidade.

De acordo com Carvalho Filho²⁶⁰, o art. 15.^{o261} do Código Civil de 1916 indicava, nas expressões “procedimento contrário ao direito” e “falta do dever prescrito em lei”, a comprovação da culpa. Assim, a responsabilidade estatal, segundo o autor, não se configuraria a partir de fatos lícitos, apenas em atos culposos.

No entanto, o atual Código Civil, em vigência desde o ano de 2002, suprimiu qualquer expressão que indicasse a aplicação da teoria subjetiva nos casos de responsabilidade extracontratual do Estado. Por isso, não caberia mais a aplicação da responsabilidade subjetiva em nenhuma das modalidades de responsabilidade extracontratual do Estado.

Além disso, a redação trazida pela CF/88 regularia, na primeira parte do dispositivo, a relação jurídica entre o Estado e o particular, atribuindo aquele a responsabilização pelos danos provocados a este, apresentando como fundamento jurídico a responsabilidade objetiva do Estado. Já na segunda parte do dispositivo constitucional, quando trata a respeito do direito do

²⁵⁹ Mello, 2023, p. 898.

²⁶⁰ Carvalho Filho, op. cit., p. 598.

²⁶¹ Cr. “Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano (revogado pelo regime aprovado pela Lei nº 10.406, de 2002)”.

regresso, a Constituição menciona a possibilidade do exercício desse direito pelo Estado contra o agente público, nos casos de culpa ou dolo, vinculando as partes à teoria da responsabilidade subjetiva²⁶².

Por esse motivo, a doutrina defensora da aplicação da teoria objetiva argumenta que, se o legislador quisesse que a teoria da responsabilidade subjetiva fosse aplicada nas demais hipóteses de responsabilidade extracontratual do Estado, teria deixado isso exposto no texto constitucional, como foi feito no caso do direito de regresso.

Além disso, o Estado, por deter maiores poderes em relação ao indivíduo, deveria arcar com os prejuízos causados pelos danos decorrentes dos riscos relativos às inúmeras atividades por ele desempenhadas, cabendo ao particular apenas comprovação do nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

Nesse sentido, a teoria da responsabilidade objetiva também deveria ser utilizada nos casos envolvendo a falha na prestação dos serviços públicos decorrentes de omissão estatal, mesmo quando não for a causa direta do dano. Isso porque, segundo a doutrina, a inação estatal contribui para o resultado danoso e, por isso, deveria indenizar a vítima do dano²⁶³.

É incontestável que o particular não possui os mesmos instrumentos e não dispõe da mesma estrutura organizacional que o Estado, tornando a comprovação da culpa do serviço ou do agente público uma barreira à responsabilização do Estado pelos danos causados no exercício de suas atividades.

Ademais, o princípio da repartição dos encargos públicos também é utilizado como fundamento para a aplicação da responsabilidade objetiva do Estado. Seus defensores afirmam que o Estado não é o pagador direto da indenização decorrente dos danos causados ao particular, mas sim toda a sociedade, a partir das suas contribuições, é a real detentora dos poderes e prerrogativas estatais²⁶⁴.

Defendem ainda que o tratamento deveria ser unitário, tanto nos casos de responsabilidade por atos omissivos, quanto por atos comissivos, aplicando-se a teoria da responsabilidade objetiva. Isso significa que, mesmo nos casos omissivos, ainda que exista um elemento subjetivo, esse deve ser subordinado a uma regra geral²⁶⁵.

Justen Filho²⁶⁶ esclarece que a aplicação da teoria objetiva da responsabilidade em razão da regra geral, não significa a ausência do elemento subjetivo, mas sim a sua objetificação, a

²⁶² Carvalho Filho, 2020, p. 605.

²⁶³ Oliveira, 2020, p. 1148.

²⁶⁴ Carvalho Filho, op. cit., p. 599.

²⁶⁵ Justen Filho, 2023, p. 1484

²⁶⁶ Justen Filho, 2023, p. 1481.

partir da presunção da culpa extraída do dever especial de diligência do ente público. Nos casos envolvendo o mau funcionamento dos serviços públicos, presume-se a culpa, uma vez que o Estado tem o dever constitucional de adotar as providências necessárias e adequadas para evitar danos a terceiros.

Dessa forma, não é necessário que a vítima faça prova de ter existido a culpa ou o dolo, cabendo ao Estado demonstrar, no caso concreto, ter agido com diligência e ter utilizado todos os meios possíveis para evitar o dano – e, se não agiu, foi em decorrência de fatores externos que fogem de sua competência²⁶⁷.

Carvalho Filho²⁶⁸, sustentando a aplicação da teoria objetiva, esclarece que os dispositivos que tratam a respeito da responsabilidade extracontratual do Estado possuem ela como elemento principal. Para ele, não seria correto afirmar que nas condutas omissivas deverá ser aplicada a teoria da responsabilidade subjetiva.

Além disso, a responsabilidade objetiva seria mais abrangente, uma espécie de complementação à teoria subjetiva da responsabilidade, não deixando de existir em razão desta. O elemento subjetivo corresponderia a uma regra geral do ordenamento jurídico, de modo que, nos casos das omissões, o Estado responde somente por culpa. Isso não significaria a aplicação da responsabilidade subjetiva, mas sim a referência a uma responsabilidade comum, aquela fundamentada pela culpa²⁶⁹.

Assim, nos casos de omissão decorrente do mau funcionamento do serviço, essa parte da doutrina defende que a responsabilidade restará configurada quando o Estado tem a possibilidade de prever e evitar o dano, mas não age de acordo com padrões exigidos por lei, ou até mesmo não atua de qualquer forma²⁷⁰.

Nesse passo, Oliveira²⁷¹ adverte que a responsabilidade extracontratual do Estado só poderia ser configurada nos casos de omissão específica, pela possibilidade de aplicação da teoria da causalidade direta e imediata em relação ao nexo de causalidade.

Desse modo, defende o autor que se tratando de casos envolvendo o dano decorrente de omissão genérica, não poderia se falar em responsabilidade extracontratual do estado, sob pena de aplicação da teoria do risco integral, se tornando o Estado o segurador universal.

Como se vê, a discussão doutrinária sobre a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva nos casos de falha na prestação dos serviços públicos por omissão estatal demonstra

²⁶⁷ Di Pietro, 2023, p. 1779.

²⁶⁸ Carvalho Filho, op. cit., p. 613-614.

²⁶⁹ Ibid., p. 613.

²⁷⁰ Oliveira, 2020, p. 1148.

²⁷¹ Idem.

que ainda há espaço para nuances e interpretações as quais buscam ajustar a responsabilização do Estado às especificidades de cada caso.

Também existem posicionamentos doutrinários que vão em desencontro com as ideias defendidas nesse tópico, entendendo ainda haver espaço para a aplicação da teoria subjetiva nos casos envolvendo a responsabilidade por omissão estatal, conforme veremos adiante.

3.3.2. A aplicação da teoria subjetiva da responsabilidade extracontratual do Estado

Diferentemente da teoria da responsabilidade objetiva, a qual foca na relação de nexo de causalidade entre a conduta e o dano, a teoria da responsabilidade subjetiva baseia-se no dolo e na culpa do agente causador do dano. No caso da culpa, a doutrina brasileira a caracteriza pelas situações de negligência, imprudência ou imperícia.

Nesse contexto, Mello²⁷² afirma que a noção geral da responsabilidade subjetiva diz respeito à obrigação de indenizar pelos danos causados a outrem, nas hipóteses da prática de atos ou omissões contrários ao Direito, cometidos de forma culposa ou dolosa.

Cretella Júnior²⁷³ explica que a teoria subjetiva, ou teoria da culpa, se baseia no elemento humano, sendo a culpa da administração a consequência de um ato ou omissão, culposo ou doloso, cometido por seu preposto, que traz nexo de causalidade com o dano.

Nos casos de responsabilidade extracontratual pelo mau funcionamento dos serviços públicos, abandona-se a concepção civilista da necessidade de comprovação da culpa individual e adota-se a noção publicística da “*faute du service*” ou “culpa do serviço”.

Como já discutido no capítulo anterior, a doutrina francesa nos ensinou que a culpa do serviço pode ser caracterizada a partir de três situações: quando o serviço não funciona; quando funciona mal; ou quando funciona de forma tardia. Nesses casos, não é necessário identificar o agente público que cometeu a falha para a responsabilização do Estado.

Essas três modalidades indicam que nem todo funcionamento deficiente do serviço resulta em responsabilização do Estado, pois a falha na prestação do serviço é analisada considerando se ele foi prestado de acordo com os padrões médios legalmente impostos²⁷⁴.

²⁷² Mello, 2023, p. 896.

²⁷³ Cretella Júnior, 1980, p. 79.

²⁷⁴ Mello, 2023, p. 898.

Nesse sentido, conforme explica Mello²⁷⁵, a culpa do serviço se tornou uma das modalidades que ampliam as situações as quais ensejam a responsabilidade extracontratual do Estado. Embora a teoria da responsabilidade objetiva seja a regra geral do regime de responsabilidade extracontratual do Estado no Brasil, nos casos envolvendo o mau funcionamento do serviço pela omissão estatal, em razão do elemento subjetivo da culpa, uma parte da doutrina defende a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva.

Essa corrente doutrinária justifica que, nos casos de omissão decorrente do mau funcionamento dos serviços públicos, a responsabilidade é subjetiva, pois se baseia na culpa. Desse modo, não bastaria apenas a constatação objetiva do dano resultante de uma prestação de serviço pelo Estado²⁷⁶.

Em outras palavras, nos casos envolvendo a responsabilização do Estado por omissão na prestação dos serviços públicos, não basta a simples demonstração do nexo de causalidade entre a ausência do serviço (omissão) e o dano sofrido pela vítima. É necessária a existência de obrigação legal de impedir a ocorrência do dano por parte do Estado²⁷⁷.

Mello²⁷⁸ justifica seu posicionamento afirmando que seria um absurdo atribuir ao Estado a responsabilidade por um dano que não causou, significando atribuir uma obrigação sem qualquer fundamento racional ou jurídico. Por esse motivo, é necessária a comprovação de algo mais além do nexo de causalidade entre a omissão e o dano, ou seja, a culpa advinda de negligência, imprudência ou imperícia no serviço.

Além disso, o entendimento de que a falha na prestação dos serviços seria uma modalidade de responsabilidade objetiva corresponderia a um equívoco da doutrina que traduziu de forma literal a expressão francesa *faute du service*. Isso ocorre porque o termo “*faute*” possuiria o significado de “culpa”, mas ao ser traduzido para o português, foi colocado como “falta”, sugerindo que se trata de algo objetivo²⁷⁹.

Assim, embora a falta do serviço indique a prática de um comportamento objetivamente abaixo dos padrões normais, isso não significa que a responsabilidade seja objetiva, uma vez que, se fosse, também seria objetiva a responsabilidade do Estado por culpa²⁸⁰.

Conforme elucida Mello²⁸¹, é necessário fazer a distinção entre a “objetividade da conduta” e a “objetividade da responsabilidade”. A primeira é sempre objetiva, pois fatos

²⁷⁵ Ibid., p. 896.

²⁷⁶ Ibid., p. 897.

²⁷⁷ Ibid., p. 904.

²⁷⁸ Idem.

²⁷⁹ Ibid., p. 897.

²⁸⁰ Mello, 2023, p. 898.

²⁸¹ Idem.

subjetivos não são abarcados pelo Direito, enquanto a segunda pode ser tanto objetiva, como subjetiva, dependendo da necessidade da comprovação da culpa.

Segundo o referido autor, a responsabilidade subjetiva será caracterizada sempre que a conduta que ensejou o dano corresponde à “prática de um comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de empenho, atenção ou habilidade normais (culpa) legalmente exigíveis”. Desse modo, será sempre uma responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado opera de modo inferior aos padrões estabelecidos, não opera ou opera de modo insuficiente para evitar o dano²⁸².

Compartilhando do mesmo entendimento, Di Pietro²⁸³ ressalta que a própria ideia de responsabilidade por omissão pressupõe a existência de culpa, pois diz respeito a um dano causado em razão da inércia do agente público ou do serviço que não age quando deveria agir, sem uma razão aceitável.

Entretanto, a necessidade de comprovação da culpa do Estado na falha na prestação dos serviços públicos seria extremamente difícil para o terceiro lesado. Por isso, a doutrina que defende a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva nesses casos admite a necessidade de estabelecer uma presunção de culpa do serviço. A exigência de demonstrar que o serviço público não atuou como deveria resultaria na ineficiência dessa modalidade de responsabilidade²⁸⁴.

Cavaliere Filho²⁸⁵, embora faça parte da corrente intermediária²⁸⁶, também afirma que, em diversos casos de responsabilidade extracontratual do Estado pelo mau funcionamento dos serviços públicos, em razão dos obstáculos relacionados à comprovação da culpa do serviço, esta é admitida de forma presumida. Assim, se transfere para o Estado o ônus probatório de demonstrar que o serviço atuou de acordo com os padrões legalmente exigidos.

²⁸² Idem.

²⁸³ Di Pietro, 2023, p. 1778.

²⁸⁴ Mello, op. cit., p. 898.

²⁸⁵ Cavaliere Filho, 2014, p. 286.

²⁸⁶ Cr. Adepto da teoria intermediária, Cavaliere Filho (2014, p. 298-318) defende que a teoria subjetiva da responsabilidade não foi de todo extinta do ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, ela não se aplicaria a todo e qualquer caso de omissão. Segundo o autor, seria necessário fazer a distinção entre a omissão específica, quando o Estado tem apenas o dever legal de agir, mas não lhe é exigida nenhuma atuação específica e a omissão genérica, hipótese que não existe uma obrigação específica do Estado em atuar, entretanto, a omissão do Estado, concorre para a ocorrência do dano. Nos casos envolvendo a omissão genérica, segundo a corrente intermediária, cabe ao lesado provar que a falta do serviço, baseada na culpa anônima, concorreu para a ocorrência do dano e que este não teria ocorrido caso a Administração Pública tivesse praticado uma conduta positiva. Dessa forma, somente em relação às omissões genéricas, caberia a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva, devendo o lesado comprovar que a omissão estatal decorrente do mau funcionamento do serviço concorreu para a causação do dano sofrido. Nesse passo, a teoria subjetiva da responsabilidade corresponderia a regra básica, uma vez que todos respondem subjetivamente pelos danos causados a terceiros, em razão de um “imperativo ético-jurídico universal de justiça”, de modo que, a teoria objetiva do Estado, apenas pode ser aplicável quando houver previsão legal ou quando houver sua configuração no caso concreto.

Dessa forma, não haveria a necessidade da comprovação de culpa ou do dolo. Caberia ao Estado demonstrar, no caso concreto, ter atuado de forma diligente, utilizando os meios adequados e de acordo com os padrões exigíveis à sua atuação no âmbito da atuação administrativa²⁸⁷.

Nesse passo, Maria Helena Diniz²⁸⁸ também endossa a tese defendida por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que já há muito tempo ressaltava a aplicação da responsabilidade subjetiva nos casos omissivos. Segundo ela, essa modalidade de responsabilidade extracontratual do Estado somente poderia ser admitida na hipótese de culpa anônima do serviço.

Em defesa do seu posicionamento, Diniz²⁸⁹ afirma que a teoria da responsabilidade subjetiva não foi definitivamente afastada pelo art. 43.º do atual Código Civil. Isso porque, a palavra “atos” da expressão “danos resultantes de atos omissivos” poderia ser interpretada no sentido de “um agir resultante de ação e não de omissão”. Por esse motivo, caberia ao lesado comprovar a falta diante de um “dever jurídico de atuar”, resultando na aplicação da teoria subjetiva da responsabilidade.

Como se vê, embora a teoria da responsabilidade subjetiva seja caracterizada pela necessidade da existência de comprovação da culpa do agente ou da culpa do serviço, sua demonstração pelo particular lesado seria dispensada devido à presunção de culpa, sendo o ônus do Estado comprovar que atuou de acordo com os parâmetros legalmente estabelecidos.

Nos casos envolvendo o mau funcionamento dos serviços públicos, segundo essa corrente doutrinária, seria necessário que o poder público demonstre, no caso concreto, a inocorrência de negligência, imprudência ou imperícia na prestação desses serviços, para ser desobrigado de indenizar o particular²⁹⁰.

Assim, a análise do caso concreto resultante do mau funcionamento do serviço sempre levará em conta aspectos inerentes à culpa do serviço. Desse modo, será verificado se os danos causados à vítima foram resultados da atuação do Estado de forma negligente, imprudente ou com imperícia.

Diante do exposto, ambos os posicionamentos doutrinários admitem a necessidade de adoção da presunção da culpa, nos casos relacionados à responsabilidade extracontratual do

²⁸⁷ Di Pietro, 2023, p. 1779.

²⁸⁸ Diniz, 2013, p. 690.

²⁸⁹ Ibid., p. 695.

²⁹⁰ Mello, 2023, p. 898.

Estado pelo mau funcionamento dos serviços públicos, afastando a obrigação do particular lesado de comprovar a existência de culpa ou dolo.

Desse modo, compartilhamos o entendimento da doutrina minoritária, no sentido de que não há como afastar o elemento subjetivo nos casos envolvendo a responsabilidade extracontratual decorrentes do mau funcionamento do serviço. Isso porque a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva nesses casos poderia transformar o Estado em um segurador universal, bastando a comprovação do nexo de causalidade entre a conduta omissiva e o dano para ensejar na obrigação de indenização o particular.

Como se sabe, o Estado é responsável pela prestação de serviços à sociedade, possuindo uma longa cadeia de serviços disponibilizados, que vão desde atividades culturais à prestação de serviços essenciais, como os de saúde, educação, segurança e infraestrutura. Por atuar direta ou indiretamente em todos os setores da sociedade, oferecendo diferentes tipos de serviços públicos, não seria racional responsabilizar o Estado por toda e qualquer falha cometida pelos seus agentes públicos, uma vez que alguma delas devem ser suportadas pela sociedade.

Entretanto, reforçamos que o ônus probatório da culpa do serviço não deverá recair sobre o particular, devendo ser atribuído ao Estado a responsabilidade de comprovar ter agido de forma prudente, diligente e competente, tomando todas as providências para impedir a ocorrência do dano.

O Estado detém maior estrutura e, portanto, maiores condições de produzir as provas necessárias, estando a vítima numa situação de hipossuficiência, não dispondo de condições ou ferramentas necessárias para comprovar a culpa do serviço prestado pela Administração Pública.

A responsabilidade pelo mau funcionamento do serviço, por si só, já é bem difícil de ser caracterizada, tendo em vista a enorme dificuldade de estabelecer um nexo de causalidade entre a falha no serviço público e o dano à vítima. Como exemplo, podemos citar os casos envolvendo danos decorrentes de atraso no atendimento à pacientes nos hospitais públicos, situação em que é difícil estabelecer se o atraso na prestação do serviço de saúde foi causa direta do agravamento do quadro clínico.

Assim, além do elemento subjetivo, a responsabilidade extracontratual do Estado pelo mau funcionamento do serviço também é caracterizada pela necessidade de comprovação do nexo de causalidade para que resulte qualquer obrigação de indenização pelo Estado à vítima do dano, conforme veremos a seguir.

3.4. Os requisitos para a caracterização da Responsabilidade do Estado pelo mau funcionamento dos serviços públicos definidos pelo ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, a responsabilidade extracontratual do Estado é identificada com base na presença de três elementos principais: *(i)* o dano material ou moral sofrido por terceiro; *(ii)* uma ação ou omissão antijurídica atribuída ao Estado; e *(iii)* o nexo de causalidade entre o dano e a ação ou omissão estatal²⁹¹.

A aplicação da teoria da responsabilidade do Estado na jurisprudência brasileira é focada na comprovação da causalidade, entre a atividade omissiva ou comissiva do ente público e o dano injusto sofrido pelo particular. Nesse sentido, Yussef Said Cahali²⁹² afirma que essa forma de “mitigação” da teoria da responsabilidade objetiva demonstra uma aplicação mais técnica, tornando desnecessária a distinção entre o risco integral e o risco administrativo, uma vez que o que importa é o estabelecimento da relação causal e ao exame das causas excludentes ou concorrentes na verificação do dano.

No caso da responsabilidade extracontratual do Estado pelo mau funcionamento do serviço público, a causa determinante é a constatação de danos decorrentes de problemas na prestação desses serviços, seja pela ausência do seu funcionamento, atraso, funcionamento ilegal ou pelo próprio mau funcionamento do serviço²⁹³.

Cretella Júnior²⁹⁴ distingue essas três modalidades, afirmando que o mau funcionamento do serviço corresponde a uma espécie de acidente administrativo, se configurando quando este é prestado fora dos padrões normais ou legalmente estabelecidos pela Administração, apresentando falhas as quais provocam danos aos seus usuários.

Um exemplo dessa modalidade seria a interrupção temporária do fornecimento de energia elétrica em uma determinada localidade, causada por uma falha cometida por um agente público, resultando em danos a um usuário que teve sua mercadoria comprometida pelo não funcionamento dos refrigeradores.

A falta do serviço decorrente do seu não funcionamento pode ser caracterizada em situações nas quais o serviço deveria ter sido prestado, mas permaneceu inerte, omissivo, sendo possível a responsabilização pelos danos decorrentes dessa inação, mesmo quando não há ilegalidade estrita²⁹⁵. Um exemplo seria a ausência de segurança pública em determinada

²⁹¹ Justen Filho, 2023, p. 1478.

²⁹² Cahali, 2007, p. 41.

²⁹³ Cretella Júnior, 1980, p. 88.

²⁹⁴ Ibid., p. 83.

²⁹⁵ Ibid., p. 84.

ocasião, como um jogo de futebol, resultando em danos a um indivíduo agredido em local público por torcedores adversários, sem que houvesse a intervenção de policiais.

A responsabilidade pela falta do serviço também pode ser configurada nos casos de atraso no funcionamento, conhecido como “lentidão administrativa”²⁹⁶, onde a Administração possui o dever funcional de diligência, devendo agir dentro dos prazos estabelecidos por Lei.

A demora no atendimento em unidades públicas de saúde, por exemplo, fator agravante do estado de saúde de um usuário em razão da longa espera por atendimento, é um caso de responsabilidade extracontratual do Estado decorrente do atraso na prestação do serviço.

Assim, a inatividade, falha ou atraso na prestação de serviços públicos estão relacionados à ação ou omissão de um agente público que deveria ter garantido a prestação adequada do serviço conforme os padrões legalmente estabelecidos. Além disso, conforme mencionado, não é necessário identificar o agente público responsável pelo mau funcionamento do serviço. Basta provar a falha na prestação do serviço como um todo e o nexo de causalidade entre o mau funcionamento e o prejuízo sofrido pelo lesado.

Não obstante, sobre a divergência doutrinária sobre a possibilidade de aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva em casos de responsabilidade do Estado pelo mau funcionamento do serviço, há consenso na aplicação da culpa presumida, não havendo necessidade de comprovação da culpa ou do dolo por parte do particular lesado.

Na prática, para os defensores da aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva, caberia ao ente público comprovar, no caso concreto, que não atuou com negligência, imprudência ou imperícia, tomando as medidas necessárias para evitar a ocorrência do dano.

Além disso, mesmo que a teoria da responsabilidade objetiva não exija a comprovação da culpa ou dolo do agente ou do serviço público, é necessário comprovar que o dano sofrido pela vítima é resultante de um fato administrativo. O estabelecimento do nexo de causalidade é fundamental para caracterizar a responsabilidade do Estado pelo mau funcionamento do serviço.

A comprovação do nexo de causalidade entre o dano e a atuação deficiente na prestação dos serviços públicos é uma tarefa desafiadora para a vítima. Isso porque, mesmo comprovando que o Estado não atuou dentro dos padrões legalmente estabelecidos, é necessário estabelecer uma ligação direta entre a falha e o dano sofrido.

No Brasil, é comum encontrar casos envolvendo o mau funcionamento dos serviços públicos de saúde relacionados à demora no atendimento. No entanto, em situações que exigem

²⁹⁶ Cretella Júnior, 1980, p. 85.

a comprovação da ligação direta entre a piora do quadro de saúde e o atraso no atendimento, a prova pode ser difícil de obter. Muitas vezes, o particular não dispõe de laudos técnicos que comprovem essa relação direta.

Nesse sentido, Justen Filho²⁹⁷ afirma não bastar estabelecer, de forma pura e simples, o nexo de causalidade entre a ação ou omissão estatal e o resultado danoso. É necessário aplicar a teoria do dever especial de diligência para esclarecer os casos envolvendo o mau funcionamento do serviço público. Segundo ele, especialmente nos casos de omissão estatal, essa teoria ajuda a identificar mais facilmente as hipóteses em que existe a responsabilidade civil extracontratual do Estado.

A teoria do dever especial de diligência sugere que a natureza das atividades desempenhadas pelo Estado gera uma obrigação atribuída ao agente público de prever as consequências de seus atos e omissões, devendo empregar todas as providências para evitar o cometimento do dano ao particular²⁹⁸.

No entanto, adverte o autor que o dever especial de diligência não consiste numa obrigação genérica que recai sobre todo e qualquer indivíduo na sociedade, mas apenas sob aqueles que desempenham a função estatal e que, em razão da natureza de suas atividades, é atribuído um dever de “previsão acurada, de cautela redobrada”²⁹⁹.

A partir da aplicação dessa teoria, se torna mais fácil estabelecer o nexo de causalidade entre o fato decorrente do mau funcionamento do serviço e o dano sofrido por terceiro, uma vez que o dever especial de diligência pode ser atribuído a partir das competências dos órgãos e entidades públicas estabelecidas pelo ordenamento jurídico, regulamentos, portarias, entre outros.

Podemos citar os casos envolvendo a morte de detentos em presídios brasileiros, havendo entendimento no Superior Tribunal de Justiça (STJ)³⁰⁰ no sentido de responsabilização estatal, a partir da concepção de que o art. 5.º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o qual estabelece o dever de garantir ao detento sua integridade física e moral, geraria um dever específico de proteção ao preso pelo Estado.

Ainda assim, por não ser em todas as situações em que o dever de especial diligência é evidente e em razão da posição de hipossuficiência da vítima em relação ao Estado, é importante considerar a aplicação da inversão do ônus da prova. Desse modo, caberia à Administração

²⁹⁷ Justen Filho, 2023, p. 1479.

²⁹⁸ Cretella Júnior, 1980, p. 1483.

²⁹⁹ Idem.

³⁰⁰ Cr. STJ - AgInt no REsp 1605821/RS, segunda turma, Relator(a)Min. Francisco Falcão, julgado em 16 de nov. 2017.

Pública fazer a contraprova das alegações, demonstrando a inexistência de ato ou omissão, a ausência de dano ou a falta de nexo de causalidade entre o fato e o dano³⁰¹.

Além disso, Mello³⁰² ressalta não ser todo e qualquer dano provocado pela Administração Pública que enseja indenização ao particular. No caso da responsabilidade extracontratual do Estado por atos ilícitos, o dano deve ter certas características: *(i)* deve corresponder a uma lesão a um direito da vítima; e *(ii)* deve ser certo, real.

A primeira característica do dano diz respeito à ocorrência de um dano na esfera jurídica da vítima, aquilo que o ordenamento jurídico atribui como um direito a ser garantido ao particular, de modo que não pode ser confundido com um dano patrimonial ou com o dano econômico.

Embora um dano patrimonial ou econômico possa ser também uma lesão de um direito, apenas a constatação de uma deterioração patrimonial ou a subtração de um bem ou vantagem que alguém fazia jus não seria o suficiente para ensejar o dever da Administração Pública de indenizar o particular³⁰³.

Já a segunda característica diz respeito à possibilidade da ocorrência do dano, ainda que futuro. Ele deve ser certo e determinável, correspondendo aquilo que se perdeu ou se deixou de ganhar em razão de fato praticado pela Administração Pública³⁰⁴.

Ademais, mesmo que o particular consiga comprovar todos os requisitos necessários ensejadores da responsabilidade extracontratual do Estado pelo mau funcionamento do serviço, para o dano ser indenizável, é necessário também que o fato administrativo não tenha ocorrido em decorrência de nenhuma das causas excludentes da responsabilidade do Estado, como culpa do lesado, força maior ou caso fortuito.

Além das causas excludentes da responsabilidade extracontratual expressamente previstas no ordenamento jurídico brasileiro, no caso no mau funcionamento do serviço, a jurisprudência e a doutrina brasileira discutem a respeito da aplicação do princípio da reserva do possível como excludente da responsabilidade extracontratual do Estado, como veremos a seguir.

³⁰¹ Carvalho Filho, 202, p. 606.

³⁰² Mello, 2023, p. 909-910.

³⁰³ Ibid., p. 909.

³⁰⁴ Ibid., p. 910.

3.5. O Princípio da Reserva do Possível como limitador da Responsabilidade Extracontratual do Estado pelo Mau Funcionamento do Serviço

Conforme visto anteriormente, a doutrina estabelece que as causas excludentes de responsabilidade civil do Estado, de forma geral, ocorrem quando são identificadas: (i) culpa da vítima; (ii) culpa de terceiro; (iii) exercício regular de direito; e (iv) caso fortuito ou força maior.

Segundo Cretella Júnior³⁰⁵, nem sempre o Estado é obrigado a indenizar o particular, existindo certas situações provocadas por fatores externos as quais fogem do âmbito de competência do Estado e não permitem sua responsabilização. Assim, mesmo que todos os requisitos para a responsabilização do Estado estejam presentes, a causa é o “elemento catalítico da reação”, determinando se o Estado deve ou não indenizar o particular lesado³⁰⁶.

Nesse sentido, embora seja admitidos os efeitos decorrentes de um fato administrativo, as pessoas jurídicas de direito público ficam desobrigados a repará-lo, nas hipóteses em que as circunstâncias da situação apontam que a ocorrência do dano ao particular foi decorrente de uma causa especial³⁰⁷.

As excludentes de ilicitude encontradas no ordenamento jurídico brasileiro, portanto, assemelham-se às encontradas no regime jurídico da responsabilidade civil extracontratual do Estado em Portugal, aspecto que contribui para evidenciar a semelhança desse instituto jurídico de ambos os países.

Entretanto, na jurisprudência brasileira, além das excludentes expressamente previstas, há quem defenda a aplicação do princípio da reserva do possível para desobrigar o ente público de indenizar terceiros em casos de responsabilidade extracontratual, especialmente quando envolvem a responsabilidade pelo mau funcionamento dos serviços públicos.

Nesse contexto, Schmidt-Assmann³⁰⁸ ensina que a reserva do possível corresponde ao limite da satisfação dos direitos fundamentais, consubstanciando como aquilo que cada indivíduo pode razoavelmente exigir do Estado, levando em conta as suas limitações.

Esses limites à obrigação do Estado em garantir o gozo dos direitos fundamentais, tanto diz respeito às limitações relacionadas à sua capacidade orçamentária, como também aos limites

³⁰⁵ Cretella Júnior, 1980, p. 311.

³⁰⁶ Ibid., p. 141.

³⁰⁷ Idem.

³⁰⁸ Schmidt-Assmann, 2003, p. 76.

impostos pela própria Lei, quando se leva em consideração os demais direitos existentes e a própria coletividade.

O princípio da reserva do possível se correlaciona com o princípio da razoabilidade, ao tentar estabelecer um limite daquilo que seria razoável exigir do Estado para evitar a ocorrência do dano, no caso de falha na prestação dos serviços públicos³⁰⁹.

Carvalho Filho³¹⁰ afirma que a reserva do possível seria o reflexo da valoração da conveniência e da oportunidade, correspondendo ao conjunto de elementos os quais permitem que uma ação seja praticada pelo Estado. Dessa forma, um ato administrativo pode deixar de ser realizado em razão de determinadas circunstâncias.

O princípio da reserva do possível como excludente de ilicitude é geralmente alegado principalmente nos casos em que envolvem os danos decorrentes de omissões genéricas, quando a Administração Pública deixa de praticar determinado ato em decorrência da limitação gerada por determinadas condições. É o caso dos limites da atuação administrativa em razão da escassez de recursos financeiros, impedindo a garantia do pleno funcionamento dos serviços públicos a todos ou o tratamento igualitário aos que o buscam.

Nesse contexto, Carvalho Filho³¹¹ reconhece que o Estado frequentemente falha no cumprimento de diversos deveres genéricos, sendo possível detectar carência na prestação do serviço público em todos os direitos sociais, a exemplo da educação, saúde, segurança, habitação, emprego, meio ambiente, entre outros. Contudo, em muitos casos, essas omissões resultam da falta de implantação de políticas públicas decorrente da escassez de recursos financeiros e que, por serem genéricas, não deveriam dar ensejo à responsabilidade civil do Estado.

Contrapondo esse entendimento, a jurisprudência brasileira tem entendido que o princípio da reserva do possível não pode ser aplicado nas hipóteses em que se discute a garantia do exercício de direitos fundamentais e prioritários, principalmente quando o Estado não comprova a causa limitante que justifique a sua omissão administrativa³¹².

Esse entendimento dos Tribunais brasileiros é importante e estabelece uma limitação à aplicação do princípio da reserva do possível nos casos envolvendo a responsabilidade da Administração Pública. Isso porque muitos casos de danos decorrentes da falha na prestação do

³⁰⁹ Di Pietro, 2023, p. 1778-1779.

³¹⁰ Carvalho Filho, 2020, p. 188.

³¹¹ Ibid., p. 615.

³¹² Ibid., p. 190.

serviço público poderiam ter sido evitados, caso o ente público tivesse realizado os investimentos necessários para ofertar um serviço público de qualidade à população.

O STF reconheceu que o princípio da reserva do possível não constitui hipótese de exclusão da responsabilidade do Estado pelo mau funcionamento dos serviços públicos, quando estiver presente um dever específico cujo exercício seja de obrigação do Estado. A exemplo do julgamento do Recurso Extraordinário 580.252³¹³, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, ocorrido em 16 de fevereiro de 2017, onde se discutia a responsabilidade civil do Estado por danos ocasionado a um detento submetido a condições ilegítimas desumanas no cumprimento de pena em estabelecimento prisional.

Nesse julgado, o Ministro afastou a aplicação do princípio da reserva do possível, argumentando que somente faria sentido sua aplicação nos casos em que a concretização de certos direitos fundamentais, especialmente os de natureza social, dependessem da adoção de políticas públicas que exigem regulamentação pelo legislativo ou da intervenção de autoridades administrativas. Nesses casos, seria possível levar em consideração a capacidade financeira de cada Estado em disponibilizar o benefício à população em condições igualitárias.

No entanto, o Ministro também esclarece que a norma que trata da responsabilidade civil do Estado é autoaplicável, não necessitando de regulação legislativa ou intervenção de autoridade pública. Sendo o Estado responsável pela guarda e segurança das pessoas que se encontram nos estabelecimentos penitenciários, seria seu dever garantir aos presos condições mínimas de humanidade previstas em lei.

O Ministro Luís Roberto Barroso, no mesmo julgamento, argumentou que o princípio da reserva do possível é normalmente utilizado como limite à efetivação dos direitos sociais de cunho prestacional. Isso se deve pois, em razão da escassez de recursos, o Estado deve realizar escolhas que implicam necessariamente em realizar investimentos em um setor em detrimento de outro – é o que se denomina de justiça distributiva.

Entretanto, essa lógica não se aplica à responsabilidade civil do Estado, pois o que se busca é a reparação civil e não a distribuição de um determinado bem social. Nesse passo, aplicar o princípio da reserva do possível nos casos envolvendo a responsabilidade civil do Estado equivaleria a criar um regime de irresponsabilidade civil, onde o Estado em todos os casos alegaria a falta de recursos financeiros para se isentar a reparar os danos causados à população.

³¹³ STF - RE 580252, Tribunal Pleno, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, julgado em 16 de fev. 2017.

Assim, o plenário do STF estabeleceu que, nos casos de normas de aplicação direta e imediata, não há espaço para aplicação do princípio da reserva do possível, por independe da execução de políticas públicas ou de qualquer providência estatal para sua efetivação.

É muito comum no Brasil os problemas de mau funcionamento do serviço público ocasionados pela falha na prestação dos serviços públicos, seja pela demora no atendimento, pela falta de profissionais ou pela indisponibilidade de recursos materiais necessários para atender a população.

Apesar dos limites orçamentários, essas falhas na prestação dos serviços públicos quase sempre estão relacionadas a má gestão dos recursos públicos, os quais não são direcionados para atender as reais necessidades da população, correspondendo a um problema de gestão política.

Permitir a aplicação do princípio da reserva do possível como excludente de responsabilidade civil do Estado seria o mesmo que permitir ao Estado continuar cometendo erros de má gestão dos recursos públicos, uma vez que não haveria responsabilidade pelos danos decorrentes de falhas na prestação dos serviços públicos.

Portanto, somente no caso concreto e a partir da ponderação dos elementos que envolvem a situação é que será possível auferir se a teoria da reserva do possível pode ser utilizada como motivo para a exclusão da responsabilidade do Estado, isentando-o de indenizar o terceiro lesado³¹⁴.

Cabe também ao Estado o ônus de provar a impossibilidade de execução de determinado ato, de modo que, se esta não existir, o princípio da reserva do possível não poderá ser utilizado como causa excludente da responsabilidade extracontratual do Estado, devendo o terceiro, ao comprovar estarem presentes os elementos que caracterizam a responsabilidade estatal, ser devidamente indenizado pelos danos sofridos.

Isso porque, há o rompimento do equilíbrio social, e ao direito, quando a atividade administrativa causar dano a um só que seja dos seus administrados, sendo obrigação a reparação do prejuízo sofrido. Assim, sendo a responsabilidade extracontratual do Estado uma norma de aplicação imediata e havendo violação de um direito fundamental, não cabe a aplicação do princípio da reserva do possível³¹⁵.

³¹⁴ Nesse sentido, ver Di Pietro (2023, p. 779) e Carvalho Filho (2020, p. 105).

³¹⁵ Cretella Júnior, 1980, p. 89.

4. A RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO PELO MAU FUNCIONAMENTO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NOS TRIBUNAIS DO BRASIL E DE PORTUGAL

A análise dos capítulos anteriores permite concluir que a responsabilidade extracontratual do Estado por falhas na prestação de serviços públicos no Brasil e em Portugal, apesar de apresentarem características próprias de cada ordenamento jurídico, compartilham diversas semelhanças quanto ao modo em que é aplicado.

Isso se deve, principalmente, pela influência da doutrina francesa com a *faute du service*, se tornando responsável por desempenhar um papel significativo na consolidação da responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço em Portugal e, de forma similar, no Brasil.

Essa teoria introduziu a ideia de responsabilidade do Estado sem a necessidade de comprovação da culpa do agente público, bastando a existência de dano e nexo de causalidade para configurar a responsabilidade extracontratual do Estado pelos danos causados ao particular, sendo a culpa considerada anônima ou atribuída ao serviço³¹⁶.

A principal semelhança está no fato de que em ambos os países, a jurisprudência adota majoritariamente a teoria objetiva nos casos de responsabilidade decorrente do mau funcionamento do serviço. Em Portugal, essa responsabilidade é regida pelo regime aprovado pela Lei n.º 67/2007, enquanto no Brasil é fundamentada no entendimento consolidado pelos Tribunais ao longo dos anos, com base na regra geral prevista no art. 37.º, §6º da Constituição.

Quanto às diferenças, a primeira a se destacar refere-se ao arcabouço jurídico que fundamenta a responsabilização extracontratual do Estado por falhas na prestação de serviços. No Brasil, não há uma legislação específica que regule essa responsabilidade, sendo os dispositivos constitucionais e o Código Civil os principais referenciais jurídicos. Em contraste, Portugal elaborou um regime próprio, detalhando as hipóteses de responsabilização extracontratual do Estado instituído pela Lei n.º 67/2007.

Outra diferença significativa reside na conceituação dos institutos. No Brasil, o conceito de mau funcionamento do serviço público é abrangente, englobando qualquer deficiência na prestação que cause danos ao particular, com base na análise da adequação e eficiência do serviço. Em Portugal, o conceito de funcionamento anormal do serviço é especificado no art. n.º 7, número 4, do RRCEE, relacionando-se às hipóteses em que o serviço é prestado abaixo dos padrões médios de resultados razoavelmente exigíveis.

³¹⁶ Carvalho Filho, 2020, p. 597.

No Brasil, a responsabilidade pela falha na prestação dos serviços públicos pode ser atribuída aos serviços mesmo quando é possível identificar os agentes públicos causadores do dano, a depender do caso concreto. Em Portugal, esse tipo de responsabilidade somente pode ser atribuída ao Estado, nos casos em que não for possível identificar o funcionário que causou a lesão ao particular, sendo uma responsabilidade residual.

Além disso, em Portugal, as ações de responsabilidade extracontratual do Estado são julgadas pelos Tribunais Administrativos, seguindo o rito próprio do Contencioso Administrativo. No Brasil, essas ações são julgadas por Tribunais comuns, seguindo o rito do Código de Processo Civil (CPC).

Apesar das diferenças no ordenamento jurídico e na aplicação, há uma semelhança crucial entre os institutos, destacando-se: a significativa contribuição da jurisprudência para o desenvolvimento da responsabilidade extracontratual do Estado por falhas na prestação dos serviços públicos.

No Brasil, como discutido anteriormente, a evolução da responsabilidade extracontratual do Estado foi lenta e não acompanhou o avanço da jurisprudência dos Tribunais brasileiros – que, ao longo dos anos, estiveram em consonância com as doutrinas mais avançadas no âmbito mundial. Dessa forma, os Tribunais desempenharam um papel crucial no desenvolvimento da responsabilidade extracontratual do Estado pelo mau funcionamento do serviço.

Em Portugal, a jurisprudência dos Tribunais também teve um papel significativo na evolução da responsabilidade extracontratual do Estado pelo funcionamento anormal do serviço. Importando o instituto francês da *faute du service*, passaram a aplicar essa teoria nos casos em que não era possível identificar o agente público causador do dano.

A consolidação da responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço ocorreu primeiramente através da jurisprudência do Superior Tribunal Administrativo, com o ordenamento jurídico português acompanhando a evolução somente em um momento posterior através da instituição do RRCEE.

Assim, a legislação relativa à responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço em Portugal foi fortemente influenciada pela jurisprudência, que, assim como no Brasil, acompanhou os avanços doutrinários a nível mundial e estabeleceu as bases para esse tipo de responsabilização.

A seguir, abordaremos de forma prática as decisões dos Tribunais brasileiros e portugueses, analisando a jurisprudência relacionada à responsabilidade extracontratual do Estado por falhas na prestação dos serviços públicos em ambos os países.

4.1. Análise da jurisprudência dos Tribunais no Brasil nos casos de Responsabilidade Extracontratual do Estado pelo mau funcionamento do serviço

A responsabilização do Estado pelo mau funcionamento do serviço público nos Tribunais brasileiros antecede a Constituição de 1946, que consolidou no ordenamento jurídico do país o princípio da responsabilidade extracontratual do Estado.

Cerca de um ano antes da promulgação da Constituição, o STF já condenava o Estado por danos sofridos por particulares devido à falha na prestação do serviço de assistência policial durante o movimento revolucionário ocorrido em 1930³¹⁷.

A jurisprudência brasileira há muito discute os requisitos necessários para a responsabilização extracontratual do Estado em razão da falta ou do mau funcionamento do serviço público. A maior das controvérsias envolve os casos de ilícitos omissivos, gerando diferentes posicionamentos doutrinários.

Essa discussão também chegou ao STF, resultando em decisões as quais afirmam que a responsabilidade extracontratual do Estado decorrente de falha na prestação dos serviços públicos deve ser subjetiva nos casos de omissão³¹⁸. Assim, há decisões que defendem a necessidade de comprovação de negligência, imperícia ou imprudência do Estado para caracterizar sua responsabilidade.

Um exemplo é o Acórdão RE n.º 369.820-6/RS³¹⁹, relatado pelo Ministro Carlos Velloso, que trata da responsabilidade civil extracontratual do Estado em decorrência de um latrocínio praticado por um apenado fugitivo. No Acórdão, o Relator defende o posicionamento de que a omissão pressupõe a necessidade de existência da culpa, numa de suas três vertentes: negligência, imperícia ou imprudência.

O Relator explica que, nos casos de ato omissivo do poder público, o Estado só responde quando deveria atuar e não atuou, sendo, portanto, uma responsabilidade subjetiva, ainda que essa culpa não seja individualizável em um agente público específico, mas atribuída ao serviço. Ele justifica a aplicação dessa tese ao afirmar que, nos casos de omissão ilícita, o dano não foi causado diretamente por um agente público e que o art. 37.º, §6.º da Constituição se refere à responsabilidade pelos danos causados por atos praticados por esses agentes, não àqueles resultantes da “falta de serviço”.

³¹⁷ STF – Apelação Civil n.º 7.225, Relator: Ministro Aníbal Freire, 1930, Revista de Direito Administrativo n.º 5/155, de maio de 1945.

³¹⁸ Cr. STF - RE 204.037/RJ, RE 179.147/SP, RE 382.054/RJ.

³¹⁹ STF – RE n.º 369.820-6/RS, Segunda Turma, Relator Min. Carlos Velloso, julgado em 04 de nov. 2003.

Esse entendimento vinha se consolidando na jurisprudência do STF, ao entender pela aplicação da teoria subjetiva de responsabilidade nos casos de falha na prestação do serviço, vinculando a culpa do serviço à comprovação de negligência, imprudência ou imperícia do Estado.

Entretanto, a interpretação de que deveria ser aplicada a teoria subjetiva da responsabilidade nos casos que envolve o mau funcionamento dos serviços públicos foi mudando ao longo do tempo, se tornando cada vez mais frequente decisões que entendiam que nessa modalidade de responsabilidade também deveria ser aplicada a teoria objetiva.

No julgamento do Agravo de Instrumento n.º 734689/DF³²⁰, o Relator, Ministro Celso Antônio Bandeira de Mello, destaca a mudança no entendimento majoritário do STF quanto à aplicação da teoria do risco administrativo nos casos de responsabilidade do Estado por omissão decorrente de falha na prestação de serviços públicos. Nesse caso, discute-se a responsabilidade extracontratual do Estado por falha na prestação dos serviços públicos em razão da falta de disponibilização de leito de Unidade de Terapia Intensiva (UTI) em hospital público, fator que contribuiu para o óbito de uma criança necessitada desse atendimento.

O Ministro argumenta que o dever de agir do Estado decorre de norma da Constituição Federal (art. 227.º). Ao não fornecer o serviço, o Estado falha em assegurar, com absoluta prioridade, o direito à vida. Ele enfatiza que não se trata de individualizar a conduta dos médicos ou de um agente público específico, mas sim de atribuir a responsabilidade, de forma genérica, à “*faute de service publique*”.

O Ministro Relator explica que a teoria do risco administrativo permite que a mera ocorrência de lesão causada à vítima pelo Estado seja suficiente para configurar a responsabilidade, independentemente da comprovação da culpa. Assim, entende que a situação em questão apresenta todos os pressupostos necessários para a caracterização da responsabilidade civil objetiva da entidade estatal.

Portanto, não é necessária a comprovação de dolo ou culpa do agente público, nem do mau funcionamento do serviço. O que importa é a relação de causa e efeito entre a omissão administrativa e o dano sofrido pela vítima – ou seja, o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

Além disso, a jurisprudência do STF³²¹ estabeleceu os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Estado. São eles: (i) a

³²⁰ STF – AI n.º 734689/DF, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, data do julgamento 01/03/2010.

³²¹ Nesse sentido, Mello (2023) cita os seguintes acórdãos do STF: RTJ 71/99, RTJ 91/377, RTJ 99/1155, RTJ 131/417.

alteridade do dano; (ii) a causalidade material entre o “*eventos damni*” e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público; e (iii) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável ao agente público, que, nessa condição, tenha incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da ilicitude ou não do seu comportamento funcional.

Assim, para a caracterização da responsabilidade extracontratual do Estado, inclusive nos casos de falhas na prestação dos serviços, o importante é a comprovação do nexo de causalidade entre o dano e a conduta da Administração Pública, desde que essa conduta seja inerente à função pública. A ausência de qualquer um desses elementos descaracteriza a responsabilidade extracontratual do Estado.

Portanto, não seria necessário identificar se a causa do dano decorre de uma falha na prestação do serviço ou de uma conduta praticada e individualmente atribuída a um determinado agente público no exercício de sua função. Para fins de responsabilização do Estado, o aspecto subjetivo da conduta é irrelevante; o que importa é o nexo de causalidade.

Em julgados mais recentes, como no caso do Recurso Extraordinário n.º 136.861/SP³²², ocorrido em 2020, o STF analisou uma ação de reparação de danos por responsabilidade civil do Estado devido à falha da Administração Municipal na fiscalização de atividade de risco, especificamente em um estabelecimento destinado ao comércio e fabricação de fogos de artifício.

O Relator, Ministro Edson Fachin, reafirmou o sólido posicionamento da Corte no sentido de responsabilizar o ente estatal pelas condutas omissivas que causem danos aos administrados, aplicando a modalidade de responsabilidade objetiva. Em suas palavras, o Ministro destacou a evolução da jurisprudência do STF no sentido de consolidar a objetivação da responsabilidade civil estatal, alinhando-se às características atuais da sociedade³²³.

Antes desse julgado, o STF já havia firmado seu posicionamento sobre a responsabilidade objetiva do Estado quanto às condutas omissivas ao condenar o ente estatal por morte de um detento, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 841.526³²⁴, o qual foi

³²² STF – REExt. n.º 136.861/SP, Relator Min. Alexandre de Moraes, julgado em 11 de mar. 2020.

³²³ Nesse sentido, o Ministro afirma que: “o incremento das atividades que envolvem a criação de riscos aos indivíduos e à própria coletividade acarreta a necessidade de minimização e afastamento das consequências negativas geradas a partir desse agir, muitas vezes lícito, mas que acaba por gerar uma desigualação em relação a certos particulares, que suportam um ônus muito maior do que o restante do corpo social, podendo levar à caracterização de um dano que, se não pôde ser evitado por uma conduta de que detinha meios para impedi-lo, deve ser reparado integralmente, numa dimensão tanto punitiva quanto exemplar a evitar a ocorrência de outros danos semelhantes” in STF – REExt. n.º 136.861/SP, Relator Min. Alexandre de Moraes, julgado em 11 de mar. 2020.

³²⁴ STF - RE 841526, Relator(a): Min. Luiz Fux, julgado em 30 de mar. 2016.

submetido à sistemática da Repercussão Geral. Nesse sentido, o Ministro Relator Luiz Fux afirma que a discussão foi deslocada para a análise do nexo de causalidade, no sentido de comprovar a “efetiva infração a um dever específico de diligência estatal”.

Dessa forma, a jurisprudência da Suprema Corte consolidou a teoria da reponsabilidade objetiva do Estado também nos casos de falha na prestação dos serviços públicos, inclusive nos casos de conduta omissiva do ente público, não sendo necessária a comprovação da “culpa do serviço”.

Em contrapartida, os julgados que adotam a teoria objetiva da responsabilidade deixam claro que não aplicam a teoria do risco integral da Administração Pública, enfatizando a necessidade de comprovar o nexo de causalidade entre o fato e o dano sofrido pelo particular. Esse nexo de causalidade deve ser demonstrado no caso concreto por meio da constatação de um dever legal específico de agir por parte do Estado para impedir a ocorrência do dano, reconhecendo a antijuridicidade do ato.

Nesse sentido, Justen Filho³²⁵ denomina essa necessidade de comprovar a violação de um dever legal específico de agir por parte do Estado no caso concreto, de “objetivação da culpa”, uma vez que ainda persiste um dever subjetivo “na formulação defeituosa da vontade de agir ou deixar de agir”.

A análise dos julgados do STF revela que, embora a regra geral da responsabilidade extracontratual do Estado tenha sempre sido considerada no Direito Administrativo brasileiro, houve um período em que, nos casos de falha na prestação dos serviços públicos, aplicava-se a teoria subjetiva da responsabilidade. Contudo, há algum tempo, o STF e outros tribunais brasileiros passaram a aplicar a teoria da responsabilidade objetiva em todos os casos de responsabilidade extracontratual do Estado, consolidando-a como regra.

Nesse sentido, Mello³²⁶ afirma que a jurisprudência brasileira acolheu a responsabilidade objetiva como regra. No entanto, em muitos casos, embora se trate como sendo responsabilidade objetiva, na verdade, aplica-se a teoria da responsabilidade subjetiva, na modalidade da culpa do serviço.

Como se vê, embora predomine o entendimento da responsabilidade objetiva do Estado, existe muita confusão quanto à aplicação dessa teoria na prática quando se discute a responsabilidade pelo mau funcionamento do serviço. Isso ocorre, em razão da falta de regras objetivas para esses casos em nosso ordenamento jurídico.

³²⁵ Justen Filho, 2006, p. 232.

³²⁶ Mello, 2023, p. 927.

Ainda que predomine a aplicação da teoria objetiva na jurisprudência, existem decisões as quais tratam a responsabilidade extracontratual do Estado por omissão como sendo subjetiva, fundamentando que, no caso da Administração Pública, para caracterizar a culpa, não cabe a análise da negligência, imprudência ou imperícia, mas sim se havia um dever de agir descumprido ou realizado de forma deficiente³²⁷. Nessas situações, o nexo de causalidade é analisado sob a perspectiva da culpa do serviço – ou seja, se existe o dever de agir por parte do Estado e ele não foi cumprido, considera-se caracterizado o nexo de causalidade entre a conduta da Administração Pública e o dano³²⁸.

Tradicionalmente, com a consolidação da teoria objetiva de responsabilidade, a jurisprudência brasileira coloca a comprovação do nexo de causalidade como ponto central da responsabilidade civil, sendo esse um elemento essencial para caracterizar a responsabilidade extracontratual do Estado³²⁹, independente de qual seja a sua modalidade.

Embora não exista a necessidade de comprovação da culpa do serviço, Braga Netto³³⁰ destaca que a questão da comprovação do nexo de causalidade é um verdadeiro desafio, mesmo para os mais estudiosos da responsabilidade civil, devido à grande dificuldade em estabelecer seus parâmetros.

Buscando definir as regras aplicáveis à comprovação do nexo de causalidade entre a conduta administrativa e o dano, o STF³³¹ consagrou a aplicação da teoria do dano direto e imediato nos casos que envolvem a responsabilidade extracontratual do Estado, especialmente em situações de mau funcionamento do serviço por omissão, com base na interpretação do art. 403.º do Código Civil. Segundo essa teoria, o dano indenizável é aquele resultado diretamente do ato ilícito, sendo as causas posteriores irrelevantes, e a indenização não se estende a prejuízos sem ligação clara e direta com o ato ilícito.

³²⁷ Nesse sentido: TJSP – AC: 10341694220198260224 SP, Relator: Bandeira Lins, Data de Julgamento: 31/05/2021, 8ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 31/05/2021; TJ-MG - AC: 10283120002771001 MG, Relator: Peixoto Henriques, Data de Julgamento: 14/08/2018, Data de Publicação: 21/08/2018; TRF-4 - AC: 50343114120144047000 PR 5034311-41.2014.404.7000, Relator: MARGA INGE BARTH TESSLER, Data de Julgamento: 25/04/2017, TERCEIRA TURMA.

³²⁸ Esse posicionamento pode ser visto no seguinte julgado: TJ-DF – Apelação Civil n.º 07101969820198070018, Relator: DIAULAS COSTA RIBEIRO, Data de Julgamento: 03/09/2020, 8ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 23/09/2020.

³²⁹ Conforme aponta Braga Netto (2024, p. 336), a visão tradicional do nexo causal na jurisprudência brasileira pode ser representada pelo seguinte trecho: “O ponto central da responsabilidade civil está situado no nexo de causalidade. Não interessa se a responsabilidade civil é de natureza contratual ou extracontratual, de ordem objetiva ou subjetiva, sendo neste último caso irrelevante a aferição de culpa do agente se antes não for encontrado o nexo causal entre o dano e a conduta do agente. (STJ, REsp n.º 1.615.971)”.

³³⁰ Braga Netto, 2024, p. 336.

³³¹ Nesse sentido: STF - RE n.º 130764, Primeira Turma, Relator(a): Min. Moreira Alves, julgado em 12 de maio de 1992.

O STF³³² também aplica a teoria do dano direto e imediato, ainda que de forma relativizada, ao considerar a responsabilidade extracontratual do Estado configurada a partir da ocorrência de causa superveniente. Nesse sentido, não seria a distância entre a causa e o dano que caracterizaria o nexo causal, mas a ocorrência de causa superveniente, seria a causa próxima que toma o lugar da remota³³³.

Braga Netto³³⁴ observa que, na prática, o nexo de causalidade é analisado de forma subjetiva nas decisões, dependendo da interpretação do magistrado no caso concreto, mesmo que uma ou outra teoria seja utilizada como fundamento. Assim, percebe-se na jurisprudência brasileira que, nos casos de responsabilidade extracontratual do Estado, as teorias relativas ao nexo de causalidade não são aplicadas de maneira uniforme, prevalecendo uma significativa subjetividade na análise da sua existência.

Da análise jurisprudencial acerca da responsabilidade do Estado pelo mau funcionamento do serviço público, fica evidente a falta de definição de parâmetros objetivos para a sua análise pelos tribunais. Isso porque, o art. 37.º, §6º da Constituição não faz qualquer menção a esse tipo de responsabilidade, deixando a cargo da jurisprudência a definição de suas regras.

Ainda que a responsabilidade objetiva seja a regra nos casos envolvendo a responsabilidade extracontratual do Estado, é importante que o ordenamento jurídico brasileiro se preocupe com a definição dos parâmetros objetivos que envolve cada modalidade de responsabilidade, de modo a evitar que a mesma situação seja julgada de formas diferentes, a depender do entendimento deste ou daquele Tribunal.

Assim, conforme elucida Yussef Said Cahali,³³⁵ ao tratar dos problemas que envolvem o instituto da responsabilidade extracontratual do Estado no Brasil, afirma que ainda não foi definida de forma satisfatória os parâmetros que determinam a responsabilidade. Nesse sentido, a responsabilidade objetiva é utilizada como um “lençol amorfo”, servindo de pano de fundo para doutrinas que nem sempre são conciliáveis, a exemplo da presunção absoluta ou relativa da culpa, do risco administrativo, do risco integral, da falha administrativa, entre outras.

³³² STJ – AgRg no AREsp n.º 38576/SP, Primeira Turma, Min. Relator Benedito Gonçalves, julgado em 01 de mar. 2012.

³³³ Cavalieri Filho, 2014, p. 283.

³³⁴ Braga Netto esclarece (2024, p. 340) ainda que que: “Na prática, impera uma grande confusão. Percebe-se que as teorias, no final das contas, nesta matéria, importam pouco ou nada na jurisprudência”. Nesse sentido, também destaca Anderson Schreiber (2005, p. 53): “O que se vê, em muitos casos, é que os tribunais, muito pelo contrário, se valem da miríade de teorias exatamente para justificar uma escolha subjetiva, e muitas vezes atécnicamente, da causa do dano”.

³³⁵ Cahali, 2007, p. 17.

4.2. Análise da jurisprudência dos Tribunais em Portugal nos casos de Responsabilidade Extracontratual do Estado pelo Funcionamento Anormal do Serviço

Assim como no Brasil, a jurisprudência de Portugal teve um papel significativo no desenvolvimento da responsabilidade extracontratual do Estado pelo funcionamento anormal do serviço. Mesmo antes de essa responsabilidade ser prevista no ordenamento jurídico, já existiam decisões condenando o Estado por falhas na prestação do serviço público aos seus usuários³³⁶.

Com a vigência do novo RRCEE e a previsão normativa da responsabilidade extracontratual do Estado em razão do funcionamento anormal do serviço, foram consolidados, no art. 7.º, n.º 4, os requisitos a serem verificados na análise dessa modalidade de responsabilidade no caso concreto.

Assim, as decisões judiciais dos Tribunais Administrativos se concentram em identificar a presença dos requisitos necessários para a responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço estabelecidos no RRCEE, quais sejam: a ocorrência do dano cuja autoria não pode ser identificada; a conduta atribuída ao mau funcionamento do serviço; e o nexo de causalidade.

Em julgados mais recentes, observa-se que o STA se dedicou a analisar minuciosamente as circunstâncias que levaram à ocorrência do dano, verificando se estas poderiam ser atribuídas a conduta de determinado funcionário no exercício de suas funções ou se é o caso de funcionamento anormal do serviço.

Exemplo disso é o julgamento ocorrido em 29 de setembro de 2020³³⁷, no qual o STA analisou a responsabilidade extracontratual do Estado por erro na dosagem de medicamento administrado nas dependências de um Centro Hospitalar, resultando no falecimento de uma utente por intoxicação medicamentosa. Nesse caso, o Tribunal buscou avaliar a ilicitude ao analisar se houve violação, por parte dos funcionários do réu, das regras e procedimento que deveriam ter sido seguidos durante o atendimento à paciente.

Em sua fundamentação, o *decisum* pondera que a análise da violação de normas também engloba além das normas legais e regulamentares, “normas constantes em guias de boas práticas ou protocolos de atuação, ou ainda regras não escritas, traduzindo métodos e procedimentos comprovados pela ciência médica”. Também explica a necessidade de aplicar ao caso a teoria da *faute du service*, tendo em vista a impossibilidade de imputação dos danos a uma conduta de determinado funcionário do Hospital.

³³⁶ Cr. Acórdão do STA de 20 de novembro de 2002, Processo n.º 0903/02.

³³⁷ Cr. Acórdão STA de 24 de setembro de 2020, Processo n.º 0133/11.8BEPNF.

O Acórdão concluiu pela responsabilização do Hospital, fundamentando que “foram ministradas de forma inadequada e ilícita doses de medicação que não constam do registro clínico”, resultando no óbito da utente. Além disso, ainda que não tenha sido possível identificar quem administrou as doses letais do medicamento, foi atribuída a responsabilidade ao hospital, com base na teoria da *faute du service* e na responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço.

Nesse contexto, o Acórdão fundamenta que o “culpado” seria o serviço público, uma vez que a culpa do serviço também pode ser verificada nas situações nas quais o serviço “assume a falha de um funcionário, ou conjunto de funcionários, que não foi ou é possível identificar”.

Em outro julgamento do STA³³⁸, também relacionado à responsabilidade extracontratual do Estado por falha na prestação de serviços de saúde, nesse caso na realização do “teste do pezinho”³³⁹, houve um extravio de material coletado para exame, resultando na não realização do teste pelo laboratório. Como consequência, a criança foi diagnosticada tardiamente com hipotireoidismo congênito, agravando sua condição de saúde.

Na análise do funcionamento anormal do serviço, apesar de o julgamento pelo STA ter ocorrido em 2021, os fatos datam de 2005, aplicando-se, portanto, o antigo RRCEE, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 48.051/1967. O Acórdão sustenta que, na chamada “*faute du service*”, a culpa pessoal do agente é substituída pela culpa do próprio Estado, nos casos em que o serviço assume a falha de um funcionário ou de um conjunto de funcionários, devido à impossibilidade de identificação dos responsáveis.

O Tribunal decidiu pelo provimento do recurso do Estado, entendendo que o teste foi realizado e enviado ao Instituto de Genética Médica, cumprido todos os requisitos existentes à época dos fatos, já que não havia norma regulamentadora que exigisse o envio do teste de outra forma. Desse modo, por não haver norma legal que disciplinasse o procedimento, não haveria responsabilização do ente público.

Como se vê, nesse caso o STA entendeu não haver o funcionamento anormal do serviço a partir da análise do cumprimento, pela Administração Pública, dos procedimentos obrigatórios existentes à época, ainda que comprovada a ocorrência do dano e a relação causal com o extravio da amostra ocorrido durante a realização do exame.

Apesar da notável morosidade no julgamento em ambos os casos, verifica-se que a análise da ocorrência a responsabilidade extracontratual do Estado pelo funcionamento anormal

³³⁸ Cr. Acórdão STA de 04 de fevereiro de 2021, Processo n.º 022/09.6BEPNF.

³³⁹ Exame feito a partir do sangue coletado do calcanhar do bebê e que permite identificar doenças graves.

do serviço é feito de forma objetiva, focada principalmente na análise do cumprimento de normas legais e dos deveres objetivos de cuidado que a Administração Pública deve ter perante o utente, cumprido aquilo que determina o RRCEE.

Além dos julgados do STA, os Tribunais Centrais Administrativos também têm desempenhado um papel significativo na formação da jurisprudência relacionada à responsabilidade extracontratual do Estado por funcionamento anormal do serviço.

É o caso do julgamento ocorrido em 26 de junho de 2022³⁴⁰, quando o Tribunal Central Administrativo (TCA-Sul) analisou um caso de responsabilização da Administração Pública devido ao atraso na prestação de socorro pelo Instituto Nacional de Emergência Médica (INEM).

Nesse caso, o INEM demorou a prestar socorro a um paciente porque, na época, o sistema de atendimento exigia que o usuário passasse por uma triagem conduzida por um agente público não pertencente à área de saúde, responsável por avaliar a gravidade do caso. A vítima necessitava de socorro imediato, mas somente foi atendida por profissionais de saúde após seu óbito.

Ao examinar a ilicitude e a culpa da Administração Pública, o Tribunal entendeu que se tratava de um caso de funcionamento anormal do serviço, uma vez que a falha se deu em razão da forma como o serviço era prestado. A decisão foi fundamentada no fato de ser exigível que o socorro fosse prestado em tempo hábil, o que não ocorreu.

Embora fosse possível identificar os agentes públicos responsáveis pelos erros no diagnóstico da gravidade do estado de saúde do paciente e que demoraram a acionar o serviço de emergência, o Tribunal atribuiu a falha ao sistema de triagem utilizado pelo INEM na época, responsabilizando o serviço como um todo.

Quanto aonexo de causalidade, o Tribunal o analisou sob a ótica do dano, especialmente em relação à perda de uma chance. A decisão considerou essa perda como sendo um dano certo, na modalidade de dano emergente, pois envolvia a supressão da probabilidade de obter uma vantagem, que poderia ter sido alcançada caso o socorro tivesse sido prestado de forma adequada e em tempo útil.

Esse caso chama a atenção em razão da análise do caso concreto ter partido da concepção de que não houve falha de determinado agente público, mas sim do sistema, atribuindo a responsabilidade do Estado com base no funcionamento anormal do serviço e não

³⁴⁰ Cr. Acórdão TCA-Sul de 23 de junho de 2022, processo n.º 1296/12.0BESNT.

em razão do erro cometido pelo agente público que não procedeu com o atendimento adequado a vítima.

Isso porque, embora a responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço tenha um caráter subsidiário frente as demais modalidades de responsabilidade previstas na Lei n.º 67/2007, no caso em questão verificou-se que a ilicitude cometida em razão da implantação de um sistema de triagem ineficaz foi um fator decisivo para o dano sofrido pelo utente.

A análise dos julgados mencionados permite observar que os Tribunais Administrativos de Portugal adotam uma abordagem mais objetiva na avaliação dos casos de funcionamento anormal do serviço, em comparação ao Brasil. Nesses casos, a questão central é, na maioria das vezes, a verificação da existência de norma ou regulamento que imponha o dever de agir à Administração Pública.

No entanto, embora os casos sejam analisados de forma mais objetiva, de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo RRCEE, é evidente a significativa morosidade do judiciário na resolução desses processos. Dos exemplos analisados no presente trabalho, dois deles levaram mais de dez anos para serem julgados.

No caso do julgamento do TCA-Sul, que não corresponde à última instância do contencioso administrativo de Portugal, os fatos ocorreram em 2009, mas o julgamento por esse Tribunal só se deu em 2022, ou seja, treze anos após o dano sofrido pelo usuário. Essa demora ultrapassa os limites da razoabilidade e compromete a efetiva reparação à vítima do dano causado pelo Estado.

A morosidade dos Tribunais Administrativos resta evidenciada a partir de uma breve análise dos seus acórdãos, não sendo difícil encontrar julgamentos recentes que foram julgados com base na lei anterior, que se encontra revogada há mais de 16 anos em decorrência do novo RRCEE instituído pela Lei n.º 67/2007.

Como vimos, a responsabilidade extracontratual do Estado tem como objetivo reparar a vítima pelos danos causados pela Administração Pública. Nesse contexto, a demora na atribuição de responsabilização gera efeitos prejudiciais, prolongando e até mesmo agravando o sofrimento da vítima.

Isso é especialmente preocupante em situações que envolvem danos financeiros, onde a demora na restituição dos prejuízos pode agravar a condição da vítima. Assim, a lentidão do judiciário na apreciação de casos de responsabilidade extracontratual do Estado pode comprometer a efetividade da reparação, prejudicando ainda mais aqueles que sofreram os danos.

Desse modo, é imperativo buscar não apenas a correta aplicação das normas, mas também a celeridade processual, para garantir que a justiça seja realmente alcançada de forma plena e em tempo razoável.

4.3. A efetividade da Responsabilidade Extracontratual pelo mau funcionamento dos serviços públicos e a importância na identificação das falhas na sua prestação

A responsabilidade extracontratual do Estado corresponde a um direito fundamental, cuja efetivação envolve custos financeiros diretos e imediatos mais elevados em comparação com outros direitos fundamentais. No entanto, por implicar em uma condenação direta da Administração Pública frente ao dano por ela provocado, torna mais evidente a ideia de repartição dos encargos públicos³⁴¹.

É também através desse instituto que o usuário do serviço público pode ver garantido seu direito fundamental à prestação de um serviço público de qualidade, ainda que de forma tardia, por meio da reparação dos danos causados em decorrência da má prestação desses serviços pelo Estado.

Conforme destaca Otero³⁴², a responsabilidade civil dos poderes públicos constitui um princípio estruturante de um Estado de juridicidade e um direito fundamental dos cidadãos, assegurando a todos os que sofrerem prejuízos em razão de conduta ativa ou omissiva da Administração Pública serem devidamente indenizados.

Embora a reparação pecuniária decorrente da responsabilização do Estado seja sempre efetivada por meio de recursos financeiros que pertencem a toda a coletividade³⁴³, é importante reconhecer que a má prestação do serviço público pelo Estado, vai além de causar prejuízos ao erário, ela afeta diretamente a qualidade de vida da população que depende desses serviços.

Quando o Estado falha em sua obrigação de fornecer serviços adequados, todos os cidadãos são, de certa forma, lesados, especialmente aqueles mais vulneráveis que dependem exclusivamente desses serviços. A deficiência ou ineficiência na prestação do serviço público pode agravar desigualdades, dificultar o acesso a direitos fundamentais, como saúde, educação e segurança.

Quando um serviço público que opera com falhas prejudica todas as pessoas dependentes dele, especialmente quando essas falhas se repetem e os problemas não são

³⁴¹ Otero, 2022, p. 34.

³⁴² Otero, 2022, p. 31.

³⁴³ Ibid., p. 33.

devidamente corrigidos pelo ente público. Assim, a indenização pelo dano não se limita à compensação financeira pela lesão sofrida por um indivíduo específico, mas também reflete a efetivação do direito coletivo a um serviço público de qualidade.

A efetivação de um direito coletivo a um serviço público de qualidade passa pela capacidade do Estado em aprender com os erros, corrigir falhas sistêmicas e, conseqüentemente, evitar novas ações de responsabilidade e prejuízos para o cidadão. Isso demanda uma postura proativa, com planejamento e fiscalização eficazes, que possam reduzir a possibilidade de danos futuros e aumentem a eficiência do serviço público.

A grande questão que envolve a responsabilidade extracontratual pela má prestação do serviço público reside em estabelecer um parâmetro indenizatório que não onere excessivamente as finanças públicas, mas que, ao mesmo tempo, garanta a plena reparação do dano ao particular. De um lado, o Estado deve assegurar que o particular receba uma reparação integral e justa pelo dano sofrido; por outro lado, é preciso garantir que as indenizações não se tornem um fardo insustentável para as contas públicas.

Isso exige uma abordagem criteriosa, que considere a gravidade do dano, sua extensão e a natureza do serviço público. Além disso, é necessário que se estabeleça políticas mais claras de enfrentamento dessas demandas, adotando critérios que permitam uma compensação justa, sem comprometer a capacidade do Estado de investir em melhorias e expansão dos serviços públicos.

Nesse sentido, o arbitramento do *quantum* indenizatório envolve o desafio de equilibrar, simultaneamente, aspectos pecuniários, éticos e jurídicos, de modo a conceder uma indenização moralmente justa, juridicamente possível e que não sobrecarregue as finanças públicas do Estado³⁴⁴.

Nesse contexto, Otero³⁴⁵ reforça a delicada “articulação ponderativa entre princípios fundamentais” envolvida em uma ação de responsabilidade extracontratual do Estado, onde o juiz enfrenta a difícil tarefa de, como aplicador do direito, garantir a efetivação dos direitos constitucionais e, ao mesmo tempo, assegurar a obrigação constitucional de não levar o Estado à falência.

Tanto no Brasil quanto em Portugal, a discussão sobre a responsabilização extracontratual da Administração Pública por falhas na prestação de serviços públicos envolve uma delicada preocupação com o impacto financeiro que essas indenizações podem ter nas contas públicas. À medida que o Estado é condenado a pagar reparações aos particulares, surge

³⁴⁴ Ibid., p. 34.

³⁴⁵ Ibid., p. 35.

o desafio de garantir que essas indenizações não comprometam a sustentabilidade financeira do governo, afetando negativamente a capacidade de fornecer serviços essenciais à população.

Contudo, essa preocupação não pode ser tratada de forma genérica, para avaliar efetivamente a dimensão do impacto financeiro das indenizações decorrentes de falhas na prestação do serviço público, é fundamental a elaboração de estudos voltados a examinar as ações judiciais que condenam a Administração Pública ao pagamento de indenizações aos particulares.

A análise mais aprofundada dos efeitos financeiros das condenações do Estado por falhas na prestação dos serviços públicos também traria benefícios no sentido de impulsionar uma gestão pública mais eficiente. Ao identificar os tipos mais recorrentes de falhas e as áreas que geram o maior volume de demandas judiciais, o Estado poderia adotar medidas preventivas e corretivas, atuando diretamente na raiz do problema.

Isso permitiria também uma análise mais detalhada sobre o comportamento dos tribunais ao arbitrar indenizações, considerando não apenas o valor das condenações, mas os motivos das falhas, o tipo de dano causado e as particularidades que envolve cada caso. Além disso, com esse levantamento também seria possível avaliar se o *quantum* indenizatório está sendo determinado de acordo com as regras e princípios que regem o instituto da responsabilidade civil.

Ademais, esses estudos poderiam oferecer subsídios para uma análise crítica do sistema de responsabilização do estado. A fixação do valor indenizatório nem sempre reflete a extensão dos danos sofridos pelos particulares, muitas vezes é fixado com base em critérios subjetivos adotados pelo julgador, que não são explicitados de maneira clara na sentença, o que pode gerar insegurança jurídica e inconsistências entre decisões proferidas dentro de um mesmo tribunal.

Dessa forma, é necessário ter cautela ao propor limites à responsabilização do Estado, pois restrições excessivas podem comprometer o núcleo essencial desse direito, tornando-o difícil de ser aplicado na prática ou resultando em um valor indenizatório irrisório ou insignificante³⁴⁶. Além disso, diversas limitações já dificultam a efetividade da responsabilização extracontratual do Estado pela falha na prestação dos serviços. A mais grave delas é o tempo de espera para que o particular lesado receba a indenização pelos danos sofridos.

³⁴⁶ Cr. O Acórdão do TC de 23 de setembro, processo n.º 444/08, do Tribunal Constitucional, traz essa preocupação com a colocação de limites à responsabilização do Estado ao declarar a inconstitucionalidade de norma que impunha limitação da quantia indenizatória a ser paga pelo Estado no Decreto-lei n.º 49.028, de 26 de maio de 1969 (Sampaio, 2022, p. 66).

Esse problema da demora na conclusão das ações de responsabilidade extracontratual do Estado é observado tanto em Portugal quanto no Brasil. Enquanto em Portugal o atraso está na demora do julgamento pelos Tribunais Administrativos, no Brasil, embora o julgamento muitas vezes ocorra de forma mais célere, o particular ainda precisa aguardar em uma longa fila de credores do Estado para receber sua indenização.

Isso ocorre porque o Brasil adota um sistema de pagamento das condenações do Estado por meio de precatórios. Os precatórios são requisições de pagamento expedidas pelo Tribunal onde a decisão de condenação foi proferida. Esse procedimento ocorre após a fase de liquidação processual. O precatório, com o valor atualizado da condenação, é emitido e o Presidente do Tribunal solicita ao Poder Legislativo a inclusão do valor na lei orçamentária do exercício subsequente.

O particular que saiu vitorioso no processo em desfavor do Estado é então incluído em uma longa lista de outros credores, seguindo uma ordem cronológica para pagamento futuro. Caso o precatório seja recebido pelo Poder Legislativo até o dia 1.º de abril, o valor do crédito será incluído no orçamento do exercício financeiro seguinte³⁴⁷.

Esse sistema diferenciado para pagamentos de condenações judiciais da Fazenda Pública já existia em constituições anteriores³⁴⁸ e está atualmente previsto na Constituição brasileira, em seu art. 100.º, que dispõe: “os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios”.

Na prática, entretanto, o sistema de precatórios não funciona conforme previsto em lei: os precatórios passam anos na fila, sem que sejam pagos. Isso porque, a maioria dos estados e municípios brasileiros não libera valores suficientes para quitar os créditos, destinando verbas para outras despesas. Com o passar dos anos, acumulou-se um montante considerável de dívidas referentes a precatórios de exercícios anteriores, gerando um efeito “bola de neve”³⁴⁹.

Para tentar solucionar o problema, o Poder Legislativo introduziu várias reformas constitucionais³⁵⁰. Todavia, o STF declarou a inconstitucionalidade de diversos dispositivos das

³⁴⁷ Justen Filho, 2023, p. 1498.

³⁴⁸ Cr. Art. 182.º da Constituição de 1934; art. 95.º da Constituição de 1934; art. 204.º da Constituição de 1946; art. 117.º da Constituição de 1967.

³⁴⁹ Em 2022, a dívida da União com precatórios acumulou o montante de R\$141,7 bilhões, conforme dados divulgados pelo Tesouro Nacional, com levantamento realizado até dezembro 2022. (Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/641015/noticia.html?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 07 de ago. 2024).

³⁵⁰ Cr. EC 30/2000; EC 62/2009; EC 94/2016 ; EC 114/2021.

ECs 30/200 e 62/2009, que na prática flexibilizavam o prazo de pagamento dos precatórios, prejudicando a efetivação dos direitos dos particulares³⁵¹.

Conforme elucida Justen Filho³⁵², esse sistema, criado para “procrastinar” o pagamento das dívidas decorrentes de sentenças condenatórias contra a Fazenda Pública, não contribui para impedir a prática de ilícitos pela Administração Pública. Pelo contrário, pode incentivar o aumento de ações e omissões antijurídicas que causam danos aos particulares.

Como se vê, o problema da efetividade nas ações da responsabilidade extracontratual do Estado por falhas na prestação dos serviços públicos no Brasil é profundo e de difícil resolução, não tendo o Legislador brasileiro ainda encontrado um caminho que diminua efetivamente o tempo de espera daqueles que se tornam credores do Estado em razão do êxito em uma ação judicial.

Apesar disso, já se observa algum efeito preventivo das condenações contra o Estado, inclusive aquelas relativas à responsabilidade extracontratual do Estado pela má prestação do serviço público. A EC n.º 114/2021, em seu art. 6.º, determinou a criação, pelo Congresso Nacional, de uma comissão mista, com auxílio do Tribunal de Contas da União (TCU), para realizar um exame analítico dos atos, fatos e políticas públicas com maior potencial de gerar precatórios e sentenças judiciais contrárias à Fazenda Pública da União.

Ainda assim, o problema do pagamento dos precatórios está longe de ser resolvido, comprometendo a efetividade do instituto da responsabilidade extracontratual do Estado. Mesmo que o particular obtenha uma condenação contra o Estado, ainda precisa aguardar anos para que o valor arbitrado a título indenizatório seja pago.

Em Portugal, a situação não é muito diferente, a efetivação do princípio da responsabilidade extracontratual do Estado pelo funcionamento anormal do serviço também enfrenta barreiras, principalmente devido ao longo tempo de espera para o julgamento dos processos pelos Tribunais Administrativos.

Segundo dados levantados pela *European Commission for the Efficiency of Justice* (CEPEJ) em seu último painel de avaliação, o tempo necessário para a resolução de ações administrativas em primeira instância nos Tribunais Administrativos, em 2020, ultrapassou os 800 dias, enquanto a média europeia é de menos da metade, aproximadamente 358 dias. Quando

³⁵¹ Cr. STF - ADI n.º 4.357, Tribunal Pleno, Relator: Min. Ayres Brito, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Luiz Fux, julgado em 14-03-2013; STF - ADI n.º 4.425, Relator(a): Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 25-03-2015; STF - ADI n.º 5.679, Relator(a) Luiz Roberto Barroso, julgado em 02/10/2023.

³⁵² Justen Filho, op. cit., p. 1504.

se inclui o tempo para julgamento em segunda e terceira instância, o tempo de espera pode chegar a até 2.000 dias³⁵³.

Embora o levantamento da CEPEJ demonstre uma discreta melhora no tempo de espera na resolução de processos administrativos pelos Tribunais Administrativos de Portugal, comparado aos anos anteriores, esse tempo ainda está muito acima da maioria dos países que fazem parte da UE.

Nesse sentido, Amado Gomes³⁵⁴ ressalta que, em razão do art. 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, o direito a uma decisão num prazo razoável passou a ser associado ao princípio da boa administração, sendo acolhido pelo ordenamento jurídico português como um princípio procedimental.

Assim, para assegurar o cumprimento do dever da boa administração, é essencial que as decisões relacionadas à responsabilidade extracontratual do Estado pelo funcionamento anormal do serviço sejam tomadas dentro de um prazo razoável, constituindo um direito de todo cidadão. Dessa forma, não basta apenas a existência do princípio da responsabilidade extracontratual do Estado ou a previsão legal de responsabilização do Estado em decorrência da falha na prestação dos serviços públicos; é preciso criar mecanismos para garantir sua efetividade.

É importante destacar que a função do instituto da responsabilidade extracontratual do Estado pela falha na prestação dos serviços públicos vai além da mera reparação à vítima do dano causado por seus agentes. Esse instituto também pode servir como um mecanismo de controle de qualidade dos serviços prestados pela Administração Pública.

Nesse contexto, Neves³⁵⁵ menciona a reforma britânica do regime de responsabilidade civil, que resultou na criação do documento *Administrative redress: public bodies and the Citizen, a Consultive Paper – a Law Commission*, apresentado ao Parlamento. Esse documento sublinha a dimensão moral do dever de reparação à vítima, mas ressalta que o dever de indenizar nem sempre é a solução mais adequada para todos os casos de responsabilidade do Estado. Muitas vezes, os cidadãos esperam outras formas de reparação capazes de resolver o problema da deficiência na atuação administrativa, como explicações, desculpas e melhorias do serviço pela Administração Pública³⁵⁶.

³⁵³ Disponível em: <https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/eu-justice-scoreboard_pt>. Acesso em: 08 de ago. 2024.

³⁵⁴ Gomes, 2020, p. 57.

³⁵⁵ Neves, 2022, p. 602.

³⁵⁶ *The Law Commission Consultation. Parecer N° 187*, p. 139. Disponível em: <<http://www.lawcom.gov.uk/docs/cp187.pdf>>. Acesso em: 09 de ago. 2024.

Portanto, entendemos que a responsabilidade extracontratual do Estado por um serviço público prestado de forma deficiente deve ser analisada para além da reparação pecuniária à vítima. É fundamental que o Judiciário adote uma perspectiva mais ampla, considerando mecanismos de reparação que não se limitem exclusivamente à compensação financeira³⁵⁷.

Embora a indenização seja uma parte essencial na proteção dos direitos individuais, ela não resolve integralmente a questão da qualidade dos serviços públicos prestados. Isso porque, a limitação da responsabilização estatal à compensação financeira se torna onerosa para os cofres públicos e não garante a correção da falha pela Administração Pública.

Desse modo, limitar-se a um modelo de responsabilidade que prevê apenas compensações financeiras não só se revela oneroso para os próprios cidadãos, como também não alcança de maneira efetiva a função preventiva desse instituto, uma vez que não se observa uma ligação direta entre a responsabilização do Estado e a melhoria dos serviços públicos.

A verdadeira eficácia da responsabilidade extracontratual do Estado deve estar associada a medidas que incentivem a administração pública a adotar práticas mais eficientes e melhorar a qualidade dos seus serviços. Assim, é crucial que a responsabilidade extracontratual do Estado englobe ações que promovam a prevenção de falhas futuras e incentivem a atuação administrativa com maior qualidade.

As falhas na prestação dos serviços públicos afetam toda a sociedade, seja de forma direta – quando o usuário é a vítima – ou indireta – quando o Estado é obrigado a reparar o particular pelo dano sofrido. Assim, é preciso buscar soluções para garantir a qualidade dos serviços públicos.

Para que o instituto da responsabilidade extracontratual do Estado cumpra seu papel preventivo, é necessário pensar em alternativas que visem a correção de falhas de forma mais abrangente. Uma possível solução seria a aplicação de medidas corretivas, como a imposição de auditorias, exigência de avaliações periódicas da qualidade do serviço público pelos seus usuários.

Nesse contexto, o Judiciário, ao responsabilizar o Estado por falhas na prestação de serviços públicos, poderia também determinar ações que promovam mudanças institucionais nas áreas em que o problema foi detectado, desde que essas ações estejam em consonância com o princípio da discricionariedade administrativa e o da separação dos três poderes.

Dessa forma, o instituto da responsabilidade extracontratual do Estado, a partir de sua dimensão preventiva, pode desempenhar um papel significativo na melhoria da qualidade dos

³⁵⁷ Ibid., p. 140.

serviços prestados, atuando como um mecanismo de controle da atuação administrativa, através da aplicação de sanções que vão além da imposição do dever de reparação do dano à vítima.

Assim, a responsabilidade extracontratual não mais se limitaria a um instituto que possui como único objetivo a compensação da vítima que sofreu o dano cometido pelo Estado, sendo também capaz de promover o aprimoramento contínuo dos serviços públicos, através da adoção de outras formas de responsabilização da Administração Pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade extracontratual do Estado pelo mau funcionamento dos serviços públicos corresponde a um mecanismo essencial para garantir a qualidade e a eficiência dos serviços públicos, podendo ser capaz de promover não apenas a reparação dos danos causados aos particulares, mas também a melhoria contínua da atuação administrativa.

Ao longo desse estudo, discutimos os principais pontos a respeito deste instituto e de que forma ele é fundamental para assegurar o direito fundamental dos cidadãos à boa administração. A responsabilidade extracontratual pelo mau funcionamento dos serviços públicos, além de garantir aos cidadãos lesados por condutas decorrentes da falha na prestação do serviço o direito à reparação dos danos sofridos, também reforça a ideia de que o Estado é responsável por prestar serviços públicos de qualidade.

Além disso, a partir desse estudo é possível perceber a complexidade que envolve o instituto da responsabilidade extracontratual do Estado pelas falhas na prestação dos serviços públicos, abarcando diversas problemáticas que até os dias de hoje provocam debates e posicionamentos divergentes na doutrina.

Em um cenário onde as falhas nos serviços públicos são frequentes, seja no Brasil ou em Portugal, a responsabilidade extracontratual do Estado se apresenta como um recurso vital, podendo ser utilizado para corrigir essas falhas e promover a melhoria dos serviços prestados. Ao reconhecer a falha do Estado e a consequente obrigação de reparar, reforça-se a necessidade de uma Administração Pública mais eficiente e transparente, alinhada com os princípios da boa administração e do respeito ao cidadão.

Nesse contexto, é importante ressaltar a dimensão preventiva que a responsabilidade extracontratual do Estado pela falha na prestação dos serviços públicos é capaz de exercer ao impor da Administração Pública a adoção de uma postura proativa na resolução dos problemas inerentes à sua atuação nos serviços públicos.

Essa imposição poderá vir através da possibilidade de determinação de outras sanções ao ente público que ultrapassem a dimensão reparatória individual da vítima, focando no aspecto preventivo, podendo obrigar o Estado a comprovar a correção do problema que gerou a falha na prestação dos serviços, por exemplo.

No entanto, isso não significa que a reparação à vítima deverá deixar de existir. É fundamental que o dano seja reparado pelo ente público, garantindo a devida compensação pelos prejuízos sofridos. No entanto, quando o dano envolve a Administração Pública, ele afeta

toda a sociedade, mesmo de forma indireta. Portanto, é crucial adotar medidas para evitar a recorrência de situações semelhantes.

Assim, a aplicação de sanções ao Estado através do reconhecimento da sua responsabilidade perante a prestação de serviços públicos não deve ser vista de forma individualizada, isolada apenas ao caso em discussão, mas como parte de um processo contínuo de aperfeiçoamento administrativo na busca pela garantia do direito à prestação de serviços públicos de qualidade.

Entretanto, para que esse instituto possa exercer seus papéis de reparação, prevenção e melhoria da atuação administrativa na prestação dos serviços públicos, é fundamental a aplicação de melhorias para garantir sua efetividade – tanto no Brasil, quanto em Portugal.

Em Portugal, apesar da existência da responsabilidade extracontratual do Estado pelo funcionamento anormal do serviço no ordenamento jurídico e da delimitação com maior clareza dos parâmetros que caracterizam essa modalidade de responsabilidade, é necessário a adoção de medidas voltadas à diminuição do tempo de espera para o julgamento definitivo desse tipo de ação pelos Tribunais Administrativos.

No Brasil, a falta de regime próprio e as diversas interpretações dadas à regra geral trazida pelo art. 37.º, §6.º da CF/88 comprometem a uniformidade na análise do nexo de causalidade entre a conduta praticada pela Administração Pública e o dano sofrido pelo usuário do serviço público.

É necessário que os tribunais adotem critérios mais claros a respeito dos requisitos que devem ser observados para a responsabilização do Estado pela má prestação dos serviços públicos, não podendo a responsabilidade ficar a cargo de critérios que dependem do juiz responsável pelo processo.

Além disso, o sistema de precatórios já se mostrou ineficaz desde a sua criação, gerando um efeito bola de neve que só aumenta a cada ano, ultrapassando e comprometendo a capacidade financeira dos entes públicos. Na prática, esse sistema de pagamento, além de ensejar num maior endividamento do Estado, faz com que o particular passe anos aguardando pela efetiva reparação pecuniária pelos danos sofridos.

Assim, o sistema de precatórios, da forma como se encontra atualmente, compromete a efetividade do instituto da responsabilidade extracontratual do Estado pelo mau funcionamento dos serviços públicos, se fazendo necessária a adoção de mecanismos que garantam o pagamento mais célere das indenizações advindas de condenações contra os entes públicos.

Pelo exposto, é possível concluir que a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde a um instituto vital para a proteção dos direitos dos cidadãos. Embora os desafios

sejam números, a efetivação desse direito é essencial para fortalecer o Estado de Direito e garantir que a Administração Pública esteja sempre comprometida com a qualidade na prestação dos serviços públicos.

Sabe-se que garantir a qualidade dos serviços públicos não corresponde a uma tarefa fácil em razão da complexidade que envolve a atuação administrativa, composta por diversos organismos e órgãos em que atuam diversos agentes públicos. Entretanto, a responsabilidade extracontratual do Estado pode ser mais uma ferramenta capaz de identificar e corrigir as falhas existentes na prestação desses serviços.

Nesse sentido, por meio da combinação de melhorias nos campos legais, processuais e culturais, é possível garantir que a responsabilidade extracontratual do Estado pela falha na prestação dos serviços públicos cumpra seu papel como mecanismo de justiça e de promoção de serviços públicos eficientes e de qualidade.

REFERÊNCIAS

Doutrina

- Almeida, Mario Aroso. **Teoria Geral do Direito Administrativo**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2015.
- Almeida, Mario Aroso. **Teoria Geral do Direito Administrativo**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2018.
- Amaral, Diogo Freitas. **Curso de Direito Administrativo**. Vol. II. 4. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2018.
- Amaral, Diogo Freitas. **Curso de Direito Administrativo**. Vol. I. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- Amado Gomes, Carla. A responsabilidade civil extracontratual do Estado por quebra do dever da boa administração. In: Miguel, João Manuel da Silva; et al. (coords.). **Responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas**: Jurisdição administrativa e fiscal. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, mai. 2020. Disponível em: <<https://cej.justica.gov.pt/E-Books/Direito-Administrativo-e-Fiscal>>. Acesso em: 10 ago. 2024.
- Amado Gomes, Carla. Princípio da boa administração: tendência ou clássico?. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional** [recurso eletrônico], Belo Horizonte, v. 18, n. 73, jul./set. 2018.
- Amado Gomes, Carla. Riscando a culpa do mapa da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas? In: Gomes, Carla Amado. **Novos Estudos sobre Direito da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas – por facto da função administrativa**. Lisboa: AAFDL, 2019.
- Amado Gomes, Carla. **Textos Dispersos sobre direito da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas**. Lisboa: AAFDL, 2010.
- Barbosa, Ruy. **A culpa civil das Administrações Públicas – Acção de Perdas e Danos de Antônio Martins Marinhos contra Fazenda Municipal**: Razões Finaes. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio de Rodrigues & Comp., 1889.
- Braga Netto, Felipe. **Novo Manual de Responsabilidade Civil**. São Paulo: JusPodvm, 2024.
- Cadilha, Carlos Fernandes. O novo regime de responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas pelo exercício da função administrativa. **Revista do CEJ**, n. 11, p. 245-263, 2009.
- Cadilha, Carlos Fernandes. **Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas**: Anotado. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- Caetano, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. Vol. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

Caetano, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. Vol. II. Coimbra: Almedina, 1983.

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

Carvalho Filho, José. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

Cavalcanti, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1905.

Cavaliere Filho, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

Chapus, René. **Droit administratif général**. Tome 1. 4. ed. Montchrestien: [s.n.], 1988.

Cortez, Margarida. A responsabilidade civil da Administração por omissões. **Cadernos da Justiça Administrativa**, n. 40, jul./ago. 2003.

Cretella Júnior, José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1980.

Di Pietro, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

Dias, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1944.

Diniz, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Duez, Paul. **La Responsabilité de La Puissance Publique (en dehors du contrat)**. Paris: Dalloz, 1927.

Fagundes, Miguel Seabra. O direito administrativo na futura constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 168, abr./jun.. 1987.

Freitas, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 35, n. 1, jan./jun., 2015.

Gordillo, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras seletas, tomo 8: teoría general del derecho administrativo**. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013.

Harriou, Maurice. L'extension de la théorie de la faute de service aux administrations départementales. **Note sous Tribunal des conflits**, 29 février 1908, Feutry, S. 1908.3.97. *Revue générale du droit* on line, n.º 15400, p. 3, 2015. Disponível em: <www.revuegeneraledudroit.eu/?p=15400>. Acesso em: 17 jun. 2024.

Ismail Filho, Salomão. Boa administração: um direito fundamental a ser efetivado em prol de uma gestão pública eficiente. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 114, set./dez. 2018.

- Justen Filho, Marçal. A Responsabilidade do Estado. In: Freitas, Juarez (Org.). **A Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- Justen Filho, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.
- Medauar, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- Meireles, Hely; Burle Filho, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- Mello, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 36. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023.
- Modesto, Paulo. Notas de um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista do Serviço Público**, ano 51, n. 2, abr./jun. 2000.
- Moraes, Alexandre de. Princípio da eficiência e a evolução do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. In: Leite, George Salomão; Sarlet, Ingo Wolfgang (Coords.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- Morais, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- Neves, Ana Fernandes. Anotação aos n.º 3 e 4. In: Amado Gomes, Carla; Pedro, Ricardo; Serrão, Tiago (Coords.). **O regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas: comentários à luz da jurisprudência**. 3. ed. Lisboa: AAFDL, 2022.
- Neves, Ana Fernandes. **Direito da organização administrativo e serviço público**. Coimbra: Almedina, 2023.
- Oliveira, Rafael. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.
- Otero, Paulo. Direito fundamental à responsabilidade civil dos poderes públicos e crise financeira: esboço de uma metódica ponderativa de restrição. In: Amado Gomes, Carla; Pedro, Ricardo; Serrão, Tiago (Coords.). **O regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas: comentários à luz da jurisprudência**. 3. ed. Lisboa: AAFDL, 2022.
- Reinaldo, Couto; Capagio, Álvaro. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- Sampaio, Jorge. A Lei n.º 67/2007 e a Constituição da República Portuguesa – o recorte normativo do princípio constitucional da responsabilidade civil extracontratual do Estado e a jurisprudência constitucional. In: Amado Gomes, Carla; Pedro, Ricardo; Serrão, Tiago (Coords.). **O regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas: comentários à luz da jurisprudência**. 3. ed. Lisboa: AAFDL, 2022.
- Schmidt-Assmann, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática**. Madrid; Barcelona: Instituto Nacional

de Administración Pública; Marcial Pons, 2003. Disponível em: <<https://www.upg.mx/wp-content/uploads/2015/10/LIBRO-45-Teoria-General-del-Derecho-Administrativo-como-Sistema.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2024.

Schreiber, Anderson. Novas tendências da Responsabilidade Civil brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 22, abr./jun. 2005.

Serrão, Tiago. **O Direito do Regresso na Responsabilidade do Estado**. 1. ed. Lisboa: AAFDL, 2020.

Silva, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

Sousa, Marcelo Rebelo de; Matos, André Salgado de. **Responsabilidade civil administrativa**. 1. ed. Lisboa: Dom Quixote, 2008.

Uruguay, Visconde do. **Ensaio sobre o Direito Administrativo**. Tomo I. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862.

Zockun, Carolina. **Da intervenção do Estado no domínio social**. São Paulo: Malheiros, 2009.

Sites de notícias consultados

Portugueses insatisfeitos com o acesso aos serviços de saúde. Disponível em: <<https://www.europeia.pt/noticias/portugueses-insatisfeitos-com-o-acesso-aos-servicos-de-saude/>>. Acesso em: 18 ago. 2024.

Serviços Público em Portugal são ‘assim assim’. Disponível em: <<https://www.jornaldenegocios.pt/economia/justica/detalhe/servicos-publicos-em-portugal-sao-assim-assim>>. Acesso em 18 ago. 2024.

Dívida da União com precatórios já chega a R\$ 141,7 bilhões <www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/641015/noticia.html?sequence=1&isAllowed=>>. Acesso em: 07 de ago. 2024.

The Law Commission Consultation. Parecer N° 187, p. 139. Disponível em: <<http://www.lawcom.gov.uk/docs/cp187.pdf>>. Acesso em: 09 de ago. 2024

Jurisprudência consultada

Brasil

Supremo Tribunal Federal

AC n.º 7.225, Relator(a): Min. Aníbal Freire, julgado em 1930.

RE n.º 130764, Primeira Turma, Relator(a): Min. Moreira Alves, , julgado em 12 de maio de 1992.

RExt n.º 369.820-6/RS, Segunda Turma, Relator(a): Min. Carlos Velloso, julgado em 04 de nov. 2003.

AI n.º 734689/DF, Segunda Turma, Relator(a): Min. Celso de Mello, julgado em 01 de mar. 2010.

AgRg no AREsp n.º 38576/SP, Primeira turma, Relator(a): Min. Benedito Gonçalves, julgado em 01 de mar. 2012.

RE 841526/RS, Tribunal Pleno, Relator(a): Min. Luiz Fux, julgado em 30 de mar. 2016.

RE 580252/MT, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 16 de fev. 2017.

ADO 24/DF, decisão monocrática, Min. Dias Toffoli, julgado em 31 de jan. 2018.

ADI 2077/BA, Tribunal Pleno, Relator(a): Min. Alexandre de Moraes, julgado em 30 de agosto de 2019.

RExt. n.º 136.861/SP, Tribunal Pleno, Relator(a): Min. Alexandre de Moraes, julgado em 11 mar. 2020.

ADI 4028/SP, Tribunal Pleno, Relator(a): Rosa Weber, julgado em 23 de nov. 2021.

ADI 7337/MG, Tribunal Pleno, Relator(a): Alexandre de Moraes, julgado em 27 de mar. 2023.

Superior Tribunal de Justiça

AgRg no AREsp n.º 38576/SP, Primeira Turma, Relator(a): Min. Benedito Gonçalves, julgado em 30 de mar. 2016.

AgInt no REsp 1605821/RS, Segunda Turma, Relator(a): Min. Francisco Falcão, julgado em 16 de nov. 2017.

Tribunais Estaduais e Regionais

TJSP – AC: 10341694220198260224/SP, 8ª Câmara de Direito Público, Relator: Bandeira Lins, Data de Julgamento: 31/05/2021.

TJ-MG - AC: 10283120002771001 MG, Relator: Peixoto Henriques, Data de Julgamento: 14/08/2018.

TRF-4 - AC: 50343114120144047000 PR, Terceira Turma, Relator: Marga Inge Barth Tessler, Data de Julgamento: 25/04/2017.

Portugal

Supremo Tribunal Administrativo

Acórdão de 16 de dezembro de 1998, processo n.º 021673.

Acórdão de 07 de dezembro de 1999, processo n.º 044836.

Acórdão de 14 de outubro de 2004, processo n.º 0813.

Acórdão de 24 de setembro de 2020, processo n.º 0133/11.8BEPNF.

Acórdão de 04 de fevereiro de 2021, processo n.º 022/09.6BEPNF.

Tribunal Central Administrativo Sul

Acórdão TCA-Sul de 23 de junho de 2022, processo n.º 1296/12.0BESNT.

União Europeia

Tribunal de Justiça da União Europeia

Acórdão do TJUE de 14 de outubro de 2004, C-275, n.º 21.