

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS DE SUAS AUTARQUIAS, FUNDAÇÕES, EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA – SUBSIDIÁRIA OU OBJETIVA?

*Benigno Cavalcante**
*Wanderlei de Paula Barreto***

SUMÁRIO: *Introdução; 2 Pressupostos da responsabilidade civil; 2.1 Relação de causalidade; 3 Pessoas jurídicas de direito público; 3.1 Autarquias; 3.2 Empresas Públicas; 3.3 Sociedades de economia mista; 4 Responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva; 4.1 Responsabilidade solidária e responsabilidade subsidiária; 4.2 Impossibilidade de decretação da insolvabilidade das pessoas jurídicas de direito público; 5 Conclusão; Referências.*

RESUMO: O presente artigo visa analisar a possibilidade da existência de responsabilidade civil do Estado, solidaria ou subsidiariamente, pelos danos causados por suas respectivas autarquias, fundações, empresas públicas ou empresas de economia mista.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil; Estado; Solidariedade; Subsidiariedade.

THE STATE RESPONSIBILITY FOR ITS MUNICIPALITIES FOUNDATIONS ACTS, SOCIETY AND PUBLIC ENTERPRISES MIXED ECONOMY – AFFILIATED OR OBJECTIVE?

*Especialista em Direito Empresarial; Mestrando em Ciências Jurídicas no Centro Universitário de Maringá – CESUMAR; Advogado. E-mail: benigno.cavalcante@yahoo.com.br

**Pós Doutor em Direito Civil pela Universidade Heidelberg e Max Plank Institute, Alemanha; Doutor em Direito Civil pela Universidade Ebrhard-Karls, Alemanha; Docente do Curso de Mestrado em Direito e Coordenador do Grupo de Pesquisa de Direitos da Personalidade do Centro Universitário de Maringá - CESUMAR. E-mail: advwpbar@wnet.com.br

ABSTRACT: This article aims to analyze the possibility of civil liability of the state, solidarity or alternatively, for the damages caused by their respective municipalities, foundations, public enterprises or companies of mixed economy.

KEYWORDS: Liability; State; Solidarity; Subsidiarity.

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS DE SUS AUTARQUÍAS, FUNDACIONES, EMPRESAS PÚBLICAS Y SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA - ¿SUBSIDIARIA U OBJETIVA?

RESUMEN: Este artículo analiza la posibilidad de la existencia de responsabilidad civil del Estado, solidaria o subsidiariamente, por los daños causados por sus respectivas autarquías, fundaciones, empresas públicas o empresas de economía mixta.

PALABRAS-CLAVE: Responsabilidad civil; Estado; solidariedad; Subsidiariedad.

INTRODUÇÃO

O Código Civil brasileiro de 2002 estabelece, em seu art. 43, a responsabilidade objetiva do Estado pelos atos de seus representantes, que, nessa qualidade, causem danos a terceiros por ato ilícito. Igual disposição legal continha o Código revogado, de 1916, em seu art. 15.

Na sistemática do direito civil codificado de Beviláqua, havia a distinção entre responsabilidade objetiva, assim considerada a responsabilidade do Estado, pelos atos ilícitos praticados por seus agentes, e responsabilidade contratual, na qual bastava a demonstração do inadimplemento do contrato ou a ocorrência do dano, para que se estabelecesse a obrigação de indenizar¹.

A par destes dispositivos normativos contidos no Código de Beviláqua, embora recepcionados pelo Código Civil brasileiro de 2002, encontravam-se, também, dispositivos referentes à responsabilidade: dos pais pelos filhos menores que se encontrassem em seu poder; do tutor e curador pelos atos do tutelado ou cura-

¹ O atual Código Civil brasileiro manteve a mesma sistemática, ao abordar, no art. 389 a obrigação indenizatória nas hipóteses de inadimplemento das obrigações. O texto da norma objetiva revogada tratava da questão no art. 1056 sob a rubrica “das conseqüências da inexecução das obrigações”.

telado; do patrão, amo ou comitente, pelos atos de seus empregados, serviços e prepostos; dos donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro².

Esta responsabilidade pela falta de vigilância sobre atos de terceiros,³ que a doutrina⁴ nomina de “*responsabilidade por fato de outrem*” ocupou, no cenário jurídico, a posição de “responsabilidade objetiva”, generalizando e ampliando a atuação do instituto antes reservado ao Estado.

Seguindo esta linha de pensamento, facilmente se estabeleceu liame entre a responsabilidade objetiva e a responsabilidade subsidiária, cuja distinção, necessária, foi sendo, ao longo do tempo, abandonada pelos operadores do Direito.

Não raro, os doutrinadores aludem à responsabilidade objetiva como expressão sinônima de responsabilidade contratual ou de responsabilidade por fatos de terceiros. Não obstante, muito se tem debatido a respeito da responsabilidade subsidiária, considerando-se esta, amiúde, uma extensão da responsabilidade objetiva.

Deste modo, indaga-se se o Estado tem responsabilidade objetiva e, consequentemente subsidiária, pelos atos praticados por seus agentes e se, na categoria de “agentes” pode-se considerar as autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Com efeito, estar-se-ia estabelecendo, também, uma responsabilidade solidária do Estado por atos de seus agentes?

O objetivo do presente estudo reside em analisar cada um destes institutos e os apresentar sob seu enfoque jurídico adequado e correto do ponto-de-vista da linguagem jurídica.

2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O Código Civil de 1916 contemplava, em seu art. 159, a culpa subjetiva, ou aquiliana, como fundamento gerador da obrigação de indenizar⁵. Segundo este estatuto, já revogado, não se admitia a presunção de culpa para determinar a responsabilização do agente⁶.

² Vide art. 1.521 do Código Civil brasileiro, de 1916, e art. 932 do Código Civil brasileiro, de 2002.

³ BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Edição Histórica, 1940 – Observações ao art. 1.521 - “a responsabilidade, pelo que outros praticam, funda-se na falta de vigilância (culpa in vigilando), que a posição da pessoa impõe.”.

⁴ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. São Paulo, SP: Saraiva, 2002. p. 546.

⁵ RODRIGUES, Sílvio. **Curso de Direito Civil** – vol. 4 Responsabilidade Civil. São Paulo, SP: Saraiva, [S. d.]. p. 1;

⁶ Excepcionalmente, se admitia a presunção de culpa nos danos decorrentes de acidentes nas estradas de ferro e suas dependências, por força do Decreto Legislativo n.º 2.681, de 07 de dezembro de 1912.

A responsabilidade civil, em sua origem e na influência que exerce no sistema moderno, pressupunha a idéia de punir aquele que, em razão de sua conduta, viesse a causar dano a outrem.

Desta forma, os pressupostos da responsabilidade civil se estabeleciam na verificação, cumulativa, da ocorrência dos seguintes elementos constitutivos da obrigação de indenizar: a) conduta (culposa ou dolosa) do agente; b) dano; e c) relação de causalidade. Ora, segundo este modelo contemplado pelo texto civil revogado, ainda que o agente se conduzisse de modo culposo, não haveria a obrigação de indenizar, exceto se, efetivamente, houvesse o dano. Não se verificando o dano, não haveria que se falar em obrigação de indenizar.

Em outras palavras, não se admitia a responsabilização pela conduta, e sim pelo resultado danoso desta conduta. Contudo, esta teoria, em razão da intensa alteração do comportamento individual, quer pela elevação da densidade populacional, seja pela própria tecnologia, colocou a sociedade à mercê de novas situações ou circunstâncias que a submeteram a maior vulnerabilidade no seu direito individual.

Tanto é assim que, na esfera do direito penal, já se cogitava sobre a teoria do dolo eventual, ou seja, a responsabilização do agente do ilícito por sua conduta, embora culposa num primeiro momento, mas com resultado violento dele decorrente. Neste contexto, não se pode aceitar que o resultado danoso tivesse um tratamento jurídico brando em razão da sua conduta meramente culposa.

O Código Civil de 2002, seguindo esse mesmo entendimento, baseia seu conceito de responsabilidade civil na teoria do risco. Desde então, já não se exige o concurso dos pressupostos da responsabilidade subjetiva, mas a responsabilização do agente tem seu início já na reprovabilidade de sua conduta.

É o que se denomina de teoria do risco. O agente assume para si o risco do dano, quando comete ato ilícito. Por esta razão, optou a *mens legislatoris* por tratar a causa da responsabilidade civil e a obrigação de indenizar, diferentemente do que se via no art. 159 do texto revogado.

Com efeito, o art. 186, do atual Código Civil, trata da conduta do agente, assinalando o conceito de ato de ilícito. Já, no art. 927, o Código Civil observa que a obrigação de indenizar pressupõe o ato ilícito como causa, sem relevar, como no texto anterior, a culpa subjetiva.

Resulta desse entendimento que a regra geral se traduz pela responsabilidade objetiva do indivíduo assim considerado um potencial causador de dano. Em outras palavras, a amplitude do conceito social do atual Código Civil brasileiro focaliza, com maior grau de importância, a pessoa causadora do dano, ainda que potencialmente, e não o resultado danoso, propriamente dito.

De todo modo, são pressupostos da responsabilidade civil, segundo o dispositivo normativo do art. 186, a ocorrência do dano, a conduta do agente (dolosa ou

culposa) e a relação de causalidade entre tal conduta e o evento danoso.

No sistema legal anterior, segundo João Manuel de Carvalho Santos,⁷ a imputabilidade da obrigação de indenizar só seria possível às pessoas capazes, pois que, sem a livre determinação de sua vontade, não haveria como se lhe atribuir a responsabilidade civil. Mas, reconhece o eminente autor, que:

O nosso Código⁸ não aceitou completamente esta doutrina, tendo estabelecido para o menor a responsabilidade a partir dos 16 anos, enquanto que para os loucos só admite a irresponsabilidade para aqueles que estejam interditos, pois só então terá aplicação o que vem disposto o Art. 1.521, n. II, que fala em responsabilidade do curador pelos atos do curatelado.

O Código Civil de 2002 dispõe sobre a responsabilidade do incapaz, genericamente, no art. 928, só escusando a responsabilidade deste na hipótese de não haver a obrigação para seus responsáveis ou estes não disporem de meios suficientes.

Não fica, no atual sistema civil, dependente da capacidade do agente causador do dano para que se emerja a obrigação de indenizar.

Outro pressuposto é a existência do dano em si. Não basta a conduta ilícita do agente, para se buscar a responsabilidade indenizatória, se não houver o resultado danoso a ser reparado.

Não se está afastando do enfoque a conduta ilícita, da pessoa causadora do dano conforme já analisado precedentemente, na atual orientação do Código Civil. Entretanto, sem o resultado danoso não se pode punir⁹ a pessoa que tenha agido com manifesta imprudência ou negligência ou, ainda, quando agir com a vontade deliberada de causar o dano.

Dano, na lição de Silvio de Salvo Venosa¹⁰, é o prejuízo, moral ou material suportado pelo ofendido, seja ele individual ou coletivo, assinalando que o dano está sempre relacionado com a noção de prejuízo.

E esta concepção de dano deve guardar correspondência com o princípio de que a ninguém é dado causar dano a outrem injustamente. Nas hipóteses de legítima defesa ou estado de necessidade, não obstante a ocorrência do dano e vontade deliberada de seu causador, não há a obrigação de indenizar.

⁷ SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado** – Vol III: Parte Geral. 13. ed. Rio de Janeiro, RJ: Livraria Freitas Bastos, 1988. p. 318;

⁸ Refere-se o autor ao Código Civil de 1916;

⁹ Compreende-se a obrigação de indenizar, modernamente, como uma punição ao causador do dano. Já não se fala mais em reparação do dano, tão somente, mas na punição efetiva do causador do evento danoso.

¹⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil** – Responsabilidade Civil. 4. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2004 v. 4. p. 33.

Silvio de Salvo Venosa¹¹, ao discorrer sobre o “dano injusto”, assevera que:

Em concepção mais moderna, pode-se entender que a expressão *dano injusto* traduz a mesma noção de *lesão a um interesse*, expressão que se torna mais própria modernamente, tendo em vista ao vulto que tomou a responsabilidade civil. Falamos anteriormente que, no dano moral, leva-se em conta a dor psíquica ou mais propriamente o desconforto comportamental. Trata-se, em última análise, de interesses que são atingidos injustamente. O dano ou interesse deve ser atual e certo; não sendo indenizáveis a princípio, danos hipotéticos. Sem dano ou sem interesse violado, patrimonial ou moral, não se corporifica a indenização. A materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima.

Ao se analisar a conduta ilícita do agente, esta ação (ou omissão) terá relevância na demonstração cabal do resultado danoso, desde que seja efetiva a ocorrência do dano. Sem o dano, a conduta ilícita do agente não apresenta relevância jurídica.¹²

2.1 RELAÇÃO DE CAUSALIDADE

Entre os pressupostos da responsabilidade civil encontra-se, ainda, como fator intrinsecamente a determinar a obrigação de indenizar, a relação de causalidade entre o evento danoso e a conduta da pessoa a quem se atribui a responsabilidade por sua ocorrência.

Este pressuposto da responsabilidade civil representa o liame entre o ato ilícito e o evento danoso e, malgrado a redundância, dada sua obviedade, é insuperável, certamente, na aferição da obrigação de indenizar.

Trata-se, na lição de Silvio de Salvo Venosa¹³, de elemento indispensável:

A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexa causal. Se a vítima que experimentou um dano, não identificar o nexa causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida.

¹¹ VENOSA, Silvio de Salvo, op cit., p. 34.

¹² Certamente se está referindo ao restrito campo da responsabilidade civil, reconhecendo-se, por outro lado, a tese do dolo eventual consagrado na doutrina do direito penal;

¹³ VENOSA, Silvio de Salvo, op cit., p. 45.

Este nexos causal ou nexos de causalidade, nas preleções de Cleyton Reis¹⁴, deve ser aferido tendo-se em vista a relação imediata entre o agente causador do dano e o dano efetivo. Para bem ilustrar este ensinamento, reporte-se o fato de um consumidor de energia elétrica que, ao adquirir um imóvel, é surpreendido com a interrupção do fornecimento pela concessionária, por ausência de pagamento. Certamente, sofreu o consumidor, um dano; porém, não decorrente, imediatamente, da ação da concessionária, mas por omissão de pagamento do vendedor do imóvel que lhe antecederam na habitação.

De outro lado, se a culpa é exclusiva da vítima, não se pode atribuir ao agente a responsabilidade pelo ato danoso. Da mesma forma, verifica-se a ocorrência de qualquer das hipóteses de excludente da responsabilidade indenizatória.

3 PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO

As pessoas jurídicas se classificam em dois grupos, conforme sua órbita de atuação, quais sejam: as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado. Dentre as pessoas jurídicas de direito privado encontram-se as empresas públicas e as sociedades de economia mista, as quais, não obstante, denominar-se-ão pessoas jurídicas de direito público especial. Apenas as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas e sociedades de economia mista serão objeto deste estudo.

3.1 AUTARQUIAS

Autarquia é uma pessoa jurídica de direito público com autonomia administrativa e orçamentária, criada por lei. Segundo Hely Lopes Meirelles¹⁵

Autarquia é forma de descentralização administrativa, através da personificação de um serviço retirado da Administração centralizada. Por essa razão, à autarquia só deve ser outorgado serviço público típico, e não atividades industriais ou econômicas, ainda que de interesse coletivo.

Esta definição é apresentada pelo Decreto-lei n.º 200/67, não sem as críticas pertinentes de Celso Antonio Bandeira de Mello,¹⁶ que apontou a deficiência da

¹⁴ REIS, Clayton. **Responsabilidade Civil nas Violações aos Direitos da Personalidade**. Maringá, PR: Centro Universitário de Maringá – CESUMAR, 2008. [Aula ministradas no Programa de Mestrado em Direito].

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2000. p. 334.

¹⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo, SP: Malheiros

definição legal, por não assinalar a expressão pessoa jurídica de direito público.

Trata-se de pessoa jurídica com existência legal independente e, portanto, com *status personae* próprio. Deste modo, responde pelos atos danosos causados, em seu nome, por seus agentes administrativos.

3.2 EMPRESAS PÚBLICAS

A Constituição da República permite ao Estado a exploração direta de atividade econômica, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo¹⁷.

Embora seja uma atividade tipicamente empresarial, o capital é constituído exclusivamente pelos recursos públicos, não se admitindo a participação privada, ainda que minoritária. O controle pertence, necessariamente, à União, aos Estados ou aos Municípios.

A natureza jurídica da empresa pública, considerando-se seu objetivo econômico próprio de empresa,¹⁸ deve se sujeitar ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias estabelecido por lei.¹⁹

Não há dúvidas quanto à responsabilidade civil e comercial das empresas públicas, nos moldes em que respondem as demais sociedades empresárias. Por fim, a empresa pública é uma pessoa jurídica de direito privado, por força de dispositivo legal.²⁰

3.3 SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

A Constituição da República também faculta ao Estado exercer atividade econômica com participação mista do capital, desde que o ente político seja o acionista majoritário e controlador.

Nesta modalidade de atividade econômica, a sociedade deverá ser constituída sob a forma de sociedade anônima. Aliás, é importante ressaltar que a atividade econômica exercida pelo Estado, seja por meio de empresa pública, seja mediante sociedade de economia mista, ensina José Edwaldo Tavares Borba,²¹ deverá se

Editores, 2005. p. 145.

¹⁷ Constituição da República Federativa do Brasil, Art. 173.

¹⁸ Empresa, na definição do art. 966 do Código Civil brasileiro é a atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens e serviços.

¹⁹ Vide art. 173, § 1.º, inciso II, da Constituição da República.

²⁰ Dec.-lei 900, de 29.09.69, art. 5.º.

²¹ BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. Rio de Janeiro, RJ: Freitas Bastos, 1996. p. 378.

fixar nas formas societárias limitativas das responsabilidades dos sócios.

4 RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

Já se disse, no início deste trabalho, que a responsabilidade objetiva, em certa medida, deve ser compreendida como a responsabilidade do Estado pelos atos de seus agentes, e não a responsabilidade que tenha uma pessoa por fato de outrem.

A responsabilidade subjetiva, por outro lado, é, na realidade, a responsabilidade extracontratual ou *aquiliana*, praticada pelo indivíduo e pendente da comprovação da culpa. As pessoas jurídicas de direito público respondem, tão somente, na forma objetiva pelos atos praticados por seus agentes.

A doutrina aceita a instituição da responsabilidade objetiva, quando pretende assinalar a responsabilidade pelo fato de outrem ou, ainda, a responsabilidade contratual. A distinção técnica entre estes institutos se apresenta relevante para a análise da responsabilidade solidária do Estado.

Oportuna é a observação de José de Aguiar Dias²², que, embora reconhecendo o debate sobre o tema, com certa dose de ironia, assim se expressou:

Não confundimos, pelo menos propositadamente, os casos de responsabilidade objetiva com os de presunção de culpa. Na realidade, como já tivemos ocasião de dizer, o expediente da presunção de culpa é, embora não o confessem os subjetivistas, mero reconhecimento da necessidade de se admitir o critério objetivo. Teoricamente, porém, observa-se a distinção, motivo por que só incluímos como casos de responsabilidade objetiva os que são confessadamente filiados a esse sistema.

Certamente, a responsabilidade objetiva, assim considerada a responsabilidade contratual, que independe de culpa do obrigado pela reparação, encerra a solidariedade estabelecida entre os agentes e o contratante.

Entre os agentes da pessoa jurídica de direito público, depara-se com um fenômeno jurídico peculiar. O poder estatal é exercido por intermédio de três funções distintas, independentes e autônomas, porém harmoniosamente vinculadas ao mesmo ente.

Discute-se, com frequência, sobre a ingerência de um poder sobre o outro. Se o presidente da República legisla por meio de medidas provisórias, produz a indignação do legislativo, que se sente aviltado em sua função precípua. Se o Po-

²² DIAS, José De Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1960. v. I. p. 107.

der Judiciário intervém, declarando inconstitucional uma norma, ou se considera abusiva certa medida tomada pelo Poder Executivo, sofrerá também as inevitáveis críticas.

Por outro lado, estas instituições elementares e indispensáveis na formação do Estado Democrático não possuem personalidade jurídica. Logo, os atos praticados pelos poderes serão de responsabilidade do Estado.

Ao discorrer sobre a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público Silvio de Salvo Venosa²³ assevera:

Quanto aos atos do Poder Judiciário, prevalece ainda a opinião de que o Estado não é responsável pelos atos jurisdicionais, sob a égide da independência dos poderes. A idéia central é a de que, se o Executivo não pode interferir nas decisões judiciais, não pode também responder por tais atos. No entanto, o Estado deve ser responsabilizado pela falha dos serviços judiciários, por aplicação da teoria da falta do serviço, de origem francesa. Se o Estado falha em não fornecer Justiça, retardando ou suprimindo as decisões por desídia de servidores em geral, juízes inclusive, greves ou mazelas do aparelhamento, aplica-se a responsabilidade do Estado em sentido lato.

Não só a função jurisdicional, mas, igualmente, a função legislativa se resente da interferência de outros poderes quanto à sua atividade constitucional, invocando sua autonomia e independência. Mas, essa autonomia e independência, tão rigorosamente defendida por seus membros, não autoriza a responsabilização direta por seus atos por meio de seus membros.

O orçamento público prevê, certamente, todo o custeio da manutenção de cada um dos poderes constituídos, mas a responsabilidade pelos danos praticados por seus membros recai sobre o patrimônio do Estado como um todo.

Neste contexto, estar-se-ia aduzindo a responsabilidade subsidiária do Estado? A resposta é negativa, pois o Estado é, na hipótese, o principal responsável não havendo que se falar em responsabilidade subsidiária. Aliás, não é exagero ressaltar que o Estado é um Poder Unitário, atuando por intermédio de suas funções administrativa, jurisdicional e legislativa.

4.1 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E SUBSIDIÁRIA

A solidariedade nas obrigações tem lugar sempre que, numa mesma obrigação, concorrerem diversos credores ou diversos devedores, cada qual com direito ou

²³ VENOSA, op cit., p. 85.

obrigado por toda a prestação.²⁴

É cediço, ainda, que a solidariedade não se presume, devendo antes ser prevista pelas partes envolvidas na relação obrigacional ou estabelecida por lei. Na chamada responsabilidade objetiva, em que pese a sua combatida nomenclatura, está-se diante de responsabilidade solidária.

Os pais respondem, solidariamente, pelos atos praticados por seus filhos, da mesma maneira que os empregadores, mandantes, tutores e curadores por seus respectivos representados.

Esta solidariedade, no entanto, nem sempre admite a possibilidade jurídica de regresso em face do causador do dano, como ocorre, v.g., na responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos. De outro lado, nada obsta que a vítima do evento danoso promova a ação, diretamente, em face do agente administrativo causador do dano.

Em relação a estes agentes administrativos, há a solidariedade do Estado, posto que agem em nome e por conta e risco do próprio Estado²⁵.

Nisto reside a distinção da responsabilidade subsidiária, na medida em que não se está impondo, à vítima do dano, o chamado benefício de ordem em que se constitui a responsabilidade, em primeiro lugar, do causador do dano e, após exauridos todos os bens deste, a faculdade de voltar-se sobre o patrimônio daquele.

Não se deve, portanto, confundir a responsabilidade subjetiva com a responsabilidade subsidiária e a responsabilidade objetiva com a responsabilidade solidária, superando-se, assim a imperfeição na linguagem técnica jurídica.

4.2 IMPOSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DA INSOLVABILIDADE DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO

A razão maior da indagação acerca da responsabilidade solidária das pessoas jurídicas de direito público, notadamente das sociedades de economia mista, das empresas públicas e das autarquias reside na verificação da possibilidade de se alcançar os bens que compõem o patrimônio ativo de cada uma destas entidades.

Como já visto, a personalidade jurídica representa um instituto excepcional no cenário jurídico do direito civil, a reconhecer independência e autonomia aos

²⁴ Vide o disposto no art. 264 do Código Civil brasileiro

²⁵ Neste sentido, decisão da 1.a Turma do Tribunal Regional Federal da 4.a Região, nos autos de Agravo de Instrumento interposto pelo Instituto de Seguridade Social – INSS contra decisão do Juiz Federal que reconheceu a obrigação da autarquia de indenizar por ato ilícito praticado pela escritã judicial: “É certo que a conduta da escritã não deverá ficar impune. Não menos certo é o fato de já ter sido encaminhada a instauração do competente inquérito, nos termos do ofício enviado pelo Procurador da República (fl. 483 do processo principal), sem olvidar da responsabilidade objetiva do ente estatal por atos ilícitos perpetrados por seus agentes: artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988.”

entes não naturais, colocando a salvo os interesses pessoais e patrimoniais de seus membros²⁶. Embora não encontrando literal dispositivo no atual Código Civil brasileiro, forçoso é reconhecer no texto do art. 1.022 o mesmo princípio que fundamenta a existência do ente não natural.²⁷

Desta excepcionalidade decorre outra exceção que é a desconsideração da personalidade jurídica. Ora, a desconsideração da personalidade jurídica não teria sentido prático algum, não fosse a possibilidade de se buscar, subsidiariamente, no patrimônio de seus membros, a garantia patrimonial das obrigações sociais.

A responsabilidade subsidiária encontra respaldo legal no art. 1.024 do Código Civil brasileiro, que veda a expropriação dos bens particulares dos sócios, sem antes exaurir o patrimônio social.

Vê-se que a responsabilidade subsidiária tem aplicação, quase que excepcional, às sociedades empresárias, assim consideradas aquelas pessoas jurídicas cujo objetivo seja essencialmente econômico.

É neste caráter que se encontram a empresa pública e a sociedade de economia mista, isto é, a Constituição da República Federativa do Brasil admite a atividade empresarial pelo Estado, nos mesmos moldes da atividade empresarial exercida pela iniciativa privada²⁸.

Dentro desta perspectiva, certamente não se pode olvidar que a atividade empresarial exercida pelo Estado deva assumir uma das espécies de sociedade cuja responsabilidade pessoal dos sócios seja limitada, ainda que solidária.

Antes de se fazer uma análise sobre as características da responsabilidade solidária, é razoável salientar que as empresas públicas e as sociedades de economia mista²⁹ não encontram, na legislação especial que as disciplina, as mesmas disposições legais de caráter geral estabelecidas para as atividades empresariais, de modo geral.

Com efeito, dispunha o art. 242, da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976³⁰,

²⁶ O texto do Código Civil de 1916 estabelecia no art. 20: As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros.

²⁷ Dispõe o art. 1.022: A sociedade adquire direitos, assume obrigações e procede judicialmente, por meio de administradores com poderes especiais, ou, não os havendo, por intermédio de qualquer administrador.

²⁸ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

²⁹ Atividades empresárias por excelência, visto que buscam a atividade lucrativa.

³⁰ Este dispositivo legal foi revogado pela Lei nº 10.303, de 2001.

que as companhias de economia mista não se sujeitavam ao instituto falimentar, embora seus bens pudessem ser penhorados e executados, respondendo a pessoa jurídica controladora, subsidiariamente, pelas suas obrigações. A lei de falências, então em vigor,³¹ não estabelecia qualquer restrição a estas entidades “atípicas” de direito privado.

Com a revogação da lei falimentar, em vigor por mais de quatro décadas, por pequeno período de tempo pode-se estender a responsabilidade subsidiária aos seus membros pelas obrigações sociais. Mas, quem responderia, subsidiariamente, pelas obrigações de uma empresa pública? O ente político que se revestiu desta forma empresarial para exercer, excepcionalmente, uma atividade econômica ou seus agentes administrativos? Não se tem notícia de que qualquer dessas empresas públicas ou mesmo sociedades de economia mista tenha se submetido a tal tratamento próprio e comum aos empresários da iniciativa privada.

Na década de 1990, a Viação Aérea São Paulo – VASP, uma sociedade anônima de economia mista, tendo o Estado de São Paulo como seu principal acionista e controlador, teve seu controle acionário transferido a dois grupos econômicos, sendo um deles formado pelos próprios empregados da companhia, permanecendo o Estado paulista na condição de acionista minoritário.

Durante o período de crise financeira pela qual atravessou a companhia aérea, não se aproximou de seus administradores o risco da falência. Isto porque, nestas entidades controladas pelo ente político, o orçamento público é socorro permanente.³²

A lei n.º 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, pôs fim ao curto período em que se poderia buscar a responsabilidade subsidiária das empresas públicas e das sociedades de economia mista sem que se testemunhasse qualquer medida neste sentido.

Se, de um lado, a lei n.º 6.404, de 1976, teve revogado o dispositivo que vedava a aplicação do instituto falimentar a estes entes empresariais com a maciça participação do capital público, de outro lado, a atual lei de falências³³ e recuperação da empresa ripristinou aquele dispositivo revogado ao excluir, expressamente³⁴, as empresas públicas e as sociedades de economia mista do alcance da falência e da recuperação da empresa.

³¹ Dec.-lei 7.661, de 21 de junho de 1945.

³² Em seu curto governo, o presidente Fernando Collor de Mello, demonstrando alguma habilidade administrativa empresarial, chegou a cogitar a revogação do art. 242 da Lei das S.A., como forma de prover os cargos administrativos das grandes estatais federais com técnicos e não apenas com “cabos eleitorais” sem conhecimento técnico e descompromissados com os eventuais desacertos de suas respectivas administrações.

³³ Lei n.º 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, revogou integralmente o Dec.-lei 7.661, de 21 de junho de 1945.

³⁴ Art. 2º Esta Lei não se aplica a:

I – empresa pública e sociedade de economia mista;

A exigência constitucional para que as empresas públicas e as sociedades de economia mista se revistam de uma das modalidades de sociedades empresárias, se bem que por suas peculiaridades se restrinjam às sociedades de responsabilidade limitada (sociedades limitadas e sociedades anônimas), não autoriza alcançar a responsabilidade subsidiária da pessoa jurídica que a controla.

Da mesma forma, e por iguais razões jurídicas, não se aplica o instituto da responsabilidade solidária, categoria aplicável na hipótese de frustração patrimonial da pessoa jurídica. Neste caso, os bens a serem alcançados deveriam ser os da entidade política controladora e não a de seus administradores, visto que, por analogia, são meros representantes ou mandatários daquela.

É a impossibilidade de se declarar a insolvabilidade do Estado que desautoriza invocar o instituto da responsabilidade solidária e subsidiária deste pelas obrigações de seus agentes administrativos.

Se as empresas públicas e as sociedades de economia mista, que se revestem de um tipo societário essencialmente empresarial, não se submetem a estes dispositivos de proteção dos interesses de tantos quantos com elas contratam, tão pouco as autarquias e as fundações públicas terão o respaldo da responsabilidade solidária e subsidiária do Estado por suas obrigações.

Exemplo ilustrativo a espantar qualquer dúvida sobre esta hipótese é o Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, autarquia federal cujo freqüente déficit financeiro é amparado, continuamente, pelo próprio orçamento público.

No momento em que se elabora este trabalho de monografia, os jornais noticiam a informação prestada pelo Diretor-Geral da Agência Nacional do Petróleo sobre a descoberta de importante poço de gás no litoral brasileiro. Esta informação, entusiasmada pelo excessivo otimismo de expressiva autoridade, fez com que as ações da Petrobrás³⁵ na Bolsa de Valores experimentassem significativa evolução, acarretando prejuízo e colocando em risco o próprio sistema econômico nacional³⁶.

A recente crise no sistema aeroportuário do País desnudou a incompetência do Estado Brasileiro, nos atos dos diretores da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC³⁷ causando incalculáveis prejuízos aos usuários dos serviços aeroportuários de todo o Brasil.

O número de demandas indenizatórias em face da referida autarquia não pode ser estendida, solidaria ou subsidiariamente, à União Federal. E as razões jurídi-

³⁵ Petróleo Brasileiro S/A. – Sociedade de Economia Mista.

³⁶ O Diretor Geral da ANP, Haroldo Lima, cujo mandato se estende até o ano de 2010, em entrevista aos jornalistas acusou os “especuladores” pela alta dos valores das ações e demais papéis negociáveis em Bolsas e Mercados de Balcão pela Petrobrás S.A. atitudes como esta, infelizmente freqüentes no cenário administrativo brasileiro, produzem insegurança jurídica na esfera privada dos cidadãos.

³⁷ O Ministro da Defesa Nelson Jobim encontrou obstáculo constitucional intransponível, ao se opor ao Diretor Geral daquela Agência, autarquia subalterna ao Ministério da Defesa.

cas para isto residem no fato da existência autônoma e independente da autarquia, criada por Lei, e a impossibilidade de insolvabilidade desta entidade.

Este falso protecionismo que reveste as autarquias federais, notadamente estas agências reguladoras, acobertam os desmandos de tantos dirigentes que se acomodam sob o manto intransponível da responsabilização única e exclusiva do Estado por todas as conseqüências de seus atos administrativos desastrosos.

Não se retira a responsabilidade subjetiva destes agentes administrativos pelos danos causados em nome do ente político. Mas, ao que parece, o enquadramento pela improbidade administrativa tem aquietado o interesse individual do cidadão vitimado. E, quando este ergue sua bandeira indenizatória, o faz em face da entidade política, unicamente.

Merecem destaque, ainda, as ações perpetradas pelos movimentos sindicalistas, particularmente dos funcionários públicos, que, paralisando os serviços públicos, por vezes essenciais, causam, igualmente, imensurável infortúnio aos cidadãos. Nestas hipóteses, é possível vislumbrar-se a responsabilidade solidária do Estado juntamente com a responsabilidade da entidade Sindical.

Outro movimento social, crescente no Brasil, sem personificação ou identidade legal, é o denominado Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra – MST, que provoca inúmeras invasões e destruição do patrimônio público e privado com a tolerância do Estado.

5 CONCLUSÃO

O modelo estatal brasileiro está refém de uma estrutura arcaica e agigantada que lhe impede os movimentos mais céleres na realização de sua finalidade administrativa.

Para solucionar este incômodo infortúnio, foram criadas entidades políticas vinculadas ao Estado com atividades descentralizadas e outras de natureza econômica com vistas a regular e manter a estabilidade na atividade mercantil.

Surgem, então, as autarquias, as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Estas últimas, reconhecidas por sua órbita de atuação no plano do direito privado, a exemplo das autarquias, estão vinculadas ao Estado e dele dependem para fomentar seus fracassos financeiros. O Estado, por sua vez, se utiliza dos recursos gerados por estas entidades para suprir o alto custo de sua manutenção administrativa.

O Estado não pode sofrer qualquer intervenção de liquidação ou insolvabilidade, na medida em que é ele, Estado, o provedor da administração pública. Em outras palavras, o Estado não pode sucumbir.

Suas entidades, assim denominadas paraestatais, desde que dotadas de perso-

nalidade jurídica própria, respondem por seus próprios atos danosos e, com seu patrimônio, respondem por suas conseqüências indenizatórias.

Quando o Estado, por meio de sua atividade administrativa direta (Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário) causa dano a outrem, deve responder, exclusivamente, assegurando-se o direito de regresso contra seus agentes administrativos ou aqueles que, em seu nome ou sob sua custódia, o praticaram.

Por outro lado, quando o Estado pratica atos danosos por meio de sua administração indireta, por intermédio de entidades dotadas de personalidade jurídica, seja de direito público, como ocorre com as autarquias e fundações públicas, seja de direito privado, mas vinculadas ao Estado, como ocorre com as empresas públicas e sociedades de economia mista, estas entidades respondem, exclusivamente, sem a solidariedade do Estado.

A tese sustentada se baseia no fato de que estas entidades, denominadas paraestatais, são, na verdade, o próprio Estado em ação, apenas com sua atividade descentralizada. Logo, não há que se falar em responsabilidade solidária ou subsidiária do Estado.

O interesse relevante do instituto da solidariedade e da responsabilidade subsidiária reside na possibilidade de insolvabilidade da pessoa jurídica ou, ainda, da ausência de recursos ou incapacidade do devedor na obrigação de indenizar.

Se o Estado não se sujeita ao instituto falimentar, e por determinação legal, as empresas públicas e as sociedades de economia mista estão fora do alcance deste instituto, a discussão a respeito da responsabilidade solidária e subsidiária do Estado, pelas obrigações das fundações públicas, autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, é totalmente inócua e sem sentido.

A administração pública brasileira, no afã de encontrar o melhor modelo ou sistema administrativo, cria organismos com dotação orçamentária e administração descentralizada, e, para isso, há a necessidade de atribuição de personalidade jurídica a estes.

Essas pessoas jurídicas, de direito público ou de direito privado vinculadas ao Estado, com existência autônoma e independente, devem responder exclusivamente pelos atos danosos causados por seus agentes e prepostos. Mas, a impossibilidade da decretação de sua insolvabilidade, por se encontrar vinculada, umbilicalmente, ao Estado, torna inútil e descabida a invocação do instituto da responsabilidade solidária e subsidiária do Estado.

REFERÊNCIAS

BEVILAQUA, CLÓVIS. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Edição Histórica, 1940.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. Rio de Janeiro, RJ: Freitas Bastos, 1996.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1960. v. I.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. São Paulo, SP: Saraiva, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2000.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2005.

REIS, Clayton. **Responsabilidade Civil nas Violações aos Direitos da Personalidade**. Maringá: Centro Universitário de Maringá – CESUMAR, 2008. [Aula ministradas no Programa de Mestrado em Direito].

RODRIGUES, Silvio. **Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil**. São Paulo, SP: Saraiva, [S. d.]. v. IV.

SANTOS, João Manuel de Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. Rio de Janeiro, RJ: Livraria Freitas Bastos, 1988. v. III: Parte Geral.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil – Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2004. v. IV.

Recebido em: 29 novembro 2008

Aceito em: 02 abril 2009