

ano 19 - n. 76 | abril/junho – 2019  
Belo Horizonte | p. 1-280 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v19i76  
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional  
[www.revistaaec.com](http://www.revistaaec.com)

# A&C

**Revista de Direito  
ADMINISTRATIVO  
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &  
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

**FORUM**

## FORUM

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15ª andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737  
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral  
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.  
I. Fórum.

CDD: 342  
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico: Walter Santos

### Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

#### Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

#### Entidade promotora

A A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

#### Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

#### Linha Editorial

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

#### Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

#### Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

#### Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

# Responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes de atividades do terceiro setor

*State civil liability for damages resulting from activities of the third sector*

**José Sérgio da Silva Cristóvam\***

Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil)  
jscristovam@gmail.com

**Mateus Stallivieri da Costa\*\***

Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil)  
mateusstallivieri@gmail.com

**Arthur Bobsin de Moraes\*\*\***

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Brasil)  
arthur.bobsin@advempresarial.com.br

---

Como citar este artigo/*How to cite this article*: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; COSTA, Mateus Stallivieri da; MORAES, Arthur Bobsin de. Responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes de atividades do terceiro setor. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 105-123, abr./jun. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i76.1108.

- \* Professor Adjunto de Direito Administrativo no Curso de Graduação em Direito e no Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (Florianópolis-SC, Brasil). Doutor em Direito Administrativo pela UFSC (2014), com estágio de Doutorado Sanduíche junto à Universidade de Lisboa – Portugal (2012). Mestre em Direito Constitucional pela UFSC (2005). Especialista em Direito Administrativo pelo Cesusc (2003). Membro Fundador e Presidente do Instituto Catarinense de Direito Público (ICDP). Membro Fundador do Instituto de Direito Administrativo de Santa Catarina (Idasc) e da Academia Catarinense de Direito Eleitoral (Acade). Membro Efetivo do Instituto dos Advogados de Santa Catarina (Iasc). Conselheiro Federal da OAB. Presidente da Comissão Especial de Direito Administrativo da OAB/SC. Presidente da Comissão de Acesso à Justiça da OAB/SC. Membro da Comissão de Direito Constitucional da OAB/SC. Coordenador do Grupo de Estudos em Direito Público do CCJ/UFSC (Gedip/CCJ/UFSC). *E-mail*: jscristovam@gmail.com.
- \*\* Mestrando em Direito pelo PPGD da Universidade Federal de Santa Catarina (Florianópolis-SC, Brasil). Bacharel em Direito pela UFSC. Membro do Grupo de Estudos em Direito Público (Gedip/CCJ/UFSC). Membro da Comissão de Direito e Infraestrutura da OAB/SC. Advogado em Santa Catarina. *E-mail*: mateusstallivieri@gmail.com.
- \*\*\* Pós-Graduando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Belo Horizonte-BH, Minas Gerais). Bacharel em Direito pela UFSC. Presidente da Comissão da Jovem Advocacia da OAB/SC. Auditor do Superior Tribunal de Justiça Desportiva do Futebol Americano Conselheiro Estadual da Juventude do Estado de Santa Catarina (Conjuve). Advogado em Santa Catarina. *E-mail*: arthur.bobsin@advempresarial.com.br.

**Recebido/Received:** 14.04.2019 / April 14<sup>th</sup>, 2019  
**Aprovado/Approved:** 22.06.2019 / June 22<sup>nd</sup>, 2019

---

**Resumo:** O estudo pretende promover uma revisão bibliográfica, pela via da pesquisa documental qualitativa e prescritiva, sobre o tema da responsabilidade civil do Estado em decorrência de atividades do terceiro setor. Tal empreitada desponta com especial relevo, inclusive, ante a crescente importância do chamado terceiro setor no desempenho de uma gama cada vez maior de atividades afetas ao Poder Público. Por meio da metodologia dedutiva, o desenvolvimento do estudo passa por três momentos principais: primeiro, com a recuperação histórica da responsabilidade civil do Estado e a consolidação da modalidade objetiva fundada no risco administrativo; segundo, com o debate em torno dos conceitos gerais e a classificação dos entes pertencentes ao terceiro setor; terceiro, com a conjugação das duas temáticas e a discussão sobre a possibilidade de responsabilização estatal por eventuais danos decorrentes de atividades daquelas entidades privadas. Ao final, o estudo conclui pela fixação de uma regra geral de ausência da responsabilização estatal, mas sem desconsiderar a possibilidade inversa em determinados casos, em especial quando a entidade privada assume a prestação de serviços públicos em nome do Estado, o que pode redundar na configuração das bases para um regime de responsabilidade estatal subsidiária objetiva.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil do estado. Terceiro setor. Serviço público. Delegação. Responsabilidade subsidiária.

**Abstract:** This article aims to promote a bibliographical review, through qualitative and prescriptive documentary research, related to State civil liability as a result of activities of the third sector. This research stands out, mainly, considering the increasing importance of the third sector in the performance of an increasing range of activities related to the Public Power. Through the deductive methodology, the development of the study passes through three moments: first, with the historical review of the State civil liability and the consolidation of the objective responsibility, based on the administrative risk; second, with the debate around the general concepts and the classification of the entities of the third sector; third, with the combination of these two themes and the discussion about the possibility of state responsibility for eventual damages resulting from the activities of those private entities. Lastly, this article concludes by the need for an establishment a general rule of state responsibility, but without neglecting the inverse possibility in certain cases, especially when the private entity assumes the provision of public services on behalf of the State, which may require setting the basis for an objective subsidiary state responsibility regime.

**Keywords:** State civil liability. Third sector. Public servisse. Delegation. Subsidiary liability.

**Sumário:** **1** Introdução – **2** Sobre a responsabilidade civil do Estado e seus aspectos destacados – **3** Sobre o terceiro setor: definição, contornos e aspectos destacados – **4** Sobre a responsabilidade civil das entidades integrantes do terceiro setor – **5** Considerações finais – Referências

---

## 1 Introdução

No Brasil, de há muito a dimensão estatal não se estabelece mais apenas a partir da noção de Administração Pública<sup>1</sup> direta, composta por seus órgãos e

---

<sup>1</sup> Para evitar confusões semânticas, o uso da expressão escrita com letras minúsculas – “administração pública” – será reservado à atividade administrativa, restando à grafia com maiúsculas – “Administração Pública” – para aludir ao conjunto de entidades jurídicas que podem desenvolver a atividade administrativa. Nesse sentido, ver: RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. p. 13.

servidores estatais. Na contemporaneidade, a Administração Pública indireta é uma realidade de efetivação das políticas governamentais e suas atribuições em geral, tanto por meio de suas autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e, mais recentemente, os consórcios públicos. Ocorre que a complexidade na prestação de diversos serviços públicos, alguns sobrepesos da burocracia estatal e, sobretudo, a crescente influência dos setores econômicos na estruturação do aparato estatal e nas suas decisões, acabam por induzir o alargamento de diversos casos de “parceiras” do Poder Público com parcelas do setor privado, inclusive em atividades tidas por essenciais, como saúde e educação, no que se convencionou situar entre o Estado e o mercado – designado de esfera do “público não estatal”.<sup>2</sup>

O avanço do que se consagrou denominar por terceiro setor (setor não governamental) é fenômeno correlato a essa maior e direta participação de entidades privadas (sem fins lucrativos) no âmbito do setor público. Por ser um fenômeno relativamente recente, que se ampliou mais vivamente depois do advento da Constituição de 1988,<sup>3</sup> com uma maior regulamentação e aplicação já na virada do século XXI, diversas são as dúvidas e questionamentos que ainda remanescem acerca do seu funcionamento e o desenho do respectivo regime jurídico aplicável a várias de suas dimensões.

Com efeito, atualmente parece difícil ignorar a crescente participação das entidades do terceiro setor no dia a dia da população, principalmente como auxiliares na prestação de relevantes serviços no interesse da sociedade. Inevitavelmente, essa constante e crescente presença acaba por ampliar sobremaneira os riscos de atos danosos, em geral passíveis de responsabilização na esfera civil. Sobre o tema, a doutrina jurídica nacional parece pacífica na tendência de ser refratária a eventuais ilhas de irresponsabilidade, quer estatal quer privada. O que pende, no mais das vezes, é o acordo sobre o respectivo regime jurídico de responsabilização. Eis o problema central desse estudo, que pretende discutir o cabimento de eventuais situações de responsabilização civil estatal por danos decorrentes de atos de entidades do terceiro setor, bem assim acerca do seu respectivo regime de responsabilidade civil – se objetivo ou se subjetivo.

Com base no método dedutivo, a recuperação da concepção geral de responsabilidade civil estatal e o recorte para o modelo de responsabilização

<sup>2</sup> BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill (Org.). *O público não-estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999. p. 15-48. Disponível em: <http://www.reformadagestaopublica.org.br/pape rs/1998/84PublicoNaoEstataRefEst.p.pg.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2019.

<sup>3</sup> Sobre o tema, ver: MODESTO, Paulo. Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 214, p. 55-68, out./dez. 1998. Disponível em: <file:///C:/Windows/system32/config/systemprofile/Downloads/47266-93448-1-PB.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2019.

das entidades do setor não governamental serão realizados por meio de revisão bibliográfica documental.

Sobre a sua estrutura, o estudo parte da recuperação da responsabilidade civil do Estado, sua origem histórica, conceitos, elementos e concepção atual dentro do ordenamento brasileiro, para, em um segundo momento, avançar no debate sobre os contornos do terceiro setor, seu conceito e classificação. Por fim, passa-se à análise do modelo de responsabilização civil por danos decorrentes de atos das entidades do setor sem fins lucrativos e eventuais casos de responsabilização estatal subsidiária objetiva.

## 2 Sobre a responsabilidade civil do Estado e seus aspectos destacados

A responsabilidade civil decorre do descumprimento de uma obrigação, causado pela desobediência de determinado termo contratual ou de preceito legal que regula a conduta humana.<sup>4</sup> Nesse sentido, a clássica definição de Rene Savatier sobre o instituto como “[...] a obrigação que pode ser imposta a uma pessoa de reparar um dano causado por outrem por fato seu ou fato de pessoa ou coisa dele dependentes”.<sup>5</sup> Sergio Cavalieri Filho divide a responsabilidade civil em dois grupos distintos: responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual.<sup>6</sup> Esta, como dever jurídico derivado da quebra de obrigação legal, constitui-se no objeto central do presente estudo.

Quando a responsabilidade civil extracontratual surge de ação ou omissão cometida pelo Estado, fala-se da responsabilidade civil do Estado. Do ponto de vista jurídico-político, Gustavo Scatolino e João Trindade lembram que a noção de responsabilização estatal reforça a própria ideia de Estado de direito,<sup>7</sup> com o que parece concordar Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem esse instituto consolida a própria ideia de república, vez que não se pode cogitar de sujeitos irresponsáveis dentro de uma ordem normativa republicana.<sup>8</sup>

Nada obstante, essa noção de responsabilização estatal é fenômeno relativamente recente dentro do direito, existindo um largo período de predominância da teoria da irresponsabilidade.<sup>9</sup> Sobre o tema, Marco Aurélio Morosini recupera a

<sup>4</sup> TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 325.

<sup>5</sup> SAVATIER, René. *Traité de La responsabilité civile em Droit français*. 10 ed. Paris: LGDJ – R. Pichon e R. Durand-Auzias, 1951. p. 1 *apud* PEDREIRA, Ana Maria. *A responsabilidade do estado por omissão*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2016. p. 12.

<sup>6</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 30-31.

<sup>7</sup> SCATOLINO, Gustavo; TRINDADE, João. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 848-849.

<sup>8</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 1000.

<sup>9</sup> SCATOLINO, Gustavo; TRINDADE, João. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 852.

teoria da responsabilidade do Estado em três fases distintas: uma primeira negativa (irresponsabilidade estatal); uma segunda, marcada pelo caráter subjetivo (civilista); e uma terceira, marcada pelos preceitos do regime jurídico-administrativo.<sup>10</sup>

Na mesma esteira, Maria Helena Diniz recupera que o período de irresponsabilidade decorria do entendimento de que os direitos individuais seriam *inoponíveis* perante soberania estatal.<sup>11</sup> Por outro lado, apesar dessa ordem de irresponsabilidade do Estado, o lesado não estaria totalmente abandonado, cabendo-lhe por vezes postular reparação contra o próprio agente causador do dano.<sup>12</sup>

No segundo estágio, com a ascensão das teorias liberais no século XIX e o crescimento da valorização do indivíduo, a teoria da irresponsabilidade estatal acabou suplantada pela *teoria civilista da responsabilidade estatal*.<sup>13</sup> Inicialmente, os atos estatais restaram divididos em atos de império e atos de gestão, em que apenas estes ostentariam o potencial de acarretar danos indenizáveis.<sup>14</sup> A dificuldade de definição conceitual dessa classificação, aliada ao fato de que restaram mantidas as prerrogativas/privilégios comuns à irresponsabilidade estatal aos atos de império,<sup>15</sup> levou à pressão daqueles que se sentiam prejudicados por essa doutrina à sua superação por outra mais afinada ao conjunto de interesses que protagonizavam naquele cenário. Essas críticas levaram ao surgimento da *teoria da culpa civil* – no seio da responsabilidade civil subjetiva estatal,<sup>16</sup> cabendo ao Estado responder por danos de seus agentes, quando comprovadamente atuassem quer com dolo quer por negligência, imprudência ou imperícia.<sup>17</sup> Mesmo assim, essa dimensão subjetiva da responsabilidade estatal, em aparente equiparação com os particulares em geral, continuava a acarretar prejuízos aos eventuais lesados por atos do Poder Público,<sup>18</sup> ante a dificuldade ou até (por vezes) impossibilidade de identificação dos agentes causadores do dano, afora o quase sempre complexo enquadramento das

<sup>10</sup> MOROSINI, Marco Aurélio. *Aspectos da responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional*. 2016. 202 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. p. 39.

<sup>11</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: 7 Responsabilidade civil*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 642.

<sup>12</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 249.

<sup>13</sup> MOROSINI, Marco Aurélio. *Aspectos da responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional*. 2016. 202 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. p. 49.

<sup>14</sup> MOROSINI, Marco Aurélio. *Aspectos da responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional*. 2016. 202 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. p. 43.

<sup>15</sup> HUMENHUK, Hesterston. *Responsabilidade civil do Estado constitucional por omissão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 29.

<sup>16</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 791.

<sup>17</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 1011.

<sup>18</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 1011.

respectivas condutas como negligência, imprudência ou imperícia.<sup>19</sup> Isso acabou por impulsionar para o estágio seguinte da responsabilidade civil do Estado, com a migração da *teoria civilista* para o nascente regime jurídico-administrativo,<sup>20</sup> desequilibrado da relação de horizontalidade do direito comum, no marco das *teorias publicistas*.<sup>21</sup>

Sobre o tema, comumente as *teorias publicistas* têm sua construção recuperada a partir do “caso Blanco” (*arrêt Blanco*),<sup>22</sup> julgado pelo Tribunal de Conflitos francês em 1873, do qual se retira a afirmação histórica da autonomia do regime jurídico-administrativo. A decisão do Tribunal de Conflitos francês foi pela competência da jurisdição administrativa para julgar o caso, mas sob um regime de “direito especial” da Administração, assegurada a sua condição de privilégio.<sup>23</sup> Nessa marcha, a noção privada da culpabilidade foi substituída pela noção de falha da prestação do serviço (*faute du service*). Caberia responsabilidade ao Poder Público quando não prestasse, ou prestasse serviço público de maneira indevida (culpa anônima), fora dos critérios e padrões esperados.<sup>24</sup>

Odete Medauar ressalta que, apesar dessa possibilidade de presunção de culpa e da diferenciação entre a culpa da Administração e do agente, essa modalidade baseada na *faute du service* ainda redundava em uma dura batalha do lesado até a efetiva reparação dos danos sofridos, ante a dificuldade em configurar falha no funcionamento do serviço se ausente um padrão preestabelecido.<sup>25</sup> Essa dificuldade somente seria superada com o advento da *teoria do risco administrativo*, base para o modelo de responsabilidade civil do Estado de matriz objetiva. Com acerto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro lembra que essa nova doutrina toma por fundamento

<sup>19</sup> MOROSINI, Marco Aurélio. *Aspectos da responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional*. 2016. 202 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. p. 45.

<sup>20</sup> Sobre a recuperação histórica e os contornos do regime jurídico-administrativo, ver: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 241-258.

<sup>21</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: 7 Responsabilidade civil*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 642.

<sup>22</sup> O “caso Blanco” refere-se ao trágico infortúnio que acometeu uma criança de cinco anos (Agnès Blanco), atropelada pelo vagão de um trem (serviço público). Os pais da menina tiveram negada a indenização tanto pelo Tribunal de Bordéus como pelo Conselho de Estado, porquanto ambos se declararam incompetentes para decidir o pleito, ante a relação com a Administração Pública, o que afastava a incidência das regras de direito civil, situação dirimida pelo Tribunal de Conflitos para reconhecer a competência da jurisdição administrativa, mas não para julgar o caso sob as regras do direito comum e sim a partir de “um ‘direito especial’ para a Administração, que tomasse em consideração o seu ‘estatuto de privilégio’” (SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise: ensaio sobre as acções no novo processo administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 11).

<sup>23</sup> SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise: ensaio sobre as acções no novo processo administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 55.

<sup>24</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 1003.

<sup>25</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno: de acordo com a EC 19/98*. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 388.

o princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais, com origem no art. 13 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.<sup>26</sup>

Com efeito, impulsionada pela industrialização, progresso científico, explosão demográfica e multiplicação dos acidentes e danos, a teoria do risco administrativo rompe com o vínculo subjetivo e passa a responsabilizar o Estado de forma objetiva, ou seja, sem análise do elemento culpa. Sobre o tema, Sérgio Cavalieri Filho afirma que “quem se dispõe a exercer alguma atividade perigosa terá que fazê-lo com segurança, de modo a não causar dano a ninguém sob pena de ter que por ele responder independente de culpa”.<sup>27</sup>

No Brasil, a Constituição de 1824 previa apenas a possibilidade de responsabilização dos empregados públicos, fórmula repetida pela Constituição de 1891.<sup>28</sup> A Constituição de 1891 e o Código Civil de 1916 instituíram a responsabilidade subjetiva do Estado, mantida nas ordens constitucionais de 1934 e 1937, porém nessas últimas duas com a possibilidade de responsabilização solidária entre o Estado e o agente público.<sup>29</sup> Foi somente o art. 194 da Constituição de 1946 que trouxe a responsabilidade objetiva, com a superação da doutrina da responsabilidade subjetiva inscrita no Código Civil de 1916,<sup>30</sup> situação normativa mantida pelas normas constitucionais pós-golpe de 1964, durante o período de ditadura militar.

Após a abertura democrática, além de manter o regime objetivo de responsabilização estatal, o §6º do art. 37 da Constituição de 1988 estendeu esse modelo àquelas pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.<sup>31</sup> Sobre o tema, Maria Sylvania Zanella Di Pietro ressalta como uma inovação da Constituição de 1988 a escolha pelo termo *agente* ao invés de *funcionário*, e aponta que existem duas regras gerais de responsabilidade dentro daquele dispositivo constitucional: uma referente à responsabilização do Estado (de cunho objetivo); outra em relação aos agentes (de cunho subjetivo).<sup>32</sup>

Com efeito, a expressão *agente público* ganha importância na compreensão da responsabilidade civil do Estado, ainda mais ante a ideia de que o Estado, como pessoa jurídica, opera por meio de seus agentes, que atuam em seu nome,<sup>33</sup>

<sup>26</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 793.

<sup>27</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 496.

<sup>28</sup> CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. *Responsabilidade extracontratual do Estado por omissão*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 53-54.

<sup>29</sup> MOROSINI, Marco Aurélio. *Aspectos da responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional*. 2016. 202 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. p. 55-56.

<sup>30</sup> SCATOLINO, Gustavo; TRINDADE, João. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 858.

<sup>31</sup> CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. *Responsabilidade extracontratual do Estado por omissão*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 55.

<sup>32</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 797.

<sup>33</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: 7 Responsabilidade civil*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 639.

configurando uma relação orgânica.<sup>34</sup> E o uso do vocábulo *agente* e não *funcionário* ou *servidor* foi propositada justamente pela sua amplitude.<sup>35</sup> Nessa esteira, podem ser “definidos como agentes públicos todos aqueles, de qualquer escalão, que tomam decisões ou realizam atividades alçadas do Estado, trabalhando para o desempenho de ‘um mister público’”.<sup>36</sup>

De outra banda, questão sempre controversa, quando o debate envolve a responsabilidade civil do Estado, repousa em definir se os danos decorrentes de omissão também estariam abrangidos pelo marco constitucional da dimensão objetiva. Sobre o tema, despontam duas grandes correntes doutrinárias contrapostas: (i) uma que sustenta a responsabilidade civil objetiva tanto para os casos de danos decorrentes de ações como de omissões estatais; (ii) outra que submete os danos decorrentes de condutas estatais omissivas à teoria da *faute du service*, de feição subjetiva.<sup>37</sup> Nessa esteira, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que o Estado apenas poderia ser responsabilizado por suas omissões ilícitas, pois se não existe dever de cumprir algo, não seria plausível responsabilizá-lo por algo que não tinha obrigação de fazer.<sup>38</sup> Nesse sentido, caberia ao lesado provar eventuais falhas/faltas na conduta estatal ante um dever legal. Na mesma linha, Maria Sylvania Zanella Di Pietro corrobora essa posição e menciona outros autores, como Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, José Cretella Junior e Yussef Said Cahali.<sup>39</sup>

Inclusive, esse assunto não se encontra pacificado nem mesmo no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), sendo que a matéria se encontra afetada ao plenário daquele tribunal, via sistema de repercussão geral, no âmbito do Recurso Extraordinário nº 136.861/SP, em que se discute a responsabilidade por falha na fiscalização por parte do município de São Paulo. Das palavras do Min. Gilmar Mendes, relator da matéria, retira-se o reconhecimento de que o tema “[...] parece que é realmente de grande relevância porque, de fato, o que se discute aqui é se teria havido omissão municipal – um município gigante como São Paulo”.<sup>40</sup>

<sup>34</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 1008.

<sup>35</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 65.

<sup>36</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 1008.

<sup>37</sup> Para uma análise em sentido diverso, com a releitura da teoria da *faute du service* em uma dimensão de responsabilização estatal de feição objetiva, ver: HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado por omissão: uma proposta de releitura da teoria da *faute du service*. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (Org.). *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvania Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1131-1155.

<sup>38</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 1028.

<sup>39</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 801.

<sup>40</sup> COSTA, Mateus Stallivieri da. *Responsabilidade civil do Estado por omissão: revisão da doutrina e da aplicação do instituto nos tribunais superiores*. 2017. 78 f. Monografia (Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. p. 40-41.

Inegavelmente, a situação é sim tormentosa e tem impacto direto no mundo da vida, nas relações práticas/concretas. Nada obstante a referida doutrina, da leitura do texto normativo do art. 37, §6º da Constituição de 1988, não parece haver como retirar essa dimensão dicotômica entre ações estatais (responsabilidade objetiva) e omissões estatais (responsabilidade subjetiva), até porque soa plenamente viável defender que danos possam ser “causados” por omissões, e não somente por ações do Poder Público.<sup>41 42</sup>

Por outro lado, há uma via intermediária que tem recebido destacado respaldo na doutrina nacional, no sentido de dividir as omissões em duas dimensões: uma específica e outra genérica. A omissão específica ocorre quando o Estado deveria agir, na condição de garante/guardião, mas pela omissão acaba por acarretar situação danosa cujo resultado tinha a obrigação de impedir (responsabilidade civil objetiva). Por seu turno, a omissão genérica ocorre quando recai sobre o Poder Público apenas um dever jurídico genérico, como é exemplo o dever de fiscalização decorrente do exercício do poder de polícia, ocasião em que eventual omissão não é determinante (mas apenas concorrente) para o resultado danoso (responsabilidade civil subjetiva).<sup>43</sup>

De fato, essa proposição que divide as omissões estatais em genérica e específica avança se comparada àquela contraposição tradicional, no sentido de oferecer uma via capaz assegurar maior equilíbrio na distribuição equitativa dos ônus comuns à convivência em sociedade. Com efeito, se da ordem jurídico-normativa retira-se determinada obrigação ao Poder Público, que dela não se desincumbe e disso decorre dano aos cidadãos, cabe-lhe o dever de indenização, independentemente de culpa. Aqui, para os contornos do presente estudo, cumpre perquirir sobre a obrigação do Estado em prestar o serviço de guarda-vidas em balneários e, mais ainda, se eventuais danos decorrentes da omissão estatal nessa obrigação atrairiam responsabilidade civil objetiva (independentemente de culpa) ou subjetiva (*faute du service*).

Passadas essas breves recuperações e reflexões sobre a responsabilidade civil estatal, convém partir para o debate em torno do terceiro setor, sua definição, contornos e aspectos destacados, e depois avançar na discussão acerca de eventuais intercessões entre os danos decorrentes de atividades de entidades do setor não governamental e a responsabilidade civil do Poder Público.

<sup>41</sup> No mesmo sentido, ver: GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luís Manuel Fonseca; BENACCHIO Marcelo (Org.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 239-292.

<sup>42</sup> Sobre o tema, ver: FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 290-298.

<sup>43</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 266-269.

### 3 Sobre o terceiro setor: definição, contornos e aspectos destacados

A definição do chamado terceiro setor não é tarefa fácil. Não é de hoje que a doutrina busca uma posição sobre o tema.<sup>44</sup> Odete Medauar aponta que o terceiro setor seria povoado por um ampliado rol de entidades, em geral dotadas de personalidade jurídica própria, crivados de características impassíveis de encaixe tanto nos moldes comuns àquelas entidades da Administração Pública indireta, quanto como órgãos da Administração Pública direta.<sup>45</sup>

Sobre a sua origem, ela decorre literalmente da tradução da expressão a partir do idioma inglês *third sector*, que foi primeiramente referida nos Estados Unidos da América e relacionada com a expressão complementar *non-profit organizations* (NPO) – organizações sem fins lucrativos.

Para Gustavo Justino de Oliveira, o terceiro setor é o conjunto de atividades voluntárias, desenvolvidas por organizações privadas não governamentais e sem ânimo de lucro (associações ou fundações), realizadas em prol da sociedade, independentemente dos demais setores (Estado e mercado).<sup>46</sup>

Antes de prosseguir no debate acerca do terceiro setor, oportuno recuperar, ainda que em linhas superficiais – apenas para os limites desse estudo –, breves considerações sobre estes demais setores. Sobre isso, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE/SP), na elaboração do *Manual básico de repasses ao terceiro setor*, define os três setores da seguinte maneira: (i) o primeiro setor é o Governo, que instrumentaliza as dimensões estatais e funciona como provedor das necessidades coletivas; (ii) o segundo setor é formado pela iniciativa privada, cuja competência dos meios de produção cuida preponderantemente dos anseios individuais/particulares; (iii) por fim, o terceiro setor traz a dimensão da participação dos cidadãos integrados em organizações sem fins lucrativos, não governamentais e voltadas à solução de problemas sociais, com o objetivo final de gerar serviços de caráter público.<sup>47</sup>

Nessa esteira, Marçal Justen Filho, ao comentar acerca da assunção pela Sociedade de parcela da responsabilidade dos encargos estatais, afirma que o Estado não dispõe de condições para satisfazer todas as necessidades de cunho

<sup>44</sup> Sobre o tema, ver: BARBIERI, Carla Bertucci. *Terceiro setor: desafios e perspectivas constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2018.

<sup>45</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno: de acordo com a EC 19/98*. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 101.

<sup>46</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Terceiro setor: desenvolvimento social sustentável. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 202.

<sup>47</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. *Manual básico de repasse ao terceiro setor*. 4. ed. São Paulo: Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, 2016. p. 15.

coletivo geral e essencial, razão pela qual necessita de entidades que subsidiem (ou até mesmo substituam) a atuação estatal, no caso o chamado terceiro setor.<sup>48</sup>

Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo aponta que o novo momento vivido pela ordem jurídico-administrativa brasileira pós-década de 1990 vem marcado por essa crescente valorização da atuação do Estado em parceria com entidades componentes do setor não governamental, na esfera do chamado “espaço público não estatal”.<sup>49</sup>

Por certo, esse posicionamento está longe de ser pacífico. Sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello traz firme crítica ao modo como a reforma administrativa trouxe termos oriundos da administração e/ou da economia, entre eles o próprio terceiro setor. Nessa esteira, denuncia que o setor não governamental é uma invenção da criatividade de economistas e administradores tributários do apogeu do neoliberalismo, de modo a considerar o inflacionado uso de entidades não estatais e também não vinculadas aos objetivos mercantis tradicionais, predispostas, ao menos formalmente, à realização de objetivos socialmente valiosos e economicamente desinteressados.<sup>50</sup>

Sobre o tema, Maria Sylvania Zanella Di Pietro propõe, entre a infinidade de modelos de entes privados, um conceito residual de terceiro setor (por exclusão): o terceiro setor compreenderia organizações que não integram nem o Estado (primeiro setor) nem inteiramente o mercado (segundo setor).<sup>51</sup> Nesse sentido, o setor não governamental caracterizar-se-ia pela presença de entidades de natureza privada, sem fins lucrativos, que exercem atividades de interesse social e coletivo, motivo pelo qual recebem incentivos do Estado, o que inclui também os serviços sociais autônomos (Sistema S), as entidades de apoio, as organizações sociais (OS) e as organizações da sociedade civil de interesse público (Oscip).<sup>52</sup>

Recuperando a esteira da crítica de Celso Antônio Bandeira de Mello, cumpre recordar que a justificativa da criação e o avanço das entidades do terceiro setor (para ele, filhas queridas do neoliberalismo) teriam sido a assertiva de que o Estado é mau prestador de serviços. O que, embora até possa ser verdadeiro, não afasta a imperiosa consideração de que o Estado, sem dúvida alguma, seria ainda pior fiscalizador do que prestador de serviços/atividades públicas.<sup>53</sup>

<sup>48</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 94.

<sup>49</sup> FIGUEIREDO, Cláudio Eduardo Regis. *Administração gerencial & a reforma administrativa no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 42-65.

<sup>50</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 225.

<sup>51</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Tratado de direito administrativo: Administração Pública e servidores públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 274.

<sup>52</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Direito administrativo*. 17. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 153.

<sup>53</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 229.

Nada obstante, sobre as diferentes entidades do terceiro setor, cumpre apontar que ganham relevo os serviços sociais autônomos (Sistema S), entidades instituídas por lei e com personalidade de direito privado, sem fins lucrativos, que têm por finalidade precípua prestar certos serviços sociais consistentes em ministrar assistência ou ensino a determinadas categorias sociais ou profissionais, dos quais servem de exemplo o Sesi, o Sesc, o Senai e o Senac.<sup>54</sup>

Há, ainda, as chamadas entidades de apoio, que podem ser definidas como pessoas jurídicas de natureza privada que exercem, sem fins lucrativos, atividade social relacionada à ciência, pesquisa, saúde e educação. Odete Medauar inclui como entes de colaboração as chamadas fundações de apoio, que em geral destinam-se à colaboração com instituições de ensino e de pesquisa, por meio de convênios, ajustes e contratos com universidades ou faculdades.<sup>55</sup>

Por sua vez, as Oscip são aquelas reguladas pela Lei Federal nº 9.790/1999, regulamentada pelo Decreto nº 3.100/1999 e pela Portaria nº 361/1999, do Ministério da Justiça, definidas como pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para exercer serviços sociais não exclusivos do Estado.<sup>56</sup> Em verdade, a designação por organização da sociedade civil de interesse público indica a qualificação jurídica (ou título jurídico) dada a pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos e instituídas por particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado, com incentivo e fiscalização do Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de termo de parceria.<sup>57</sup>

A figura das OS surge no seio da reforma da Administração Pública brasileira, na segunda metade da década de 1990, inicialmente previstas no Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, com a finalidade de buscar alternativas para o incremento da eficiência no oferecimento à população de serviços públicos não exclusivos do Estado, identificados em grande medida com os serviços sociais.<sup>58</sup> Sobre as OS, embora em geral enquadradas como entidades de colaboração integrantes do terceiro setor, cabe pontuar que há casos em que apresentam uma interessante peculiaridade distintiva: prestam serviço público por delegação do Poder Público, na medida em que se substituem à Administração Pública na prestação

<sup>54</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Direito administrativo*. 17. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 154.

<sup>55</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno: de acordo com a EC 19/98*. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 103.

<sup>56</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Direito administrativo*. 17. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 157.

<sup>57</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Tratado de direito administrativo: Administração Pública e servidores públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 293.

<sup>58</sup> LINS, Bernardo Wildi. *Organizações sociais e contratos de gestão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 131.

de uma atividade; prestam a atividade utilizando-se de bens do patrimônio público, por vezes até contando com servidores públicos em seu quadro de pessoal, e são mantidas por recursos públicos.<sup>59</sup>

Nessa mesma esteira, ao tratar sobre as OS, Luis Carlos Cancellier de Olivo sustenta que, por um lado, caracterizam uma instrumentalização de instituições particulares, sem fins lucrativos, para exercer atividades públicas; por outro, uma forma de envolver a sociedade civil nos rumos do Estado.<sup>60</sup>

Com efeito, as OS são entidades integrantes do setor não governamental, criadas pela Lei Federal nº 9.637/1998, que têm por objetivo absorver atividades desempenhadas por órgãos ou entidades estatais, causando a extinção destes órgãos, com a cessão de suas instalações, incluindo bens móveis e imóveis, e de seus servidores para organização estatal. Para que seja qualificada como OS, a pessoa jurídica deve celebrar o respectivo contrato de gestão junto à entidade estatal com a qual vai colaborar.<sup>61</sup>

Afora a Lei Federal nº 9.637/1998, que disciplina a qualificação das organizações sociais, e da Lei Federal nº 9.790/1999, que dispõe sobre as organizações da sociedade civil de interesse público, mais recentemente a Lei Federal nº 13.019/2014, alterada pela Lei Federal nº 13.204/2015, passou a estabelecer “o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação”, bem como definir as “diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil”.<sup>62</sup>

Superadas essas questões preliminares sobre a responsabilidade civil do Estado, bem assim sobre os contornos essenciais das entidades integrantes do terceiro setor, cumpre avançar para a análise da questão central deste estudo, qual seja o regime de responsabilização civil dessas entidades e a eventual intercorrência de casos que indiquem a responsabilidade civil estatal.

<sup>59</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Tratado de direito administrativo: Administração Pública e servidores públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 278.

<sup>60</sup> OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. *As organizações sociais e o novo espaço público*. Florianópolis: Fepese, 2005. p. 21.

<sup>61</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Direito administrativo*. 17. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 155.

<sup>62</sup> Sobre o tema, ver: FORTINI, Cristiana; PIRES, Priscila Giannetti Campos. O regime jurídico das parcerias voluntárias com as organizações da sociedade civil: inovações da Lei nº 13.019/2014. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 61, p. 93-116, jul./set. 2015. Disponível em: file:///C:/Windows/system32/config/systemprofile/Downloads/24-545-1-PB.pdf. Acesso em: 7 abr. 2019.

## 4 Sobre a responsabilidade civil das entidades integrantes do terceiro setor

Para o debate em torno do regime de responsabilização civil das entidades que compõem o setor não governamental, importa recuperar que, apesar da unificação dessas entidades sob a expressão guarda-chuva *terceiro setor*, há sensíveis variações tanto no modelo das entidades como nas respectivas atividades realizadas, o que demanda uma análise pormenorizada das diferentes hipóteses.

Apenas para recuperar, anteriormente restou fixada a premissa de que a ordem constitucional brasileira recepcionou o modelo de responsabilização estatal objetiva, fundado na teoria do risco administrativo, incidente tanto para as pessoas jurídicas de direito público como para as de direito privado prestadoras de serviços públicos. Logo, da redação do §6º do art. 37 da Constituição de 1988, podem-se extrair importantes balizas para discussão do regime de responsabilização civil do terceiro setor.

Primeiro, impõe-se reconhecer que essas referidas entidades não governamentais não se enquadram na definição de pessoas jurídicas de direito público, porquanto são entes privados. Restaria, então, a hipótese de eventualmente consubstanciarem entidades prestadoras de serviço público, o que deve ser avaliado detalhadamente em cada uma daquelas diferentes espécies de entidades que compõem a esfera do público não estatal.

No que toca aos serviços sociais autônomos (Sistema S), parece relevante a ressalva trazida por Maria Sylvania Zanella Di Pietro, quando afirma que essas entidades não prestam serviço público delegado, mas sim atividade privada de interesse público.<sup>63</sup> Isso, *de per se*, teria o condão de afastá-las do regime de responsabilização civil objetiva e, também, da responsabilidade estatal subsidiária. Entretanto, não se pode olvidar a possibilidade de o Poder Público transferir-lhes capacidade tributária (que não se confunde com competência), como forma de financiamento das respectivas atividades. Isso faz com que, nesse particular, essas entidades assumam uma condição jurídica bastante assemelhada a de ente delegatário, o que imporá o regime objetivo de responsabilidade civil.<sup>64</sup>

Por decorrência, se à entidade integrante do Sistema S passa a incidir aquele regime objetivo de responsabilidade civil, ainda que apenas para as questões relacionadas à capacidade tributária, isso também acarreta ao Estado a responsabilidade subsidiária por eventuais danos causados aos particulares. Sobre o tema, o STF possui precedentes no sentido de que o Estado responde subsidiariamente pelos serviços públicos prestados por seus delegatários.<sup>65</sup>

<sup>63</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania. *Direito administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 606.

<sup>64</sup> AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>65</sup> SCATOLINO, Gustavo; TRINDADE, João. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 874.

No caso das entidades de apoio, que em geral atuam ao lado de hospitais e universidades públicas, com vistas a auxiliar suas atividades por meio da realização de programas de pesquisa e extensão,<sup>66</sup> tratam-se de instituições privadas auxiliares, que não se substituem na realização de atividades do Poder Público nem assumem suas funções. Se não exercem serviço público, impassível a submissão ao regime de responsabilização civil objetiva desenhado pelo §6º do art. 37 da Constituição de 1988, nem a responsabilização subsidiária pelo Poder Público.

Por outro lado, cabe uma importante ressalva no caso de convênios assinados entre o Poder Público e entidades de apoio, com fundamento na Lei Federal nº 8.958/1994, que trata da atuação das fundações de apoio junto a universidades públicas e instituições de ciência e tecnologia. Nesse caso, em geral remanesce ao Poder Público o dever de fiscalização de diversas obrigações assumidas por aquelas fundações, o que pode indicar responsabilidade civil estatal por omissão. Ao firmar convênios que escapem à legalidade, o ato conjunto entre o ente público e a entidade de apoio também pode ensejar possíveis deveres ressarcitórios, no caso de acarretar danos a terceiros.

Na mesma esteira, sobre as questões que envolvem as OS, as Oscip e as organizações da sociedade civil (OSC), cabem algumas considerações pontuais. No caso das OS, eventual responsabilidade civil estatal subsidiária restará adstrita a situações excepcionalmente relacionadas ao contrato de gestão; assim como nas Oscip, relacionadas ao respectivo termo de parceria; e nas OSC, ao termo de colaboração.<sup>67</sup>

Uma importante ressalva pode ser feita em relação à cessão de bens públicos para o funcionamento das atividades do terceiro setor, conforme previsto no art. 12 da Lei Federal nº 9.637/1998. A manutenção, revisão e fiscalização dos bens estarão dispostas nos termos de parceria, contrato ou termo, podendo certos bens permanecer sob o domínio do Poder Público, o que pode suscitar a aplicação do regime de responsabilização objetiva.

Em sentido semelhante, tratando especificamente das OS, Bernardo Wildi Lins afirma que em geral a sua responsabilidade seria subjetiva.<sup>68</sup> A situação se alteraria

<sup>66</sup> CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 736.

<sup>67</sup> Sobre essa questão terminológica que envolve os “contratos de gestão”, “termos de parceria”, “termos de colaboração” etc., e sua relação com a ideia de contratualização administrativa, ver: SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. As modernas parcerias públicas com o Terceiro Setor. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 57-89, jan./mar. 2011. Disponível em: <file:///C:/Windows/system32/config/systemprofile/Downloads/228-362-1-PB.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2019.

<sup>68</sup> Em sentido inverso, em regra pelo cabimento da responsabilidade civil objetiva, ver: FORTINI, Cristiana. Organizações sociais: natureza jurídica da responsabilidade civil das organizações sociais em face dos danos causados a terceiros. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 6, jun./ago. 2006. Disponível em: [http://jairsantana.com.br/wp-content/uploads/2013/07/RERE-6-JUNHO-2006-CRISTIANA\\_FORTINI.pdf](http://jairsantana.com.br/wp-content/uploads/2013/07/RERE-6-JUNHO-2006-CRISTIANA_FORTINI.pdf). Acesso em: 7 abr. 2019.

justamente quando ocorre o que chama de descentralização por colaboração, em que de forma atípica a OS assume a prestação do serviço público e, dessa forma, atrairia a incidência daquele regime de responsabilização civil típica do §6º do art. 37 da Constituição de 1988, com a responsabilidade objetiva direta para a entidade e subsidiária para o Poder Público.<sup>69</sup> E também parece endossar esse entendimento Alberto Shinji Higa, que transfere a fixação do regime de responsabilização civil para a verificação das situações em concreto.<sup>70</sup>

Sobre a possibilidade de responsabilização estatal, nos casos de conduta omissiva do Poder Público, cabe recuperar a posição de Flávio de Araújo Willeman, para quem as omissões do Poder Público podem ser consideradas causas diretas e imediatas de eventuais danos, capazes de deflagrar o necessário nexos de causalidade para ensejar o dever jurídico de indenizar. E destaca que, em regra, as omissões serão consideradas aptas a deflagrar o nexos de causalidade e a consequente obrigação de indenizar do Estado, quando houver quebra do dever de agir ou sua inação desarrazoada (omissões específicas).<sup>71</sup> Situações que, pelas suas peculiaridades, atraem o regime da responsabilidade civil objetiva.

Em arremate, cabe fixar que a natureza das atividades prestadas pelas entidades do terceiro setor afasta, em regra, a incidência do modelo de responsabilidade civil trazido pelo §6º do art. 37 da Constituição de 1988, o que, por conseguinte, também afasta a responsabilidade estatal subsidiária. Isso somente poderia ocorrer de forma excepcional, como em casos de conduta omissiva do Poder Público no seu dever de fiscalização daquelas entidades; ou, ainda, por conduta comissiva na formulação dos respectivos termos e contratos de atuação das referidas entidades; ou, também, naqueles eventuais casos em que a atuação das entidades do terceiro setor caracterize verdadeira prestação de serviço público em nome do Estado.

## 5 Considerações finais

O regime de responsabilidade civil do Estado atualmente consolidado, inclusive por força constitucional, é o de feição objetiva. Disso se retiram duas grandes esferas de enquadramento: uma para os casos que envolvam a Administração Pública direta e demais pessoas jurídicas de direito público; e, outra, para as entidades privadas prestadoras de serviço público. Por conseguinte, a definição da responsabilidade

<sup>69</sup> LINS, Bernardo Wildi. A responsabilidade civil do Estado e da organização social nas diferentes espécies de parcerias firmadas via contrato de gestão. *Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS*, Belo Horizonte, ano 8, n. 16, p. 23-43, jul./dez. 2014. p. 15.

<sup>70</sup> HIGA, Alberto Shinji. *Terceiro setor: da responsabilidade civil do Estado e do agente fomentado*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

<sup>71</sup> WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Responsabilidade civil das agências reguladoras*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 55-57.

civil aplicável às entidades do terceiro setor passa necessariamente pelo seu enquadramento ou não entre os entes prestadores de serviço público.

Em geral, as entidades que compõem o terceiro setor não se apresentam como prestadoras de serviço público, mas sim como auxiliares da Administração Pública. Isso acaba por afastar, em regra, o regime da responsabilidade civil objetiva para as entidades não governamentais e, ainda, a responsabilidade subsidiária do Estado, o que ocorreria no caso de serviços delegados ou equiparados. Por outro lado, se em casos excepcionais as atividades desses entes privados configurem serviço público e acabem por extrapolar o mero auxílio, de forma a efetivamente substituir a atuação estatal, parece forçoso considerar que isso atrai a responsabilidade civil objetiva direta aos entes privados e de forma subsidiária ao Estado.

Inegavelmente, não parece tarefa fácil definir e delimitar essas fronteiras no caso concreto, o que exige a fixação de parâmetros objetivos irrefragáveis, sem os quais não se pode cogitar a derrogação da regra geral que nega às entidades do terceiro setor a qualidade de prestadoras de serviço público. Um debate que está aberto e ainda parece distante de um ponto de convergência capaz de trazer a respectiva segurança jurídica necessária e reclamada.

## Referências

- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BARBIERI, Carla Bertucci. *Terceiro setor: desafios e perspectivas constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2018.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill (Org.). *O público não-estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999. Disponível em: <http://www.reformadagestaopublica.org.br/papers/1998/84PublicoNaoEstataRefEst.p.pg.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2019.
- CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira de. *Responsabilidade extracontratual do Estado por omissão*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.
- CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- COSTA, Mateus Stallivieri da. *Responsabilidade civil do Estado por omissão: revisão da doutrina e da aplicação do instituto nos tribunais superiores*. 2017. 78 f. Monografia (Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes*. Curitiba: Juruá, 2015.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Direito administrativo*. 17. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Tratado de direito administrativo: Administração Pública e servidores públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: 7 Responsabilidade civil*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FIGUEIREDO, Cláudio Eduardo Regis. *Administração gerencial & a reforma administrativa no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2002.

FORTINI, Cristiana. Organizações sociais: natureza jurídica da responsabilidade civil das organizações sociais em face dos danos causados a terceiros. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 6, jun./ago. 2006. Disponível em: [http://jairsantana.com.br/wp-content/uploads/2013/07/RERE-6-JUNHO-2006-CRISTIANA\\_FORTINI.pdf](http://jairsantana.com.br/wp-content/uploads/2013/07/RERE-6-JUNHO-2006-CRISTIANA_FORTINI.pdf). Acesso em: 7 abr. 2019.

FORTINI, Cristiana; PIRES, Priscila Giannetti Campos. O regime jurídico das parcerias voluntárias com as organizações da sociedade civil: inovações da Lei nº 13.019/2014. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 61, p. 93-116, jul./set. 2015. Disponível em: <file:///C:/Windows/system32/config/systemprofile/Downloads/24-545-1-PB.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2019.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, faute du service e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO Marcelo (Org.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado por omissão: uma proposta de releitura da teoria da faute du service. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (Org.). *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvania Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013.

HIGA, Alberto Shinji. *Terceiro setor: da responsabilidade civil do Estado e do agente fomentado*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

HUMENHULK, Hesterston. *Responsabilidade civil do Estado constitucional por omissão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LINS, Bernardo Wildi. A responsabilidade civil do Estado e da organização social nas diferentes espécies de parcerias firmadas via contrato de gestão. *Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS*, Belo Horizonte, ano 8, n. 16, p. 23-43, jul./dez. 2014.

LINS, Bernardo Wildi. *Organizações sociais e contratos de gestão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno: de acordo com a EC 19/98*. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MODESTO, Paulo. Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 214, p. 55-68, out./dez. 1998. Disponível em: <file:///C:/Windows/system32/config/systemprofile/Downloads/47266-93448-1-PB.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2019.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MOROSINI, Marco Aurélio. *Aspectos da responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional*. 2016. 202 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Terceiro setor: desenvolvimento social sustentável. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Atlas, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2015.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. *As organizações sociais e o novo espaço público*. Florianópolis: Fepese, 2005.

PEDREIRA, Ana Maria. *A responsabilidade do estado por omissão*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2016.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. *Manual básico de repasse ao terceiro setor*. 4. ed. São Paulo: Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, 2016.

SCATOLINO, Gustavo; TRINDADE, João. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise: ensaio sobre as acções no novo processo administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. As modernas parcerias públicas com o Terceiro Setor. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 57-89, jan./mar. 2011. Disponível em: <file:///C:/Windows/system32/config/systemprofile/Downloads/228-362-1-PB.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2019.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Responsabilidade civil das agências reguladoras*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; COSTA, Mateus Stallivieri da; MORAES, Arthur Bobsin de. Responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes de atividades do terceiro setor. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 105–123, abr./jun. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i76.1108.

---