

Arthur Hermes Reguse

**Responsabilidade Civil da Concessionária de Serviço Público em Relação ao
Usuário e ao Não-Usuário**

FLORIANÓPOLIS (SC), DEZEMBRO DE 2008

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO – DIR

**RESPONSABILIDADE CIVIL DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO EM
RELAÇÃO AO USUÁRIO E AO NÃO-USUÁRIO**

Monografia apresentada pelo acadêmico Arthur Hermes Reguse à banca examinadora do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientação:

Profº. Dr. Luis Carlos Cancellier de Olivo

FLORIANÓPOLIS (SC), DEZEMBRO DE 2008



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
Colegiado do Curso de Graduação em Direito

Termo de Aprovação

A presente monografia, intitulada **Responsabilidade civil da concessionária de serviço público em relação ao usuário e ao não-usuário**, elaborada pelo acadêmico **Arthur Hermes Reguse** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota **10,0 (dez)**, sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 003/95/CEPE.

Florianópolis, 10 de dezembro de 2008.

Luis Carlos Cancellier de Olivo

Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa

Egon Reinert

Dedico este trabalho à Deus e à minha família, pelo apoio e compreensão.

RESUMO

Essa pesquisa versará sobre a responsabilidade civil da concessionária de serviço público em relação ao usuário e ao não-usuário do serviço. Analisam-se os conceitos gerais de responsabilidade civil. Posteriormente, aborda-se a passagem do Estado irresponsável à teoria da responsabilidade civil do Estado. Estuda-se o art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, dispositivo legal que prevê a responsabilidade objetiva do Estado. O último capítulo trata acerca da responsabilidade objetiva da concessionária de serviço público, analisa a problemática em relação ao usuário e ao não-usuário, expõe a argumentação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal e confronta este entendimento com o expressado pela doutrina brasileira.

Palavras-chave: responsabilidade civil; responsabilidade objetiva; responsabilidade do Estado; serviço público; concessão de serviço público; responsabilidade da concessionária de serviço público; responsabilidade objetiva em relação ao usuário e ao não-usuário do serviço.

REGUSE, Arthur Hermes. **Responsabilidade civil da concessionária de serviço público em relação ao usuário e ao não-usuário**. Florianópolis: UFSC: 2008. 90 p. Monografia (graduado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, 2008. Orientador: OLIVO, Luis Carlos Cancellier de.

ABSTRACT

This research will be about the civil responsibility of the dealership of Public Service regarding the user and the non-user of the service. The general concepts of civil responsibility are analyzed. Subsequently, there is boarded the passage of the irresponsible State to the theory of the civil responsibility of the State. There is a study about art. 37, § 6º, of the Federal Constitution of 1988, legal device that predicts the objective responsibility of the State. The last chapter negotiates about the objective responsibility of the dealership of Public Service, analyze the problematic regarding the user and the non-user, expose the argumentation used by the Federal Supreme Court, and it confronts this understanding with the expressed by the Brazilian doctrine.

Key-words: civil responsibility; objective responsibility; responsibility of the State; public service; concession of public service; responsibility of the dealership of public service; objective responsibility regarding the user and the non-user of the service.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I	
RESPONSABILIDADE CIVIL	11
1.1 Responsabilidade	11
1.2 Responsabilidade Civil	12
1.3 Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual	14
1.4 Responsabilidade Civil Subjetiva e Objetiva	15
1.5 Pressupostos da pretensão ressarcitória	21
1.5.1 Fato Gerador	22
1.5.2 Nexo de Imputação	24
1.5.3 Dano	25
1.5.4 Nexo de Causalidade	27
1.5.5 Bem Juridicamente Protegido	29
CAPÍTULO II	
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	31
2.1 Conceito de responsabilidade civil do Estado	31
2.2 Evolução da responsabilidade civil do Estado	33
2.2.1 Teoria da Irresponsabilidade	33
2.2.2 Teorias Civilistas	35
2.2.2.1 Atos de Império e Atos de Gestão	36
2.2.2.2 Teoria da responsabilidade subjetiva ou da culpa civil	38
2.2.3 Teorias Publicistas	39
2.2.3.1 Teoria da culpa do serviço ou culpa administrativa	40
2.2.3.2 Teoria do risco ou risco administrativo	42
2.3 Excludentes da responsabilidade civil	44
2.3.1 Fato da vítima	45
2.3.2 Fato de terceiro	47
2.3.3 Força maior	48
2.4 Responsabilidade civil objetiva do Estado no Brasil	50
2.5 Artigo 37, § 6º, da Constituição Federal	51

CAPÍTULO III

RESPONSABILIDADE CIVIL DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO EM RELAÇÃO AO USUÁRIO E AO NÃO-USUÁRIO	56
3.1 Serviços Públicos	56
3.2 Administração Direta e Administração Indireta na prestação do serviço público	58
3.3 A concessão de serviços públicos	62
3.4 Responsabilidade civil da concessionária de serviço público	65
3.4.1 Responsabilidade solidária entre Estado e concessionária	68
3.4.2 Responsabilidade subsidiária do Estado em relação à concessionária 	69
3.5 Responsabilidade civil objetiva da concessionária de serviço público em relação ao usuário e ao não-usuário do serviço	70
3.5.1 Análise do Recurso Extraordinário 262.651-1 e a fundamentação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal	71
3.5.2 Contraposição ao STF e o entendimento da doutrina	75
CONSIDERAÇÕES FINAIS	84
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	88

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é temática que fervilha em discussões e diferentes posicionamentos por parte da doutrina e da jurisprudência. Nesta pesquisa, abordar-se-á a responsabilidade civil objetiva da concessionária de serviço público, e a discussão existente a respeito da abrangência do art. 37, § 6º, da Constituição Federal em relação ao sujeito passivo do dano causado pela atividade Estatal.

Para tanto, primordial será construir um estudo a respeito da responsabilidade civil: conceituação, classificações, a diferenciação entre responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva, encerrando com os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade civil. Isto é o que será enfrentado no primeiro capítulo.

Em um segundo momento, já adentrando mais ao objetivo proposto, analisar-se-á a responsabilidade civil do Estado. Realizar-se-á uma breve passagem através do surgimento e desenvolvimento da responsabilidade do Estado: da teoria da irresponsabilidade, que eximia-o de qualquer responsabilidade, posteriormente pelas teorias civilistas, as quais admitiam a responsabilização do ente estatal, muito embora exigiam comprovação da culpa, até se chegar às teorias publicistas, que apresenta seu ápice com a teoria do risco administrativo, momento teórico em que a legislação brasileira hoje se encontra.

A teoria do risco administrativo é o alicerce da responsabilidade civil objetiva do Estado, consagrada pela Carta Magna no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. Com efeito, analisar-se-á este dispositivo legal, buscando compreender a responsabilidade objetiva no ordenamento jurídico brasileiro.

No derradeiro capítulo, far-se-á a conceituação de serviço público e de concessão, uma vez que essencial para compreender como o particular poderá executar um serviço que é inerente ao Estado e, desta maneira, responder objetivamente frente a um eventual dano causado por seus agentes.

Feito isto, haverá a conexão do estudo realizado até o segundo capítulo com a temática central proposta pela pesquisa. A idéia é demonstrar que a responsabilidade civil da concessionária de serviço público é objetiva, tal qual a do Estado.

Em seguida, abordar-se-á o objeto nuclear do estudo: a responsabilidade da concessionária em relação ao usuário. Serão trazidos os posicionamentos esposados pela 2ª turma do Supremo Tribunal Federal que, no Recurso Extraordinário 262.651-1, entendeu que a responsabilidade da concessionária de serviço público aplica-se objetivamente apenas em relação ao usuário do serviço público, não se estendendo ao não-usuário.

Por fim, serão rebatidos os argumentos utilizados pelo Supremo, com auxílio do posicionamento construído por grande parcela da doutrina, culminando com a afirmação de que a responsabilidade civil da concessionária é objetiva, independentemente da qualidade do sujeito passivo do evento danoso, ou seja, independente de ser usuário ou não-usuário do serviço público.

O tema será abordado pelo método de pesquisa indutivo e será empregada a metodologia monográfica. A pesquisa vai ser realizada pela técnica bibliográfica e documental nas áreas de Responsabilidade Civil, Direito Administrativo, Direito Constitucional e Direito Civil.

CAPÍTULO I

RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 Responsabilidade

Difícil formular um conceito para responsabilidade, eis que se trata de tema abrangente e, até hoje, não estudado completamente.

O instituto da responsabilidade surge e se desenvolve juntamente com a própria evolução da vida em sociedade, dessa forma, impossível precisar uma data de origem. O que é notório, entretanto, é que o próprio caminhar da humanidade faz surgir a cada dia novas situações conflituosas, que precisam ser pacificadas.

José de Aguiar Dias inicia sua clássica obra sobre responsabilidade civil com os seguintes dizeres:

Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade. Isso talvez dificulte o problema de fixar o seu conceito, que varia tanto como os aspectos que pode abranger, conforme as teorias filosófico-jurídicas.¹

Rui Stoco leciona que a noção de responsabilidade pode ser “haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém por seus atos danosos”.²

Ensina José Aguiar Dias que responsabilidade “contém a raiz latina *spondeo*, fórmula conhecida, pela qual se ligava solenemente o devedor, nos contratos verbais do direito romano.”³

As raízes latinas da palavra ligeiramente identificam em que momento a responsabilidade passa a ser trabalhada extensamente: na civilização romana.

Foi o Direito Romano quem promoveu verdadeira revolução no instituto da responsabilidade, uma vez que com a explosão demográfica, desenvolvimento do comércio e riquezas advindas das guerras vencidas, as figuras delituais usuais não

¹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. v. 1, 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 1.

² STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 89.

³ DIAS, J. A., 1994, p. 2.

previam todas as hipóteses capazes de ensejar reparação. Surge então a *Lex Aquilia*, conhecida por introduzir o elemento “culpa” como fundamental na reparação do dano, e substituir as penas fixas de multa por uma proporcional ao dano causado.⁴

Frente a essa singela passagem histórico-contextual da responsabilidade, pode-se entender que responsável é aquele a que se imputa determinado fato ou ato. Responsabilidade exprime a idéia de equivalência, contraprestação, correspondência.⁵

1.2 Responsabilidade Civil

Responsabilidade civil é espécie do gênero responsabilidade jurídica⁶, assim como o são a responsabilidade penal, administrativa, tributária, etc.

Fernando Noronha, lecionando sobre o tema, assevera que:

No sentido restrito ou técnico da responsabilidade civil, também poderíamos dizer que esta é a obrigação de reparar os danos antijurídicos que sejam resultantes da violação, ainda que muitas vezes não culposa (e neste sentido não ilícita, mas que sempre se poderá dizer antijurídica), do dever geral de *neminem laedere* (não lesar ninguém) ou, como também se diz, de *alterum non laedere* (não lesar a outrem). Ela tem por finalidade tutelar o interesse de cada pessoa na preservação da sua esfera jurídica, através da reparação dos danos causados por outrem.⁷

José Aguiar Dias ressalta que “o interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano é a causa geradora da responsabilidade civil.”⁸

De tal sentença depreende-se que, da conduta que gera um dano, dano este que viole o equilíbrio jurídico-econômico preestabelecido, surge a

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.3-4.

⁵ DIAS, J. A., 1994, p. 2.

⁶ A idéia de responsabilidade jurídica é trabalhada por diversos doutrinadores, dentre eles Rui Stoco, citando José Cretella Jr., explica que “a responsabilidade jurídica nada mais é do que a própria figura da responsabilidade, *in genere*, transportada para o campo do direito, situação originada por ação ou omissão de sujeito de direito público ou privado que, contrariando norma objetiva, obriga o infrator a responder com sua pessoa ou bens. Desdobrada em modalidades diversas, filiadas a um protótipo comum categorial, a responsabilidade jurídica é una, típica, reunindo sempre, em essência, a entidade personativa, que se projetou ou se omitiu no mundo das normas jurídicas, quebrando-as e provocando o dano, a convulsão maior ou menor do sistema, a exigir imediata recomposição do equilíbrio atingido”. Em: STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 92.

⁷ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 431.

⁸ DIAS, J.A., 1994, p. 42.

responsabilidade civil do causador, a fim de que se restabeleça o *status quo ante*, ou, se impossível, que se preste a indenização equivalente.

Conclui-se que a responsabilidade civil é, na verdade, a consequência de um acontecimento anterior que causou um dano. Sergio Cavalieri Filho trabalha a idéia de causa e consequência para ensejar a responsabilidade civil:

A violação de um dever jurídico configura o *ilícito*, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um *dever jurídico originário*, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um *dever jurídico sucessivo*, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo.

[...]

Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

[...]

Daí possível dizer que toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil.⁹ (destaque do original)

Do raciocínio do jurista percebe-se que a obrigação é um dever jurídico originário, enquanto que a responsabilidade civil é um dever jurídico secundário, que surge no momento em que a obrigação é descumprida.

Pablo Stolze Gagliano complementa:

O respaldo de tal obrigação, no campo jurídico, está no princípio fundamental da “proibição de ofender”, ou seja, a idéia de que a ninguém se deve lesar – a máxima *neminem laedere*, de Ulpiano - , limite objetivo da liberdade individual em uma sociedade civilizada.¹⁰

Para Rui Stoco, responsabilidade civil “[...] constitui a obrigação pela qual o agente fica adstrito a reparar o dano causado a terceiro.”¹¹

Frente a todos estes conceitos, denota-se que a responsabilidade civil visa a servir de ferramenta para todo aquele lesado por um dano gerado por uma conduta desvaliosa de terceiro, tenha condições de retornar ao equilíbrio econômico-jurídico anterior.

Agora, já se pode identificar os elementos básicos da responsabilidade civil, quais sejam: a conduta, o dano e o nexo de causalidade, chamados pela

⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 2.

¹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. v. III, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 2.

¹¹ STOCO, R., 2001, p. 93.

doutrina clássica de pressupostos da responsabilidade civil, e que serão analisados com maior propriedade no desenvolver desta monografia.¹²

1.3 Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual

Antes de adentrar na análise dos pressupostos da responsabilidade civil, necessário se faz levantar algumas classificações, apenas a título de esclarecimento.

A responsabilidade contratual é aquela advinda de um contrato pré-estabelecido entre as partes. No momento em que uma das partes descumpra a obrigação que lhe era inerente, surge como consequência a obrigação de ressarcir o inadimplemento.

A responsabilidade contratual também é denominada por alguns doutrinadores como responsabilidade negocial. A justificativa para adoção desta nomenclatura se dá pela maior amplitude da palavra “negocial”, que abrange não só os contratos em espécie, como também negócios jurídicos unilaterais¹³ e outros advindos da autonomia da vontade.¹⁴

Por outro lado, a responsabilidade extracontratual tem como base relação adversa daquela criada por um negócio jurídico, convergindo em uma obrigação imposta pela lei. Esta também é conhecida por responsabilidade aquiliana, lembrança do instituto da *Lex Aquilia*.

Carlos Roberto Gonçalves salienta fundamentais distinções acerca dos dois institutos:

Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpra o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes, que não é cumprida. Na

¹² Estes requisitos advêm da leitura do artigo 186 do Código Civil: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

¹³ Fernando Noronha cita, a título de exemplo, a promessa pública de recompensa, a garantia convencional oferecida por fabricantes ao consumidor final e a subscrição de títulos de crédito. Disponível em: NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. v. 1. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 432.

¹⁴ O princípio da autonomia da vontade tem por base possibilitar ao homem dispor de suas próprias ações. No âmbito contratual, todo contrato tem por núcleo a liberdade negocial, em que as partes podem estabelecer livremente de acordo com suas vontades, mas uma vez acordado, o contrato faz lei entre as partes – a máxima do *pacta sunt servanda*. Vale lembrar que, à luz da Constituição de 1988, este princípio não é absoluto, devendo coexistir com os princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos.

responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito.¹⁵

Ainda, o doutrinador levanta significativas diferenciações entre as espécies de responsabilidade, a exemplo do tocante ao ônus da prova: sendo responsabilidade contratual, cabe ao devedor demonstrar a ocorrência de alguma das excludentes de responsabilidade admitidas na lei (culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior), bastando ao credor apontar o descumprimento do acordado. Tratando-se de responsabilidade extracontratual, o *onus probandi* recai ao autor da ação, que deverá demonstrar presentes os pressupostos que alavancam a obrigação de reparar.¹⁶

Lembra Sergio Cavalieri Filho que, embora distintas, as duas espécies de responsabilidade não se repelem, formando um sistema dicotômico em que uma espécie complementa a outra:

Em nosso sistema a divisão entre responsabilidade contratual e extracontratual não é estanque. Pelo contrário, há uma verdadeira simbiose entre esses dois tipos de responsabilidade, uma vez que regras previstas no Código para a responsabilidade contratual (arts. 393, 402 e 403) são também aplicadas à responsabilidade extracontratual.

Dar-se-á ênfase, neste estudo, a analisar a responsabilidade civil *aquiliana*, deixando, portanto, de mencionar a responsabilidade negocial, daqui em diante.

1. 4 Responsabilidade Civil Subjetiva e Objetiva

A responsabilidade civil pode ser subdividida em objetiva e subjetiva, de acordo com a idéia de culpa inerente à conduta do agente. A responsabilidade civil subjetiva pressupõe a culpa, enquanto que a responsabilidade civil objetiva pode se concretizar de forma independente.

Desta feita, é inerente à idéia de responsabilidade civil subjetiva a concretização de um ato ilícito. Sergio Cavalieri Filho chama o ato ilícito de “fato gerador da responsabilidade civil”¹⁷

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p.26.

¹⁶ Idem, ibidem, p. 27-28

¹⁷ CAVALIERI FILHO, S., 2007, p. 7.

Conforme os ensinamentos de Fernando Noronha, atos ilícitos “são todas as ofensivas de direitos alheios, proibidas pela ordem jurídica e imputáveis a uma pessoa, em termos de se poder afirmar que ela procedeu com culpa ou dolo.”¹⁸

Um dos pressupostos para configuração da responsabilidade civil subjetiva, portanto, é o ato ilícito¹⁹ e, para isso, deve-se demonstrar que o agente causador do dano realizou sua conduta com culpa, em sentido amplo (abrange o dolo ou a culpa em sentido estrito: *negligência, imprudência ou imperícia*).

Dolo existe quando a conduta do agente é intencional a produzir determinado resultado; *negligência* é a desatenção, falta de cuidado, que não faz prever um fato danoso que poderia acontecer; *imprudência* compreende o excesso de confiança que leva a não adotar as cautelas necessárias; *imperícia* é a culpa profissional, decorrente de falha ao utilizar instrumentos, máquinas etc.²⁰

Assim, na responsabilidade civil subjetiva, o agente causador do dano é que estará na posição nuclear da configuração ou não desta modalidade de responsabilidade.

Caio Mário confirma este raciocínio:

[...] A pessoa do agente estará no centro da responsabilidade civil. O prejuízo será indenizável não como o dano em si mesmo, porém na razão de ter sido causado pelo comportamento do ofensor. Para a doutrina subjetiva, o ressarcimento do dano, seja material seja moral, estará associado à apreciação da conduta do seu causador. Quando considerada *in concreto*, convertido o fato danoso no princípio de satisfação do ofendido, traduz-se o preceito abstrato em imposição da norma individualmente.²¹

O surgimento da idéia de culpa como pressuposto configurador da responsabilidade civil remonta ao Direito Romano, ao instituir a *Lex Aquilia*. Do estudo desenvolvido por Aguiar Dias, compreende-se que a Lei Aquilia esboça um princípio geral regulador da reparação do dano, baseado no *damnum injuria datum*. Este conceito, que antes servia às ações promovidas para ressarcir lesões a escravos, animais ou deterioração de coisas corpóreas, passou a ser dilatado pela jurisprudência romana, sucessivamente ampliando a possibilidade de ressarcimento também aos titulares de outros direitos.²²

¹⁸ NORONHA, F. 2003, p. 360

¹⁹ O ato ilícito tem previsão no art. 186 do Código Civil: “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

²⁰ Idem, ibidem, p. 369

²¹ PEREIRA, C. M. S., 2001, p. 35.

²² DIAS, J. A. 1994, p. 18-19.

Avançando no tempo, o Direito Romano, no tocante a responsabilidade civil, forneceu a base para o Código Napoleônico, de 1804, marco influenciador da teoria da responsabilidade civil nos códigos modernos, que em seu artigo 1.382, prescrevia: “*tout fais quelconque de l’homme, que cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à lè réparer.*”²³

Do direito francês para o brasileiro, o desenvolvimento da responsabilidade civil subjetiva culminou com o art. 159 do Código Civil de 1916: “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Atualmente, o Código Civil de 2002 trata do ato ilícito no art. 186, com redação nos seguintes termos: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. E impõe o dever de repará-lo, nos ditames do art. 927 do *Codex*: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Percebe-se que, na redação atual, o conceito de ato ilícito está coligado ao da responsabilidade subjetiva. Ainda, o novo dispositivo faz menção expressa ao dano extrapatrimonial decorrente de violação de direitos da personalidade.

Assim conclui Pablo Stolze Gagliano:

A noção básica da responsabilidade civil, dentro da doutrina subjetiva, é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa - *unuscuique sua culpa nocet*. Por se caracterizar em fato constitutivo do direito à pretensão reparatória, caberá ao autor, sempre, o ônus da prova de tal culpa do réu.²⁴

Daí decorre o grande problema da teoria da culpa, qual seja, o ônus pesado que recai ao autor ao ter que provar a conduta culposa do réu.

Com o passar dos séculos, a teoria da culpa não se mostrou suficiente para disciplinar todos os conflitos decorrentes de lesões causadas a outrem.

Eram cada vez mais comuns situações em que um dos pólos da discussão era consideravelmente mais frágil que o outro, de modo que, ao dar-lhe a

²³ Tradução: qualquer fato daquele que provoca um dano a outrem obriga aquele que foi a culpa do que ocorreu a reparar. Disponível em: PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 6.

²⁴ GAGLIANO, P. S. PAMPLONA FILHO, R. 2008, p. 14.

condição de autor, era difícil ou praticamente impossível empenhar prova de culpa do agente causador do dano.

Ainda, o advento da Revolução Industrial alavancou sobremaneira o estudo da responsabilidade civil a par da prova de culpa, eis que os acidentes decorrentes da utilização de máquinas passaram a ser uma constante fonte de conflitos.

Assim, doutrina e jurisprudência empenharam-se em modificar o contexto da responsabilidade baseada na culpa, e complementá-la com outra, em que a prova de culpa não se mostraria mais fundamental para embasar a reparação do dano.²⁵

A obra dos juristas franceses Saleilles e Josserand tornou-se marco inicial da doutrina objetivista. Saleilles interpretou o vocábulo *faute*, presente no supracitado art. 1.382 do Código Civil Francês, com a acepção de *fait*, equivalente à causa determinante de qualquer dano.²⁶

A modernização da responsabilidade civil passou a enfatizar a pessoa do lesado, e não mais a do autor do dano. A escola francesa inclinou-se então a aplicar a chamada teoria do risco, que consistia na formulação “todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou”.²⁷

Neste sentido, suscita Pablo Stolze Gagliano que as teorias objetivistas da responsabilidade civil “procuram encará-la como mera questão de reparação de danos, fundada diretamente no risco da atividade exercida pelo agente.”²⁸

Sobre a teoria do risco, Fernando Noronha explica que esta é fundada no princípio do risco:

De acordo com o *princípio do risco*, ninguém poderia ser obrigado a suportar danos incidentes sobre a sua pessoa ou sobre o seu patrimônio, desde que tivessem sido causados por outrem, ainda que sem qualquer culpa, ou desde que, em casos especiais, tivessem simplesmente acontecido em conexão com certas atividades desenvolvidas por outra pessoa (mesmo que não se pudesse dizer que essa atividade havia sido a

²⁵ Caio Mario da Silva Pereira descreve os ensinamentos de Gaston Morin, o qual demonstra o processo de abandono da teoria da culpa. O Decano Francês exemplifica o transporte, no qual o viajante vítima de acidente deveria comprovar a culpa da companhia transportadora. Por conta de uma nova tendência na Corte de Cassação, passou-se a admitir que o viajante, quando utiliza um veículo transportador, tenha o direito à segurança. Desta feita, se lhe sobrevém um acidente, ao invés de comprovar a culpa do transportador, passou-se a entender que houve o rompimento injustificado do contrato de seguridade, cabendo à companhia provar que o acidente se deu a uma causa estranha, a ela não imputável. Disponível em: PEREIRA, C. M. S., 2001, p. 15

²⁶ PEREIRA, C. M. S., 2001, p. 16.

²⁷ Idem, ibidem, p. 19.

²⁸ GAGLIANO, P. S., PAMPLONA FILHO, R., 2008, p. 14.

causadora deles). Esses danos deveriam ficar a cargo do respectivo causador, ou mesmo da pessoa que desenvolvia a atividade, sem necessidade de apelar para qualquer idéia de dolo ou culpa. Esse princípio é bem sintetizado por um adágio muito antigo, *primum non nocere*, em primeiro lugar não fazer dano.²⁹

Apontando para o Direito brasileiro, a teoria do risco não fora prevista no Código Civil de 1916, até porque, até este momento, a doutrina e a jurisprudência ainda estavam se consolidando em aceitar a configuração da responsabilidade civil independentemente de culpa.

José Aguiar Dias, defensor da responsabilidade objetiva, já tecia severas críticas a respeito da atrasada legislação brasileira:

O que se observa, em conclusão, no direito brasileiro, é que, libertando-se das fórmulas confusas das Ordenações, e estabelecendo-se, por certo tempo, em plano de melhor compreensão da responsabilidade civil, efetuou evidente retrocesso, por intermédio de várias disposições do Código Civil.³⁰

Décadas se passaram, e com a promulgação da Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil 2002), finalmente a responsabilidade civil objetiva obteve o seu lugar cativo no ordenamento civil brasileiro.

O Art. 927, parágrafo único, do Diploma Civil assim estabelece: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Regina Beatriz Tavares da Silva, na obra *Novo Código Civil Comentado*, de coordenação do Prof. Ricardo Fiúza, assim considerou este dispositivo legal:

A teoria subjetiva ou teoria da culpa continua a fundamentar, como regra geral, a responsabilidade civil, mas, em face das dificuldades inerentes à sua prova, o novo Código adota, diante de previsão legal expressa ou de risco na atividade do agente, a teoria objetiva ou teoria do risco no dispositivo em tela.

Na teoria do risco não se cogita da intenção ou do modo de atuação do agente, mas apenas da relação de causalidade entre a ação lesiva e o dano (v. Carlos Alberto Bittar, *Responsabilidade Civil nas atividades nucleares*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985). Assim, enquanto na responsabilidade subjetiva, embasada na culpa, examina-se o conteúdo da vontade presente na ação, se dolosa ou culposa, tal exame não é feito na responsabilidade objetiva, fundamentada no risco, na qual basta a existência do nexa causal entre a ação e o dano, porque, de antemão,

²⁹ NORONHA, F., 2003, p. 435.

³⁰ DIAS, J. A., 1994, p. 29.

aquela ação ou atividade, por si só, é considerada potencialmente perigosa.³¹

Importante destacar, de tudo o que foi dito, que enquanto a responsabilidade subjetiva tem base na culpa, a responsabilidade objetiva dispensa a aferição desta, muito embora os outros pressupostos, quais sejam a conduta e o nexo causal entre conduta e dano devam, ainda, ser analisados.

Aliás, sobre o texto do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, quando ainda era projeto de lei, em análise no Congresso Nacional, manifestou-se Aguiar Dias:

O parágrafo único, do art. 929, do Projeto concede espaço à responsabilidade civil baseada no risco. Só merece louvores, pois baseado no princípio romano *neminem laedere*. As confusões que a respeito se estabelecem não levam em conta o verdadeiro (*sic*) sentido desse mandamento, que não estabelece a obrigação de indenizar para todo e qualquer dano, mas exige que ele seja injusto e que tenha certa relevância. Nestes limites, seria possível adotar os princípios objetivos e alargar os seus domínios, além do tímido ensaio do Projeto. Banir a culpa do sistema da responsabilidade civil talvez seja uma temeridade, dada as repercussões econômicas que acarretariam a adoção integral do princípio do risco. Mas já é tempo de consagrar a responsabilidade objetiva para atividades que resultem, só pelo seu exercício, com frequência considerável, em dano injusto para a comunidade.³²

Do esforço empreendido, exteriorizou-se a norma consagrando a responsabilidade civil objetiva.

Necessário salientar que responsabilidade subjetiva e objetiva não se anulam ou se contrapõem; elas coexistem no ordenamento jurídico, servindo, ambas, a regulamentar as hipóteses em que o dano será imputado a outrem, o responsável.

A regra geral da responsabilidade civil é que ela seja, volta-se a frisar, subjetiva. Excepcionalmente abrir-se-á mão da apuração da culpa ou dolo, fazendo-se valer da responsabilidade objetiva.

Dessas breves considerações acerca dos dois institutos de responsabilidade civil, passa-se, agora sim, para a análise dos pressupostos configuradores da responsabilidade civil.

Ressalta-se que, por se tratar este estudo de obra monográfica, não há possibilidade de extenuar o instituto da teoria da culpa, bem como todo o surgimento

³¹ SILVA, Regina Beatriz Tavares. In: FIÚZA, Ricardo. *Novo código civil comentado*. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 819-820

³² DIAS, J. A., 1994, p. 32.

e desenvolvimento que irá desdobrar na teoria do risco e na responsabilidade objetiva.

1. 5 Pressupostos da pretensão ressarcitória

Por pressuposto entende-se a circunstância ou fato considerado como antecedente ou necessário de outro.³³

Logo, pressupostos da pretensão ressarcitória³⁴ são os fatos ou circunstâncias antecedentes que necessitam ser observados para que se possa imputar o dano causado a um determinado responsável.

A doutrina clássica aponta como três os pressupostos configuradores da responsabilidade civil subjetiva: *a) Culpa, b) Dano, e c) Nexo Causal.*³⁵

Neste sentido vai a doutrina de Sérgio Cavalieri Filho, que leciona:

Há primeiramente um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; e ainda um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade. Esses três elementos, apresentados na doutrina francesa como *pressupostos da responsabilidade civil subjetiva*, podem ser claramente identificados no art. 186 do Código Civil, mediante simples análise do seu texto.³⁶ (destaque do original)

Carlos Roberto Gonçalves aponta como quatro os pressupostos essenciais da responsabilidade civil:

A análise do artigo supratranscrito³⁷ evidencia que quatro são os elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima.³⁸

Já os estudos do Prof. Fernando Noronha sustentam cinco pressupostos da responsabilidade civil, corroborando os três consagrados pela

³³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1389.

³⁴ É ônus do autor comprovar os pressupostos caracterizadores da responsabilidade civil. O art. 333 do Código de Processo Civil deixa claro que cabe ao autor comprovar fatos constitutivos de seu direito.

³⁵ PEREIRA, C. M. S., 2001, p. 35.

³⁶ CAVALIERI FILHO, S., 2007, p. 17.

³⁷ O autor refere-se ao Art. 186 do Novo Código Civil: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

³⁸ GONÇALVES, C. R., 2003, p. 31.

doutrina francesa, e mais dois, extenuando os elementos que ensejam a responsabilidade:

Podemos ordenar os pressupostos da responsabilidade civil de forma mais didática dizendo ser necessário, para que surja a obrigação de indenizar: a) que haja um *fato* (uma ação ou omissão humana, um fato humano, mas independente da vontade, ou ainda um fato da natureza) que seja *antijurídico* (isto é, que não seja permitido pelo direito, em si mesmo ou nas suas conseqüências); b) que esse fato possa ser *imputado* a alguém, seja por se dever à atuação culposa da pessoa, seja por simplesmente ter acontecido no decurso de uma atividade realizada no interesse dela; c) que tenham sido produzidos *danos*; d) que tais danos possam ser juridicamente considerados como *causados* pelo ato ou fato praticado, embora em casos excepcionais seja suficiente que o dano constitua risco próprio da atividade do responsável, sem propriamente ter sido causado por esta. A estes quatro pressupostos da responsabilidade civil, sobre os quais estão de acordo praticamente todos os juristas, deve-se acrescentar uma condição suplementar (e que, aliás, em rigor, precede todos eles): e) é preciso que o dano esteja contido no âmbito da *função de proteção* assinada à norma violada. Isto é, exige-se que o dano verificado seja resultado da violação de um bem protegido.³⁹

Optar-se-á por utilizar os pressupostos do magistério do Professor Fernando Noronha, que servem para contextualizar praticamente todas as hipóteses capazes de afigurar responsabilidade civil.

Ainda, esta classificação facilitará o entendimento, posteriormente, da responsabilidade civil objetiva que norteará as concessionárias de serviços públicos, e a questão da problemática em relação ao usuário e ao não-usuário do serviço, objeto nuclear deste estudo.

1.5.1 Fato Gerador

Para se falar em responsabilidade civil, é necessário que ocorra, primeiramente, um acontecimento capaz de gerar um dano, que por sua vez implicará a necessidade de ressarcimento, a fim de restabelecer o equilíbrio sócio-econômico de outrora.

Este acontecimento é denominado de fato. Este fato, por sua vez, deve ser um fato jurídico, ou seja, relevante para a órbita jurídica, que implique efeitos no estudo do Direito.

³⁹ NORONHA, F., 2003, p. 468-469.

Em sua obra, Pablo Stolze Gagliano, em menção aos estudos de Frederic Savigny, pontifica que fato jurídico seria “*todo acontecimento natural ou humano capaz de criar, modificar, conservar ou extinguir relações jurídicas.*”⁴⁰

Em se tratando de responsabilidade civil, o fato gerador deve ser antijurídico, ou seja, contrário aos interesses tutelados pelo direito. São os fatos que se colocam em contradição com o ordenamento, deste modo afetando negativamente quaisquer situações que eram juridicamente tuteladas.⁴¹

Fernando Noronha aduz que o fato antijurídico pode ser, e em regra é, um fato humano, culposo ou não, mas também pode ser um fato natural.⁴² Para Noronha, fatos da natureza podem gerar sim responsabilidade civil, bastando para isso que tenham acontecido dentro da esfera jurídica sob controle do responsável.⁴³

Pablo Stolze toma o posicionamento de que o fato da natureza não geraria responsabilidade civil, por não poder ser atribuído ao homem.⁴⁴

Apenas a título de esclarecimento, considera-se mais abrangente o posicionamento exarado por Fernando Noronha, que entende ser possível a imputação de fato da natureza como gerador de responsabilidade civil.

Para tanto, formula-se o seguinte exemplo: Imagine uma distribuidora de energia elétrica, que adota como diferencial o fornecimento de energia elétrica em uma região inóspita, na qual a temperatura é muito baixa, e as intempéries, constantes.

Neste contexto, poderá a concessionária atribuir eventual falha no fornecimento de energia elétrica às intempéries decorrentes da região, deixando às escuras uma comunidade inteira, que dependeria desta energia até mesmo para sobreviver? Parece claro que a resposta é não! A empresa adota como diferencial o fornecimento de energia naquele local, e certamente cobra por isso. Assim, esta deve se preparar para enfrentar as dificuldades locais como, por exemplo, utilizar equipamento que suporte as baixas temperaturas do local, até mesmo para fornecer um serviço ininterrupto, qualitativo, conforme exige a legislação. Logo, este fato da natureza estaria dentro da esfera de controle da responsabilidade atribuída àquela

⁴⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil: parte geral*. v. 1, 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 294.

⁴¹ NORONHA, F., 2003, p. 470.

⁴² Idem, ibidem, p. 470.

⁴³ Idem, ibidem, p. 473.

⁴⁴ GAGLIANO, P. S., FILHO, R. P., 2007, p. 27.

empresa, não podendo fazer-se eximir pelos motivos que resolveu ingressar naquele mercado.

Há de ser feita ainda uma distinção, entre fato antijurídico e ato ilícito. O ato ilícito, conforme já conceituado ao tratar da responsabilidade civil subjetiva, é imputado ao homem, seja por ação ou omissão, e carrega consigo a idéia de dolo ou culpa⁴⁵. Já o fato antijurídico está um patamar acima, ou seja, é mais geral, abrangente. Adota tanto a conduta humana, como a advinda da natureza, e a antijuridicidade deste fato decorre da ofensa a direitos alheios, de modo contrário ao ordenamento jurídico.

Sintetizando, o primeiro pressuposto é o fato gerador, nada mais é que o acontecimento natural ou humano, contrário ao direito, que seja evento causador de um dano.⁴⁶

1.5.2 Nexo de Imputação

O segundo pressuposto elencado pelo magistério de Fernando Noronha é o nexos de imputação. Conceitua-se como:

[...] o fundamento, ou a razão de ser da atribuição da responsabilidade a uma determinada pessoa, pelos danos ocasionados ao patrimônio ou à pessoa de outra, em consequência de um determinado fato antijurídico.⁴⁷

A imputação, regra geral, partirá de uma atuação culposa, embora possa ocorrer ainda, excepcionalmente, em decorrência do risco.⁴⁸

Aqui, evidencia-se que o nexos de imputação pode ser configurado, tanto tratando-se de responsabilidade civil subjetiva, como em sede de responsabilidade civil objetiva. Nesta, o nexos de imputação tomará como fundamento o risco da atividade ou casos expressos em lei, enquanto naquela, basear-se-á na conduta culposa do agente.

Lembrando que, ao se tratar de atuação culposa, esta poderá ser uma conduta comissiva ou omissiva, em razão de ter o agente realizado ou deixado de realizar determinado ato.

⁴⁵ Para o conceito, vide nota referencial nº. 17, deste trabalho.

⁴⁶ NORONHA, F., 2003, p. 470.

⁴⁷ Idem, ibidem, p. 472.

⁴⁸ Idem, ibidem, p. 472.

Sergio Cavaliere Filho, assim como Pablo Stolze Gagliano, seguindo a linha da doutrina clássica, adota como primeiro pressuposto da responsabilidade civil subjetiva a conduta culposa.

O autor tece suas considerações, afirma que é a conduta humana culposa, que causa dano a outrem, e enseja o dever de repará-lo.⁴⁹

Por culpa, conforme já abordado anteriormente, entende-se culpa *lato sensu*: dolo, negligência, imprudência ou ainda imperícia.

Da conduta culposa, disposta como primeiro pressuposto da responsabilidade civil subjetiva pela doutrina clássica, Fernando Noronha a desdobra em dois: o fato antijurídico e o nexo de imputação.

Nexo de imputação, portanto, é motivo pelo qual se atribui a responsabilidade a uma determinada pessoa. Pode ser pela conduta culposa, ou ainda pelo risco, ou com base em dispositivo legal.

1.5.3 Dano

Até agora, no discorrer dessa pesquisa, ao se tratar de conduta e responsabilidade, obrigatoriamente falou-se em dano.

Pois bem, ainda que exista um fato antijurídico, e ainda que haja nexo de imputação da responsabilidade por este fato antijurídico a uma determinada pessoa, caso não ocorra um dano, não há que se falar em dever de ressarcir.

Fernando Noronha menciona exemplo oportuno e facilitador da compreensão:

Não basta, porém, a existência de um ato ou fato antijurídico, para que surja a obrigação de indenizar; o simples fato de se conduzir um veículo na contramão, em estrada deserta, não gerará obrigação de indenizar: no art. 186 do Código Civil, diz-se claramente que não é suficiente violar direito alheio, é necessário também “causar dano a outrem”, como aliás já se mencionou [5.4.3]. E, além desse dano, é ainda imprescindível, para que nasça a responsabilidade civil, que estejam presentes os demais pressupostos dela, como a imputação do fato ao agente e a verificação de danos, a seguir analisados.⁵⁰

Sergio Cavaliere Filho destaca a importância do dano para se configurar o dever de reparar:

⁴⁹ CAVALIERI FILHO, S., 2007, p. 23.

⁵⁰ NORONHA, F., 2003, p. 472.

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano.⁵¹

Caio Mario da Silva Pereira, embasando-se nos estudos de Marty e Raynaud, demonstra que a noção de dano supõe que a vítima seja atingida em uma situação de que ela se beneficiava, lesada em uma vantagem que possuía.⁵²

No mesmo sentido, o conceito de dano apresentado por Fernando Noronha:

Dano é prejuízo, de natureza individual ou coletiva, econômico ou não-econômico resultante de ato ou fato antijurídico que viole qualquer valor inerente à pessoa humana, ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada.⁵³

O dano pode ser classificado, conforme sua natureza, em a) patrimonial e b) extrapatrimonial.

Dano extrapatrimonial é aquele que se reporta a valores insuscetíveis de avaliação pecuniária.⁵⁴ É o caso do dano moral, decorrente de violação dos direitos da personalidade.

O dano patrimonial, por sua vez, é o dano material, atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro.⁵⁵

Este pode ser subdividido em dano emergente e lucros cessantes.

O dano emergente, conceitua Cavalieri Filho, “é o que importa efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima em razão do ato ilícito.”⁵⁶

Ao passo que lucros cessantes correspondem à perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, uma diminuição em potencial do patrimônio da vítima.⁵⁷

Outra menção a se fazer é quanto ao dano passível de indenização. O dano capaz de ensejar indenização é o dano certo e atual. Certo é o dano efetivo, que realmente aconteceu; não pode ser hipotético. Atual é o dano subsistente, que

⁵¹ CAVALIERI FILHO, S., 2007, p. 70.

⁵² PEREIRA, C. M. S., 2001, p. 38.

⁵³ NORONHA, F., 2003, p. 474.

⁵⁴ NORONHA, F. 2003, p. 474.

⁵⁵ CAVALIERI FILHO, S., 2007, p. 71.

⁵⁶ Idem, ibidem, p. 72.

⁵⁷ Idem, ibidem, p. 72.

perdura ao momento da pretensão ressarcitória e que ainda não tenha sido adimplido.⁵⁸

A doutrina traz ainda inúmeras outras classificações. Todavia, não cabe, neste trabalho, se debruçar sobre todas elas, uma vez que as considerações tecidas aqui já se fazem suficientes para o entendimento do dano como pressuposto da pretensão ressarcitória.

1.5.4 Nexo de Causalidade

Falou-se em fato antijurídico, bem como em dano. Para que o dever de indenizar se configure, é preciso que este fato antijurídico esteja conectado a este dano ocorrido, numa relação lógica causa-conseqüência.

Daí o nexos de causalidade ser o quarto pressuposto da pretensão ressarcitória. Caio Mário explica que “é necessário se estabeleça uma *relação de causalidade* entre a injuricidade da ação e o mal causado.”⁵⁹

Rui Stoco, em um estudo de acordo com a teoria clássica, denota que “o nexos causal se torna indispensável, sendo fundamental que o dano tenha sido causado pela culpa do sujeito.”⁶⁰

Conclui Sergio Cavalieri Filho, esgotando o tema:

Não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito.⁶¹

O conceito doutrinário parece simples de ser compreendido mediante um mero juízo lógico. Todavia, ao se analisar os inúmeros casos práticos, surgiram diversas dúvidas acerca de qual a causa implicava determinada conseqüência.

Destarte, múltiplas teorias foram desenvolvidas para determinar o nexos de causalidade, entre elas a teoria da equivalência dos antecedentes e a teoria da causalidade adequada.

⁵⁸ GAGLIANO, P. S., FILHO, R. P., 2008, p. 39-40.

⁵⁹ PEREIRA, C. M. S., 2001, p. 75.

⁶⁰ STOCO, R., 1999, p. 106.

⁶¹ CAVALIERI FILHO, S., 2007, p. 46.

A teoria da equivalência dos antecedentes instituíra que, quando várias condições concorriam a um determinado resultado, todas teriam o mesmo valor, a mesma relevância e, portanto, deveriam ser consideradas adequadas. Desenvolvida por *Von Buri*, essa teoria extenuava as causas, o que conduzia a uma regressão infinita do nexo causal.⁶²

Desenvolveu-se então, das idéias de *Von Kries*, a teoria da causalidade adequada, que busca o antecedente mais adequado e elegia somente aquele como sendo causa para a produção do resultado. Essa teoria demanda que o julgador atue com bom senso e ponderação, uma vez que será sempre necessário analisar o caso concreto e concluir qual a causa seria a mais adequada a ensejar determinado resultado.⁶³

A teoria desenvolvida pela doutrina e acolhida pelo direito brasileiro, no tocante a determinar o nexo de causalidade, é a teoria da causalidade adequada.

Sobre a teoria da causalidade adequada, leciona Fernando Noronha:

Para tal teoria, um fato é uma causa de um dano quando este seja consequência normalmente previsível daquele. E para sabermos se ele deve ser considerado consequência normalmente previsível, devemos nos colocar no momento anterior àquele em que o fato aconteceu e tentar prognosticar, de acordo com as regras da experiência comum, se era possível antever que o dano viesse a ocorrer. Quando a resposta for afirmativa, teremos um dano indenizável.⁶⁴

Sergio Cavaliere Filho ressalta que esta teoria dá margem à discricionariedade do julgador, que deve agir com bom-senso e ponderação para que consiga decidir com justeza. Como método de realizar com sucesso essa ponderação, ressalta o seguinte:

Deverá o julgador, retrocedendo ao momento da conduta, colocar-se no lugar do agente e, com base no conhecimento das leis da Natureza, bem como nas condições particulares em que se encontrava o agente, emitir seu juízo sobre a idoneidade de cada condição.⁶⁵

Nesta senda, a causalidade adequada é aquela adotada por grande parte da doutrina e jurisprudência brasileira, e será a utilizada no decorrer deste trabalho.

⁶² CAVALIERI FILHO, S., 2007, p. 47.

⁶³ Idem, ibidem, p. 48.

⁶⁴ NORONHA, F., 2003, p. 476.

⁶⁵ CAVALIERI FILHO, S., 2007, p. 48.

Adotada a teoria da causalidade adequada, resta saber quando o pressuposto do nexo de causalidade fica configurado. Essa é tarefa das mais penosas, uma vez que é necessário bom senso ao jurista, para que consiga examinar com clareza o liame que conecta o fato gerador imputável a um determinado agente, com o dano causado.

Fernando Noronha doutrina, a respeito da demonstração do nexo de causalidade, preleciona:

Pode-se resumir tudo numa fórmula sintética, dizendo que, para que se dê como verificado o nexo de causalidade, basta que haja séria possibilidade de ocorrência do dano, é suficiente que este não seja atribuível a circunstâncias extraordinárias, a situações improváveis, que não seriam consideradas por um julgador prudente.⁶⁶

As circunstâncias extraordinárias supracitadas, capazes de quebrar o nexo de causalidade, são as chamadas excludentes da responsabilidade. Serão examinadas no capítulo seguinte, especificamente quando tratar a responsabilidade do Estado.

Poder-se-ia, é certo, prolongar o ensaio, eis que o tema ferve em discussões, contudo, não é o foco principal da pesquisa, razão pela qual essas breves considerações acerca do nexo de causalidade, por hora, parecem suficientes.

1.5.5 Bem Juridicamente Protegido

Por derradeiro, o pressuposto aventado quer dizer que a lesão deva ocorrer a um bem juridicamente protegido pelo ordenamento.

Este pressuposto não chega a ser trabalhado pela maioria da doutrina. Uma razão para essa ausência talvez se dê diante da grande parcela de situações protegidas pelo ordenamento jurídico.

Seguindo a linha proposta nessa pesquisa, há de se convir que este pressuposto, embora “coadjuvante”, extenua a amplitude trazida pela divisão proposta por Fernando Noronha.

Das palavras do doutrinador:

⁶⁶ NORONHA, F., 2003, p. 611.

[...] é necessário, para que um dano seja reparável, que ele constitua lesão de um dos bens que a ordem jurídica queria proteger, ou seja, é preciso que caiba no *âmbito da tutela normativa*, ou no *escopo da norma violada*. Assim, será necessário saber quais são os interesses protegidos por uma determinada norma e ainda quais são as pessoas que ela objetiva tutelar.⁶⁷

Assim, para haver a imposição do dever de reparar o dano, é necessário que a lesão causada seja em desfavor de um bem juridicamente protegido, tais como o patrimônio, a vida, etc.

Hodiernamente é até difícil imaginar situação em que o bem em questão não é protegido pelo direito. Poder-se-á dar o exemplo de um traficante que ingressa em juízo buscando reaver entorpecentes que foram destruídos por seu vizinho. Ora, o direito não pode se prestar a recepcionar tal pedido, uma vez que o bem “entorpecente” não é protegido pelo ordenamento, bem ao contrário, é combatido.

Pertinente a colocação de Celso Antônio Bandeira de Mello, acerca do dano, exigindo que seja em face de um bem jurídico protegido pelo sistema normativo:

Não basta para caracterizá-lo a mera deterioração patrimonial sofrida por alguém. Não é suficiente a simples subtração de um interesse ou de uma vantagem que alguém possa fruir, ainda que legitimamente. Importa que se trate de um bem jurídico cuja integridade o sistema normativo proteja, reconhecendo-o como um direito do indivíduo.⁶⁸ (grifou-se).

Encerra-se a análise dos pressupostos da pretensão ressarcitória, lembrando que todos devem estar presentes, de forma ou de outra, para que imponha-se o dever de ressarcir.

Tecendo os pontos até agora: tem-se um acontecimento, chamado fato gerador (*primeiro pressuposto*), este acontecimento é ligado a uma determinada pessoa, através de um nexo de imputação (*segundo pressuposto*), uma vez que através de sua conduta, gerou-se um dano (*terceiro pressuposto*). Necessário, por conseguinte, que este dano seja ligado ao fato que o gerou, por via do nexo de causalidade (*quarto pressuposto*), e que o dano tenha ocorrido em desfavor de um bem juridicamente protegido (*quinto pressuposto*).

Feito o estudo geral sobre a responsabilidade civil, passa-se, no segundo capítulo, a examinar a responsabilidade do Estado.

⁶⁷ NORONHA, F., 2003, p. 614.

⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 975.

CAPÍTULO II

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

2.1 Conceito de responsabilidade civil do Estado

Nos moldes do já exposto, a responsabilidade civil é a obrigação secundária de ressarcir que advém de um determinado dano, gerado por um fato antijurídico que pode ser imputado a uma determinada pessoa.

Pelo raciocínio com base nos pressupostos da responsabilidade civil elencados no capítulo anterior, pode-se dizer que haverá responsabilidade civil do Estado quando o nexo de imputação (pressuposto que liga o fato antijurídico ao agente) volta-se para o ente estatal.

A despeito, quando o fato antijurídico for decorrente de uma ação ou omissão do Estado, estar-se-á diante da responsabilidade civil do Estado.

Assim explica Yussef Said Cahali: “Entende-se a responsabilidade civil do Estado como sendo a obrigação legal, que lhe é imposta, de ressarcir os danos causados a terceiros por suas atividades.”⁶⁹

Os publicistas, em geral, trabalham quase todos com os mesmos fundamentos para delimitar o conceito de responsabilidade do Estado, até porque forçoso criar em se tratando de tema já delimitado pelo conceito de responsabilidade civil em si.

Hely Lopes Meirelles fala em responsabilidade da Administração, e justifica essa nomenclatura utilizada pelo fato de que a responsabilidade civil surgiria de atos da administração, e não de atos de Estado como entidade política. O autor conceitua a responsabilidade civil da Administração nestes termos:

Responsabilidade civil da Administração é, pois, a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las.⁷⁰

⁶⁹ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 13.

⁷⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 609.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, adverte que a nomenclatura correta é responsabilidade civil do Estado, por ser este a pessoa jurídica que possui capacidade, enquanto que Administração não possui personalidade jurídica. E conclui seus estudos afirmando:

Pode-se, portanto, dizer que a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos.⁷¹

Também preferem a expressão responsabilidade civil do Estado, Diógenes Gasparini e Sergio Cavalieri Filho, este último, citando a professora da USP em sua obra, estabelece que “a *capacidade* é do Estado e das pessoas jurídicas públicas ou privadas que o representam no exercício de parcela de atribuições estatais.”⁷²

Marçal Justen Filho informa que responsabilidade civil do Estado “consiste no dever de indenizar as perdas e danos materiais e morais sofridos por terceiros em virtude de ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado.”⁷³ Ainda, o professor paranaense nos alerta para a diferença desta para a responsabilidade administrativa do Estado, que corresponde à “submissão da organização estatal ao dever jurídico-político de prestar informações e contas por suas ações e omissões e de corrigir as imperfeições verificadas em sua conduta.”⁷⁴

Ainda, Celso Antônio Bandeira de Mello formula um conceito para responsabilidade do Estado que pode ser considerado dos mais completos:

Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.

Essa conceituação de responsabilidade civil do Estado não surgiu de plano, foi fruto do desenvolvimento de diversas teorias, desde o surgimento do Estado de Direito, e que hoje está disciplinada pela responsabilidade civil objetiva do Estado.

As principais teorias que se desenvolveram para determinar a responsabilidade imputada ao Estado serão analisadas na seqüência.

⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 607.

⁷² CAVALIERI FILHO, S., 2007, p. 218.

⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 806.

⁷⁴ Idem, *ibidem*, p. 805.

2.2 Evolução da responsabilidade civil do Estado

A evolução histórica se justifica ao passo que a responsabilidade civil do Estado é matéria que se modificou com o decorrer do tempo, até mesmo com o desenvolver do Estado em si, e da sociedade.

A primeira teoria a se desenvolver foi a teoria da irresponsabilidade, a qual, até pelo seu momento histórico, como veremos a seguir, eximia o Estado de qualquer responsabilidade.

Posteriormente, surgiram as teorias civilistas, que tentaram estabelecer a responsabilidade do Estado com escopo na culpa civil.

Por fim, passou-se a analisar a responsabilidade civil do Estado sob a ótica publicista, terminando por aplicar a responsabilidade objetiva aos entes do Estado.

As classificações trazidas a respeito da evolução das teorias da responsabilidade do Estado variam de doutrina para doutrina, cada autor possui entendimento próprio e, muitas vezes, até conflitante, conforme poder-se-á notar ao estudar as teorias publicistas.

Para tanto, adotar-se-á como parâmetro a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

2.2.1 Teoria da Irresponsabilidade

A teoria da irresponsabilidade foi a que primeiro se estabeleceu para fundamentar (ou melhor, afastar) o ressarcimento decorrente dos danos causados pelo Estado.

Esta teoria, também chamada de teoria feudal, regalista ou regaliana, firmou-se no período histórico em que os Estados eram absolutos, despóticos e, por corolário, possuíam força incontestável em relação aos súditos.

Nicolau Maquiavel, influente escritor deste momento histórico, em sua obra “O Príncipe”, já demonstrava que o Estado deveria ser regido a par de todos os valores morais e princípios éticos, valendo-se somente da desenvoltura política e militar para governar.

Sahid Maluf traz uma passagem da obra de Maquiavel e, ao final, tece conclusões oportunas, que servirão para melhor compreender a teoria da irresponsabilidade:

Em suma: ao Príncipe tudo é permitido, até mesmo a infâmia, a hipocrisia, a crueldade, a mentira, contanto que atinja o seu escopo. Todos os meios que forem por ele utilizados no exercício do poder são admissíveis e justificados. A natureza humana e as circunstâncias de cada momento indicam os meios e os instrumentos de que o Príncipe deve lançar mão.⁷⁵

Conforme se nota, ao Príncipe, ou seja, ao representante maior do Estado, tudo era permitido. Pode-se perceber o porquê da teoria ser chamada irresponsabilidade: não se admitia que o representante Estatal cometesse erros, capazes de ensejar reparação.

Outrossim, a monarquia absoluta era fundamentada pelo direito divino dos Reis, a autoridade do soberano era considerada como de natureza divina e proveniente de Deus.⁷⁶

Os princípios que regiam os Estados absolutos baseavam-se na máxima do *The King can do no wrong*⁷⁷, e do “aquilo que agrada ao príncipe, tem força de lei.”⁷⁸

Com isso, denota-se que, àquela época, impossível obter qualquer ressarcimento por parte de eventual dano causado pelo Estado; este tinha poder supremo, e jamais cometeria algum ato capaz de ser entendido como danoso.

Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa aponta, em sua dissertação de mestrado:

Entendia-se que o erro causado pelo Estado era um risco que os administrados (súditos) deveriam correr, ou seja, o dano que o Poder Público viesse a provocar seria aceito e compartilhado por todos como uma situação absolutamente normal ante sua soberania.⁷⁹

Lembra Celso Antônio Bandeira de Mello que não havia, contudo, total desproteção dos administrados perante comportamentos unilaterais do Estado. Existiam algumas esparsas situações, previstas em lei, que poderiam ensejar a

⁷⁵ MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 117.

⁷⁶ Idem, *ibidem*, p. 119.

⁷⁷ Tradução: O rei não erra; *Le roi ne peut mal faire*.

⁷⁸ DI PIETRO, M. S. Z., 2008, p. 608.

⁷⁹ ROSA, Leilane Mendonça Zavarizi. *Reflexões acerca da responsabilidade civil extracontratual do Estado*. Florianópolis: UFSC: 1996. 123 p. Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, 1996. Orientador: CARLIN, Volnei Ivo, p. 40.

responsabilização do Estado.⁸⁰ Logicamente, tratam-se de exceções, tanto que nem são trabalhadas pela maioria da doutrina.

Evidentemente, a teoria da irresponsabilidade vigorou por grande período, mas com o passar do tempo foi se mostrando vulnerável, a medida que a Revolução Francesa se aproximava, e os Reis perdiam sua força.

José Cretella Júnior traz uma passagem que evidencia, ao que parece, como procediam os tribunais para afirmar o sistema de irresponsabilidade do soberano:

Na época do rei Henrique II, criou-se o tribunal do rei, admitindo-se a possibilidade de demanda contra o senhor feudal, reclamando indenizações por danos que ele causasse através de servos sob sua guarda. Na realidade, porém, o tribunal era do rei, que estava acima de tudo, ficando, pois, a Coroa, isenta da obrigação de indenizar.⁸¹

Assinala Yussef Said Cahali que a teoria da irresponsabilidade foi evidenciada, na doutrina, por transparecer injustiça, “resolvendo-se na própria negação do direito: se o Estado se constitui para a tutela do direito, não tinha sentido que ele próprio o violasse impunemente”.⁸²

E conclui observando que o Estado é sujeito de direitos e obrigações, como todos os outros entes, inexistindo qualquer fundamento para a sua irresponsabilidade.

Os últimos países ocidentais a acabar com a teoria da irresponsabilidade foram Estados Unidos e Inglaterra. Hodiernamente ela encontra-se totalmente superada. Os Estados Unidos abandonou a teoria por meio do *Federal Tort Claim Act*, de 1946, e a Inglaterra através do *Crown Proceeding Act*, de 1947.⁸³

2.2.2 Teorias Civilistas

O Estado absolutista sucumbiu às revoluções liberais, e o desenvolvimento de uma nova forma de pensar o Estado acabou por influenciar também a responsabilidade deste perante seus cidadãos.

⁸⁰ MELLO, C. A. B. M., 2004, p. 924.

⁸¹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 69.

⁸² CAHALI, Y. S., 2007, p. 21-22.

⁸³ DI PIETRO, M. S. Z., 2008, p. 608.

No Estado de Direito, o Poder Público também se submete à lei, portanto, a responsabilidade estatal é conseqüência lógica e inevitável desta submissão.⁸⁴

Superou-se a teoria da irresponsabilidade através da concepção civilística da responsabilidade estatal, atrelando a responsabilidade do Estado aos parâmetros estabelecidos no direito privado.

Apesar de ser criticada pela doutrina moderna, a teoria civilista representou um passo largo na evolução da responsabilidade civil do Estado, uma vez que, conforme discorre Cahali, foi a grande contestadora inicial do princípio da irresponsabilidade absoluta.⁸⁵

A teoria civilista pode ser compreendida em dois momentos distintos, de acordo com a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: num primeiro momento sob o prisma da teoria dos atos de império e atos de gestão, e posteriormente sob o prisma da teoria da culpa civil, ou responsabilidade subjetiva.⁸⁶

2.2.2.1 Atos de Império e Atos de Gestão

A divisão entre atos de império e atos de gestão serviu, neste primeiro momento, para possibilitar alguma hipótese em que o Estado se tornaria responsável pelo seus atos.

Assim explica Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa:

A maneira encontrada para admitir-se sua responsabilidade (do Estado) foi através da divisão da sua forma de atuar. Entendeu-se que ele era capaz de, em sua atividade administrativa, realizar atos como se fosse um particular agindo e atos como um governante agindo.⁸⁷

Segundo José Cretella Júnior, na prática de atos de gestão o Estado age da mesma maneira que o particular, na administração de seus bens, enquanto que os atos de império o Estado age com o poder soberano, de forma impositiva.⁸⁸

⁸⁴ CAVALIERI FILHO, S., 2007, p. 219.

⁸⁵ CAHALI, Y. S., 2007, p. 22.

⁸⁶ DI PIETRO, M. S. Z., 2008, p. 608.

⁸⁷ ROSA, L. M. Z., 1996, p. 44.

⁸⁸ CRETELLA JÚNIOR, J., 2002, p. 70.

Conforme assinala Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “passou-se a admitir a responsabilidade civil quando decorrente de atos de gestão e a afastá-la nos prejuízos resultantes de atos de império.”⁸⁹

Portanto, os atos de gestão, em que o Estado estaria em paridade de armas com o particular, poderiam ensejar eventual ação condenatória em face de danos causados, desde que provada a culpa do agente público e os pressupostos inerentes à responsabilidade civil subjetiva.

Todavia, os atos de império eram praticados pelo poder soberano, pela atrasada figura do Rei, o qual era insuscetível de cometer erros e, em decorrência disso, esses atos impossibilitavam qualquer questionamento pelo administrado.

Essa teoria também se mostrou inepta a reger a responsabilidade do Estado. Gerava confusão ao tentar separar a figura do Soberano da do Estado e, conseqüentemente, separar os atos de gestão dos atos de império.

É do magistério de José Cretella Júnior:

Não há motivo para indenizar o dano proveniente do denominado *ato de gestão* e deixar ao desabrigo da proteção judicial o dano proveniente do *ato de império*, porque a quem experimenta o dano pouco importa a natureza do ato. O que interessa é o *prejuízo* real sofrido e se o dano é proveniente do Estado, cabe a este a indenização.⁹⁰

Maria Sylvia Zanella Di Pietro também expõe motivos para o insucesso desta teoria:

Surgiu, no entanto, grande oposição a essa teoria, quer pelo reconhecimento da impossibilidade de dividir-se a personalidade do Estado, quer pela própria dificuldade, senão impossibilidade, de enquadrar-se como atos de gestão todos aqueles praticados pelo Estado na administração do patrimônio público e na prestação de seus serviços.⁹¹

Frente aos problemas encontrados, a teoria da responsabilidade do Estado baseada em atos de império e atos de gestão foi abandonada, e os civilistas então migraram para a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado.

⁸⁹ DI PIETRO, M. S. Z., 2008, p. 609.

⁹⁰ CRETELLA JÚNIOR, J., 2002, p. 70.

⁹¹ DI PIETRO, M. S. Z., 2008, p. 609.

2.2.2.2 Teoria da responsabilidade subjetiva ou da culpa civil

Com o insucesso da teoria baseada nos atos de império e atos de gestão, passou-se a compreender a responsabilidade do Estado sob uma segunda ótica, ainda sob a égide do direito privado.

A teoria da culpa civil buscava equiparar a responsabilidade do Estado aos preceitos da responsabilidade civil subjetiva, que segue as regras do direito privado.

Desta feita, ficaria configurada a responsabilidade do Estado quando este, por ação ou omissão, causasse um dano, devendo-se comprovar a culpa *lato sensu*, ou seja, que a conduta se deu mediante dolo ou negligência, imprudência ou imperícia.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica, sinteticamente, esta teoria:

Embora abandonada a distinção entre atos de império e de gestão, muitos autores continuaram apegados à doutrina civilista, aceitando a responsabilidade do Estado desde que demonstrada a culpa. Procurava-se equiparar a responsabilidade do Estado à do patrão, ou comitente, pelos atos dos empregados ou prepostos. Era a **teoria da culpa civil** ou da **responsabilidade subjetiva**.⁹² (destaque do original)

Falava-se que o Estado era responsável pela escolha do funcionário. Havendo a contratação de um mau funcionário, que causa determinado dano, resta configurada a culpa *in eligendo* do Estado, em outras palavras, o Estado seria culpado por escolher mal o funcionário.

Ainda, ao negligenciar a fiscalização das atividades de seus funcionários, caso um destes viesse a cometer dano, o Estado responderia com base na culpa *in vigilando*.

Fernando Facury Scaff faz conceituação simples e objetiva, afirmando que “a culpa *in eligendo* seria a do Estado por ter escolhido mal o funcionário causador do ato danoso, enquanto a culpa *in vigilando* seria a inobservância da necessária supervisão do exercício das funções públicas.”⁹³

⁹² DI PIETRO, M. S. Z., 2008, p. 609.

⁹³ SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do Estado intervencionista*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 135.

Apesar desta roupagem emprestada da responsabilidade subjetiva, notou-se que, mesmo assim, não era suficiente configurar a responsabilidade civil do Estado com base na teoria da culpa.

Era dificultoso comprovar a culpa, o que, por muitas vezes, acabava garantindo a impunidade do Estado em ver-se obrigado a ressarcir o dano causado.

Ainda, Yussef Said Cahali critica a responsabilidade com base na culpa:

Mas também o pressuposto da culpa, como condição da responsabilidade civil do Estado, acabou se definindo como injustificável pela melhor doutrina; em especial naqueles casos em que o conceito de *culpa civilística*, por si ambíguo, já não bastava para explicar o dano que teria resultado de falha da máquina administrativa, de culpa anônima da Administração, buscando-se então, supri-la através da concepção de uma *culpa publicística*.⁹⁴ (destaque do original)

Abandonada a idéia da culpa civil, passou-se a analisar a responsabilidade do Estado pela ótica publicística (ou publicista), a qual perdura até hoje, com a responsabilidade objetiva do Estado.

2.2.3 Teorias Publicistas

A mudança de paradigma da teoria baseada na culpa, para esta nova visão, independente da culpa, ocorreu a partir do Caso Blanco, ocorrido na França, em 1873.⁹⁵

Em conseqüência, a doutrina passou a tratar a responsabilidade civil do Estado como matéria de direito público, não mais privado como fazia anteriormente.

Ao abordar as teorias publicistas, cada doutrinador apresenta uma divisão própria, havendo, por vezes, confusão entre as classificações, nomenclaturas e conceitos.

⁹⁴ CAHALI, Y. S., 2007, p. 24.

⁹⁵ Em Bordeaux, a menina Agnes Blanco, ao atravessar os trilhos que cortavam uma rua da cidade, foi atropelada pelo vagonete da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo. O pai da menina moveu ação condenatória, embasado na responsabilidade civil do Estado. Houve então um conflito de competências entre a jurisdição comum e a administrativa. Ao final, o Tribunal de Conflitos decidiu que a competência seria do Tribunal Administrativo, uma vez que se tratava de responsabilidade decorrente do serviço público. Disponível em: DI PIETRO, M. S. Z., 2008, p. 609.

Hely Lopes Meirelles reparte a teoria da responsabilidade civil da administração em:

1. Teoria da culpa administrativa;
2. Teoria do risco administrativo;
3. Teoria do risco integral.

Mantendo-se a linha proposta anteriormente, analisar-se-á as teorias publicistas de acordo com o disposto pela professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a qual desdobra a teoria publicista em:

1. Teoria da culpa do serviço, ou culpa administrativa;
2. Teoria do risco, ou risco administrativo.

2.2.3.1 Teoria da culpa do serviço ou culpa administrativa

Foi dito que a teoria civilista impunha a comprovação da culpa, baseada na conduta do funcionário que gerou o dano; era um sistema baseado na culpa individual, ou seja, analisava a culpa do agente do Estado, que em sua condição, cometera um dano.

Essa concepção foi-se alterando, e passou-se a vislumbrar o problema sob o foco da culpa anônima, ou impessoal.

Nesse contexto, não mais se imputa a culpa ao funcionário do Estado, não importando quem é o efetivo causador do dano; o que interessa é que o agente representa o Estado e, assim, este é que deve figurar como eventual responsável pelo dano.

Passa-se a falar em culpa do serviço, de acordo com a teoria francesa da *faute du service*.

Pontifica Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Essa culpa do serviço público ocorre quando: o serviço público não funcionou (omissão), funcionou atrasado ou funcionou mal. Em qualquer dessas três hipóteses, ocorre a culpa (*faute*) do serviço ou acidente administrativo, incidindo a responsabilidade do Estado independentemente de qualquer apreciação da culpa do funcionário.⁹⁶

⁹⁶ DI PIETRO, M. S. Z., 2008, p. 610.

Essa teoria da culpa anônima, ou do serviço, também chamada de teoria do acidente administrativo, desvencilhou a idéia de culpa atrelada a conduta de um determinado agente do Estado.⁹⁷

Agora, obtempera Sergio Cavaliere Filho, que se torna:

[...] dispensável a prova de que funcionários nominalmente especificados tenham incorrido em culpa. Basta que fique constatado um mau agenciador geral, anônimo, impessoal, na defeituosa condução do serviço à qual o dano possa ser imputado.⁹⁸

Em que pese essa inovação, de tomar o Estado como causador do dano, e não seu agente, há de se advertir que a responsabilidade do Estado, nesta modalidade, ainda é subjetiva, ou seja, necessária a comprovação de culpa do Estado para concretizar o dever de indenizar.

Celso Antônio Bandeira de Mello traz este entendimento:

É mister acentuar que a responsabilidade por “falta de serviço”, falha do serviço ou culpa do serviço (*faute du service*, seja qual for a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva, porque baseada na culpa (ou dolo) como sempre advertiu o prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.⁹⁹

Ainda, o jurista explica que a provável causa para que alguns entendam a teoria da culpa do serviço como responsabilidade objetiva pode ser pela tradução equivocada da expressão francesa.

A tradução correta da palavra francesa *faute* é culpa. Todavia, no Brasil foi inadequadamente traduzida como falta (ausência), o que poderia implicar a idéia de algo objetivo.¹⁰⁰

Não obstante, a culpa do serviço, apesar de possibilitar ao autor cobrar diretamente do Estado o ressarcimento aos danos sofridos, também não se mostrou completamente adequada para reger as relações indivíduo *versus* Estado.

Permanecia a infundável dificuldade de comprovar a culpa da administração, e a prova da culpa do serviço recaia sobre a vítima, o que acabava por sobrecarregar demais o lado mais frágil da relação processual.

⁹⁷ Há doutrinadores que entendem a teoria do acidente administrativo como uma nova teoria, isolada da teoria da culpa administrativa. O entendimento utilizado aqui, no entanto, é no sentido de que a teoria do acidente administrativo é uma evolução gradual da teoria da culpa administrativa e, por este motivo, está sendo tratada no mesmo tópico.

⁹⁸ CAVALIERI FILHO, S., 2007, p. 221.

⁹⁹ MELLO, C. A. B., 2006, p. 957.

¹⁰⁰ Idem, ibidem, p. 958.

2.2.3.2 Teoria do risco ou risco administrativo

A teoria do risco também é chamada teoria do risco administrativo, e alguns autores ainda trabalham esta como sinônimo da teoria do risco integral.

Hely Lopes Meirelles divide a teoria do risco em teoria do risco administrativo e teoria do risco integral. Esta não admite causas excludentes da responsabilidade do Estado, fazendo com que qualquer dano decorrente da atividade estatal seja indenizável, enquanto aquela possibilita que o Estado não tenha obrigação de pagar em casos torneados por excludentes da responsabilidade do Estado (culpa da vítima, de terceiros ou força maior).

A teoria do risco integral é expurgada por Yussef Said Cahali:

A teoria do risco integral é modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima.¹⁰¹ (destaque do original)

Feita essa ressalva quando à diferença entre teoria do risco integral e teoria do risco administrativo, falta analisar esta última.

Sobre o surgimento dessa teoria, obtempera Celso Antônio Bandeira de Mello:

*Ampliando a proteção do administrado, a jurisprudência administrativa da França veio a admitir também hipóteses de responsabilidade estritamente objetiva, isto é, independentemente de qualquer falta ou culpa do serviço, a dizer, *responsabilidade pelo risco* administrativo ou, de todo modo, independente de comportamento censurável juridicamente.¹⁰² (destaque do original)*

A teoria do risco administrativo afasta a necessidade de comprovação do dolo e culpa, ou seja, serve como fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, desenvolvendo seu raciocínio de acordo com os dizeres de Cretella Júnior, explica que a teoria do risco é assim chamada porquanto parte do entendimento de que a atuação estatal envolve um risco de dano, ligado à sua atividade. Gerado o dano, o Estado responde “como se fosse

¹⁰¹ CAHALI, Y. S., 2007, p. 38.

¹⁰² MELLO, C. A. B., 2006, p. 960.

uma empresa de seguro em que os segurados seriam os contribuintes que, pagando os tributos, contribuem para a formação de um patrimônio coletivo.”¹⁰³

Sergio Cavalieri Filho define a teoria do risco:

A Administração pública gera risco para os administrados, entendendo-se como tal a possibilidade de dano que os membros da comunidade podem sofrer em decorrência da normal ou anormal atividade do Estado. Tendo em vista que essa atividade é exercida em favor de todos, seus ônus devem ser também suportados por todos, e não apenas por alguns. Conseqüentemente, deve o Estado, que a todos representa, suportar os ônus da sua atividade, independentemente de culpa dos seus agentes.¹⁰⁴

Alexandre Santos de Aragão suscita que a teoria do risco tem como alicerce a igualdade na divisão das cargas sociais¹⁰⁵:

Vemos, portanto, que a invocação da igualdade na repartição dos encargos sociais constituiu uma explicação dos administrativistas para a aplicação da Teoria do Risco à Administração Pública, ao passo que, no Direito Civil, à época denominado “Direito Comum”, já se propugnava a aplicação desta Teoria a todos os riscos causados pelo desempenho das atividades das grandes organizações, entre as quais a Administração Pública, por óbvio, se encontrava.¹⁰⁶

Portanto, a atividade estatal pressupõe um risco que lhe é inerente; havendo dano decorrente da atividade, justo cobrá-lo de todos os administrados, para os quais a atividade é voltada.

A teoria do risco é o fundamento para caracterizar a responsabilidade objetiva do Estado, prevista em nosso ordenamento jurídico no art. 37, § 6º, da Constituição Federal.¹⁰⁷

Ainda que na seara da responsabilidade objetiva, cabe lembrar que haverá situações em que o Estado não se responsabilizará por eventuais danos causados aos administrados, quando se tratar de fato exclusivo da vítima, fato de terceiro ou ainda força maior. Essas hipóteses serão analisadas logo a seguir.

¹⁰³ DI PIETRO, M. S. Z., 2008, p. 610-611.

¹⁰⁴ CAVALIERI FILHO, S., 2007, p. 223.

¹⁰⁵ Entende-se a igualdade na divisão das cargas sociais o seguinte: se os benefícios das funções administrativas alcançam potencialmente a todos, também os prejuízos devem ser repartidos entre todos.

¹⁰⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Os fundamentos da responsabilidade civil do Estado. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 376, p. 11-19, nov./dez. 2004.

¹⁰⁷ *Ipsis Litteris*: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

2.3 Excludentes da responsabilidade civil

Conforme visto, de acordo com a teoria do risco administrativo, o Estado responde pelos danos eventualmente causados por seus agentes, devido ao risco inerente às suas atividades.

Todavia, não se pode aceitar que todo e qualquer dano tenha o condão de acionar o Estado como devedor, sob pena de se adotar a teoria do risco integral e ainda tornar o Estado um segurador universal.

Isso implicaria, nas palavras de Sergio Cavaliere Filho, que “o Estado seria obrigado a indenizar sempre, e em qualquer caso, o dano suportado pelo particular, ainda que não decorrente de sua atividade.”¹⁰⁸

Para evitar esse desequilíbrio decorrente da aplicação da teoria do risco integral, a teoria do risco administrativo permite que a Administração demonstre a culpa do lesado, para que se veja livre do dever de indenizar.

Leciona Yussef Said Cahali:

A responsabilidade civil do Estado, com base no risco administrativo, que admite a pesquisa em torno da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre, em síntese, diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; e c) desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa.¹⁰⁹

Foi dito no primeiro capítulo que a responsabilidade civil objetiva coloca a vítima como sujeito nuclear da relação obrigacional, enquanto que a subjetiva se volta para o causador do dano.

Ao enfatizar a pessoa lesada, a responsabilidade objetiva do Estado vê o pressuposto do nexo de causalidade como o mais importante: é através do nexo de causalidade entre a atividade do ente público e o dano sofrido pelo particular que se norteará as hipóteses de configuração, redução ou exclusão do dever de ressarcir imposto ao Estado.

É do escólio de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Sendo a existência do nexo de causalidade o fundamento da responsabilidade civil do Estado, esta deixará de existir ou incidirá de forma atenuada quando o serviço público não for a causa do dano ou quando estiver aliado a outras circunstâncias, ou seja, quando não for causa única.¹¹⁰

¹⁰⁸ CAVALIERI FILHO, S., 2007, p. 224.

¹⁰⁹ CAHALI, Y. S., 2007, p. 44.

¹¹⁰ DI PIETRO, M. S. Z., 2008, p. 615.

O nexo de causalidade é o pressuposto fundamental da teoria do risco administrativo e, conforme já mencionado, haverá situações em que não se consolida, afastando o dever de indenizar imposto ao Estado.

Todavia, a doutrina não é pacífica no tocante às causas de exclusão da responsabilidade civil, alguns consideram como causas a culpa da vítima, o caso fortuito, a força maior e o estado de necessidade, outros, como Maria Sylvia, apontam como causas excludentes a culpa da vítima, culpa de terceiro ou a força maior.¹¹¹

São hipóteses em que o nexo de causalidade não vai se formar, ou seja, não haverá o vínculo entre a conduta do ente estatal e o evento danoso. Em decorrência, não haverá dever de ressarcir o dano.

Neste sentido, discorre Almiro do Couto e Silva:

Importa advertir, desde logo, que se a causa é exclusivamente o fato da vítima, de terceiro ou a força maior, não há qualquer nexo de causalidade entre a ação ou a omissão do Estado e o dano, não cabendo falar, portanto, em responsabilidade do Poder Público.¹¹²

Apenas para constar, usar-se-á a nomenclatura fato da vítima e fato de terceiro, e não culpa da vítima e culpa de terceiro, uma vez que a terminologia é tecnicamente mais apropriada.

Passa-se agora ao exame particular de cada um destes casos.

2.3.1 Fato da vítima

A primeira hipótese de exclusão da obrigação ressarcitória do Estado é o fato da vítima¹¹³. O fato da vítima pode ser visto sob duas óticas: o fato exclusivo e o fato concorrente. O primeiro exclui a responsabilidade do Estado, enquanto que o segundo atenua-a.

¹¹¹ DI PIETRO, M. S. Z., 2008, p. 615.

¹¹² COUTO E SILVA, Almiro do. A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 202, p. 19-41, out.dez. 1995.

¹¹³ Parcela da doutrina utiliza a terminologia sinônima “culpa da vítima”. Deu-se preferência ao vocábulo fato, por ser, tecnicamente, mais pertinente, além de evitar eventuais confusões com a noção de culpa.

O fato da vítima consiste em um acontecimento ocorrido por atuação exclusiva do sujeito que sofreu o dano, seja por culpa em sentido estrito, seja por dolo.

Fernando Noronha utiliza a terminologia “fato do lesado” como sinônimo de fato da vítima, e faz as seguintes considerações:

[...]é aquele atribuível à atuação da própria pessoa que sofreu o dano. Quando a atuação do lesado foi causa exclusiva do dano, não se poderá falar em obrigação de indenizar (salvo nas hipóteses excepcionalíssimas de responsabilidade objetiva agravada); quando tiver sido causa concorrente, isto é, quando para o dano também tiver contribuído o fato de outra pessoa (aquela de cuja responsabilidade se cogita), haverá uma situação de concorrência de causas.¹¹⁴

O fato exclusivo da vítima é o acontecimento causado única e exclusivamente por sua conduta, razão pela qual impede a formação do nexo causal e, por consectário, faz desaparecer a obrigação ressarcitória.

Sergio Cavalieri Filho, exemplificando, reitera estas conclusões:

Assim, se “A”, num gesto tresloucado, atira-se sob as rodas do veículo dirigido por “B”, não se poderá falar em liame de causalidade entre o ato deste e o prejuízo por aquele experimentado. O veículo atropelador, a toda evidência, foi simples instrumento do acidente, erigindo-se a conduta da vítima em causa única e adequada do evento, afastando o próprio nexo causal em relação ao motorista, e não apenas sua culpa, como querem alguns. O problema, como se viu, desloca-se para o terreno do nexo causal, e não da culpa.¹¹⁵

Conforme auferiu-se no capítulo anterior, demonstrar o nexo de causalidade frente ao caso concreto é exercício complicado, que requer serenidade e bom-senso do magistrado para que injustiças não sejam cometidas.

Ao autor da ação, caberá comprovar o nexo de causalidade, enquanto que à Administração resta produzir prova de que o nexo de causalidade não se configurou, demonstrando o fato exclusivo da vítima.

Neste sentido é o magistério de Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa:

Uma vez que a responsabilidade é objetiva, provando o particular o nexo de causalidade, restaria à Administração Pública o dever de indenizar, salvo se conseguir elidir a configuração daquele nexo, provando a culpa exclusiva da vítima, o que afastará a sua obrigação. O ônus da prova agora cabe ao Estado.¹¹⁶

¹¹⁴ NORONHA, F., 2003, p. 620.

¹¹⁵ CAVALIERI FILHO, S., 2007, p. 64.

¹¹⁶ ROSA, L. M. Z., 1996, p. 73.

Em se tratando de fato concorrente da vítima, haverá a formação de um nexo de causalidade, ou seja, existirá a conduta lesiva imputada ao Estado, que se liga ao dano ocorrido. Todavia, a vítima também imprimiu conduta reprovável, a qual colaborou de qualquer modo para a configuração do evento, de modo que a responsabilidade do Estado será atenuada, embora não totalmente excluída.

Neste sentido sustenta Celso Antônio Bandeira de Mello:

Com efeito, pode ocorrer que o dano resulte de dupla causação. Hipóteses haverá em que o evento lesivo seja fruto de ação conjunta do Estado e do lesado, concorrendo ambos para a geração do resultado danoso. Ainda aqui não haverá falar em excludente da responsabilidade estatal. Haverá, sim, atenuação do *quantum* indenizatório, a ser decidido na proporção em que cada qual haja participado para a produção do evento.¹¹⁷

É esta a direção do art. 945 do Código Civil de 2002 ao prever: “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

Destarte, o fato da vítima pode ensejar a exclusão da responsabilidade do Estado, quando exclusivo do lesado, ou ainda acarretar a diminuição do valor a ser ressarcido, por conta do fato concorrente do lesado.

2.3.2 Fato de terceiro

Além do fato da vítima, outra hipótese de exclusão da responsabilidade objetiva do Estado é o fato de terceiro.

José de Aguiar Dias define terceiro como qualquer pessoa que não se enquadra como vítima ou como responsável, alguém que não tenha qualquer conexão com o provável causador do dano, tampouco com o lesado.¹¹⁸

Ocorrerá o fato de terceiro, nas palavras de Fernando Noronha, quando o fato gerador for “praticado por alguém que não seja nem o lesado nem a pessoa de cuja possível responsabilização se esteja cogitando.”¹¹⁹

¹¹⁷ MELLO, C. A. B., 2006, p. 978.

¹¹⁸ DIAS, J. A., 1995, p. 299.

¹¹⁹ NORONHA, F., 2003, p. 620.

Exemplo notório do fato de terceiro ocorre no engavetamento de veículos, em acidente de trânsito. O primeiro veículo freia, o segundo, que vem logo atrás, também freia, entretanto o condutor do terceiro veículo acaba por abalroar a traseira do segundo, que é lançado contra o primeiro veículo.

Nestes casos, se o condutor do primeiro veículo demandar em juízo contra o condutor do segundo veículo, este poderá eximir-se da responsabilidade de ressarcir o dano, alegando o fato de terceiro, pois o verdadeiro e único causador do acidente foi o condutor do terceiro veículo.

Juntamente com o fato exclusivo da vítima, o fato de terceiro também elidirá a obrigação de ressarcir imposta ao Estado, mediante prova que deverá ser produzida pela Administração.

2.3.3 Força maior

Há ainda a hipótese de mitigação da responsabilidade quando o fato se dá por força maior. Há discussão na doutrina sobre essa excludente de responsabilidade, por vezes utiliza-se como sinônimo de caso fortuito, mas há posicionamento firme em sentido adverso.

O Código Civil aparentemente utiliza os dois conceitos como sinônimos, ao expressar, no art. 393, parágrafo único, que “o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.”

Sergio Cavaliere Filho afirma que tanto o caso fortuito como a força maior são excludentes da responsabilidade: “O caso fortuito e a força maior excluem o nexo causal por constituírem também causa estranha à conduta do aparente agente, ensejadora direta do evento.”¹²⁰

O magistério de Maria Sylvia Zanella Di Pietro define força maior como o “acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio.”¹²¹

¹²⁰ CAVALIERI FILHO, S., 2007, p. 66.

¹²¹ DI PIETRO, M. S. Z., 2008, p. 615.

Ao passo que, para a professora da USP, o caso fortuito “ocorre nos casos em que o dano seja decorrente de ato humano ou de falha da Administração”¹²²

Assim, somente a força maior teria o condão de romper a obrigação de ressarcir imposta ao Estado, enquanto o caso fortuito, por ser decorrente da própria falha da Administração, não constitui causa excludente de responsabilidade.

Themistocles Brandão Cavalcanti obrou lição acerca da diferenciação dos dois institutos:

Mas aqui se impõe a distinção entre caso fortuito e força maior porque, se, como veremos, a força maior decorre de um fato externo, estranho ao serviço, o caso fortuito provém de seu mau funcionamento, de uma causa interna, inerente ao próprio serviço.

Admite-se, por conseguinte, a exclusão da responsabilidade no caso de força maior, subsistindo, entretanto, no caso fortuito, por estar incluído este último no risco do serviço.¹²³

Dos estudos do jurista, depreende-se que a força maior não sofre qualquer interferência da vontade humana, nem próxima nem remotamente, configurando-se em “elemento estranho à atividade exercida e da qual decorre a obrigação”¹²⁴; enquanto que no caso fortuito a vontade humana destoa na organização e funcionamento do serviço, “é uma causa interna, inerente ao próprio serviço, à própria atividade, que ocasiona o dano.”¹²⁵

Yussef Said Cahali coaduna esse entendimento, inclusive citando trechos da obra de Themistocles Brandão Cavalcanti:

Mas embora se pretenda o reconhecimento indiscriminado da excludente de responsabilidade da Administração Pública tanto nos casos de *força maior* como nos *casos fortuitos*, é certo que somente nos casos de dano provocado por *força maior* se legitima a exclusão do dever de indenizar.¹²⁶
(destaque do original)

Destarte, Themistocles Brandão Cavalcanti assevera que tanto força maior como caso fortuito possuem os elementos imprevisibilidade (fato inesperado, pela ocorrência repentina) e irresistibilidade (fato que sobrepuja todas as precauções tomadas); Entretanto a força maior possui o elemento exterioridade, em que a causa determinante do dano decorre de um fato externo, estranho ao serviço, enquanto

¹²² DI PIETRO, M. S. Z., 2008, p. 615.

¹²³ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. v.1, 5. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 415.

¹²⁴ Idem, ibidem, p. 417.

¹²⁵ Idem, ibidem, p. 417.

¹²⁶ CAHALI, Y. S., 2007, p. 50.

que o caso fortuito possui o elemento interioridade, em que o fato danoso decorre de um serviço.¹²⁷

Por estes motivos, a força maior é considerada excludente da responsabilidade do Estado, enquanto que o caso fortuito não tem valor suficiente para romper o dever de ressarcir imposto pela responsabilidade objetiva.

2.4 Responsabilidade civil objetiva do Estado no Brasil

Atualmente, a teoria predominante no mundo jurídico, e acolhida pelo Direito brasileiro é a teoria do risco administrativo, que fundamenta a responsabilidade civil objetiva do Estado.

No Brasil, não se passou pela fase da teoria da irresponsabilidade. Durante o Império, até a Constituição de 1946, a responsabilidade do Estado baseava-se na culpa civil que, como já dito, exigia a comprovação da culpa do funcionário.¹²⁸

A teoria fundada na culpa permaneceu vigente durante largo espectro temporal, até que, em 1946, introduziu-se, finalmente, a responsabilidade objetiva.

Nos dizeres de Sergio Cavalieri Filho: “Foi com a Constituição de 1946, em seu art. 194, que a responsabilidade objetiva do Estado foi expressamente acolhida em nossa ordem jurídica.”¹²⁹

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello:

A grande alteração legislativa concernente à responsabilidade do Estado ocorreu a partir da Constituição de 1946. O art. 194 daquele diploma introduziu normativamente, entre nós, a *teoria da responsabilidade objetiva*, isto é, a possibilidade de o Estado compor danos oriundos de atos lesivos mesmo na ausência de qualquer procedimento irregular de funcionário ou agente seu, à margem, pois, de qualquer culpa ou falta de serviço.¹³⁰

Dizia o art. 194 da Constituição de 1946: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.” E ainda, o parágrafo único

¹²⁷ CAVALCANTI, T. B., 1964, p. 420.

¹²⁸ Os autores consultados corroboram deste entendimento. Entre eles Yussef Said Cahali e Maria Sylvania Zanella Di Pietro. Não obstante a Carta de 1824 tinha, em seu art. 99, a seguinte norma: A pessoa do imperador é inviolável e sagrada: ele não está sujeito a responsabilidade alguma.

¹²⁹ CAVALIERI FILHO, S., 2007, p. 225.

¹³⁰ MELLO, C. A. B., 2006, p. 983.

estabelecia a possibilidade de ação regressiva contra o funcionário: “Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.”

Daí em diante, a Carta Magna de 1967 e a posterior Emenda de 1969 mantiveram semelhante dispositivo, apenas adequando o texto para o momento histórico correspondente, porém com os mesmos fundamentos baseados na responsabilidade objetiva.

Já em 1988, com o advento da atual Constituição da República Federativa do Brasil, estabeleceu-se, no art. 37, § 6º, a responsabilidade objetiva do Estado, conforme será perquirido no tópico a seguir.

Tal Constituição ampliou os ditames da anterior, ao incluir as pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos como objetivamente responsáveis pelos danos causados.

2.5 Artigo 37, § 6º, da Constituição Federal

O artigo 37, § 6º, da Constituição Federal é o sustentáculo da responsabilidade objetiva do Estado no ordenamento jurídico brasileiro:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O proposto neste tópico é analisar o dispositivo legal supramencionado, com a finalidade de entender mais claramente a aplicação e interpretação da responsabilidade do Estado na doutrina.

A primeira discussão travada na doutrina e jurisprudência é a respeito da responsabilidade estatal ser objetiva em atos comissivos e omissivos. Parcela da doutrina, capitaneada por Celso Antônio Bandeira de Mello, entende que a responsabilidade é objetiva somente em danos causados por ação do Estado, ao passo que danos causados por omissão estatal são regidos pela responsabilidade

subjetiva.¹³¹ Contudo essa posição não é pacífica, o Supremo Tribunal Federal já admitiu a responsabilidade objetiva para atos omissivos do Estado.¹³²

Fala-se que a responsabilidade objetiva aplica-se em relação às *peessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviços públicos*.

As pessoas jurídicas de direito público são constituídas para a organização da Administração pública. José Cretella Júnior explica:

Criadas pelo Estado, as pessoas jurídicas públicas são entidades cujo escopo é a consecução dos interesses públicos. São entes criados pelo *Público*, para o *público*. São complexos convergentes de interesses públicos, juridicamente protegidos, centros de imputação de direitos e deveres públicos.¹³³

E aponta como cinco as pessoas jurídicas de direito público: União, Estados-Membros, Municípios, Distrito Federal e Autarquias.

As pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente, pelos danos causados por seus agentes, desde 1946, quando se introduziu a responsabilidade objetiva do Estado no ordenamento brasileiro.

Contudo, a modernização e evolução da sociedade demandavam entidades mais ágeis, eficientes e especializadas que as tradicionais pessoas jurídicas de direito público, para cumprirem a finalidade de proteger o interesse público com maior presteza e celeridade.

Destarte, possibilitou-se a distribuição de competências, para que pessoas jurídicas de direito privado prestassem, além dos serviços privados que lhe são inerentes, também os serviços públicos, que outrora eram concebidos apenas pelas pessoas jurídicas de direito público.

É do ensinamento de José Cretella Júnior:

*As pessoas jurídicas de direito privado são as fundações privadas e as corporações privadas. Além destas, as entidades privadas estatais, as empresas públicas e as sociedades de economia mista. As primeiras prestam apenas serviços privados, as segundas ora prestam serviços privados – é a regra -, ora prestam serviços públicos, é a exceção. Quando a autarquia é transformada em empresa pública esta última passa a prestar serviços públicos.*¹³⁴

¹³¹ MELLO, C. A. B., 2006, p. 966-967.

¹³² Supremo Tribunal Federal, RE-AgR 481.110. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 29 set. 2008.

¹³³ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 2291.

¹³⁴ Idem, ibidem, p. 2296.

A Carta Magna de 1988 possibilitou a extensão da responsabilidade objetiva para as pessoas privadas prestadoras de serviço público, o que não era possível de acordo com a Constituição de 1967.

Pinto Ferreira discorre sobre essa ampliação:

No direito constitucional anterior, incluindo no caso especialmente a CF de 1967 e sua EC n. 1/69, a responsabilidade se aplicava somente às entidades públicas (União, Estados, Distrito Federal, Territórios, Municípios) e respectivas autarquias. No texto da CF de 1988, a responsabilidade objetiva é aplicável aos entes públicos, às entidades paraestatais (regidas pelo direito privado) e também às concessionárias ou permissionárias, desde que entidades prestadoras de serviços públicos.¹³⁵

Acerca das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, mais considerações serão tecidas no próximo capítulo desta pesquisa.

De acordo com o texto constitucional, a responsabilidade será objetiva quando se tratar de dano causado pelos *agentes* da pessoa jurídica de direito público, ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público.

Do escólio de Sergio Cavalieri Filho depreende-se que o sentido da palavra agente é o de maior amplitude alcançável:

A constituição atual, por conseguinte, ao utilizar o vocábulo *agente*, deu guarida a esse entendimento doutrinário, deixando claro que a responsabilidade do Estado subsistirá ainda que se trate de ato praticado por servidor contratado, funcionário de fato ou temporário, qualquer que seja a forma de sua escolha ou investidura.¹³⁶

A expressão agente foi utilizada para dar a maior proteção possível ao administrado, vítima do dano causado pela Administração, uma vez que, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, “nesta qualidade ingressam desde as mais altas autoridades até os mais modestos trabalhadores que atuam pelo aparelho estatal.”¹³⁷

José Cretella Júnior informa que o agente deve cometer o dano em razão de sua função, devido à expressão *nessa qualidade*, conferida pela Carta Constitucional:

A expressão “nessa qualidade” é técnica [...], servindo para designar o agente da pessoa jurídica pública ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços públicos, *in officio*, isto é, quando se encontra “em serviço, ou *propter officium*, ou seja, quando não estando na sede ou em

¹³⁵ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. v. 2, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 397.

¹³⁶ CAVALIERI FILHO, S., 2007, p. 227.

¹³⁷ MELLO, C. A. B., 2006, p. 962.

qualquer local da entidade, praticar ato danoso, “em razão das funções que normalmente desempenhar”. Se, entretanto, o agente praticar qualquer ato “na qualidade” de cidadão comum, mesmo estando nas dependências da pessoa jurídica pública, ou privada prestadora de serviços, estará fora da incidência da regra jurídica constitucional.¹³⁸

A palavra *agente* foi utilizada para substituir a expressão *funcionário*, utilizada na constituição de 1967. Essa alteração serviu para ampliar as hipóteses de caracterização das pessoas que atuam pelo aparelho estatal.

Neste sentido, José Afonso da Silva:

Resta apenas observar que a Constituição foi mais técnica desta vez, primeiro por incluir no campo da responsabilidade objetiva todas as pessoas que operam serviços públicos, segundo por ter abandonado o termo “funcionário”, que não exprimia adequadamente o sentido da norma, substituído agora pelo termo preciso “agente”.¹³⁹

O Art. 37, § 6º, fala ainda em *terceiros*, para designar os sujeitos passivos dos danos causados pelos agentes da Administração, em razão de suas funções.

A simples leitura do artigo leva à conclusão de que a expressão *terceiro* é utilizada em sentido lato, ou seja, *terceiro* será toda e qualquer pessoa que venha a se encontrar vítima de um dano causado por um agente estatal.

É da conclusão de José Cretella Júnior:

No texto, “terceiros” são as pessoas que sofrem dano, causado por agente de pessoa jurídica pública, ou privada, esta última prestando serviços públicos.¹⁴⁰

Note-se aqui que a regra constitucional não impõe qualquer limitação à expressão *terceiros*, não faz qualquer exigência formal ou material. Assim, nenhum requisito é necessário para valer-se do regramento constitucional relativo à responsabilidade do Estado, bastando, para tanto, ser vítima de um dano causado por agente estatal, em razão de suas funções.¹⁴¹

Por fim, a Constituição possibilita o direito de regresso em face do agente causador do dano, quando este proceder com dolo ou culpa, ao prever, no art. 37, § 6º, a expressão *assegurado o direito de regresso contra o responsável no caso de dolo ou culpa*.

¹³⁸ CRETILLA JÚNIOR, J., 1992, p. 2351-2352.

¹³⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. 24. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 675.

¹⁴⁰ CRETILLA JÚNIOR, J., 1992, p. 2352.

¹⁴¹ Essa discussão será retomada no terceiro capítulo, quando analisar-se-á a contraditória questão relativa ao usuário e ao não-usuário do serviço público prestado pela concessionária.

Desta feita, possibilitar-se-á ao ente estatal que tome as medidas cabíveis, administrativa ou judicialmente, em face do agente que atuou com dolo ao implicar dano ao administrado, ou ainda quando atuou com negligência, imprudência ou imperícia¹⁴², com o intuito de reaver as quantias pagas à vítima em eventual condenação.

Conforme conceito de José Cretella Júnior:

*Direito de regresso ou direito regressivo é o poder-dever que tem o Estado de exigir do funcionário público, causador de um dano ao particular, a repetição da quantia que a Fazenda Pública teve de adiantar à vítima de ação ou omissão, decorrente do mau funcionamento de serviço público, por dolo ou culpa do agente.*¹⁴³

Portanto, é cediço que o dispositivo constitucional colaciona a responsabilidade civil objetiva das pessoas de direito público e direito privado prestadoras de serviços públicos, e ainda a responsabilidade civil subjetiva do agente que atuou culposamente.

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

No dispositivo constitucional estão compreendidas duas regras: a da **responsabilidade objetiva do Estado** e a da **responsabilidade subjetiva do funcionário**.¹⁴⁴ (destaque do original)

Essas são as breves considerações relativas ao art. 37, § 6º, da Constituição Federal, dispositivo legal que prevê a responsabilidade objetiva do Estado em nosso ordenamento jurídico.

Passa-se, no terceiro capítulo, a enfrentar o tema principal proposto por este trabalho, a responsabilidade objetiva da concessionária de serviço público e a problemática envolvendo o usuário e o não-usuário do serviço.

¹⁴² Para conceitos, vide nota nº. 18.

¹⁴³ CRETELLA JÚNIOR, J., 1992, p. 2352.

¹⁴⁴ DI PIETRO, M. S. Z., 2008, p. 613

CAPÍTULO III

RESPONSABILIDADE CIVIL DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO EM RELAÇÃO AO USUÁRIO E AO NÃO-USUÁRIO

3.1 Serviços Públicos

Necessário, neste primeiro momento, abordar-se a idéia de serviço público, uma vez que a responsabilidade civil será objetiva, como já visto, quando pessoa jurídica de direito privado efetivamente prestar serviço público.

Celso Ribeiro Bastos, toma para si como melhor conceito para serviço público o desenvolvido pelo jurista francês André de Laubadère: “Serviço público é uma atividade assumida por uma coletividade pública com vistas a dar satisfação a uma necessidade de interesse geral.”¹⁴⁵

Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona:

Serviço Público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.¹⁴⁶ (destaque do original)

Os doutrinadores em geral concordam que identificar as hipóteses que se enquadram no conceito de serviço público é tarefa das mais árduas. Para tanto, formularam-se diversas classificações, entretanto não serão abordadas aqui a fim de não desviar o foco da pesquisa.

Saber o que é ou não um serviço público, segundo Yussef Said Cahali, “coloca-se no plano da concepção política dominante, da concepção sobre o estado e o seu papel”.¹⁴⁷

Desta maneira, é a concepção política dominante em certo momento histórico que irá influenciar a determinação ou não de tal serviço como público.

¹⁴⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. v. 7, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 128.

¹⁴⁶ MELLO, C. A. B., 2008, p. 659.

¹⁴⁷ CAHALI, Y. S., 2007, p. 93.

Mesmo entendimento apresenta Ruth Helena Pimentel de Oliveira, ao afirmar que os serviços públicos no Estado Liberal eram mínimos, quase ausentes, decorrentes da não intervenção do Estado na economia. Já no Estado Social, verifica-se um acréscimo de funções Estatais, uma vez que buscava-se o bem estar social.¹⁴⁸

Destarte, a concepção de serviço público se modifica com o tempo, de acordo com a política dominante em cada época, em cada Estado. Enquanto que no Estado Liberal, determinado serviço tem índole essencialmente privada, no Estado Social este mesmo serviço era visto como de caráter público, prestado pelo Estado, com exclusividade.

Themistocles Brandão Cavalcanti conclui, acerca da noção de serviço público, que este tem seu conceito modificado pelo tempo, conforme haja maior ou menor necessidade de intervenção estatal. Ainda, o regime político atuante, bem como as tendências sociais e econômicas podem influenciar na determinação de um serviço como de índole pública.¹⁴⁹

Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que determinada atividade será qualificada como serviço público quando:

[...] em determinado tempo e lugar, o Estado reputa que *não convém relegá-los simplesmente à livre iniciativa; ou seja, que não é socialmente desejável fiquem tão só assujeitadas à fiscalização e controles que exerce sobre a generalidade das atividades privadas.*¹⁵⁰

Apesar da dificuldade em apontar a natureza dos serviços prestados, existem alguns serviços que, na atualidade, podem ser definidos como serviços públicos, sem maiores discussões.

Yussef Said Cahali reporta aos estudos de Odete Medauar, a qual afirma existir um núcleo pacífico dos serviços públicos, formado pelos serviços de água, luz, iluminação pública, coleta de lixo, limpeza de ruas, correio. Ainda, existem atividades arroladas pela Constituição Federal como serviços públicos: Art. 21, XI – serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados; XII – serviços de radiofusão sonora, de sons e imagens; XIII – serviços e instalações de energia elétrica; Art. 30, V – o transporte coletivo, que tem caráter essencial.¹⁵¹

¹⁴⁸ OLIVEIRA, Ruth Helena Pimentel de. *Entidades prestadoras de serviços públicos e responsabilidade extracontratual*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 24-27.

¹⁴⁹ CAVALCANTI, T. B., 1956, p. 54-62.

¹⁵⁰ MELLO, C. A. B., 2008, p. 658.

¹⁵¹ Idem, ibidem, p. 93.

Importante salientar que a discussão doutrinária acerca do que é ou não um serviço público jamais irá cessar, uma vez que a concepção política dominante em cada época poderá estabelecer tal atividade como serviço público, como também abrir mão da exclusividade de prestá-lo, e relegá-lo à iniciativa privada.

Para fins desta pesquisa, a conceituação, bem como o chamado “núcleo pacífico dos serviços públicos” se fazem suficientes para analisar a responsabilidade civil das concessionárias de serviços públicos.

3.2 Administração Direta e Administração Indireta na prestação do serviço público

A Administração Pública é formada por um “conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado.”¹⁵²

O Estado pode prestar o serviço público tanto pelas mãos próprias, ou seja, através das entidades assim chamadas da Administração Direta, como também repassar esses serviços para serem prestados por outros sujeitos, chamados entidades da Administração Indireta.

A Administração Direta compreende a União, os Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios. Neste sentido leciona Fernanda Marinela:

A doutrina estabelece como Administração Direta ou centralizada os serviços integrados à estrutura da Presidência, seus Ministérios e demais órgãos inferiores, no plano federal; às Governadorias, suas Secretarias e demais órgãos, no plano estadual; e às Prefeituras, suas Secretarias e respectivos órgãos, no âmbito municipal.¹⁵³

Maria Sylvia Zanella Di Pietro também discorre acerca da temática:

Assim, compõem a Administração Pública, em sentido subjetivo, todos os órgãos integrantes das pessoas jurídicas políticas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), aos quais a lei confere o exercício de funções administrativas. São os órgãos da Administração Direta do Estado.¹⁵⁴

¹⁵² DI PIETRO, M. S. Z., 2008, p. 56.

¹⁵³ MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. v.1, 2. ed., Salvador: Jus Podivm, 2006, p. 63.

¹⁵⁴ DI PIETRO, M. S. Z., 2008, p. 56.

Quando o Estado se manifesta através da Administração Direta, tem-se a forma centralizada de prestação dos serviços públicos.

Entretanto, o Estado, por si só, não consegue arcar com todas as atividades que possui constitucionalmente ao seu encargo. Para proteger o interesse público e a eficiência, nas palavras de Fernanda Marinela, o Estado “poderá transferir a competência para o exercício de atividades que lhe são pertinentes à pessoas jurídicas auxiliares por ele criadas ou para particulares.”¹⁵⁵

Daí surgem as entidades da Administração Indireta. De acordo com o Decreto-lei n. 200 de 25 de fevereiro de 1967, em seu art. 4º, a Administração Federal subdivide-se em Administração Direta e Administração Indireta. Ainda, em seu inciso II, define como entidades da Administração Indireta:

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista;
- d) Fundações Públicas.

Aqui, há uma impropriedade gritante apontada pelos administrativistas. O Decreto-lei não prevê as entidades que prestam serviços públicos descentralizados, como é o caso das concessionárias e permissionárias de serviços públicos.¹⁵⁶

Também nada menciona o Decreto-lei 200/1967 quanto aos Consórcios Públicos, instituídos pela Lei n. 11.107/05, os quais podem ser constituídos como fundações públicas ou como pessoas jurídicas de direito privado. Quando constituídos como fundações públicas, integram, também, a Administração Indireta, a despeito do art. 6º, § 1º, da legislação mencionada.

A Administração Indireta vai realizar atividades que originariamente cabiam ao Estado. Ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

O Estado tanto pode desenvolver por si mesmo as atividades administrativas que tem constitucionalmente a seu encargo, como pode prestá-las através de outros sujeitos.

Nesta segunda hipótese, ou *transfere a particulares* o exercício de certas atividades que lhe são próprias ou, então, cria *outras pessoas*, como entidades adrede concebidas para desempenhar cometimentos de sua alçada. Ao criá-las, a algumas conferirá *personalidade de Direito Público* e a

¹⁵⁵ MARINELA, F., 2006, p. 59.

¹⁵⁶ Nesse sentido, ver: DI PIETRO, M. S. Z., 2008, p. 397.

outras *personalidade de Direito Privado*. Por meio delas, então, *descentralizará* as sobreditas atividades.¹⁵⁷

Destarte, ao realizar a transferência aos particulares, ou ainda ao criar outras pessoas de direito público ou privado para prestar as atividades que lhe incumbiam, há o instituto da descentralização¹⁵⁸ da atividade estatal.

Sobre a descentralização, pontua o professor Michel Temer:

Descentralizar – já o dissemos – implica a retirada de competências de um centro para transferi-las a outro, passando essas competências a ser próprias do novo centro, que age em nome próprio, e não mais em nome do centro original. Essa transferência é realizada por lei ou pode ser conferida pelo próprio texto estruturador do Estado. Esses centros são dotados de capacidade, podendo, pois, falar e agir, defender interesses seus nas relações jurídicas. Descentralizando, quase sempre criam-se seres para os quais convergem direitos e deveres. Criam-se *peessoas*. Assim, é criando *peessoas*, dotadas de competências próprias, retiradas do centro original, que o Direito efetiva a descentralização.¹⁵⁹

Celso Antônio Bandeira de Mello explica que o conceito de Administração Descentralizada deveria coincidir com Administração Indireta, todavia, o critério classificador do Decreto-lei n. 200/1967 afasta-os parcialmente, ao não consagrar os casos em que a atividade administrativa é prestada por particulares, como concessionários ou permissionários de serviços públicos.¹⁶⁰

A descentralização pode ser classificada em política ou administrativa. A descentralização política ocorre quando o ente descentralizado exerce atribuições próprias que não decorrem do ente central, como no caso dos Estados-membros da federação.

De acordo com os estudos de Michel Temer, a descentralização política confere a capacidade política às pessoas jurídicas investidas de funções políticas, como “capacidade legislativa, a qual deriva do próprio sistema jurídico, da própria estrutura do Estado.”¹⁶¹ Suas atribuições decorrem da Constituição.

¹⁵⁷ MELLO, C. A. B., 2008, p. 139.

¹⁵⁸ Deve-se advertir acerca da diferença entre descentralização e desconcentração. Descentralização é a distribuição de competências de uma pessoa jurídica para outra pessoa, física ou jurídica. Desconcentração é uma distribuição interna de competências dentro de uma mesma pessoa jurídica, e pressupõe a existência de hierarquia. Disponível em: DI PIETRO, 2008, p. 389.

¹⁵⁹ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 97.

¹⁶⁰ MELLO, C. A. B., 2008, p. 151.

¹⁶¹ TEMER, M., 2007, p. 98.

A descentralização administrativa “implica a criação de novos centros dotados de capacidade, os quais agem e delibaram em nome próprio.”¹⁶² Suas atribuições decorrem do poder central.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro classifica a descentralização administrativa em três modalidades, a saber:

1. Descentralização territorial;
2. Descentralização por serviços;
3. Descentralização por colaboração.

A *descentralização territorial* ocorre freqüentemente em Estados unitários, como França, Portugal e Itália. Na descentralização territorial, uma entidade local e geograficamente delimitada possui personalidade jurídica própria, de direito público e com capacidade administrativa genérica.¹⁶³

A *descentralização por serviços*¹⁶⁴ verifica-se quando a Administração Direta cria uma pessoa jurídica de direito público ou privado e transfere a titularidade e execução de determinado serviço público.¹⁶⁵ Nesta modalidade de descentralização, a transferência da titularidade e execução se dá por outorga, e depende exclusivamente de lei para ser realizada. É a que origina as Autarquias.

A *descentralização por colaboração*, ao contrário, transfere apenas a execução da atividade a uma pessoa jurídica de direito privado, permanecendo a titularidade com o poder público. O instrumento de formalização será um contrato ou um ato administrativo unilateral, e denomina-se delegação de serviços.¹⁶⁶

Ruth Helena Pimentel de Oliveira diferencia a *descentralização por colaboração* da *descentralização por serviços*:

A *descentralização por colaboração* ocorre quando o Poder Público transfere apenas a *execução* de determinado serviço público para pessoa jurídica de direito privado, por meio de contrato administrativo ou ato administrativo unilateral. Enquanto na descentralização por serviços ocorre outorga – em que o Estado cria, mediante lei, uma entidade e a ela transfere a titularidade e a execução do serviço público –, na descentralização por colaboração fala-se em delegação – na qual o Estado transfere, por contrato ou ato unilateral, apenas a execução do serviço, mantendo a titularidade do serviço.¹⁶⁷

¹⁶² TEMER, M., 2007, p. 98.

¹⁶³ DI PIETRO, M. S. Z., 2008, p. 390.

¹⁶⁴ São sinônimos: descentralização funcional, ou ainda, descentralização técnica.

¹⁶⁵ MARINELA, F., 2006, p. 61.

¹⁶⁶ Idem, ibidem, p. 61.

¹⁶⁷ OLIVEIRA, R. H. P., 2003, p. 61.

A descentralização por colaboração é a modalidade que dará origem às concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços públicos, através das quais as pessoas jurídicas de direito privado prestarão serviços públicos e, por corolário, estarão sujeitas à responsabilidade civil objetiva imposta pelo art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

3.3 A concessão de serviços públicos

Foi dito que é através da descentralização por colaboração que as pessoas jurídicas de direito privado poderão prestar serviços públicos e, desta maneira, acometidas à responsabilidade civil objetiva nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

O particular poderá prestar um serviço público firmando, com a Administração Direta, um contrato de concessão, permissão ou ainda mediante autorização.

Destas modalidades, será analisada, neste trabalho, a concessão de serviço público.

A crescente exigência de prestação de serviços públicos através do Estado, aliada ao limite orçamentário disponível para fornecer serviços de qualidade, fizeram surgir novas formas de prestação do serviço público.

O Estado não dava mais conta de fornecer um serviço de qualidade, e o avanço do setor privado em detrimento do público era inevitável.

Assim leciona Ruth Helena Pimentel de Oliveira:

Por outro lado, tornou-se evidente que o avanço tecnológico e científico alcançado pelo setor privado – logicamente não acompanhado pelo setor público – ampliou as opções para atendimento das necessidades da coletividade, de modo que foi bem mais interessante a transferência da execução de determinados serviços, aos quais a presença do Estado não é imprescindível, para a iniciativa privada, mais bem equipada em vários sentidos: capital, mão-de-obra e tecnologia.¹⁶⁸

Neste contexto se insere a concessão de serviço público, em que o particular assume a execução do serviço, desonerando o Estado de prestá-lo com seus próprios recursos. A Administração Pública tem a vantagem de repassar o

¹⁶⁸ OLIVERA, R. H. P., 2003, p. 64.

serviço para a iniciativa privada e fiscalizar para que seja cumprido com efetividade economizando recurso, enquanto que o particular vê com bons olhos a possibilidade de lucro.

A conceituação de concessão de serviço público é do escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o *exercício* de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se *pela própria exploração do serviço*, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.¹⁶⁹

José dos Santos Carvalho Filho apresenta semelhante entendimento quanto ao conceito:

Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere à pessoa jurídica ou a consórcio de empresas a execução de certa atividade de interesse coletivo, remunerada através do sistema de tarifas pagas pelos usuários. Nesta relação jurídica, a Administração Pública é denominada de **concedente**, e o executor do serviço, de **concessionário**.

[...]

Pelos contornos do instituto, trata-se de um serviço público que, por beneficiar a coletividade, deveria incumbir ao Estado. Este, porém, decide transferir a execução para particulares, evidentemente sob sua fiscalização. Como o serviço vai ser prestado para os membros da coletividade, a estes caberá o ônus de remunerá-lo em prol do executor.¹⁷⁰ (destaque do original)

Nota-se então que o contrato de concessão de serviço público se formaliza mediante alguns requisitos. A concessão pressupõe duas partes: o poder concedente, que é a Administração Direta, titular do serviço público, e o concessionário, pessoa jurídica ou consórcio de empresas, que será incumbido a prestar, em nome próprio, e sob sua conta e risco, o serviço público.

A Lei n. 8.987 de 13 de fevereiro de 1995 é responsável por regulamentar o regime de concessão da prestação de serviços públicos. Dispõe no

¹⁶⁹ MELLO, C. A. B., 2008, p. 690.

¹⁷⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 20. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 346.

art. 2º, II que a celebração do contrato de concessão se faz por licitação,¹⁷¹ na modalidade concorrência¹⁷².

Ainda, o concessionário irá angariar fundos para manter e desenvolver o serviço público mediante a cobrança de tarifa¹⁷³ dos usuários. Essa é a forma prevista no contrato de concessão para manter o equilíbrio econômico-financeiro entre particular e Administração Pública.

Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta que só podem ser objeto de concessão os serviços públicos cuja prestação não tenha sido reservada exclusivamente ao próprio Poder Público, como é o caso do serviço postal.¹⁷⁴

Da mesma forma alerta Ruth Helena Pimentel de Oliveira que, como a concessão é remunerada mediante tarifa paga pelo usuário, sua utilização restringe-se “aos serviços públicos prestados aos usuários que admitam uma exploração comercial, onde exista possibilidade de produção de renda em favor do concessionário.”¹⁷⁵

Outra peculiaridade expressa na Lei n. 8.987/95 é que o contrato de concessão dar-se-á por prazo determinado. Sua duração fica a critério da Administração.

Ponto importante a destacar é que o concessionário exercerá o serviço público por sua conta e risco, e em nome próprio. Isso quer dizer que ao concessionário, e somente à ele, incumbe a execução do serviço público, devendo responder por prejuízos causados aos usuários ou a terceiros.

Há divergência na doutrina acerca da possibilidade de realizar-se a concessão para o setor público, ou se essa modalidade somente serviria para o setor privado. Ruth Helena Pimentel de Oliveira aborda essa discussão, e conclui que a prática demonstra que em um passado recente, diversas empresas estatais receberam a concessão de serviços públicos através de lei. Ainda, a lei de

¹⁷¹ Licitação é o procedimento administrativo pelo qual um ente público abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato. Disponível em: DI PIETRO, M. S. Z., 2008, p. 331.

¹⁷² O art. 22, §1º da Lei n. 8.666/93 dispõe que “Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.”

¹⁷³ Tarifa é espécie do gênero tributo, e corresponde ao valor pecuniário cobrado pelo serviço efetivamente utilizado. Disponível em: SABBAG, Eduardo de Moraes. *Direito tributário*. 9. ed., São Paulo: Premier, 2008, p. 101.

¹⁷⁴ MELLO, C. A. B., 2008, p. 699.

¹⁷⁵ OLIVEIRA, R. H. P., 2003, p. 66.

concessões não faz qualquer ressalva quanto a quem pode figurar como concessionário, limitando-se a citar que pessoas jurídicas ou consórcios de empresas poderão se habilitar, silenciando quanto à natureza pública ou privada destes entes.¹⁷⁶

Por fim, necessário lembrar que, conforme analisado anteriormente, o contrato de concessão – por se tratar de espécie de descentralização por colaboração – transfere apenas a execução do serviço público para o particular signatário, permanecendo a titularidade do serviço público com o poder concedente.

Em linhas gerais, analisou-se a concessão de serviço público. Passa-se agora a determinar a responsabilidade civil a que se sujeitam as concessionárias.

3.4 Responsabilidade civil da concessionária de serviço público

A responsabilidade civil objetiva do Estado está consagrada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, dispositivo o qual já se teve a oportunidade de estudar, todavia, será mais uma vez invocado para se tratar da responsabilidade civil da concessionária.

O art. 37, § 6º, expressa que:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

No segundo capítulo deste trabalho, houve a oportunidade de esmiuçar este dispositivo legal, e falou-se que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público submete-se às regras da responsabilidade civil objetiva, fundada na teoria do risco administrativo, em que é dispensada a análise da culpa.

A concessionária de serviço público pode ser uma pessoa jurídica de direito público, ou pessoa jurídica de direito privado, conforme se extrai dos ensinamentos de Ruth Helena Pimentel de Oliveira:

Assim, verificamos que a concessão de serviços públicos no Brasil é feita ao setor privado ou ao setor público. O concessionário pode ser uma

¹⁷⁶ OLIVEIRA, R. H. P., 2003, p. 88-92.

pessoa jurídica de direito público ou pessoa jurídica de direito privado. Porém, nesse aspecto há divergência entre os doutrinadores pátrios.¹⁷⁷

Ressalvada a discussão doutrinária, tanto de uma forma quanto de outra – pessoa jurídica de direito público, ou pessoa jurídica de direito privado – a responsabilidade da concessionária será objetiva, uma vez que, ao prestar um serviço público, ficará submetida ao regramento dado pelo art. 37, § 6º.

Isso implica que a concessionária prestará o serviço público em nome próprio, à sua custa e risco, cabendo a ela responder objetivamente pelos danos que seus agentes causarem a terceiros.

Vale lembrar que a transferência da execução do serviço público das mãos do Estado para um particular, não desnatura a essência de público, inerente ao serviço.

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles afirma:

[...] Não é justo e jurídico que a só transferência da execução de uma obra ou de um serviço originariamente público a particular descaracterize sua intrínseca natureza estatal e libere o executor privado das responsabilidades que teria o Poder Público se o executasse diretamente [...]¹⁷⁸

Ocorre que a concessionária prestará o serviço público que incumbia ao Estado, e este responderia objetivamente caso empreendesse o serviço por suas próprias mãos. Ao delegar a execução deste serviço à concessionária, esta age “fazendo às vezes do Estado”¹⁷⁹ ou ainda, como “*longa manus* do Poder Público”.¹⁸⁰

Portanto, ao realizar tarefa que cabe ao Estado, como se ele fosse, nada mais justo que abarcar a concessionária de serviço público nos preceitos da responsabilidade civil objetiva, como assim o faz o art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Reitera-se, conforme já estudado, que a referida norma constitucional estendeu expressamente a responsabilidade objetiva também para as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, para acabar com a discussão doutrinária e jurisprudencial que havia antes de promulgada a Constituição de 1988.

¹⁷⁷ OLIVEIRA, R. H. P., 2003, p. 89.

¹⁷⁸ MEIRELLES, H. L., 2008, p. 662.

¹⁷⁹ Expressão de Celso Antônio Bandeira de Mello. Disponível em: MELLO, C. A. B., 2008, p. 659.

¹⁸⁰ Expressão de José dos Santos Carvalho Filho. Disponível em: CARVALHO FILHO, J. S., 2008, p. 346.

Daí em diante, restou patente que estes entes também estão submetidos às regras da responsabilidade civil objetiva. Tal assertiva visa dar a maior proteção possível a todos os administrados que estejam submetidos aos riscos inerentes à prestação dos serviços públicos, independentemente de quem seja a pessoa jurídica que o executa, se de direito público ou de direito privado.

A Lei n. 8.987/95, por sua vez, estabelece a responsabilidade da concessionária no art. 25, nos seguintes termos:

Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.

Esse dispositivo legal segue os moldes do art. 37, § 6º, da Constituição, impondo à concessionária o dever legal de responder objetivamente pelos eventuais prejuízos causados da execução do serviço público.

Ressalva a ser feita é que a responsabilidade será objetiva quando envolver a atividade-fim prestada pela concessionária, ou seja, será objetiva perante o serviço público prestado. Caso envolva situação alheia à prestação do serviço público, reger-se-á a discussão pelas normas de direito privado, conforme disposto no art. 25, §§ 1º e 2º da Lei das Concessões.¹⁸¹

Pela descentralização por colaboração, caberá à concessionária executar o serviço público, por sua conta e risco, e em nome próprio. Contudo, ao Estado permanece a titularidade do serviço público.

Neste sentido, Ruth Helena Pimentel de Oliveira:

Na descentralização por colaboração não há transferência, a qualquer título, da titularidade do serviço ao ente descentralizado. Como a descentralização é feita para pessoa jurídica de direito privado, falta-lhe a capacidade de direito público necessária para permitir a titularidade sobre a atividade administrativa, razão pela qual o Poder Público conserva a titularidade do serviço descentralizado.¹⁸²

Essa impossibilidade de transferência da titularidade ao particular demonstra que o Estado não ficará completamente desonerado da responsabilidade

¹⁸¹ § 1º. Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

§ 2º. Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.

¹⁸² OLIVEIRA, R. H. P., 2003, p. 61.

que agora cabe à concessionária. O responsável direto é, sem dúvida, a concessionária que executa o serviço, mas haverá casos em que o Estado poderá vir a ser acionado, como responsável indireto, uma vez que cabe a ele exercer a fiscalização do serviço prestado.

Destarte, duas hipóteses podem ocorrer: o Estado responderá solidariamente com a concessionária pelos danos causados ao administrado, ou ainda o Estado responderá subsidiariamente à concessionária, dependendo da situação, como veremos a seguir.

3.4.1 Responsabilidade solidária entre Estado e concessionária

Cabe à Administração escolher a empresa que prestará o serviço público, mediante licitação, estabelecer cláusulas para a execução do serviço, e realizar a fiscalização dos atos da concessionária.

Yussef Said Cahali entende que o Poder Público Concedente poderá responder solidariamente pelos danos causados a terceiros em razão da execução de serviço público realizado por concessionária, caso tenha havido falha na escolha da concessionária ou na fiscalização de suas atividades.

Neste sentido, afirma o autor:

Tratando-se de concessão de serviço público, permite-se reconhecer que, em função do disposto no art. 37, § 6º, da atual Constituição, o Poder Público concedente responde objetivamente pelos danos causados pelas empresas concessionárias, em razão da presumida falha da Administração na escolha da concessionária ou na fiscalização de suas atividades, desde que a concessão tenha por objeto a prestação de serviço público, atividade diretamente constitutiva do desempenho do serviço público; responsabilidade direta e solidária, desde que demonstrado que a falha na escolha ou na fiscalização da concessionária possa ser identificada como causa do evento danoso.¹⁸³

Opinião convergente tem José dos Santos Carvalho Filho, ao expor que quando tiver havido ausência ou falha na fiscalização, terá o poder concedente contribuído juntamente com o concessionário para a ocorrência do resultado danoso.¹⁸⁴

¹⁸³ CAHALI, Y. S., 2007, p. 124.

¹⁸⁴ CARVAHO FILHO, J. S., 2008, p. 367.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro corrobora, ao dizer que “eventualmente, pode haver responsabilidade solidária, por má escolha da concessionária ou omissão quanto ao dever de fiscalização.”¹⁸⁵

Portanto, haverá responsabilidade solidária da Administração quando houver falha na escolha da concessionária ou ausência de fiscalização, havendo, para tanto, demonstrado nexos causal entre a falha na escolha e o evento danoso.

3.4.2 Responsabilidade subsidiária do Estado em relação à concessionária

A responsabilidade direta pelos danos oriundos da prestação do serviço público recai tão somente sobre a concessionária, visto que é ela que o executa, por sua conta, risco e perigos.

Entretanto há hipótese em que o Estado poderá figurar subsidiariamente no pólo passivo da obrigação de restituir, quando a concessionária não conseguir restituir os danos causados, e tornar-se insolvente.

Assim leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

Pode dar-se o fato de o concessionário responsável por comportamento danoso vir a encontrar-se em situação de insolvência. Uma vez que exercia *atividade estatal*, conquanto por sua conta e risco, poderá ter lesado terceiros *por força do próprio exercício da atividade que o Estado lhe impôs em mãos*. Isto é, os prejuízos que causar poderão ter derivado diretamente do exercício de um poder cuja utilização só lhe foi possível por investidura estatal. Neste caso, parece indubitável que o Estado terá que arcar com os ônus daí provenientes. Pode-se, então, falar em *responsabilidade subsidiária* (não solidária) existente em certos casos, isto é, naqueles – como se expôs – em que os gravames suportados por terceiros hajam precedido o exercício, pelo concessionário, de uma atividade que envolveu poderes especificamente do Estado.¹⁸⁶

Mesma posição sustenta Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A responsabilidade do concessionário por prejuízos causados a terceiros, em decorrência da execução de serviço público é **objetiva**, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição vigente, que estendeu essa norma às pessoas jurídicas de direito privado **prestadoras de serviços públicos**; o poder concedente responde subsidiariamente, em caso de insuficiência de bens da concessionária; mas essa responsabilidade subsidiária somente se aplica em relação aos prejuízos decorrentes da execução do serviço público.¹⁸⁷ (destaque do original)

¹⁸⁵ DI PIETRO, M. S. Z., 2008, p. 280.

¹⁸⁶ MELLO, C. A. B., 2008, p. 745.

¹⁸⁷ DI PIETRO, M. S. Z., 2008, p. 280.

Logo, havendo dano ligado com a prestação do serviço público, e encontrando-se a concessionária em estado de insolvência, o Estado é chamado ao pólo passivo da obrigação para ressarcir, subsidiariamente, o lesado.

Necessário salientar que o dano deve ter ligação com a prestação do serviço público, ou seja, o dano deve decorrer da atividade-fim prestada pela concessionária, caso contrário não haverá subsidiariedade do Estado, que estará alheio à situação.

Essas eram as considerações a serem feitas sobre a responsabilidade objetiva da concessionária de serviços públicos. O conhecimento adquirido no trilhar da pesquisa torna possível, agora, analisar a questão proeminente, qual seja, a responsabilidade objetiva da concessionária em relação ao usuário e ao não-usuário do serviço público.

3.5 Responsabilidade civil objetiva da concessionária de serviço público em relação ao usuário e ao não-usuário do serviço

A responsabilidade civil da concessionária de serviço público é objetiva em relação aos danos que seus agentes causarem a terceiros, de acordo com o regramento constitucional do art. 37, § 6º, como já se teve a oportunidade de concluir.

Entretanto, cogitou-se quem efetivamente são os terceiros protegidos pelo dispositivo constitucional, em caso de o serviço público ser prestado pela concessionária: se apenas os usuários do serviço, ou também outros que não façam parte da relação.

O questionamento é pertinente para determinar qual a modalidade de responsabilidade civil se aplicará no momento em que ocorra um dano. Caso entenda-se ser objetiva apenas em relação ao usuário do serviço, implicará que o não-usuário do serviço que sofra um dano causado por um agente da concessionária, ao prestar a atividade que lhe cabia, terá que demonstrar os pressupostos da responsabilidade subjetiva e, portanto, comprovar que houve culpa na execução da atividade que causou o dano.

A princípio, a questão que parecia de fácil solução, tornou-se uma celeuma depois que analisada e discutida pela 2ª turma do Supremo Tribunal Federal. O julgado em questão será estudado, em linhas gerais, a seguir.

3.5.1 Análise do Recurso Extraordinário 262.651-1 e a fundamentação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal

Primeiramente, explicar-se-á a situação fática que ensejou o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, e em seguida será trazido à lume o entendimento esposado e os fundamentos utilizados.

Ocorreu um acidente de veículos envolvendo automóvel de propriedade de um particular e um ônibus pertencente a Auto Viação Urubupungá Ltda., concessionária do serviço de transporte coletivo de passageiros.

O particular então moveu ação condenatória em face da empresa, alegando a responsabilidade civil objetiva, comprovando o nexo de causalidade e o dano, dispensando-se de realizar prova no tocante à análise da culpa do agente da concessionária.

A concessionária argüiu em sua defesa que o art. 37, § 6º, da Constituição, que traz o regramento da responsabilidade civil objetiva, aplicar-se-ia – no caso das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público – somente aos usuários dos serviços, de forma que o acidente envolvendo terceiro não-usuário do serviço e a empresa deveria ser resolvido de acordo com as normas do direito comum, pela responsabilidade civil subjetiva e, portanto, necessária seria a comprovação de culpa do agente da empresa que estava a causar o evento danoso.

A sentença acolheu as alegações da concessionária, julgando improcedente o pedido de ressarcimento de danos levantado pelo particular.

Em segunda instância, o Tribunal de Alçada Civil de São Paulo reformou a decisão, acolhendo a tese de que é irrelevante a condição de usuário ou não da vítima dos danos, que em qualquer das situações poder-se-ia valer do regramento contido no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que consagra a responsabilidade objetiva também das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, pelos danos causados na prestação do serviço.

A empresa de transporte público interpôs Recurso Extraordinário, sustentando semelhante argumento de outrora, de que o dispositivo constitucional do artigo 37, § 6º, tem por escopo, no termo “terceiros”, somente os usuários dos serviços públicos, e que eventual ampliação deste entendimento implicava violação do texto legal.

O recurso teve seguimento negado, ao passo que a concessionária interpôs Agravo de Instrumento para forçar a análise pelo Supremo Tribunal Federal. O Agravo foi distribuído ao Ministro Marco Aurélio de Mello que, por despacho monocrático, julgou improcedentes as alegações da concessionária.

Ainda irresignada, a empresa interpôs então Agravo Regimental, que fora distribuído também ao Ministro Marco Aurélio de Mello, possibilitando assim a análise da questão pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. O Ministro relator manteve seu voto no sentido de impedir a subida do Recurso Extraordinário. O Ministro Mauricio Corrêa acompanhou o voto do relator, no entanto, os Ministros Nelson Jobim, Carlos Velloso e Néri da Silveira entenderam que a questão deveria ser abordada pelo Supremo, dando provimento ao Agravo Regimental, que possibilitou a subida do Recurso Extraordinário.

Por votação majoritária, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal deu provimento ao Recurso Extraordinário nº. 262.651-1, coadunando com a tese aventada pela concessionária, de que a responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, aplicar-se-ia apenas em relação ao usuário do serviço público, restando ao não-usuário o ônus de comprovar a culpa do agente para ter seu direito satisfeito.

A ementa do julgado dispõe o seguinte:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSIONÁRIO OU PERMISSIONÁRIO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. C.F., art. 37, § 6º.

I – A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente aos usuários do serviço, não se estendendo a pessoas outras que não ostentem a condição de usuário. Exegese do art. 37, § 6º da C.F.

II – R.E. conhecido e provido.¹⁸⁸

O Ministro Carlos Velloso foi designado relator do Recurso Extraordinário. Do seu voto, extrai-se as seguintes conclusões:

¹⁸⁸ Supremo Tribunal Federal, RE 262.651-1, p. 1. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 nov. 2008.

A responsabilidade objetiva das pessoas privadas prestadoras de serviço público ocorre em relação ao usuário do serviço e não relativamente a pessoas não integrantes dessa relação.

[...]

Essa me parece, na verdade, a melhor interpretação do dispositivo constitucional, no concernente às pessoas privadas prestadoras de serviço público: o usuário do serviço público que sofreu um dano, causado pelo prestador do serviço, não precisa comprovar a culpa deste. Ao prestador do serviço é que compete, para o fim de mitigar ou elidir a sua responsabilidade, provar que o usuário procedeu com culpa, culpa em sentido largo. É que, conforme lição de Romeu Bacellar, “é o usuário detentor do direito subjetivo de receber o serviço público ideal”. A **ratio** do dispositivo constitucional que estamos interpretando parece-me mesmo esta: porque o “usuário é detentor do direito subjetivo de receber um serviço público ideal”, não se deve exigir que, tendo sofrido dano em razão do serviço, tivesse de provar a culpa do prestador desse serviço.

Fora daí, vale dizer, estender a não-usuários do serviço público prestado pela concessionária ou permissionária a responsabilidade objetiva – CF, art. 37, § 6º - seria ir além da **ratio legis**.¹⁸⁹ (destaque do original)

Segundo o entendimento exarado, somente o usuário do serviço público prestado pela concessionária é que poderia alegar a responsabilidade objetiva em caso de dano causado por um de seus agentes, restando a terceiros, não-usuários do serviço prestado, a necessidade de discutir e comprovar a culpa do preposto da empresa para obter o ressarcimento dos danos.

Destarte, aplicar a responsabilidade objetiva aos terceiros não-usuários do serviço público prestado pela pessoa jurídica de direito privado seria estender demasiadamente a norma constitucional, para além da *ratio legis*.

Ainda, das conclusões denota-se que o usuário é o detentor do direito de receber um serviço ideal, ininterrupto, sendo esta a razão pela qual o art. 37, § 6º previra a responsabilidade objetiva das prestadoras de serviço público.

No mesmo sentido manifestou-se o Ministro Nelson Jobim, ao votar pela procedência do Agravo Regimental que possibilitou a subida do Recurso Extraordinário:

[...] a Constituição quer assegurar que os terceiros – contratantes do transporte – sejam indenizados, independente da disputa que possa haver entre o prestador de serviço e o eventual causador do sinistro. [...] a responsabilidade objetiva do § 6º, que foi constitucionalizada, porque dispositivo anterior no sistema de Direito Civil estabeleceu que, nos contratos de transporte, o transportado não tem o ônus de participar da disputa de quem for o culpado, se prestador de serviço ou um outro envolvido no acidente; esse é o sentido. Ou seja: protegeu-se quem? O titular, aquele que recebeu o serviço prestado pela administração pública.

¹⁸⁹ Supremo Tribunal Federal, RE 262.651-1, p. 8-10. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 nov. 2008.

Agora, estender a responsabilidade objetiva é ir muito além e criar uma situação contraditória.¹⁹⁰

O entendimento segue a mesma linha da proposta pelo Ministro Carlos Velloso, que se baseou na fundamentação acima para proferir a decisão.

Acompanharam o entendimento do Ministro relator os Ministros Gilmar Mendes e Ellen Gracie. A Ministra em seu voto, construiu analogia peculiar:

[...] a delegação feita às empresas transportadoras é limitada a uma atividade ou a um determinado serviço público que é, então, executado de forma indireta. Por isso, os riscos correspondentes a essa atividade devem merecer exatamente a mesma limitação, até porque as empresas que assumem tais parcelas da atividade estatal fazem o cálculo econômico dos riscos em que irão incorrer, e estes estariam exageradamente ampliados se atribuíssemos leitura mais alargada ao § 6º do artigo 37 da CF, como propõe o eminente Relator, cujo voto não posso deixar de louvar pelo brilhantismo.¹⁹¹

O voto deixa transparecer que por ser a concessionária limitada a prestar um serviço público, haveria a prerrogativa de também limitar sua responsabilidade objetiva, a fim de ser aplicável somente ao usuário do serviço.

Conforme dito, a decisão no Recurso Extraordinário foi de provimento das alegações da concessionária. Votaram com o Relator os Ministros Gilmar Mendes e Ellen Gracie, vencidos os Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa, que apresentou voto divergente.

Compartilha o entendimento do STF, Alexandre Ávalo Santana, contudo, não apresenta argumentos novos:

Interessante anotar, ainda, que, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial, a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos é objetiva (como é o caso dos concessionários e permissionários), tão-somente, em relação aos usuários, o que não se estende a outros lesionados que não ostentem a condição de usuário do serviço.

[...]

Destarte, diante do entendimento mencionado ao qual me filio, não há falar em extensão da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos em relação aos terceiros não-usuários do serviço.¹⁹²

¹⁹⁰ Este trecho encontra-se disposto no corpo do voto exarado pelo Min. Carlos Velloso, uma vez que não foi possível encontrar, no site do STF, o voto na íntegra, proferido pelo Min. Nelson Jobim.

¹⁹¹ Supremo Tribunal Federal, RE 262.651-1, p. 42. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 nov. 2008.

¹⁹² SANTANA, Alexandre Ávalo. *Aspectos polêmicos sobre a responsabilidade civil na prestação do serviço público – (implicações decorrentes da delegação)*. Portal Jurídico Investidura, 17 set. 2008. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br>>. Acesso em: 23 out. 2008.

Ressalta-se que a decisão foi proferida pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, logo, não se pode dizer que se trata de posição assente do STF porquanto questão não discutida em plenário.

Todavia, os fundamentos utilizados no *decisum* são passíveis de crítica; aliás, assim o faz parcela importante da doutrina, conforme se demonstrará a seguir.

3.5.2 Contraposição ao STF e o entendimento da doutrina

Decidiu o STF que a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito privado, prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, só se aplica em relação ao usuário do serviço público, não se estendendo a terceiros não-usuários.

Fundamentou-se o entendimento na premissa de que o art. 37, § 6º refere-se, no termo “terceiros”, apenas aos usuários do serviço, ao passo que ampliar a responsabilidade objetiva aos terceiros não-usuários seria ir além da *ratio legis*.

Por *ratio legis* entende-se as razões de existência da lei, os fundamentos que norteiam a norma. No segundo capítulo deste trabalho, percebeu-se que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal tem por fundamento a responsabilidade objetiva, que se alicerça na teoria do risco administrativo, que tem por escopo proteger todos os administrados dos riscos gerados pelas atividades prestadas pela Administração.

Logo, a teoria do risco administrativo visa acobertar o particular dos riscos gerados pela Administração, mesmo que decorrentes de atividades lícitas e corriqueiras. Neste sentido, a *ratio* do art. 37, § 6º, é buscar proteger o particular em geral, de modo que deve-se entender por terceiro todo aquele que vir a sofrer um dano causado pela atividade do Estado, não importando ser ele usuário ou não-usuário do serviço público.

É neste sentido o entendimento do Ministro Joaquim Barbosa, proferido em voto divergente no Recurso Extraordinário 262.651-1:

Por outro lado, e isto me parece decisivo, devemos sempre ter em mente que a responsabilidade objetiva do Estado repousa em dois fundamentos jurídicos irretocáveis.

Primeiro, ao atuar e intervir nos mais diversos setores da vida social, a Administração submete seus agentes e também o particular a inúmeros riscos. [...]

O risco administrativo, portanto, não raro decorre de uma atividade lícita e absolutamente regular da Administração, daí o caráter objetivo desse tipo de responsabilidade, que faz abstração de qualquer consideração a respeito de eventual culpa do agente causador do dano.

O segundo fundamento jurídico da responsabilidade objetiva repousa no princípio da igualdade de todos os cidadãos perante os encargos públicos. [...]

Esta, em apertada síntese, é a “*rationale*” da responsabilidade civil do Estado, recepcionada em toda a sua amplitude pela Constituição brasileira de 1988, que diz expressamente, no art. 37, § 6º, ser ela aplicável ao concessionário de serviço público.¹⁹³

Ainda no tocante à *ratio* do art. 37, § 6º, José dos Santos Carvalho

Filho complementa:

[...] a verdadeira *ratio* do dispositivo foi a de equiparar o Estado (as pessoas jurídicas de direito público) àquelas pessoas que, mesmo não retratando o Estado, atuam em nome deste exercendo funções que deste são próprias (as pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos). Não importa que o dano tenha sido causado a usuário ou a terceiro não-usuário; na verdade, não há razão para privilegiar aquele em detrimento deste. O que se deve realçar é o fato de que, atuando em nome do Estado, por delegação, a pessoa está sujeita à teoria do risco administrativo, ou seja, deve indenizar os danos que causa em virtude de suas atividades, ainda que estejam estas despidas do elemento culpa.¹⁹⁴

Entende-se que a verdadeira razão de existência do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal seja esta: proteger o particular da atuação danosa da Administração, com base na teoria do risco administrativo, independente de ser usuário ou não-usuário do serviço público.

Outro argumento a ser levantado advém da interpretação literal do artigo constitucional em apreço. Grande parte da doutrina entende que a expressão “terceiros”, utilizada no art. 37, § 6º, da Constituição, serve para designar tanto os usuários como os não-usuários do serviço, eis que não há qualquer distinção expressa na norma.

José Cretella Júnior leciona que “terceiros” correspondem a qualquer pessoa que venha a sofrer dano:

¹⁹³ Supremo Tribunal Federal, RE 262.651-1, p. 42. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 nov. 2008.

¹⁹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Responsabilidade civil das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público n.º. 13, jan/fev/mar de 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 26 set. 2008.

No texto, “terceiros” são as pessoas que sofrem dano, causado por agente de pessoa jurídica pública, ou privada, esta última prestando serviços públicos.¹⁹⁵

José dos Santos Carvalho Filho apresenta raciocínio mais pontual, também no sentido de impossibilitar qualquer restrição ao termo terceiros:

No que tange ao sujeito lesado pelo dano, há entendimento no sentido da inaplicabilidade da responsabilidade objetiva do concessionário, no caso de danos causados a terceiros, não usuários do serviço concedido. Em outras palavras, a responsabilidade objetiva só incidiria no caso de danos causados a usuários. *Concessa venia*, dissentimos da decisão. Na verdade, o texto constitucional não faz qualquer distinção a respeito, não cabendo ao intérprete fazê-lo. Ao contrário, as pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos (como é o caso dos concessionários) estão mencionadas ao lado das pessoas jurídicas de direito público (art. 37, § 6º, CF) para o efeito de se sujeitarem à responsabilidade objetiva. Desse modo, não há razão para a aludida distinção.¹⁹⁶

Mesmo entendimento sustenta Clóvis Beznos:

De outra parte, ao exame do dispositivo constitucional em foco, o termo “terceiros” em um primeiro exame parece ter pertinência a todos aqueles que, não tendo relação funcional com a Administração (agentes atuantes na prestação da atividade), ou relação de emprego com a pessoa privada prestadora de serviços públicos na situação causadora do dano, venham a sofrê-lo.

Destarte, ao que respeita à atividade de serviços públicos, numa interpretação puramente literal do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, o termo *terceiros* parece designar tanto os *usuários dos serviços*, como os *não usuários* que sofram danos decorrentes de *atividade comissiva* da Administração, ou de quem lhe faça as vezes.¹⁹⁷

Há de se convir que o dispositivo constitucional em foco não traga qualquer distinção expressa acerca da possível vítima do dano, de forma a tornar sem efeito eventual discriminação a ser feita acerca da qualidade da vítima do dano: se usuário ou não-usuário.

Ademais, a hermenêutica recomenda o uso da interpretação extensiva, sempre que possível, a normas que assegurem direitos, garantias ou prerrogativas. Logo, o termo “terceiros” deve ser atendido de maneira ampliável a todos aqueles que possam estar submetidos aos riscos inerentes à atividade da Administração.

¹⁹⁵ CRETELLA JÚNIOR, J., 1992, p. 2352.

¹⁹⁶ CARVALHO FILHO, J. S., 2008, p. 366-367.

¹⁹⁷ BEZNOS, Clóvis. *A responsabilidade das pessoas privadas prestadoras de serviços públicos*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público nº. 8, nov/dez – 2006/jan de 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 27 set. 2008.

Nesta senda, Luiz Flávio Gomes, ao dissertar sobre o princípio interpretativo *pro homine*, afirma que “quando se tratar de normas que asseguram um direito, vale a que mais amplia esse direito.”¹⁹⁸

É preciso registrar, sobre as razões esposadas pela Segunda Turma do STF, que o Ministro Carlos Velloso, relator do Recurso Extraordinário em apreço, realizou pesquisa na doutrina nacional acerca da amplitude do termo “terceiros” contido no art. 37, § 6º. Ao não encontrar substancial enfrentamento do tema na doutrina, enviou carta a Celso Antônio Bandeira de Mello, solicitando seu entendimento.

O autor administrativista respondeu e afirmou ser impossível realizar qualquer distinção entre usuário ou não-usuário do serviço, aplicando-se a responsabilidade objetiva do art. 37, § 6º, independentemente da qualidade da vítima:

Quando o texto constitucional, no § 6º do art. 37, diz que as pessoas ‘de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes nesta qualidade causarem a terceiros’, de fora parte a indispensável causação do dano, nada mais exige senão dois requisitos para que se firme dita responsabilidade: (1) que se trate de pessoa prestadora de serviço público; (2) que seus agentes (causadores do dano) estejam a atuar na qualidade de prestadores de serviços públicos. Ou seja: **nada se exige quanto à qualificação do sujeito passivo** do dano; isto é: não se exige que sejam usuários, nesta qualidade atingidos pelo dano. Com efeito, o que importa, a meu ver, é que a atuação danosa haja ocorrido enquanto a pessoa está atuando sob a titulação de prestadora de serviço público, o que exclui apenas os negócios para cujo desempenho não seja necessária a qualidade de prestadora de serviço público. Logo, se alguém, para poder circular com ônibus transportador de passageiros do serviço público de transporte coletivo necessita ser prestadora de serviço público e causa dano a quem quer que seja, tal dano foi causado na qualidade de prestadora dele. Donde, sua responsabilidade é a que está configurada no § 6º do art. 37.¹⁹⁹ (destaque do original)

Inobstante a resposta concedida por Celso Antônio, ainda assim concluíram os Ministros, por maioria, que a responsabilidade objetiva do art. 37, § 6º assistiria somente ao usuário do serviço público.

Outro ponto a ser discutido é a afirmação trazida no voto vencedor do Recurso Extraordinário 262.651-1, de quando o dano fosse causado por serviço público prestado diretamente pelo Estado, a responsabilidade civil seria objetiva em relação a qualquer pessoa, usuária ou não. Todavia, ao realizar a delegação para

¹⁹⁸ GOMES, Luiz Flávio. *Direito dos direitos humanos e a regra interpretativa “pro homine”*. Disponível em: <<http://www.juspodivm.com.br>>. Acesso em 14 nov. 2008.

¹⁹⁹ Supremo Tribunal Federal, RE 262.651-1, p. 06. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 14 nov. 2008.

uma concessionária, a responsabilidade objetiva seria oponível apenas pelo usuário do serviço.

Não se pode concordar com tal entendimento. É cediço que o serviço público, tanto prestado diretamente pelo Estado, quanto executado indiretamente, via concessionária, não perde sua natureza de público. Até porque, o Estado repassa somente a execução do serviço para o particular, mantendo consigo a titularidade deste.

Neste sentido obtemperou o Ministro Joaquim Barbosa:

Dessa forma, parece-me imprópria a indagação acerca dessa ou daquela qualidade intrínseca da vítima para se averiguar se no caso concreto está ou não está configurada hipótese de responsabilidade objetiva, já que esta decorre da natureza da atividade administrativa, a qual não se modifica em razão da simples transferência da prestação dos serviços públicos a empresas particulares concessionárias do serviço.²⁰⁰ (grifou-se)

E a lição de Luiz Alberto Blanchet afasta o argumento do Supremo:

Não haveria qualquer razão lógica para que a responsabilidade inerente à atividade administrativa envolvida no exercício de serviço público passasse a ter outros fundamentos só porque o prestador deixará de ser o poder público, passando a ser o concessionário. A responsabilidade extracontratual da Administração, enfim, tem regime próprio não por envolver a responsabilidade da Administração subjetivamente considerada, mas por ser inerente à administração pública em acepção objetiva (como atividade administrativa). Ora, se a parcela dessa atividade administrativa é atribuída ao concessionário, acompanha-a a responsabilidade correspondente, e inexistente qualquer razão para que sua natureza se transmude. A responsabilidade extracontratual do concessionário é, portanto, a mesma que ao poder concedente já era imposta.²⁰¹

Por fim, cabe salientar que, posteriormente à decisão proferida pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a doutrina tem voltado os olhos para esta problemática criada pela distinção entre usuário e não-usuário do serviço.

Em 2003, Ruth Helena Pimentel de Oliveira já orientava expressamente que a responsabilidade é objetiva, tanto para usuários quanto para terceiros:

Como o concessionário e o permissionário prestam o serviço por sua conta e risco, assumindo os perigos do negócio, via de conseqüência, tais entes são responsáveis diretos pelos danos ocasionados aos usuários e a terceiros oriundos da normal ou anormal prestação do serviço público. É a própria pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público que responde diretamente por esses danos, nos moldes da responsabilidade do

²⁰⁰ Supremo Tribunal Federal, RE 262.651-1, p. 27. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 14 nov. 2008.

²⁰¹ BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão de serviços públicos*. 2. ed., Curitiba: Juruá, 1999, p. 141.

Estado, conforme previsto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal.²⁰²
(grifou-se)

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, após enviar o parecer ao Ministro Carlos Velloso, acrescentou em sua doutrina o seu entendimento, demonstrando-se surpreso pela decisão em contrário proferida pelo STF:

Ressalte-se que, para a deflagração da responsabilidade pública tal como prevista no art. 37, § 6º, o Texto Constitucional não faz qualquer exigência no que concerne à qualificação do sujeito passivo do dano; isto é: não requer que os atingidos pelo dano o sejam a título de usuários. Portanto, para a produção dos efeitos supostos na regra é irrelevante se a vítima é usuário do serviço ou um terceiro em relação a ele. Basta que o dano seja produzido pelo sujeito na qualidade de prestador do serviço público. Também não se poderia pretender que, tratando-se de pessoa de Direito Privado, a operatividade do preceito só se daria quando o lesado houvesse sofrido o dano na condição de usuário do serviço, porque o texto dá tratamento idêntico às “pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos”. Assim, qualquer restrição benéfica a estes últimos valeria também para os primeiros, e ninguém jamais sufragaria tal limitação à responsabilidade do Estado. Por surpreendente que seja, o Supremo Tribunal Federal, em um caso de particular prestador de serviço público, já decidiu em sentido diverso ao que se vem de sustentar.²⁰³

José dos Santos Carvalho Filho enfrentou a problemática, tanto em sua doutrina – já citada no presente trabalho – como também em artigo publicado pela *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, donde conclui:

Numa apertada síntese conclusiva, entendemos que concessionários e permissionários são sujeitos à responsabilidade objetiva por danos causados por seus agentes tanto a usuários como a terceiros, apesar da interpretação restritiva do Supremo Tribunal Federal, que a exclui quando o dano é causado a estes últimos.²⁰⁴

Maria Sylvia Zanella Di Pietro acrescentou nota rechaçando o entendimento exarado pelo STF:

Como o dispositivo constitucional fala em **terceiros**, é inaceitável o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, pelo voto do Ministro Carlos Velloso, no sentido de que a responsabilidade só é objetiva se o dano for causado ao **usuário** do serviço público; se for causado a **terceiro**, a responsabilidade é subjetiva (RE-262.651-1, 2ª turma, e RE-302.622-4, 2ª turma); o dispositivo, ao falar em danos causados a terceiros, não distingue entre o usuário e o não-usuário; em consequência, não pode o intérprete fazê-lo, sob pena, inclusive, de derrogar o princípio da repartição dos

²⁰² OLIVEIRA, R. H. P., 2003, p. 205.

²⁰³ MELLO, C. A. B., 2008, p. 744-745.

²⁰⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Responsabilidade civil das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público nº. 13, jan/fev/mar de 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 26 set.

encargos sociais e a idéia de risco que é inerente a grande parte das atribuições do Estado.²⁰⁵ (destaque do original)

Edna Ribeiro Santiago também é partidária da impossibilidade de diferenciação entre usuário e não-usuário do serviço público, para fins de responsabilidade objetiva da concessionária:

O texto do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, é claro e não permite interpretações restritivas, principalmente por se tratar de uma garantia conferida aos administrados, haja vista que dispensa a comprovação da culpa do agente causador do dano para a imputação da obrigação de indenizar.

O objetivo da Carta Magna foi proteger todas as pessoas lesadas em virtude de uma falha na prestação do serviço público. É incompatível, dessa forma, com a sua intenção a distinção da responsabilidade da pessoa jurídica de direito privado prestadora do serviço público em razão da condição de usuário ou não do lesado, principalmente quando essa distinção não é feita quando a prestadora é pessoa jurídica de direito público.²⁰⁶

Sergio Cavaleri Filho, recentemente, esposou crítica ao posicionamento da 2ª turma do Supremo Tribunal Federal:

O entendimento é surpreendente, porque a norma constitucional fala expressamente em *terceiros*. E *terceiro* indica alguém estranho ao prestador de serviços públicos, alguém com o qual não tem relação jurídica preexistente. Logo, o § 6º do art. 37 da Constituição só se aplica à responsabilidade extracontratual. Ora, o usuário do serviço de transporte tem contrato com o transportador, pelo que não pode ser considerado *terceiro*. A responsabilidade deste para com aquele é contratual.

Surpreendente ainda, porque a *ratio* do § 6º do art. 37 da Constituição Federal foi submeter os prestadores de serviços públicos ao mesmo regime da Administração Pública no que respeita à responsabilidade civil. Em outras palavras, a finalidade da norma constitucional foi estender aos prestadores de serviços públicos a mesma responsabilidade que tem a Administração Pública quando os presta diretamente. Quem tem os ônus deve suportar os ônus. Aquele que participa da Administração Pública, que presta serviços públicos, usufruindo os benefícios dessa atividade, deve suportar seus riscos, deve responder em igualdade de condição com o Estado, em nome de quem atua. Não visa a norma, portanto, aos beneficiários dos serviços – disto cuida a legislação consumerista (art. 22 e parágrafo único, c/c o art. 14, do Código do Consumidor) –, mas sim terceiros que ficam expostos aos riscos dessa atividade administrativa exercida pelo particular, e que acabam por sofrer danos. Se quando um veículo da Administração Pública abalroa um veículo particular o Estado responde objetivamente, por que não responderá também objetivamente o prestador de serviço público quando seu ônibus abalroar veículo particular? Essa é a questão.

[...]

²⁰⁵ DI PIETRO, M. S. Z., 2008, p. 614.

²⁰⁶ SANTIAGO, Edna Ribeiro. *Responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público*. maio de 2008. Disponível em: <<http://www.iuspedia.com.br>>. Acesso em 29 out. 2008.

Em conclusão, os prestadores de serviços públicos respondem objetivamente pela mesma razão do Estado – o risco administrativo –, e não pela eficiência do serviço, que é objeto da legislação consumerista. Preocupante, por derradeiro, porque o entendimento que prevaleceu contraria a jurisprudência cristalizada em todos os Tribunais ao longo de quase duas décadas de vigência da Constituição.²⁰⁷

O autor parece liquidar o assunto. Ainda, expõe o argumento de que a expressão “terceiros” do art. 37, § 6º, tampouco se destinaria aos usuários do serviço, porque estes possuem responsabilidade contratual para com o transportador – no caso *in concreto*. Aos usuários do serviço cabe a proteção trazida pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), e ainda os direitos elencados pela Lei das Concessões e Permissões (Lei n. 8.987/95), como o de receber um serviço adequado, regular, contínuo, eficiente e seguro, de sorte que a responsabilidade extracontratual prevista no art. 37, § 6º é voltada a terceiros outros que venham a sofrer dano.

Diante de todos os fundamentos trazidos pela doutrina, há de se convir que a argumentação trazida pelo Supremo Tribunal Federal parece mesmo ser o elo mais tênue da discussão.

Desta feita, o entendimento aparentemente mais correto e harmônico com os fundamentos da responsabilidade objetiva é o que vai no sentido de impossibilitar qualquer distinção a ser feita entre usuário e não-usuário do serviço público.

Ressalta-se que proporcionar a prerrogativa da responsabilidade objetiva a todos os administrados, indistintamente de serem usuários ou não do serviço público, não é ir além da *ratio legis*, tampouco tornar a Administração - no caso, a concessionária - um segurador universal. Até porque, a estes entes ainda caberá comprovar as excludentes da responsabilidade objetiva: fato da vítima, fato de terceiro ou força maior.

Por derradeiro, é do escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Ademais, cumpre notar que os administrados não tem como se evadir ou sequer minimizar os perigos de dano provenientes da ação do Estado. Com efeito: é o próprio Poder Público quem dita os termos de sua presença no seio da coletividade e é ele quem estabelece o teor e a intensidade de seu relacionamento com os membros do corpo social.

Por último, impende recordar que os danos produzidos pelo Estado ou decorrentes do quadro de ação a que assujeita os indivíduos são fruto de missões desempenhadas em nome do interesse de toda a coletividade, pelo que não é equânime, *nem afinado com o princípio constitucional da*

²⁰⁷ CAVALIERI FILHO, S., 2008, p. 244-245.

igualdade que apenas alguns arquem com os prejuízos suscitados por ocasião de decisões ou atividades exercidas em proveito de todos.²⁰⁸

É flagrante, pois, que o administrado, por mais poderoso que seja, estará em situação de desvantagem quando enfrentar a Administração. Logo, o que se busca ao aplicar a responsabilidade objetiva sem distinção no tocante à qualidade da vítima é apenas garantir a paridade de armas entre Administração e administrado – seja ele quem for, tanto usuário quanto não usuário do serviço público.

²⁰⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O princípio da responsabilidade do Estado e sua fisionomia no direito brasileiro*. In: CARLIN, Volnei Ivo. *Grandes temas de direito administrativo*. Florianópolis: Millenium, 2009, p. 134.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Objetivou-se, nesta pesquisa monográfica, demonstrar a tese de que a responsabilidade da concessionária de serviços públicos é objetiva, independentemente de o lesado ser ou não usuário do serviço público.

1. Estudou-se as generalidades a despeito da responsabilidade civil, conceituada como a obrigação secundária de reparar os danos causados a terceiros. Diferenciou-se a responsabilidade subjetiva – que se baliza na análise da culpa – da responsabilidade objetiva, a qual enfatiza a pessoa do lesado, baseada no risco ou na imposição legal.
2. Elencou-se os pressupostos da responsabilidade civil: o fato gerador, entendido como o acontecimento capaz de causar um dano; o nexo de imputação, responsável por ligar o fato gerador à pessoa causadora do dano; o dano em si, razão pela qual se pleiteia a indenização; o nexo de causalidade, que estabelece a relação entre o fato gerador e o dano; e o bem juridicamente protegido, nada mais é que a proteção conferida pelo ordenamento jurídico àquele bem que foi danificado.
3. Em um segundo momento, buscou-se anotar a responsabilidade civil do Estado, a obrigação que lhe impõe de ressarcir danos causados a terceiros em razão de suas atividades. Fez-se um trilhar pela evolução histórica do instituto da responsabilidade do Estado: nos primórdios, a teoria da irresponsabilidade, que eximia o Estado de responder por danos; as teorias civilistas, que já possibilitavam a responsabilidade estatal frente a comprovação de que atuou com culpa; e as teorias publicistas, que transformaram a responsabilidade do Estado em responsabilidade objetiva.
4. Notou-se que a teoria do risco administrativo embasa a responsabilidade objetiva do Estado no ordenamento brasileiro, e tem por alicerces o risco causado pelas atividades da Administração, e a igualdade na divisão dos encargos sociais.

5. Observou-se que, não obstante a responsabilidade do Estado ser objetiva, a Administração não se torna responsável por ressarcir todo e qualquer dano, uma vez que poderá alçar prova de uma das excludentes: fato da vítima, fato de terceiro ou força maior.
6. Analisou-se o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, dispositivo que expressa a responsabilidade civil do Estado. Destrinchou-se as principais expressões contidas nesta norma. Expôs-se que a responsabilidade objetiva é tanto das pessoas de direito público, como também das de direito privado que prestam serviços públicos; que o dano poderá ser causado por agentes – expressão que engloba desde o mais simples funcionário até a mais alta autoridade; que os terceiros, referidos no dispositivo legal, compreendem todas as pessoas que venham a sofrer dano pela atividade da Administração; e que Administração poderá cobrar, regressivamente, os prejuízos causados por seu agente, quando este atuou com culpa ou dolo.
7. Constatou-se que serviços públicos correspondem a atividades destinadas à satisfação da coletividade, que o Estado assume para si e as presta direta ou indiretamente. Denotou-se que determinar quais hipóteses se enquadram no conceito de serviço público é tarefa complicada, vez que a concepção política dominante em cada período é quem vai determinar quais serviços deverão ser prestados pelo Estado. A doutrina entende existir um núcleo pacífico de serviços públicos, arrolados pela Constituição Federal, a exemplo dos serviços de água, luz, limpeza de ruas, correios e transporte coletivo.
8. Compreendeu-se que a Administração poderá executar o serviço público diretamente, por meio dos entes da Administração Direta, cuja prestação do serviço é centralizada. Pode ainda descentralizar a prestação do serviço, repassando a execução deste para os entes da Administração Indireta.
9. Notou-se, ainda, que uma das formas de descentralização do serviço público é realizada por colaboração, a qual possibilita à pessoas de direito privado prestarem serviços públicos. Dentre estas, entendeu-se a concessionária de

serviços públicos, pessoa de direito privado que poderá prestar serviço público mediante um contrato de concessão.

10. A responsabilidade da concessionária, concluiu-se, ser objetiva, por força do art. 37, § 6º, da Constituição, o qual estabelece expressamente que pessoas de direito privado, ao prestarem serviço público, responderão pelos danos que seus agentes causarem a terceiros. Viu-se que a responsabilidade do Estado poderá ser subsidiária em relação a da concessionária, caso esta torne-se insolvente, ou ainda solidária, caso ocorra falha na escolha da concessionária ou ausência de fiscalização.
11. Ao final, adentrou-se na temática nuclear da pesquisa, ao analisar o Recurso Extraordinário 262.651-1, em que a 2ª turma do Supremo Tribunal Federal decidiu que a responsabilidade objetiva da concessionária de serviços públicos aplica-se somente em relação ao usuário do serviço, não se estendendo a terceiros que não ostentem essa qualidade. Percebeu-se que os fundamentos utilizados no *decisum* afirmavam que o art. 37, § 6º, visava proteger apenas ao usuário do serviço público, e que estender a prerrogativa da responsabilidade objetiva para os não usuários do serviço era ir além da *ratio legis*.
12. Demonstrou-se a argumentação contrária ao entendimento do Supremo, com forte apelo da doutrina. Levantou-se que a verdadeira *ratio* do art. 37, § 6º, toma por base a teoria do risco administrativo, e visa proteger a todos os administrados de eventuais danos causados pela atividade estatal, independentemente de serem usuários ou não-usuários do serviço.
13. Constatou-se que a Constituição Federal não faz qualquer restrição ao termo “terceiros”, contido no art. 37, § 6º, razão pela qual não caberia ao intérprete fazê-lo.
14. Asseverou-se, ainda, que a passagem do serviço das mãos do Estado para a concessionária não desnatura a essência de serviço público, razão pela qual as regras da responsabilidade permanecem as mesmas.

15. Por derradeiro, colheu-se o entendimento de parcela da doutrina, a qual inclina-se a impossibilitar qualquer limitação à responsabilidade objetiva do art. 37, § 6º, de forma que a responsabilidade da concessionária deve ser objetiva independentemente de ser o sujeito passivo da obrigação usuário ou não-usuário do serviço público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Os fundamentos da responsabilidade civil do Estado*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 376, p. 11-19, nov./dez. 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. v. 7, São Paulo: Saraiva, 1990.

BEZNOS, Clóvis. *A responsabilidade das pessoas privadas prestadoras de serviços públicos*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público n.º. 8, nov./dez. – 2006/jan. de 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>.

BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão de serviços públicos*. 2. ed., Curitiba: Juruá, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 262.651-1. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 20. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Responsabilidade civil das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público n.º. 13, jan./fev./mar. de 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. v.1, 5. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

COUTO E SILVA, Almiro do. A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 202, p. 19-41, out.dez. 1995.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

_____. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. v. 1, 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. v. 2, São Paulo: Saraiva, 1990.

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil: parte geral*. v. 1, 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Novo curso de direito civil*. v. 3, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito dos direitos humanos e a regra interpretativa "pro homine"*. Disponível em: <<http://www.juspodivm.com.br>>.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. v.1, 2. ed., Salvador: Jus Podivm, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Curso de direito administrativo*. 25. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *O princípio da responsabilidade do Estado e sua fisionomia no direito brasileiro*. In: CARLIN, Volnei Ivo. *Grandes temas de direito administrativo*. Florianópolis: Millenium, 2009.

- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- OLIVEIRA, Ruth Helena Pimentel de. *Entidades prestadoras de serviços públicos e responsabilidade extracontratual*. São Paulo: Atlas, 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- ROSA, Leilane Mendonça Zavarizi. *Reflexões acerca da responsabilidade civil extracontratual do Estado*. Florianópolis: UFSC: 1996. 123 p. Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, 1996. Orientador: CARLIN, Volnei Ivo.
- SABBAG, Eduardo de Moraes. *Direito tributário*. 9. ed., São Paulo: Premier, 2008.
- SANTANA, Alexandre Ávalo. *Aspectos polêmicos sobre a responsabilidade civil na prestação do serviço público – (implicações decorrentes da delegação)*. Portal Jurídico Investidura, 17 set. 2008. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br>>.
- SANTIAGO, Edna Ribeiro. *Responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público*. maio de 2008. Disponível em: <<http://www.iuspedia.com.br>>.
- SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do Estado intervencionista*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. 24. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.
- SILVA, Regina Beatriz Tavares. In: FIÚZA, Ricardo. *Novo código civil comentado*. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.