

A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO, DAS PERMISSONÁRIAS E CONCESSIONÁRIAS NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

João Matheus Pinheiro do Nascimento¹

Profa. Me. Reginalda Paranhos Ribeiro Leite de Brito²

RESUMO: O artigo propõe-se a apresentar a Responsabilidade Civil Objetiva do Estado, das Concessionárias e Permissonárias decorrente de danos causados a particulares, explicando toda a evolução histórica do tema, até a atual concepção de Responsabilidade Objetiva do Estado. Dessa maneira, aborda toda legislação constitucional e civil pertinente, trazendo para a construção do conteúdo importantes construções doutrinárias e jurisprudenciais.

Palavras-chaves: Responsabilidade Civil. Histórico. Constituição Federal. Direito Civil. Direito do Estado.

ABSTRACT: The article proposes to present the Objective Civil Responsibility of the State, of the Concessionaires and Permissionaries due to damages caused to individuals, explaining all the historical evolution of the subject, up to the present conception of Objective Responsibility of the State. In this way, it addresses all pertinent constitutional and civil legislation, bringing to the construction of the content important doctrinal and jurisprudential constructions.

Keywords: Civil Liability. Historic. Federal Constitution. Civil right. Right of the State.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO 1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO 2 OBRIGAÇÃO, RESPONSABILIDADE, DEVER JURÍDICO SUCESSIVO E ORIGINÁRIO 3 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL 4 CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO 5 DIFERENÇAS ENTRE ADMINISTRAÇÃO DIRETA, INDIRETA, CONCESSIONÁRIAS E PERMISSONÁRIAS DE SERVIÇO

¹Bacharelado em Direito pela Universidade Católica do Salvador – UCSAL. (2018.2).

²Graduada em Direito pela Universidade Católica do Salvador, Especialista em Direito Civil e Mestra em Ciências Sociais pela Universidade Federal da Bahia. Advogada. Pedagoga. Professora da Universidade Católica do Salvador. Orientadora. E-mail: reginalda@terra.com.br.

PÚBLICO 6 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA A LUZ DO ARTIGO 37 § 6º DA CF/88 7 ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA DO STJ A CERCA DO JULGAMENTO DE DEMANDAS ENVOLVENDO A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO, DAS CONCESSIONÁRIAS E DAS PERMISSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, faz-se necessário frisar que não apenas o Estado terá responsabilidade de indenizar, as pessoas jurídicas que fazem parte da administração indireta, as concessionárias e as permissionárias também possuem a obrigação de indenizar por possíveis danos e omissões causados aos particulares na prestação dos serviços públicos.

Sobre a responsabilidade dos entes da administração indireta que são: empresas públicas, empresas de economia mista, fundações e autarquias, e as concessionárias e permissionárias por prestarem serviços públicos.

Em consonância com o pensamento acima exposto, o doutrinador civilista Sérgio Cavalieri Filho define:

A capacidade é do Estado e das pessoas jurídicas públicas ou privadas que o representam no exercício de parcela de atribuições estatais. [...]. A expressão, todavia, passou a ser usual para indicar não só a responsabilidade do Estado propriamente dita (pessoa jurídica de direito público), mas também da Administração Indireta. Isto porque, como veremos, a Constituição de 1988 estendeu aos prestadores de serviços públicos (pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da chamada Administração Indireta), responsabilidade objetiva tal qual a do Estado. A designação, portanto, não tem um sentido técnico, apenas prático. Quem responde é sempre a pessoa jurídica pública ou privada que integra a Administração Pública³.

Atualmente, a responsabilidade civil do Estado (detentor de personalidade jurídica de direito público) consiste na obrigação que esse tem de indenizar os danos patrimoniais, morais dolosos ou não, que seus agentes, por estarem agindo em seu nome, na qualidade de agentes públicos ou prepostos, causarem à esfera juridicamente dos particulares.

Oposto ao direito privado, em matéria de direito administrativo a

³CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 257.

responsabilidade civil não necessita somente da ocorrência de um ato ilícito para ser configurada, uma vez que há atos lícitos que poderão configurar danos aos particulares administrados.

Da mesma maneira que poderá ocorrer dano a particulares através de atos de omissão do poder público, originando a necessidade de indenizar.

Dessa maneira, a responsabilidade civil do Estado compreende o dano resultante dos comportamentos dos poderes executivo, legislativo e judiciário, instituições que compõe o Estado, esse sim possuidor de personalidade jurídica. Maria Sylvia Di Pietro conceitua a Responsabilidade civil do Estado da seguinte maneira:

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, jurídicos, lícitos ou ilícitos imputáveis aos agentes públicos⁴.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Nos dias atuais a Responsabilidade Civil do Estado encontra-se disposta no rol da responsabilidade objetiva na legislação pátria, porém nem sempre foi assim. Foi necessária uma lenta e gradual evolução até alcançarmos o modelo de responsabilidade civil contemporâneo.

O primeiro caso de reparação de danos que se há notícia na humanidade é com a Lei de Talião, nesse antigo sistema babilônio a reparação do dano dava-se com a contrapartida do mal pelo mal, também conhecida como a lei do “olho por olho, dente por dente”.

Após esse período inicial onde a reparação do dano consistia apenas na satisfação através vingança privada, surge a *Lex Aquilia de damno* que é considerada o alicerce da responsabilidade civil extracontratual fundada na culpa, assim, consagrou a ideia de reparação monetária do dano, na qual o patrimônio do causador do dano poderia responder pelo ato cometido.

No início, não havia a intervenção do Estatal, porém com o advento da *Lex Aquilia*, o Estado passou a desempenhar a função de mensurar e estabelecer o valor das perdas e de forçar a composição de acordo entre os envolvidos, ocorrendo, assim, o abandono da ideia de vingança.

⁴DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 716.

O instituto da Responsabilidade Civil foi aprimorando-se com o passar do tempo, mas, somente na Idade Média é que houve a distinção de responsabilidade civil e penal. Contudo, o direito francês é que conseguiu grande destaque com a Teoria Geral da Responsabilidade Civil, sendo, posteriormente, citada como influência de grande parte das legislações que a adotavam como fundamento a culpa.

No momento histórico que os Estados absolutistas eram a regra aplicava-se a Irresponsabilidade do Estado. Esse período consagrou a famosa expressão no Déspota francês Luís XIV “*l’etat c’est moi*”, traduzindo para o português “o Estado sou seu”. Assim, nesse sistema o Estado não tinha responsabilidade alguma sobre seus atos na vida civil, apenas era responsabilizada a figura do funcionário causador do dano. O Estado e o funcionário eram figuras desatreladas, sendo os atos do funcionário não ligados à administração.

A teoria da irresponsabilidade tornou-se obsoleta no século XIX, com a aplicação da teoria civilista da culpa. Essa nova corrente ramifica-se em duas: Teoria dos atos de império de gestão; e teoria da responsabilidade subjetiva.

É entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵, que a teoria dos atos de império e de gestão, para fins de responsabilidade, separava os atos de império (dos soberanos) e os atos de gestão (praticados pelos seus agentes ou prepostos na manutenção do Estado).

Os primeiros atos eram praticados de maneira vertical, recaindo sob os particulares de maneira arbitrária coercitiva e inquestionável. Os atos de gestão eram praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, com o objetivo de conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços, aplicando-se a ambos o direito comum.

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

A doutrina civilista inspirou ao art. 15 do Código Civil Brasileiro de 1916, que

⁵DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014.

consagrou a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado.

O marco mundial da criação de teorias de responsabilidade do Estado em consonância com os princípios do direito público é o notório caso Blanco, ocorrido em 1983, na França, Maria Sylvia di Pietro explica o acontecimento:

A menina Agnes Blanco, ao atravessar uma rua da cidade de Bordeaux, foi colhida por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo; seu pai promoveu ação civil de indenização, com base no princípio de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência de ação danosa de seus agentes. Suscitado conflito de atribuições entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo, o Tribunal de Conflitos decidiu que a controvérsia deveria ser solucionada pelo tribunal administrativo, porque se tratava de apreciar a responsabilidade decorrente de funcionamento do serviço público. Entendeu-se que a responsabilidade do Estado não pode reger-se pelos princípios do Código Civil, porque se sujeita a regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados⁶.

A defesa dessa demanda judicial suscitou um acalorado e intenso debate a cerca da responsabilidade civil do Estado na França, originando todas as teorias publicistas da responsabilidade civil estatal: Teoria da culpa do serviço ou da culpa administrativa, teoria do risco administrativo, teoria do risco integral e a responsabilidade objetiva do Estado.

A teoria da culpa do serviço, também nomeada de culpa administrativa, ou teoria do acidente administrativo, desatrela a responsabilidade do Estado da culpa do funcionário. Passou a falar em culpa do serviço público. Essa culpa do serviço público ocorre quando: o serviço público não funcionou (omissão), funcionou atrasado ou funcionou mal. Em qualquer dessas três hipóteses, ocorre à culpa do serviço ou acidente administrativo, incidindo a responsabilidade do Estado independentemente de qualquer apreciação da culpa do funcionário.

Finalmente, depois das etapas supracitadas, chegou-se a teoria da responsabilidade objetiva do estado, que é acolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro. Maria Sylvia Zanella Di Pietro define a teoria da responsabilidade objetiva do Estado com maestria:

Essa doutrina baseia-se no princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais e encontra raízes no artigo 13 da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, segundo o qual "para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com as suas

⁶DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 718.

possibilidades". O princípio significa que, assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos. Quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelas demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário.

É indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular. Constituem pressupostos da responsabilidade objetiva do Estado: (a) que seja praticado um ato lícito ou ilícito, por agente público; (b) que esse ato cause dano específico (porque atinge apenas um ou alguns membros da coletividade) e anormal (porque supera os inconvenientes normais da vida em sociedade, decorrentes da atuação estatal); (c) que haja um nexo de causalidade entre o ato do agente público e o dano⁷.

Considerando a teoria da responsabilidade objetiva, a culpa não é o primeiro elemento a ser analisado, preliminarmente é avaliado o nexo de causalidade entre o fornecimento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado.

2 OBRIGAÇÃO, RESPONSABILIDADE, DEVER JURÍDICO SUCESSIVO E ORIGINÁRIO

A obrigação é um dever jurídico originário. Segundo Caio Mário da Silva Pereira: "É um vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra uma prestação economicamente apreciada"⁸. Ou seja, toda obrigação no momento que é contraída sua resolução já estará estipulada, tendo como sua principal característica a transitoriedade.

A obrigação pode surgir por meio de um ato de vontade bilateral das partes, através de negócios jurídicos, poderá também surgir pelo ato ilícito praticado pelo particular. Nestes casos a obrigação só será resolvida pelo adimplemento de quem assumiu a responsabilidade no negócio jurídico, ou de quem gerou o dano no ato ilícito.

Já a responsabilidade é classificada como dever jurídico sucessivo. Nasce decorrente do descumprimento de um dever jurídico originário. Logo, quando violada a obrigação, surge o dever jurídico sucessivo da responsabilidade de reparar.

Sergio Cavaleri, em seu Curso de Responsabilidade Civil, possui o mesmo entendimento supracitado:

Embora não seja comum nos autores, é importante distinguir a obrigação da responsabilidade. Obrigação é sempre um dever jurídico originário;

⁷DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 719-720.

⁸PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 09.

responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade. O dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação. Em síntese, em toda obrigação há um dever jurídico originário, enquanto que na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo. Daí a feliz imagem de Larenz ao dizer que "a responsabilidade é a sombra da obrigação". Assim como não há sombra sem corpo físico, também não há responsabilidade sem a correspondente obrigação. Sempre que quisermos saber quem é o responsável teremos que identificar aquele a quem a lei imputou a obrigação, porque ninguém poderá ser responsabilizado por nada sem ter violado dever jurídico preexistente⁹.

Falando-se em responsabilidade civil do Estado na prestação dos serviços públicos, o dever jurídico originário geralmente não nascerá de um contrato pactuado entre a administração pública direta ou indireta e o administrado, muito menos da infração direta que é a prática de ato ilícito.

Neste caso o dever jurídico originário que geralmente ocasiona a Responsabilidade do Estado são omissões na implementação de políticas e má prestação de serviços à população. E, nos moldes estabelecidos pela constituição de 1988, sempre que houver um dano decorrente de omissões e má prestação dos serviços públicos o dever jurídico sucessivo será objetivo.

3 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A teoria da responsabilidade objetiva tem origem na França do final do século XIX, lá os juristas franceses da época conceituaram a teoria do risco levando em consideração a probabilidade de dano, dessa forma, aquele que exercesse uma atividade perigosa deveria assumir os riscos, encargos e reparação do dano decorrente da atividade. Portanto, pode-se afirmar, que de acordo com essa teoria todo prejuízo deveria ser suportado ao seu autor e reparado integralmente por quem causou, independente de ter ou não agido com culpa.

Na busca de um fundamento para a responsabilidade objetiva, os juristas, principalmente na França, conceberam a teoria do risco, justamente no final do século XIX, quando o desenvolvimento industrial agitava o problema da reparação dos acidentes de trabalho. Risco é perigo, é probabilidade de dano, importando, isso, dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente. A doutrina do risco pode ser, então, assim resumida: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não

⁹CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 03.

agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano¹⁰.

Para essa teoria, todo agente que exerce alguma atividade onde existe a possibilidade de dano para terceiros, deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. Isso significa dizer que a responsabilidade civil, na teoria do risco, desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco.

É posição majoritária dos doutrinadores civilistas que, coube a Saleilles e Josserand a construção de uma teoria definitiva da responsabilidade pelo fato da coisa, idealizada em num dos primeiro julgados a acolher a teoria do risco na França.

De acordo com a doutrina, a decisão supramencionada ocorreu no Tribunal de Cassação, última instância francesa, em 16 de junho de 1896, na qual foi declarado culpado o proprietário de um navio rebocador em decorrência da morte de um mecânico, causada por uma explosão de uma caldeira, embora esse fato resultasse de um defeito de construção, e que essa responsabilidade não cessaria mesmo que o proprietário do rebocador provasse a culpa do construtor da máquina ou do caráter oculto do defeito da coisa.

O renomado jurista René Savatier, defendeu a aplicação da teoria do risco aos atos de necessidade, pelo fundamento de que retirando vantagem do ato, deveria o autor indenizar a vítima. Salvatier afirmava que os danos decorrentes dos atos de necessidade não haveria que se aferir culpa, tratando-se da responsabilidade objetiva de quem deu causa ao feito. O ato necessário cessa de ser culposos, sob a condição de que o autor suporte a reparação do mal que fez a outrem.

Na responsabilidade objetiva é irrelevante o nexos psicológico entre o fato ou atividade e a vontade de quem a pratica, bem como o juízo de censura moral ou de aprovação da conduta. Enquanto "a culpa é vinculada ao homem, o risco é ligado ao serviço, à empresa, à coisa, ao aparelhamento. A culpa é pessoal, subjetiva; pressupõe o complexo de operações do espírito humano, de ações e reações, de iniciativas e inibições, de providências e inércias. O risco ultrapassa o círculo das possibilidades humanas para filiar-se ao engenho, à máquina, à coisa, pelo caráter pessoal e o objetivo que o caracteriza" (José Cretel Júnior, Comentários à Constituição brasileira de 1988, 1991, v. 2, p. 1019)¹¹.

¹⁰CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 152.

¹¹*Ibidem. Loc cit.*

Conforme leciona Orlando Gomes¹², a obrigação de indenizar sem culpa nasce por ofício da lei, por duas razões: a primeira, considerando que algumas atividades executadas pelo homem criam um risco especial para a coletividade, e a segunda, Orlando Gomes leciona que o exercício de determinados direitos deve implicar a obrigação de ressarcir os danos que origina.

No Brasil, o Código Civil de 1916, em seu art. 159 noya, só considerava o dolo e a culpa como pré-requisito de ensejo da obrigação de indenizar, ou seja, aplicava-se a responsabilidade subjetiva apenas. Em consonância com o entendimento de Sérgio Cavalieri, esse entendimento foi fortemente contestado com o advento do Código de Defesa do Consumidor em 1990, que trouxe a responsabilidade objetiva dos fornecedores e dos prestadores de serviços ao consumidor.

Com a revogação do Código Civil de 1916¹³, pelo novo Código Civil de 2002 a responsabilidade civil subjetiva continuou fazendo parte do novo diploma normativo, porém a presença da responsabilidade objetiva possui muito mais espaço, sendo consagrada no artigo 931 e no parágrafo único do artigo 927:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. 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 outrem¹⁴.

Diante exposto, podemos definir que na responsabilidade civil objetiva apenas os elementos atividade ilícita, o dano e o nexos causal estarão presentes, sendo a culpa irrelevante para a determinar o agente causador do dano e o dever de indenizar. Aqui o deve ser mais relevante é o nexos de causalidade, que é a relação entre a ação que gerou o dever jurídico sucessivo e o dano suportado pela vítima, havendo nexos de causalidade haverá conseqüentemente obrigação de indenizar.

Sérgio Cavalieri Filho vai além das conceituações clássicas a cerca do tema, definindo que a indenização decorrente de um ato ilícito onde a responsabilidade

¹² GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

¹³BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 11 out. 2018.

¹⁴BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 11 mar. 2018.

objetiva do autor estiver presente tem um objetivo de reparação social:

A vítima do dano, e não mais o autor do ato ilícito, passa a ser o enfoque central da responsabilidade civil. Em outras palavras, a responsabilidade, antes centrada no sujeito responsável, volta-se para a vítima e a reparação do dano por ela sofrido; "de uma dívida de responsabilidade evoluiu-se para um crédito de indenização" (Lambert-Faivre, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1987, p. 1). O dano, por esse novo enfoque, deixa de ser apenas contra a vítima para ser contra a própria coletividade, passando a ser um problema de toda a sociedade¹⁵.

A responsabilidade ainda pode ser conceituada na modalidade subjetiva, neste caso o elemento condição é essencial para concretizar o dever de reparar o possível dano. O Código Civil por sua vez, adota a responsabilidade subjetiva como regra nos artigos 186, 187 do Código Civil de 2002:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes¹⁶.

Dessa forma, podemos afirmar que, quando houver danos causados por terceiros e fenômenos da natureza a responsabilidade civil será subjetiva, nessa hipótese de responsabilidade não há aplicação da teoria do risco administrativo, amplamente contemplada pela Constituição Federal. No caso de Responsabilidade Civil Subjetiva, existe a obrigatoriedade de comprovar a omissão através da imprudência, imperícia ou negligência para originar a obrigação de indenizar.

Portanto, não restam dúvidas que a maior função da responsabilidade civil objetiva é prevenir a sociedade de atos ilícitos que ocorrem nas relações de trabalho, na prestação dos serviços estatais, nas relações de consumo, danos ambientais e até mesmo em nossas relações interpessoais.

4 CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO

Serviço público pode ser conceituado como uma função atribuída mediante Lei ao Estado para que esse a exerça, ou por meio dos instrumentos corretos, repasse a função de realizar serviços a iniciativa privada. Os serviços públicos têm a

¹⁵CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 166.

¹⁶BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 11 mar. 2018.

principal função de satisfazer às necessidades coletivas de toda a sociedade, adotando regime jurídico total ou parcialmente público na persecução desses interesses. Desde sua criação em Lei os serviços públicos estão diretamente atrelados aos Princípios aplicáveis à prestação do serviço público que são: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, supremacia do interesse público sobre o particular, indisponibilidade do interesse público, razoabilidade e proporcionalidade.

Celso Antônio Bandeira de Melo define serviço público de maneira ainda mais extensiva:

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 as 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 normativo¹⁷.

Quanto sua classificação, os serviços públicos podem ser indelegáveis e delegáveis. Os serviços públicos indelegáveis são aqueles que são prestados exclusivamente pela Administração pública, ou seja, não admitem a terceirização da sua execução a terceiros, em razão de estarem diretamente atrelados com as atividades inerentes do Poder Público, ditos exclusivos por ditame constitucional.

Já os serviços públicos delegáveis são aqueles que admitem a execução por meio de terceiros. Geralmente os serviços que podem ser delegados são concedidos a iniciativa privada por meio de permissões ou concessões, nos moldes do Art. 175 da Constituição Federal de 1988¹⁸.

Os serviços públicos também podem ser classificados quanto ao objeto da prestação, podendo ter natureza administrativa, comerciais e sociais. Os serviços públicos administrativos são aqueles que possuem o dever de suprir as necessidades diárias da Administração, por exemplo, a atividade das imprensas oficiais na garantia da efetivação ao princípio da publicidade a que a administração pública está vinculado. Os serviços comerciais são decorrentes de atividades que visam atender necessidades da coletividade no aspecto econômico (serviço de energia elétrica). E por fim, os serviços sociais são aqueles que visam atender

¹⁷MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 695.

¹⁸BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 set. 2018.

necessidades essenciais da coletividade, como saúde e educação.

Os serviços públicos podem ser prestados de forma centralizada ou descentralizada. Serviço Centralizado: é aquele prestado diretamente pelas entidades políticas da Administração Direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) por meio de seus órgãos e agentes. Já o serviço público descentralizado é aquele prestado por pessoa que não é integrante da Administração Direta.

5 DIFERENÇAS ENTRE ADMINISTRAÇÃO DIRETA, INDIRETA, CONCESSIONÁRIAS E PERMISSONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO

Levando em consideração concepção moderna de Direito Administrativo, a partir da Constituição Federal de 1988, entende-se que fazem parte da administração pública, e são responsáveis objetivamente pelos danos que causarem: Os órgãos da administração direta, empresas públicas, empresas de economia mista, fundações e autarquias, e as concessionárias e permissionárias (quando prestam serviços públicos).

A maior característica da administração direta é a função administrativa, é através dessa função que ocorre a imediata persecução e posterior efetivação dos direitos fundamentais para a sociedade, a função administrativa permite que a Administração Pública execute as leis, prestando serviços à população e também gesta toda estrutura administrativa de Municípios, Estados, da federação e de suas casas legislativas correspondentes. Ainda nesse contexto, podemos afirmar que, a doutrina clássica consagra os agentes, órgãos e pessoas jurídicas encarregados da atividade administrativa.

A função administrativa é exercida principalmente pelos órgãos do Poder Executivo, porém é fundamental afirmar que existem órgãos que exercem essa função nos demais poderes. Portanto, as secretarias ou mesas que são encarregadas pela função administrativa nos Poderes Legislativo e Judiciário também se adequam ao exercício da administração direta. Da mesma maneira que os Tribunais de Contas (da União, Estados e Municípios) e o Ministério Público (Federal, Estadual e de Contas), no exercício da função administrativa (ex: quando realizam um concurso público ou realizam um certame licitatório), também se enquadram no conceito formal de administração direta.

Então, todos os órgãos integrantes dos Poderes e responsáveis pela função

administrativa centralizada fazem parte da Administração direta, uma vez que estão subordinados diretamente às pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Municípios e Distrito Federal).

Todavia, é de extrema importância saber que a função administrativa não é privativa da administração direta centralizada, pois, Estados e Municípios podem criar através da iniciativa legislativa entes descentralizados. Os entes descentralizados criados por lei possuem personalidade jurídica própria e juntos Administração pública indireta ou descentralizada. Em nosso país, os entes administrativos que compõem a administração indireta são: autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

As autarquias são pessoas jurídicas de direito público, criadas mediante lei, com capacidade de administração própria, para o execução de serviço público específico e descentralizado, mediante controle administrativo exercido nos limites da lei.

As fundações públicas também são instituídas pelo Poder Público como o patrimônio, total ou parcialmente público, dotadas de personalidade jurídica de direito público ou privado e destinadas, por lei, ao desempenho de atividades do Estado específicas de ordem social, com capacidade de administração autônoma e mediante controle da Administração Pública.

As empresas públicas possuem personalidade jurídica de direito privado, com criação permitida mediante iniciativa legislativa, possuindo patrimônio próprio, cujo capital social desse tipo de empresa é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios que a criaram.

Já as sociedades de Economia Mista são entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de Sociedade Anônima (S/A), com capital financeiro aberto ou não, e as ações ordinárias (com direito a voto) pertencem em sua maioria União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios.

Assim, podemos afirmar que, as autarquias são um prolongamento da Administração direta, pois possuem natureza de direito público e podem fazer atividades costumeiras da administração direta. Portanto, as autarquias podem trabalhar de forma similar à Administração direta, mas possuindo maior autonomia e especificação do serviço prestado, em decorrência da sua personalidade jurídica diferente. No dia a dia, é frugal nomear as autarquias de serviço público

personificado, porque são criadas buscando a descentralização de um serviço público. Por exemplo: o INSS é uma autarquia federal criada para executar atividades relacionadas a previdência social.

Não menos importante, as empresas públicas e as sociedades de economia mista são criadas com o fim de exploração de atividade econômica direta ou para prestação de serviços públicos, atuando em um regime de direito privado derogado pelo direito público, o que possibilita a essas pessoas jurídicas a desburocratização, realizando suas atividades com mais eficácia em prol da sociedade. É necessário frisar que a Constituição Federal de 1988 é taxativa ao dispor que empresas públicas e sociedades de economia mista que atuarem na exploração de atividade econômica deverão se sujeitar ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Portanto, após uma farta diferenciação dos conceitos de administração direta e indireta, podemos afirmar que, “Administração Pública”, em sentido formal, compreende os todos os agentes públicos, os órgãos da Administração direta e as entidades integrantes da Administração indireta.

Portanto, quando um órgão faz uma licitação pública, estará exercendo a função administrativa. Da mesma forma, quando o INSS presta o atendimento de segurados do regime geral de previdência social, estará exercendo a função administrativa. Por fim, quando uma empresa pública presta o serviço público de distribuição de energia elétrica, estará exercendo a função administrativa.

Além da Administração Direta e Indireta acima descritas, o Estado, no uso de suas atribuições legais sempre que for necessário, transfere a execução de certas atividades ou serviço público a pessoas jurídicas. Sendo que essas pessoas são criadas nos moldes do direito privado pelos particulares como: sociedade civil, comercial ou industrial, ou até mesmo pela própria Administração Pública como: empresa pública, sociedade de economia mista entre outras.

Existem dois casos supervinientes onde a administração pública descentralizará a prestação dos serviços públicos a empresas, ou consórcios da iniciativa privada. As empresas particulares que prestam serviço público, são as chamadas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos, as diretrizes dessa parceria é ajustada em dispositivo contratual ou em termo de adesão.

Esse fundamento está presente no Art. 175 da Constituição Federal de 1988:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado¹⁹.

Neste sentido, as Concessionárias e as Permissionárias, pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, por meio de cobrança de tarifas dos usuários e com condições estipuladas pela própria administração pública, executam e exploram o serviço público que por meio de conveniência e oportunidade lhes foi trespassado.

A definição de concessão de serviço público está prevista no inciso II do art. 2º da Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos :

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; [...]²⁰.

Portanto, a concessão de serviço público pode ser definida como contrato administrativo pelo qual a administração pública transfere, sob condições estipuladas, a execução e exploração de certo serviço público, que será remunerada a empresa concessionária ou permissionárias mediante cobrança dos usuários através de tarifas previamente aprovada pela administração pública.

A concessão é uma relação jurídica complexa, composta de um ato regulamentar do Estado que fixa unilateralmente condições de funcionamento, organização e modo de prestação do serviço, isto é, as condições em que será oferecido aos usuários; de um ato-condição, por meio do qual o concessionário voluntariamente se insere debaixo da situação jurídica objetiva estabelecida pelo Poder Público, e de contrato, por cuja via se garante a equação econômico-financeira, resguardando os

¹⁹BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 set. 2018.

²⁰BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

legítimos objetivos de lucro do concessionário. Sem embargo do que se vem de dizer, no Direito brasileiro a concessão de serviço público tanto como a de obra pública são pura e simplesmente nominadas de contratos administrativos²¹.

A Lei Federal 8.987/95, iguala os conceitos e as peculiaridades existentes entre permissão com a concessão de serviço público, mas a doutrina discorda dessa igualdade. Segundo tal lei, considera a concessão de serviço público como a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por conta e risco e por prazo determinado.

Nesse sentido, o conceito que a doutrina traz para concessão de serviço público também é válida para permissão de serviço público, mas com uma diferença. Pois, enquanto a concessão se dá por meio de um contrato administrativo, onde há liberdade e conversa para a estipulação de cláusulas, a permissão se dá por meio de um contrato de adesão, conforme exige o art. 40 da Lei 8.987/95:

Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

Parágrafo único. Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei²².

Em relação aos prazos da concessão ou permissão de serviço público, o art. 2º, II da lei 8.987/95 determina que o contrato será celebrado por prazo determinado. E esse prazo tem ser diretamente mencionado no edital (conforme regra do art. 18, I) e no contrato de concessão de serviço público. Portanto, pode-se afirmar que, não se pode celebrar contrato de concessão de serviço público sem prazo ou por prazo indeterminado²³.

Quando o assunto é o objeto da concessão e da permissão do serviço público, a Lei Federal 8987/95 não traz um rol taxativo dos serviços que podem ser objeto da concessão de serviço público, mas é enfático ao afirmar que o objeto

²¹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 735.

²²BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

²³*Idem*.

dessa concessão há de ser um serviço público. Por isso, não se caracteriza como concessão de serviço público a prestação de serviço não privativo da administração pública.

De fato, poder concedente é aquele que possui a titularidade do serviço público delegado e pode ser traduzido na União Federal, no Distrito Federal, num Estado Membro ou num Município. E, concessionário, é o particular que presta o serviço público mediante contrato de concessão.

Em relação a Responsabilidade do concessionário nos termos do caput do art. 25, da Lei nº 8.987/95 o concessionário do serviço público responde objetivamente, independentemente da comprovação de dolo ou culpa, por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros. Ademais, determina o aludido dispositivo legal que a fiscalização exercida pelo órgão competente não exclui, nem atenua a responsabilidade do concessionário²⁴.

6 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA A LUZ DO ARTIGO 37 § 6º DA CF/88

A Constituição de 1988, no artigo 37, § 6º, determina 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 culpa²⁵.

O Código Civil de 2002 não repete a determinação legal do art. 15 do Código Civil de 1916. Dispõe, no art. 43, que:

As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores de dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo²⁶.

Assim, é de bom alvitre afirmar, que a norma do Código Civil é atrasada em

²⁴BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

²⁵BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 set. 2018.

²⁶BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 11 mar. 2018.

relação ao ditame constitucional, tendo em vista que não faz menção às pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviço público. No dispositivo constitucional estão compreendidas duas regras: a da responsabilidade objetiva do Estado e a da responsabilidade subjetiva do agente público.

A regra da responsabilidade objetiva exige, segundo o artigo 37, § 6º, da Constituição: que o ato lesivo seja praticado por agente de pessoa jurídica de direito público; que as entidades de direito privado que prestem serviço público respondem objetivamente; que seja causado danos a terceiros, em decorrência da prestação de serviço público, o que materializa o nexo de causalidade; e que o agente, ao causar o dano, aja nessa qualidade; não basta ter a qualidade de agente público, pois, ainda que o seja, não acarretará a responsabilidade estatal se, ao causar o dano, não estiver agindo no exercício de suas funções.

É entendimento de Sérgio Cavalieri que o Estado só responderá objetivamente pelos danos causados pelos seus agentes a terceiros, se eles estiverem no exercício de sua profissão. Para ele, a expressão “seus agentes” que consta no art. 37, §6º da Constituição Federal, é a evidência clara de que adotamos a teoria do risco administrativo em nosso ordenamento jurídico. Portanto, a responsabilidade só será enquadrada como objetiva se houver nexo de causalidade entre a atuação do Estado, de seus agentes em serviço, ou das concessionárias e permissionárias de serviço público com o dano suportado pela vítima.

7 ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA DO STJ A CERCA DO JULGAMENTO DE DEMANDAS ENVOLVENDO A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO, DAS CONCESSIONÁRIAS E DAS PERMISSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO

Conforme conteúdo devidamente supracitado, a Constituição Federal de 1988 é imperativa ao estabelecer, no parágrafo 6º do art. 37, a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviços públicos diante de possíveis danos que seus agentes causarem a terceiros²⁷.

Com a popularização de utilizar serviços terceirizados tanto na esfera privada quanto na esfera pública, visando a desburocratização, economicidade e a eficiência surgiram as concessionária ou permissionárias de serviço público, pessoas jurídicas

²⁷BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 set. 2018.

privadas encarregadas de exercer atividades de competência exclusiva do Estado. Na legislação pátria, a concessão de serviços pública está regulamentada na CF/88 e pela Lei 8.987/95, na qual fica expresso que essas empresas prestam o serviço independente do estado, aferindo uma vantagem econômica, e em caso de danos a terceiros assumem a responsabilidade objetiva de repará-los.

Por ser um tema relativamente novo, e gerar certa dificuldade nas pessoas em entender as diferenciações dos prestadores de serviço público, existem diversas ações no âmbito do Superior de Justiça onde os julgados proferidos pela corte elucidam e definem muitas jurisprudências sobre o tema.

A definição da competência interna do STJ para o julgamento das demandas relacionadas a prestadoras de serviço que possui personalidade jurídica de direito privados já foi tema de discussões, e posterior fixação de entendimento no STJ. Ao analisar a responsabilidade das sociedades de economia mista no Recurso Especial nº 287.599 - TO (2000/0118594-2), nesses casos, a Corte fixou jurisprudência no sentido que as demandas em desfavor de prestadoras de serviço com capital social privado serão apreciadas pela entendimento Segunda Sessão de direito privado, que é seguido pelo tribunal até hoje:

Processual Civil. Competência de Órgão Julgador Fracionário. Questão de Ordem. Sociedade de Economia Mista. Responsabilidade Civil. Constituição Federal, Artigos 37, § 6º, 109, I, e 173, § 1º. Emenda Constitucional nº 1/69 (art. 107). Decreto-Lei 200/67, Artigo 4º. RISTJ (arts. 8º e 9º, § 1º, VIII, e § 2º, III). 1. A sociedade de economia mista, sob o talhe de contrato administrativo, executando serviço público concedido, apesar de submeter-se ao princípio da responsabilidade objetiva, quanto aos danos causados por seus agentes à esfera jurídica dos particulares, no caso concreto, sujeita-se às obrigações decorrentes de responsabilidade civil. Andante, ainda que exerça atividade concedida pelo Estado, responde em nome próprio pelos seus atos, devendo reparar os danos ou lesões causadas a terceiros. De efeito, a existência da concessão feita pelo Estado, por si, não o aprisiona diretamente nas obrigações de direito privado, uma vez que a atividade cedida é desempenhada livremente e sob a responsabilidade da empresa concessionária. Ordenadas as idéias, em razão da matéria, finca-se a competência da Segunda Seção para o processamento e julgamento dos recursos decorrentes. 2. Precedentes jurisprudenciais. 3. Afirmada a competência da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça.

Foi consenso entre os ministros a ideia de que tais questões devem ser decididas pela Segunda Seção, especializada em direito privado. O vencedor foi o de que a concessão dos serviços pelo Estado para uma empresa significa que esta assume integral responsabilidade pelas ações.

Toda via, nem todos os processos que envolvem a responsabilidade civil de

prestadores de serviço público serão julgados pelas turmas de direito privado. Pois, existem casos onde todo capital social da empresa pertence ao Estado, podendo também recursos chegarem às turmas de direito público quando uma concessionária privada sofre processo de falência ou não pode honrar suas obrigações.

Outro assunto que também gerou acalorado debate no STJ foi a existência de solidariedade entre prestadora de serviço público privadas e o Estado. Em alguns casos específicos a concessão total dos serviços não é suficiente para eliminar completamente a responsabilidade solidária do Estado para responder objetivamente pelos danos a sociedade. Ao analisar um caso, no Recurso Especial nº 28.222 - São Paulo (1992/0026117-5), sobre danos ambientais decorrentes da poluição de rios no Estado de São Paulo, a Segunda Turma do STJ decidiu que o município de Itapetininga, que firmou convênio para serviços de água e esgoto com uma empresa é responsável solidariamente, não podendo excluir a responsabilidade do município de Itapetininga por eventuais danos causados pela empresa convenente, conforme ementa do Resp a seguir:

DIREITO ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. ARTIGOS 23, INCISO VI E 225, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO. SOLIDARIEDADE DO PODER CONCEDENTE. DANO DECORRENTE DA EXECUÇÃO DO OBJETO DO CONTRATO DE CONCESSÃO FIRMADO ENTRE A RECORRENTE E A COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SABESP (DELEGATÁRIA DO SERVIÇO MUNICIPAL). AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO POR ATO DE CONCESSIONÁRIO DO QUAL É FIADOR DA REGULARIDADE DO SERVIÇO CONCEDIDO. OMISSÃO NO DEVER DE FISCALIZAÇÃO DA BOA EXECUÇÃO DO CONTRATO PERANTE O POVO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA RECONHECER A LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO.

“O município é responsável, solidariamente, com o concessionário de serviço público municipal, com quem firmou convênio para realização do serviço de coleta de esgoto urbano, pela poluição causada no Ribeirão Carrito, ou Ribeirão Taboãozinho”, afirmou a ministra Nancy Andrighi, relatora para o acórdão.

De acordo com entendimento do turma responsável pelo julgamento do REsp, não é possível excluir a responsabilidade do município nesses casos porque ele é o garantidor da regular da prestação dos serviços concedidos a iniciativa privada. Assim, se houve falha, houve omissão na fiscalização por parte do poder público.

A responsabilidade do Estado também pode ser subsidiária, essa hipótese acontece quando fica comprovado que a concessionária ou permissionária não tem

condições arcar com a obrigação oriunda do dano suportado pela vítima. Nesses casos, o poder público tem a obrigação de indenizar ou reparar o dano, por ser garantidor do serviço público.

Em 2010, durante decisão no Recurso Especial nº 1.135.927 - MG (2009/0073229-6) , a Segunda Turma negou um recurso do Estado de Minas Gerais porque, na visão dos ministros, não era possível esvaziar a responsabilidade subsidiária do Estado em um caso de falência da empresa concessionária do serviço, conforme ementa:

CEDENTE. CABIMENTO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Há responsabilidade subsidiária do Poder Concedente, em situações em que o concessionário não possuir meios de arcar com a indenização pelos prejuízos a que deu causa. Precedentes. 2. No que tange à alegada ofensa ao art. 1º, do Decreto 20.910/32, mostra-se improcedente a tese de contagem da prescrição desde o evento danoso, vez que os autos revelam que a demanda foi originalmente intentada em face da empresa concessionária do serviço público, no tempo e no modo devidos, sendo que a pretensão de responsabilidade subsidiária do Estado somente surgira no momento em que a referida empresa tornou-se insolvente para a recomposição do dano. 3. Em apreço ao princípio da actio nata que informa o regime jurídico da prescrição (art. 189, do CC), há de se reconhecer que o termo a quo do lapso prescricional somente teve início no momento em que se configurou o fato gerador da responsabilidade subsidiária do Poder Concedente, in casu, a falência da empresa concessionária, sob pena de esvaziamento da garantia de responsabilidade civil do Estado nos casos de incapacidade econômica das empresas delegatárias de serviço público. 4. Recurso especial não provido.

Segundo o ministro Castro Meira, a prescrição em tais situações somente tem início após a configuração da responsabilidade subsidiária. Dessa forma, é inviável contar o prazo de prescrição desde o ajuizamento da demanda contra a concessionária.

Existem excludentes da responsabilidade civil objetiva, uma dessas hipóteses que afasta o dever de indenizar é quando há provas de que o dano ocorreu por culpa exclusiva da vítima. Entretanto, devido à inversão do ônus da prova, é incumbência da concessionária de serviço público provar que não deu causa ao acidente.

Ao apreciar o Recurso Especial nº 896.568 - CE (2006/0219619-3) , os ministros da Quarta Turma do STJ mantiveram a indenização de 100 salários mínimos a um homem que ficou incapacitado para o trabalho ao levar choque enquanto consertava a rede elétrica de uma casa:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA.

ATIVIDADE DE ALTA PERICULOSIDADE. TEORIA DO RISCO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. CONSERVAÇÃO INADEQUADA DA REDE DE TRANSMISSÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CULPA DA EMPRESA RECONHECIDA PELA INSTÂNCIA DE ORIGEM. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. 1. A empresa que desempenha atividade de risco e, sobretudo, colhe lucros desta, deve responder pelos danos que eventualmente ocasione a terceiros, independentemente da comprovação de dolo ou culpa em sua conduta. 2. Os riscos decorrentes da geração e transmissão de energia elétrica, atividades realizadas em proveito da sociedade, devem, igualmente, ser repartidos por todos, ensejando, por conseguinte, a responsabilização da coletividade, na figura do Estado e de suas concessionárias, pelos danos ocasionados. 3. Não obstante amparar-se na Teoria do Risco, invocando a responsabilidade objetiva da concessionária, as instâncias ordinárias também reconheceram existência de culpa em sua conduta: a queda de fios de alta tensão era constante na região, mesmo assim a empresa não empreendeu as necessárias medidas de conservação da rede, expondo a população a risco desnecessário. 4. Não se conhece do recurso no tocante à redução da pensão mensal, porquanto os danos materiais foram fixados na sentença, sem que a parte ora recorrente impugnasse tal ponto em seu recurso de apelação, conformando-se com o decisum. 5. O valor fixado nas instâncias locais para a indenização por danos morais não se apresenta exorbitante ou ínfimo, de modo a afrontar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, incidindo na espécie o enunciado n. 7 da Súmula do STJ. 6. Ressalva do entendimento do e. Ministro Aldir Passarinho Júnior, que não conheceu do recurso especial, adotando exclusivamente o fundamento relativo à culpa da concessionária demonstrada nas instâncias ordinárias, o que enseja sua responsabilidade subjetiva por omissão. 7. Recurso especial não conhecido.

Os Ministros do Egrégio Superior Tribunal de Justiça entenderam a interpretação do Tribunal de Justiça do Ceará foi correta ao considerar que a reparação era devida, já que a concessionária (COELCE) não apresentou provas irrefutáveis de que o acidente foi causado por desleixo da parte autora, uma vez que por se tratar de responsabilidade objetiva o ônus da prova será do reclamado.

Hoje, é entendimento pacífico na jurisprudência brasileira, que a responsabilidade civil objetiva poderá estender-se para reparar danos causados a terceiros usuários, e também a não usuários do serviço. Ao analisar o Recurso Especial nº 1.268.743 - RJ (2011/0178979-3), que versa sobre a obrigação de indenização em que uma concessionária sofreu de rodovias decorrente de atropelamento de uma vítima, os ministros da Quarta Turma entenderam ser devida a indenização à família da vítima, apesar de esta não se enquadrar no conceito de usuário principal do serviço:

RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ATROPELAMENTO FATAL. TRAVESSIA NA FAIXA DE PEDESTRE. RODOVIA SOB CONCESSÃO. CONSUMIDORA POR EQUIPARAÇÃO. CONCESSIONÁRIA RODOVIÁRIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA EM

RELAÇÃO A TERCEIROS USUÁRIOS E NÃO USUÁRIOS DO SERVIÇO. ART. 37, § 6º, CF. VIA EM MANUTENÇÃO. FALTA DE ILUMINAÇÃO E SINALIZAÇÃO PRECÁRIA. NEXO CAUSAL CONFIGURADO. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONFIGURADO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. INOCORRÊNCIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS DEVIDOS.

1. Inexiste violação do art. 535 do Código de Processo Civil se todas as questões jurídicas relevantes para a solução da controvérsia são apreciadas, de forma fundamentada, sobrevivendo, porém, conclusão em sentido contrário ao almejado pela parte.

2. As concessionárias de serviços rodoviários, nas suas relações com o usuário, subordinam-se aos preceitos do Código de Defesa do Consumidor e respondem objetivamente pelos defeitos na prestação do serviço. Precedentes.

3. No caso, a autora é consumidora por equiparação em relação ao defeito na prestação do serviço, nos termos do art. 17 do Código consumerista. Isso porque prevê o dispositivo que "equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento", ou seja, estende o conceito de consumidor àqueles que, mesmo não tendo sido consumidores diretos, acabam por sofrer as consequências do acidente de consumo, sendo também chamados de bystanders.

4. "A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não-usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da Constituição Federal" (RE 591874, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/08/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009).

5. Na hipótese, a menor, filha da recorrente, faleceu ao tentar atravessar na faixa de pedestre, em trecho da BR-040 sob concessão da ré, tendo a sentença reconhecido a responsabilização da concessionária, uma vez que "o laudo pericial da polícia judiciária bem apontou que o local do atropelamento é 'desprovido de iluminação pública', 'com sinalização vertical e horizontal precária devido à manutenção da via', tendo se descurado de sua responsabilidade na 'obrigação direta de manutenção da rodovia'", admitindo a ré "a deficiência de seu serviço no local, quando apressou-se depois e instalou passarela destinada a pedestres naquele trecho", além do fato de não haver prova da culpa exclusiva da vítima. Caracterizado, portanto, o nexo causal, dando azo a responsabilização civil.

6. O fato exclusivo da vítima será relevante para fins de interrupção do nexo causal quando o comportamento dela representar o fato decisivo do evento, for a causa única do sinistro ou, nos dizeres de Aguiar Dias, quando "sua intervenção no evento é tão decisiva que deixa sem relevância outros fatos culposos porventura intervenientes no acontecimento"(Da responsabilidade civil, vol.II, 10ª. edição. São Paulo: Forense, 1997, p. 946). Ocorre que, ao que se depreende dos autos, a menor, juntamente com sua avó, atravessaram a rodovia seguindo as regras insculpidas pelo Código de Trânsito Nacional, isto é, na faixa destinada para tanto.

7. Não se pode olvidar que, conforme a sentença, "a própria ré admitiu a deficiência de seu serviço no local, quando apressou-se depois e instalou passarela destinada a pedestres naquele trecho, como mostrado nas fotos de fls. 299/303".

8. O direito de segurança do usuário está inserido no serviço público concedido, havendo presunção de que a concessionária assumiu todas as atividades e responsabilidades inerentes ao seu mister.

9. Atento às peculiaridades do caso, em que a sentença reconheceu a responsabilidade da concessionária, bem como ao fato de se tratar de vítima de tenra idade, circunstância que exaspera sobremaneira o sofrimento da mãe, além da sólida capacidade financeira da empresa ré e consentâneo ao escopo pedagógico que deve nortear a condenação, considero razoável para a compensação do sofrimento experimentado pela

genitora o valor da indenização de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais). Com relação aos danos materiais, a pensão mensal devida deve ser estimada em 2/3 do salário mínimo dos 14 aos 25 anos de idade da vítima e, após, reduzida para 1/3, até a data em que a falecida completaria 65 anos.

10. Recurso especial parcialmente provido.

Nessas situações, quando é comprovado que o acidente não ocorreu por culpa exclusiva da vítima, surge a obrigação de indenizar o terceiro usuário. Em um dos processos analisados, os ministros concluíram que a falta de sinalização na rodovia foi fator determinante para o acidente. Dessa forma, o fato de a vítima supostamente ter feito uma travessia perigosa na rodovia não excluiu a obrigação de indenizar.

“O direito de segurança do usuário está inserido no serviço público concedido, havendo presunção de que a concessionária assumiu todas as atividades e responsabilidades inerentes ao seu mister (REsp 1.268.743)”, afirmou o ministro Luis Felipe Salomão²⁸.

CONCLUSÃO

É nítido que aconteceu uma lenta e gradual evolução até o direito material incorporar as noções de responsabilidade objetiva em suas normas vigentes. A inserção de normas que contemplam a responsabilidade objetiva não beneficia apenas quem sofreu o dano, mas toda sociedade, pois situações de dano e abusos de direito são comuns em nossa sociedade atual.

O Estado ainda concentra a maior parte dos serviços públicos, e também terceiriza a prestação de serviços a iniciativa privada por meio das concessões e permissões. Por ter que satisfazer a demanda de uma quantidade enorme de pessoas, erros são cometidos na prestação dos serviços públicos, e o Estado tem a obrigação de responder objetivamente pelos danos que causar aos administrados.

O administrado está em uma situação de hipossuficiência perante o Estado, é inimaginável que ele tivesse a obrigação de produzir todas as provas de possíveis arbitrariedades cometidas pela administração pública e pelos prestadores de serviço privados. Isso é tão real que o próprio Superior Tribunal de Justiça pacificou que

²⁸BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.268.743 - RJ (2011/0178979-3)**. RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1293803&num_registro=201101789793&data=20140407&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2018.

nesses casos haverá a inversão do ônus da prova em favor do administrado.

Portanto, pode-se concluir, que o reconhecimento da hipossuficiência do administrado e a consagração da aplicação da responsabilidade objetiva ao Estado e suas pessoas jurídicas prestadoras de serviços é um instrumento de proteção da sociedade, que busca proporcionar justiça social e uma sociedade mais igualitária.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 11 out. 2018.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 11 mar. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.268.743 - RJ (2011/0178979-3)**. RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1293803&num_registro=201101789793&data=20140407&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.