

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

FACULDADE DE DIREITO

CARLOS EDUARDO FARIA DE CAMARGO

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CONCESSIONÁRIO/PERMISSIONÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO EM DANOS CAUSADOS A TERCEIROS: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

JUIZ DE FORA
2014

CARLOS EDUARDO FARIA DE CAMARGO

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CONCESSIONÁRIO/PERMISSIONÁRIO
DE SERVIÇO PÚBLICO EM DANOS CAUSADOS A TERCEIROS: UMA ANÁLISE
CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Monografia de conclusão de curso apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de
Fora como requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Pedro
Mascarenhas Guzella.

JUIZ DE FORA
2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

FACULDADE DE DIREITO

CARLOS EDUARDO FARIA DE CAMARGO

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CONCESSIONÁRIO/PERMISSIONÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO EM DANOS CAUSADOS A TERCEIROS: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito e APROVADA pela seguinte banca examinadora:

Professor Pedro Mascarenhas Guzella (Orientador)

Professor Bruno Stigert de Sousa

Professora Júlia Gomes Pereira Maurmo

JUIZ DE FORA
2014

Aos meus pais, em especial à minha mãe
Rozangela, pelo amor e apoio incondicionais.

Agradeço ao Professor Pedro, por toda a sua dedicação e paciência no desenvolvimento deste trabalho. Por toda sua disponibilidade e espírito altruísta.

Agradeço, em especial, a minha família, bem como aos amigos que fiz ao longo de todos esses anos, por me mostrarem, com gestos e palavras, o real sentido da vida.

"Não vos aconselho o trabalho, mas a luta. Não vos aconselho a paz, mas a vitória! Seja o vosso trabalho uma luta! Seja a vossa paz uma vitória!"

Friedrich Nietzsche

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo realizar uma análise crítica concernente à mudança jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal em relação à responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço público, nos casos de danos causados a terceiros não usuários do serviço. Primeiramente, faz-se um apanhado histórico das fases de desenvolvimento do instituto da Responsabilidade Civil em geral e especificamente no Brasil. Depois, relata-se o desenvolvimento do instituto em relação à responsabilidade do Estado, bem como de seus colaboradores, tais como os concessionários/permissionários, prestadores de serviço público, dissertando também sobre a sua evolução histórica, partindo de um tempo em que vigorava a irresponsabilidade civil do Estado, perpassando pelas teorias civilistas da culpa, em que o Estado assumia uma responsabilidade civil subjetiva, até se chegar aos dias atuais, com a adoção, pela Constituição Federal de 1988, seguindo orientação das últimas constituições, da teoria da responsabilidade objetiva, a qual se funda na teoria do risco administrativo.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil do Estado. Concessionário/Permissionário. Serviço Público.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 – O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	13
1.1 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	13
1.2 – CONCEITO E ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO INSTITUTO.....	18
2 – A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	21
3 – A RESPONSABILIDADE DO PRESTADOR DE SERVIÇO PÚBLICO (CONCESSIONÁRIO/PERMISSIONÁRIO) EM DANOS CAUSADOS A TERCEIROS NÃO USUÁRIOS DO SERVIÇO E A MUDANÇA DO POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	28
4 – ANÁLISE CRÍTICA DO ATUAL POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	37
CONCLUSÕES	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	47

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como proposta a análise crítica acerca da mudança no entendimento esposado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação à responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço público, nos casos de danos causados a terceiros não usuários do serviço.

Traçando toda a evolução histórica do instituto da responsabilidade civil, ressaltando suas fases de desenvolvimento, no mundo de uma forma geral e especificamente no Brasil, bem como, o desenvolvimento do instituto no que concerne à responsabilização do Estado, talvez, afigure-se menos complexo o tema, tornando-se de mais fácil compreensão, possibilitando, inclusive, a elucidação de como é entendida a responsabilidade civil do Estado na atualidade.

De início, cumpre apontar como fator essencial para o desenvolvimento do instituto da responsabilidade civil, em todas as suas etapas, o trabalho jurisprudencial, calcado, é lógico, nos ensinamentos doutrinários. Os tribunais sempre desempenharam papel importantíssimo no desenvolvimento do direito, e no caso da responsabilidade civil não foi diferente.

Com o desenvolvimento da civilização, e com isso, o surgimento de inúmeras relações jurídicas mais complexas, o instituto da responsabilidade civil, a partir, primeiramente, da atividade jurisprudencial, foi se adaptando e adquirindo novos contornos de acordo com o momento histórico em que se encontrava.

Nesse sentir, José de Aguiar dias ensina:

“(…) Aos tribunais é que compete extrair dos preceitos fundamentais o pronunciamento que seja, na ocasião, o mais apto a realizar o fim do direito. O sentimento de justiça, nos que o têm, não é, por certo, mais refinado hoje do que anteriormente. Sucede, porém, que ele é agora, muito mais *solicitado* a manifestar-se e a intervir, do que antigamente. É por isso que se tornou mais acentuadamente uma concepção social, em lugar de noção caracterizadamente individual. Mas, ainda que se não queira aceitar uma retração do egoísmo, em face da civilização atual, ao menos se deve reconhecer que também ele tem, contribuído para a extensão da responsabilidade civil. A multiplicação dos infortúnios, derivada da vida moderna, induz, com efeito, o mais egoísta a pensar que amanhã será o seu dia de experimentar a desgraça, razão utilitária, decerto, mas nem por isso menos eficiente, para que aceite e sustente a necessidade de reparação com mais freqüência do que antigamente. À medida que a civilização se desenvolve, dizem Mazeaud et Mazeaud, tornam-se mais e mais complexas as relações sociais, com interpretação cada vez mais profundas dos círculos de atividade jurídica de cada um. É inevitável, em tais condições, o atrito de interesses, cada vez mais intenso, desdobrando-se em problemas de responsabilidade civil.”

E continua.

“(…) A importância crescente do instituto da responsabilidade civil não deve , pois, ser encarada senão como um sinal do desenvolvimento maravilhoso da indústria e das aplicações da ciência, exigindo dos juristas a adaptação das normas do direito.”¹

Houve época em que, ainda fora do domínio jurídico, a reparação do mal causado era entendida como aquela paga na mesma moeda, ou seja, de forma simplista, a reparação da vítima que sofrera uma agressão, como por exemplo, um pontapé, seria retribuir, da mesma forma e na mesma medida, o pontapé ao agressor. Isto é, o que existia era a chamada vingança privada, que mais tarde seria institucionalizada pelo Estado, passando a ser limitada pela lei. Nessa época não se vislumbrava a ideia de se restabelecer o equilíbrio quebrado com o dano sofrido.

Posteriormente, com a percepção de que a vingança privada só duplicava o dano, na medida em que seriam, não mais um, mas dois, os lesados, passou-se a defender a ideia de que seria mais conveniente a reparação a partir do pagamento de um valor pecuniário. Assim, a primitiva vingança privada foi substituída pela composição entre vítima e ofensor.

Mais tarde, ao trazer para si a atribuição de realizar as composições, retirando do particular o direito de retaliar seu ofensor, a autoridade passou a punir os que transgrediam as normas jurídicas. Nesse momento, é que toma corpo a ideia correlata de reparação, surgindo, assim, o que se conhece por ação de indenização.

Somente a partir do século XVIII, com a enunciação de um princípio geral da responsabilidade civil, e do século XXIX, com a incorporação do elemento anímico da culpa como elemento essencial para caracterização da responsabilidade civil, é que foi possível buscar a reparação do dano, mesmo fora dos casos previstos em lei.

Com a crescente urbanização e, conseqüentemente, a multiplicação das relações humanas em sociedade, a teoria clássica da culpa não mais se mostrava suficiente para regular todos os fatos sociais e necessidades da vida em comum.

A partir de então, diversas teorias, bem como novos caminhos jurisprudenciais, foram traçados no sentido de ampliar o conceito de culpa ou mesmo defender a reparação do dano independentemente desta, baseando-se simplesmente no risco criado pela atividade desenvolvida pelo homem.

O direito moderno começou, pois, a se preocupar mais com a figura da vítima, e com o exercício de seu direito de reparação, que muitas vezes se via esvaziado em virtude da impossibilidade de se provar o elemento anímico da culpa.

¹ AGUIAR DIAS, José de, Da Responsabilidade Civil. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.10 e p.11

Em relação à responsabilidade do Estado, há de se notar que várias foram as teorias que à justificava. Partindo-se de uma época em que vigorava, como herança do período absolutista, a teoria da irresponsabilidade do Estado, por entender-se que o Rei era representante da vontade divina, foi possível chegar, ao que hoje se tem, na responsabilidade civil objetiva do Estado.

Com o advento do Estado de Direito, contudo, surgiu a teoria civilista da culpa, a qual defendia a responsabilização do Estado desde que identificado o elemento anímico da culpa na conduta do seu agente. Com o passar do tempo, entretanto, esta teoria acaba por se mostrar insuficiente para solucionar todas as questões, deixando, muitas das vezes a vítima desamparada pela impossibilidade de prova do elemento anímico, evoluindo-se, posteriormente, para a adoção da teoria da culpa administrativa, também conhecida como teoria da culpa anônima ou da falta do serviço, momento em que bastava que a vítima comprovasse a inexistência, o mau funcionamento, ou o retardamento do serviço público, para que o Estado fosse responsabilizado.

Por fim, superando as fragilidades da teoria da culpa, buscando a satisfação da vítima, e retirando desta o ônus de comprovar o elemento anímico para configuração da responsabilidade civil do Estado, foi desenvolvida, com bases firmadas em princípios como o da equidade e da igualdade de ônus de encargos sociais, a teoria da responsabilidade objetiva, a qual defende que basta a existência da relação de causalidade entre a conduta do Estado e o dano por ele provocado para que se dê a responsabilidade civil, prescindindo-se qualquer questionamento acerca da culpa do agente ou mesmo da falta do serviço.

Hodiernamente, a teoria adotada pelo ordenamento pátrio, como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado, prevista no §6º do art. 37 da Constituição da República, é a teoria do risco administrativo.

A responsabilidade objetiva do Estado, portanto, traduz uma evolução social, política e jurídica, na medida em que, fundamentada e desenvolvida, principalmente pela doutrina e jurisprudência, que, antecipando-se à lei, num trabalho dialético, buscavam consubstanciar os anseios e minorar as insatisfações sociais, principalmente em relação ao Poder Público, que, como sujeito de direitos e deveres, deveria buscar o bem estar comum e se responsabilizar por suas falhas nessa busca.

Agora, com a consagração da teoria do risco administrativo, a qual fundamenta a responsabilidade objetiva do Estado, resta saber em que medida sua aplicação pode se consubstanciar em decisões mais equânimes e justas, isto é, resta saber qual o alcance de sua aplicação e em que medida será ela capaz de conciliar a reparação do dano à vítima com a

responsabilidade justa de seu ofensor, seja ele o próprio Estado, ou o particular prestador de serviço público por ele delegado.

O presente trabalho, a partir dessas considerações, tem o intuito de realizar uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da responsabilidade do particular prestador de serviço público, mais especificamente no caso de danos causados a terceiros não usuários de serviço público, buscando-se uma interpretação mais detida das decisões proferidas nos recursos extraordinários RE262651-SP e RE591874-MS.

1 – O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Toda e qualquer conduta humana, em suas mais diversas formas de expressão, é suscetível de responsabilidade, a qual pode ser entendida como um aspecto da realidade social, isto é, um aspecto decorrente dos fatos sociais.

Entrementes, é imperioso notar que esta noção de responsabilidade, que traduz uma ideia de equivalência contraprestacional, aproximando-se do que se entende por obrigação, apesar de não se restringir à seara jurídica, pode, pois, possuir cunho moral, religioso, entre outros, e a depender das características do âmbito social em que se configura, possui caráter unitário.

Nesse sentido, citando G. Marton, o ilustre professor José de Aguiar Dias² aduz que o caráter unitário, presente nesta noção de responsabilidade, revela que ela não é independente de qualquer premissa, mas sim “termo complementar de noção prévia mais profunda, qual seja a de dever, de obrigação”. Assim, responsabilidade, segundo ele, pode ser entendida como “resultado da ação pela qual o homem expressa o seu comportamento em face desse dever ou obrigação”.³

Para G. Marton, continua Aguiar Dias, responsabilidade é a

“situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto às conseqüências desagradáveis decorrentes dessa violação, traduzidas em medidas que a autoridade encarregada de velar pela observação do preceito lhe imponha, providências essas que podem, ou não, estar previstas.”⁴

Apesar de se entender que a responsabilidade, corolário de fatos sociais, pode se dar nos mais diversos âmbitos da vida social organizada, é possível configurá-la, basicamente, a partir de dois aspectos, qual seja, o aspecto moral e o aspecto jurídico.

Em princípio, há de se notar que, embora traduzam aspectos diferentes, essas categorias não se excluem, ou seja, é perfeitamente possível que um fato social transgrida, ao mesmo tempo, normas morais e jurídicas, não se podendo falar, portanto, necessariamente e *a priori*, de uma cisão estanque entre esses dois aspectos, que podem ser característicos, simultaneamente, de responsabilidade advinda de um único fato social, embora, tenha-se consciência que o domínio da moral seja muito mais amplo que o domínio jurídico.

² AGUIAR DIAS, ob. cit. p. 02

³ AGUIAR DIAS, ob. cit. p. 02

⁴ AGUIAR DIAS, ob. cit. p. 03

Não obstante guardarem afinidades, é possível, porém, traçar uma distinção entre esses dois aspectos, na medida em que, a responsabilidade moral se configura a partir da noção do pecado, que, segundo José de Aguiar Dias, está ligado ao estado de alma do agente, caso em que se sente moralmente responsável por uma má ação sua, enquanto que a responsabilidade jurídica, para se configurar, precisa que da violação da norma jurídica resulte um prejuízo, vez que a finalidade da norma jurídica é manter a paz e o equilíbrio social.⁵

Essa distinção, contudo, não faz com que o direito fique alheio à moral, caso contrário, muitas vezes lhe faltaria fundamento. Não é estranho, desse modo, entender o porquê de a responsabilidade jurídica, nos primórdios da civilização, se confundir, isto é, ser compreendida como a própria responsabilidade moral.

Atendo-se, entretanto, à responsabilidade jurídica, é possível, classificá-la, a depender do ramo do direito que a disciplina, como responsabilidade civil e responsabilidade penal. Enquanto esta se preocupa em reprimir os atos humanos transgressores da lei penal, punindo-os com sanções previstas na legislação criminal, aquela busca a pacificação social através da reparação do dano causado à vítima, levando-a ao “*status quo*” anterior à ofensa.

Não obstante toda essa sistematização dogmática acerca da responsabilidade, o conceito de responsabilidade civil, que é o que aqui interessa, é, e sempre foi, objeto de muita discussão na doutrina.

Para Aguiar Dias o instituto da responsabilidade civil possui caráter dinâmico, desenvolvendo-se, transformando-se, de acordo com o desenrolar histórico, cultural e tecnológico que tornam as relações humanas cada vez mais complexas, dizendo que tal instituto tem de adaptar-se às mudanças sociais para que, em qualquer época, seja apto a assegurar sua finalidade, promovendo a paz social através do restabelecimento do equilíbrio quebrado pelo dano causado.

Para ele, a responsabilidade civil é um instituto em constante evolução, e que

“os estádios em que se processa essa evolução mostram nitidamente que a reparação do dano é inspirada, antes de tudo, na preocupação de harmonia e equilíbrio que orienta o direito e lhe constitui o elemento animador. É por isso que não foi possível até hoje, malgrado o esforço dos melhores juristas, estabelecer uma teoria unitária e permanente (no sentido relativo que o termo tem em direito) da responsabilidade civil.”⁶

Nos primórdios da civilização, ainda fora do âmbito jurídico, o que existia era a vingança privada, quando o ofensor sofria retaliação na medida e nos moldes queridos pela vítima. Assim, o dano era “reparado” de forma primitiva, do mal com o mal. Não se tinha

⁵ AGUIAR DIAS, ob. cit. p. 04

⁶ AGUIAR DIAS, ob. cit. p. 16

uma ideia de restabelecer o equilíbrio quebrado, traduzia-se em uma ação meramente instintiva, quase animal, de reparação do dano.

Mais tarde, com a Lei das XII Tábuas⁷, a vingança privada foi institucionalizada, passando a ter *status* de norma jurídica. Nesse momento, o mal também era punido pelo mal, no entanto, a lei limita a iniciativa privada de retaliação, prevendo quando e em que condições teria a vítima o direito de buscar sua reparação em razão do mal sofrido.

Com o desenvolver da sociedade, e, por conseguinte, do direito, passou-se a entender que ao invés de reintegrar a vítima ao “*status quo ante*”, o mal pago pelo mal, apenas duplicava o dano, na medida em que não só a vítima originária, mas também o seu ofensor, eram obrigados a suportar o prejuízo sofrido.

Assim, percebendo-se a conveniência de se buscar a reparação do dano mediante a aplicação de uma pena, a institucionalizada vingança privada, foi substituída pela composição entre vítima e ofensor, que embora num primeiro momento fosse tradução de um voluntarismo pessoal da vítima, que a buscava como melhor forma de solução do prejuízo, foi também institucionalizada, tornando-se obrigatória a composição fixada pela autoridade, sendo defeso à vítima, portanto, buscar fazer justiça com as próprias mãos.

Ao trazer para si a atribuição de realizar as composições, retirando do particular o direito de retaliar seu ofensor, a autoridade passou a punir os que transgrediam as normas jurídicas, evoluindo, segundo Aguiar Dias, de uma justiça punitiva exclusiva, para uma justiça distributiva, ocasionando a cisão dos delitos, em delitos públicos, aqueles entendidos como delitos mais graves e perturbadores da ordem, e delitos privados.⁸

Nesse momento, em que o Estado assume a função punitiva, vedando a vingança privada e dotando de obrigatoriedade a composição do dano, é que toma corpo a ideia correlata de reparação, surgindo, assim, o que se conhece por ação de indenização. Mas é com a Lei Aquília⁹ que primeiramente se “traceja” um princípio geral regulador da reparação do dano.

⁷ Remontando à Lex XXII Tabularum, antiga legislação que remonta à origem do direito romano, muito conhecida por institucionalizar o uso da vingança privada, prevendo a punição do mal com o mal.

⁸ AGUIAR DIAS, ob. cit. p. 18

⁹ A Lex Aquilia representou um grande marco evolutivo do instituto da responsabilidade civil por, pela primeira vez, esboçar um princípio geral da reparação do dano trazendo a ideia da culpa. Continha três capítulos: o primeiro previa o fato de matar, sem direito, um escravo ou um animal, pertencente à categoria dos quadrúpedes, vivendo em grupos: é um delito punido por multa fixada em valor superior ao escravo ou animal no ano que precedeu ao delito; o segundo capítulo pune o credor acessório (*adstipulator*) que em lugar de exigir o pagamento, fez o desconto da dívida ao devedor, com prejuízo dos direitos do credor principal. O terceiro capítulo tinha um campo de aplicação muito mais largo: reprimia todos os danos resultantes do fato de queimar, de quebrar ou de deteriorar uma coisa pertencente a outrem.”

Sistematizada em três capítulos, com destaque para o terceiro, que tratava do *damnum injuria datum*¹⁰, a Lei Aquília, inovou ao propugnar pela substituição das multas fixas por uma pena proporcional ao dano causado.

A partir dessas novas diretrizes, somando-se a elas o trabalho pretoriano de dilatar o campo de aplicação do *damnum injuria datum*, não o aplicando apenas nos casos de dano a coisas corpóreas, mas o estendendo a coisas incorpóreas, foi possível, indo além dos casos previstos em lei, construir uma doutrina romana da responsabilidade extracontratual.

No entender do ilustre mestre Caio Mário da Silva Pereira¹¹, apesar da importância da Lei Aquília para o desenvolvimento do instituto da responsabilidade civil, o Direito Romano, preso às suas raízes, apenas o reconhecia e o admitia nos casos especiais previstos no texto legal, mas que, em seu último estágio, dada a proliferação de casos particulares passou a aceitar, como necessária, a reparação do dano, mesmo em casos em que não existia um corpo lesado, buscando-se solução fora dos casos previstos em Lei, surgindo, por fim, a ideia da culpa aquiliana.

Assim, a partir do século XVIII, com a enunciação de um princípio geral da responsabilidade civil, é que a reparação ao dano começou a se desprender dos casos específicos contidos em lei.

O Código de Napoleão, grande obra legislativa de 1804, que nítida influência exerceu sobre as legislações modernas, inclusive sobre o nosso Código Civil de 1916, por sua vez, seguindo essa evolução jurídica, buscando a reparação do dano, mesmo fora da legislação, e além dos casos especiais, incorporou, como elemento essencial para caracterização da responsabilidade civil, a culpa.

Em nosso direito pátrio, Caio Mário da Silva Pereira didaticamente sistematizou em três fases, citando grandes obras legislativas como a Lei da Boa Razão, que determinava a aplicação subsidiária do direito romano ao direito pátrio, bem como o Código Criminal de 1830, que, através do instituto da “satisfação”, delineia uma ideia de ressarcimento, chegando à terceira fase, na qual, fazendo referência a Teixeira de Freitas e a Carlos Carvalho, aduz que, enfim, a responsabilidade civil restou nitidamente dissociada/independente da criminal.

¹⁰ O *damnum injuria datum*, regulado pela Lex Aquilia, consiste na destruição ou deteriorização da coisa alheia móvel por fato ativo que tivesse atingido coisa corpórea ou incorpórea, sem justificativa legal. Embora sua finalidade original fosse limitada ao proprietário da coisa lesada, com o desenvolvimento jurisprudencial, estendendo seu âmbito de aplicação, acabou por dar origem à doutrina da responsabilidade extracontratual, também conhecida como aquiliana.

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva, Responsabilidade Civil. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2002.

Influenciado por todas essas ideias é que se erigiu o Código Civil de 1916. Certo é que, embora tenha consagrado, em seu art. 159, a teoria da culpa como essencial à responsabilidade civil, reconheceu casos especiais de responsabilidade sem culpa.

Com a crescente urbanização e, conseqüentemente, a multiplicação das relações humanas em sociedade, a teoria clássica da culpa não mais se mostrava suficiente para regular todos os fatos sociais e necessidades da vida em comum.

A partir de então, diversas teorias, bem como novos caminhos jurisprudenciais, foram traçados no sentido de ampliar o conceito de culpa ou mesmo defender a reparação do dano independentemente desta, baseando-se simplesmente no risco criado pela atividade desenvolvida pelo homem.

Assim, ao lado da doutrina subjetiva, que preconiza a teoria clássica da culpa, o Código Civil Brasileiro de 2002, contempla o entendimento defendido pela doutrina objetiva, a qual se concentra mais precisamente na teoria do risco.

O direito moderno começou, pois, a se preocupar mais com a figura da vítima, e com o exercício de seu direito de reparação, que muitas vezes se via esvaziado em virtude da impossibilidade de se provar o elemento anímico da culpa.

A evolução do instituto da responsabilidade civil se deve à preocupação do direito em proporcionar uma justiça mais distributiva, deixando de considerar a vítima de um dano como um elemento isolado, para inseri-la em um contexto social, considerando que o dano não repercute apenas no âmbito individual, mas atinge, de certo modo, toda a coletividade, a qual, num sistema solidarista, possui interesse em sua reparação, e assim, conseqüentemente, no restabelecimento do equilíbrio social.

Neste sentido, é o posicionamento de José de Aguiar Dias:

"O verdadeiro sentido dessa evolução é a preocupação de assegurar melhor justiça distributiva, com a adaptação das instituições antigas às exigências da vida moderna. Enquanto a evolução atende às exigências permanentes da justiça, forçosamente determinará alterações periódicas no elemento de segurança das normas, a fim de acomodá-las à sociedade que se transforma. As transformações, por vezes surpreendentes, das condições da vida material, tornam indispensável a criação, diríamos melhor, a retificação das normas jurídicas. Mas há princípios que permanecem imutáveis: os que ordenam a boa-fé, a fidelidade e a lealdade dos negócios jurídicos; os que proíbem o dolo, a fraude e a torpeza. A idéia da responsabilidade não podia fugir a essa contingência. Sua transformação é resultado das mudanças sociais, notadamente do grande desenvolvimento da indústria. Da responsabilidade assente na culpa se passa rapidamente às presunções *juris tantum*, e daí à responsabilidade legal. A reparação do dano atende a tais anseios. É uma forma de restabelecer esse equilíbrio em cuja conservação se interessa essencialmente uma civilização avançada 'que receia a decadência'. É também o modo de satisfazer, para cada membro da sociedade, sua aspiração de segurança, comprometida e ameaçada pela vida moderna.

Como o antigo fundamento da culpa já não satisfazia, outros elementos vêm concorrer para que a reparação se verifique, mesmo em falta daquela. Daí o surto das noções de assistência, de previdência e de garantia, como bases complementares da obrigação de reparar: o sistema da culpa, nitidamente individualista, evolui para o sistema solidarista da reparação do dano”¹²

1.2 – CONCEITO E ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO INSTITUTO

Hodiernamente, não obstante toda discussão doutrinária acerca do tema de responsabilidade civil, pode-se concluir que, o que se tem em mira no direito moderno é, tendo em vista os anseios da vítima, constatar o dano causado e efetivamente promover sua reparação.

Para Maria Helena Diniz, responsabilidade civil é:

Aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiro, em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.¹³

O Código Civil de 2002, conservando a essência legislativa acerca do tema contida no Código de 1916, mas, no entanto, aperfeiçoando-o, tratou separadamente, em títulos diversos, a responsabilidade e o ato ilícito.

Tradando do ato ilícito, previu em seu art. 186, *in litteris*:

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

Já no Título condizente à Responsabilidade Civil, começou pelo art. 927, dispondo que:

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

Nesse contexto, a doutrina moderna classifica a responsabilidade civil de acordo com a exigência ou não de se provar o elemento anímico da culpa, bem como em razão da natureza jurídica da norma violada.

Em razão da natureza jurídica da norma violada, a responsabilidade civil é classificada como responsabilidade civil contratual ou responsabilidade civil extracontratual (aquiliana). Em relação àquela, como o próprio nome sugere, a responsabilidade é decorrente de um dano causado em violação a uma norma jurídica estabelecida em um contrato ou em um negócio

¹² AGUIAR DIAS, ob. cit. p. 15 e seg.

¹³ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002

jurídico unilateral. Já em relação à última, que é entendida como responsabilidade propriamente dita, o dano advém de violação de deveres jurídicos previstos na própria lei ou do ordenamento jurídico como um todo.

No que concerne a classificação quanto à exigência ou não de se provar o elemento anímico da culpa, tem-se a divisão em responsabilidade civil subjetiva e em responsabilidade civil objetiva.

A primeira decorre de dano causado através de ato qualificado com culpa *latu senso*, isto é, com culpa *stricto senso* ou com dolo. Assim, tem-se que, o dano capaz de gerar responsabilidade civil subjetiva é aquele causado em razão de o agente agir com negligência ou imprudência, ou mesmo, de forma consciente, dirigir sua ação buscando o resultado ilícito, agindo, assim, culposa ou dolosamente. Há de se notar, aqui, que os elementos caracterizadores da responsabilidade civil são a ação, o dano, o nexo causal entre eles, e, por fim, a culpa *latu senso*.

Não obstante tratar-se a responsabilidade civil subjetiva como regra geral, como dito linhas atrás, o ordenamento pátrio contempla o entendimento defendido pela doutrina objetiva, a qual advoga que a responsabilidade civil objetiva decorre do risco gerado pela atividade exercida pelo agente, assim, aduz que, o dano, nesses casos, independente de se apurar culpa ou dolo, deve ser reparado. Desse modo, os elementos caracterizadores da responsabilidade civil objetiva, passam a ser, apenas, a ação, o dano e o elo de causalidade entre eles, prescindindo-se, portanto, de se apurar a culpa ou o dolo da conduta.

Nesse sentido, é a norma prevista no parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002. Senão, veja-se:

Art. 927. (...)

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 outrem.

Independente da doutrina a que se filie, ou a teoria que se adote, faz-se mister elucidar os requisitos básicos que toda doutrina clássica enumera para configuração da responsabilidade civil.

O primeiro requisito, elemento básico para qualquer tipo de responsabilidade, é a conduta. Entendida como um aspecto da realidade social, isto é, um aspecto decorrente dos fatos sociais, a conduta humana, como elemento da responsabilidade civil, traduz um comportamento voluntário e consciente, materializando-se em um ato omissivo ou comissivo, atribuível a um agente.

O segundo requisito, também imprescindível para caracterização da responsabilidade civil, e independente da teoria adotada, é o dano. Este é o resultado da conduta humana praticada. Representa o prejuízo causado pelo agente à vítima que o suporta. É a lesão provocada pelo autor aos direitos, bens ou integridade física ou moral da vítima, valores os quais estão juridicamente tutelados pelo ordenamento.

O nexo de causalidade, entendido como a relação de causa e efeito entre a conduta humana praticada pelo agente e o dano causado à vítima, também é requisito essencial para caracterização da responsabilidade civil, seja ela subjetiva ou objetiva. Inexistindo o nexo de causalidade, inexistente também a obrigação de indenizar. Ou seja, deve haver, para que se configure a responsabilidade civil, uma ligação entre o dano e o ato praticado que possibilite atribuí-lo a alguém como seu causador.

O último requisito essencial para caracterização da responsabilidade civil é a culpa, entendida em seu sentido amplo. A culpa *latu senso* compreende o dolo, que advém da vontade consciente do agente em, violando a norma jurídica, causar o resultado ilícito, e a culpa *stricto senso*, que decorre de uma infração a um dever de cuidado objetivo, isto é, a não observância de preceitos mínimos, os quais possuía o dever de conhecer e que deveriam dirigir sua conduta para que o resultado danoso fosse evitado. São três as formas de exteriorização da culpa. A primeira delas é a negligência, que revela a falta de cuidado necessário para proteção do bem juridicamente tutelado, é uma quebra com o dever de zelar pelo bem jurídico considerado através de uma ação desidiosa. A segunda forma de sua exteriorização é o que se chama de imprudência, que traduz a falta de consciência, ao se praticar a conduta, de qual será o resultado futuro. Isto é, age com imprudência aquele que, através de uma conduta, afasta-se do mínimo que a diligência exige. E, por fim, a culpa também se exterioriza pela imperícia que consiste na falta de conhecimento técnico para a prática de um ato, ou na omissão de providência que se fazia necessária.

É neste ponto que se distanciam as teorias da responsabilidade subjetiva e objetiva. Enquanto aquela exige a culpa (*latu senso*) como elemento essencial configurador da responsabilidade civil, a última toma como irrelevante a sua caracterização, defendendo que somente será necessária a existência do nexo de causalidade entre a conduta e o dano, o qual se baseia no risco criado pela atividade exercida pelo agente.

2 – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade civil, como corolário da realidade social, decorrente de fatos, em regra, antijurídicos, pode ser atribuída a qualquer pessoa, seja ela pessoa física ou jurídica, que, com sua conduta, cause um dano provocando prejuízo a outrem.

Nesse sentido, até mesmo o Estado, personificação do Poder Público, pessoa jurídica de direito público, pode ser responsabilizado pelos danos causados, através dos atos que seus agentes, a terceiros. É o que se depreende da norma contida no §6º, do art. 37, da Constituição Federal de 1988. Senão, veja-se:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º - 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.

Não obstante a previsão constitucional sobre a responsabilidade civil do Estado, há de se ter em mente, que nem sempre foi assim. Somente com o progresso da sociedade, bem como com o trabalho jurisprudencial e doutrinário, que várias teorias sobre a responsabilidade do Estado foram sendo desenvolvidas para fundamentar a necessária responsabilização deste Ente quando fosse ele o causador do prejuízo suportado por outrem. Assim, partindo-se de uma época em que vigorava a irresponsabilidade do Estado, por entender-se que o Estadista, detentor do poder, era representante da vontade divina, foi possível chegar, ao que hoje se tem, na responsabilidade civil objetiva do Estado.

Antes de esboçar um breve histórico sobre o desenvolvimento do instituto acerca da responsabilidade do Estado, tratando-se das teorias adotadas ao longo dos anos, faz-se mister estabelecer uma diferenciação entre Responsabilidade Administrativa do Estado e Responsabilidade Civil do Estado.

Nas palavras do ilustre professor Marçal Justen Filho:

"A responsabilidade administrativa do Estado consiste na 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."¹⁴

No que concerne a responsabilidade civil do Estado, dispõe o mestre administrativista:

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 7ª Ed. Belo Horizonte: Fórum. 2011. p 1201

"A responsabilidade civil do Estado consiste no dever de compensar os danos materiais e morais sofridos por terceiros em virtude de ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado."¹⁵

A par desta diferenciação, cumpre-nos aqui, traçar um breve histórico sobre o desenvolvimento do instituto da responsabilidade do Estado.

Característico de um Estado absolutista e despótico, dentro de um sistema liberal de governo, onde o governante era tido como representante de Deus na Terra, agindo em seu nome e, portanto, isento de erro, vigorou, durante o século XIX, o princípio da irresponsabilidade do Estado. Nesse momento histórico, em que vigoravam as celebres expressões como, "O rei não erra" (*The king can do no wrong*), "O Estado sou eu" (*L'Etat c'est moi*) e "O que agrada ao príncipe tem força de lei", ao Estado não era atribuído qualquer tipo de responsabilidade, ainda que advinda de atos praticados pelos seus agentes no exercício de suas funções.

Assim, mesmo sendo possível buscar a reparação do prejuízo, responsabilizando o funcionário do Estado, que era tratado como sujeito de direito diverso deste, e não como seu agente, grande parte das ações de indenização restava frustrada, na medida em que era comum constatar-se a insolvência do servidor.

Com o advento do Estado de Direito, ao qual são atribuídos direitos e deveres comuns às pessoas jurídicas, fazendo com que o Poder Público se submetesse à lei, e tendo em vista que a teoria da irresponsabilidade era, nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho, "*a própria negação do direito*"¹⁶, sendo, portanto, contrária aos anseios sociais, foi erigida a teoria civilista da culpa, a qual defende a responsabilização do Estado desde que identificado o elemento anímico da culpa na conduta do seu agente.

No entanto, apesar de se reconhecer a possibilidade de se responsabilizar o Estado pelas ações culposas de seus agentes que provocassem danos a outrem, a doutrina e a jurisprudência, num primeiro momento, faziam distinção entre atos de império e atos de gestão, sendo que, apenas estes últimos, eram suscetíveis de responsabilização.

Os atos de gestão, entendidos como aqueles os quais, nos dizeres do professor Hely Lopes Meirelles¹⁷, o Estado praticava sem usar de sua supremacia sobre os destinatários, aqueles atos de cunho puramente administrativo tomados em relação aos bens e serviços públicos, eram capazes, diferentemente dos atos de império, de atribuir, ao Estado,

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. ob. cit. p. 1202

¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 10ª Ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012. p. 253

¹⁷ LOPES MEIRELLES, Hely. Direito Administrativo Brasileiro. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 162.

responsabilidade civil em razão da culpa de seus agentes no exercício de suas funções através do qual causava danos a terceiros.

Os atos de império, em contrapartida, eram aqueles atos decorrentes do poder soberano do Estado, aqueles que, segundo o douto doutrinador citado acima, “*a Administração pratica usando de sua supremacia sobre o administrado ou servidor e lhes impõe obrigatório atendimento*”.¹⁸ Nestes casos, refutava-se a possibilidade de responsabilização do Estado, haja vista se tratar de atos protegidos pelo direito público que blindava o Poder Estatal.

Apesar de traduzir, de certa forma, uma evolução da doutrina da responsabilização, na medida em que o Estado, de totalmente irresponsável pelos danos causados a terceiros, passa a responder por determinados atos praticados com culpa pelos seus agentes, esta teoria civilista se mostrou muito aquém das expectativas das vítimas que, além da dificuldade de distinguir o que configurava, na prática, ato de gestão e ato de império, enfrentava o ônus de provar a culpa do agente estatal, que muitas vezes se mostrava uma tarefa não muito simples, e, em outras, até mesmo impossível.

Nesse sentido, a teoria da responsabilidade com culpa, baseada na distinção entre atos de gestão e atos de império, foi substituída pela teoria da culpa administrativa, também conhecida como teoria da culpa anônima ou da falta do serviço.

Nesse estágio, não se mostrava mais necessária a distinção dos atos do Estado, tampouco proceder à identificação do agente causador do dano, bastava que a vítima comprovasse a inexistência, o mau funcionamento, ou o retardamento do serviço público, para que o Estado fosse responsabilizado.

Assim, ensina Sérgio Cavalieri Filho, que,

“o dever de indenizar do Estado decorre da falta do serviço, não já da falta do servidor. Bastará a falha ou o mau funcionamento do serviço público para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes aos administrados”.¹⁹

E continua dizendo que, de acordo com essa nova concepção,

“a culpa anônima ou falta do serviço público, geradora de responsabilidade do Estado, não está necessariamente ligada à idéia de falta de algum agente determinado, sendo dispensável a prova de que funcionários nominalmente especificados tenham incorrido em culpa. Bastando que fique constatado um mau

¹⁸ LOPES MEIRELLES, Helly. ob. cit. p. 161

¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. ob. cit. p. 255

agenciador geral, anônimo, impessoal, na defeituosa condução do serviço, à qual o dano possa ser imputado.”²⁰

Registra, ainda, que

“em inúmeros casos de responsabilidade pela falta do serviço, admite-se a presunção da culpa em face da extrema dificuldade, às vezes intransponível, de se demonstrar que o serviço operou abaixo dos padrões devidos, casos em que se transfere para o Estado o ônus de provar que o serviço funcionou regularmente, de forma normal e correta, sem o que não conseguirá elidir a presunção e afastar sua responsabilidade”.²¹

Por fim, superando as fragilidades da teoria da culpa, buscando a satisfação da vítima, e retirando desta o ônus de comprovar o elemento anímico para configuração da responsabilidade civil do Estado, foi desenvolvida a teoria da responsabilidade objetiva.

Nesse sentido, baseada em princípios como da equidade e da igualdade de ônus e encargos sociais, e, entendendo-se o Estado como sujeito política, jurídica e economicamente mais poderoso que seus administrados, surge a teoria da responsabilidade objetiva, a qual defende que basta a existência da relação de causalidade entre a conduta do Estado e o dano por ele provocado para que se dê a responsabilidade civil, prescindindo-se qualquer questionamento acerca da culpa do agente ou mesmo da falta do serviço.

A primeira teoria que se pode citar como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado é aquela conhecida como teoria do risco administrativo. Segundo esta teoria, o risco que a atividade administrativa gera na esfera dos administrados, isto é, a mera possibilidade de os administrados sofrerem danos advindos do exercício das atividades estatais, é fundamento suficiente para atribuir, objetivamente, responsabilidade ao ente público.

Considerando que a atividade do Estado é exercida em benefício de todos, os danos advindos dessa atuação também devem ser suportados por todos. Nesse sentido é a lição do professor Sérgio Cavalieri Filho:

"Em apertada síntese, a teoria do risco administrativo importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa. Esta teoria, como se vê, surge como expressão concreta do princípio da igualdade dos indivíduos diante de encargos públicos. É a forma democrática de repartir os ônus e os encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública. Toda lesão sofrida pelo particular deve ser ressarcida, independentemente de culpa do agente público que a causou. O que se tem que verificar é, apenas, a relação de causalidade entre ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado.”²²

²⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. ob. cit. p. 255

²¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. ob. cit. p. 256

²² CAVALIERI FILHO, Sérgio. ob. cit. p. 257

Outra teoria, com a qual não se confunde a acima explicitada, é a denominada teoria do risco integral. De acordo com esta teoria, o Estado estaria sujeito à responsabilidade civil ainda que não existisse nexos causal entre sua conduta e o dano causado, ou seja, numa visão radical, a teoria do risco integral defende que o Estado deveria ser responsabilizado por todo prejuízo suportado pelo particular, independentemente de o dano ser decorrente de sua atuação, não podendo se eximir de tal responsabilidade nem mesmo nos casos clássicos de excludentes de nexos de causalidade, quais sejam, a culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior.

Hodiernamente, no entanto, como se pode notar, a teoria adotada pelo ordenamento pátrio, como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado, prevista no §6º do art. 37 da Constituição da República, é a teoria do risco administrativo. Mas nem sempre foi assim.

O Brasil não chegou a aplicar a teoria da irresponsabilidade civil do Estado. Segundo Sérgio Cavalieri Filho, ainda que inexistisse norma pertinente ao tema, a responsabilidade do Poder Estatal sempre foi aceita como uma regra geral de Direito.

Já na Constituição do Império, editada em 1824, estava prevista a responsabilidade civil dos agentes públicos em razão de suas condutas culposas, comissivas ou omissivas, realizadas no exercício de suas funções, que causavam danos a terceiros. Isto é o que previa o seu art. 178, nº 29:

"Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos."²³

Apesar de não prever a irresponsabilidade do Estado, tal disposição constitucional, mantida na Constituição Republicana de 1891, atribuiu responsabilidade civil, pelo dano causado através do ato do Estado, diretamente ao seu agente de forma individualizada, sendo necessária, para tanto, que o administrado comprovasse a culpa deste.

O Código Civil de 1916, contudo, em seu art. 15, foi que tratou, pela primeira vez, de forma clara e específica do tema da responsabilidade civil do Estado. Tal norma legal previa que:

Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

²³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. ob. cit. p. 257

Várias foram, entretanto, as interpretações dadas ao citado dispositivo legal. A doutrina divergia acerca de qual teria sido a teoria adotada pelo legislador. Alguns entendiam que o Código de 16 teria adotado, já àquela época, a teoria da responsabilidade objetiva do Estado. Outros, todavia, com os quais comungam entendimento José dos Santos Carvalho Filho²⁴, bem como Sérgio Cavalieri Filho²⁵, defendiam que a teoria adotada, como fundamento da responsabilidade civil do Estado, seria a teoria da culpa.

Nesse sentido, o professor Sérgio Cavalieri Filho acrescenta dizendo que não seria outra a teoria adotada pelo art. 15, do Código Civil de 1916. Argumenta que as expressões “*procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei*” não teriam razão de ser a não ser a de se referir à culpa do agente público.²⁶ Não é, aliás, por outro motivo, que o legislador constituinte de 1946, retirou tais expressões da norma constitucional referente à responsabilidade do Estado.

Assim dispunha a Constituição Federal de 1946 em seu art. 194:

"As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros"

Nessa toada, há de se notar que o art. 194, da Constituição federal de 1946, ao retirar tais expressões da norma jurídica, anteriormente contida no Código de 1916, consagrou a já vislumbrada teoria da responsabilidade civil objetiva do Estado.

Nesse sentido, ensina Sérgio Cavalieri Filho:

“Destarte, a partir da Constituição de 1946, a responsabilidade civil do Estado brasileiro passou a ser objetiva, com base na teoria do risco administrativo, onde não se cogita da culpa, mas, tão somente, da relação de causalidade. Provado que o dano sofrido pelo particular é conseqüência da atividade administrativa, desnecessário será perquirir a ocorrência de culpa do funcionário ou, mesmo, da falta anônima do serviço. O dever de indenizar da Administração impor-se-á por força do dispositivo constitucional que consagrou o princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos.”²⁷

Cumprido observar, ainda, que em seu parágrafo único, o art. 194, da Constituição de 1946, prevê o direito de regresso do Estado em face de seu agente nos casos em que este tiver agido com culpa. Assim, dispõe:

Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

²⁴CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25ª Ed. São Paulo: Atlas S.A. 2012. p. 548

²⁵CAVALIERI FILHO, Sérgio. ob. cit. p. 259

²⁶CAVALIERI FILHO, Sérgio. ob. cit. p.259

²⁷CAVALIERI FILHO, Sérgio. ob. cit. p.260

Desde a Constituição Federal de 1946, portanto, a teoria da responsabilidade objetiva do Estado vem sendo adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Até mesmo as constituições editadas no período do regime militar autoritário, isto é, a Constituição de 1967 e a Constituição de 1969, mantiveram a norma referente à responsabilidade objetiva do Estado, respectivamente em seus artigos 105 e 107.

Nessa toada, então, foi que a Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, firmou, como dito linhas acima, norma de responsabilidade objetiva do Estado no §6º, do seu art. 37.

Em consonância com o dispositivo constitucional, o Código Civil de 2002, em seu art. 43, dispõe:

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

Desta feita, nota-se claramente, que o ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria da responsabilidade objetiva do Estado com fundamento na teoria do risco administrativo, na medida em que condiciona sua responsabilização ao dano causado pelos seus agentes no exercício de suas funções, isto é, no exercício das atividades administrativas, que, por si só, em razão do risco de dano que gera, constitui fundamento hábil à configuração da responsabilidade jurídica do Estado, desde que presente o nexo de causalidade entre sua conduta e o dano causado.

A responsabilidade objetiva do Estado, portanto, traduz uma evolução social, política e jurídica, na medida em que, fundamentada e desenvolvida, principalmente pela doutrina e jurisprudência, que, antecipando-se à lei, num trabalho dialético, buscavam consubstanciar os anseios e minorar as insatisfações sociais, principalmente em relação ao Poder Público, que, como sujeito de direitos e deveres, deveria buscar o bem estar comum e se responsabilizar por suas falhas nessa busca.

Nesse contexto, Marçal Justen Filho aduz:

“A responsabilidade jurídica do estado traduz uma característica da democracia republicana. A responsabilidade do Estado deriva da supremacia da sociedade e a natureza instrumental do aparato estatal. O Estado é responsável na acepção de que está obrigado perante a sociedade e os órgãos de controle a arcar com as consequências de suas ações e omissões e de adotar todas as providências destinadas a corrigir as imperfeições verificadas.”²⁸

²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 7ª Ed. Belo Horizonte: Fórum. 2011. p 1201

3 – A RESPONSABILIDADE DO PRESTADOR DE SERVIÇO PÚBLICO (CONCESSIONÁRIO/PERMISSIONÁRIO) EM DANOS CAUSADOS A TERCEIROS NÃO USUÁRIOS DO SERVIÇO E A MUDANÇA DO POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Uma das obrigações concernentes ao Poder Estatal é a prestação de serviço público à sociedade, a qual pode ser realizada de forma direta ou mesmo indiretamente por ele, isto é, o serviço pode ser prestado diretamente pela Administração Pública, ou, como dito, de modo descentralizado. Essa descentralização ocorre através da delegação, por meio de concessões e permissões, modalidades de contratos administrativos, a particulares, os quais podem ser denominados, em virtude do termo que dá nome aos respectivos contratos, de concessionários ou permissionários, prestadores de serviço público.

Trata-se de uma *delegação negocial*²⁹ entre o Estado e a empresa privada que, por ter o fim de atender as demandas sociais ou do próprio Poder Público, recebem ingerência de normas de direito público. Nesse sentido, leciona o professor Carvalho Filho:

“A delegação negocial – assim denominada por conter inegável aspecto de bilateralidade nas manifestações volitivas – se consuma através de negócios jurídicos celebrados entre o Poder Público e o particular, os quais se caracterizam por receber, necessariamente, o influxo de normas de direito público, haja vista a finalidade a que se destinam: o atendimento a demandas (primárias ou secundárias) da coletividade ou do próprio Estado.”³⁰

A Constituição Federal de 1988 prevê expressamente a possibilidade de delegação da prestação de serviço público, seja ela legal ou negocial, através dos contratos de concessão e de permissão. É o que se depreende do art. 175, da Carta Magna de 1988, *in litteris*:

"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."

Além dessa norma genérica, a Constituição também trata especificamente de alguns pontos referentes à concessão e à permissão de serviços públicos, de que são exemplos o art. 21, incisos XI e XII, o art. 25, §2º e art. 30, inciso V, tratando especifica e respectivamente das competências da União, Estados e Municípios.

²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. ob. cit. p.363. "... o Estado tem a seu cargo os serviços públicos a serem executados em prol da coletividade, desempenhando nesse caso uma gestão *direta* dessas atividades. Ocorre, porém, que frequentemente delega a outras pessoas a prestação daqueles serviços, gerando, por conseguinte, o sistema de *descentralização* dos serviços. Quando se trata de pessoa integrante da própria Administração, a descentralização enseja a *delegação legal*, ao contrário do que acontece quando a execução dos serviços é transferida a pessoas da iniciativa privada através de atos e contratos administrativos, hipótese que constitui a *delegação negocial*."

³⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. ob. cit. p.363

Não só a Constituição, como também outras fontes normativas tratam da delegação do serviço público. A Lei 8.987, de 1995, além dos casos de permissão, cuida das *concessões comuns*³¹, que compreende a concessão de serviço público simples e a concessão de serviços públicos precedidas da execução de obra pública. Já a Lei 11.079, de 2004, fica a cargo de disciplinar os casos de *concessões especiais*³², que são subdivididas em concessões patrocinadas e concessões administrativas, sobre as quais incide o denominado regime jurídico de “parcerias público-privadas”.

A Lei 8.987, editada em 1995, assim os conceitua em seu artigo 2º:

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

I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;

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;

III- concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

IV- permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

A Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004, por sua vez, conceitua as concessões especiais:

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Não obstante o desvelo conceitual despendido pelo legislador, concessão e permissão, de modo genérico, podem ser definidos como o contrato administrativo através do qual o Estado e o particular estabelecem uma delegação negocial referente à prestação de serviço público, transferindo, daquele para este, o encargo de desempenhá-lo.

³¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. ob. cit. p.364

³² CARVALHO FILHO, José dos Santos. ob. cit. p.364

Nesse sentido, transferindo-se o encargo de executar o serviço público ao particular, concessionário/permissionário, transferem-se também todos os riscos inerentes à atividade que será desenvolvida, passando a caber a ele a responsabilidade civil e administrativa pelos prejuízos que eventualmente causar. Desse modo, além de direitos, o prestador de serviço público passa a ter deveres concernentes à atividade que desempenhará, como por exemplo, o de prestar o serviço de forma adequada e transparente, além é claro, de responder pelos danos causados.

Consoante o §6º, do art. 37, da Constituição Federal de 1988, transcrito páginas acima, não só as pessoas jurídicas de direito público, como também as pessoas jurídicas de direito privado, que prestem serviço público, no que se refere ao ilícito civil, estão sujeitas à responsabilidade objetiva, isto é, aquela que se caracteriza por prescindir de prova quanto ao elemento anímico da culpa.

No entanto, um questionamento que se levanta, o qual, aliás, foi objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal, tendo ele mudado seu entendimento, diz respeito ao sujeito passivo do dano, ou seja, o sujeito lesado.

Há quem entenda pela inaplicabilidade da teoria da responsabilidade objetiva em relação ao concessionário/permissionário nos casos de danos causados a terceiros, não usuários do serviço público prestado. Em outros termos, advoga-se que a responsabilidade objetiva só incidiria quando a pessoa lesada fosse usuária do serviço público prestado pelo concessionário/permissionário.

Nesse sentido, o julgamento, sob relatoria do Ministro Carlos Velloso, do RE 262.651-1/São Paulo, julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em 16 de novembro de 2004, e publicado no Diário Oficial em 05 de maio de 2005, o qual decidiu que a responsabilidade objetiva prevista no §6º, do art. 37, da Carta Magna, não se aplicaria quando o dano fosse causado a terceiros não usuários do serviço.³³ Assim, aduzia o ementário:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL.
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: RESPONSABILIDADE

³³ RE 262.651-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso (Vide Informativo nº 370, nov. 2004: **Informativo nº 370 - Responsabilidade Civil e Prestadores de Serviço Público e Terceiros Não-Usuários**. A Turma concluiu julgamento de recurso extraordinário interposto por empresa privada concessionária de serviço público de transporte coletivo contra acórdão do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo que entendera configurada a responsabilidade objetiva da recorrente em acidente automobilístico envolvendo veículo de terceiro - v. Informativo 358. Deu-se provimento ao recurso por se entender violado o art. 37, §6º, da CF, uma vez que a responsabilidade objetiva das prestadoras de serviço público não se estende a terceiros não-usuários, já que somente o usuário é detentor do direito subjetivo de receber um serviço público ideal, não cabendo ao mesmo, por essa razão, o ônus de provar a culpa do prestador do serviço na causação do dano. Vencidos os Ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello que negavam provimento por entenderem que a responsabilidade objetiva incide ainda que o fato lesivo tenha atingido terceiro não-usuário. Leia o inteiro teor do voto do relator na seção de Transcrições deste Informativo. RE 262651/SP, rel. Min. Carlos Velloso, 16.11.2004. (RE-262651))

OBJETIVA. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO
PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSIONÁRIO OU
PERMISSIONÁRIO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO

I. - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva ovembro de 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.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por votação majoritária, em conhecer do recurso e dar-lhe provimento, vencidos os Ministros Joaquim Barbosa e Presidente, que lhe negavam provimento

Brasília, 16 de novembro de 2004³⁴

O caso tratava de acidente automobilístico envolvendo um ônibus da concessionária, prestadora de serviço público de transporte, Auto Viação Urubupungá Ltda. e o automóvel particular de um terceiro, por óbvio, não usuário do serviço.

Em primeira instância, o caso foi julgado no sentido de não se reconhecer a responsabilidade objetiva da empresa concessionária, considerando necessária a prova do elemento anímico da culpa, isto é, a prova de que o prestador do serviço teria agido culposamente para a causação do prejuízo.

No entanto, subindo os autos para o Eg. Primeiro Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo, este julgou procedente o recurso de apelação interposto pelo autor, no caso, um terceiro não usuário do serviço público, passando, então, a reconhecer a aplicação da teoria do risco administrativo como fundamento para responsabilidade objetiva da empresa de transporte.

Na ocasião, foram interpostos, pela empresa concessionária, Recurso Extraordinário e Recurso Especial no intuito de modificar o acórdão para se reconhecer a aplicação da responsabilidade subjetiva. Assim, o Supremo Tribunal Federal, entendeu, por maioria de votos, pelo provimento do Recurso Extraordinário para afastar a incidência da responsabilidade objetiva.

O então Ministro Carlos Velloso, Relator do acórdão, e principal defensor da aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva nos casos de dano causado por pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público a terceiro não usuário do serviço prestado, concluiu que, nestes casos, aplicar-se-ia a responsabilidade objetiva apenas em relação ao usuário do serviço, na medida em que este seria detentor do direito de receber um serviço público ideal.

³⁴RE 262.651-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso. p. 428

Após vasta pesquisa doutrinária, o Ministro Carlos Velloso aponta como defensores deste entendimento, os professores Lúcia Valle Figueiredo, Yussef Said Cahali, Romeu Felipe Bacellar Filho e César Chaves.

Citando a lição da professora Lúcia Valle Figueiredo discorre:

“A professora Lúcia Valle Figueiredo parece sustentar que a responsabilidade objetiva dá-se relativamente ao usuário. Ensina: ‘(...) se a prestação do serviço público foi cometida a concessionário de serviço, pessoa de direito privado, na verdade temos duas situações instauradas: 1) a do concedente e concessionário, nos termos do contrato de concessão; a do concessionário **em face de terceiros ou dos usuários do serviço público**. Nessa última hipótese a responsabilidade é objetiva do concessionário. Entretanto, se exauridas as forças do concessionário, responderá o concedente, subsidiariamente.’ (Curso de Direito Administrativo, Malheiros Ed., 6ª Ed., 2003, pág. 279. Os grifos não são do original).”³⁵

No mesmo sentido, transcreve a lição do professor Romeu Bacellar:

“Resta ainda ressaltar que, em se tratando de concessão de serviço público, existem duas relações jurídicas diversas, como informa Lúcia Valle Figueiredo: a existente entre poder concedente e o concessionário, que se rege pelo disposto no contrato de concessão, e a que nos interessa em matéria de responsabilidade civil, existente entre o concessionário e o usuário de serviço público’ E acrescenta: ‘Nesta última relação, há incidência de reponsabilidade objetiva, respondendo o concessionário por danos decorrentes do serviço por ele executado e concernente à atividade delegada. Isto porque é o usuário detentor do direito subjetivo de receber um serviço público ideal, com todas as garantias e benefícios inerentes à atuação pública, mesmo sendo esse serviço prestado por terceiros que não o Estado.’”³⁶

Partilhando da mesma opinião dos grandes mestres, o Ministro Carlos Velloso entende que, estender a responsabilidade objetiva a não usuários do serviço público prestado pelo concessionário/permissionário, significaria ir além da *ratio legis* do §6º, do art. 37, da Constituição Federal. Assim, escreve:

“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 o dano, causado pelo prestador do serviço, não precisa comprovar 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 um 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*.’”³⁷

³⁵RE 262.651-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso. p.435

³⁶RE 262.651-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso. p.438

³⁷RE 262.651-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso. p.441

Comungaram do mesmo entendimento do Ministro Carlos Velloso, o Ministro Gilmar Mendes e a Ministra Ellen Gracie, votando a favor do provimento o referido Recurso Extraordinário, para afastar a incidência da responsabilidade objetiva.

Em 26 de agosto 2009, contudo, o Supremo Tribunal Federal, julgando em Sessão Plenária, sob relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, o RE 591.872-2 Mato Grosso do Sul, mudando seu entendimento, decidiu que a responsabilidade objetiva prevista no §6º, do art. 37, da Carta Magna, aplicar-se-ia independentemente de o dano ter sido causado a usuários ou a terceiros não usuários do serviço.³⁸ Assim julgou:

CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSIONÁRIO OU PERMISSIONÁRIO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA EM RELAÇÃO A TERCEIROS NÃO-USUÁRIOS DO SERVIÇO. RECURSO DESPROVIDO.

I - 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.

II - A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público, é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado.

III - Recurso extraordinário desprovido.

³⁸RE 591.874-MS, Sessão Plenária, Rel. Min. Ricardo Lewandowski ((Vide Informativo nº 557, agosto. 2009:Responsabilidade Civil Objetiva e Terceiro Não-Usuário do Serviço – 1. Enfatizando a mudança da jurisprudência sobre a matéria, o Tribunal, por maioria, negou provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que concluíra pela responsabilidade civil objetiva de empresa privada prestadora de serviço público em relação a terceiro não-usuário do serviço. Na espécie, empresa de transporte coletivo fora condenada a indenizar danos decorrentes de acidente que envolvera ônibus de sua propriedade e ciclista, o qual falecera. Inicialmente, o Tribunal resolveu questão de ordem suscitada pelo Min. Marco Aurélio, no sentido de assentar a necessidade de se ouvir o Procurador-Geral da República, em face do reconhecimento da repercussão geral e da possibilidade da fixação de novo entendimento sobre o tema, tendo o parquet se pronunciado, em seguida, oralmente. RE 591874/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 26.8.2009. (RE-591874)

Responsabilidade Civil Objetiva e Terceiro Não-Usuário do Serviço – 2. No mérito, salientando não ter ficado evidenciado, nas instâncias ordinárias, que o acidente fatal que vitimara o ciclista ocorrera por culpa exclusiva deste ou em razão de força maior, reputou-se comprovado o nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público, e julgou-se tal condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado, nos termos do art. 37, § 6º, da CF (“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.”). Asseverou-se que não se poderia interpretar restritivamente o alcance do art. 37, § 6º, da CF, sobretudo porque a Constituição, interpretada à luz do princípio da isonomia, não permite que se faça qualquer distinção entre os chamados “terceiros”, ou seja, entre usuários e não-usuários do serviço público, haja vista que todos eles, de igual modo, podem sofrer dano em razão da ação administrativa do Estado, seja ela realizada diretamente, seja por meio de pessoa jurídica de direito privado. Observou-se, ainda, que o entendimento de que apenas os terceiros usuários do serviço gozariam de proteção constitucional decorrente da responsabilidade objetiva do Estado, por terem o direito subjetivo de receber um serviço adequado, contrapor-se-ia à própria natureza do serviço público, que, por definição, tem caráter geral, estendendo-se, indistintamente, a todos os cidadãos, beneficiários diretos ou indiretos da ação estatal. Vencido o Min. Marco Aurélio que dava provimento ao recurso por não vislumbrar o nexo de causalidade entre a atividade administrativa e o dano em questão. Precedentes citados: RE 262651/SP (DJU de 6.5.2005); RE 459749/PE (julgamento não concluído em virtude da superveniência de acordo entre as partes). RE 591874/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 26.8.2009. (RE-591874))

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conhecer do recurso e, por maioria, negar-lhe provimento, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, licenciados, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Menezes de Direito.

Brasília, 26 de agosto de 2009³⁹

O caso aqui tratado, em origem, refere-se a acidente de trânsito envolvendo concessionário de serviço público de transporte e particular ciclista, ocasião em que este, em razão de atropelamento, veio a falecer.

Analisando o caso concreto, o Supremo Tribunal Federal manteve decisão do tribunal *a quo* que, fundamentando-se na teoria da responsabilidade objetiva do Estado em razão do risco administrativo, condenou o concessionário de serviço público a reparar os danos morais sofridos pela família da vítima.

Elaborando um breve histórico sobre o instituto da responsabilidade civil, bem como sua aplicação em relação ao Estado, narrando, assim, sua evolução desde à época em que se adotava a teoria da irresponsabilidade do estado, passando pela teoria civilista da culpa, até se chegar à responsabilidade civil objetiva, o Ministro Ricardo Lewandowski, relator no Recurso Extraordinário acima referido, defendeu que a Constituição Federal de 1988, seguindo orientação das constituições anteriores, prevê a responsabilidade civil do Estado como responsabilidade objetiva fundamentada na teoria do risco administrativo.

Avançando, aduz que, a partir do advento da atual Constituição, em razão do texto de seu art. 37, §6º, a responsabilidade civil, tanto do próprio Estado, como das pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço público, passou a ser objetiva em relação a terceiros.

Desse modo, buscando aclarar a discussão sobre o alcance do termo “terceiros”, se este compreenderia apenas os usuários do serviço, ou se estenderia aos não usuários, o d. Ministro Lewandowski, citando a lição do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, dissertou que a Constituição da República não faz nenhuma distinção em relação à qualificação do sujeito passivo do dano, ou seja, não se preocupa se o terceiro é ou não usuário do serviço, e que, por isso, não seria possível a realização de uma interpretação restritiva do dispositivo constitucional nesse sentido.

Em outros termos, alega que a Constituição não faz nenhuma distinção entre o que se entende por “terceiros”, ou seja, aduz que a Carta Magna não distingue, para fins de aplicação

³⁹RE 591.874-MS, Sessão Plenária, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

da norma, usuário e não usuário do serviço público prestado, não podendo, segundo ele, restringir-se seu sentido e alcance. Nesta esteira, dispõe:

“Com fundamento nesse argumento, penso também que não se pode interpretar restritivamente o alcance do referido art. 37, §6º, sobretudo porque o texto magno, interpretado à luz do princípio da isonomia, não permite que se faça qualquer distinção entre os chamados ‘terceiros’, isto é, entre usuários e não-usuários do serviço público, vez que todos eles, de igual modo, podem sofrer dano em razão da ação administrativa do Estado, seja ela realizada diretamente, seja por meio de pessoa jurídica de direito privado.”⁴⁰

Acompanhando o voto do relator, o Ministro Carlos Ayres Brito argumenta que essa interpretação restritiva do dispositivo constitucional não se justifica, uma vez que, segundo ele, todas as vezes que a Constituição quis realizar tal distinção entre usuário e não-usuário ela foi precisa.

Advoga que, nesse caso, o que a Carta de 1988 quis fazer foi assentar duas isonomias, a primeira relativa ao tratamento normativo entre o Estado e o particular, enquanto prestadores de serviço público, e a segunda em relação aos usuários específicos do serviço e os terceiros em geral.

Nesse sentir, em suas palavras:

“A Constituição não falou de terceiros à toa, ou por acidente, ou por acaso, ela o fez intencionalmente. A Constituição é precisa em diversas passagens quando distingue usuário de terceiros. São muitos os dispositivos. O que ela quis fazer foi assentar, a meu sentir, a meu ver, duas isonomias. A primeira isonomia ou igualdade de tratamento normativo entre Estado, prestador de serviço público, e o particular, prestador de serviço público; primeira isonomia. Segunda isonomia, entre os usuários específicos do serviço público e os terceiros em geral. Então, duas categorias de isonomia que me parecem contempladas pelo §6º do artigo 37.”⁴¹

Ademais, defende o d. Ministro Ayres Brito que independentemente da forma que se presta o serviço, isto é, se diretamente pelo Estado, ou indiretamente por um particular (concessionário/permissionário), a responsabilidade é objetiva em razão da natureza do serviço prestado. Entende que, por ser ele prestado em favor da coletividade, à ela também cabem os ônus advindos com seus riscos. Assim, dispara:

“O serviço público é próprio do Estado, é dele, do Estado em benefício de toda a coletividade. A esse ônus social corresponde um ônus social, a coletividade que é beneficiária de um serviço essencialmente público responde pelos danos causados a terceiros e não só aos usuários quando da prestação desses serviços, que sendo do Estado, é dela, da coletividade. Numa paridade perfeita entre ônus e ônus.”⁴²

⁴⁰RE 591.874-MS, Sessão Plenária, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. p.1832

⁴¹RE 591.874-MS, Sessão Plenária, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. p.1849 e 1850

⁴²RE 591.874-MS, Sessão Plenária, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. p.1849

Por fim, cumpre observar a manifestação do Ministro Celso de Mello que, acompanhando o relator em seu voto, traz à baila norma da Lei 8.987/95 que, segundo ele põe fim à discussão. Para ele, o artigo 25 estabelece que tanto em relação aos usuários como em relação aos não usuários do serviço público, a responsabilidade é objetiva.

Transcrevendo o texto normativo do art.25 da Lei 8.987/95, o d. Ministro finaliza:

“É interessante observar que a Lei Federal nº8.987/95, **que dispõe** sobre a disciplina jurídica da delegação de prestação de serviços públicos, **contém** um artigo, **o artigo 25**, que, na verdade, representa, no plano legal, **a própria solução normativa** do conflito que se estabeleceu neste caso.

O art. 25 da Lei nº 8.987/95 **assim dispõe**:

‘Art. 25. 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 atenu**e essa responsabilidade.’”⁴³

Diante de todo o acima exposto, resta clara a mudança no entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no sentido de se adotar a teoria da responsabilidade objetiva nos casos de danos causados por pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público a terceiros, ainda que não usuários deste.

Tal mudança, contudo, deve ser analisada de uma forma mais detida, na medida em que um ente privado está sendo equiparado ao próprio Estado.

⁴³RE 591.874-MS, Sessão Plenária, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. p.1861

4 – ANÁLISE CRÍTICA DO ATUAL POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

De um modo geral, toda a evolução do instituto da responsabilidade civil, incluindo-se aqui a responsabilidade do Estado, foi calcada, em princípio, na atividade jurisprudencial, que, num processo dialético, buscando a satisfação dos anseios sociais concernentes a cada época histórica, foi aprimorando suas decisões com a constante superação das teorias doutrinárias referentes ao tema.

Assim, poucas foram as inovações trazidas pela Lei de modo original, isto é, a maioria das mudanças legais nesse sentido foram, antes de tudo, reflexo de uma mudança jurisprudencial, que mais próxima da realidade social, foi quebrando paradigmas e estabelecendo novas concepções de direito.

No que se refere à responsabilidade civil do Estado, nada foi diferente, ou seja, as mudanças foram sendo institucionalizadas a partir dos novos entendimentos firmados pela jurisprudência, mais notadamente pelos tribunais superiores.

Não obstante o notável conhecimento jurídico que os tribunais pátrios vêm demonstrando em suas decisões, considerações podem ser feitas em relação aos valores e princípios adotados como fundamento desse trabalho magistral.

No que concerne a mudança jurisprudencial realizada pelo Supremo Tribunal Federal, referente ao tema de responsabilização dos prestadores de serviço público a terceiros não usuários, algumas ponderações podem ser feitas.

Assim, no que toca o tema aqui tratado, pode-se questionar o atual posicionamento do Supremo, firmada no RE 591.874-MS, a partir das considerações a seguir expostas.

Em princípio, há de se observar quem presta, de que modo é prestado o serviço, bem como, de que forma este serviço é custeado.

O dever de prestar diretamente o serviço público é, indubitavelmente, do Estado. No entanto, com autorização constitucional, este dever pode ser cumprido, em alguns casos, através de delegação, negocial ou legal, ocasião em que se entende ser o serviço prestado de forma indireta pelo Estado.

Ao se transferir a execução do serviço público ao particular, concessionário/permissionário, o Estado transfere também os riscos inerentes à atividade, que passarão a correr por conta daqueles. Contudo, a extensão dessa responsabilidade assumida pelo particular deve ser ponderada.

Antes de mais nada, é de bom alvitre registrar as palavras do d. Ministro Carlos Velloso, quando do julgamento do RE262.651-SP, ao tratar de serviço público. Segundo ele existem os serviços públicos inerentes à soberania estatal e aqueles que, por não apresentarem essa característica, podem ser delegados. Em debate com o Ministro Joaquim Barbosa, que aduziu, na ocasião, ser a natureza do serviço prestado a justificativa para a responsabilidade objetiva, o d. Ministro Carlos Velloso fez por bem estabelecer a distinção. Em seus termos:

“Presidente, acho que a questão há de ser visualizada de **cum grano salis**, com uma certa mitigação. Há serviços públicos e serviços públicos. Há serviços públicos inerentes à soberania estatal, autêntico serviço público. Há serviços públicos essenciais à coletividade. Ambos esses serviços públicos, sustento, na linha de bons doutrinadores, devem ser remunerados por tributo, por taxa, os serviços inerentes à soberania estatal e os serviços essenciais à coletividade; e há serviços que podem ser delegados.”⁴⁴

Desse modo, tem-se que, quando o serviço público é prestado diretamente pelo Estado, este o faz em nome da soberania inerente a ele e decorrente de sua personalidade. Quando o Estado executa a prestação do serviço diretamente, ele, em nome de sua soberania, em nome de um equilíbrio social pelo qual é sua obrigação, originariamente, zelar, está exercendo sua função característica de guardião da sociedade.

Diferente é a atuação da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. Embora esteja assumindo parte da atribuição do Estado, tendo-se ciência da importância de sua realização, esta executa o serviço público, a bem da verdade, como uma forma lucrativa de atividade empresarial, para o qual, apenas por adivir de um contrato administrativo celebrado com o Estado, assume uma natureza pública, mas não na pureza do termo.

Assim, tem-se que, embora adquiram conotação de serviço público, por poderem ser delegados pelo Estado para serem executados por particulares, estes serviços assumidos pelos concessionários/permissionários não são serviços públicos na sua pureza, assumindo, na verdade, uma feição de serviços privados.

Ademais, há de se notar que o Estado presta os serviços públicos, como dito, aqueles inerentes à sua soberania e de interesse da coletividade, custeados pela instituição de tributos, aos quais estão submetidos, em princípio sem distinção, toda a sociedade, ainda que não se utilize do mesmo, remunerando-o, muitas desses vezes, apenas em razão de sua disponibilização pelo Estado.

Em relação aos serviços prestados pelos concessionários/permissionários, entretanto, ressalte-se, são, em regra, custeados por preço ou tarifa pagos pelos usuários do mesmo e não

⁴⁴RE 262.651-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso. p.463

por toda a gama de cidadãos. Assim, diferentemente do Estado, o particular prestador do serviço, para custeio do mesmo e assunção da responsabilidade decorrente do risco causado pela atividade, conta apenas com a contraprestação paga por seus usuários que, se insuficiente, compromete a atividade e a existência da própria empresa, haja vista não haver, na maioria das modalidades de delegação, injeção de recursos públicos.

Dessa maneira, é de se reconhecer que o risco assumido pelo particular, muitas das vezes, é muito maior que o assumido pelo próprio Estado, e até mesmo que o risco empresarial comum, na medida em que, embora assuma uma feição de serviço privado, sendo remunerado pelos usuários apenas num sentido de contraprestação, está sujeito a uma responsabilidade bem mais radical que o “empresário comum”, este entendido como aquele que não tem contrato firmado com o Poder Público.

Não se pode olvidar, da mesma forma, que nem mesmo a remuneração/contraprestação dos serviços públicos delegados pode ser, a critério do particular concessionário/permissionário, estabelecida, carecendo de autorização estatal para seu ajustamento, o que muitas vezes pode destoar do risco assumido. Assim, não raras vezes, o risco se apresenta de modo muito exacerbado.

Não é porque o particular presta um serviço de natureza pública que ele deverá arcar irrazoavelmente com seus riscos. Estes devem ser razoáveis e ponderados. Nos dizeres da Ministra Ellen Gracie, eles devem ser limitados. Em seu voto no RE262.651, aduz:

“Sr. Presidente, entendo que, neste caso – e a própria doutrina da responsabilidade objetiva do Estado e seus pressupostos levam-me a essa conclusão – 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 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.”⁴⁵

Certo é que tais serviços são executados em prol da coletividade, isto é, a ela são dirigidos. Certo, também, é que devem os danos ser, numa visão solidarista, suportados por ela, dividindo-se os ônus decorrentes da atividade exercida em seu benefício.

O Ministro Joaquim Barbosa, ao tratar do tema no RE 262.651, defende claramente a solidariedade social, ao lado do risco administrativo, como um dos fundamentos da responsabilidade objetiva do Estado. Assim, discorre:

⁴⁵ RE 262.651-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso. p.473

“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 os seus agentes e também o particular a inúmeros riscos (maneja objetos perigosos, cria situações perigosas etc.). Esses riscos são da essência da atividade administrativa e resultam da multiplicidade das suas intervenções, que são indispensáveis ao atendimento das diversas necessidades da coletividade. 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 e 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. Para alguns autores, em especial os franceses, esse segundo fundamento englobaria o primeiro, de sorte que a obrigação imposta ao Estado de indenizar o particular em caso de dano a ele causado resultaria, em essência, do fato de que não seria justo que alguém suportasse sozinho os ônus decorrentes de uma atividade exercida em benefício de toda a sociedade. Aqui, o dever de indenizar a vítima advém não de um risco criado pela atividade estatal, mas de um princípio que poderíamos chamar de solidariedade social, solidariedade essa engendrada pelo fato de que toda ação administrativa do Estado é levada a efeito em prol do interesse coletivo. Vale dizer, para cumprir a contento a sua missão de zelar pelo bem comum, a Administração necessita intervir em múltiplas esferas da vida econômica e social. Ao fazê-lo, cria situações que se traduzem em danos para algumas pessoas. O princípio da igualdade de todos perante os encargos públicos vem em socorro dessas pessoas que sofrem os prejuízos decorrentes da ação estatal, fazendo com que os danos por elas sofridos sejam compartilhados por toda a coletividade. 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.”⁴⁶

Aqui, cabe se perquirir, no entanto, qual a extensão e, em que medida, existe essa solidariedade social em relação aos danos oriundos da atividade de prestação de serviço.

Quando é o Estado quem presta o serviço público, este é custeado pela verba advinda do pagamento de tributos institucionalizados para esse fim. Estes tributos, como dito linhas acima, são pagos, em princípio, indistintamente, por toda a sociedade, isto é, por toda a gama de cidadãos, ainda que desses serviços não façam uso, pagando, portanto, pela simples disponibilização do serviço pelo Estado.

Nesses casos, em que o Estado presta diretamente os serviços públicos, aqueles entendidos como serviços públicos autênticos, inerentes à soberania estatal e essenciais à coletividade, custeados, como dito, através do pagamento de tributos, não há dúvidas da existência, em sua maior amplitude, da solidariedade social quando da necessidade de aplicação da reponsabilidade objetiva para que se proceda a uma distribuição equitativa dos ônus decorrentes da atividade exercida, haja vista que, saliente-se, os encargos públicos que os custeiam são pagos, *a priori*, indistintamente, por toda a sociedade.

⁴⁶ RE 262.651-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso. p.451

Assim, se em prol de toda a coletividade é prestado esse tipo de serviço, e se toda ela arca com seus custos, revela-se mais clara a necessidade de distribuição, a toda ela, dos ônus decorrentes dos danos causados a um único particular, sendo fundamental o reconhecimento da solidariedade social como arcabouço para a responsabilização do Estado de forma objetiva.

Não tão clara assim, por outro lado, está a solidariedade social ligada à responsabilidade atribuída a pessoa jurídica prestadora de serviço público. Nestes Casos, apesar de os serviços serem utilizados por uma coletividade determinável, estes não são arcados por toda a sociedade. Isto é, os serviços públicos prestados pelos particulares são custeados apenas pelos usuários de fato, ou seja, apenas por aqueles que fazem efetivamente uso do serviço, e não por toda a coletividade.

Distintamente dos autênticos serviços públicos, que são custeados pelos tributos pagos por todos os cidadãos, os serviços públicos delegados, em regra, são arcados unicamente pelos usuários destes através do pagamento de preço ou tarifa. Assim, nota-se que, nestes casos, só é possível entender existir solidariedade entre estes usuários, que configuram uma coletividade bem delimitada, vale dizer, apenas representam uma parcela da sociedade como um todo.

Nesse sentido, expõe o d. Ministro Carlos Velloso no julgamento do RE262.651:

“A razão é a seguinte: o que está subjacente à teoria do risco é isto: se o funcionamento do serviço público causou dano ao indivíduo, a consequência deve ser suportada por todos. Isso, no caso de o serviço ser prestado pelo próprio Estado. Agora, se o serviço é prestado por concessionária, uma empresa de direito privado, a responsabilidade objetiva deve ocorrer relativamente ao usuário do serviço, vale dizer, aquele que pagou a tarifa ou o preço do serviço.”⁴⁷

Em outro trecho, complementa:

“Sr. Presidente, apenas duas palavras. Estou de acordo com o Sr. Ministro Joaquim Barbosa, quando Sua Excelência disserta sobre a teoria geral da responsabilidade objetiva e, com acerto, afirma que nosso sistema é um dos mais avançados do mundo, caminhando, essa é a tendência, no sentido da responsabilidade objetiva, responsabilidade sem culpa. No caso da responsabilidade objetiva do poder público, com base na teoria do risco, as despesas decorrentes do dano devem ser compartilhados por toda a coletividade. Estamos nos referindo ao poder público em sentido estrito. Tratando-se, entretanto, de delegação do Estado para a prestação de serviço público que pode ser remunerado por preços ou tarifas – serviço público, portanto, não inerente à soberania estatal e, comumente, não essencial e, portanto, não obrigatório – serviço público prestado por permissionário ou concessionário, a matéria deve ser vizualizada de forma especial. Neste caso, as despesas decorrentes da reparação do dano devem ser repartidas entre os que utilizam o serviço. Noutras

⁴⁷ RE 262.651-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso. p.442

palavras, a responsabilidade objetiva dá-se relativamente ao usuário do serviço e não quanto a quem não está recebendo o serviço.⁴⁸

Estender sobremaneira a responsabilidade objetiva em razão de tais argumentos pode se mostrar algo muito perigoso, na medida em que, ao se buscar uma justiça distributiva do dano em nome de uma pretensa solidariedade social, pode-se acabar cometendo uma injustiça com o prestador do serviço.

O próprio RE 591.874, acórdão que firmou a mudança de entendimento ocorrida no Supremo Tribunal Federal, não é senão um julgado injusto, o qual parece mesmo é ter transformado o concessionário/permissionário numa espécie de segurador universal, responsável por todo e qualquer dano que um particular venha a sofrer.

O caso tratado no referido *decisum* é concernente a acidente automobilístico entre um ônibus da empresa prestadora de serviço público de transporte e um ciclista. Conforme é possível depreender do r. julgamento não houve ato comissivo ou omissivo da empresa capaz de causar o dano.

Ao que consta do acórdão, o ônibus da empresa concessionária, na ocasião do acidente, inculca velocidade bem abaixo da permitida. Relata-se, o que não foi contestado, que o ônibus estava a uma velocidade de 18 km/h, em um trecho em que era permitido andar a 40 km/h. O que revela a total prudência do funcionário da empresa concessionária.

Outra curiosidade é que o ciclista, vítima no acidente, sequer estava a pedalar, mas sim empurrando a bicicleta. Fazendo-se uma abstração da situação, não há como se imaginar qualquer risco criado pela atividade exercida pela empresa concessionária.

A fim de elucidação do que se afirma, é de bom tom, trancrever a narrativa dos fatos segundo o Desembargador Josué de Oliveira, lembrado pelo Ministro Marco Aurélio.

“1.Narrativa dos fatos.

De acordo com o laudo de vistoria em local de acidente de tráfico com vítima fatal, elaborado pelo instituto de Criminalística (f. 20-25) e juntado com a inicial, por volta das 11h30 do dia 14 de novembro de 1998, pela Rua Pintassilgo, nesta capital, via de trânsito em regime de mão dupla de direção, com pavimentação de material areno-argiloso-pedregoso (sem asfalto), em sofrível condição de trafegabilidade, deslocava-se o ônibus 2107 da Viação São Francisco, com velocidade em torno de 18 km/h – uma velocidade, portanto, baixa; a velocidade permitida era de 40 km/h.

Pela mesma rua, nas proximidades do imóvel n. 30, a vítima empurrava sua bicicleta quando, ao ser ultrapassada pelo ônibus, que vinha no mesmo sentido de tráfico, caiu... – não foi atropelada – e, aqui, há uma história, não vou adentrar esse campo, ela gostava de tomar uma cerveja de vez em quando – ‘caiu sob o veículo, por motivos alheios ao conhecimento do perito criminal, vindo o ônibus a passar o rodado traseiro’ – quer dizer, caiu da metade do ônibus para trás – ‘da lateral direita sobre sua cabeça.

⁴⁸ RE 262.651-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso. p.459 e p.460

A respeito do ônibus, esclarece o laudo que, à simples inspeção ocular, não foram encontradas avarias relacionadas com o atropelamento, caracterizando que o impacto foi somente contra corpo flácido.

A seu turno, a bicicleta não possuía avarias visíveis que indicassem que tenha sido atingida quando da colisão contra o ônibus.”⁴⁹

Após lembrar a transcrita narrativa, o d. Ministro Marco Aurélio, dizendo que o laudo aponta como fato determinante do acidente, talvez por uma vertigem, a queda da vítima sob as rodas do ônibus, concluiu, por bem, conhecer e prover o recurso interposto pela empresa concessionária. Reconheceu, ainda, que haveria, *in casu*, uma potencialização, em suas palavras, “*a mais não poder*” da responsabilidade objetiva, transformando-se o Estado em um segurador universal.

Essa extensão, de modo radical, da responsabilidade objetiva ao particular, reflete, sem dúvida, uma interpretação perigosa do texto constitucional. Nota-se, claramente, uma aproximação da responsabilidade objetiva fundada na tão criticada teoria do risco integral, a qual obriga o prestador de serviço a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resulte de culpa ou dolo da vítima.

Ao diferenciar risco administrativo de risco integral, o professor Sérgio Cavalieri Filho, acaba por defender que a responsabilidade objetiva deve ser afastada em casos semelhantes ao tratado no RE 591.874, por configurar-se exemplo de adoção da teoria do risco integral. Assim, disserta:

“Tem havido alguma controvérsia sobre as noções do *risco administrativo* e do denominado *risco integral*. No *risco administrativo*, não há responsabilidade civil genérica e indiscriminada: se houver participação total ou parcial do lesado para o dano, o Estado não será responsável no primeiro caso e, no segundo, terá atenuação no que concerne a sua obrigação de indenizar. Por conseguinte, a responsabilidade civil decorrente do risco administrativo encontra limites. Já no *risco integral* a responsabilidade sequer depende do nexa causal e ocorre até mesmo quando a culpa é da própria vítima. **Assim, por exemplo, o Estado teria que indenizar o indivíduo que se atirou deliberadamente à frente de uma viatura pública. É evidente que semelhante fundamento não pode ser aplicado à responsabilidade do Estado, só sendo admissível em situações raríssimas e excepcionais.**”⁵⁰

(grifos acrescentados)

Não há diferença, em termos de responsabilidade do Estado, entre o indivíduo se jogar deliberadamente na frente de uma viatura pública e o indivíduo, ainda que não se jogue, caia, talvez por vertigem, como dito pelo d. Ministro Marco Aurélio no caso tratado, da metade do ônibus para trás, sob o veículo, vindo, então, a ser atropelado.

⁴⁹ RE 591.874-MS, Sessão Plenária, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. p.1857

⁵⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. ob. cit. p.547

Assim, é visível que essa extensão da responsabilidade objetiva, que como dito, aproxima-se da teoria do risco integral, pode gerar decisões injustas, levando, como salientado pelo professor Sérgio Cavallieri Filho⁵¹, ao abuso e à iniquidade social, comprometendo, de quebra, a atuação privada no âmbito da prestação do serviço público, bem como a qualidade desta atuação.

A extensão radical da responsabilidade da objetiva, portanto, pode ser muito perigosa, pois, além de transformar o Estado num segurador universal, traduzindo-se, na verdade, como a consagração da criticada teoria do risco integral, ainda, pode se configurar um agente inibidor da atuação privada, ou até mesmo causador de sua insolvabilidade, comprometendo-se, por fim, a própria qualidade da prestação do serviço.

⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. ob. cit. p.258

CONCLUSÕES

Ab initio, cumpre observar que, no presente trabalho, não se questiona a responsabilidade objetiva do concessionário/permissionário, pessoa jurídica de direito privado, prestadora de serviço público, mas a extensão de sua aplicabilidade, especificamente, em relação aos terceiros não usuários do serviço.

Dito isso, certo é, como se tentou demonstrar em todo o texto, que a aplicação da responsabilidade objetiva indiscriminadamente, em casos como os discutidos, por se buscar a reparação da vítima a todo custo, pode se revelar muito perigosa, ensejando decisões injustas e desiguais.

Como visto, ao se aplicar a responsabilidade objetiva nos casos de danos causados a terceiros não usuários de serviço público, muitas das vezes, como foi o caso do RE591.874, que firmou a mudança na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, acaba por proferir decisões injustas em relação ao prestador do serviço público, transformando o particular, concessionário/permissionário, em segurador universal.

Resta claro que o RE 591.874, ao assim proceder, afastou-se da teoria do risco administrativo, que para maioria da doutrina é o fundamento da responsabilidade objetiva do Estado, aproximando-se da tão criticada teoria do risco integral, conduzindo, nas palavras de Sérgio Cavallieri Filho, ao abuso e à iniquidade.

Ademais, nota-se que a primazia do interesse da vítima, como princípio regente da atual teoria da responsabilidade civil do Estado, com a busca, a todo custo, da reparação do dano, não pode ser entendido como absoluto, pois, se antes a vítima se via do lado fraco da corda, muitas vezes vendo seu direito se esvaír simplismente pela dificuldade, e muitas vezes pela impossibilidade, de se provar a culpa do agente, hoje parece que, mesmo dando causa ao prejuízo, ela terá direito a indenização, bastando para isso, que a lesão tenha qualquer relação com o Estado, que, do mesmo modo que o particular prestador de serviço público, parece ter sido transformado em segurador universal.

No entanto, ao contrário do Estado, personificação do Poder Público, ente político e economicamente mais poderoso e com maior capacidade de suportar os encargos financeiros, o particular, prestador do serviço público, pode não suportar a ampliação tão grande dos riscos, o que, sem dúvida, pode comprometer sua atividade empresarial, e até mesmo inibir sua atuação.

Não se pode olvidar que, embora preste serviço público, o concessionário/permissionário tem personalidade de direito privado e já sofre os riscos comuns da atividade empresarial.

Alargar em demasia esses riscos, responsabilizando o concessionário/permissionário em todas as situações que se ver de alguma forma envolvido em um evento danoso, transformando-o, como se disse, em segurador universal, compromete sobremaneira o exercício da atividade empresarial e, por conseguinte, a própria prestação do serviço público.

Não se quer afastar a responsabilidade objetiva do Estado, mas apenas demonstrar que ela não deve ser aplicada indiscriminadamente em todos os casos, sob pena de proferir decisões injustas, abusivas e iníquas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTERNET

Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br>

LIVROS

AGUIAR DIAS, José de, *Da Responsabilidade Civil*. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª Ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª Ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002

JOSSERAND, Louis, *Evolução da Responsabilidade Civil*, Revista Forense.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª Ed. Belo Horizonte: Fórum. 2011.

LOPES MEIRELLES, Helly. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

PEIXOTO BRAGA NETTO, Felipe. *Manual de Responsabilidade Civil do Estado: à luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Responsabilidade Civil*. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2002.

SALLES, Raquel Bellini, *A Justiça Social e a Solidariedade como fundamentos ético-jurídicos da responsabilidade civil na contemporaneidade*. Vol. 18. Rio de Janeiro: RTDC, 2004.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da Reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

MONOGRAFIA DE CONCLUSÃO DE CURSO

CARLOS EDUARDO FARIA DE CAMARGO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CONCESSIONÁRIO/PERMISSIONÁRIO
DE SERVIÇO PÚBLICO EM DANOS CAUSADOS A TERCEIROS: UMA ANÁLISE
CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

Banca Examinadora:

Professor Pedro Mascarenhas Guzella (Orientador)

Professor Bruno Stigert de Sousa

Professora Júlia Gomes Pereira Maurmo

Data da defesa: 07/02/2014