www.conteudojuridico.com.br

ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA

PRISCILA PRADO GARCIA

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS ILÍCITOS COMETIDOS POR CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO

São Paulo
2015

www.conteudojuridico.com.br

PRISCILA PRADO GARCIA

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS ILÍCITOS COMETIDOS PELAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Escola Superior de Advocacia como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Público.

Orientador: Professor Derly Barreto

GARCIA, Priscila Prado. **Da responsabilidade civil do estado por atos ilícitos cometidos pelas concessionárias de serviço público**. 2015. 88 folhas. Trabalho de Conclusão da Espacialização em Direito Público – Escola Superior de Advocacia, São Paulo, 2015.

RESUMO

O estudo da responsabilidade civil extracontratual do Estado passou, assim como a maioria dos institutos de direito contemporâneo, por profundas alterações no decorrer de sua aplicação. Desde uma afirmativa geral de irresponsabilidade estatal até a acepção de que o Estado deveria suportar as indenizações reparando danos pela teoria do risco integral, vários foram os doutrinadores que se debruçaram sobre o tema.

Nesse sentido, convém rememorar que o artigo 37, § 6º[1], da Constituição Federal de 1988 traz o dever de as pessoas jurídicas de direito público (pessoas políticas, autarquias e fundações públicas) e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos responderem pelos danos causados a terceiros pelos seus agentes, quando ocorridos em decorrência da execução de uma função pública.

Infere-se, portanto, que a temática da responsabilidade civil das concessionárias de serviços públicos é bastante rica pois envolve o estudo da responsabilidade civil do Estado (que lhe dá embasamento e sustentáculo), da responsabilidade civil na Constituição Federal e na Lei 8.987/1995, bem como noções sobre responsabilidade solidária e subsidiária do Poder Público nas atividades delegadas.

Longe de pensar em esgotar o tema, o trabalho a ser elaborado terá a pretensão de trazer um estudo integrado do assunto, sempre com a reflexão acerca das decisões dos tribunais pátrios e da doutrina mais atualizada na matéria, aproximando as discussões das situações do dia-a-dia forense.

[1] § 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.

Dessa forma, a o presente trabalho abrange a discussão acerca da evolução da responsabilidade civil do Estado, da responsabilidade civil das concessionárias de serviço público e, por fim, da responsabilidade do Poder Público frente aos danos causados pelas concessionárias.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Estado. Serviço público. Concessionários.

ABSTRACT

El estudio del estado de de responsabilidad civil pasó, así como la mayoría de los institutos de derecho contemporáneo, por profundos cambios en el curso de su aplicación. Desde una declaración general de irresponsabilidad estatal para el sentido de que el Estado debe asumir la compensación y reparación de los daños por la teoría de la integral de riesgos, hubo varios académicos que han estudiado el tema.

En este sentido, vale la pena recordar que el artículo 37, §6 de la Constitución Federal de 1988 trae el deber de las personas jurídicas de derecho público (las personas políticas, autarquias y fundaciones públicas) y las personas jurídicas de derecho privado que prestan servicios públicos responden por daños causados a terceros por sus agentes, cuando se produzca como consecuencia de la ejecución de una función pública.

Se deduce, por tanto, que la cuestión de la responsabilidad de los servicios públicos es muy rica, ya que implica el estudio de la responsabilidad del Estado (que da base y fundamento), responsabilidad civil en la Constitución Federal, en la Ley 8.987/1995 y las nociones de responsabilidad común y subsidiaria del Gobierno en las actividades delegadas.

Lejos de pensar agotar el tema, el trabajo que se desarrolla se cobrará para traer un estudio integrado del asunto, siempre con la reflexión sobre las decisiones de los tribunales patrios y la doctrina más reciente sobre el tema, acercarse a las discusiones de las situaciones y la rutina forense.

Por lo tanto, el presente estudio abarca el debate sobre la evolución de la responsabilidad del Estado, la responsabilidad de los concesionarios de servicios públicos y en última instancia la responsabilidad del gobierno frente a los daños causados por los concesionarios.

Palabra clave: La responsabilidad Civil. Estado. Servicio público. Concesionarios.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 13
2 Da evolução da responsabilidade civil do Estado 15
3 Teoria da responsabilidade objetiva no ordenamento jurídico brasileiro 27
3.1 Evolução normativa da responsabilidade no Brasil 27
3.2 Da teoria adotada pelo artigo 37, §6º da CF 32
3.3 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO 34
3.4 Evento danoso 35
3.5 Nexo de causalidade 39
3.6 Causas excludentes de responsabilidade 41
4 SERVIÇO PÚBLICO – VISÃO GERAL 44
4.1 Conceito e definições 44
4.2 Das classificações de serviços público 46
4.3 Princípios 48
4.4 Regulamentação constitucional da matéria 55
5 DA CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO 60
5.1 A EVOLUÇÃO CONCEITUAL DA NATUREZA JURÍDICA DA CONCESSÃO . 60
5.2 A NATUREZA JURÍDICA CONTRATUAL DA CONCESSÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA 63
5.3 ESTRUTURA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA DA CONCESSÃO DE SERVIÇO PUBLICO NO DIREITO LEGISLADO. 65
6 Da responsabilidade do Estado pelos danos causados pelo concessionário 71
6.1 Da responsabilidade objetiva do concessionário 71
6.2 Responsabilidade do Estado 77
7 CONCLUSÃO 85
8 REFERÊNCIAS 88

1 INTRODUÇÃO

O estudo da responsabilidade civil extracontratual do Estado passou, assim como a maioria dos institutos de direito contemporâneo, por profundas alterações no decorrer de sua aplicação. Desde uma afirmativa geral de irresponsabilidade estatal até a acepção de que o Estado deveria suportar as indenizações reparando danos pela teoria do risco integral, vários foram os doutrinadores que se debruçaram sobre o tema.

Nesse sentido, convém rememorar que o artigo 37, § 6º[2], da Constituição Federal de 1988 traz o dever de as pessoas jurídicas de direito público (pessoas políticas, autarquias e fundações públicas) e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos responderem pelos danos causados a terceiros pelos seus agentes, quando ocorridos em decorrência da execução de uma função pública.

O dispositivo em referência trouxe a responsabilidade objetiva, por danos causados a terceiros, do Estado e dos agentes privados imbuídos no desempenho de uma função pública. O Direito brasileiro, dessa forma, adota a responsabilidade objetiva do Estado na modalidade *Risco Administrativo*.

Nesta (modalidade), basta, para sua configuração, somente a evidência do ato, do dano e do nexo de causalidade, sendo, portanto, irrelevante o fato de o agente ter agido com ou sem dolo e culpa. Isso porque, de acordo com o dispositivo constitucional indicado, a pessoa jurídica poderá ajuizar ação de regresso contra o agente causador do dano, momento em que será discutida a existência de culpa ou dolo deste.

Além disso, a teoria admite três formas de atenuação/exclusão dessa responsabilidade: a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito/força maior e a culpa de terceiro. No entanto, a comprovação da ocorrência de um desses eventos fica exclusivamente a cargo da pessoa jurídica demandada, ocorrendo, logo, a inversão do ônus da prova.

---

[2] § 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.

Assim sendo, é irrelevante para a responsabilização do Estado qual é a pessoa jurídica exerça as atividades de prestação de serviço público, em razão de a Administração ser a titular do serviço e do interesse público envolvido. Transferida a prestação do serviço a um concessionário, tal responsabilidade se dará segundo as regras de Direito Público, em razão de manifesta disposição constitucional nesse sentido.

Assim sendo, o trabalho a ser elaborado terá por objetivo a discussão acerca da evolução da responsabilidade civil do Estado, da responsabilidade civil das concessionárias de serviço público e, por fim, da responsabilidade do Poder Público frente aos danos causados pelas concessionárias.

2 DA EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Inicialmente, convém ressaltar que um dos pilares do Direito Constitucional é a subordinação dos cidadãos, pessoas jurídicas, sejam elas públicas ou privadas, e entes públicos ao ordenamento jurídico, de tal forma que quaisquer danos ou lesão causados ao patrimônio ou bens de terceiros sejam alvo de reparação.

Nessa seara, saliente-se que o desenvolvimento da teoria da responsabilidade do Poder Público pelos danos cometidos ao patrimônio do particular reflete a evolução do conceito de Estado e avança "continuamente, para uma extensão e alargamento dos casos de responsabilidade e da maneira de engajá-la. Amplia-se sempre, em linha constante e crescente, de maneira a agasalhar cada vez mais intensamente os interesses privados[3]".

Assim sendo, nos primórdios, o Estado não respondia pelos seus atos que viessem a causar danos aos administrados. Relembre-se, nesse ínterim, que a tese segundo a qual a Administração não poderia ser responsabilizada pelos prejuízos causados por suas atividades surgiu, inicialmente, na Roma Antiga.

Não obstante a regra fosse da irresponsabilidade do Estado, o doutrinador Amaro Cavalcanti[4] destaca a existência de algumas normas do direito romano que possibilitavam a reparação em razão dos danos causados por excessos ou abusos cometidos por magistrados e demais servidores públicos. Todavia, tais ações deveriam ser propostas pelos cidadãos romanos em face de tais servidores, não existindo, assim, responsabilidade solidária ou mesmo subsidiária do Estado. Dessa maneira, não havia o que falar em responsabilidade da Administração, mas sim, tão somente daqueles que, no exercício de um *múnus* público, cometiam algum dano em face do particular.

Outrossim, convém rememorar que na Roma antiga os particulares não poderiam fazer o Estado a comparecer em juízo, visto que ordenamento jurídico vigente à época não distinguia a função jurisdicional da executiva. Destarte, nas clássicas palavras de Ruy Barbosa: "se a administração, cuja é a culpa do damno,

---

[3] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29º edição, Editora Malheiros. Rio de Janeiro. 2012, p. 1014.
[4] CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado.** Rio de Janeiro: Lemmert, 1905. p. 118.

se amalgama, nas mesmas mãos, com a lei, que tem de regel-a, e a justiça, que há de julgal-a, impossível é a responsabilidade do estado[5]".

Nessa toada, saliente-se que, o surgimento do Estado moderno não trouxe, de plano, a responsabilidade estatal por atos provenientes do exercício de suas funções. Durante diversos séculos prevaleceu o princípio da irresponsabilidade do Estado, proveniente da teoria do direito divino dos reis, com o objetivo de impossibilitar qualquer de responsabilização do monarca.

Nessa época, o Estado era personificado na figura do rei, e como se concebia a infalibilidade do monarca, indefensáveis as tentativas de responsabilização dos monarcas. Assim sendo, entendia-se que a Administração nunca poderia agir contrariamente ao Direito, visto que qualquer responsabilidade que lhe fosse atribuída significaria colocar o rei na mesma posição jurídica do súdito, em clara afronta à sua soberania e ao princípio do direito divino. Dessa maneira, surgiram os conhecidos adágios *the King can do no wrong e le roi ne peut mal faire.* Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello[6]:

> "Na origem do Direito Público em geral vigia o princípio da irresponsabilidade do Estado.
>
> (...)
>
> Com efeito, é sobejamente conhecida a frade de Laferriére: "O próprio da soberania é impor-se a todos sem compensação"; bem como fórmulas regalengas que sintetizavam o espírito norteador da irresponsabilidade:" Le roi ne peut mal faire", como se afirmava na França, ou "*the King can do no wrong", que é a equivalente versão inglesa".*

Como exceção à própria teoria da irresponsabilidade, haviam pensadores que sustentavam a responsabilidade do Estado nos casos em que o servidor público fosse notoriamente indigno ou incapaz. Nesse caso, uma vez que o Estado e servidor eram pessoas distintas, a culpa do funcionário, nesses casos, não ensejava, automaticamente, a culpa da Administração.

---

[5] BARBOSA, Ruy. A Culpa Civil das Administrações Públicas – Acção de Perdas e Damnos de Antonio Martins Marinhas contra a Fazenda Municipal: Razões Finaes. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio de Rodrigues & Comp., 1889.

[6] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29º edição, Editora Malheiros. Rio de Janeiro. 2012.

A não responsabilização da Administração, nesses casos, baseava-se na teoria do mandato. Assim sendo, eventual excesso cometido por um servidor não responsabilizaria o Estado, visto que o mandante não pode ser responsabilizado pelo excesso cometido no exercício do mandato.

Nesse sentido, SÉRGIO CAVALIERI FILHO[7] esclarece que na teoria da irresponsabilidade estatal defendia-se que o Estado e o seus servidores eram pessoas distintas. Assim sendo, caso os servidores agissem com dolo ou culpa no exercício de suas funções, tais atos não teriam o condão de obrigar a Administração.

A legislação francesa, com seu pioneirismo característico, inovou ao admitir a responsabilização do Estado quando tal fato fosse expressamente previsto na legislação específica. Nessa toada, Celso Antônio Bandeira de Mello[8] ressalta que a chamada Lei 28 Pluvioso do Ano VIII previa a responsabilidade do Estado por danos oriundos de obras públicas. Outrossim, salienta o citado autor que os Tribunais Administrativos Franceses admitiam a responsabilidade estatal por danos decorrentes de erros de gestão, assim como aqueles causados pelas coletividades públicas locais

Ainda no que tange à evolução da responsabilidade estatal, convém salientar que a Revolução Francesa de 1789 teve um papel fundamental para o nascimento do Direito Administrativo Moderno, vez que rompeu com despotismo monárquico, em especial, com os excessos decorrentes do autoritarismo vigente à época.

SÉRGIO CAVALIERI FILHO[9], esclarece que

---

[7] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 236. “Sustentava-se que o Estado e o funcionário são sujeitos diferentes, pelo quê este último, mesmo agindo fora dos limites de seus poderes, ou abusando deles, não obrigava, com seu fato, a Administração”.

[8] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29º edição, Editora Malheiros. Rio de Janeiro. 2012. Pags. 1018 e 1019. caso, na França de danos oriundos de obras públicas, por disposição da Lei 28 Pluvioso do Ano VIII, de outro lado, também se admitia responsabilidade por danos resultantes da gestão do domínio provado do Estado, bem como causado pelas coletividades públicas locais".

[9] Ainda na segunda metade do século XVIII, ressoavam vozes na defesa da teoria da irresponsabilidade, trazendo fundamentos renovados para sustentá-la. Uma sorte desses argumentos, utilizados, exemplificativamente, por Saleilles, Windscheid e Michoud, fundamentava-se em antigas teorias acerca da pessoa jurídica. Sendo o Estado uma ficção legal, entendia-se que ele era incapaz de ter vontade própria. Desse modo, não poderia ser chamado a responder por atos lesivos a terceiros, já que a existência efetiva de vontade seria condição essencial à imputabilidade do ato. Ademais, como pessoa jurídica, seria o Estado um mero conjunto de direitos e obrigações, exercidos por seus representantes legais, no qual não se inclui o de cometer atos ilícitos".

> "Ainda na segunda metade do século XVIII, ressoavam vozes na defesa da teoria da irresponsabilidade, trazendo fundamentos renovados para sustentá-la. Uma sorte desses argumentos, utilizados, exemplificativamente, por Saleilles, Windscheid e Michoud, fundamentava-se em antigas teorias acerca da pessoa jurídica. Sendo o Estado uma ficção legal, entendia-se que ele era incapaz de ter vontade própria. Desse modo, não poderia ser chamado a responder por atos lesivos a terceiros, já que a existência efetiva de vontade seria condição essencial à imputabilidade do ato. Ademais, como pessoa jurídica, seria o Estado um mero conjunto de direitos e obrigações, exercidos por seus representantes legais, no qual não se inclui o de cometer atos ilícitos".

Baseado em tais fatos, começaram a surgir normas que instituíam responsabilidade do Estado em razão dos danos causados, de forma a obrigar a Administração Pública a ressarcir os prejuízos causados pelos os atos lesivos realizados pelos seus servidores públicos.

O incremento de novas teorias a respeito da responsabilidade estatal foi fruto de teses encabeçadas pelos iluministas e decorrentes do movimento revolucionário iniciado com a Revolução Francesa. Outrossim, com a queda do absolutismo monárquico, bem como o aparecimento da Teoria da Tripartição das funções do Estado, foi originado o chamado direito administrativo moderno, tornado a administração pública laica, sem qualquer influência ou mesmo interferência religiosa.

Nesse diapasão, surgiram as teorias do direito civil, inspiradas na legislação francesa, em especial, no Código Napoleônico. Segundo as referidas teorias, o Estado deixaria de estar em uma condição irresponsável civilmente e passaria a ter a condição de ser responsabilizado, a depender da comprovação da culpabilidade do agente público, cujo ônus probatório cabia ao administrado.

Tal teoria, sofreu, notadamente, influência pelo individualismo característico das teorias liberais, as quais equiparavam o Estado ao indivíduo. Em decorrência de tal fato, o Estado passaria a ser obrigado a indenizar quando restasse comprovado que seus agentes tivessem agido com dolo ou culpa.

Saliente-se que no Brasil a referida teoria estava prevista no artigo 159[10] do Código Civil de 1916.

Não obstante o avanço que a teoria da responsabilidade subjetiva representou na regulação das relações entre Administração e administrado, convém salientar que tal teoria nunca se ajustou, perfeitamente, às peculiaridades desta relação. Nesse diapasão, rememore-se que havia grande dificuldade por parte dos administrados em comprovarem, judicialmente, o dolo ou culpa do servidor público, o que, consequentemente, acabou por impossibilitar o resultado prático da citada teoria. Logo, não raro a vítima tinha que se resignar frente à incapacidade de provar a culpa do Estado, o que impossibilitava o ressarcimento.

Tal situação ensejou uma movimentação doutrinária no século XIX, de forma que os publicistas franceses, no intuito de resguardar os interesses dos cidadãos em face da ocorrência de danos causados pelo Estado, elaborassem uma nova teoria, na qual estava ausente a necessidade da comprovação da culpa do servidor público, bem como passava a ser exigido, tão somente, a prova da culpa do Estado em casos que versavam, a grosso modo, sobre a fata de prestação de serviço público.

Assim, a noção de responsabilidade civilista passou a ser ultrapassada por uma nova teoria denominada pelos doutrinadores franceses como *faute du service.* Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Melo[11] esclarece que tal teoria tem como fundamento a falta de serviço, sua prestação defeituosa ou atrasado. Dessa forma, tais fatos configuram-se como tripé da novel teoria da responsabilidade estatal.

Assim sendo, tem-se o surgimento de uma nova teoria, denominada teoria da culpa administrativa. Tal tese é considerada por muitos doutrinadores como estágio de transição entre a teoria da responsabilidade subjetiva e teoria da responsabilidade objetiva do Estado.

---

[10] Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.
A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.521 a 1.532 e 1.542 a 1.553.

[11] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29º edição, Editora“Malheiros. Rio de Janeiro. 2012. Pag. 1019. “Ocorre a culpa do serviço ou “falta de serviço quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do Direito Civil e a responsabilidade objetiva”.

Nesse sentido, como bem adverte Celso Antônio Bandeira de Mello, a responsabilidade em razão da falta de serviço não deve ser confundida com a responsabilidade objetiva, visto que se trata de responsabilidade subjetiva baseada no dolo ou culpa da Administração. Ocorre que em face da presunção da culpa, o administrado ficava desobrigado da prova da culpabilidade, tendo o ônus de comprovar, tão somente[12]:

> 2.1) Inexistência de serviço público que por lei devesse ser prestado pelo Estado: neste caso a omissão do poder público em não realizar um serviço previsto em lei gerava ao destinatário dos serviços inexistentes um direito subjetivo de pleitear um dano causado pelo Estado decorrente na inércia do poder público , cabendo à vítima a prova do dano e ao Estado provar a existência do serviço.
>
> (...)
>
> 2.2) Serviço público existente, mas prestado com defeito pelo Estado: nesta hipótese, tem-se que, o Estado atuou mediante a prestação de serviço que lhe fora atribuído por lei, todavia, o fez sem zelo, de modo defeituoso tendo por isto, causado dano ao administrado.
>
> É importante lembrar que há casos que além de não poder individualizar o agente causador do dano, fica também dificultoso para a vítima provar que sofreu o dano em decorrência de uma má prestação do serviço, cabendo nesse caso a presunção de responsabilidade, transferindo para o Estado o ônus de provar que o serviço foi prestado de forma esperada.
>
> 2.3) Serviço público prestado em atraso: neste caso tem-se o perfeito cumprimento das duas hipóteses supracitadas, ou seja, tem-se que o serviço público existe e é prestado com qualidade, todavia, o momento de sua prestação é inoportuna por ser tardia, não atendendo assim, as necessidades do administrado que acabou por ser prejudicado em virtude da não celeridade do aparato estatal.

A culpa administrativa, diferente das demais espécies de teorias da culpa, não está pautada em atribuir responsabilidade a um determinado agente público. Em suma, basta a ausência do serviço ou a prestação defeituosa deste, inclusive por demora ou desídia do Estado, para configurar a responsabilidade da Administração pelos danos que deste fato decorram.

---

[12] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29º edição, Editora Malheiros. Rio de Janeiro. 2012

Todavia, como a teoria acima exposta continuava oferecendo proteção limitada aos administrados, surge na França, calcada na jurisprudência de seus tribunais administrativos, a teoria da responsabilidade objetiva, isto é, independente de "*qualquer falta ou culpa do serviço, a dizer, responsabilidade pelo risco administrativo, ou, de todo modo, independente de comportamento censurável juridicamente*[13]*".*

Assim sendo, com a evolução do Estado Moderno, a teoria da responsabilidade objetiva do Estado passou a ser adotada como regra, em razão da manifesta existência de um desequilíbrio entre a Administração e o administrado.

Nesse sentido, Hálisson Rodrigo Lopes[14] destaca que o cidadão, por sua própria natureza, estará, via de regra, em situação de subordinação em face do Estado, mesmo diante do arcabouço legislativo e constitucional atualmente existente. Dessa forma, de acordo com o citado autor, não seria admissível que o administrado tivesse que se esmerar em provar culpa ou dolo do estado para conquistar o direito à reparação dos danos.

Pois bem, de acordo com a novel teoria, a responsabilidade objetiva abarcaria não só os atos de Administração, mas também os danos decorrentes dos atos praticados por seus servidores quando da prestação dos serviços públicos.

Tal responsabilidade não se limitaria, tão somente, às atividades ligadas aos serviços públicos essenciais, mas também se relacionaria com a execução de atividades prestadas pelos demais entes públicos, tenham eles personalidade jurídica de direito público ou privado, a exemplo das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações.

Nesta (modalidade), basta, para sua configuração, somente a evidência do ato, do dano e do nexo de causalidade, sendo, portanto, irrelevante o fato de o agente ter agido com ou sem dolo e culpa. Isso porque, sempre será possível ao

---

[13] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29º edição, Editora Malheiros. Rio de Janeiro. 2012. Pag. 1022.

[14] HÁLISSON Rodrigo Lopes. A responsabilidade civil do estado e a teoria do risco integral. "O particular, em posição antagônica ao Estado, sempre estará em situação de subordinação, mesmo em face da proteção legislativa e constitucional. Por isso, não seria plausível que, diante de prejuízos oriundos da atividade estatal estivesse ele que se empenhar demasiadamente, em face de uma responsabilidade subjetiva, para conquistar o direito à reparação dos danos.

ente estatal ajuizar ação de regresso contra o agente causador do dano, momento em que será discutida a existência de culpa ou dolo deste.

Nesse sentido, ALMIRO DO COUTO E SILVA[15] ressalta que:

> No estágio atual do direito brasileiro, a responsabilidade extracontratual do Estado resulta de qualquer ação ou omissão de agente do Estado ou de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos que gere danos a terceiros, desde que proceda o agente nessa qualidade, ou seja, como órgão da entidade a que serve. Estabelecido o nexo de causalidade entre a ação ou a omissão e o dano, e desde que este seja indenizável, há, em princípio, a responsabilidade. A ação ou omissão não necessita ser de determinado agente; é ação ou omissão do Estado, e o dano é gerado por órgão, serviço ou repartição do Poder Público, ainda que não se possa apontar qual o agente ou quais os agentes que o produziram. Outras vezes essa responsabilidade resulta da circunstância de exercer o Estado atividade perigosa, ou de ter a guarda de coisas e pessoas perigosas (explosivos, material radioativo, presidiários), assumindo o risco de causar danos a terceiros. Há situações ainda, em que a conduta do Estado não é ilícita e nem perigosa, e mesmo assim produz danos aos particulares, pelos quais responde o Poder Público por imposição do princípio da desigual distribuição dos encargos públicos.
>
> (...)
>
> Verificado o dano, a vítima terá apenas de demonstrar que é indenizável (que não é, por exemplo, incerto ou eventual) e a existência de nexo de causalidade entre ele e a ação ou omissão da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica da administração pública indireta prestadora de serviço público, para que fique caracterizada a responsabilidade. Dispensável, pois, será que comprove ou até mesmo que alegue, por exemplo, a culpa do agente do Poder Público. O Estado é que, para eximir-se da responsabilidade ou atenuá-la, terá de provar a culpa exclusiva ou concorrente da vítima ou de terceiro, ou a ocorrência exclusiva ou concorrente de força maior, conforme o caso. Sendo objetiva a responsabilidade, de nada lhe adiantará provar que não teve culpa. A discussão sobre a culpa do agente só é pertinente na ação de regresso que o Estado contra ele propuser.

[15] SILVA Almiro do Couto, A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 202: 19-41, out./dez. 1995

Assim sendo em linhas gerais, com a teoria da responsabilidade objetiva as discussões sobre eventual culpa da Administração ou do agente público são transferidas para momento posterior, isto é, na sede de eventual ação regressiva proposta pelo Estado em face de seus agentes públicos.

Nesse sentido, Alexandre Mazza ressalta que[16], após a promulgação da Constituição Federal de 1946 a discussão a respeito da culpa ou dolo do servidor foi transferida para sede de ação regressiva. Rememore-se, inclusive, que tal regra jurídica, inclusive, foi reproduzida nas constituições subsequente, com teor muito próximo ao da Carta Magna de 1946.

Dessa forma, em sede de ação regressiva compete à Administração provar a culpabilidade de seu servidor público. Todavia, tal ação tem por mister ressarcir o erário de eventuais prejuízos sofridos em razão dos danos cometidos por seus servidores e não condicionando, assim, o pagamento de indenizações à vítima ao êxito nessa demanda derivada.

No que tange aos fundamentos justificadores da responsabilidade objetiva do Estado, grande parte dos doutrinadores entende que reside na repartição isonômica dos ônus oriundos das atividades da Administração. Alexandre Mazza[17], por exemplo, entende que a teoria objetiva tem por fundamento os ideais da solidariedade social e da justiça participativa, segundo o qual os encargos sociais devem ser repartidos entre a coletividade.

Esclarece, ainda, o citado autor[18] que o principio da igualdade fundamenta a teoria da responsabilidade objetiva, visto que toda coletividade deve,

---

[16] MAZZA Alexandre. Manual de Direito Administrativo. Editora Saraiva. São Paulo. 2013. Pag. 320. "Foi o que aconteceu no Brasil após a Constituição Federal de 1946: a discussão sobre a culpa ou dolo foi deslocada para a ação regressiva. É o que se infere da norma condita no art. 194 da Constituição Federal de 1946, cujo conteúdo foi reproduzido nas constituições seguintes: As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único. Caber-lhe-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes"

[17] IDEM. "A teoria objetiva baseia-se na ideia de solidariedade social, distribuindo entre a coletividade os encargos decorrentes de prejuízos especiais que oneram determinados particulares. É por isso, também, que a doutrina associa tal teoria]ás ações de partilha de cargos e justiça distributiva".

[18] MAZZA Alexandre. Manual de Direito Administrativo. Editora Saraiva. São Paulo. 2013. Pag. 320. "É a ideia fundamental: se todos seriam beneficiados pelos fins visados pela Administração, todos devem igualmente suportar os riscos decorrentes dessa atividade, ainda que essa atividade tenha sido praticada de forma irregular, porém em nome da Administração. É, em última análise, mais uma face do princípio da igualdade"

de forma isonômica, suportar os riscos decorrentes da atividade estatal, uma vez que todos seriam beneficiados pelos fins visados pela Administração.

Nessa seara, infere-se que a teoria da responsabilidade objetiva consagra a desigualdade jurídica que reside nas relações entre Administração e particular, em especial, em virtude das prerrogativas de direito público aos quais o Estado se encontra sujeito, privilégios estes decorrentes da necessidade da tutela do interesse público.

Pois bem, com a evolução do estudo da responsabilidade do Estado, surgiram duas vertentes da teoria da responsabilidade objetiva: a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral.

A respeito de tal tema, Dirley da Cunha Júnior[19] sustenta que a teoria do risco admiistrativo tem por base o conceito de responsabilidade objetiva ou sem culpa do Estado. Destarte, segundo o autor, tal teoria se centra no fato de que a atividade administrativa é potencialmente lesiva aos administrados. Outrossim, é imprescindível a repartição igualitária tanto dos ônus suportados pelos cidadãos como dos benefícios auferidos. Logo, tal teoria considera que o risco que o risco gerado pela atuação estatal deve ser compensado pela reparação dos danos que estes porventura venham sofrer.

Segundo o citado autor, a obrigação de indenizar surge diante do ato lesivo do Estado que venha a causar ao administrado danos, não sendo exigida a falta do serviço público, tampouco a culpa dos dos agentes públicos.

Nesse diapasão, Hely Lopes Meirelles[20] considera que a teoria do risco administrativo origina o dever de indenizar o dano causado pela Administração em razão do ato lesivo. Nesse diapasão, não se requer a ausência do serviço público ou

---

[19] CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de direito administrativo. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2008. “É a teoria do risco que serve de fundamento para a idéia de responsabilidade objetiva ou sem culpa do Estado. Ela toma por base os seguintes aspectos: (1) o risco que a atividade administrativa potencialmente gera para os administrados e (2) a necessidade de repartir-se, igualmente, tanto os benefícios gerados pela atuação estatal à comunidade como os encargos suportados por alguns, por danos decorrentes dessa atuação. Assim, em suma, e como próprio nome sugere, essa teoria leva em conta o risco que a atividade estatal gera para os administrados e na possibilidade de causar danos a determinados membros da comunidade, impingindo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade, todos os demais membros da comunidade devem concorrer, através dos recursos públicos, para a reparação dos danos.”

[20] MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 623. A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem

mesmo a culpa dos servidores estatais. Neessário, apenas, a ocorrência de lesão, sem o concurso do administrado.

Assim sendo, de acordo com a doutrina majoritária, para sua caracterização, é necessária, tão somente, a ocorrência de lesão, decorrente da atuação do Estado, não sendo necessária a concorência do particular. Devem estar presentes, assim, o nexo de causalidade de o dano e o fato do serviço.

Ressalte-se, nesse ponto, que a teoria da culpa administrativa era imprenscindível a falta do serviço. Na teoria do risco administrativo, requer-se apenas o desempenho de serviço. Na primeira teoria, a culpa presumida era relacionada à falta administrativa. Na teoria do rsco administrativo, por sua vez, a culpa decorre do fato lesivo da Administração.

Como bem dispõe CAVALCANTI[21], na teoria do risco administrativo prepondera o cuidado com a reparação do dano, baseada na justiça social, isto é, na repartição coletiva do custo do dano causado. Assim sendo, entende o citado autor que tal teoria funciona como um tipo de seguro, visto que a responsabilidade estatal é amenizada pela contribuição da coletividade para a indenização dos danos causados. Logo, tal tipo de responsabilidade não só garante a ampla reparação dos prejuízos, como obriga todos os cidadãos a arcarem com a inidenização de tais danos, na medida de suas participações fiscais.

Por fim, temos a teoria do risco integral, a qual pode ser considerada como o "elo final da corrente publicística, doutrina objetiva por excelência, pois não indaga da culpabilidade do agente, nem da natureza do ato praticado, e muito menos das condicionantes do serviço público, abandonando construções subjetivas"[22].

---

culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado.

[21] CAVALCANTI, Amaro. Responsabilidade Civil do Estado. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1958 "predomina a preocupação com a reparação do dano, que se converte na distribuição desse dano por toda a coletividade. É uma espécie de seguro cuja responsabilidade é minorada pela massa considerável de indivíduos que contribuem para a indenização do prejuízo. Por isso, pode-se dizer que essa teoria constitui uma solução econômica para o problema, criada pela teoria objetiva da ampla reparação. A distribuição dos encargos pela coletividade é uma espécie de seguro coletivo que garante cada pessoa contra os danos que venha a sofrer, e obriga a todos contribuírem, na medida de sua participação fiscal, para a indenização dos prejuízos"

[22] ARAÚJO, Edmir Netto de. Curso de Direito Administrativo. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010

Segundo José Cretella[23], a teoria do risco integral apregoa o pagamento dos prejuízos causados, mesmo quando oriundos de atos adinistrativos regulares, praticados por servidores no exercício regular de suas atribuições.

No tange à distinção entre as teorias do risco administrativo e a teoria de risco integral, Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 325) destaca que:

> "É a teoria do risco que serve de fundamento para a idéia de responsabilidade objetiva ou sem culpa do Estado. Ela toma por base os seguintes aspectos: (1) o risco que a atividade administrativa potencialmente gera para os administrados e (2) a necessidade de repartir-se, igualmente, tanto os benefícios gerados pela atuação estatal à comunidade como os encargos suportados por alguns, por danos decorrentes dessa atuação. Assim, em suma, e como próprio nome sugere, essa teoria leva em conta o risco que a atividade estatal gera para os administrados e na possibilidade de causar danos a determinados membros da comunidade, impingindo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade, todos os demais membros da comunidade devem concorrer, através dos recursos públicos, para a reparação dos danos."

Feita esta breve dintinção entre as teorias da responsabilidade, passa-se à análise das teorias adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

[23] CRETTELA JÚNIOR, José. Tratado de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1972, v. 10. "A teoria do risco integral, pondo de lado a investigação do elemento pessoal, intencional ou não, preconiza o pagamento pelos danos causados, mesmo tratando-se de atos regulares, praticados por agentes no exercício regular de suas funções".

3 TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 EVOLUÇÃO NORMATIVA DA RESPONSABILIDADE NO BRASIL

Inicialmente, cabe ressaltar que, segundo o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Melo[24], no direito pátrio jamais foi aceita a teoria de irresponsabilidade do Estado, tendo a teoria da responsabilidade estatal sempre sido aplicada pelos Tribunais brasileiros. Nessa toada, salienta o citado autor que a doutrina sempre adotou como princípio basilar tal teoria, mesmo quando inexistia disposição legal específica sobre o assunto.

Nesse sentido, interessante mencionar que as Constituições Federais de 1824 e 1891 eram silentes quanto à responsabilização estatal por prejuízos causados aos administrados. Todavia, observa-se que ambas as cartas constitucionais possuíam dispositivo[25] prescrevendo a responsabilidade dos servidores públicos em caso de dolo, abuso ou mesmo omissão no desempenho de suas funções. Outrossim, a legislação vigente à época previa a responsabilidade solidária do Estado pelos atos danosos cometidos por seus funcionários da prestação de alguns serviços públicos, tais como correios e transporte ferroviário.

Inclusive, Celso Antônio Bandeira de Mello[26] sustenta que as citadas normas constitucionais nunca foram concebidas como forma de exclusão da responsabilidade estatal e eram utilizadas, única e exclusivamente, como definidoras da responsabilidade pessoal do agente. Nesse sentido, os tribunais brasileiros, com

---

[24] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29º edição, Editora Malheiros. Rio de Janeiro. 2012. Pag. 1022. “De fato é pacífico entre os doutrinadores brasileiros que a tese da responsabilidade do Estado por atos lesivos sempre frequentou com sucesso os Tribunais brasileiros, sob aplausos constantes da doutrina nacional.
(...)
O certo é que jamais se pôs em dúvida , entre nós a tese da responsabilidade do Estado, sempre aceita como princípio amplo, mesmo á falta de disposição específica”

[25] Artigo 179, XXIX da Constituição do Império e

[26] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29º edição, Editora Malheiros. Rio de Janeiro. 2012. Pag. 1044. “Ditos preceptivos, todavia, jamais foram considerados como excludentes de responsabilidade do Estado e consagrados apenas de responsabilidade pessoal do agente. Pelo contrário: entendia-se haver solidariedade do Estado em relação aos atos de seus agentes”.

fulcro nos referidos artigos, previam a existência de solidariedade da Administração em relação aos atos de seus agentes.

O Código Civil de 1916, por sua vez, teve como base a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado, prevista no seu artigo 15[27], o qual estabelecia que as pessoas jurídicas de direito público eram civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causarem danos a terceiros.

Nessa mesma linha de raciocínio, as Constituições Federais[28] de 1934 e 1937 previam a responsabilidade subjetiva da Administração, ao passo que previam a responsabilidade solidária entre os servidores públicos e Estado pelos danos cometidos em razão de manifesto abuso, omissão ou negligência do servidor no exercício de suas funções públicas.

Embora fosse essa a posição prevalecente à época, grande doutrinadores como Ruy Barbosa, Pedro Lessa e Amaro Cavalcanti sustentavam, desde a Constituição Federal de 1891, a tese da responsabilidade objetiva[29] do Estado.

Pois bem, a grande inovação legislativa na matéria ocorreu com a promulgação da Constituição de 1946, a qual, com seu artigo 194[30], introduziu a responsabilidade objetiva da Administração. Tal artigo, expressamente, previa que as pessoas jurídicas de direito público interno seriam civilmente responsáveis pelos danos que seus agentes viessem a causar aos administrados. Outrossim, era

---

[27] 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.

[28] CF 1934

Art 171 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

§ 1º - Na ação proposta contra a Fazenda pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte.

§ 2º - Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário culpado.

CF 1937

Art 158 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seu cargos.

[29] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29º edição, Editora Malheiros. Rio de Janeiro. 2012. Pag. 1044.

[30] Art 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

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

prevista a possibilidade de o Estado ingressar com ação regressiva em face do servidor faltoso.

Nesse sentido, Alexandre Mazza[31] ressalta que a contar de tal Carta Magna, não se discute mais dolo o culpa do agente. Inclusive, eventual análise da culpabilidade do servidor deve ser tratada em sede de ação regressiva, proposta pela Administração em face do agente faltoso.

Disposições com teor similar foram consagradas na Carta Magna de 1967, em seu artigo 105, e na Emenda nº 1 de 1969, em seu artigo 107[32], prevendo a responsabilidade objetiva do Estado por atos de seus servidores, bem como a possibilidade de ação de regresso e face de tais agentes públicos.

Com relação à distinção existente entre as referidas constituições, Celso Antônio Bandeira de Mello[33] ressalta que enquanto a Carta de 1946 previu, expressamente, a possibilidade de propositura de ação regressiva nos casos de dolo do agente, a Constituição de 1967 e a Emenda nº 1, por sua vez, preveem a responsabilidade objetiva da Administração, ao passo que estabelecem a possibilidade de ação regressiva contra o servidor nos casos de culpa ou dolo.

---

[31] MAZZA Alexandre. Manual de Direito Administrativo. Editora Saraiva. São Paulo. 2013. Pag. 320. Divisor de águas no direito brasileiro, a Constituição Federal de 1946 passou a adotar a teoria objetiva por força de seu artigo 194.
(...) Conforme mencionado anteriormente, a partir da Constituição Federal de 1946, a discussão sobre culpa ou dolo foi deslocada da ação indenizatória para ação regressiva intentada pelo estado contra agente público.

[32] Art 105 - As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que es seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.
Parágrafo único - Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

Art. 107. As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.
Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

[33] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29º edição, Editora Malheiros. Rio de Janeiro. 2012. A diferença da Constituição de 1946, expressamente referiu-se ao cabimento de ação regressiva também nos casos de dolo do funcionário, no que, de resto, confirmava interpretação que sempre se dera ao art. 194 da Lei Magna de 1946.

A carta de 17 de outubro de 1969 (Emenda nº 1 a Constituição de 1967) reproduz, no art. 107, o mesmo dispositivo consagrador da possibilidade de responsabilidade objetiva do estado e ação regressiva contra o funcionário nos casos de culpa ou dolo, conforme estatui e o parágrafo único.

Por fim, a Constituição Federal de 1988, no seu art. 37, § 62, prescreve que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa”.

Nesse sentido, Almiro do Couto e Silva[34] salienta que a teoria da responsabilidade objetiva adotada pela Constituição Federal de 1988 estabelece tratamento único e igualitário à responsabilidade extracontratual da Administração. Assim sendo, deixa de existir a diferença entre a responsabilidade por atos lícitos e ilícitos, que era, anteriormente, prevista pelo Código Civil.

Assim sendo, continua o referido autor, com a citada Carta Constitucional, foram desconsideradas as demais teorias de responsabilidade até então vigentes e adotada, unicamente a teoria da responsabilidade objetiva, a fim de oferecer maior segurança jurídica aos administrados. Dessa maneira, somente não haverá ressarcimentos dos danos caso haja culpa exclusiva da vítima na produção do dano, ou este seja oriundo de força maior ou de ato exclusivo de terceiro. Em síntese, somente não haverá responsabilidade diante da ausência de nexo de causalidade entre a ação ou omissão da Administração e a ocorrência do prejuízo.

Segundo o referido artigo da Constituição Federal, todas as pessoas jurídicas de direito público deverão responder pelos danos que seus funcionários e agentes públicos venham a causar aos administrados.

Em outras palavras, a União, os Estados, os Municípios, Fundações, autarquias e demais pessoas jurídicas de direito público responderam, objetivamente, pelos danos causados por seus agentes aos particulares. Ressalte-se, que tal responsabilidade não é condicionada ao tipo da atividade exercida pelos

---

[34] SILVA Almiro do Couto, A responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 202: 19-41, out./dez. 1995. A noção de responsabilidade objetiva, como foi posta na Constituição brasileira vigente, tem, parece-me, uma dupla vantagem. Por um lado, dá tratamento unitário à responsabilidade extracontratual do Estado, eliminando a distinção tradicional entre responsabilidade por atos lícitos e ilícitos, que o Código Civil acolhera. E, por outro, por assim dizer, supera as diferentes espécies de responsabilidade conhecidas (por culpa individual, por falha ou culpa do serviço, por risco, pela distribuição desigual dos encargos públicos), apagando ou pelo menos empalidecendo a importância de cada uma delas para fundi-las em conceito mais abstrato e dilatado, de modo a proporcionar, assim, o maior amparo possível à vítima. Esta só não será ressarcida caso tenha culpa exclusiva na produção do evento ou o dano resulte exclusivamente de força maior ou de fato de terceiro. Em suma, se não existir nexo de causalidade entre a ação ou omissão do Estado e o prejuízo.

agentes públicos. Assim sendo a responsabilidade objetiva da administração é resultante, tão-somente, da personalidade de direito público do ente.

Outrossim, segundo o texto constitucional, tal responsabilidade será objetiva, independentemente, da atividade que venha a ser exercida ou seja, exercício do poder de polícia, atividade normativa, serviço público, intervenção no domínio econômico etc.

Outra conclusão importante que pode ser extraída do referido artigo, é que as pessoas jurídicas, mesmo que possuam personalidade jurídica de direito privado, que vem a prestar serviços públicos, responderão pelos danos que seus empregados ou agente, porventura calcem aos administrados.

Nesse sentido, Alexandre Mazza[35] ressalta que os entes integrante da administração indireta, tais como as empresas públicas, sociedades de economia mista, concessionárias e permissionárias de serviço público estão sujeitas à responsabilidade objetiva estatal, assim como as pessoas de direito público.

Outrossim, o mencionado doutrinador frisa que as pessoas de direito privado respondem objetivamente enquanto prestam serviços públicos como uma decorrência do regime jurídico próprio ao qual estão submetidas. Ocorre que a teoria da responsabilidade objetiva pode ser considerada como uma forma de garantia aos administrados, visto que todos aqueles que executam os serviços públicos, seja o Estado ou mesmo empresas públicas e sociedades de economia mista, estão sujeitos à responsabilidade subjetiva.

Como derradeira conclusão, cabe destacar que é assegurado ao estado o direito de ação regressiva, em caso de comprovado dolo ou culpa, em face do agente público responsável pelo dano causado ao administrado.

---

[35] MAZZA Alexandre. Manual de Direito Administrativo. Editora Saraiva. São Paulo. 2013. as empresas públicas, sociedades de economia mista e, concessionárias e permissão nada de são pessoas jurídicas de direito privado e, como tal, não estão inerente mente vinculadas a responsabilidade objetiva, como ocorre com as pessoas de direito público. Assim, as pessoas de direito privado respondem objetivamente enquanto prestam serviços públicos como uma decorrência do regime jurídico próprio e, não pela qualidade da pessoa. É que a responsabilidade objetiva é garantia do usuário independentemente de quem realiza A prestação. Por isso, desempenhando outras atividades, como uma atividade econômica, por exemplo, empresas públicas e sociedades de economia mista estão sujeitas somente a responsabilidade subjetiva.

Assim sendo, infere-se que existem dois tipos de relações de responsabilidade: a primeira, que é travada entre o administrado e as pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado prestadoras de serviço público; e a segunda, a segunda que diz respeito à relação do servidor ou agente público causador do dano e o Estado.

No que tange à segunda relação, a doutrina majoritária entende que a responsabilidade do agente público em face da Administração, em sede de ação regressiva, é subjetiva, isto é, imprescindível a verificação, no caso concreto de dolo ou culpa do servidor ou empregado público.

3.2 DA TEORIA ADOTADA PELO ARTIGO 37, §6º DA CF

Inicialmente, cabe ressaltar que existe grande celeuma doutrinária quanto à teoria adotada com relação à teoria adotada pelo artigo 37, §6º, da Carta Magna.

Para Hely Lopes Meirelles[36], por sua vez, a teoria do risco integral é uma vertente radical da teoria do risco administrativo. Tal teoria, segundo o autor, não foi adotada pelo ordenamento jurídico pátrico vez que, invariavelmente, a Administração teria a obrigação de reparar todo e qualquer dano causado, mesmo que proveniente da culpa exclusiva ou dolo do administrado, transformando o Estado em segurador universal.

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles[37] destaca que a teoria adotada foi a do risco administrativo, caso contrário, o Estado se tornaria uma espécie de indenizador universal, visto que ficaria obrigado a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, mesmo que proveniente de culpa ou dolo da vítima.

---

[36] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 28. ed. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo; Délcio Balestro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2003. A teoria do risco integral é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Para essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima."

[37] Idem "A Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima", circunstância essa que não é agasalhada pela teoria do risco administrativo em face das suas excludentes do nexo de causalidade.

Nesse mesmo sentido, Sergio Cavalieri Filho[38] sustenta que a Administração será responsabilizada, unicamente, pelos danos que seus servidores, porventura, causarem aos administrados. Dessa forma, adotou-se a teoria do risco administrativo, visto que condicionou a responsabilidade objetiva do Poder Público ao dano oriundo de sua atividade administrativa. Outrossim, foram previstas causas de exclusão da responsabilidade, tais como fato exclusivo da vítima ou de terceiro, de caso fortuito ou de força maior, o que não é admissível pela teoria do riso integral.

Nesse diapasão, Alexandre Mazza[39] ressalta que a teoria do risco integral nada mais é que uma variação extrema da teoria da responsabilidade objetiva, que não admite qualquer causa de exclusão da responsabilidade. Dessa forma, segundo o autor, sempre que o Estado vier a causar danos à sociedade, será devida a indenização, o que não é admitido pelo ordenamento jurídico pátrio.

De outra parte, alguns doutrinadores sustentam a inexistência de distinção entre ambas as teorias, defendendo que a diferença entre a teoria de risco integral e risco administrativo é meramente semântica. Nesse sentido, Weida Zancaner[40] destaca que:

> Julgamos tratar-se de mera questão semântica, porque o simples exame de obras como a de, por exemplo, Octávio de Barros, faz ver que esse autor, declarando-se reiteradamente em comunhão com os adeptos da teoria do risco integral, em momento nenhum preceitua o ressarcimento nos casos de força maior ou culpa da vítima; ao contrário, deixa bem claro seu posicionamento, do qual, aliás, não se afastam os demais doutrinadores adeptos da modalidade do risco integral [...] Não há como delimitar o contorno das modalidades do risco administrativo, do risco integral e mesmo do acidente administrativo. Nesse terreno, extremamente

---

[38] CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev. e atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005. “o Estado só responde pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem aos administrados, abraçou expressivamente a teoria do risco administrativo, tendo em vista que condicionou a responsabilidade objetiva do Poder Público ao dano decorrente, apenas, de sua atividade administrativa, e não de fato exclusivo da vítima ou de terceiro, de caso fortuito ou de força maior, hipóteses nas quais estaria excluído o nexo causal”.

[39] MAZZA Alexandre. Manual de Direito Administrativo. Editora Saraiva. São Paulo. 2013. Pag. 320. Embora seja a visão mais favorável à vítima, o caráter absoluto dessa concepção produz injustiça, especialmente diante de casos em que o dano é produzido em decorrência de ação deliberada da própria vítima. Não há notícia de nenhum país moderno cujo direito positivo tenha adotado o risco integral como regra geral aplicável à responsabilidade do Estado, jamais tendo sido adotada entre nós. Sua admissibilidade transformaria o Estado em um verdadeiro indenizar universal.”

[40] BRUNINI, Weida Zancaner. **Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

> movediço, há rótulos iguais para designar coisas diferentes, e rótulos diferentes para designar coisas iguais.

Outrossim, Yussef Said Cahali[41] argumenta que a grande diferença entre a teoria do risco administrativo e do risco integral é estabelecida em razão das consequências imputadas a cada uma das referidas modalidades. Assim a teoria do risco se caracteriza por permitir que a Administração demonstre a ocorrência de excludente de responsabilidade, o que não ocorre com a teoria do risco integral, na qual basta, tão somente, a ocorrência do dano e o nexo causal.

Face ao exposto, infere-se que a atual Constituição Federal brasileira, salvo as exceções, adota a teoria da responsabilidade objetiva, na modalidade de risco administrativo. Assim sendo, a teoria do risco integral somente é aplicável, no ordenamento jurídico vigente, em situações pontuais tais como dano nuclear (artigo 177, V, da CF), dano ambiental (art. 225, §§ 2º e 3º, da CF); atentados terroristas em aeronaves (Leis nº 10.309, de 2001, e 10.744, de 2003); acidentes de trabalho e indenização pelo seguro DPVAT (artigo 5º da Lei nº 6.194).

3.3 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Inicialmente, para que seja cabível falar em indenização por parte do Estado, necessário que estejam presentes os elementos caracterizadores do dever de reparação pelo referente ente, ou no dizer de Maurício Zockun: “os elementos

---

[41] CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado.** 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (...) a distinção entre risco administrativo e risco integral não é ali estabelecida em função de uma distinção conceitual ou ontológica entre as duas modalidades pretendidas de risco, mas simplesmente em função das consequências irrogadas a uma ou outra modalidade: o risco administrativo é qualificado pelo seu efeito de permitir a contraprova da excludente de responsabilidade, efeito que se pretende seria inadmissível se qualificado como risco integral, sem que nada seja enunciado quanto à base ou natureza da distinção. [...] É que, deslocada a questão para o plano da causalidade, qualquer que seja a qualificação que se pretenda atribuir ao risco como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado – risco integral, risco administrativo, risco-proveito -, aos tribunais se permite a exclusão ou atenuação daquela responsabilidade quando fatores outros, voluntários ou não, tiverem prevalecido na causação do dano, provocando o rompimento do nexo de causalidade, ou apenas concorrendo como causa na verificação do dano injusto.

que tipificam a ocorrência do fato gerador que impõe esse dever para o Poder Público”[42].

Pois bem, como elementos ensejadores do dever de indenizar temos, em síntese: o evento danoso; nexo de causalidade material; e a qualidade de agente na prática do ato.

3.4 EVENTO DANOSO

Convém ressaltar que para que haja responsabilidade, seja ela objetiva ou subjetiva, deverá o ente ter praticado uma conduta. Nesse sentido, Maria Helena Diniz[43], conceitua o vocábulo conduta como qualquer ato humano, seja ele comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, proveniente do próprio autor do ato ou de terceiros, que venha a causar prejuízo a outrem.

Destaque-se que ato ilícito pode suceder não só de uma ação, mas também de omissão do Estado. Ou seja, necessário que haja uma conduta do agente da Administração, seja ela ativa, consistente em ato doloso ou culposo, seja ela passiva, que por negligência venham a causar danos para o Administrado.

Ressalte-se que existem circunstâncias em que um comportamento comisso de um servidor público pode vir a causar danos ao particular, que são os denominados danos por ação. Por outro lado, há casos em que o Estado deixar de praticar atos que estaria obrigada por lei ou normas regulamentares, e tal omissão acaba por gerar ato lesivo ao particular.

Nesse sentido Alexandre Mazza[44] ressalta que nos tribunais e na doutrina pátria imperava o entendimento de que em caso de danos ocasionados por omissão

---

[42] ZOCKUN, Maurício. Responsabilidade patrimonial do Estado. Editora Malheiros.

[43] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. Ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiros, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos lesados.

[44] MAZZA Alexandre. Manual de Direito Administrativo. Editora Saraiva. São Paulo. 2013. Pag. 320. “A doutrina tradicional sempre entendeu que nos damos por omissão a indenização é devida se a vítima comprovar que a omissão produziu o prejuízo, aplicando-se a teoria objetiva. Ocorre que A teoria convencional da responsabilidade do estado não parece aplicasse bem aos danos por omissão, especialmente diante da impossibilidade de afirmar-se que a omissão causa o prejuízo. A omissão estatal é um nada, e o nada não produz materialmente resultado algum. Na esteira dessa

estatal, somente seria devida indenização caso comprovado que a omissão produziu o prejuízo, aplicando-se, assim, a teoria da responsabilidade objetiva. Todavia, segundo o referido autor, a teoria da responsabilidade objetiva do Estado não deveria ser aplicável aos danos por omissão, em especial, em razão da notória dificuldade de provar-se que a omissão causa o prejuízo. Nesse sentido, entende o citado autor que nos casos de omissão estatal o correto seria a aplicabilidade da teoria subjetiva.

Ressalta, ainda, Alexandre Mazza[45] que tal vertente é atualmente adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, infere-se que a Administração somente deverá reparar os danos atribuídos a sua omissão quando houver obrigatoriedade da prática de tal conduta. Assim, o comissivo que gera o dever de indenizar é aquele proveniente da omissão dolosa ou omissão culposa.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeia de Mello[46] ressalta que em casos de omissão estatal, tais como falta do serviço ou falha desse, deve ser aplicada a teoria da responsabilidade subjetiva. Destarte, segundo o citado autor, em casos de atos omissivos a Administração deverá ser responsabilizada por descumprimento do

---

inaplicabilidade, aos danos por omissão, diz da forma tradicional de pensar a responsabilidade estatal, Celso Antônio Bandeira de Melo vem sustentando a vários anos que os danos por omissão submetem-se a teoria subjetiva. Atualmente, é também o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal pela doutrina majoritária. Em linhas gerais, sustentasse que o estado só pode ser condenado a ressarcir prejuízos atribuídos a sua omissão quando a legislação considera obrigatória a prática da conduta obtida. Assim, ao missão que gera responsabilidade é aquela violadora de um dever de agir. Em outras palavras, os danos por omissão são indenizáveis somente quando configurada omissão dolosa ou omissão culposa. Na omissão dolosa, o agente encarregado de praticar a conduta decidir omitir sim, e por isso, não evita o prejuízo. Já na omissão culposa, a falta de ação do agente público não decorre de sua intenção deliberada e omitir se, mas deriva da negligência na forma de exercer a função administrativa.
(...)
Aplicando-se a teoria subjetiva, a vítima tem o ônus de provar a ocorrência de culpa e dolo, além de demonstrar os demais requisitos: omissão, dano e nexo causal.

[45] idem

[46] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29º edição, Editora Malheiros. Rio de Janeiro. 2012. Pag. 1044. “Quando o dano foi possível enviar correção de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funciona tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o estado não agiu, não pode, logicamente, se ele o autor do dano. Isto é só faz sentido responsabilizado se descumpriu o dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo. Ademais, solução diversa conduziria abusos. É que, em princípio, cumprir ao estado prover a todos os interesses da coletividade. Ante qualquer evento lesivo causado. Em via pública, uma enchente qualquer, uma pressão sofrida em local público, o Lizardo poderia sempre água ir que o serviço não funcionou. Admitir se responsabilidade objetiva nessas hipóteses,o estado. Erigido em segurador universal. Razoável que responda pela lesão patrimonial da vítima de um assalto se os agentes policiais relapsos assistiram à ocorrência inertes e desinteressados ou ser, alertados a tempo de evitar, omitiram-se na adoção de providências cautelares

dever legal ao qual estava submetida, que, inclusive, que lhe impunha obstar ao evento lesivo. Tal tipo de responsabilização visa evitar abusos, visto que, caso fosse admitida a teoria da responsabilidade objetiva nessas hipóteses, o Estado se tornaria uma espécie de segurador universal.

Esse, inclusive, é o entendimento da jurisprudência pátria:

> EMEN: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. OMISSÃO. NEXO DE CAUSALIDADE. DANOS MORAIS E MATERIAIS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. A alegação genérica de violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, sem explicitar os pontos em que teria sido omisso o acórdão recorrido, atrai a aplicação do disposto na Súmula 284/STF. 2. Nos termos da jurisprudência do STJ, a responsabilidade civil do estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, o dano e o nexo causal entre ambos. 3. O Tribunal de origem, com base no conjunto fático probatório dos autos, expressamente consignou que "restou evidente o nexo de causalidade entre a omissão do ente municipal e o evento danoso". 4. Dessa forma, não há como modificar a premissa fática, pois para tal é indispensável o reexame do contexto fático-probatório dos autos, o que é vedado por esta Corte, pelo óbice da Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido. ..EMEN:

Com efeito, como destacam Maurício Zockun e Weida Zancaner, o evento danoso pode ser oriundo de atividades lícitas ou ilícitas por parte do Estado. Os primeiros, originam-se das prerrogativas do Estado, inerentes da supremacia do interesse público, em busca do bem comum.

Os segundos, por sua vez, são provenientes da “quebra dos princípios da igualdade e da legalidade”[47]. Tal espécie de dano, marcada pela antijuridicidade, necessita, tão somente, serem danos certos (não eventuais) a atingir situação jurídica legítima, caracterizadora de um direito ou mesmo interesse da parte.

[47]ZOCKUN, Maurício. Responsabilidade patrimonial do Estado. Editora Malheiros.

Nessa toada, no que se refere ao ato ilícitos cometido pelo Estado, Yussef Said Cahali[48] ressalta que no exercício da atividade administrativa são comuns as situações em que é exigido o sacrifício de interesse privados. Nesses casos, para que seja possível realizar o ressarcimento do dano causado, é necessário que o prejuízo sofrido pelo administrado tenha como características a especialidade e singularidade.

Ressalta, ainda, o autor que o dano deve ser excepcional, individualizado e anormal, devendo superar os incômodos que, via de regra, seriam toleráveis ou exigíveis em decorrência da vida em sociedade. Logo, independentemente da origem do dano, a pretensão indenizatória terá o mesmo fundamento jurídico, qual sejam a "manutenção de um dado direito, economicamente mensurável, seja ele considerado como direito patrimonial e ou extrapatrimonial"[49].

Nesse ínterim, Maurício Zockun salienta que não obstante as características do dano, o prejuízo a ser reparado deve ser jurídico e economicamente mensurável. Nesse aspecto, o dano sofrido pode ser tanto material quanto moral[50].

Outrossim, segundo o referido autor[51], o dano a ser ressarcido deve ser certo, visto que não é admissível a indenização de danos incertos ou futuros. Logo o

---

[48] CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado.** 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Como na atividade administrativa são frequentes os casos em que o interesse público exige o sacrifício de interesse privados, para que o dano dê lugar ao nascimento da pretensão indenizatória, é necessário que o prejuízo seja especial ou singular, e não universal, isto é, só quando certa ou certas pessoas forem prejudicadas pela atividade administrativa enquanto ageneralidade foi poupada.
Aqui o dano deve ser anormal, excepcional, individualizado, que ultrapassa, por sua natureza e expressividade, os incômodos e sacrifícios toleráveis ou exigíveis em razão do interesse comum na vida em sociedade.
Pois só assim, qualifica-se como dano injusto, na medida em que rompe o princípio da igualdade de ônus e encargos sociais"

[49] CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado.** 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo:

[50]ZOCKUN, Maurício. Responsabilidade patrimonial do Estado. Editora Malheiros.Independentemente da origem e das características do dano, ressalte-se que o dano a ser reparado deve ser jurídico e economicamente mensurável. O dano pode ser tanto material quanto moral, tendo a doutrina e jurisprudência pátria consenso quanto à possibilidade de reparação do segundo. (...)inexiste possibilidade de indenizar danos de incerta realização ou ocorrência, ainda que estejam ao abrigo dessa medida reparadora as projeções futuras de um dano certo. (...) Por isso que se assinala não ser passível de recomposição o dano de incerta realização. Por via reversa, se há certeza quanto à imposição do dano lícito pelo Estado, ainda que seu fato gerador não tenha concretamente deflagrado seus efeitos, impõem-se há prévia indenização do direito subjetivo ou do interesse juridicamente protegido lesado

[51] Idem. o dano a ser ressarcido deve ser certo, visto que não é admissível a indenização de danos incertos ou futuros. Por isso que se assinala não ser passível de recomposição o dano de incerta realização. Por via reversa, se há certeza quanto à imposição do dano lícito pelo Estado, ainda que

dano a ser causado aos particulares deve se revestir de certa especialidade, isto é, “deve ser imposto a um número restrito de pessoas, em vista de benefício a ser usufruído por toda coletividade”[52].

Nessa toada, a especialidade do dano se origina da quebra do princípio da igualdade, eis que o patrimônio do particular é lesado em benefício da coletividade. Se o dano é geral imposto à coletividade como um todo, tal fato não enseja reparação estatal.

Por fim, o dano deverá incidir de forma “anormal. Ou seja, por proporcionalidade maior aos encargos que as pessoas cotidianamente devem suportar pelo fato de viveram em sociedade”[53]

3.5 NEXO DE CAUSALIDADE

Inicialmente, convém rememorar que a causalidade é o fundamento maior da responsabilidade objetiva do Estado. Nos termos do defendido por Yussef Said Cahali, “a obrigação de indenizar surge para a ente público, da causação do dano injusto pelos seus agentes”[54].

Pois bem, nesse sentido, o vocábulo “nexo” semanticamente possui o significado de vínculo, ligação, união. A causalidade, por sua vez, pode ser concebida como a relação de causa e efeito. Logo, o termo nexo de causalidade pode ser concebido como “*o vínculo, o elo entre a atividade estatal e o dano produzido ao terceiro*”[55].

Nesse ínterim, observa-se que é imprescindível a existência de elo entre o dano causado e a atividade ou omissão do Estado. Ressalta, nesse ponto, Yussef

---

seu fato gerador não tenha concretamente deflagrado seus efeitos, impõem-se há prévia indenização do direito subjetivo ou do interesse juridicamente protegido lesado

[52] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29º edição, Editora Malheiros. Rio de Janeiro.

[53] ZOCKUN, Maurício. Responsabilidade patrimonial do Estado. Editora Malheiros.

[54] CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado.** 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo

[55] WEILER Siqueira, Bruno Luiz. “O nexo de causalidade na responsabilidade patrimonial do Estado”. Artigo disponível em http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_145/r145-22.pdf. Acessado em 06.12.2007.

Said Cahali[56] a responsabilidade civil do Estado deve ser segregada de qualquer fator subjetivo, eis que deve ser analisada independentemente de demonstração de culpa. Todavia, na análise da responsabilidade civil deverá o administrado comprovar que o serviço público foi o ensejador do prejuízo por ele sofrido.

À continuação, salienta-se que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 130.764, firmou o entendimento de que a teoria adotada quanto à classificação do liame de causalidade, é a Teoria da Interrupção do Nexo Causal[57], visto que somente passará a ser admissível a alegação da ocorrência do nexo de causalidade quando o prejuízo é consequência direta e imediata do ato da administração.

Nesse sentido, deliberou, ainda, o Pretório Excelso[58], in *verbis*:

> "Responsabilidade civil do Estado. Dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia parte preso foragido vários meses antes. A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no art. 107 da Emenda Constitucional nº 1/69 (e, atualmente, no § 6º do art. 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros.
> Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no art. 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal.
> Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada.
> No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexo de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, é inequívoco que o nexo de causalidade inexiste, e, portanto, não pode haver a incidência da responsabilidade prevista no art.

---

[56] CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado.** 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo. "a responsabilidade da Administração Pública, desvinculada de qualquer fator subjetivo, pode, por isso, ser afirmada independentemente de demonstração de culpa – mas está sempre submetida, como é óbvio, à demonstração de que foi o serviço público que causou o dano sofrido pelo autor" (RJTJSP, 68:145).

[57] ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações, 5ª ed., n. 226, pag. 370, Editora Saraiva, São Paulo, 1980. *só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa, o que abarca o dano direto e imediato sempre, e, por vezes, o dano indireto e remoto, quando, para a produção deste, não haja concausa sucessiva*

> 107 da Emenda Constitucional nº 1/69, a que corresponde o § 6º do art. 37 da atual Constituição. Com efeito, o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da emissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve com causa da fuga dele, mas resultou de concausas, com a formação de quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão.
> RE conhecido e provido." (RE nº 130.763-PR, rel. Min. MOREIRA ALVES, in RTJ 143/270)
>
> Por fim, conforme afirma Yussef Said, "causa geradora do dano poderá ser representada por uma atividade lícita, normal, da Administração Pública, como também por ato anormal, ilícito, de seus agentes; para a determinação da responsabilidade civil do Estado, exige-se, porém, a presença de um nexo causal entre o dano e a atividade ou omissão da Administração Pública, ou de seu nexo com o ato do funcionário, mesmo que lícito ou regular. Demonstrado o liame causal, a decorrência do dano à causa da atividade ou omissão da Administração Pública, ou de seus funcionários, exsurge daí o dever de indenizar". (RT, 484:68, 539:174).

3.6 CAUSAS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

Ao ser imputado um dano ao Estado, tal ente poderá valer-se de alguma das causas excludentes para eximir-se da responsabilidade ou para atenuá-la, a fim de que seja rompido o liame da causalidade entre a ação ou omissão praticada e o direito do particular. Assim sendo, nas hipóteses nas quais inexista a relação de nexo entre o dano causado e o ato estatal, ausente será sua responsabilidade.

Como reforça Maurício Zockun[59], as causas de exclusão de responsabilidade, dentre as quais podemos citar a como culpa da vítima, culpa de terceiro, força maior e estado de necessidade, têm o condão de romper o nexo causal. Assim sendo, via de regra, nessas hipóteses se discute o rompimento do nexo causal e não a ocorrência deste. Nessa toada, importante rememorar que o

---

[58] (RE nº 130.763-PR, rel. Min. MOREIRA ALVES, in RTJ 143/270)

[59] ZOCKUN, Maurício. Responsabilidade patrimonial do Estado. Editora Malheiros. "as usualmente mencionadas hipóteses excludentes de responsabilidade – tais como culpa da vítima, culpa de terceiro, força maior e, para alguns, estado de necessidade – rompem o nexo causal. Logo, o que invariavelmente se coloca em pauta nesses casos é o rompimento, ou não, do nexo causal. Dada a singular importância do causal, alguns autores entendem que ele deve ser incluído no rol dos requisitos necessários à configuração do dano indenizável, ainda que pareça mais acertada a ideia segundo a qual ele é elemento imprescindível à sua realização outros, no entanto, alocam-no como

nexo causal figura como elemento imprescindível à configuração do dano indenizável e da configuração da responsabilidade estatal.

No que tange à força maior, saliente-se que pode ser entendida como um acontecimento externo, estranho à vontade humana, imprevisível e inevitável.

Nesse sentido, José Carlos de Oliveira[60] entende que a força maior, sendo a única causa ensejadora do prejuízo, tem o condão de ensejar a não responsabilização do Estado. Todavia, caso o Estado tenha concorrido de alguma forma para a ocorrência do dano, a vítima terá direito a ser indenizada.

A culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, por sua vez, sucede em razão de a própria vítima ou o terceiro serem o causador do prejuízo. Logo, não existe a relação causa e efeito entre o dano e a ação estatal. Nesse sentido, transcreve-se o entendimento dos tribunais pátrios sobre o assunto:

> "Para a obtenção de indenização da Fazenda Pública basta que o autor da ação demonstre o nexo causal entre o fato lesivo imputável à Administração e o dano, sem que reste comprovado que a vítima concorreu com culpa ou dolo para o evento danoso"(TJSP – 7ª C – Ap. – Rel. Leite Cintra – J. 23-6-93 – JTJ – LEX 148/75)9 . "Ocorrendo culpa exclusiva da vítima que sofreu o dano, deixa de existir o imprescindível nexo causal justificador da atribuição da responsabilidade objetiva do Estado"(STF – 1ª T – RE – Rel. Moreira Alves – J. 25-5-93 - JTJ - LEX 145/274).

No que se refere à culpa concorrente da vítima ou de terceiro, nota-se que a doutrina e jurisprudência manifestam-se pela existência do nexo causal. Todavia, diminuem, consideravelmente, o montante da indenização a ser paga pela Administração, visto que este não foi o único responsável pela ocorrência do dano:

> "Responsabilidade civil – Fazenda Pública – Vítima que veio a ser tombada na galeria de águas pluviais – falta de sinalização evidenciando perigo – vítima que tinha consciência do perigo a que se expunha, mas mesmo assim se arriscou a passar no local – conseqüência de culpa – indenização devida pela metade (Yussef Said Cahali,

---

requisito à configuração das responsabilidade".

[60] OLIVEIRA, José Carlos de. Responsabilidade Patrimonial do Estado - danos decorrentes de enchentes, vendavais e deslizamentos. Bauru, São Paulo: Edipro, 1995. a força maior, quando é a única causa ensejadora do dano, libera sempre e integralmente o erário. Mas se a culpa do poder público concorreu com a força maior na realização do prejuízo, a vítima tem sempre direito a uma reparação

> responsabilidade civil do Estado, nº 14, p. 44-5, Revista dos Tribunais, 1982; 2ª Turma do STF, 4-5-1970)"

Por fim, caso fortuito pode ser entendido como o evento imprevisível, no qual não existe participação humana ou mesmo da Administração. Nos casos fortuitos ou de força maior, grande parte da doutrina entende que não se tem o condão de romper o nexo de causalidade, eis que o particular não pode responder pela incorreta atuação do Estado.

Nesse sentido, Rui Stocco ressalta que estando configurado o caso fortuito, não haverá rompimento do nexo causal, sendo o Estado responsabilizado pelos atos danosos na prestação do serviço."[61]

Marya Silvia Zanella de Pietro, por sua vez, salienta que nas hipóteses de caso fortuito, em que o dano seja oriundo de ato humano, de falha da administração, não há exclusão de responsabilidade, não se podendo falar em força maior..." [62]

Analisados os aspectos relativos à responsabilidade estatal, passa-se a estudar o conceito de serviço público e suas formas de concessão aos particulares.

---

[61] STOCO, Rui. Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997. p. 379. sendo o caso fortuito um acidente decorrente de causa desconhecida, não tem o condão de elidir o nexo entre o comportamento defeituoso do Estado e o dano produzido".

[62] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 5. ed. São Paulo : Atlas, 1995. p. 409-410 já na hipótese de caso fortuito, em que o dano seja decorrente de ato humano, de falha da administração, não ocorre a mesma exclusão; quando se rompe, por exemplo, uma adutora ou um cabo elétrico, causando dano a terceiros, não se pode falar em força maior..."

4 SERVIÇO PÚBLICO – VISÃO GERAL

4.1 CONCEITO E DEFINIÇÕES

Primeiramente, cabe ressaltar que certas atividades, relativas à prestação de utilidade ou comodidade material, que tenham por objetivo satisfazer a coletividade, podem ser denominadas como serviços públicos, desde que o Estado reputar que "não convém relega-las simplesmente à livre iniciativa; ou seja, que não é socialmente desejável que fiquem tão só assujeitadas à fiscalização e controles que exerce sobre a generalidade das atividades privadas"[63].

Convém lembrar que, historicamente, as primeiras teorias envolvendo o tema serviços públicos nasceram na França, por meio da chamada Escola de Serviço Público. Tal escola defendia que o serviço público era a base de todo o Direito Público, e que o Direito Administrativo tinha por objeto, tão somente, estabelecer as regras relativas aos serviços públicos.

Na doutrina brasileira, observa-se que os doutrinadores pátrios possuem diferentes formas de conceituar serviço público, via de regra, enfatizando elementos conceituais distintos.

Nesse sentido, Jose dos Santos Carvalho Filho[64] define serviço público como toda atividade prestada pela Administração diretamente ou por meio de delegados, juridicamente sob o regime de direito público, com o objetivo de atender as necessidades da coletividade.

Já Celso Antônio Bandeira de Mello[65] conceitua serviço público como:

> "toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça vezes, sob um regime de Direito

[63] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29º edição, Editora"Malheiros. Rio de Janeiro. 2012. Pag. 1019

[64] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 968 p. "toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade

[65] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29º edição, Editora "Malheiros. Rio de Janeiro. 2012. Pag. 1019

> Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo".

A partir da Constituição Federal de 1988, Alexandre Santos de Aragão[66] define serviço público como as atividades de prestação de serviços relacionados a utilidades econômicas, previstas na Constituição ou por meio de lei, desempenhadas diretamente pelo Estado ou por meio de terceiros, de forma gratuita ou onerosa, a fim de garantir o bem-estar da coletividade.

Por sua vez, Maria Sylvia Zanella de Pietro[67] considera serviço público como as atividades materiais que pode meio de lei são atribuídas à Administração, a serem exercidas pelo Estado diretamente ou por meio de terceiros delegados, a fim de atender às necessidades coletivas.

Helly Lopes Meirelles[68] entende que serviços públicos são todas as utilidades prestadas pelo Estado ou por seus delegados, prestação de serviço essa regida pelas normas estatais, a fim de atender as necessidades sociais essenciais.

José Cretella Júnior[69], ressalta que serviço público pode ser compreendido como toda atividade que o Estado exerce, de forma direta ou indireta, para o atendimento dos interesses sociais mediante procedimento típico do direito público.

Assim sendo, infere-se que o conceito de serviço público não é fixo, dependerá do momento histórico para restar configurado ou não. Todavia, conclui-se

---

[66] SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre;, *Direito Dos Serviços Públicos*. Editora Forense. 1a Ed. 2007. Rio de Janeiro p.157. as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocados pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade"

[67] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 5. ed. São Paulo : Atlas, 1995. p. 409-410 toda atividade material que a lei atribuí ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.

[68] LOPES MEIRELLES, Hely. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997. p. 297. " todos aqueles prestados pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades sociais essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado".

[69] CRETELLA JUNIOR, José. **Tratado de direito administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 1966. p.60. toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas mediante procedimento típico do direito público

que o seu traço característico reside na assunção de tais serviços como uma obrigação pelo Estado, cuja prestação dar-se-á de forma direta ou indireta.

Todavia, pode-se apontar como características gerais do serviço público o fato de ser uma atividade material, de natureza ampliativa, prestada diretamente pelo Estado ou por seus delegados, sob regime jurídico de Direito Público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais da coletividade.

4.2 DAS CLASSIFICAÇÕES DE SERVIÇOS PÚBLICO

No ordenamento jurídico pátrio, encontramos a definição de serviço público no artigo 2.º, inciso XIV, do Decreto nº 6.017/2007, *in verbis :*

> "(...) atividade ou comodidade material fruível diretamente pelo usuário, que possa ser remunerado por meio de taxa ou preço público, inclusive tarifa". Na verdade, a Constituição e as leis, sempre variáveis, é que determinarão o que pode ser considerado serviço público.

Outrossim, é comum encontrar na doutrina pátria menção a dois tipos distintos de serviço público: os serviços públicos *uti universi* e os serviços públicos *uti singuli.*

No que tange aos serviços *uti universi*, Alexandre Mazza[70] ressalta que tais serviços não criam benefícios individualizados para cada usuário, impossibilitando que um valor a seja pago por cada administrado à título de remuneração pelos benefícios recebidos. Em razão de tal fato, os serviços públicos *uti universi* não são alvo de concessão, tampouco de remuneração por meio de taxas. Em síntese, tais serviços são prestados diretamente pela Administração, com recursos provenientes de impostos.

[70] "Os serviços uti universi, ou serviços gerais, não criam vantagens particularizadas para cada usuário, torna-se impossível estabelecer um valor justo para que possa ser cobrado do beneficiário como remuneração pela prestação. Daí porque os serviços públicos uti universi não podem ser dados em concessão nem remunerados pela cobrança de taxas. Tais serviços são prestados diretamente pelo Estado e a sua prestação é custeada pela receita proveniente de impostos"

Por sua vez, os serviços denominados *uti singuli* são prestados de forma a conceder benefícios individuais aos cidadãos. Assim sendo, podem ser concedidos e custeados por meio de taxas.

Outrossim, segundo Helly Lopes Meirelles[71], os serviços públicos ainda podem ser classificados quanto à essencialidade como serviços públicos propriamente ditos e serviços de utilidade pública. Os primeiros são aqueles prestados diretamente pelo Estado, em razão de sua essencialidade. Os segundos são os que a Administração, tendo em vista a sua conveniência para a coletividade, presta-os diretamente ou os delega a terceiros.

Da mesma forma, convém lembrar que existe ainda outra classificação que considera a existência de dois tipos de serviços públicos: os próprios e os impróprios. Nessa toada, são próprios os serviços que atendem a necessidade pública e tem o Estado como executor direto. Impróprios, por sua vez, são os serviços que são também de necessidade coletiva, mas os executores são os autorizados pela Administração.

Nessa diapasão, ressalte-se que para Maria Sylvia Zanella di Pietro[72] a denominação dos serviços públicos como impróprios é um equívoco, pois embora não sejam exercidos pelo Estado, a Administração ficará encarregada de toda autorização, permissão, supervisão, fiscalização e regulamentação da execução do serviço público.

Ressalta, ainda, a mencionada autora os serviços impróprios não podem ser denominados como serviço público, uma vez que a lei não atribui ao Estado como incumbência sua ou, pelo menos, não a atribui com exclusividade.

---

[71] LOPES MEIRELLES, Hely. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997. p. 297. Quanto à essencialidade: a) serviços públicos propriamente ditos – são aqueles prestados diretamente pela Administração para a comunidade, por reconhecer a sua essencialidade e necessidade de grupo social. São privativos do Poder Público. b) serviços de utilidade pública – são os que a Administração, reconhecendo a sua conveniência para a coletividade, presta-os diretamente ou aquiesce que sejam prestados por terceiros.

[72] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 5. ed. São Paulo : Atlas, 1995. p. 409-410 pois embora exerçam atividade do Estado, ainda carece de autorização, permissão, supervisão, fiscalização e regulamentação por parte do Poder Público, sendo sujeitos ao poder de polícia do leviatã”

4.3 PRINCÍPIOS

Inicialmente, cabe ressaltar que segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a Administração Pública, de forma geral, encontra-se norteada por dois princípios, quais sejam, o da supremacia do interesse público sobre o privado e o princípio da indisponibilidade dos interesses públicos.

Assim, além dos princípios acima referidos, a prestação do serviço público encontra-se, ainda, submetida à princípios específicos, estabelecidos no artigo 6º da Lei 8.987/1995[73], quais sejam: regularidade; eficiência; continuidade; generalidade; atualidade; segurança; modicidade; e cortesia.

Inicialmente, no que tange ao princípio da regularidade, deve-se rememorar que alguns autores entendem que tal princípio nada mais é que o prolongamento do princípio da continuidade do serviço público, visto que a regularidade se refere à execução do serviço na forma preestabelecida em contrato.

Assim sendo, o serviço público deve ser executado em estrita observância às suas características técnicas, bem como às regras jurídicas, sejam elas normas legais, regulamentares ou contratuais. Assim sendo, infere-se que é dever da Administração a prestação regular do serviço público, seja ela direta ou indiretamente. Saliente-se que a ausência de prestação do serviço público poderá ensejar danos aos administrados, bem como o dever de ressarcir os prejudicados.

Nesse sentido, Diógenes Gasparini salienta[74] que para a concretização do princípio da regularidade do serviço público é mister que sejam observadas pelo

---

[73] Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.
§ 1o Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.
§ 2o A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.
§ 3o Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,
II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade

[74] GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2003. “para que haja regularidade do serviço público, este precisa ser prestado com atenção às regras impostas previamente pela Administração Pública”.

Estado ou concessionária de serviço público a legislação em regência e as regras provenientes do acordo ou contrato firmado.

Não obstante o acima exposto, o princípio da regularidade determina que os serviços públicos sejam prestados de acordo com altos padrões de qualidade e quantidade impostos pela Administração Pública.

Em relação ao princípio de eficiência, convém lembrar que este passou a integrar o rol de princípio aplicáveis à Administração a partir da Emenda n° 19, que alterou o artigo 37 da Carta Magna. Com relação à mencionada alteração constitucional, convém transcrever trecho da justificativa da Emenda Constitucional[75], a qual esclarece as razões que motivaram a citação alteração da Lei Maior , *in verbis*:

> Como resultados esperados da reforma administrativa, vale destacar o seguinte: Incorporar a dimensão da eficiência na administração pública: o aparelho do Estado deverá se revelar apto a gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, com os recursos disponíveis, em respeito ao cidadão contribuinte.

Da breve análise do texto acima transcrito, infere-se que a preocupação do constituinte derivado foi a necessidade de efetividade da prestação de serviços, de maior resultado prático e benefícios à sociedade. Assim sendo, passou ser exigível que a Administração ou concessionária de serviços atente para o resultado prático dos serviços que oferece aos usuários.

Todavia, alguns doutrinadores, como Celso Antônio Bandeira de Melo[76], rejeitaram a alteração realizada, *in verbis*:

> Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluído e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto. De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de

[75] VILLELA SOUTO, Marcos Juruena; MARSHAL, Carla C. (coords.). Direito empresarial público, p. 524

[76] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29º edição, Editora Malheiros

> eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. Finalmente, anote-se que este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da “boa administração.

Não obstante as críticas acima, a Administração tem o dever de prestar os serviços públicos com objetividade, a fim de obter o melhor resultado possível e com o menor gasto de recursos, para que haja barateamento dos serviços prestados e os tornem mais acessíveis aos usuários.

Cabe ressaltar, ainda, que a eficiência do serviço público não se resume, somente, à sua qualidade, mas também na sua quantidade. Nesse sentido, Fernanda Marinela[77] que afirma que toda a atividade administrativa deve ser realizada com o objetivo de evitar desperdícios, com perfeição, prestação e rendimentos dos servidores.

Todavia, não devemos olvidar que o princípio da eficiência impõe a à Administração o dever de adoção de medidas que impliquem na gestão adequada e transparente das verbas públicos, assim como que as tarifas cobradas sejam razoáveis, com “mão-de-obra compatível com a natureza dos serviços, gastos de materiais sem esbanjamento e outros aspectos que deverão ser obrigatoriamente observados na prestação de serviços públicos, diretamente ou por terceiros, concessionários ou permissionários”. [78]

No que tange ao princípio da continuidade, Celso Ribeiro de Bastos[79] esclarece que o serviço público deve ser exercido de modo continuo, não sendo

---

Rio de Janeiro. 2012. Pag. 1019

[77] MARINELLA, Fernanda. Direito administrativo. Salvador Podivm, 2007. Dessa forma, a atividade administrativa deve ser exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional, evitando qualquer tipo de desperdício.

[78] ANDRADE, Maria Aparecida de Oliveira Grossi. O Princípio da Eficiência na Prestação de Serviços Públicos

[79] BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Administrativo. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 165. "O serviço público deve ser prestado de maneira continua, o que significa dizer que não é passível de interrupção. Isto ocorre pela própria importância de que o serviço público se reveste, o que implica ser colocado à disposição do usuário com qualidade e regularidade, assim como com eficiência e oportunidade".

admissível sua interrupção, em razão de sua importância para a coletividade. Assim sendo, deve ser posto à disposição do usuário com qualidade, bem como regularidade.

Nesse sentido, conclui-se que o princípio da continuidade impõe o dever de o Estado prestar, de forma ininterrupta, serviço público, a fim de que sejam satisfeitos e promovidos os direitos fundamentais.

Ressalta, ainda, lembrar que a continuidade[80] da prestação do serviço público, em casos de manifesta essencialidade, deve ser encarada de forma absoluta, não admitindo a doutrina e jurisprudência[81] qualquer forma de abrandamento. Face ao exposto, a negativa ou cessação da prestação de um serviço público essencial possibilita o usuário a valer-se das medidas judiciais cabíveis, admitindo-se, inclusive, a propositura de mandado de segurança e a própria ação cominatória.

Nesse sentido, resta lembrar que em razão da importância de tal princípio, durante muito tempo relutou-se quanto à possibilidade da realização de greve no serviço público. Alguns doutrinadores, a exemplo de Odete Medauar[82], afirmavam que o princípio da continuidade implicava em vedação expressa à realização de movimentos paredistas por parte dos servidores públicos. Nessa mesma linha, o Egrégio STF não admitia o exercício do direito de greve pelos servidores públicos[83].

---

[80] BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Administrativo. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 165.. Essa continuidade afigura-se em alguns casos de maneira absoluta, quer dizer, sem qualquer abrandamento, como ocorre com serviços que atendem necessidades permanentes, como é o caso do fornecimento de água, gás, eletricidade. Diante, pois, da recusa de um serviço público, ou de seu fornecimento, ou mesmo da cessação indevida deste, pode o usuário utilizar-se das ações judiciais cabíveis, até as de rito mais célere, como o mandado de segurança e a própria ação cominatória.

[81] .EMEN: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE ENERGIA. INTERRUPÇÃO. FRAUDE MEDIDOR. COERÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Não cabe a suspensão do fornecimento de energia elétrica como forma coercitiva de cobrança de valores de débitos originados em suposta fraude no medidor de consumo de energia elétrica e apurado unilateralmente pela concessionária, uma vez que o corte de energia pressupõe o inadimplemento de conta regular, relativa ao mês do consumo, devendo a concessionária utilizar-se dos meios ordinários de cobrança. Precedentes. 2. O Tribunal de origem concluiu pela ilegalidade de suspender-se o fornecimento de energia elétrica nos casos de dívida consolidada decorrente de fraude no medidor. 3. Como o aresto recorrido está em sintonia com o decidido nesta Corte, deve-se aplicar à espécie o contido na Súmula 83/STJ, verbis: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida". O referido verbete sumular aplica-se aos recursos especiais interpostos tanto pela alínea "a" quanto pela alínea "c" do permissivo constitucional. 4. Recurso especial não conhecido. RESP 201102340704

[82] MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 4ª edição. São Paulo: RT Editora, 2000, p. 54.

[83] STF, MI nº 20/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento: 19/05/94, DJ 22/11/96, p. 45.690. Na lição de José Afonso da Silva, as normas constitucionais, quanto ao critério da eficácia e

No entanto, a Corte Suprema reviu seu posicionamento, de forma que passou a entender pela possibilidade do exercício do de greve dos servidores públicos[84]. Observa-se, assim, que o novel entendimento do Tribunal Constitucional garante a efetividade do direito de greve dos servidores públicos, e, também, a continuidade dos serviços públicos por meio da aplicação analógica do art. 11 da Lei nº 7.783/89, que exige a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade durante a greve[85].

Com relação ao princípio da generalidade, Marçal Justen Filho[86] ressalta que não devem ser restringindo o acesso ao serviço público para os administrados que estejam nas mesmas condições de igualdade. Outrossim, segundo o referido autor, tal princípio deve ser estudado sobre dois prismas: universalidade e neutralidade.

Com relação à universalidade, deve-se ter em mente que o serviço público deve ser prestado a todos que estejam em igualdade de situações. No que tange à neutralidade, o Administrador não pode conceder quaisquer privilégios incompatíveis com o princípio da isonomia. Assim sendo, não são aceitáveis benesses individuais fundadas em critérios como raça, sexo, orientação religiosa etc.

Nesse sentido, Maria Silvia Zanella Di Pietro[87] ressalta que em razão do princípio da igualdade dos usuários ante à prestação do serviço público, uma vez

---

aplicabilidade, podem ser classificadas em: a) normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata (são normas que possuem normatividade suficiente para serem aplicadas imediatamente, independentemente de providência normativa posterior); b) normas de eficácia contida a aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição (são normas que também possuem normatividade suficiente para aplicação imediata, mas, aqui, existe a possibilidade de restrição da sua eficácia e aplicabilidade pelo legislador infraconstitucional); e c) normas de eficácia limitada e aplicabilidade mediata (são normas despidas de normatividade suficiente para aplicação imediata, o que só ocorrerá, em regra, após a atuação do legislador). As normas de eficácia limitada compreendem as normas programáticas e as normas definidoras de princípio institutivo. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 2ª ed., São Paulo: RT, 1982.

[84] STF, MI nº 670/ES, Tribunal Pleno, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, julgamento: 25/10/07, DJe 31/10/08; STF, MI nº 708/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento: 25/10/07, DJe 31/10/08; STF, MI nº 712/PA, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, julgamento: 25/10/07, DJe 31/10/08. Vide: Informativo de Jurisprudência do STF nº 485.

[85] OLIVEIRA Rafael Carvalho Rezende. O princípio da continuidade do serviço público no Direito Administrativo Contemporâneo. http://genjuridico.com.br/2014/09/26/o-principio-da-continuidade-do-servico-publico-no-direito-administrativo-contemporaneo/

[86] JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 21

[87] pelo princípio da igualdade dos usuários perante o serviço público, desde que a pessoa satisfaça

satisfeitas condições legais e regulamentares para sua fruição, deve o Estado ou seu concessionário prestar tal serviços sem qualquer distinção de caráter pessoal.

Por fim, convém lembrar que tal princípio, no ordenamento jurídico pátrio, encontra-se expresso na Constituição Federal, em seus artigos 196[88], 208, inciso II[89], e 211, § 4º[90], como direito fundamental dos administrados.

Com relação ao princípio da atualidade, cabe salientar que o prestador do serviço, seja ele o Estado ou o concessionário de serviço público, tem o dever de se manter os serviços prestados atualizado de acordo com as evoluções tecnológicas, a fim de proporcionar um melhor atendimento às necessidades dos usuários.

Dessa forma, infere-se que o princípio da atualidade tem por objeto o aperfeiçoamento da prestação dos serviços públicos de interesse coletivo concedidos pela Administração. Assim sendo, têm os concessionários o dever de propiciar que os serviços públicos concedidos sejam prestados de acordo com as melhores técnicas existentes, além de adequados às necessidades da coletividade.

Nesse sentido, Diógenes Gasparini[91] esclarece que o princípio da atualidade implica no fato de, na prestação dos serviços públicos, o concessionário ter o dever de se adequar às modernas técnicas a fim de oferecer o melhor serviço público existente aos usuários. Outrossim, deverá o concessionário se valer de

---

às condições legais, ela faz jus à prestação do serviço, sem qualquer distinção de caráter pessoal"

[88] Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

[89] Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;

[90] Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.
(...)
§ 4º Na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório.

[91] GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. A Atualidade significa que a prestação dos serviços públicos deve acompanhar as modernas técnicas de oferecimento aos usuários. Ademais, a atualidade exige a utilização de equipamentos modernos, cuidando-se bem das instalações e de sua conservação, visando, sempre a melhoria e expansão tecnológica dos serviços públicos. O prestador, em razão disso, vê-se obrigado a oferecer à coletividade de usuários o que há de melhor, dentro das possibilidades da outorga.

equipamentos modernos, a fim de propiciar melhorias na prestação dos serviços públicos, dentro dos termos do contrato de outorga ou concessão.

Em sentido similar, Horácio Augusto Mendes de Sousa[92] que o princípio da atualidade tem estreita relação com o princípio da eficiência. Assim sendo, o princípio da atualidade cria obrigação de o concessionário utilizar as técnicas mais avançadas na prestação de serviços. Dessa maneira, infere-se que o princípio da eficiência está relacionado ao emprego de técnicas mais eficazes na prestação do serviço. O princípio da atualidade, por sua vez, se relaciona com a modalidade das técnicas utilizadas.

Com relação ao princípio da segurança na prestação de serviços, deve-se lembrar que o concessionário não pode colocar em risco a vida dos administrados, bem como os usuários não podem ter sua segurança comprometida pelos serviços públicos.

Outrossim, tal princípio tem por fulcro impedir a desconstituição injustificada de atos ou situações jurídicas, a fim de garantir a estabilidade na prestação dos serviços públicos. Dessa maneira, infere-se que o referido princípio tem por objetivo garantir que os usuários se sintam seguros para usufruir dos serviços prestados sem receios de serem surpreendidos. Ademais, tal princípio também se relaciona com a estabilidade das relações jurídicas, por meio da proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF).

Outrossim, Luiz Alberto Blanchet[93] salienta que a manutenção da segurança jurídica está estritamente relacionada com o interesse da coletividade. Nesse mesmo sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto destaca também que a

---

[92] SOUSA Horácio Augusto Mendes de, O princípio da atualidade é conexo ao princípio da eficiência, que possui amplitude muito maior. Destarte, pelo princípio da atualidade, exige-se que o concessionário empregue, dentro do possível e na forma definida pelo regulador, as técnicas mais avançadas em matéria de transporte (...). Assim, a eficiência diz respeito ao emprego de técnicas mais eficazes em qualquer setor do contrato, enquanto a atualidade, no contrato de transporte, se refere à modernidade do modal utilizado. (...) o usuário do serviço, portanto, possui o direito de exigir, perante o regulador, a atualidade de transporte, que deverá, em qualquer caso, estar em equilíbrio com a remuneração paga ao transportador. Poderá, outrossim, pleitear ao Poder Judiciário a observância, pelo transportador, das normas fixadas pelo regulador, não podendo o órgão julgador, como regra, se substituir ao regulador e expressar, no caso concreto, como deve proceder o transportador para manter atualizado o serviço público em foco. (SOUSA, 2003, p. 221-5)

[93] BLANCHET, Luiz Alberto. Concessão e permissão de serviços públicos. Curitiba: Juruá, 2001.

segurança se manifesta “de modo especial, a consideração de seus correspondentes detalhes técnicos inafastáveis e dos respectivos custos, que reclamam atenção do Poder Público desde a licitação dos serviços.”[94]

O princípio da cortesia, por sua vez, reflete a preocupação de a Administração propiciar aos administrados tratamento digno, que respeite seus direitos como cidadão. Assim sendo, tal princípio implica em mais do que bom convívio social ou mesmo urbanidade na prestação de serviço público ao usuário. Tal princípio importa em dever legal, uma vez que resta previsto no artigo 37, §3° da Constituição Federal.

Como ressalta Luiz Alberto Blanchet[95], tal princípio “é pressuposto necessário do fácil acesso do usuário ao responsável pela prestação do serviço para críticas e sugestões”

4.4 REGULAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DA MATÉRIA

Com relação à disciplina dos serviços públicos, cabe ressaltar que sua conceituação, bem como todas suas características e repartição entre os entes federativos, encontram-se na Carta Magna.

Nessa toada, destaca-se que a atual Constituição Federal, que teve como norte a noção de Estado do bem estar social, prevê inúmeros atividades como serviços públicos, atribuindo ao Estado o dever de prestá-las.

Assim sendo, conforme salienta Aragão[96] a Carta Magna de 1988 tem como característica ser uma Constituição Compromissária, uma vez que tem por objeto conciliar interesses públicos e privados, assim como diversas ideologias envolvidas em sua elaboração. Assim sendo, a regulamentação jurídica dos serviços públicos seguiu esta lógica, em especial.

---

[94] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

[95] BLANCHET, Luiz Alberto. Concessão e permissão de serviços públicos. Curitiba: Juruá, 2001.

[96] Aragão, Alexandre Aragão dos Santos. O conceito de serviços públicos no Direito Constitucional. A Constituição Brasileira de 1988 é uma Constituição Compromissária, no sentido de que busca conciliar os diversos interesses públicos e privados e ideologias envolvidas em sua elaboração e na sua posterior aplicação. Não haveria como os serviços públicos escaparem a essa lógica, ainda mais sendo atividades que se encontram justamente no limiar da esfera pública e da esfera privada

Conforme expresso nos itens anteriores, os serviços públicos, via de regra, somente poderão ser titularizados por pessoas jurídicas de direito público. Nesse sentido, o artigo 175 da Carta Magna prevê que:

> **Art. 175.** Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.
>
> **Parágrafo único**. A lei disporá sobre:
>
> **I** - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
>
> **II** - os direitos dos usuários;
>
> **III** - política tarifária;
>
> **IV** - a obrigação de manter serviço adequado.

Nesse sentido, Alexandre Mazza[97] ressalta que a repartição de competências determinadas se encontra prevista na Constituição e legislação, de forma que a titularidade de serviços públicos podem ser tanto da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Territórios, autarquias, associações públicas ou fundações.

Dessa forma, a Constituição Federal faz a repartição das competências dos serviços públicos em seus arts. 21, 25, §§ 1º e 2º, e 30, *in verbis:*

> Competência da União (CF, art. 21 e incisos)
>
> Os serviços que competem à União estão discriminados na Constituição Federal. São eles:
>
> I - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;
>
> II - explorar diretamente ou mediante concessão as empresas sob o controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, ou transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações,

[97] Observada a repartição de competências determinadas pela Constituição e legislação, a titularidade de serviços públicos somente podem ser atribuídas à União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Territórios, autarquias, associações públicas ou fundações

assegurada a prestação de serviços de informações por entidade de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União;

III - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações;

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e infra-estrutura aeroportuárias;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

IV - organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional;

V - executar os serviços de polícia marítima, aérea e de fronteira;

VI - organizar e manter a polícia federal, a polícia rodoviária e ferroviária federal, a polícia civil, militar e do corpo de bombeiros do Distrito Federal;

VII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional;

b) sob regime de concessão ou permissão, é autorizada a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos medicinais, agrícolas, industriais e atividades análogas;

VIII - organizar, manter e executar a inspeção do trabalho.

Competência dos Estados (CF, art. 25, §§ 1º e 2º)

> “São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”. Portanto, são da competência dos Estados a prestação dos serviços que não sejam da União e do Município. Os Estados têm competência residual.
>
> Competência dos Municípios (CF, art. 30)
>
> **Art. 30.** Compete aos Municípios:
>
> V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial.
>
> VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental;
>
> VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população

Quanto ao distrito federal, são atribuídas as competências legislativas reservadas, pela Carta Magna, aos Estados e Municípios.

Por fim, resta lembrar que existem serviços públicos de titularidade comuns entre os entes federativos. Nesse rol de competência estão a saúde, educação, previdência e assistência social.

Nessa toada, observa-se que a prestação de serviço público pode se dar de forma centralizada, ou seja, o poder público poderá prestar serviços por intermédio de órgãos integrantes Administração Direta, ou prestá-los de forma descentralizada, através das pessoas jurídicas integrantes da Administração Indireta, ou seja, por meio das autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista etc.

Não podemos olvidar que os serviços públicos também poderão ser prestados por meio das chamadas paraestatais, que atuam como entes colaboradores para o atingimento do interesse do Estado, sem, todavia, integrar a estrutura estatal.

Dessa forma, infere-se que nos casos em que o Estado presta serviços públicos, o faz como titular dos mesmos. Todavia, quando os delega a terceiros, tal delegação pode ocorrer por meio da transferência de titularidade ou de execução.

Nessa seara, saliente-se que a transferência da titularidade para prestação de serviço somente pode ser outorgada por meio de lei e somente por meio do citado instrumento legal pode ser modificada.

Já a transferência da execução prestação do serviço é delegada por meio de ato administrativo ou via contrato. Pelo princípio do paralelismo dos atos administrativos, ressalte-se que a alteração ou revogação da transferência de execução pela mesma forma pode ser retirada ou alterada, exigindo apenas, em certos casos, autorização legislativa. Ressalte-se, nesse ponto, que essas entidades deverão prestar o serviço de acordo com as condições fixadas pelo Estado durante o período de tempo que for conveniente ao interesse publico, sem prejuízo dos interesses econômicos destas entidades.[98]

No que tange à outorga dos serviços públicos convém ressaltar que:

> Em nosso ordenamento jurídico, a outorga de serviço público ou de utilidade pública é feita às autarquias, fundações públicas e às empresas estatais ou governamentais (empresas públicas e sociedades de economia mista) e aos consórcios públicos, quando forem pessoas jurídicas de direito público, caso em que, também integrarão a Administração Indireta. Isso porque, a lei, quando cria essas pessoas jurídicas ou quando autoriza as suas criações, já lhes transfere a titularidade dos respectivos serviços.
>
> E, ao contrário da outorga, temos a delegação, que é utilizada para o traspasse da execução do serviço a particulares, mediante regulamentação e controle do Poder Público, sendo essencial para a legalidade da prestação do serviço por parte do particular, sob pena de se tornar clandestina.
>
> Portanto, a outorga é a transferência da titularidade e da execução de serviços públicos a pessoas jurídicas de dentro da Administração Pública, quais seja, todas as integrantes da Administração Indireta, mesmo as de direito privado, como as empresas públicas e sociedades de economia mista.

[98] DE MELLO, Celso Antonio Bandeira; *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros Editores. 14º Ed. 2001. São Paulo pp. 607-608

5 DA CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

5.1 A EVOLUÇÃO CONCEITUAL DA NATUREZA JURÍDICA DA CONCESSÃO .

Como bem Carlos S. de Barros Junior, o vocábulo concessão, em acepções mais amplas ou mais restritas, é motivo de certas dificuldades na fixação do seu conceito[99]. De forma geral, nas definições de concessão de serviço público temos como denominador comum o ato de o Estado conferir a entes alheios à administração "novos direitos ou poderes que lhes ampliam a esfera jurídica. Elas configuram atos mediante os quais a Administração Pública atribui a particular poderes e deveres que a ela normalmente competem"[100].

Assim sendo, infere-se que na doutrina pátria e alienígena existe uma grande celeuma quanto à sua definição.

Nesse diapasão, saliente-se que os doutrinadores italianos entendem que a concessão nada mais é que o exercício privado de funções públicas. Assim ZANOBINI[101] ressalta que sob a rubrica de exercício privado de funções públicas estão incluídos todos os tipos de atividades que tenham a finalidade pública, ainda que desempenhada por particulares.

Na doutrina pátria, por sua vez, Maria Sylvia Zanella de Pietro[102], entende que o instituto da concessão pode ser concebido como contrato administrativo por meio do qual a Administração proporciona ao administrado a execução de forma remunerada de um serviço público, de obra ou faz a cessão de uso de bem público, pelos prazos e condições previstos em lei e no contrato.

Marçal Justen Filho define concessão comum de serviço público:

> A concessão comum de serviço público é um contrato plurilateral de natureza organizacional e associativa, por meio do qual a prestação de um

---

[99] DE MELLO, Celso Antonio Bandeira; *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros Editores. 14º Ed. 2001. São Paulo pp. 607-608

[100] ZANOBINI (GUIDO), *Corso di Diritto Amministrativo,* vols. 1.° e 3.°.

[101] idem

[102] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2001. Concessão em sentido amplo é o contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público, de obra pública ou de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais

> serviço público é temporariamente delegada pelo Estado a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal e da sociedade civil, mediante remuneração extraída do empreendimento.

Concessão, no entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello[103], pode ser entendido como o é o instituto por meio do qual a Administração confere a execução de um serviço público a terceiro, que o prestará por sua conta e risco, em estrita observância aos termos do contrato, as quais poderão sempre ser alteradas pelo Estado. Outrossim, garante-se ao concessionário um equilíbrio econômico-financeiro, bem como a remuneração pela exploração de tal serviço, mediante tarifas.

Ainda no que tange à tal instituto, explica Celso Antônio Bandeira de Mello[104] que:

> "em épocas de forçada contração de investimentos públicos, não restará ao Estado senão a alternativa de buscar formas de colaboração com a iniciativa privada, convocando-a para custear total ou parcialmente a realização destes empreendimentos, mediante contrapartida diversa das tradicionalmente oferecidas. Não há dificuldades de monta para tanto, por ser vasto o repertório de vantagens que o Poder Público dispõe e pode oferecer aos particulares para atraí-los".

Assim, na visão do citado autor, é juridicamente possível a instrumentalização desta forma de colaboração com o Poder Público, de modo a que não exista dispêndio de recursos por parte da Administração, a e prestação de serviços públicos seja realizada pelos particulares.

Nesse sentido, ainda, esclarece José Augusto Delgado[105], que não existe na doutrina entendimento uniforme a respeito do instituto jurídico da concessão.

---

[103] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1998. É o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceite prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço".

[104] "Obra pública a custo zero". Revista Trimestral de Direito Público nº 03. São Paulo: Malheiros Editores, pp. 32-41.

[105] DELGADO, José Augusto. Reflexões Sobre a Concessão de Serviço Público. "O questionamento aberto, inicialmente, busca demonstrar a evolução conceituai da natureza jurídica da concessão de serviços públicos. No particular, há de ser considerado o esforço da doutrina no sentido de dotar o sistema jurídico de um entendimento uniforme sobre esse tipo de relação jurídica envolvendo direitos e deveres do Poder concedente e da pessoa física ou jurídica que se posiciona como concessionária. Há teorias vinculadas a determinados segmentos filosóficos jurídicos que enfrentam a missão de desvendar os elementos componentes da concessão, considerando os efeitos que ela produz no mundo jurídico.

Ressalta, ainda, o citado autor[106] que existem cinco teorias a respeito da natureza jurídica da concessão, as quais entendem o instituto da concessão como (i) contrato de direito administrativo; (ii) ato administrativo unilateral; (iii) dois atos jurídicos unilateriais; (iv) contrato típico de direito privado; e (v) contrato de direito misto.

Nesse diapasão, convém ressaltar que tanto a doutrina quanto a jurisprudência pátria consideram o instituto da concessão como uma forma de contrato de direito administrativo .

Como exemplos dessa corrente majoritária, podemos citar Lúcia Valle de Figueiredo, a qual afirma que a concessão nada mais é que "um contrato administrativo por meio do qual o Poder Público transfere o exercício de determinados serviços ao concedente, pessoa jurídica privada, para que os execute em seu nome, por sua conta e risco"[107].

Da mesma forma, Marcelo Caetano[108] entende que a concessão nada mais é que um contrato por meio do qual o Estado repassa a um particular a exploração do serviço público, a ser executado tendo como norte o interesse público.

Outrossim, José Cretella Júnior[109] defende que:

> "A natureza contratual do acordo entre o Estado e o concessionário, o conteúdo público dessa relação de direito, o interesse público predominante em todas as fases da execução do serviço são, segundo parece, os traços característicos desta modalidade de exploração dos serviços públicos, pelo que concluímos com Cavalcanti e Masagão que a natureza jurídica da concessão de serviço público é bem definida: a de um contrato de direito público, oneroso, sinalagmático, perfeito, comutativo,

---

[106] Idem. A respeito, a doutrina tem se dividido em cinco teorias. Todas elas buscam fixar a natureza jurídica da concessão, conforme informa José Cretella Júnior em estudo sistematizado sobre a matéria (Curso de Direito Administrativo, 10a. ed. Forense, pg. 359). As referidas teorias podem ser elencadas no quadro seguinte:
a) a primeira a entende como sendo um contrato de direito administrativo;
b) a segunda a visualiza como um ato administrativo unilateral;
c) a terceira defende ser ela a expressão de dois atos jurídicos unilaterais;
d) a quarta sustenta ser a sua concepção típico contrato de direito privado;
e) a quinta, por fim, a imagina como um contrato de direito misto.

[107] Lúcia Valle Figueiredo, in "Curso de Direito Administrativo", 2a. ed., pg. 65, Malheiros Editora, 1995.

[108] CAETANO, Marcello, in "Manual de Direito Administrativo", Vol. I, pgs. 583/584, 10a. Edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1980. "Chama-se contrato de concessão de serviço público ao acordo pelo qual uma pessoa coletiva de direito público transfere para outra pessoa, durante o prazo estipulado, o seu poder de estabelecer e explorar determinado serviço público, para ser exercido por conta e risco do concessionário mas sempre no interesse público.

[109] CRETTELA JÚNIOR, José. Tratado de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1972 pg. 363.

> realizado intuitu personae e do tipo dos contratos de adesão."

Carlos S. de Barros Junior[110], por sua vez, ressalta que a concessão de serviço público pode ser concebida como uma prestação de forma indireta dos deveres do Estado, delas se excluindo, determinadas atividades inerentes à gestão estatal. Prossegue, o citado autor[111], lembrando que somente podem ser alvo de concessão as atividades de ação social do Estado, e que venham comportar especulação lucrativa.

Por fim, resta lembrar que o legislador pátrio, por meio da Constituição Federal de 1988 e através da Lei n° 9785, disciplinou o instituto da concessão como uma forma de contrato administrativo. Nos dizeres de, José Augusto Delgado[112], "com tal determinação, evitou, de modo absoluto, a discussão doutrinária existente sobre a sua natureza jurídica e criou uma maior segurança jurídica para as partes no tocante aos seus direitos e obrigações".

5.2 A NATUREZA JURÍDICA CONTRATUAL DA CONCESSÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.

Inicialmente, cabe ressaltar que a Constituição Federal de 1988, no artigo 175, determinou que:

> "Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.
> Parágrafo único. A lei disporá sobre:
> I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato17 e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão

[110] A concessão de serviço público é uma forma de prestação indireta do serviço público. Dela se excluem, pois, desde logo, certas atividades que só o Estado pode desempenhar, como as que se enquadram na sua atividade jurídica.
[111] De tal sorte, só atividades próprias do campo da chamada ação social do Estado podem ser aqui consideradas. E assim mesmo, nem todas, mas só aquelas que comportam especulação lucrativa e não exijam coação física sobre os administrados. Podem ser objeto de concessão os serviços de caráter industrial que, pela sua natureza, implicam a utilização de bens do domínio público. O uso da superfície, do sub-solo e do espaço aéreo de bens públicos de uso comum. Sobre tais atividades tem o poder público u m privilégio exclusivo. E os particulares, para exercê-las, só podem fazê-lo mediante delegação de poder público.
[112] DELGADO, José Augusto. Reflexões Sobre a Concessão de Serviço Público

> ou permissão;
> II - os direitos dos usuários;
> III - política tarifária;
> IV - a obrigação de manter serviço adequado. "

Da breve leitura do dispositivo acima transcrito, infere-se que a Lei Maior adotou a teoria de contrato para definir a natureza jurídica da concessão. Esse inclusive era o entendimento adotados pelos constituintes quando da elaboração das Cartas de 1946, 1967 e EC n° 1/69, in verbis:

> CF 1946
>
> "Art. 151. A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais.
> Parágrafo único: Será determinada a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, afim de que os lucros dos concessionários, não excedendo a justa remuneração do capital, lhes permitam atender a necessidade de melhoramentos e expansão desses serviços. Aplicar-se-á a lei às concessões feitas no regime anterior, de tarifas estipuladas para todo o tempo de duração do contrato. "
>
> CF 1967
>
> "Art. 167. A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo: I - obrigação de manter serviço adequado;
> II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; e
> III -fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior."

No plano da legislação infraconstitucional, a Lei n° 8.987/1995 manteve o entendimento exarado nas Cartas Constitucionais acima referidas, visto que reiterou a natureza jurídica do instituto da concessão como contrato administrativo, *in verbis:*

> Art. 1º. As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.

Nesse sentido, deve-se, ainda, rememorar que no artigo 4° da Lei 9.074/1995 reafirma tal teoria ao dispor que:

> "As concessões, permissões e autorizações de exploração de serviços e instalações de energia elétrica e de aproveitamento energético dos cursos de água serão contratadas, prorrogadas ou outorgadas nos termos desta e da Lei n. 8.987, de 1995, e das demais."

Dessa forma, infere-se que o legislador pátrio disciplinou o instituto da concessão de serviço público como uma forma de contrato administrativo.

5.3 ESTRUTURA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA DA CONCESSÃO DE SERVIÇO PUBLICO NO DIREITO LEGISLADO.

Ab initio, cabe ressaltar que a concessão de serviço público é apresentada, em minudências na Lei Maior. Diante de tal fato, Delgado[113] ressalta que tal detalhamento evidencia a importância que os constituintes originário e derivados trataram a questão da delegação aos particulares de um serviço que, por natureza, deveria ser prestado pelo Poder Público.

Pois bem, o artigo 21, incisos XI, XII e XIII, da Carta Magna dispõem que:

Art. 21. Compete à União:

> XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;
> XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:
> a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;
> b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;
> c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;
> d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;
> e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;
> f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;
> (...)
> XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e

[113] DELGADO, José Augusto. Reflexões Sobre a Concessão de Serviço Público. "Esse fato, por si só, está a demonstrar a importância que o legislador constituinte emprestou à forma do Poder Público se relacionar com os particulares no que se refere à execução de determinados serviços públicos. Provoca, por outro lado, uma interpretação a respeito da sua eficácia vinculada ao mesmo patamar adotado quando se debruça sobre o entendimento de qualquer norma constitucional, especialmente, no que tange aos efeitos provocadores de existência, validade, eficácia e efetividade."

> reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:
> a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional;
> b) sob regime de permissão, são autorizadas a comercialização e a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais;
> c) sob regime de permissão, são autorizadas a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas;
> d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa;

O Capítulo III da Constituição, que tutela organização dos Estados Federados, em seu artigo 25, prevê que:

> "Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.
> § 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.
> § 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação."

O art. 49, XII, por sua vez, prevê ser competência do Congresso Nacional "apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão."

A Constituição Federal, no Capítulo I do Título VII, ao estabelecer os princípios gerais da atividade econômica enuncia, em seu artigo 175:

> Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.
> Parágrafo único. A lei disporá sobre:
> I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
> II - os direitos dos usuários;
> III - política tarifária;
> IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Pois bem, ao tecer comentários sobre o artigo 175 da Carta Magna, José Cretella Júnior[114], em especial, sobre a delegação de serviços públicos, esclarece que:

> **"Serviço público é, portanto, toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas,**

[114] CRETELLA Júnior, José, em seus COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DE 1988, fls. 4104/4108

> **mediante procedimento peculiar ao direito público, derrogatório e exorbitante do direito comum.**
>
> (...)
>
> Podem ser objeto de permissão apenas os serviços que, sem prejuízo para a ordem pública ou social, admitem remuneração por parte do usuário, como os que não requerem o emprego de força contra o particular recalcitrante para que possam ser levados a termo (cf. Enrico Presutti, **Principii fontamentali di scienza della amministrazione**, 1903, p. 202).
>
> Em suma, exceto os serviços públicos indelegáveis, por exigirem o emprego da força para ser exercidos, em caso de recalcitrância, como o poder de polícia e a distribuição de justiça, os demais serviços públicos podem ser objeto de prestação pela permissionária.
>
> Então nesse caso, por exemplo, os serviços públicos de transporte coletivo, que podem ser outorgados quer por meio de concessão, quer por meio da permissão, motivo por que, prestando a permissionária determinado tipo de serviço público, no âmbito federal, estadual ou municipal, por prazo fixo ou por prazo indeterminado, deve ser incluída entre as entidades da Administração indireta.
>
> (...)
>
> Quer os serviços sejam prestados por **concessionárias**, quer sejam prestados por **permissionárias**, a respectiva outorga somente será feita por **licitação pública**, definida como o **procedimento administrativo que precede as contratações administrativas**, ou que antecede qualquer pronunciamento, mesmo unilateral do poder público, envolvendo outorga de serviços públicos a particular, para geri-los (cf. vol. III, p. 1607 destes Comentários)."

Outrossim, HELY LOPES MEIRELLES[115], ao tratar da **regulamentação e controle** dos serviços públicos, consigna:

> "A regulamentação e controle do serviço público e de utilidade pública caberão sempre e sempre ao Poder Público, qualquer que seja a modalidade de sua prestação aos usuários. O fato de tais serviços serem delegados a terceiros, estranhos à Administração Pública, não retira do Estado seu poder indeclinável de regulamentá-los e controlá-los, exigindo sempre sua atualização e eficiência, de par com o exato cumprimento das condições impostas para sua prestação ao público. Qualquer deficiência do serviço que revele inaptidão de quem o presta ou descumprimento de obrigações impostas pela Administração ensejará a intervenção imediata do Poder Público delegante para regularizar seu funcionamento ou retirar-lhe a prestação.
>
> Em todos os atos ou contratos administrativos, como são os que cometem a exploração de serviços públicos a particulares, está sempre presente a possibilidade de modificação unilateral de suas cláusulas pelo Poder Público ou de revogação da delegação, desde que o interesse coletivo assim o exija. Esse poder discricionário da Administração é, hoje, ponto pacífico na doutrina e na jurisprudência.

[115] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997.

> O Estado deve ter sempre em vista que o serviço público e de utilidade pública são serviços para o público e que os concessionários ou quaisquer outros prestadores de tais serviços são, na feliz expressão de Brandeis, public servants, isto é, criados, servidores do público. O fim precípuo do serviço público ou de utilidade pública, como o próprio nome está a indicar, é servir ao público e, secundariamente, produzir renda a quem o explora. Daí decorre o dever indeclinável de o concedente regulamentar, fiscalizar e intervir no serviço concedido sempre que não estiver sendo prestado a contento do público a que é destinado.
>
> "Deve o Estado – são palavras de Anhaia Mello – no exercício do poder inerente à sua sabedoria, fixar tarifas, determinar standards de serviço, fiscalizar a estrutura financeira de todas as empresas de serviços de utilidade pública."

Mais adiante, ao dispor sobre serviços delegado, Hely Lopes[116] esclarece que a Administração pode realizar a prestação de serviços públicos diretamente ou delegá-los à administração indireta. Outrossim, também é juridicamente admissível acordos de cooperação com paraestatais e contratos com empresas privadas e particulares.

Ao tratar especificamente dos serviços concedidos afirma esse autor, na obra antes referida, que são todos aqueles que o particular executa em seu nome, por sua conta e risco, remunerados por tarifa, na forma regulamentar, mediante delegação contratual ou legal do Poder Público concedente. Serviço concedido é serviço do Poder Público, apenas executado por particular em razão da concessão, assim definindo a concessão (fl. 338):

> "Concessão é a delegação contratual ou legal da execução do serviço, na forma autorizada e regulamentada pelo Executivo. O contrato de concessão é ajuste de Direito Administrativo, bilateral, oneroso, comutativo e realizado intuitu personae. Com isto se afirma que é um acordo administrativo (e não um ato unilateral da Administração), com vantagens e encargos recíprocos, no qual se fixam as condições de prestação dos serviço, levando-se em consideração o interesse coletivo na sua obtenção e as condições pessoais de quem se propõe a executá-lo por delegação do poder concedente. Sendo um contrato administrativo, como é, fica sujeito a todas as imposições da Administração necessárias à formalização do ajuste, dentre as quais a autorização legal, a regulamentação e a licitação."

Nessa mesma obra, ao tratar dos **serviços permitidos**, assevera, às

---

[116] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 31ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997. "A Administração pode prestar seus próprios serviços, por meio dos órgãos da Administração direta, ou prestá-los descentralizadamente, através das entidades autárquicas, fundacionais e paraestatais que integram a Administração indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mesta e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público), ou, ainda, por meio de entes paraestatais de cooperação que não compõem a Administração direta nem a indireta (serviços sociais autônomos e outros) e, finalmente, por empresas privadas e particulares individualmente (concessionários, permissionários e autorizatários; CF, arts. 21, XII, e 175)."

fls. 350/352[117]:

> “Além dos serviços concedidos, que vimos precedentemente, há, ainda, os serviços permitidos, que veremos agora, e os serviços autorizados, que serão vistos ao depois. Todos são modalidades de serviços delegados ao particular, apenas por formas e com garantias diferentes: a concessão é delegação contratual e, modernamente, legal; a permissão e a autorização constituem delegações por ato unilateral da Administração; aquela com maior formalidade e estabilidade para o serviço; esta com mais simplicidade e precariedade na execução.
>
> Serviços permitidos são todos aqueles em que a Administração estabelece os requisitos para sua prestação ao público e, por ato unilateral (termo de permissão) comete a execução aos particulares que demonstrarem capacidade para seu desempenho.
> A permissão é, em princípio, discricionária e precária, mas admite condições e prazos para exploração do serviço, a fim de garantir rentabilidade e assegurar a recuperação do investimento do permissionário visando a atrair a iniciativa privada. O que se afirma é que a unilateralidade, a discricionariedade e a precariedade são atributos da permissão, embora possam ser excepcionados em certos casos, diante do interesse administrativo ocorrente. Esses condicionamentos e adequações do instituto para delegação de serviços de utilidade pública ao particular - empresa ou pessoa física - não invalidam a faculdade de o Poder Público, unilateralmente e a qualquer momento, modificar as condições iniciais do termo ou, mesmo, revogar a permissão sem possibilidade de oposição do permissionário, salvo se ocorrer abuso de poder ou desvio de finalidade da administração ou se tratar de permissão condicionada, caso em que as condições e prazos devem ser respeitados pela Administração que os instituiu.
>
> (...)
>
> A permissão, por sua natureza precária, presta-se à execução de serviços ou atividades transitória, ou mesmo permanentes, mas que exijam freqüentes modificações para acompanhar a evolução da técnica ou as variações do interesse público, tais como o transporte coletivo, o abastecimento da população e demais atividades cometidas a particulares, mas dependentes do controle estatal.
>
> Em geral, a permissão não gera privilégio, nem assegura exclusividade ao permissionário, salvo cláusula expressa nesse sentido. A permissão para a prestação de serviço público ou de utilidade pública, agora, pela Constituição de 1988, exige licitação, nos termos do seu art. 175. Observe-se, ainda, que aos permissionários não se estendem automaticamente as prerrogativas dos concessionários, só se beneficiando das que lhes forem expressamente atribuídas.
>
> (...)
>
> A permissão vem sendo a modalidade preferida pelas Administrações federal, estaduais e municipais para delegação de serviços de transporte coletivo a empresas de ônibus nas respectivas áreas de sua competência, muito embora o Código Nacional de Trânsito (Lei 5.109, de 21.9.66) admita também a concessão e a autorização (art. 44).
>
> Observe-se, finalmente, que serviço permitido é serviço de utilidade pública e, como tal, sempre sujeito às normas do Direito Público. Não se pode, assim, realizar permissão ou traspassar a prestação de serviço permitido

[117] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 31ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997.

> em forma de avença privada, em que predomina o interesse particular. Nem sempre as normas do Direito Privado servirão para regular satisfatoriamente o funcionamento do serviço de interesse público.”

Face ao exposto, é natural inferir que, nos termos dos artigos acima transcritos, a concessão e a permissão de serviço público deverá se dar por meio de procedimento licitatório.

6 DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS DANOS CAUSADOS PELO CONCESSIONÁRIO

6.1 DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO CONCESSIONÁRIO

Consoante exposto nos capítulos anteriores, os serviços públicos não são prestados, necessariamente, pelas pessoas jurídicas de direito público, eis que existem, em nosso ordenamento jurídico, a figura da delegação e da concessão do serviço público.

Nesse sentido, convém rememorar que o artigo 37, § 6º[118], da Constituição Federal de 1988 traz o dever de as pessoas jurídicas de direito público (pessoas políticas, autarquias e fundações públicas) e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos responderem pelos danos causados a terceiros pelos seus agentes, quando ocorridos em decorrência da execução de uma função pública.

O dispositivo em referência trouxe a responsabilidade objetiva, por danos causados a terceiros, do Estado e dos agentes privados imbuídos no desempenho de uma função pública.

O Direito brasileiro, dessa forma, adota a responsabilidade objetiva do Estado na modalidade *Risco Administrativo*.

A teoria da responsabilidade objetiva do Estado tem como pressuposto a repartição dos encargos e a justiça social. Assim sendo, o Poder Público concedente responde objetivamente pelos danos causados pelas empresas concessionárias, em razão de falha da Administração na escolha da concessionária ou na fiscalização de

[118] § 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.

suas atividades, visto que atividade era diretamente constitutiva para a Administração Pública[119].

Nesta (modalidade), basta, para sua configuração, somente a evidência do ato, do dano e do nexo de causalidade, sendo, portanto, irrelevante o fato de o agente ter agido com ou sem dolo e culpa. Isso porque, de acordo com o dispositivo constitucional indicado, a pessoa jurídica poderá ajuizar ação de regresso contra o agente causador do dano, momento em que será discutida a existência de culpa ou dolo deste.

Além disso, a teoria admite três formas de atenuação/exclusão dessa responsabilidade: a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito/força maior e a culpa de terceiro. No entanto, a comprovação da ocorrência de um desses eventos fica exclusivamente a cargo da pessoa jurídica demandada, ocorrendo, logo, a inversão do ônus da prova.

Verifica-se, assim, que a responsabilidade civil pelos danos ocasionados aos administrados pela concessionária, visto que está desempenhando um serviço público. Dessa maneira, deve ser lhe aplicável, segundo a doutrina majoritária, a teoria do risco administrativo.

Assim sendo, é irrelevante para a responsabilização do Estado qual é a pessoa jurídica exerça as atividades de prestação de serviço público, em razão de a Administração ser a titular do serviço e do interesse público envolvido. Transferida a prestação do serviço a um concessionário, tal responsabilidade se dará segundo as regras de Direito Público, em razão de manifesta disposição constitucional nesse sentido.

Todavia, deve ter-se em mente que a responsabilidade da concessionária de serviço público somente será objetiva quando esta exercer a atividade concedida ou delegada e quando o dano for causado no exercício de tal atividade.

Salienta, J dos Santos Carvalho Filho[120] que, razão da diferença existente entre as relações jurídicas celebradas entre o concessionário de serviço público e o

[119] MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A responsabilidade objetiva das concessionárias de serviço público: A jurisprudência do STF e o papel da doutrina

[120] Outra questão a respeito de concessionários consiste na distinção que alguns fazem sobre a

usuário do serviço, e, de outro lado, entre o concessionário e terceiro não-usuário, somente haverá responsabilidade civil objetiva por parte da concessionária de serviços público na primeira hipótese. Na segunda relação jurídica, responsabilidade deverá se pautar pela lei civil, ou seja, serão aplicáveis os princípios e regramentos da responsabilidade subjetiva.

Esse, inclusive, foi o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 262.651, que julgou ação versando sobre colisão entre um ônibus integrante da frota de uma concessionária de serviço público de transporte e automóvel de particular. No referido caso, o Min. Carlos Velloso entendeu não ser aplicável ao no caso a teoria da responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da CF, in verbis:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSIONÁRIO OU PERMISSIONÁRIO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. C.F., art. 37, § 6º. I. - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente aos usuários do serviço, não se estendendo a pessoas outras que não ostentem a condição de usuário. Exegese do art. 37, § 6º, da C.F. II. - R.E. conhecido e provido. II. – R.E. conhecido e provido.

A respeito do tema, Floriano P. A. Marques Neto salienta[121] que a Constituição de 1988, em especial, em razão do seu artigo art. 37, §6º, ofertou

---

relação jurídica firmada entre o concessionário e o usuário do serviço, de um lado, e entre o concessionário e terceiro não-usuário, de outro. Nessa linha, há entendimento no sentido de que somente incide a responsabilidade objetiva na primeira hipótese, ou seja, quando se trata de dano causado ao usuário do serviço, o mesmo não ocorrendo na segunda, quando então incidiria a responsabilidade subjetiva da lei civil.

[121] MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **A responsabilidade objetiva das concessionárias de serviço público: A jurisprudência do STF e o papel da doutrina.** *In:* Revista de Direito Administrativo Contemporâneo (Coordenação Geral: Marçal Justen Filho). Ano 1, vol. 0, maio-jun/2013. São Paulo: Thompson Reuters Revista dos Tribunais, 2013, p. 20. A Constituição de 1988 (art. 37, §6º) deu novos contornos ao tema da responsabilidade objetiva para alcançar as pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviço público. O tema foi levado à apreciação do STF em meados da década de 1990, ficando desde logo estabelecida a responsabilidade objetiva com fundamento no risco administrativo, que caracterizaria o sistema de responsabilidade civil no Estado no Direito brasileiro. Os julgados deste período não faziam a necessária distinção entre usuários e não usuários do serviço público ao qual a empresa privada, geralmente uma concessionária, prestava, aplicando invariavelmente a mesma solução jurídica aos mais diferentes. (...) A colocação do tema tomando por base a diferenciação do “terceiro” na relação de

novas características à temática da responsabilidade objetiva, a fim de que fossem abarcados também os atos lesivos cometidos pelas as pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviço público.

Segundo, ainda, o referido autor, o tema foi alvo de apreciação do Supremo Tribunal Federal, sendo que o referido órgão firmou o entendimento quanto à responsabilidade objetiva com fundamento no risco administrativo. Todavia, nos anos posteriores à promulgação da Carta de 1988, os julgados não distinguiam a relação jurídica travada entre usuários e a concessionária de serviços, bem como o liame jurídico existente entre os não usuários do serviço público e a concessionária, aplicando-se, assim, a mesma solução jurídica para os citados casos.

Todavia, tal tese não é pacífica na doutrina. Nesse sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello defende a inexistência de distinção entre terceiros usuários e não usuários dos serviços públicos, assim como a responsabilização de forma objetiva da concessionária por quaisquer danos causados[122]:

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

---

responsabilidade travada com a concessionária de serviço público, porém, apenas se colocaria no RE 262.651, que indicará uma primeira inflexão na jurisprudência da Suprema Corte no assunto.

[122] RE 262.651 [8]http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28262651%2ENUME%2E+OU+262651%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bwfmm6y

> qualidade de prestadora dele. Donde, sua responsabilidade é a que está configurada no §6º do art. 37.” (grifo do autor).

No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho[123], critica a posição do Supremo Tribunal Federal, pois, segundo o autor, não existe no ordenamento jurídico pátrio lei a fim de limitar de que seja aplicável a teoria da responsabilidade objetiva das pessoas privadas prestadoras de serviços públicos tão somente nas hipóteses de danos causados a usuário.

Ressalta, ainda, o referido autor que a Constituição Federal não distinguiu as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos, de forma que a reparação de danos deveria sempre se pautar pela responsabilidade objetiva.

Outrossim, Lucas Rocha Furtado[124], defende que não deveria ser admissível a distinção entre usuário e não usuário de serviços para delimitação de qual teoria da responsabilidade verá ser aplicada. Ressalta, ainda, o citado autor que o único critério utilizado pela Carta Magna para definição do tipo de responsabilidade a ser adotada pelas entidades prevê a responsabilidade objetiva em razão da prestação dos serviços públicos, sempre que o desempenho dessa

---

[123] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003 Não importa que o dano tenha sido causado a usuário ou a terceiro não-usuário; na verdade, não há razão para privilegiar aquele em detrimento deste. O que se deve realçar é o fato de que, atuando em nome do Estado, por delegação, a pessoa está sujeita à teoria do risco administrativo, ou seja, deve indenizar os danos que causa em virtude de suas atividades, ainda que estejam estas despidas do elemento culpa.
(...) No fundo, nenhuma diferença faz que o dano seja cometido por agente do Estado em si, ou por empregado de pessoa que atua em nome do Estado: o lesado de qualquer modo terá sido prejudicado por ação imputável ao poder estatal, e a este deve aplicar-se a responsabilidade objetiva prevista em sede constitucional.

[124] FURTADO, Lucas Rocha Furtado. **Curso de Direito Administrativo.** Belo Horizonte: Fórum, 2007. Assim sendo, parece-nos que o único critério apontado pela Constituição Federal como referencial para delimitar a responsabilidade civil objetiva dessas entidades está relacionado à prestação do serviço público. Ou seja, se o texto constitucional confere às pessoas jurídicas de Direito Privado responsabilidade objetiva em razão da prestação dos serviços públicos, sempre que o desempenho dessa atividade causar prejuízo aos usuários ou a terceiros não usuários, ela responde de forma objetiva.(...)
Não nos parece, todavia, que o texto constitucional apresente elementos que permitam restringir ainda mais o âmbito da responsabilidade civil objetiva das pessoas de Direito Privado que prestam serviços públicos fazendo-a alcançar tão-somente os usuários do serviço.
O risco assumido pela empresa privada está relacionado à prestação do serviço público. Se assume esse risco, deve responder de forma objetiva perante qualquer um que sofra prejuízo em decorrência da prestação do serviço (passageiro ou pedestre).
Essa é a conclusão mais adequada ao texto constitucional. Contrária a ela, todavia, os leitores dispõem de decisão do Supremo Tribunal Federal.

atividade venha a ocasionar prejuízo aos usuários ou a terceiros não usuários, ela responde de forma objetiva.

Dessa forma, aceitar posição diversa da acima mencionada é dar azo para que as concessionárias evitem o ressarcimento dos prejuízos causados aos usuários em decorrência da prestação de um serviço público, uma vez que de acordo com teoria da responsabilidade subjetiva, via de regra, seria dificílimo ao usuário provar a culpa da concessionária. Logo, não é juridicamente admissível entender como subjetiva a responsabilidade da concessionária pelos prejuízos ocasionados em razão da prestação do serviço.

Pois bem, nesse diapasão, em 2009, o Supremo Tribunal Federal alterou seu entendimento, de forma que deixou de analisar o art. 37, § 6º, da Constituição Federal de maneira restritiva, passando a interpretá-lo de acordo com o princípio da isonomia. Destarte, de acordo com o novel entendimento da Corte Suprema, não é admissível distinção entre os terceiros e os usuários do serviço público, em razão do fato de ambos estão sujeitos ao dano decorrente da ação estatal, *in verbis:*

> 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.
>
> ***(STF, RE nº 591.874/MS, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/08/2009, REPERCUSSÃO GERAL).***

Segundo Dinorah[125] o referido recurso redefiniu o teor jurídico do termo “terceiros”, constante do artigo 37, §6º, da Constituição Federal, a fim de abarcar, também, os administrados que não se utilizassem do serviço público. Dessa maneira, concluiu a Corte Suprema que não se deve interpretar de maneira restritiva o citado artigo, em especial, em razão do princípio da isonomia, que não admite distinções infundadas, em especial, entre administrados usuários de serviços públicos e os não usuários. Dessa forma, de acordo com os princípios constitucionais, quaisquer deles que venham a sofrer danos em razão da atividade administrativa, deverá ser ressarcido, pois estão sujeitos à proteção constitucional decorrente da responsabilidade objetiva do Estado.

Em suma, a nova decisão pacificou a questão da responsabilidade da concessionária de serviço público perante terceiros usuários e não usuários de serviços público.

6.2 RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Como exaustivamente demonstrado no capítulo anterior, o concessionário, ao executar os serviços público outorgados em nome próprio, passa a incorrer nos riscos naturais do empreendimento, tendo direito, inclusive à inalterabilidade do objeto, a fim de garantir que o serviço seja prestado regularmente.

---

[125] O RE discutiu se a palavra “terceiros”, contida no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal também alcança pessoas que não se utilizam do serviço público. Isto porque a empresa alegava que o falecido não era usuário do serviço prestado por ela.84 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. 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.

Infere-se, portanto, que a responsabilidade do concessionário pelos prejuízos causados aos particulares e relacionados à prestação do serviço público, rege-se pelos mesmos princípios e regras inerentes à responsabilidade civil do Estado, consoante dispõe o art. 37, § 6º, da Lei Maior.

Conforme ressalta Franciele Pisseta[126], em razão de o Estado ser, segundo a Constituição Federal, o titular do serviço público o regime jurídico a ser aplicável na prestação de serviços é o de direito público. Assim sendo, caso haja transferência da prestação do serviço público a delegatários, a responsabilidade por atos decorrentes dessa prestação é do mesmo tipo a que se sujeitaria o Poder Público, caso prestá-lo diretamente.

Nesse sentido, não obstante o teor do artigo 25[127] da Lei Geral de Concessões, tanto a doutrina quanto à jurisprudência, têm afirmado pela responsabilidade do Estado (ora subsidiária, ora solidária) pelos atos ilícitos cometidos pelas concessionárias de serviço público.

Pois bem, nesse ínterim, infere-se que o fundamento para a responsabilidade solidária, para alguns, deriva do dever de fiscalização da concessão. Dessa maneira, quando o dano for oriundo de omissão do Estado no seu dever de fiscalização da concessão (culpa *in vigilando*) ou, ainda, quando a empresa for má escolhida no procedimento licitatório (culpa *in elegendo*), o órgão concedente responderá solidariamente com a concessionária.

---

[126] PISETTA, Francieli. **Responsabilidade civil das prestadoras de serviço público: um enfoque sobre o não usuário.** São Paulo: LTR, 2013, p. 58-59.

[127] 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 atenue essa responsabilidade.

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

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

§ 3º A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido.

No mesmo sentido, Yussef Said Cahali[128], salienta que a responsabilidade da Administração por danos causados pelos concessionários ou permissionários a terceiros pode ser solidária, e não simplesmente subsidiária, em razão da má escolha do concessionário ou desídia na fiscalização.

Para os que defendem a responsabilidade subsidiária do Estado, a origem da responsabilidade seria o fato de o art. 175 da Carta Magna determinar que a prestação do serviço público compete ao Estado, que é o titular, gestor e ente fiscalizador da prestação de serviço público. O citado artigo atribui a irrenunciável titularidade do serviço público à Administração, podendo, assim, o Estado efetuar a delegação de sua prestação a particulares, que irão atuar sob o regime de colaboração. Assim sendo, o referido ente responderá, mesmo que em última instância e de forma subsidiária, pelos atos de seus delegados.

Dessa maneira, de acordo com os citados autores, passa a ser indefensável a tese de responsabilidade solidária, visto que a solidariedade deriva da lei ou do contrato. Outrossim, segundo os referidos doutrinadores inexiste norma atribuindo solidariedade ao Estado em relação à pessoa jurídica com a qual firma contrato para a concessão ou permissão de serviço público. Assim sendo, o Estado responderia, tão somente, de forma subsidiaria, uma vez exauridos os recursos da daquele que figura como responsável primária.

Nesse sentido, Dinorá Adelaide Musetti Grotti[129], salienta que na hipótese de insolvência do concessionário, os prejuízos provenientes da prestação do serviço

---

[128] CAHALI, Yusef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 97. A exclusão da responsabilidade objetiva e direta do Estado (da regra constitucional) em reparar os danos causados a terceiros pelo concessionário (como também o permissionário ou autorizatário), assim admitida em princípio, não afasta a possibilidade do reconhecimento de sua responsabilidade indireta (por fato de outrem) e solidária, se, em razão da má escolha do concessionário a quem a atividade diretamente constitutiva do desempenho do serviço foi concedida, ou de desídia na fiscalização da maneira como este estaria sendo prestado à coletividade, vem a concorrer por esse modo para a verificação do evento danoso.

[129] GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A experiência brasileira nas concessões de serviço público "Importa notar que, no caso de insolvência do concessionário, os danos resultantes de atividade diretamente constitutiva do desempenho do serviço, ainda que realizado de modo faltoso, acarretam responsabilidade subsidiária (não solidária) do poder concedente. Já os prejuízos de terceiros oriundos de comportamentos do concessionário alheios à própria prestação do serviço - ainda que assumidos a fim de se instrumentar para a prestação dele - não são suportáveis pelo concedente, no caso de insolvência do concessionário. Quem contrata ou se relaciona com este, tanto como em suas relações com qualquer outra pessoa, deve acautelar-se com respeito às condições de solvência da outra parte".

público, mesmo que haja dolo ou culpa da concessionária, acarretam a responsabilidade subsidiária do Estado, isto é, do poder concedente.

Nessa mesma linha, Celso Antonio Bandeira de Mello[130] entende que nos casos em que o concessionário responsável estiver em situação de insolvência financeira a Administração deverá saldar os prejuízos e indenizações daí decorrentes. Isso porque os danos foram causados por atividade que era, em última instância, estatal, que deveria ser prestada pela Administração. Muito embora tenha havido delegação, a atividade continua sendo de titularidade do estado. Assim sendo, deve-se falar em responsabilidade subsidiária do ente concedente.

Outrossim, ressalta o citado autor:

> "Em se tratando de responsabilidade subsidiária do Estado, incluem-se, também, as demais pessoas jurídicas de direito público auxiliares do Estado, bem como quaisquer outras, inclusive de direito privado, que inobstante alheias à sua estrutura orgânica central, desempenham cometimentos estatais sob concessão ou delegações explícitas (concessionárias de serviço público e delegados de funções públicas) ou implícitas (sociedade de economia mistas e empresas do Estado em geral, quando no desempenho de serviço público propriamente dito). Isso porque não faria sentido que o Estado se esquivasse a responder subsidiariamente ou seja, depois de exaustas as forças da pessoa alheia à sua intimidade estrutural – se a atividade lesiva só é possível porque o estado lhe colocou em mãos o desempenho da atividade exclusivamente pública geradora do dano."

Seguindo a linha de pensamento estabelecida por Celso Antonio Bandeira de Mello é natural inferir que o Estado tem responsabilidade perante a terceiros por danos causados na concessão de serviços públicos, quando exauridos todos os

---

[130] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 29º edição, Editora Malheiros. Rio de Janeiro. 2012 "Pode dar-se o fato de o concessionário responsável por comportamento danoso vir a encontrar-se em situação de insolvência. Uma vez que exercia atividade estatal, conquanto por sua conta e risco, poderá ter lesado terceiros por força do próprio exercício da atividade que o Estado lhe pôs em mãos. Isto é, os prejuízos que causar poderão ter derivado diretamente do exercício de um poder cuja utilização só lhe foi possível por investidura estatal. Neste caso, parece indubitável que o Estado terá que arcar com os ônus daí provenientes. Pode-se, então, falar em responsabilidade subsidiária (não solidária) existente em certos casos, isto é, naqueles – como se expôs – em que os gravames suportados por terceiros hajam procedido do exercício, pelo concessionário, de uma atividade que envolveu poderes especificamente do Estado".

recursos financeiros da concessionária, visto que foi o próprio Estado a quem delegou tais serviços.

Outrossim, Carvalho Filho[131] ressalta que a responsabilidade da Administração será primária quando o dano tiver sido provocado por um de seus servidores. Todavia, nos casos em que o dano seja cometido por um funcionário da concessionária, a responsabilidade primária, nesse caso, recairá sobre a referida pessoa jurídica. Assim sendo, a responsabilidade da Administração será subsidiária, ou seja, somente "nascerá quando o responsável primário não tiver mais forças para cumprir sua obrigação de reparar o dano ao qual deu causa"[132].

Logo, indefensável a teoria de que o Estado tem responsabilidade solidária pelos danos causados pelos concessionários de serviço público somente pelo fato de ter havido concessão ou permissão para execução do serviço público.

Nesse sentido José dos Santos Carvalho Filho[133] salienta que o Estado não é uma espécie de segurador universal, não sendo responsável por todos os danos causados aos administrados. Assim sendo, antes de mais nada, deve-se verificar a conduta administrativa, a fim de constatar se o Estado concorreu com o ente ou pessoa jurídica responsável para pelo ato ilícito. Dessa maneira, havendo concorrência haverá realmente solidariedade, já que o Estado incidiu na culpa *in ommittendo* ou *in vigilando*. Todavia, caso a culpa seja exclusiva da pessoa prestadora de serviço público, a responsabilidade do Estado será meramente subsidiária.

Esse, inclusive, é o entendimento esposado pelos tribunais superiores, que asseveram, até mesmo, que a responsabilização subsidiária da Administração

---

[131] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 571.

[132] idem

[133] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 570. O Poder Público não é, repita-se, o segurador universal de todos os danos causados aos administrados. O que é importante é verificar a conduta administrativa. Se a Administração concorreu com a pessoa responsável para o resultado danoso (o que ocorre algumas vezes por negligência e omissão administrativa), haverá realmente solidariedade; a Administração terá agido com culpa *in ommittendo* ou *in vigilando*, podendo ser demandada juntamente com o autor do dano. Contudo, se a culpa é *exclusiva* da pessoa prestadora de serviço público, a ela deve ser imputada a *responsabilidade primária* e ao Poder Público a *responsabilidade subsidiária*. Resulta, pois, nessa hipótese que eventual demanda indenizatória deve ser dirigida em face exclusivamente do causador do dano, sendo a Administração parte ilegítima*ad causam* na referida ação

apenas passaria a existir em razão da insolvência financeira da concessionária de serviços públicos, sendo este o termo *a quo* para a contagem do lapso prescricional:

> Administrativo – **Empresa prestadora de serviço público** – Dano – Reparação – Responsabilidade objetiva – Configuração – Responsabilidade subsidiária do Estado.
> Administrativo. Recurso especial. Responsabilidade civil administrativa. Responsabilidade objetiva. Responsabilidade subsidiária do Estado.
> 1. As regras de Direito Administrativo e Constitucional dispõem que as empresas criadas pelo Governo respondem por danos segundo as regras da responsabilidade objetiva, e, na hipótese de exaurimento dos recursos da prestadora de serviços, o Estado responde subsidiariamente (art. 37, § 6º, da Constituição Federal).
> 2. É defeso atribuir o cumprimento de obrigação por ato ilícito contraída por empresa prestadora de serviços públicos a outra que não concorreu para o evento danoso, apenas porque também é prestadora dos mesmos serviços públicos executados pela verdadeira devedora. Tal atribuição não encontra amparo no instituto da responsabilidade administrativa, assentado na responsabilidade objetiva da causadora do dano e na subsidiária do Estado, diante da impotência econômica ou financeira daquela.
> 3. Recurso especial provido. (**REsp n. 738.026 – RJ)**

> RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. PODER CONCEDENTE. CABIMENTO. PRESCRIÇAO. NAO OCORRÊNCIA. 1. Há responsabilidade subsidiária do Poder Concedente, em situações em que o concessionário não possuir meios de arcar com a indenização pelos prejuízos a que deu causa. Precedentes. 2. No que tange à alegada ofensa ao art. 1º, do Decreto 20.910/32, mostra-se improcedente a tese de contagem da prescrição desde o evento danoso, vez que os autos revelam que a demanda foi originalmente intentada em face da empresa concessionária do serviço público, no tempo e no modo devidos, sendo que a pretensão de responsabilidade subsidiária do Estado somente surgira no momento em que a referida empresa tornou-se insolvente para a recomposição do dano. 3. Em apreço ao princípio da actio nata que informa o regime jurídico da prescrição (art. 189, do CC), há de se reconhecer que o termo a quo do lapso prescricional somente teve início no momento em que se configurou o fato gerador da responsabilidade subsidiária do Poder Concedente, in casu , a

> falência da empresa concessionária, sob pena de esvaziamento da garantia de responsabilidade civil do Estado nos casos de incapacidade econômica das empresas delegatárias de serviço público. 4. Recurso especial não provido.
> (REsp 1.135.927/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 10.08.2010, DJ 19.08.2010)

Conforme exposto nos parágrafos anteriores, o Estado responderá subsidiariamente pelos atos do concessionário e permissionário do serviço público, especificamente, quando o delegado estiver em situação de insolvência financeira. Todavia, é condição *sine qua non* que o dano seja decorrente de atividade estritamente relacionada com o exercício dos serviços públicos concedidos.

Por derradeiro, não podemos olvidar da antiga posição do Colendo STJ, de acordo com a qual o Estado, nas demandas coletivas que discutam interesses metaindividuais, responde de forma solidaria com o concessionário. Tal responsabilidade decorre do fato de o Estado ter o dever de fiscalizar e que a omissão nesse dever pode causar danos a tais direitos:

> DIREITO ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. ARTIGOS 23, INCISO VI E 225, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO. SOLIDARIEDADE DO PODER CONCEDENTE. DANO DECORRENTE DA EXECUÇÃO DO OBJETO DO CONTRATO DE CONCESSÃO FIRMADO ENTRE A RECORRENTE E A COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SABESP (DELEGATÁRIA DO SERVIÇO MUNICIPAL). AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO POR ATO DE CONCESSIONÁRIO DO QUAL É FIADOR DA REGULARIDADE DO SERVIÇO CONCEDIDO. OMISSÃO NO DEVER DE FISCALIZAÇÃO DA BOA EXECUÇÃO DO CONTRATO PERANTE O POVO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA RECONHECER A LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO. I - O Município de Itapetininga é responsável, solidariamente, com o concessionário de serviço público municipal, com quem firmou "convênio" para realização do serviço de coleta de esgoto urbano, pela poluição causada no Ribeirão Carrito, ou Ribeirão Taboãozinho. II - Nas ações coletivas de proteção a direitos metaindividuais, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a responsabilidade do poder concedente não é subsidiária, na forma da novel lei das concessões (Lei n.º 8.987 de 13.02.95), mas objetiva e, portanto,

solidária com o concessionário de serviço público, contra quem possui direito de regresso, com espeque no art. 14, § 1° da Lei n.º 6.938/81. Não se discute, portanto, a liceidade das atividades exercidas pelo concessionário, ou a legalidade do contrato administrativo que concedeu a exploração de serviço público; o que importa é a potencialidade do dano ambiental e sua pronta reparação.

(REsp 28.222/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA TURMA, julgado em 15.02.2000, DJ 15.10.2001)

7 CONCLUSÃO

O estudo da responsabilidade civil extracontratual do Estado passou, assim como a maioria dos institutos de direito contemporâneo, por profundas alterações no decorrer de sua aplicação. Desde uma afirmativa geral de irresponsabilidade estatal até a acepção de que o Estado deveria suportar as indenizações reparando danos pela teoria do risco integral, vários foram os doutrinadores que se debruçaram sobre o tema.

Nesse sentido, convém rememorar que o artigo 37, § 6º[134], da Constituição Federal de 1988 traz o dever de as pessoas jurídicas de direito público (pessoas políticas, autarquias e fundações públicas) e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos responderem pelos danos causados a terceiros pelos seus agentes, quando ocorridos em decorrência da execução de uma função pública.

O dispositivo em referência trouxe a responsabilidade objetiva, por danos causados a terceiros, do Estado e dos agentes privados imbuídos no desempenho de uma função pública. O Direito brasileiro, dessa forma, adota a responsabilidade objetiva do Estado na modalidade *Risco Administrativo*.

Nesta (modalidade), basta, para sua configuração, somente a evidência do ato, do dano e do nexo de causalidade, sendo, portanto, irrelevante o fato de o agente ter agido com ou sem dolo e culpa. Isso porque, de acordo com o dispositivo constitucional indicado, a pessoa jurídica poderá ajuizar ação de regresso contra o agente causador do dano, momento em que será discutida a existência de culpa ou dolo deste.

Além disso, a teoria admite três formas de atenuação/exclusão dessa responsabilidade: a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito/força maior e a culpa de terceiro. No entanto, a comprovação da ocorrência de um desses eventos fica exclusivamente a cargo da pessoa jurídica demandada, ocorrendo, logo, a inversão do ônus da prova.

---

[134] § 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.

Pois bem, como dito anteriormente, a responsabilidade das concessionárias de serviços públicos por danos causados a terceiros é regida pelos mesmos princípios e regras que a responsabilidade estatal. Assim, de acordo com o 37, § 6º, da Constituição da República, “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”.

Dessa forma, é irrelevante para a responsabilização do Estado qual é a pessoa jurídica exerça as atividades de prestação de serviço público, em razão de a Administração ser a titular do serviço e do interesse público envolvido. Transferida a prestação do serviço a um concessionário, tal responsabilidade se dará segundo as regras de Direito Público, em razão de manifesta disposição constitucional nesse sentido.

Com base nos capítulos anteriores, é possível afirmar que a responsabilidade das concessionárias é objetiva, baseada na teoria do risco administrativo. Assim, na forma do dispositivo constitucional acima transcrito, inicialmente é responsabilizada a concessionária.

Todavia, a celeuma envolvendo a questão reside na delimitação da responsabilidade do Estado pelos danos causados por concessionárias de serviços públicos. Seria essa responsabilidade solidária ou subsidiária?

Pois bem, o Estado é, segundo a Constituição Federal, o titular do serviço público. Assim sendo, caso haja transferência da prestação do serviço público a delegatários, a responsabilidade por atos decorrentes dessa prestação é do mesmo tipo a que se sujeitaria o Poder Público, caso prestá-lo diretamente.

Nesse sentido, não obstante o teor do artigo 25 da Lei Geral de Concessões, tanto a doutrina quanto à jurisprudência, têm afirmado pela responsabilidade do Estado pelos atos ilícitos cometidos pelas concessionárias de serviço público.

Grande parte da doutrina e jurisprudência moderna entende que o Estado não é uma espécie de segurador universal, não sendo, dessa maneira, responsável por todos os danos causados aos administrados. Seguindo a linha de raciocínio, é

natural inferir que o Estado tem responsabilidade perante a terceiros por danos causados na concessão de serviços públicos, quando exauridos todos os recursos financeiros da concessionária, visto que foi o próprio Estado a quem delegou tais serviços.

Assim sendo, o Estado responderá subsidiariamente pelos atos do concessionário e permissionário do serviço público, especificamente, quando o delegado estiver em situação de insolvência financeira. Todavia, é condição *sine qua non* que o dano seja decorrente de atividade estritamente relacionada com o exercício dos serviços públicos concedidos.

Face ao exposto, a conclusão que se chega é que a responsabilidade do Estado pelos danos causados a terceiros por concessionárias ou permissionárias de serviços públicos é subsidiária, de forma que a Administração somente responderá na hipótese de o responsável primário não ter condições de reparar o dano por ele causado.

8 REFERÊNCIAS

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações**, 5ª ed., n. 226, Editora Saraiva, São Paulo, 1980.

ANDRADE, Maria Aparecida de Oliveira Grossi. **O Princípio da Eficiência na Prestação de Serviços Públicos**

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010

BARBOSA, Ruy. **A Culpa Civil das Administrações Públicas** – Acção de Perdas e Damnos de Antonio Martins Marinhas contra a Fazenda Municipal: Razões Finaes. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio de Rodrigues & Comp., 1889.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1996,

BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessão e permissão de serviços públicos**. Curitiba: Juruá, 2001.

CAETANO, Marcello, **Manual de Direito Administrativo**, Vol. I, pgs. 583/584, 10a. Edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1980.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003

CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Lemmert, 1905.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

CRETTELA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1972

CRETELLA Júnior, José, **Comentários à Constituição de 1988**, São Paulo, Saraiva, 1997.

CUNHA Júnior, Dirley**. Curso de direito administrativo**. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

DELGADO, José Augusto. **Reflexões Sobre a Concessão de Serviço Público** . Boletim Jurídico do STJ. Disponível em https://www.inesul.edu.br/admin/documentos/doc_1220467082.pdf

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella**. Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo : Atlas, 1995.

FURTADO, Lucas Rocha Furtado. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2003

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A experiência brasileira nas concessões de serviço público**

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 21

HÁLISSON Rodrigo Lopes. **A responsabilidade civil do estado e a teoria do risco integral**

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **A responsabilidade objetiva das concessionárias de serviço público:** A jurisprudência do STF e o papel da doutrina

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 4ª edição. São Paulo: RT Editora, 2000

MARINELLA, Fernanda. **Direito administrativo**. Salvador Podivm, 2007.MAZZA Alexandre. Manual de Direito Administrativo. Editora Saraiva. São Paulo. 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29º edição, Editora Malheiros. Rio de Janeiro. 2012

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OLIVEIRA, José Carlos de. R**esponsabilidade Patrimonial do Estado - danos decorrentes de enchentes, vendavais e deslizamentos**. Bauru, São Paulo: Edipro, 1995.

PISETTA, Francieli. **Responsabilidade civil das prestadoras de serviço público: um enfoque sobre o não usuário**. São Paulo: LTR, 2013

SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre; **Direito Dos Serviços Públicos**. Editora Forense. 1a Ed. 2007. Rio de Janeiro

SILVA Almiro do Couto, **A responsabilidade extracontratual do Estado no Direito Brasileiro**. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 202: 19-41, out./dez. 1995

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.

ZANOBINI (GUIDO), Corso di Diritto Amministrativo, **6ª ed., 1950, vol. I, p. 269**

ZOCKUN, Maurício. **Responsabilidade patrimonial do Estado**. Editora Malheiros. São Paulo, 2010

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena; MARSHAL, Carla C. (coords.). Direito empresarial público, p. 524

WEILER Siqueira, Bruno Luiz. **O nexo de causalidade na responsabilidade patrimonial do Estado**. Artigo disponível em http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_145/r145-22.pdf. Acessado em 06.12.2007.