

RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM ATOS PRATICADOS POR CONCESSIONÁRIO OU PERMISSONÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Rui Gadiel dos Reis Freitas¹

Orientador: Prof.Ms. /Dr. Marcelo Rodrigues da Silva²

Artigo científico³

Resumo: Em virtude da complexidade que o tema abrange, a reflexão que foi buscada com esse trabalho foi o de levantar questões acerca da responsabilidade civil das concessionárias e permissionárias pela prática de seus atos. Examinando a doutrina atual, identificando as correntes de pensamento existente e seus fundamentos. Portanto, o que se pretende, é aprofundar, ainda que sem pretensão de esgotamento, a abordagem do tema aqui proposto, pautada nos princípios da justiça social e da repartição dos encargos públicos pela coletividade beneficiada pela atuação estatal.

Palavras Chaves: Serviço público. Responsabilidade Civil. Responsabilidade objetiva. Responsabilidade subjetiva. Concessões e permissões.

Sumário: Introdução. 1 – O concessionário e o permissionário na seara do direito público. 2 – Responsabilidade civil do Estado. 3 – Responsabilidade civil da concessionária e permissionária em relação ao Estado. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A desestatização ocorreu no Brasil, por influência da ideologia “neoliberal”, em perfeita sintonia com a previsão constitucional, a partir da primeira metade da década de 1990, seguindo uma tendência Francesa, que passou por sucessivas liberação e privatização de serviços públicos tradicionais, sob a justificativa de que seria um processo de modernização, com foco em uma maior eficiência do setor privado⁴. A partir daí a prestação de serviços públicos vem sendo, cada vez mais, entregues à iniciativa privada.

Tal arcabouço foi composto pela Lei das Concessões (nº 8.987, de 1995), a reforma da Lei das licitações e contratos administrativos (nº 8.666, de 1993) e outras leis de cunho setorial e regulatório que serviram como base para reformas.

Com a descentralização de serviços, o país passou a encarar uma nova realidade, na qual essas colaborações, que dão ensejo à transferência de gestão do serviço público, deixando

¹Aluno do Curso de Direito da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, São Paulo;

²Professor Ms/Dr. do Curso de Direito da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília São Paulo;

³Trabalho de Conclusão de Curso em Direito apresentado à Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Mantenedora do Centro universitário Eurípides de Marília, para obtenção do grau de bacharel em Direito.

⁴MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia. Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte: Fórum, ano I, nº 2, jul-set, 2003. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.97.

o Estado de prestar os devidos serviços a sociedade, passando a exercer a função de fiscalizador, bem como regulamentar tais prestadoras dos serviços em questão.

A Constituição da República de 1988, em seu artigo 175, dispõe que os serviços públicos são prestados essencialmente pelo poder público de forma direta ou em regime de concessão ou permissão, e sempre por meio de licitação. O parágrafo único ainda diz que a lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, fiscalização e rescisão, os direitos dos usuários, a política tarifária, e a obrigação de manter serviço adequado.⁵

A questão da responsabilidade civil é uma das disciplinas jurídicas que mais sofreram alterações recentemente. É um instituto altamente dinâmico e flexível, que vive em mudanças constantes, sempre se transformando para atender às necessidades sociais que surgem.

Esses questionamentos têm se tornado muito frequentes, principalmente em virtude do elevado crescente de concessões e permissões de serviços públicos realizadas pela administração pública. Ademais, a responsabilidade civil suscita debate doutrinário e jurisprudencial, especialmente quando se trata da imputação do dever ressarcitório.

1 – O CONCESSIONÁRIO E O PERMISSONÁRIO NA SEARA DO DIREITO PÚBLICO

1.1 Aspectos Históricos e Conceituais Relevantes sobre as Atividades Estatais e Serviços Públicos.

A administração pública vem passando por grandes mudanças nos dias atuais, onde cada vez mais serviços de ordem pública são repassados a entidades privadas. A ideia do legislador ao conceder ou delegar esses tipos de procedimentos é o de sempre atender o interesse público com mais efetividade e com um custo menor.

A lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, inaugurou o processo de desestatização, com a instituição do Programa Nacional de Desestatização, posteriormente revogada pela lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997, que manteve os fundamentos do programa, alterando procedimentos apenas⁶. Conforme o art. 1º do programa, seu objetivo primordial é reordenar a posição do Estado na economia, reestruturando o setor público, de modo que ao Estado somente caberá o

⁵ “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.”

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 300.

exercício de atividades fundamentais para a consecução dos fins nacionais, transferindo para o setor privado as atividades “indevidamente” prestadas pelo Estado⁷.

À vista disso, conforme apontam as palavras de Marcelo Rodrigues da Silva, em sua obra “*Agências reguladoras e o direito à digna existência*”:

“Seguindo a tendência dos países desenvolvidos entre nós ganhou força a ideia de superação da crise por intermédio de ações como a redução da máquina pública e o estímulo à atividade econômica privada. Referindo-se especificamente aos serviços de infraestrutura pública (i.e., transportes, energia, saneamento e telecomunicações).” (SILVA, p. 81)

Esse processo “desestatizante” passou a ser implementado no Brasil, por influência da ideologia “neoliberal”. As prestações de serviços públicos vêm sendo, ao longo dos anos, confiadas à iniciativa privada, que dão ensejo à chamada delegação negocial, mostrando que é um tema que necessita de constante acompanhamento.

Como tudo o que acontece na história do Brasil, esses eventos, como já foi dito, seguem tendências internacionais e são fáceis de entender quando pensamos no contexto global de cada período. De forma geral, o governo de Fernando Henrique Cardoso foi um período marcado por um intenso processo de privatizações, característica de um governo mais favorável a uma economia aberta e influenciado pelo contexto internacional *neoliberal*.

Conforme apresenta Marcelo Rodrigues da Silva:

“Na gestão de Fernando Henrique Cardoso o programa de desestatizações foi intensificado. A lei n.º 9.491/97 modificou significativamente o Plano Nacional de Desestatização, cujo objetivo foi estendido para incluir a execução dos serviços públicos em regime de autorização, permissão ou concessão; as instituições financeiras públicas estaduais; e bens móveis e imóveis da União. Em decorrência disso, passou-se a privatizar grandes empresas, como a Companhia Vale do Rio Doce, empresas do sistema Telebrás e Eletrobrás, e parte do capital da Petrobrás, mantendo-se o controle acionário desta empresa com a União. As privatizações desse período atingiram também empresas do setor bancário.” (SILVA, 2015, p. 83)⁸

⁷ Art. 1º O Programa Nacional de Desestatização – PND tem como objetivos fundamentais: I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; II - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida; III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito; V - permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa

⁸ SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Agências reguladoras e o direito à digna existência*. 1. ed. Curitiba: Prisma, 2015, p. 83.

Essas instituições surgiram da interação do Poder Público com a iniciativa privada a fim de trabalharem conjuntamente para a construção de obras ou prestação de serviços públicos que o Estado, sozinho, não teria capacidade ou sentido de empreender.

Dessa forma, definir com precisão um conceito é a tarefa complicada, o conceito de serviço público é variável e, conforme enfatizado pelos publicitários modernos, varia de acordo com as necessidades e emergências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade em cada momento histórico.

Celso Antônio Bandeira de Mello, aproximando-se da noção mais atual a respeito do tema, conceitua:

“Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público.” (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 679).

Hely Lopes Meirelles, (2006, p.333), de modo objetivo, define como “serviço público é todo aquele prestado pela administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniência do Estado.”⁹

Assim, deve-se sempre ter em mente que tais atividades, definidas como serviços públicos, constituem áreas de responsabilidade do Estado perante a coletividade.

1.2. Regulamentação legal da delegação de serviços

Todos os serviços enquanto público são irrenunciáveis pelo Estado, não podendo ser transferida sua titularidade para o setor privado, mas apenas se transferindo sua execução. O poder público mantém, dessa forma, permanentemente, a total disponibilidade sobre a delegação do referido serviço. Ou seja, é do Estado a propriedade inabalável, que pode delegar seu poder substantivo de execução a indivíduos privados que operam sob o sistema cooperativo.

Portanto, é possível a prestação de serviços públicos por meio de delegação de atribuições a particulares, mediante concessão e permissão, previstas nos artigos. 21, XI e XII, 25, § 2º, 175 e 223, da Constituição Federal de 1988.¹⁰ A administração pública, deve primar pela eficiência dos serviços, decerto, há margem ao surgimento de situações jurídicas

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.333.

¹⁰ 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; explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão.

problemáticas, merecedoras da devida tutela, no que compete à responsabilidade civil por danos causados.

Dito isso, Celso Antônio Bandeira de Mello contribui com o entendimento que:

“Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.” (BANDEIRA DE MELLO, p.709-710)

Deste modo, as concessões possuem natureza jurídica de contrato administrativo, tendo este contrato a característica da bilateralidade gerando direitos e obrigações para ambos os contratantes, comutatividade possuindo obrigações equivalentes.

Antes, havia distinção entre as concessionárias e permissionárias, visto que as primeiras eram contratos administrativos e as segundas, atos administrativos. Entretanto, a Constituição Federal, ao tratar do tema, previu licitação para ambas as modalidades e a Lei 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, na mesma linha da Constituição, dispôs expressamente a modalidade de contrato de adesão,¹¹ o que ocasionou inevitavelmente a aproximação dos dois institutos, inexistindo efetivamente distinção entre ambos, salvo o fato da permissão ser contrato de adesão, só poder ser firmada com pessoa física ou jurídica e ser dotada de precariedade, enquanto a concessão é contrato administrativo, não precário e só pode ser contratada com pessoa jurídica ou consórcio de empresas. Logo, não existe concessão com pessoa física, nem permissão com consórcio de empresas.¹²

Em relação à autorização, a Constituição Federal menciona o no art. 21, quando trata da exploração por terceiros, mas no art. 175, ao definir que incumbe ao Poder Público a prestação de serviços públicos diretamente e também indiretamente, trata somente das formas de concessão e permissão, o que se pode concluir que só será autorização, no caso de uma situação emergencial até a conclusão dos procedimentos para concessão ou permissão, quando se tratar de serviço público, ou ainda, nos outros casos tratados na CF (art. 21, XI e XII).

1.3. Deveres e responsabilidades das entidades prestadora de serviços

¹¹ Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 357.

A Constituição Federal de 1988, seguindo o entendimento da Constituição Federal de 1946, determinou, em seu art. 37 Parágrafo 6º, segundo o qual diz que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.¹³

Aquele que é investido de competências estatais tem o dever objetivo de adotar as providências necessárias e adequadas a evitar danos as pessoas e ao patrimônio. Verifica-se desde já que não apenas pessoas jurídicas que pertencem a administração pública são responsabilizadas objetivamente por danos causados por seus agentes, mas também entidades particulares como concessionários e permissionárias de serviço público também respondem objetivamente por prejuízos a particulares.

Nesta mesma linha, esse dispositivo constitucional não incide sobre as pessoas jurídicas da administração indireta que exploram atividade econômica. Assim, no caso das empresas públicas e sociedades de economia mista que não prestam serviços públicos, serão aplicados os princípios e as prerrogativas de responsabilidade civil do direito privado.

É importante ressaltar que no caso de danos provocados pela omissão da entidade prestadora de serviços, a doutrina e a jurisprudência atual defendem a aplicação da responsabilidade subjetiva. Nestas hipóteses, seria necessária a prova da culpa, demonstrando que o Estado incorreu em ilicitude, agindo com imprudência, negligência ou imperícia no desempenho de suas funções.

Avista disso, o Estado não pode ser encarado como um “segurador universal”. O ponto sensível da controvérsia em torno dos problemas da responsabilidade, são os casos de ação ou falta de providências do serviço. É o que já se chamou de inércia da administração na execução de serviços públicos que visam a segurança da população e dos usuários (*Pierre Montané Dela Roque. L'inertie des pouvoirs publics. Paris, 1950*).

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, decidiu que, em se tratando de ato omissivo do Estado, deve o prejudicado demonstrar a culpa ou o dolo (Rel. Min. Marco Aurélio, RTJ 164/309, e Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 27.2.1998, p. 18).

Colhe-se ainda importante julgado da Suprema Corte:

"Tratando-se de ato omissivo do Poder Público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes: negligência,

¹³ Art. 37, § 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.

imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a faute du service dos franceses. Ação julgada procedente, condenado o Estado a indenizar a mãe do presidiário que foi morto por outro presidiário, por dano moral. Ocorrência da faute du service" (STF - 2.ª T. - RE 179.147-1 - Rel. Carlos Velloso - j. 12.12.1997 - DJU 27.02.1998, p. 18).

É imprescindível que o estado tenha cometido ilegalidades ou ilicitudes por ter falhado para prevenir os danos devido ao seu comportamento inferior ao padrão legal exigível.

1.4. Administração Direta e Administração Indireta na prestação do serviço público

O fenômeno apresentado parece refletir uma mudança ideológica no modo de projetar o Estado, a administração pública e suas relações com as pessoas. Busca-se não mais o Estado prestador de serviços, mas o Estado que estimula, ajuda, subsidia a iniciativa privada. A democratização da administração pública, com o aumento da participação dos cidadãos e a redução do tamanho do Estado, a favor da iniciativa privada e à eficácia da prestação de serviços, no distanciamento da autoridade e do modelo burocrático anteriormente em vigor.

A execução direta ocorre quando o Estado presta diretamente os serviços públicos, através dos órgãos que compõem a estrutura da pessoa jurídica prestadora que podem ser a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios. Tais órgãos compõem a chamada administração centralizada, chamada de administração direta, de acordo com o artigo 4º do Decreto-lei 200/67, que também versa sobre a administração indireta:

Art. 4º - A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

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

Parágrafo único. As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade”.

Já a prestação indireta, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

É aquela em que a execução de serviços públicos se faz por outorga legal ou delegação, respectivamente a entes administrativos de direito público de natureza autárquica ou a entes administrativos de direito privado, que poderão ser, nesta hipótese, tanto entes paraestatais como particulares, sempre dependendo de lei, da entidade política titular da competência instituidora, que deverá promover a outorga, a delegação ou autorizar a delegação, prevendo, nos dois últimos casos, atos complexos ou unilaterais. (MOREIRA NETO, 2001 p. 423)

A prestação dos serviços públicos pode ocorrer de maneira centralizada, descentralizada e desconcentrada. A prestação centralizada ocorre quando é a própria administração direta que a efetiva, por meio de seus órgãos e agentes públicos. A prestação descentralizada ocorre quando é a administração indireta a responsável pelos serviços públicos. Por fim, a desconcentração é considerada uma técnica para a prestação dos serviços públicos, que pode ser utilizada tanto pela administração direta quanto pela indireta. Isso ocorre quando há distribuição de competência, por meio da criação de repartições, no interior de uma autarquia, por exemplo.

Independentemente da forma de prestação, a execução dos serviços públicos pode ser feita de maneira direta ou indireta. A execução direta ocorre quando a prestação do serviço é feita pelo próprio responsável, ou seja, sem a interposição de terceiros. Por sua vez, ocorre a execução indireta quando o responsável pela prestação dos serviços públicos interpõe terceiro para a respectiva execução.

De certa forma, o Estado transmite a realização de determinadas funções para outras pessoas jurídicas que possuem autonomia administrativa e financeira, mas não política. Aqui, a administração é descentralizada e está ligada à criação de entidades administrativas que têm personalidade jurídica, por exemplos: Banco do Brasil, IBGE, Banco Central entre outros.

Em linhas gerais, passa-se, então, a abordar os conceitos de concessão e permissão de serviço público. Na dicção de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis 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.” (MELLO, 2012. p. 717-718)

A permissão de serviço público, por outro lado, genericamente, é o contrato administrativo pelo qual o poder público transfere a um particular a execução de certo serviço público, nas condições estabelecidas em normas de direito público, (CARVALHO FILHO, 2008. p. 418). Nesse sentido, a Lei nº 8.987/95, dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos. O art. 2º, inciso IV, define como: “delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para o seu desempenho, por sua conta e risco”. Além disso, a responsabilidade estatal se estende às entidades da administração indireta, como as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as autarquias.

A delegação de serviços em nosso país, está regulamentada pela Lei 8.987/95, na qual fica expresso que essas empresas em caso de danos assumem a responsabilidade objetiva de repará-los, e o Estado responde por eventuais danos causados de forma subsidiária.

Considerando esses aspectos, toda a atuação da administração pública deve ter como propósito o “bem público”, sempre fundada na máxima efetividade dos direitos fundamentais e coletivos, concretizando-se, assim, um verdadeiro estado democrático de direito.

2 – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

2.1. Conceito de responsabilidade civil do estado

Considere-se por responsabilidade civil do Estado, como sendo a obrigação legal da fazenda pública de ressarcir terceiros pelos danos patrimoniais que lhe foram causados por atos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos dos agentes públicos, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las.¹⁴ Tal responsabilidade expressa-se no dever de indenizar os danos sofridos por terceiros em razão de ato comissivo ou omissivo atribuível ao Estado.

Assim explica Yussef Said Cahali, “entende-se a responsabilidade civil do Estado como sendo a obrigação legal, que lhe é imposta, de ressarcir os danos causados a terceiros por suas atividades.” (2007, p. 13.)¹⁵

2.2. Evolução Histórica da responsabilidade civil do estado

No estudo da responsabilidade civil do Estado, é interessante a análise de sua evolução histórica, pois, se justifica ao passo que a responsabilidade civil do Estado é matéria que se modificou com o decorrer do tempo, visto que, com bastante clareza, é possível notar a alteração dos valores e da própria realidade social refletidas nas regras do direito.

Dito isso, podemos afirmar que a responsabilidade civil do Estado sempre esteve presente na legislação brasileira, mas, foi o código civil de 1916 que delineou o regramento em seu art. 15, no qual dispõe que:

“Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de 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.”¹⁶

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 609.

¹⁵ CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade civil do Estado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 13.

¹⁶ LEI Nº 3.071, DE 1 DE JANEIRO DE 1916

O código civil de 2002, seguiu a mesma linha do anterior, que estabeleceu no art. 43:

“Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado o direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por partes deles, culpa ou dolo.”¹⁷

A Constituição de 1891 previa apenas a responsabilidade do funcionário público¹⁸. Já a Carta Magna de 1934 estabeleceu que os funcionários responderiam solidariamente com o Estado, sendo citados como litisconsortes nas ações movidas contra a fazenda pública.¹⁹ A Constituição de 1946 praticamente repete o dispositivo do art. 15 do código civil (atual art. 43), garantindo também o direito de regresso em caso de culpa ou dolo do funcionário.²⁰ A Constituição de 1967 seguiu o mesmo raciocínio, sendo repetido, ainda, pela Emenda Constitucional de 1969. Ou seja, não houve mudanças significativas quando à responsabilização do Estado, apenas houve uma aprimoração do texto da lei.

Sendo que a Carta Magna de 1988 materializou a responsabilidade civil do Estado e ampliou o seu alcance às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, conforme se observa o art. 37, § 6º:

“Art. 37, § 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, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Portanto, pode-se concluir do dispositivo acima descrito que o legislador também incluiu concessionárias e permissionárias de serviços públicos, bem como autarquias e fundações, de forma que ainda, estão contidos neste rol todos os entes federativos, especificamente a União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

2.2.1. Teoria da irresponsabilidade

¹⁷ LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002

¹⁸ Art. 82 - Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos.

¹⁹ 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.” Tal previsão obriga que ambos devam ser demandados como litisconsórcio passivos.

²⁰ Art. 194. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

A teoria da irresponsabilidade foi originalmente a primeira estabelecida para justificar e provar, ou mais precisamente, afastar, a indenização pelos danos causados pelo estado. Essa noção vigorava desde tempos mais remotos, mas foi com o Absolutismo que ela teve as suas nuances mais acentuadas. Também chamada de teoria Feudal, Regalista ou Regaliana, firmou-se no período histórico em que os estados eram absolutos.

Evidentemente, essa teoria vigorou por grande período, mas com o passar do tempo foi se mostrando vulnerável, à medida que a Revolução Francesa se aproximava, e os Reis perdiam sua força. José Cretella Júnior traz uma passagem que demonstra, como procediam os tribunais para afirmar o sistema de irresponsabilidade do soberano:

“Na época do rei Henrique II, criou-se o tribunal do rei, admitindo-se a possibilidade de demanda contra o senhor feudal, reclamando indenizações por danos que ele causasse através de servos sob sua guarda. Na realidade, porém, o tribunal era do rei, que estava acima de tudo, ficando, pois, a Coroa, isenta da obrigação de indenizar.” (CRETILLA JÚNIOR, 2002, p. 69)²¹

A propósito, pode-se afirmar que a teoria da irresponsabilidade do Estado não chegou a vigorar propriamente no ordenamento brasileiro, pois a Constituição do Império, de 1824, embora não expressava a responsabilização do Estado, já positivava a responsabilidade pessoal do funcionário público por seus atos, garantindo ao prejudicado uma reparação, ainda que incipiente.²²

2.2.2. Teorias Civilistas

Às revoluções liberais fizeram com que Estados Absolutistas sucumbissem e o desenvolvimento de uma nova forma de pensar o Estado acabou por influenciar também a responsabilidade deste perante seus cidadãos. Essa teoria foi influenciada pelo individualismo, que pretendeu equiparar o Estado ao indivíduo, sendo, portanto, obrigado a indenizar os danos causados aos particulares nas mesmas hipóteses em que tal obrigação existe para os indivíduos.

²¹ CRETILLA JÚNIOR, José. Curso de direito administrativo. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 69

²² Art. 156. Todos os Juizes de Direito, e os Officiaes de Justiça são responsaveis pelos abusos de poder, e prevaricações, que commetterem no exercicio de seus Empregos; esta responsabilidade se fará effectiva por Lei regulamentar.

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

XXIX. Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos.

Ou seja, fundava-se na ideia de que, como o Estado atua por meio de seus agentes, somente existiria a obrigação de indenizar quando estes tivessem agido com culpa ou dolo, cabendo ao particular o ônus de demonstrar a existência desses elementos subjetivos.

No estado de direito, o poder público também se submete à lei, portanto, a responsabilidade estatal é consequência lógica e inevitável desta submissão.²³ Superou-se a teoria da irresponsabilidade através da concepção civilista da responsabilidade estatal, atrelando a responsabilidade do Estado aos parâmetros estabelecidos no direito privado. Apesar de ser criticada pela doutrina moderna, a teoria civilista representou um passo largo na evolução da responsabilidade civil do Estado, uma vez que, conforme discorre Cahali, foi a grande contestadora inicial do princípio da irresponsabilidade absoluta.²⁴

2.2.3. Teoria Publicistas

A mudança de paradigma da teoria baseada na culpa, esta nova visão, independente da culpa, ocorreu a partir da jurisprudência francesa, do Caso Blanco, proferido em 1873.²⁵ Como consequência, a doutrina passou a tratar a responsabilidade civil do Estado como matéria de direito público, não mais privado como fazia anteriormente, havendo, por vezes, confusão entre as classificações, nomenclaturas e conceitos. Trataremos a seguir.

Teoria da culpa administrativa:

O dever do Estado de indenizar o dano sofrido pelo particular somente existe caso seja comprovada a falta do serviço. Estabeleceu-se, portanto, uma distinção entre a culpa individual do funcionário, pela qual responde pessoalmente, e a culpa anônima do serviço público, onde o agente sequer é identificável. Nas palavras da ilustre Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Essa culpa do serviço público ocorre quando: o serviço público não funcionou (omissão), funcionou atrasado ou funcionou mal. Em qualquer dessas três hipóteses, ocorre a culpa (faute) do serviço ou acidente administrativo, incidindo a responsabilidade do Estado independentemente de qualquer apreciação da culpa do funcionário.”(DI PIETRO 2008, p. 610)

Assim, compreende-se que, a culpa administrativa pode decorrer de uma das três formas possíveis de falta do serviço: inexistência do serviço (omissão), mau funcionamento do

²³ CAVALIERI FILHO, S., 2007, p. 219.

²⁴ CAHALI, Y. S., 2007, p. 22.

²⁵ Em Bordeaux, a menina Agnes Blanco, ao atravessar os trilhos que cortavam uma rua da cidade, foi atropelada pela vagonete da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo. O pai da menina moveu ação condenatória, embasado na responsabilidade civil do Estado. Houve então um conflito de competências entre a jurisdição comum e a administrativa. Ao final, o Tribunal de Conflitos decidiu que a competência seria do Tribunal Administrativo, uma vez que se tratava de responsabilidade decorrente do serviço público. Disponível em: DI PIETRO, M. S. Z., 2008, p. 609.

serviço ou retardamento do serviço. Cabe sempre ao particular prejudicado pela falta comprovar sua ocorrência para fazer jus à indenização. Esta teoria apresenta-se bastante desfavorável à vítima que, além de sofrer com os danos que lhe foram causados, recai sobre si o ônus probatório, que em inúmeros casos torna-se de difícil demonstração.

Teoria do risco administrativo:

Essa teoria é utilizada por vários doutrinadores que buscam demonstrar a responsabilidade objetiva do ente público. Sendo que, ainda hoje, divergem os entendimentos a respeito de tal teoria, não sendo aceita por muitos que a responsabilidade da Administração seja objetiva diante uma omissão. Maria Sylvia Zanella di Pietro, assim disserta sobre o assunto:

“Essa doutrina baseia-se no princípio da igualdade de ônus e encargos sociais: assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos. Quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelas demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário público.” (DI PIETRO, 2007, p. 621)

Sendo assim, entende-se por Teoria do Risco Administrativo:

“Aquele que encara o dano sofrido pelo particular em consequência do funcionamento, puro e simples, do serviço público. Não se cogita se era bom, se era mau. O que importa é a relação de causalidade entre o dano sofrido pelo particular e o ato do preposto ou agente estatal. Desde que se positivo, o princípio da igualdade dos ônus e dos encargos exige a reparação.” (MARIO, apud CAHALI, 2007, p. 37).

Seguindo o pensamento de outros doutrinadores, Sergio Cavalieri Filho define a teoria do risco como:

“A Administração pública gera risco para os administrados, entendendo-se como tal a possibilidade de dano que os membros da comunidade podem sofrer em decorrência da normal ou anormal atividade do Estado. Tendo em vista que essa atividade é exercida em favor de todos, seus ônus devem ser também suportados por todos, e não apenas por alguns. Consequentemente, deve o Estado, que a todos representa, suportar os ônus da sua atividade, independentemente de culpa dos seus agentes”. (CAVALIERI FILHO, S., 2007, p. 223.)

Portanto, na teoria do risco ou da responsabilidade objetiva surge aqui a obrigação econômica de reparar o dano sofrido injustamente pelo particular, ou seja, independentemente da ocorrência de falta de serviço e muito menos de culpa do agente, pois prescinde da apreciação de elementos subjetivos (culpa ou dolo). Basta que exista o dano e o nexo de causalidade entre este e o fato do serviço.

Teoria do risco integral:

Esta teoria expõe o poder público a uma situação de não poder, em momento algum, alegar as causas excludentes da responsabilidade. Sendo assim, dispõe o contrário do que

acontece na teoria do risco administrativo. Na prática, o referido instituto jamais foi acolhido em nosso ordenamento jurídico e, para alguns doutrinadores e juristas é entendida como uma modalidade extremada.

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

Hely Lopes Meirelles, diz o que, “por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima” (MEIRELLES, 2007, p.652).

Segundo Yussef Said Cahali:

“A teoria do risco integral é modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima.” (CAHALI, Y. S., 2007, p. 38)

Ademais, independente da teoria adotada, terão o mesmo que arcar com o ônus, estando presentes os requisitos necessários para configuração da responsabilidade do Estado, em caso de dano.

2.3. Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual

A responsabilidade civil é classificada em contratual e extracontratual. A primeira advém da inexecução de um pacto realizado entre as partes, já a segunda, pode-se dizer que é aquela derivada de qualquer ato que venha causar dano a outrem. A responsabilidade contratual tem previsão nos artigos 389 e seguintes e 395 e seguintes do Código Civil. De maneira que, a responsabilidade civil extracontratual encontra-se prevista nos artigos 186 a 188 e 927 também do Código Civil.

Na esfera da responsabilidade contratual, também denominada por alguns doutrinadores como responsabilidade negocial, é aquela advinda de um contrato pré-estabelecido entre as partes. No momento em que uma das partes descumpra a obrigação que lhe era inerente, surge como consequência a obrigação de ressarcir o inadimplemento. A justificativa para adoção desta nomenclatura se dá pela maior amplitude da palavra “negocial”, que abrange não só os contratos em espécie, como também negócios jurídicos unilaterais²⁶ e outros advindos da autonomia da vontade.

²⁶ NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. v. 1. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 432.

Desta forma, a responsabilidade extracontratual do estado é o dever do poder público ou de quem faz o papel deste de indenizar os prejuízos causados a terceiros em virtude do comportamento de seus agentes, este comportamento pode ser de uma ação ou uma omissão e o dever de indenizar pode surgir tanto de um ato material ou jurídico, como também de um ato lícito ou ilícito.

O entendimento do professor Celso Antônio Bandeira de Melo, é que:

“Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhes sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos. Como qualquer outro sujeito de direito, o Poder Público pode vir a se encontrar na situação de quem causou o prejuízo a alguém, do que lhe resulta obrigação de recompor os agravos patrimoniais oriundos da ação ou abstenção lesiva. (BANDEIRA DE MELO p. 957)

Assim, em se tratando de violação a um dever oriundo de negócio jurídico, o ilícito, bem como sua decorrente responsabilidade, será contratual. Por outro lado, quando caracterizada violação de dever jurídico imposto pela lei, observar-se-á a ocorrência de responsabilidade extracontratual.

2.4. Responsabilidade civil objetiva do Estado

No Brasil as teorias acerca da responsabilidade do Estado evoluíram com o passar dos anos. A teoria da irresponsabilidade nunca foi adotada, conforme já mencionado, e por várias décadas imperou de forma quase absoluta a teoria da culpa civil, que aplicava à hipótese as mesmas regras existentes para o direito civil.

Embora a Constituição de 1946 tenha feito avanços significativos no entendimento desse assunto, foi com a Constituição de 1946, em seu art. 194, que a responsabilidade objetiva do Estado foi expressamente acolhida em nossa ordem jurídica,²⁷ o passo mais importante nessa evolução ocorreu justamente com o advento da Constituição Federal de 1988, que tratou o assunto de forma mais abrangente e inédita.

No mesmo sentido, conforme explicações de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“A grande alteração legislativa concernente à responsabilidade do Estado ocorreu a partir da Constituição de 1946. O art. 194 daquele diploma introduziu normativamente, entre nós, a teoria da responsabilidade objetiva, isto é, a possibilidade de o Estado compor danos oriundos de atos lesivos mesmo na ausência de qualquer procedimento irregular de funcionário ou agente seu, à margem, pois, de qualquer culpa ou falta de serviço.”(BANDEIRA DE MELLO p. 983.)

²⁷ CAVALIERI FILHO, S., 2007, p. 225.

Atualmente este tema encontra-se codificado no artigo 37 § 6º da CF/88. Assim, a teoria adotada pelo Brasil foi a do risco administrativo. Ou seja, todo e qualquer ente estatal tem o dever de ressarcir os danos que seus agentes (permanentes ou transitórios) causarem no exercício de suas funções, ou a pretexto de exercê-las, sendo facultado, posteriormente, o direito de cobrar do servidor o valor pago.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello:

“o fundamento da Responsabilidade Estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De consequente, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito.” (BANDEIRA DE MELLO p. 866)

Em que pese a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva ser adotada pela Constituição Federal, o poder judiciário, em determinados julgamentos, utiliza a teoria da culpa administrativa para responsabilizar o Estado em casos de omissão. Essas são as breves considerações relativas ao dispositivo legal e o entendimento de alguns doutrinadores, que preveem a responsabilidade objetiva do Estado em nosso ordenamento jurídico.

2.5. Excludentes da responsabilidade civil

Em geral, são chamadas causas excludentes da responsabilidade estatal a força maior e a culpa exclusiva da vítima. Nestes casos, não existindo nexos de causalidade entre a conduta da Administração e o dano ocorrido, a responsabilidade estatal será afastada. À vista disso, não se pode aceitar que todo e qualquer dano tenha o poder de acionar o Estado como devedor, sob pena de se adotar a teoria do risco integral e ainda tornar o Estado um segurador universal. Isso provocaria, nas palavras de Sergio Cavalieri Filho, (2007, p. 224), que “o Estado seria obrigado a indenizar sempre, e em qualquer caso, o dano suportado pelo particular, ainda que não decorrente de sua atividade.”

Para evitar este desequilíbrio devido à aplicação da teoria do risco geral, a teoria do risco administrativo permite que as autoridades administrativas provem a culpa da parte lesada para livrar-se da obrigação de indenização. Assim, leciona Yussef Said Cahali:

“A responsabilidade civil do Estado, com base no risco administrativo, que admite a pesquisa em torno da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre, em síntese, diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; e c) desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa.” (CAHALI, Y. S., p. 44.)

A responsabilidade civil objetiva considera a vítima como o sujeito central da relação de obrigação, enquanto a responsabilidade subjetiva se volta para a causa do dano. Ao enfatizar

a vítima, a responsabilidade objetiva do Estado sustenta que o pressuposto do nexo de causalidade é o mais importante e fundamental, desta maneira que se norteará as hipóteses de configuração, redução ou exclusão do dever de ressarcir imposto ao Estado.

3 - RESPONSABILIDADE CIVIL DA CONCESSIONÁRIA E PERMISSIONÁRIA EM RELAÇÃO AO ESTADO

3.1. Serviços Públicos

Segundo Hely Lopes Meirelles, (2003, p.131.) “serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas de controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado”. A Constituição Federal prevê algumas formas de prestação de serviço público, no caput, do art. 175, que são elas o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello define-se serviço público:

“Serviço público é toda atividade oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais-, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo. (Bandeira de Mello, 2011, p.679).

Essa conceituação define esta atividade estatal em prol do bem, interesse, público. Vale dizer que, a discussão doutrinária acerca do que é ou não um serviço público jamais irá cessar, uma vez que a concepção política dominante em cada época poderá estabelecer tal atividade como serviço público, como também abrir mão da exclusividade

3.2. A concessão de serviços públicos

O estado pode fornecer ou executar serviços públicos de forma centralizada ou descentralizada. Quando ocorre de forma centralizada, o serviço é prestado por uma organização que constitui a chamada administração direta, que detém tanto a titularidade quanto a execução do serviço público. A divisão de atribuição entre essas instituições corresponde ao fenômeno da desconcentração.

Todavia, quando a titularidade ou apenas a execução de um serviço público é transferida para uma pessoa jurídica distinta, ocorre a execução descentralizada, seja ela pública ou privada, ou até mesmo a pessoa física. Nesse contexto, Di Pietro aponta que:

[...] a descentralização administrativa supõe a transferência de uma atividade própria da Administração Pública ou, mais especificamente, de um serviço público, definido como “toda atividade material que a lei atribui 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” (DI PIETRO, 2006, p. 62).

Para Carvalho Filho, (2012, p. 345) “o alvo da descentralização é tão somente a transferência da execução do serviço (delegação), e nunca a de sua titularidade”, diferindo apenas o instrumento por meio do qual se dá a delegação: por meio de lei, no caso de criação de entidade da Administração Indireta, ou por meio de contrato, no caso das concessões e permissões de serviços públicos a entes privados. A titularidade dos serviços públicos definida pela Constituição Federal retrata “inequívoca expressão de poder político e administrativo”, sendo, portanto, “irrenunciável e insuscetível de transferência para qualquer outra pessoa”. (ibid., p. 345).

Segundo o art. 175 da CF, o serviço público é incumbência do Estado, que pode prestá-lo diretamente ou indiretamente.²⁸ A concessão e permissão são certamente as mais importantes formas prestação de serviço público.

Conforme o conceito José dos Santos Carvalho Filho, sobre concessão, temos:

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

[...]

Pelos contornos do instituto, trata-se de um serviço público que, por beneficiar a coletividade, deveria incumbir ao Estado. Este, porém, decide transferir a execução para particulares, evidentemente sob sua fiscalização. Como o serviço vai ser prestado para os membros da coletividade, a estes caberá o ônus de remunerá-lo em prol do executor.” (2008, p. 346.)

Bandeira de Mello apresenta semelhante entendimento quanto ao conceito:

“Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.” (2011, p.709-710)

²⁸ 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;

Observando o conceito exposto, é possível verificar que a concessão do serviço público é um contrato administrativo, por meio do qual a administração pública transfere ao particular, sob condições, a execução e exploração de um serviço público que lhe é privativo, remunerado adequadamente mediante cobrança de tarifas, previamente aprovada pela administração pública, dos usuários.

3.3. Responsabilidade civil do prestador de serviços público

As noções a respeito da responsabilidade civil objetiva do Estado, conforme já estudado, está consagrada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, todavia, será mais uma vez invocado para se tratar da responsabilidade civil da concessionária.

A responsabilidade da concessionária será objetiva, uma vez que, ao prestar um serviço público, ficará submetida ao regramento dado pelo já mencionado art. 37, § 6º, que expressa que “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

A concessionária prestará o serviço público em nome próprio, à sua custa e risco, cabendo a ela responder objetivamente pelos danos que seus agentes causarem. De forma que a transferência da execução do serviço público das mãos do Estado para um particular, não altera a essência de público, inerente ao serviço. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles afirma:

“Não é justo e jurídico que a só transferência da execução de uma obra ou de um serviço originariamente público a particular descaracterize sua intrínseca natureza estatal e libere o executor privado das responsabilidades que teria o Poder Público se o executasse diretamente.” (2008, p. 662)

De forma que, ao realizar tarefa que cabe ao Estado, agindo como se ele fosse, nada mais justo que abarcar a concessionária de serviço público nos preceitos da responsabilidade civil objetiva. A Lei n. 8.987/95, por sua vez, estabelece a responsabilidade da concessionária no art. 25, nos seguintes termos:

“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 atenuie essa responsabilidade.”

Ademais, a responsabilidade será objetiva quando envolver a atividade-fim prestada pela concessionária, ou seja, será objetiva perante o serviço público prestado. Caso envolva

situação alheia à prestação do serviço público, reger-se-á a discussão pelas normas de direito privado, conforme disposto no art. 25, §§ 1º e 2º da Lei das Concessões.²⁹

3.3.1. Responsabilidade solidária entre Estado e Concessionário de serviços públicos

À administração é a responsável por escolher a empresa que prestará o serviço público, por meio do instrumento de licitações, estabelecer cláusulas de prestação de serviços e realizar dentro do estabelecido em lei, a fiscalização dos atos inerentes da concessionária.

Neste sentido, Yussef Said Cahali afirma que:

“Tratando-se de concessão de serviço público, permite-se reconhecer que, em função do disposto no art. 37, § 6º, da atual Constituição, o Poder Público concedente responde objetivamente pelos danos causados pelas empresas concessionárias, em razão da presumida falha da Administração na escolha da concessionária ou na fiscalização de suas atividades, desde que a concessão tenha por objeto a prestação de serviço público, atividade diretamente constitutiva do desempenho do serviço público; responsabilidade direta e solidária, desde que demonstrado que a falha na escolha ou na fiscalização da concessionária possa ser identificada como causa do evento danoso.”(CAHALI, 2007, p. 124)

Maria Sylvia Zanella Di Pietro corrobora, ao dizer que “eventualmente, pode haver responsabilidade solidária, por má escolha da concessionária ou omissão quanto ao dever de fiscalização.” (DI PIETRO, 2008, p. 280)

Desta forma, a administração será solidariamente responsável quando houver falha na escolha da concessionária ou ausência de fiscalização, entretanto, para isso, deverá ser demonstrado nexo de causal entre a falha na escolha e o evento prejudicial.

3.3.2. Responsabilidade subsidiária do Estado em relação ao Concessionário de serviços públicos

A responsabilidade imputada ao Estado pelos danos causados a terceiros por concessionárias ou permissionárias de serviços públicos, na forma preconizada pela moderna doutrina administrativista, é subsidiária, sendo-lhe conferido o benefício de ordem. Significa dizer que o poder público só responderá pelo dano diante da circunstância de o responsável primário não ter condições de reparar o dano por ele causado.

Segundo doutrina majoritária, não há que se falar, na hipótese, em responsabilidade solidária, uma vez que a solidariedade só pode advir da lei ou do contrato³⁰, inexistindo norma

²⁹ § 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.

³⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 267.

legal atribuindo solidariedade ao Estado em relação à pessoa jurídica com a qual celebra contrato administrativo. Logo, o Estado responde apenas subsidiariamente, uma vez exauridos os recursos da (insolvente) responsável primária. Assim leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Pode dar-se o fato de o concessionário responsável por comportamento danoso vir a encontrar-se em situação de insolvência. Uma vez que exercia atividade estatal, conquanto por sua conta e risco, poderá ter lesado terceiros por força do próprio exercício da atividade que o Estado lhe impôs em mãos. Isto é, os prejuízos que causar poderão ter derivado diretamente do exercício de um poder cuja utilização só lhe foi possível por investidora estatal. Neste caso, parece indubitável que o Estado terá que arcar com os ônus daí provenientes. Pode-se, então, falar em responsabilidade subsidiária (não solidária) existente em certos casos, isto é, naqueles – como se expôs – em que os gravames suportados por terceiros hajam precedido o exercício, pelo concessionário, de uma atividade que envolveu poderes especificamente do Estado.” (MELLO, 2008, p. 745)

Por fim, para tal, havendo dano ligado com a prestação do serviço público, e no caso concreto o estado de insolvência por parte da concessionária, o Estado é chamado ao polo passivo da obrigação para ressarcir, subsidiariamente, o lesado.

3.4. Responsabilidade objetiva do Concessionário e Permissionário

O poder público tem a responsabilidade de prestar os serviços públicos diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, nos termos da lei, devendo sempre prestar os serviços públicos através de processo licitatório, é o que se lê do art. 175 da constituição federal.

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

Sobre responsabilidade objetiva de concessionárias e permissionárias, vale referir o ensinamento de Hely Lopes Meirelles:

“As pessoas físicas e jurídicas que exerçam funções públicas delegadas, sob a forma de entidades paraestatais ou de empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos respondem objetivamente pelos danos que seus empregados, nessa qualidade, causarem a terceiros, pois, [...], não é justo e jurídico que a só transferência da execução de uma obra ou de um serviço originariamente público a particular descaracterize sua intrínseca natureza estatal e libere o executor privado das responsabilidades que teria o Poder Público se o executasse diretamente, criando maiores ônus de prova ao lesado.” (MEIRELLES, p. 251)

No mesmo sentido, Sérgio Cavalieri Filho diz:

“Pode-se então concluir, à luz desses princípios que apenas as empresas prestadoras de serviços públicos estão sujeitas à responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal. As demais – empresas que executam atividade econômica – respondem subjetivamente, podem responder objetivamente, não com base na Constituição, mas sim no Código de Defesa do Consumidor (arts. 12 ou 14)¹⁷ se forem fornecedoras de produtos ou serviços e estiver em jogo relação de consumo.” (CAVALIERI FILHO p. 252)

Assim como ocorre com o Estado, a concessionárias e permissionárias tem o dever de reparar integralmente os danos que seus agentes (permanentes ou transitórios) causarem no exercício de suas funções, ou a pretexto de exercê-las, sendo facultado, posteriormente, o direito de cobrar do servidor o valor pago.

3.5. Teoria do risco

A responsabilidade civil do Estado e da administração é objetiva. Essa responsabilidade objetiva produziu dois argumentos norteadores, a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral. Como já apresentado anteriormente, pode-se concluir com segurança que o constituinte pátrio de 1988 instituiu, de forma explícita, a responsabilidade civil objetiva do Estado, na modalidade de risco administrativo, impondo a este o dever de responder pelo prejuízo que causar ao particular sem dele exigir o ônus de demonstrar a existência de culpa do ente estatal, mas, simplesmente, do dano sofrido e do nexo de causalidade com a atividade pública.

Sérgio Cavalieri Filho, acerca do tema, considera que a teoria do risco, adaptada para a atividade pública, serviu como fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado, resultando daí, a teoria do risco administrativo. Para esta, a administração pública, em decorrência de suas atividades normais ou anormais, acaba por gerar risco de dano à comunidade. Considerando que as atividades são exercidas em favor de todos, não seria justo que apenas alguns arcassem com os ônus por elas gerados, motivo pelo qual deve o Estado, como representante do todo, suportar os ônus, independente de culpa de seus agentes.³¹

Para Hely Lopes Meirelles, por sua vez:

“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 culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado.” (MEIRELLES, 2003 p. 623)

Entende o referido autor que a teoria do risco administrativo não se confunde com a teoria do risco integral. Nesta, "a administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer

³¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 252

dano suportado por terceiros, ainda que resulte de culpa ou dolo da vítima"; no risco administrativo, por conseguinte, embora se dispense a prova da culpa da administração, permite-se que o poder público demonstre a culpa da vítima para excluir ou atenuar a indenização.³²

Yussef Said Cahali, criticando a distinção feita por Hely Lopes Meirelles, afirma que essa se revela "artificial e carente de fundamentação científica", já que, essencialmente, o autor identifica na regra constitucional uma simples presunção de culpa, passível de ser elidida por contraprova apresentada pela Administração Pública. Acrescenta Cahali que a distinção entre risco administrativo e risco integral feita por Hely Lopes leva em consideração, apenas, as consequências de cada modalidade: o risco administrativo admite a contraprova de 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".³³ Finaliza Cahali o seu entendimento asseverando que:

“Desenganadamente, a responsabilidade objetiva da regra constitucional – concordes todos, doutrina e jurisprudência, em considerá-la como tal – se basta com a verificação do nexo de causalidade entre o procedimento comissivo ou omissivo da Administração Pública e o evento danoso verificado como consequência; o ato do próprio ofendido ou de terceiro, o caso fortuito ou de força maior, argüidos como causa do evento danoso, impediriam a configuração do nexo de causalidade (assim, então, rompido), elidindo daí, eventual pretensão indenizatória.” (CAHALI, 2007.p. 40)

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em consonância com a doutrina majoritária, entende que a teoria adotada por nosso ordenamento jurídico, como regra, foi a do risco administrativo, a qual, conforme sobredito, admite que o Estado demonstre em sua defesa a presença de causa excludente de responsabilidade. (AgR no AI 577908/GO; AgR no AI 636814/DF)³⁴

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observou-se, que a responsabilidade das concessionárias e permissionárias de serviços públicos por danos causados a terceiros é regida pelo art. 37, § 6º, da CF/88, segundo a qual “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos

³² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 624

³³ CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.p. 40.

³⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AG.RE.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI-AgR 636814 DF, Rel. Ministro Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 22/05/2007, DJ 15.06.2007.

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”.

Significa dizer que a responsabilidade dessas entidades de serviços públicos é objetiva, fundada na teoria do risco administrativo, amplamente acolhida pela doutrina e pela jurisprudência. De acordo com dispositivo constitucional, quem responde é a própria concessionária ou permissionária do serviço, já que é ela quem o está prestando, por sua conta e risco. Portanto, a CF/88, afastou e sanou, quaisquer dúvidas existentes a respeito do tema.

A conclusão deste estudo é que a responsabilidade extracontratual patrimonial imputada ao Estado pelos danos causados a terceiros por concessionárias ou permissionárias de serviços públicos, na forma preconizada pela moderna doutrina administrativista, bem como pela jurisprudência dos tribunais superiores, é subsidiária, sendo-lhe conferido o benefício de ordem. Ou seja, o Poder Público só responderá pelo dano diante da circunstância de o responsável primário não ter condições de reparar o dano por ele causado.

REFERÊNCIAS

BEZOS, Clóvis. **A responsabilidade das pessoas privadas prestadoras de serviços públicos**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público n.º 8, nov./dez. – 2006/jan. de 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=154>>.

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

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. **DECRETO-LEI Nº 200**, DE 25 DE FEVEREIRO DE 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.

_____. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Com alterações resultantes da Lei 8.883, de 08 de junho de 1994 e da Lei 9.648, de 27 de maio de 1998.

_____. **Lei nº 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

_____. **Lei nº 9.491**, de 9 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências.

_____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 11 jan. 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 179.147-1, Rel. Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 12/02/1997, DJU 27.02.1998.

_____. - Supremo Tribunal Federal. AG.RE.NO AGRADO DE INSTRUMENTO: AI-AgR 636814 DF, Rel. Ministro Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 22/05/2007, DJ 15.06.2007.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 1995.

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

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

_____, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**. In Revista da EMERJ, v. 14, n. 55, p. 10-20, jul.-set. 2011.

_____, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 7º volume. Responsabilidade Civil. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 9ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001

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

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

PORTELLA, Simone de Sá. **A responsabilidade civil do Estado por omissão**. 2008. Disponível em: < <http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/3668.pdf> >.

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

SANTANA, Alexandre Ávalo. **Aspectos polêmicos sobre a responsabilidade civil na prestação do serviço público** – (implicações decorrentes da delegação). Portal Jurídico Investidura, 17 set. 2008. Disponível em: < <https://www.jornaljurid.com.br/doutrina/civil/aspectos-polemicos-sobre-a-responsabilidade-civil-na-prestacao-do-servico-publico-implicacoes-decorrentes-da-delegacao> >.

SANTIAGO, Edna Ribeiro. **Responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público**. maio de 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11198/responsabilidade-da-pessoa-juridica-de-direito-privado-prestadora-de-servico-publico-em-relacao-aos-nao-usuarios-do-servico>>.

SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Agências reguladoras e o direito à digna existência**. 1. ed. Curitiba: Prisma, 2015.