

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

GUILHERME CARRER JOCHEN

**A APLICABILIDADE DO DISPOSTO NO ART. 37, § 6º DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL NAS ENTIDADES DELEGATÁRIAS DE
SERVIÇO PÚBLICO POR DANOS CAUSADOS A TERCEIROS E
USUÁRIOS.**

CRICIÚMA, JUNHO DE 2011

GUILHERME CARRER JOCHEN

**A APLICABILIDADE DO DISPOSTO NO ART. 37, § 6º DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL NAS ENTIDADES DELEGATÁRIAS DE
SERVIÇO PÚBLICO POR DANOS CAUSADOS A TERCEIROS E
USUÁRIOS.**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Ciências Jurídicas da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. João Carlos Medeiros Rodrigues Júnior

CRICIÚMA, JUNHO DE 2011

GUILHERME CARRER JOCHEN

**A APLICABILIDADE DO DISPOSTO NO ART. 37, § 6º DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL NAS ENTIDADES DELEGATÁRIAS DE
SERVIÇO PÚBLICO POR DANOS CAUSADOS A TERCEIROS E
USUÁRIOS.**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela
Banca Examinadora para obtenção do Grau de
Bacharel, no Curso de Ciências Jurídicas da
Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Criciúma, 27 de Junho de 2011.

BANCA EXAMINADORA

Prof. João Carlos Medeiros Rodrigues Júnior - (UNESC) - Orientador

Prof. Luiz Eduardo Lapolli Conti – (UNESC)

Prof. Fernando Pagani Possamai - (UNESC)

Dedico a presente monografia aos os meus familiares, especialmente aos meus pais, Pedro Eing Jochen e Rita Maria Carrer Jochen, pois sem eles não estaria concluindo mais essa etapa de minha vida.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, que sempre me deu forças em todos os momentos que precisei, especialmente para concluir o presente trabalho monográfico, nos momentos de dúvidas, incertezas e impaciências.

Aos meus pais e a minha namorada, por todo apoio e compreensão que sempre me dispensaram, principalmente nos momentos mais difíceis pelos quais passei até chegar a conclusão do presente trabalho.

Agradeço, ainda, em especial ao Professor João Carlos Medeiros Rodrigues Júnior, o qual me orientou no decorrer da confecção desta monografia, pela paciência e cordialidade com que sempre me recebeu, muitas vezes em seus momentos de folga, o que só vem a enaltecer o grande profissional que é e mostrar o por que do carinho que seus alunos tem para com ele.

Ao final, quero também deixar meus sinceros agradecimentos aos professores Luiz Eduardo Lapolli Conti e Fernando Pagani Possamai, os quais muito ajudaram em minha formação acadêmica, pela gentileza de aceitar o convite e fazer parte desta banca.

“Qualquer homem pode alcançar o êxito, se dirigir seus pensamentos numa direção e insistir neles até que aconteça alguma coisa”.

Thomas Alva Edison

RESUMO

O presente trabalho monográfico teve como objetivo discutir a abrangência do termo “terceiros”, o qual consta no art. 37, § 6º, CRBF/88 e suas divergências na jurisprudência e doutrina do ordenamento jurídico brasileiro. Em consequência, observou-se o entendimento de renomados autores e também o posicionamento dos principais tribunais. Para atingir tal objetivo, dividiu-se o trabalho em três capítulos. No primeiro, foi discorrido sobre responsabilidade civil do estado, seu histórico, seus aspectos e teorias sobre a responsabilidade civil. O segundo capítulo falou sobre a delegação de serviços públicos, suas formas e também sobre o conceito de serviço público. Ao fim, no terceiro capítulo foi pesquisada a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da abrangência do termo “terceiros”, ou seja, quem o constituinte quis preservar ao elaborar o referido texto constitucional. O método de pesquisa usado foi o dedutivo, sendo utilizado amplo material bibliográfico, como doutrinas, artigos e sites da Internet, e jurisprudencial, onde foram pesquisadas jurisprudências em tribunais estaduais e federais.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Delegatárias. Serviço Público. Usuários.

SIGLAS

CRBF/88 – CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

CC – CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

CC/16 – CÓDIGO CIVIL DE 1916

CC/02 – CÓDIGO CIVIL DE 2002

CDC – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

MIN – MINISTRO(A)

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TJPR – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

TJSC – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

SUMÁRIO

1 – Introdução	10
2 – Responsabilidade Civil	11
2.1 – Histórico e evolução da Responsabilidade Civil	11
2.2 – Responsabilidade Civil e seus aspectos	14
2.2.1 – Ação e Omissão	14
2.2.2 – Responsabilidade Aquiliana	16
2.2.3 – Causas Excludentes da Responsabilidade Civil	17
2.2.3.1 – Culpa exclusiva da vítima	17
2.2.3.2 – Culpa concorrente	18
2.2.3.3 – Fato de terceiro	19
2.2.3.4 – Caso fortuito e força maior	20
2.2.4 – Ação Regressiva	21
2.3 – Teorias sobre responsabilidade Civil	23
2.3.1 – Teoria da Culpa Administrativa	23
2.3.2 – Teoria do Risco Administrativo	24
2.3.3 – Teoria do Risco Integral	25
3 – Delegação de Serviços Públicos	26
3.1 – Serviço Público	26
3.2 – Formas de prestação de serviço público	28
3.2.1 – Desconcentração	28
3.2.2 – Descentralização	29
3.2.3 – Delegação	30
3.2.3.1 – Concessão	31
3.2.3.2 – Permissão	34
3.2.3.3 – Autorização	36
4 – Responsabilidade Civil das empresas delegatárias de serviço público frente a terceiros e usuários.....	38
4.1 – Divergências doutrinarias e jurisprudenciais	38
5 – Considerações Finais.....	58
6 – Referências.....	60

1 – INTRODUÇÃO

Com a crescente necessidade de o Estado atribuir suas funções às chamadas delegatárias de serviço público e, em conseqüência, o aumento dessas prestadoras desse serviço, aumentaram também os casos em que estas empresas causam danos à particulares. Para tanto, a CRBF/88, em seu art. 37 §6º, instituiu que essas empresas que prestam serviços públicos responderiam pelos danos que seus agentes causassem, na qualidade de prestadores de serviço público, a terceiros, ressalvado o direito de regresso.

Ocorre que o texto constitucional se mostra um tanto quanto omissivo em relação à definição do termo “terceiros”, que está na redação de tal parágrafo. Tornou-se discutível, então, quem teria seu direito assegurado constitucionalmente, se somente os usuários do serviço público, somente os não-usuários ou se todos estes.

Esta parte da Constituição trouxe dúvidas aos doutrinadores e aplicadores do Direito, os quais se viram obrigados a definir a abrangência do referido parágrafo, causando discussão a respeito do assunto.

Assim sendo, pretende-se no presente trabalho discorrer de forma minuciosa a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da abrangência do termo “terceiros” que consta no artigo 37, § 6º da Constituição Federal Brasileira, vez que essa é uma questão muito recente e ainda não pacificada na doutrina brasileira.

Para tal, o presente trabalho foi dividido em três etapas. Na primeira será tratada a parte histórica da responsabilidade civil, seus aspectos, suas cláusulas excludentes, o direito de regresso contra o causador do dano, e também teorias sobre a responsabilidade civil. Na segunda parte do trabalho será discorrido sobre a delegação de serviço público, suas formas, diferenças entre elas, bem como o conceito de serviço público. E, ao final, na terceira parte, será discutido o artigo 37, § 6º da CRBF/88, ou seja, qual o alcance deste dispositivo atualmente, ou seja, quem pode ser classificado como “terceiro”. Será observada a doutrina tocante ao assunto e também a jurisprudência dos Tribunais Brasileiros, eventuais divergências e compatibilidades entre elas. O método a ser utilizado será o dedutivo, com o uso de materiais bibliográficos, quais sejam, doutrinas, artigos, jurisprudências de tribunais federais e estaduais e sites de Internet.

2 – Responsabilidade Civil

2.1 – Histórico e evolução da responsabilidade Civil

No decorrer da história, a Responsabilidade Civil do Estado passou por diferentes fases ao longo de seu processo evolutivo. No início, com relação a responsabilidade do Estado, havia a ausência de responsabilidade deste, a chamada Teoria da Irresponsabilidade Estatal, em que o Estado era representado na pessoa do rei, que por sua vez fazia somente o que lhe convinha não respondendo por nenhum dano que eventualmente o Estado causasse a terceiros, conforme mostra Sérgio Cavalieri Filho:

O Estado, perante seus súditos, tinha uma autoridade ilimitada e incontestável. Prevaleciam princípios tais quais: “o rei não erra” (*The king can do no wrong*), ‘O Estado sou eu’ (*L’Etat c’est moi*), ‘O que agrada ao príncipe tem força de lei’ etc. (2007, p. 219)

Essa Teoria da Irresponsabilidade adveio de outra teoria, a chamada Teoria do Direito Divino, onde os príncipes soberanos, os reis, eram os representantes imediatos de Deus na terra, sendo escolhidos por ele para governarem os outros homens, estando somente abaixo do criador, e acima da Lei e do clero. Elaborada por Bossuet, justificou o poder absoluto dos monarcas, impossibilitando qualquer tentativa de responsabilizar os reis, pois este era designado por Deus, portanto, infalível.(Morais, 2007).

Nessa época remota, a responsabilidade civil, de forma geral, se fundamentava ainda na vingança entre grupos distintos de pessoas, que se uniam para satisfazer a vontade e reparar uma ofensa causada a um de seus membros. Logo esses conflitos passaram a ser resolvidos não mais em grupo, mas sim individualmente, onde um indivíduo fazia “justiça com as próprias mãos”, baseadas na conhecida Lei de Talião (“olho por olho, dente por dente”), não demorando para que o Estado passasse a regular essas discussões. Ressalta-se que nesse momento histórico, o Estado apenas ditava a forma e o momento em que seria infligido ao lesante o mesmo dano causado a vítima. Percebeu-se então que, em

muitos casos, o lesado era o próprio Estado, surgindo assim, os delitos privados e os delitos públicos. Estes, de maior número que aqueles, eram punidos diretamente pela vítima, ou seja, o Estado, e aqueles, como já exposto, punidos pela vítima com a intervenção estatal.(Ávila Miguel, 2007)

Após, quando já havia um estágio mais avançado onde existia uma certa soberana autoridade, foi vedada a vítima a fazer justiça com as próprias mãos. A composição econômica, que era voluntária, passa a ser então obrigatória, e por conseguinte, tarifada, sendo que restou ao lesante o pagamento de um tanto ou um quanto por membro lesado, que era rotulado pela classe que pertencia, homem livre, escravo. Foi a época de Ur-Nammu e da Lei das XII Tábuas, onde a responsabilidade era objetiva, prescindindo da verificação da existência de culpa para que houvesse a reparação do dano. Salienta-se a importância da Lei das XII Tábuas para o direito romano, que teve vigência de cerca de novecentos anos e representou a passagem da norma consuetudinária para a norma escrita, tendo penas como multa, exílio, morte e prisão.(Guimarães, 1999)

O termo responsabilidade era desconhecido ao direito romano, muito embora a origem de prestações pecuniárias seja encontrada nele, vindo a ser usado somente a partir do século XVIII nas línguas européias. Há muita incerteza doutrinária acerca do assunto, porém é indiscutível que foi no direito romano que surgiu o grande divisor de águas da responsabilidade civil, que passou a determinar o pagamento em forma de pecúnia aos causadores de dano, que era a *Lex Aquilia de Damno*.(Ávila Miguel, 2007).

Sobre a responsabilidade Aquiliana enfatiza Diniz:

O Estado passou, então, a intervir nos conflitos privados, fixando o valor dos prejuízos, obrigando a vítima a aceitar a composição, renunciando à vingança. Essa composição permaneceu no direito romano com caráter de pena privadas e como reparação, visto que não havia nítida distinção entre a responsabilidade Civil e a penal. (2005 p.11)

Com a Lei Aquília desponta no cenário da responsabilidade civil um princípio geral da reparação do dano, surgindo as primeiras idéias acerca da noção de culpa. É a responsabilidade ganhando traços subjetivos, tendo-se a necessidade da comprovação de culpa do agente para a obrigação de ressarcir. (Neto, 2010).

Foi ainda com os romanos que começou a ser delineado um esboço de diferenciação entre a pena e a reparação. Vale ressaltar que foi data dessa época a

origem da ação de indenização, fato que na idade média colocou a responsabilidade civil ao lado da penal, diferenciando-as, surgindo, também nessa época, a responsabilidade contratual. Essas idéias romanas foram posteriormente aperfeiçoadas na idade média, notadamente na França, positivadas através do Código Civil Francês de 1804, através de seu artigo 1382 que dizia que “Todo e qualquer fato do homem, que causa um dano a outrem, obriga o culpado a repará-lo”, influenciando todas as legislações que adotaram a culpa como fundamento para a responsabilidade civil (Ávila Miguel, 2007).

O direito Francês influenciou varias nações e por conseqüência o ordenamento jurídico destas, inclusive o Brasil. O Código Civil de 2002, e especialmente o Código Civil de 1916 consagraram a teoria da culpa como regra no campo da responsabilidade civil(Neto, 2010).

Durante todo o período da colonização portuguesa no Brasil, o direito se resumia ao que era posto pelos colonizadores, as Ordenações do Reino de Portugal (Ordenações Filipinas). Mesmo após a independência do país em 1822 a legislação portuguesa ainda vigorou por muito tempo, estando a responsabilidade civil positivada através do Código Criminal do Império.(Rodrigues, 2004)

Após a proclamação da república, foi incumbido ao jurista Clóvis Beviláqua o dever de elaborar o projeto do Código Civil Brasileiro, que entrou em vigor em janeiro de 1917, vindo a responsabilidade civil figurar em seu artigo 59, dispondo que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.(Guimarães, 1999)

Urge ressaltar que já era indiferente ser a conduta dolosa, negligente, imprudente ou imperita, sendo qualquer das espécies de culpa suficientes para que houvesse a reparação, ou seja, para a caracterização da responsabilidade civil, independente também da gravidade do dano.(Ávila Miguel, 2010)

Hoje a responsabilidade civil é consagrada no ordenamento jurídico pátrio através do artigo 186 do CC/02 que determina que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, sendo a responsabilidade civil do Estado prevista em nossa Carta Magna, no teor do seu artigo 37, §6º, que dispõe que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço públicos responderão pelos danos que seus agentes,

nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

2.2 – Responsabilidade Civil e seus aspectos

2.2.1 – Ação e Omissão

A conduta comissiva ou omissiva, ou seja, ação ou omissão, são pressupostos fundamentais da responsabilidade civil. Conduta se define como o comportamento humano voluntário, que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo conseqüências jurídicas. A conduta comissiva se consubstancia em uma ação que se materializa através de um ato positivo, em contrapartida, a conduta omissiva, através de um ato negativo, ou seja, uma conduta contrária do que se espera, onde o agente que deveria praticar o ato, de acordo com o ordenamento jurídico, permanece inerte ou pratica conduta adversa da imposta.(Cavaliere Filho, 2007)

Cavaliere Filho entende, ainda, que a omissão do agente só tem relevância *“quando este tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado”* (2007, p. 24). Esse dever pode decorrer do direito material ou não, desde que haja situações de risco nas quais o agente tenha o dever de fazer algo para impedi-las.

O Código Civil de 2002, ao dispor sobre atos ilícitos, também refere-se a ação e omissão, proibindo tais condutas, desde que causem algum tipo de dano ou violem direito de outrem: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Na lição de Silvio Rodrigues temos:

A indenização pode derivar de uma ação ou omissão individual do agente, sempre que, agindo ou se omitindo, infringe um dever contratual, legal ou social. A responsabilidade resulta de fato próprio, comissivo, ou de uma abstenção do agente, que deixa de tomar uma atitude que devia tomar.(Rodrigues, 2003, p.19)

Ressalta-se que quanto aos atos omissivos, a responsabilidade será subjetiva, cabendo a vítima demonstrar a falha no serviço público para que seja indenizada.(Benício, 2005)

Celso Antonio Bandeira de Mello defende que a responsabilidade, nesses casos é subjetiva:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser o autor do dano. E se não foi o autor, só pode responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar o evento lesivo. Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as conseqüências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E sendo responsabilidade por ilícito é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente modalidades de responsabilidade subjetiva.(2006, p. 976/977)

Por outro lado, parte da doutrina defende que a responsabilidade será sempre objetiva, mesmo no que tange a atos omissivos. Nessa linha, temos autores como Hely Lopes Meirelles e Yussef Said Cahali. Para eles, entender que a responsabilidade é subjetiva vai de encontro à evolução do instituto da responsabilidade civil do Estado tendente a objetivação, configurando um retrocesso.(GÓIS, 2006)

Tanto a conduta comissiva, como a omissiva podem decorrer de atos próprios, por exemplo, quando o agente mata alguém, ou por atos de terceiros, onde uma pessoa fica sujeita a responder por danos causado a outrem por ato não seu, mas de um outro envolvido, como exemplo, atos praticados por servidores públicos no exercício de sua função ou em razão dela, atos praticados por filhos menores que estejam sob a guarda do pai e assim por diante.

Verificado os principais pontos concernentes à conduta do agente, veremos a seguir um pouco do que é considerado o divisor de águas da responsabilidade civil: *Lex Aquilia*.

2.2.2 – Responsabilidade Aquiliana

Como dito anteriormente, a *Lex Aquilia*, denominada também responsabilidade aquiliana ou extracontratual, é o divisor de águas da responsabilidade civil, considerada a maior evolução do instituto, que deu origem a denominação da responsabilidade extracontratual. Foi criada através de um plebiscito, não sabendo-se ao certo se por volta do século III ou início do século II a.C., na época do Imperador Justiniano, conforme ensina Silvio de Salvo Venosa. (2003, p. 18/19)

Segundo o autor, o referido diploma, de uso restrito, atingiu dimensões amplas em sua época. Possibilitou atribuir ao titular de bens o direito de receber um pagamento em dinheiro de quem tivesse causado algum tipo de dano a seus bens, englobando também os escravos, aplicando-se a lei em casos de morte ou ferimentos nestes, conforme:

Lex Aquilia é o divisor de águas da responsabilidade civil. Esse diploma, de uso restrito a princípio, atinge dimensão ampla na época de Justiniano, como remédio jurídico de caráter geral; como considera o ato ilícito uma figura autônoma, surge, desse modo, a moderna concepção da responsabilidade extracontratual. O sistema romano de responsabilidade extrai da interpretação do Lex Aquilia o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, independentemente de relação obrigacional preexistente. Funda-se aí a origem de responsabilidade extracontratual. Por essa razão, denomina-se também responsabilidade aquiliana essa modalidade (2003, p.18/19)

Venosa nos ensina ainda que a origem da responsabilidade, fundada na culpa, se dá na responsabilidade aquiliana:

O sistema romano de responsabilidade extrai da interpretação da Lex Aquilia o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, independentemente de relação obrigacional preexistente. Funda-se aí, a origem da responsabilidade extracontratual fundada na culpa. (2007, p.16)

Posteriormente, juristas chegaram a conclusão de que a quebra do equilíbrio patrimonial provocado pelo dano fundamenta a responsabilidade civil, transferindo-se o enfoque da culpa para a noção de dano, para fins de indenização.

Vistos os principais aspectos da responsabilidade aquiliana, passaremos a análise das causas excludentes de responsabilidade.

2.2.3 – Causas Excludentes e Atenuantes da Responsabilidade Civil

Causas excludentes são situações em que o nexo de causalidade é atenuado ou mesmo extinto, de forma que interfira na obrigação de reparar o dano causado. São hipóteses que dão legitimidade à conduta humana mesmo quando verificado o nexo causal entre a conduta do agente e o dano sofrido.

O novo Código Civil elencou, em seu artigo 188 algumas situações de causas excludentes, tais como a legítima defesa, o exercício regular de um direito reconhecido, bem como a destruição e deterioração de coisa alheia ou mesmo a lesão à pessoa, a fim de remover perigo iminente, senão vejamos:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Porém, o objeto de estudo presente são as excludentes de responsabilidade estatais, que acabam por romperem o nexo causal entre o agir do Estado e o dano sofrido. Sílvio de Salvo Venosa expõe que *são excludentes de responsabilidade, que impedem que se concretize o nexo causal, a culpa da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior* (Venosa, 2003).

2.2.3.1 – Culpa exclusiva da vítima

Na hipótese de culpa exclusiva, trata-se de casos em que não há o que se falar em responsabilidade do agente, pois sua conduta foi mero detalhe para a

ocorrência do evento danoso, uma vez que o fato gerador do dano é a conduta da vítima. Cavalieri Filho, acerca da responsabilidade civil, por culpa exclusiva da vítima expõe:

Quando ocorrer fato exclusivo da vítima, portanto, fica eliminada a responsabilidade do agente em razão da interrupção do nexos de causalidade. Ou seja, nesse caso deixa de existir a relação de causa e efeito entre o ato do agente e o prejuízo experimentado pela vítima.(2007, p.63)

O agente que causar dano por culpa exclusiva da vítima será isento do dever de indenizar, uma vez que desaparece a relação de causa e efeito entre o ato do agente causador do dano e o prejuízo experimentado pela vítima (Rodrigues, 2003).

2.2.3.2 – Culpa concorrente

Em contrapartida, a culpa concorrente se dá quando houver um comportamento culposos do agente e também da vítima, os quais concorrem para a ocorrência do dano. Nesse caso não há uma quebra do nexos causal, mas sim o enfraquecimento deste, uma vez que o agente não deu causa ao dano sozinho, ficando assim, diminuída a obrigação de reparar o dano, sendo que as responsabilidades irão ser divididas, conforme o grau de culpa dos envolvidos, como nos mostra o ilustre professor Silvio de Salvo Venosa:

Quando há culpa concorrente da vítima e do agente causador do dano, a responsabilidade e, conseqüentemente, a indenização são repartidas, como já apontado, podendo as frações de responsabilidade ser desiguais, de acordo com a intensidade da culpa.(2007, p.47)

No tocante a culpa concorrente, não há na doutrina e na jurisprudência um entendimento pacífico quanto ao assunto, havendo divergência no sentido de que cada um deverá responder na proporção de sua participação no evento danoso, e, por outro lado, outra corrente, minoritária, que entende que a indenização deverá, em todos os casos, ser dada pela metade.(Rodrigues, 2003)

Acerca do assunto, nos expõe o doutrinador Silvio Rodrigues:

Casos há, entretanto, em que existe a culpa da vítima, paralelamente à culpa concorrente do agente causador do dano. Nessas hipóteses o evento danoso decorreu tanto do comportamento culposos daquela, quanto do comportamento culposos deste. Por conseguinte, se houver algo a indenizar, a indenização será repartida entre os dois responsáveis, na proporção que for justa. (2003, p. 166).

Portanto, para que se configure a culpa concorrente é necessário que a vítima também tenha colaborado com uma parcela de culpa no evento danoso, sendo que esta terá sua responsabilidade, no tocante a indenização, repartida proporcionalmente com o agente causador do dano, conforme entendimento majoritário em nosso ordenamento jurídico.

2.2.3.3 – Fato de terceiro

Quanto ao fato de terceiro, para que este possa romper o nexos causal, deverá conter alguns elementos essenciais:

1) um nexos de causalidade, isto é, que o dano se ligue ao fato de terceiro por uma relação de causa e efeito (RJTJSP, 21:50); logo, não poderá haver liame causal entre o aparente responsável e o prejuízo causado à vítima; 2) que o fato de terceiro não haja sido provocado pelo ofensor, pois a responsabilidade do ofensor será mantida se ele concorrer com a do terceiro, salvo se o ofensor provar que houve culpa exclusiva de terceiro (RJTJSP, 40:50; RT, 429:260, 523:101, 437:240; Súmula 187 do STF); 3) que o fato de terceiro seja ilícito; 4) que o acontecimento seja normalmente imprevisível e inevitável, embora não seja necessária a prova de sua *absoluta* irresistibilidade e imprevisibilidade. (DINIZ, 2006, p. 115)

Terceiro, segundo Sérgio Cavalieri (2007, p.64), é definido como qualquer pessoa além da vítima e o responsável, alguém quem não tenha nenhuma ligação com o causador aparente do dano e o lesado.

Em princípio, não haverá nexos causal quando for provado que a culpa foi exclusivamente de terceiro, por isso é importante verificar se houve ou não concorrência do agente para a existência do dano. Somente se excluirá a indenização quando o fato realmente se constituir em causa estranha a conduta, cabendo ao agente provar que o fato era inevitável e imprevisível.

Sobre fato de terceiro, nos ensina Rui Stoco:

No plano da responsabilidade civil, predomina e deve predominar o princípio de que responde pelo dano o causador ou responsável imediato pelo evento lesivo, de sorte que a culpa de terceiro não exime o autor direto do dever jurídico de responsabilizar-se. (2004, p.183)

Anota, ainda, Aguiar Dias, apud Stoco que:

em relação ao fato de terceiro, que figura, ao lado do caso fortuito ou de força maior, como fundamento de isenção, naquela expressão genérica de causa estranha, usada pelo art. 1382 do Código Civil Francês, há uma certa corrente de opinião que reconhece sempre e sempre, como excludente de responsabilidade, como sucedeu em certo acórdão do Tribunal de São Paulo. Outros, porém, se em determinadas condições lhe atribuem tal efeito. Para dar, em forma sintética, o pensamento da segunda corrente, a que aderimos, podemos dizer que o fato de terceiro se exonera quando realmente constitui causa estranha ao devedor, isto é, quando elimine totalmente a relação de causalidade entre o dano e o desempenho do contrato. A questão é essencialmente ligada ao problema do nexa causal e parece-nos que não tem sido estudada desse ponto de vista. Em última análise, todo fato que importa exoneração de responsabilidade tira esse efeito da circunstância de representara negação da relação de causalidade. (2004, p.184)

Ressalta-se que nada impede que a vítima ingresse com a ação diretamente contra o terceiro que causou o dano, e também que o Estado cobre do terceiro causador do dano, através de ação regressiva e ainda que o fato de terceiro que ensejou o dano deve ser imprevisto e inevitável.

2.2.3.4 – Caso fortuito e força maior

Outra excludente de responsabilidade que encontra previsão legal é o caso fortuito e força maior. Ambas as figuras se equivalem para afastar o nexa causal. Suas definições e até mesmo distinções são de tarefa difícil. Alguns doutrinadores reforçam que as expressões são sinônimas, e que é inútil distingui-las. Segundo Barros:

Sujeita-se a controvérsia a diferenciação entre caso fortuito e força maior. Entendem uns que essas expressões são sinônimas, ou, pelo menos, equivalentes, do ponto de vista de suas conseqüências jurídicas. Afirmam outros, ao inverso que não se confundem os dois conceitos, divergentes entre si por elementos próprios e específicos. A primeira corrente é denominada *subjetiva*, enquanto a segunda se qualifica de *objetiva*. (2003, p. 317)

Os doutrinadores que definem essas duas situações, a fazem da seguinte maneira: o caso fortuito, que vem do direito anglo-saxão *act of God*, que significa ato de Deus, seria aquele que decorre de forças da natureza, tais como terremotos, enchentes e incêndios não provocados, em contrapartida, a força maior decorreria de atos humanos, tais como guerras, revoluções, greves.(VENOSA, 2005)

Para VENOSA, as diferenças não param por aí:

O caso fortuito se ligaria aos critérios de imprevisibilidade e irresistibilidade. Assim o caso fortuito seria aquela situação normalmente imprevisível, fato da natureza ou fato humano. A força maior seria caracterizada por algo também natural ou humano a que não se poderia resistir, ainda que possível prever sua ocorrência. (2005, p.57)

Qual seja o critério que se adote, as conseqüências serão sempre as mesmas, pois juridicamente os efeitos são iguais.

Ressalta-se ainda que para ambas as situações atuarem como causas excludentes da responsabilidade, o evento não pode ter decorrido de ato culposos, pois do contrário não seria um evento inevitável. (Venosa, 2005)

Passaremos agora a análise do meio que o Estado usa para cobrar do agente causador do dano a indenização paga: ação regressiva.

2.2.4 – Ação Regressiva

Nosso ordenamento jurídico há muito tempo conserva o direito de regresso contra agente causador de dano. Tal direito nada mais é do que o ressarcimento de eventuais valores que foram custeados por quem não tinha culpa sobre o dano ocorrido. Conforme Lazzari e Castro (2002, p. 435), a ação regressiva, que possui caráter indenizatório, visa estabelecer a situação existente antes do dano, *restitutio in integrum*, ou impor condenação equivalente.

O Código Civil de 1916, em seu artigo 1.524 nos assegurava o direito de reaver pecúnia despendida por agentes que não deram causa ao prejuízo, trazendo o seguinte texto: “O que ressarcir o dano causado por outrem, se este não for descendente seu, pode reaver, daquele por quem pagou, o que houver pago.”

Com o direito de regresso já previsto na legislação, tal preceito foi mantido por nossa lei, preservado esse direito no Novo Código Civil de 2002, por força do artigo 934, conforme: “Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.”

O direito de regresso da Administração Pública encontra respaldo legal em nossa Carta Magna, consubstanciado no artigo 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.

Cretella Júnior nos fala a respeito do direito de regresso que o Estado tem:

Direito de regresso ou direito regressivo é o poder-dever que tem o Estado de exigir do funcionário público, causador de dano ao particular, a repetição da quantia que a Fazenda Pública teve de diantear à vítima de ação ou omissão, decorrente do mau funcionamento do serviço público, por dolo ou culpa do agente. Concretiza-se o direito de regresso, por meio da propositura da denominada ação regressiva, ou seja, o direito subjetivo público do Estado de exigir do funcionário público a devolução, (*solve et repete*) da quantia que ele, Estado, pagou adiantadamente ao particular, em casos de responsabilidade civil, ocasionada por ato danoso do agente público, nas hipóteses de dolo ou culpa, conforme o que preceituam os dispositivos constitucionais e lei federais pertinentes”.(1980, p. 340)

Esse direito de regresso pode ser exercido nos próprios autos, ou em ação autônoma. No primeiro caso, se dá através da denúncia da lide ao agente, uma vez que a ação indenizatória julgada procedente que declara a responsabilidade do denunciado pelas perdas e danos, vale como título executivo, havendo então a regressão nos próprios autos. Conforme a lição de Hely Lopes Meirelles:

De fato, o § 6º do art. 37 estabelece a responsabilidade sem culpa, por isso denominada objetiva, das entidades de Direito Público (União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas autarquias) e de Direito Privado prestadoras de serviços públicos pelos prejuízos causados a terceiros em decorrência da atividade administrativa. Todavia o dispositivo constitucional veda a transferência dessa responsabilidade ao servidor imputável, impondo seu chamamento a juízo não pelo lesado, mas pela entidade interessada em ressarcir-se, a qual, para tanto, deverá demonstrar a culpa do referido servidor, em ação autônoma.(1999, p. 226)

Pode ocorrer que em determinados casos seja desnecessária a ação regressiva, por que o Estado, após indenizar o particular pelas perdas e danos, pode fazer acordo com o seu agente, determinando o desconto dos valores direto em folha de pagamento, respeitando o limite de não exceder a décima parte do vencimento ou remuneração.

Face a doutrina do risco administrativo, o particular que acionar o Estado não precisará demonstrar a culpa do agente público, demonstrando-se somente o dano e o nexo causal, o que não ocorre na ação regressiva contra o funcionário, uma vez que se o Estado não demonstrar a culpa de seu agente, a ação não prosperará (CAVALIERI FILHO, 2003).

2.3 – Teorias sobre Responsabilidade Civil

2.3.1 – Teoria da Culpa Administrativa

Também chamada de teoria subjetiva, a obrigação de indenizar do Estado, para essa teoria, decorre da ausência do serviço, do direito Francês “*fault du service*”, seu mau funcionamento ou funcionamento atrasado. Trata-se de culpa especialmente do poder público, e não de seus agentes.(PIZATO, 2011)

Celso Antônio Bandeira de Mello nos ensina que:

Em face dos princípios publicísticos não é necessária a identificação de uma culpa *individual* para deflagrar-se a responsabilidade do Estado. Esta noção civilista é ultrapassada pela idéia denominada de *faute du service* entre os franceses. Ocorre a *culpa* do serviço ou “falta do 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.(2007, p.976/977)

O Mestre Oswaldo Aranha Bandeira de Mello também leciona a respeito, senão vejamos:

Não se trata de culpa individual do agente público, causador do dano. Ao contrário, diz respeito a culpa do serviço diluída na sua organização,

assumindo feição anônima, em certas circunstâncias, quando não é possível individualizá-la, e, então, considera-se como causador do dano só a pessoa coletiva ou jurídica.(1974, p.482)

Portanto, cabe à vítima comprovar a inexistência do serviço, seu mau funcionamento ou seu funcionamento atrasado, para que o Estado tenha o dever de reparar os prejuízos causados.

2.3.2 – Teoria do Risco Administrativo

Segundo essa teoria, para que haja o dever de indenizar, basta que do ato injusto do Estado sobrevenha dano ao particular. A base dessa teoria é a do risco natural que existe em qualquer atividade desempenhada pelo Estado para oferecer algum tipo de serviço.(PIZATO, 2003)

Risco é a probabilidade de dano, importando isso dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente.(CAVALIERI FILHO, 2000)

Para tal teoria, o dever de reparar o dano independe da comprovação da culpa. Lembra-se, entretanto, que a teoria do risco administrativo, a qual dispensa a prova de culpa do Estado pelo dano causado, permite que este demonstre, com a finalidade de se eximir ou de atenuar o dever de indenizar, a culpa ou concorrência da própria vítima. (PIZATO, 2003)

Sérgio Cavalieri Filho acrescenta que:

Não significa, portanto, que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular. Se o Estado, por seus agentes, não deu causa a esse dano, se inexistente relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e a lesão, não terá lugar a aplicação da teoria do risco administrativo e, por via de consequência, o Poder Público não poderá ser responsabilizado.(2000, p. 239)

Diante da dispensa de comprovação de culpa, a responsabilidade civil do Estado é de natureza objetiva, onde este fica obrigado a reparar os prejuízos causados por seus agentes, nesta qualidade, bastando que se verifique o nexo de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido. (CAVALIERI FILHO, 2000)

Para Celso Antonio Bandeira de Mello a responsabilidade objetiva é:

A obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano.(2007, p.979/980)

Logo, a dispensabilidade de comprovação de culpa do Poder Público não significa que o Estado irá sempre indenizar, pois há algumas hipóteses em que o nexo de causalidade será rompido, como a culpa exclusiva da vítima e caso fortuito ou de força maior.

2.3.3 – Teoria do Risco Integral

De acordo com a doutrina de Hely Lopes Meirelles, existe ainda, no campo da responsabilidade objetiva, a chamada teoria do risco integral, que difere da teoria do risco administrativo por obrigar o Poder Público a indenizar o particular por todo e qualquer ato que atente contra a esfera jurídica protegida do mesmo, ainda que para o surgimento do dano concorra ou dê causa vítima.(MEIRELLES, 2001)

Seria esta teoria uma versão radical da teoria do risco administrativo. Salienta-se que esta admite excludentes de responsabilidade para que o Estado se exima ou atenuar seu dever de indenizar, diferente da teoria do risco integral, a qual não prevê nenhuma dessas excludentes.

O doutrinador Silvio de Salvo Venosa leciona a respeito da teoria do risco integral. Vejamos:

Modalidade extremada que justifica o dever de indenizar até mesmo quando não existe nexo causal. O dever de indenizar estará presente tão-só perante o dano, ainda que com culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro caso fortuito ou força maior. Trata-se de modalidade que não resiste a maiores investigações, embora seja defendida excepcionalmente para determinadas situações.(2007, p.15)

Face ao caráter extremo, abusivo e injusto dessa teoria, a mesma vem sofrendo fortes críticas, restando a ela poucos cultuadores e tendo assim sua aplicabilidade reduzida.(PIZATO, 2003)

3 – Delegação de Serviços Públicos

3.1 – Serviço Público

O conceito de serviço público sofreu diversas mudanças ao passar da história, desde o seu surgimento no período do Estado Liberal, mais precisamente na França, com a Escola do Serviço Público, até chegar em alguns conceitos que nos são apresentados atualmente. Não se mostra tarefa fácil definir serviço público, em decorrência dessas transformações sofridas, concernentes a abrangência e aos seus elementos constitutivos. (Lobo, 2009)

Porém, o conceito de serviço público dado pelos principais doutrinadores, no Brasil, é muito parecido, como veremos. Celso Antonio Bandeira de Mello nos dá sua definição, conforme:

É toda atividade de oferecimento de utilidade ou de comodidade material destinada a 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 (2005, p.634).

Nota-se na acepção deste autor o regime de direito público, a presença do Estado ou de seus delegados, e a satisfação da coletividade. Marçal Justen Filho nos apresenta um conceito parecido, onde se encontram também esses elementos:

“serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executada sob regime de direito público” (2005, p. 478)

Maria Sylvia Zanella Di Pietro tem um conceito próximo aos demais apresentados, porém com a diferença de citar que o regime jurídico pode ser total ou parcialmente público. Vejamos:

“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” (2005, p.114)

Segundo ela, o elemento formal do conceito não pode ser exclusivamente de direito público, pois nem sempre o será. O regime jurídico a que se submete o serviço é definido por lei. Portanto, para determinados casos o regime será de direito público. São os casos em que os agentes são estatutários, os bens públicos, a responsabilidade, objetiva, e os contratos regem-se pelo direito administrativo. Quando, porém, se tratar de serviços comerciais e industriais, o regime é o de direito comum, derogado pelo direito público. Nesses casos, as pessoas se submetem ao direito do trabalho, equiparando-se aos funcionários públicos apenas para determinados fins, os contratos submetem-se ao direito comum. A responsabilidade que era subjetiva passou a ser objetiva por força do disposto no art. 37, § 6º da Constituição Federal.(DI PIETRO, 2005)

Vale lembrar que essa posição, a de que o regime pode ser de direito comum é minoritária, poucos autores adotam essa teoria. José dos Santos Carvalho Filho também segue essa linha:

”conceituamos serviço público como toda *atividade* prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob o regime de direito público, com vistas a satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade.” (1999, p.217)

Sobre essa questão, Marçal Justen Filho se mostra oposto a ela, afirmando que serviço público sob forma de direito privado é uma contradição em termos. Reforça que a aplicação do regime de direito privado desnatura o serviço público, sendo que a expressão serviço público sob regime de direito privado indica serviços privados subordinados a uma relação jurídica intensa. (JUSTEN FILHO, 2005)

Tem-se ainda, para que fique mais claro o conceito de serviço público, a definição dada por Hely Lopes Meirelles:

“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” (2003, p.319)

Importa ressaltar que, em todos os casos, temos a presença de três elementos para definição serviço público, que são: o material, que se refere as atividades de interesse coletivo; o subjetivo, que faz referencia a presença do Estado; e o formal, que aponta para o procedimento de direito público. (Di Pietro, 2005)

Veremos, então, quais são as formas de prestação de serviço público adotadas pelo direito brasileiro com a finalidade de que o Estado preste esses serviços a coletividade.

3.2 – Formas de prestação de serviço público

3.2.1 – Desconcentração

Desconcentração é um procedimento interno, que significa tão somente a substituição de um órgão por dois ou mais, com o objetivo de acelerar a prestação do serviço. O serviço, que é centralizado, continua centralizado, uma vez que a substituição se processa apenas internamente. As atribuições são outorgadas a vários órgãos que compõe a hierarquia, e daí nasce uma relação de subordinação e controle entre eles (DI PIETRO, 2006).

Celso Antonio Bandeira de Mello nos fala que a desconcentração está sempre ligada a uma só pessoa, pois cogita-se da distribuição de competências na intimidade dela, mantendo-se, pois o liame unificador de hierarquia. (2005, p. 139)

Maria Sylvia Zanella Di Pietro segue a mesma linha de pensamento, nos mostrando que trata-se de distribuição de competências para que haja uma maior agilidade na prestação de serviços:

“sabe-se que a administração pública é organizada hierarquicamente, como se fosse uma pirâmide em cujo o ápice está o chefe do Poder Executivo. As atribuições administrativas são outorgadas aos vários órgãos que compõe a hierarquia, criando-se uma relação de coordenação e subordinação entre uns e outros. Isso é feito para descongestionar, desconcentrar, tirar do centro um volume grande de atribuições, para permitir seu mais adequado e racional desempenho. A desconcentração liga-se à hierarquia.” (2006, p.403)

Vê-se, portanto, que a desconcentração tem mais haver com processo administrativo de atribuição de competências, que será regido hierarquicamente, diferindo-se da descentralização por se tratar de uma distribuição interna de competências, como veremos a seguir.

3.2.2 – Descentralização

Ao citar descentralização estamos falando de um processo em que a administração central do Estado visa atribuir a outras entidades territorialmente delimitadas suas competências, para que estas passem a exercê-las. Segundo Marçal Justen Filho, a descentralização produz a transferência de poderes e atribuições para um outro sujeito distinto. Portanto, há um número maior de sujeitos titulares de poder público. (2005, p. 96,97)

Celso Antonio Bandeira de Mello, ao falar da descentralização em uma de suas obras, nos define com os seguintes dizeres:

Nessa hipótese, ora o Estado transfere o exercício de atividades que lhes são pertinentes para particulares, ora cria pessoas auxiliares suas, para desempenhar os cometimentos dessarte descentralizados. Assim, diz-se que a atividade administrativa é descentralizada quando é exercida, em uma das formas mencionadas, por pessoas distintas do Estado.(2005, p. 137)

Há ainda uma distinção, uma divisão feita na descentralização, que se divide em política e administrativa. Maria Sylvia Zanella Di Pietro nos expõe a diferença entre ambas:

“A descentralização política ocorre quando o ente descentralizado exerce atribuições próprias que não decorrem do ente central; é a situação dos Estados-membros da federação e, no Brasil, também dos Municípios. Cada um desses entes locais detém competência legislativa própria que não decorre da União e nem a ela se subordina, mas encontra seu fundamento na própria Constituição Federal.”(2006, p. 403, 404)

Portanto, ainda conforme essa autora, são os entes descentralizados que podem legislar sobre si, encontrando sua fundamentação na Lei Maior, diferenciando-se da Descentralização Administrativa:

A descentralização Administrativa ocorre quando as atribuições que os entes descentralizados exercem só tem o valor jurídico que lhes empresta o ente central; suas atribuições não decorrem, com força própria, da Constituição, mas do poder central. É o tipo de descentralização própria dos Estados unitários, em que há um centro único de poder, do qual se destacam, com relação de subordinação, os poderes das pessoas jurídicas locais (2006, p. 404).

Dentro da administração administrativa existe ainda uma classificação, usada pela maioria dos doutrinadores, que a divide em descentralização territorial ou geográfica e descentralização por serviços, funcional ou técnica. A primeira é a que se verifica quando uma entidade local que tem delimitação geográfica é dotada de personalidade jurídica e auto-administração. Ocorre em países como França, Portugal, Itália. Já a segunda é aquela que se verifica quando o poder público cria uma pessoa jurídica, seja ela de direito público ou privado, e a ela atribui a titularidade e a execução de determinado serviço público. É o que acontece no Brasil com as autarquias, fundações. (Di Pietro, 2006)

Logo, entende-se que os entes descentralizados tem capacidade para gerir seus próprios negócios, porém com subordinação a leis postas pelo ente central.

3.2.3 – Delegação

Delegação de serviço público consiste na transferência da execução de serviços que deveriam ser prestados pelo Estado, a particulares, que são os delegatários de serviços públicos.

Segundo Marçal Justen Filho, o conceito de delegação de serviço público nasceu no direito Francês, e é um conceito bastante amplo, conforme nos cita:

o direito Francês adotou a expressão *delegação de serviço público* para abranger, em termos amplos, todas as diversas figuras por meio das quais havia a transferência pelo Estado para um terceiro do exercício da função estatal atinente a prestação do serviço (2005, p. 500)

A delegação de serviço público pode ser feita sob as modalidades de concessão, permissão e autorização, regidas pela lei 8.987/95, as quais serão esposadas a seguir.

3.2.3.1 – Concessão

Concessão é uma forma de delegação contratual, com remuneração, onde a administração transfere a execução de serviços públicos a particulares que, por sua conta e risco executem de acordo com o contrato e por tempo determinado. Ao final, os bens atingidos pelo contrato, bem como os bens incorporados no decorrer da prestação de serviço retornam ao poder público, devidamente amortizados. Ou seja, o poder público se desonera da prestação de serviços públicos que, por conveniência ou falta de meios, julgar mais benéfico concedê-los. Maria Sylvia Zanella Di Pietro nos deixa sua lição a respeito da concessão:

concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço (2005, p. 279)

O doutrinador José dos Santos Carvalho Filho também nos dá seu conceito sobre a concessão, deixando claro que a transferência do serviço se dá a pessoa jurídica ou consórcio de empresas, uma das características desse instituto. Assim:

Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere a pessoa jurídica ou a consórcio de empresas a execução de certa atividade de interesse coletivo, remunerada através do sistema de tarifas pagas pelos usuários. Nessa relação jurídica, a Administração Pública é denominada de concedente, e, o executor do serviço, de concessionário.(2009, p. 350)

Marçal Justen Filho acrescenta ainda, de forma mais abrangente, que o contrato que trata da concessão não é um contrato unilateral, onde somente a vontade da administração é levada em consideração, mas sim um contrato plurilateral, onde as vontades das duas partes estão presentes. Quanto a remuneração, deixa claro também que será extraída da exploração do serviço ou custeada por recursos públicos, conforme:

A concessão de serviço público é um contrato plurilateral de natureza organizacional e associativa, por meio do qual a prestação de um 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, ainda que custeada parcialmente por recursos públicos. (2005, p. 501)

Por outro lado, Celso Antonio Bandeira de Mello faz uma espécie de subdivisão das concessões, que chama de subespécies, onde explica que alguns tipos de concessão podem ser atos unilaterais, e outros bilaterais. Vejamos:

“é a designação de fórmula pela qual são expedidos atos ampliativos da esfera jurídica de alguém. Daí a existência de subespécies. Por isso, fala-se em concessão de cidadania, de comenda, de prêmio, de exploração de jazida, de construção de obra pública, de prestação de serviço público etc. É manifestamente inconveniente reunir sob tal nome tão variada gama de atos profundamente distintos quanto à estrutura e regimes jurídicos. Assim, *verbi gratia*, a concessão de serviço público e a de obra pública são atos bilaterais; já as de prêmio ou de cidadania são unilaterais.” (2005, p. 408)

A lei 8987/95, em seu artigo 2º, II, estabelece que o contrato de concessão deve ser apresentado com prazo determinado. Não há, porém, norma que estabeleça limite de prazo, ficando este a critério do concedente do serviço.(CARVALHO FILHO, 2009)

Cabe a administração fiscalizar e, eventualmente, corrigir falhas na prestação de serviço, uma vez que a concessionária tem o dever de prestar o serviço adequadamente. Se assim não o fizer, pode a administração considerar a prestação inadequada e aplicar a cada caso a sanção correspondente: intervenção ou extinção da concessão e reparação dos danos causados.(Levy, 2005)

O contrato pode ser extinto por diversas causas, tais quais, inadimplemento do poder concedente, término do prazo, acordo entre as partes, superveniência do interesse público, caducidade. No caso da última, trata-se de prestação de serviço de forma inadequada, ineficiente, paralisação injustificada das atividades, descumprimento de contrato.(Levy, 2005)

Ainda que o concessionário não tenha cometido qualquer tipo de falta, pode o poder público rescindir o contrato, em razão de conveniência e oportunidade, sem que isso seja considerado ato ilícito, porém deve o poder público indenizar, antecipadamente o concessionário nas proporções.(Júnior, 2006)

O artigo 27 da lei 8987/95 permite ainda que a concessão seja transferida a uma terceira pessoa, distinta daquela que pactuou com a administração. Nesses casos, para que seja transferida a concessão é necessário que o poder público

concorde com tal substituição. Importante ressaltar que a falta da anuência da administração implicará na caducidade da concessão, conforme:

Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

Por outro lado, para que seja considerada válida a substituição do concessionário, aquele que irá substituir terá de atender aos requisitos especificados no referido artigo, tais como capacidade técnica, idoneidade financeira, comprometimento de cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor:

§ 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá:

I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e

II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

§ 2º Nas condições estabelecidas no contrato de concessão, o poder concedente autorizará a assunção do controle da concessionária por seus financiadores para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços.

§ 3º Na hipótese prevista no § 2º deste artigo, o poder concedente exigirá dos financiadores que atendam às exigências de regularidade jurídica e fiscal, podendo alterar ou dispensar os demais requisitos previstos no § 1º, inciso I deste artigo.

§ 4º A assunção do controle autorizada na forma do § 2º deste artigo não alterará as obrigações da concessionária e de seus controladores ante ao poder concedente.

Cabe ao poder público, por motivos óbvios, a fiscalização destas transferências, que podem ser simuladas ou camufladas, para que se evite fraudes em tais prestações de serviços.(Levy, 2005)

3.2.3.2 – Permissão

Permissão é mais um instituto das formas de delegação de serviços públicos. Celso Antonio Bandeira de Mello nos dá o conceito e exemplos de permissão, conforme:

“é o ato unilateral pelo qual a Administração faculta precariamente a alguém a prestação de um serviço público ou defere a utilização especial de um bem público. No primeiro caso serve de exemplo a permissão para desempenho do serviço de transporte coletivo, facultada precariamente por esta via, ao invés de outorgada pelo ato convencional denominado concessão. Exemplo da segunda hipótese tem-se no ato de facultar a instalação de banca de jornais em logradouro público, ou de quiosque para venda de produtos de tabacaria etc ” (2005, p. 408)

Em sua doutrina, também o professor José dos Santos Carvalho Filho nos deixa sua posição sobre o conceito de permissão. Vejamos:

Permissão de serviço público é o contrato administrativo através do qual o poder público (permitente) transfere a um particular (permissionário) a execução de certo serviço público nas condições estabelecidas em normas de direito público, inclusive quanto à fixação do valor das tarifas.(2009, p.395)

Maria Sylvia Zanella Di Pietro completa o conceito, acrescentando a ele a discricionariedade da administração:

“ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, pelo qual a Administração Pública faculta ao particular a execução de serviço público ou a utilização privativa de bem público” (2005, p. 221)

As características que diferem a permissão da concessão são praticamente insignificantes. A modalidade de concessão pode ser contratada com pessoas jurídicas ou consórcio de empresas e a permissão, com pessoas físicas ou jurídicas. Outra diferença apontada é que a permissão traz em seu conceito o caráter precário, que significa que a Administração pode revogar esse contrato sem ter, por isso, o dever de indenizar.(CARVALHO FILHO, 2009)

Sobre esta segunda diferença, José dos Santos Carvalho Filho expõe sua posição, citando a Lei 8.987/95:

Não cremos que essa seja a situação jurídica do permissionário diante do contrato que celebrou com o Poder Público visando à execução de serviço público. A conclusão, diga-se de passagem, emana do próprio art. 40, parágrafo único, da Lei, que admite a incidência na permissão de regras inerentes a concessão. Ora, como em relação a esta, o desfazimento unilateral do contrato pela Administração por razões de interesse público a obriga a indenizar o concessionário, o mesmo é de se esperar que ocorra com o permissionário, que, afinal, está prestando o mesmo serviço público que o concessionário poderia executar. Portanto, não está na ausência do direito indenizatório a precariedade apontada na lei. (2009, p.397)

Em outras palavras, quis salientar o autor que, se a Lei permite que esses dois institutos sejam equiparados, a Administração tem o dever de indenizar o permissionário bem como o concessionário. Conclui ainda o autor:

É mais lógico admitir-se que entre a permissão e a concessão não mais se vislumbrem diferenças do que tentar identificar pontos distintivos incongruentes, inócuos e não convincentes (2009, p. 398)

Finalizando os conceitos desse instituto, temos ainda a definição de Marçal Justen Filho, conforme:

permissão é o ato administrativo de delegação da prestação de serviço público a particular, sem a imposição de deveres de investimento amortizáveis em prazo mínimo de tempo (2005, p. 545)

Nota-se, portanto, que, para esse autor, não há, na permissão, a obrigação ou dever de o particular que irá prestar o serviço realizar investimentos para a implantação ou desenvolvimento do serviço.

Portanto, a permissão é adequada aos serviços que não demandam grande investimento, que tenham duração curta, que envolvam apenas bens não reversíveis e em que, de modo geral, seja viável a assunção pelo particular dos riscos da precariedade, de ter a qualquer momento seu contrato extinto pela administração sem receber por isso, indenização (DI PIETRO, 2002).

A seguir veremos outra forma de delegação feita pelo Estado, a autorização.

3.2.3.3 – Autorização

O instituto da autorização é mais uma forma de delegação de serviço público, pelo qual, unilateralmente, discricionariamente, facultativamente e mediante provocação a administração pública autoriza o uso de bem público bem como a prestação de serviço público e desempenho de atividade material a particulares, atividades essas que sem esse consentimento seriam legalmente proibidas, conforme a lição de Maria Sylvia Di Pietro e José Cretella Júnior, respectivamente:

ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração faculta ao particular o uso de bem público (autorização de uso), ou a prestação de serviço público (autorização de serviço público), ou o desempenho de atividade material, ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos (autorização como ato de polícia) (2002, p. 220).

autorização é o ato unilateral do Poder Público, mediante o qual, por provocação do interessado, a administração remove o obstáculo legal para facultar-lhe o exercício de uma atividade, de outro modo, proibida (2000, p. 221).

Este ato é unilateral porque se realiza unicamente pela manifestação da vontade da administração, não atendendo a vontade de outros interessados. É provocado porque, em quase todos os casos a administração não procede por sua iniciativa, mas sim a requerimento dos interessados. Facultativo porque o interessado tem a possibilidade do exercício, que se torna, posteriormente a anuência da administração, em um direito. E, por fim, é discricionário porque ao editar esse ato administrativo, a administração leva em consideração apenas a oportunidade e a conveniência da medida. (CRETELLA JÚNIOR, 2000)

Celso Antonio Bandeira de Mello segue a mesma linha de pensamento dos outros autores ora citados, nos dando, além do conceito, um exemplo de caso de autorização:

é o ato unilateral pelo qual a Administração, discricionariamente, faculta o exercício de atividade material, tendo, como regra, caráter precário. É o caso da autorização para exploração de jazida mineral (2005, p. 409)

Pelos ensinamentos supra citados nota-se que o instituto da autorização abrange hipóteses em que o exercício de prática ou atividade são vedados por lei,

por razões de interesse público, que deve prevalecer, razões estas atinentes a segurança, saúde, economia, ou seja, o resguardo do bem comum. Por isso essa faculdade do poder público em autorizar ou não o exercício. Embasado no poder de polícia da administração, esta pode julgar tal atividade, exploração, e chegar a uma conclusão para saber se tal atividade é nociva ao interesse da comunidade, e no caso de não ser, afastar a proibição. (CRETELLA JÚNIOR, 2006)

A previsão legal desse instituto está em nossa Carta Magna, em seu artigo 21, XI e XII, que nos dá os locais em que interessados poderão requerer autorização, conforme:

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.

Quanto à responsabilidade do poder público nos casos de autorização, tem-se que os autorizatários não são agentes públicos e nem praticam atos administrativos, são somente prestadores de serviço a comunidade, e por esse motivo são controlados pela administração e estão sujeitos a autorização. A contratação de qualquer serviço é uma relação de direito privado, sem a participação da administração, e havendo qualquer irregularidade, abuso, aí sim a administração deverá ser comunicada para que esta tome nota da falta do prestador de serviço e aplique-lhe a sanção cabível, a qual poderá ser a cassação da autorização. (MEIRELLES, 2005)

4 – Responsabilidade Civil das empresas delegatárias de serviço público frente a terceiros e usuários

4.1 – Divergências doutrinárias e jurisprudenciais

O artigo 37, § 6º da CRBF/88 tem sido bastante discutido em razão de sua abrangência, ou seja, quem pode ser atingido pelo termo “terceiros” que consta no referido parágrafo, se somente os usuários do serviço oferecido ou também os não-usuários. Se mostra importante destacar tal distinção, pois, como veremos, alguns doutrinadores e aplicadores do direito a fizeram, o que pode gerar um dano grave ou de difícil reparação a quem o sofre, de acordo com sua condição.

Uma das novidades da Constituição Federal de 1988 foi colocar em pé de igualdade, em termos de responsabilidade civil, as pessoas jurídicas de direito público e as entidades de direito privado que prestam serviços públicos, conforme:

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

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Fica, portanto, indubitado, que as pessoas físicas ou jurídicas que prestam serviços públicos delegados devem ser responsabilizadas pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. Sérgio Cavalieri Filho afirma, para tal, que:

Quem tem o bônus deve suportar o ônus. Aquele que participa da Administração Pública, que presta serviços públicos, usufruindo os benefícios dessa atividade, deve suportar os seus riscos, deve responder em igualdade de condição com o Estado em nome de quem atua.(2002, p.172)

Parece lógico, portanto, que o interesse da CRBF/88 foi de, como já citado, igualar a responsabilidade dos entes prestadores de serviços públicos a dos entes públicos.

Vale lembrar que, como está claro, o entendimento literal do parágrafo 6º do artigo 37 da CRBF/88 aplica-se tão somente a terceiros e não aos usuários do serviço público. Ainda há quem defenda que, para os usuários existem regras específicas como o Código de Defesa do Consumidor e a Lei 8.987/95, que dispõe sobre os regimes de delegação.

Por se tratar de uma discussão bastante recente, alguns doutrinadores brasileiros, como Hely Lopes Meirelles, Sérgio Cavalieri Filho e Rui Stoco deixaram de cuidar ou não fizeram, em suas obras, a distinção mencionada. Por outro lado, José Cretella Júnior, em sua obra, faz breve comentário a respeito da abrangência do termo “usuários”, deixando claro, dessa forma, sua posição a respeito, conforme:

Terceiros. No texto, ‘terceiros’ são as pessoas que sofrem dano, causado por agente de pessoa jurídica pública, ou privada, esta última prestando serviços públicos. (2002, p. 2.352)

Repara-se que este autor não faz nenhum tipo de distinção, apenas afirma que terceiro é aquele que sofreu o dano, independente se usuário ou não usuário do serviço.

O doutrinador José dos Santos Carvalho Filho também, em sua obra, expressa sua opinião. Vejamos:

O texto constitucional não faz diferença nos casos de danos causados a terceiros, não usuários do serviço concedido, não cabendo ao intérprete fazê-lo. As pessoas de direito privado prestadoras de serviço público (concessionários) estão mencionadas ao lado das pessoas jurídicas de direito público (art. 37, § 6º, CF), para efeito de se sujeitarem a responsabilidade objetiva (2010, p. 422).

A doutrinadora Ruth Helena Pimentel de Oliveira, apesar de fazer distinção entre usuário e terceiro, assevera que a responsabilidade é objetiva em razão da Teoria do Risco, conforme:

A responsabilidade do concessionário e do permissionário do serviço é objetiva e direta diante dos usuários e terceiros, informada pela teoria do risco, tal como a responsabilidade do Estado. (2003, p. 205)

Celso Antonio Bandeira de Mello, apesar de não se manifestar em suas obras sobre o tema, recebeu, no recurso 262651/SP, carta do Exmo Min. Carlos Velloso, do STF, para que expusesse sua posição, auxiliando assim o Ministro em um de seus julgados sobre o tema. Vejamos um trecho da resposta de Celso Antonio:

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 qualidade de prestadora dele. Donde, sua responsabilidade é a que está configurada no § 6º do art. 37. (Disponível em <http://www.cursoaprovacao.com.br/cms/artigo.php?cod=34253113>. Acessado em 15/05/2011)

De outra forma, alguns outros autores defendem que a responsabilidade objetiva deve se dar somente em relação aos usuários do serviço. Lúcia Valle Figueiredo, em uma de suas obras, sustenta esta tese, assim:

Se a prestação do serviço público foi cometida a concessionário de serviço, pessoa de direito privado, na verdade temos duas situações instauradas: 1) a do concedente e concessionário, nos termos do contrato de concessão; 2) a do concessionário em face de terceiros ou usuários do serviço público. Nesta última hipótese, a responsabilidade é objetiva do concessionário. Entretanto, se exauridas as forças do concessionário, responderão concedente, subsidiariamente. (2003, p. 279)

A lição de Romeu Felipe Bacellar Filho segue a mesma linha daquela esposada anteriormente. Vejamos:

Resta ainda ressaltar que, em se tratando de concessão de serviço público, existem duas relações jurídicas diversas, como informa Lúcia Valle Figueiredo: 'a existente entre o poder concedente e o concessionário, que se rege pelo disposto no contrato de concessão, e a que nos interessa e matéria de responsabilidade civil, existente entre o concessionário e o usuário de serviço público'. Nesta última relação, há incidência de

responsabilidade objetiva, respondendo o concessionário por danos decorrentes do serviço por ele executado e concernente à atividade delegada. Isto por que é o usuário detentor do direito subjetivo de receber um serviço público ideal, com todas as garantias e benefícios inerentes a atuação pública, mesmo sendo esse serviço prestado por terceiros que não o estado.(2000, p. 44/45)

Nota-se, portanto, que a maioria dos doutrinadores que abordam o caso tem sua posição formada no sentido de que o termo “terceiros”, o qual consta no § 6º do art. 37 da CRBF/88 abrange tanto os usuários quanto os não-usuários do serviço público, visto que, para eles, a Lei Maior não faz qualquer tipo de distinção na redação de tal artigo.

Surpresa foi, então, o julgamento do Recurso extraordinário nº 262651/SP, pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, que entendeu que o disposto no art. 37, §6º da CRBF/88 se aplica somente aos usuários dos serviços prestados, e não aos não-usuários, contrariando, assim, a literalidade do referido artigo, conforme:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSIONÁRIO OU PERMISSONÁRIO 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. (2011-A)

O relator do processo, Ministro Carlos Velloso, ao construir seu voto pesquisou na doutrina dos mais importantes autores do ordenamento jurídico nacional uma solução para o caso. Em alguns casos, dirigiu carta a eles, como foi o caso de Celso Antonio Bandeira de Mello, cujo trecho da carta já foi transcrito no presente trabalho, para saber sua opinião sobre o assunto. Apesar da opinião desse doutrinador e também de alguns outros importantes, como José Cretella Júnior ser contrária, o relator votou no seguinte sentido:

A *ratio* do dispositivo constitucional que estamos interpretando parece-me mesmo esta: porque o “usuário é detentor do direito subjetivo de receber um serviço público ideal”, não se deve exigir que, tendo sofrido dano em razão do serviço, tivesse de provar a culpa do prestador desse serviço. Fora daí, vale dizer, estender a não-usuários do serviço público prestado pela concessionária ou permissionária a responsabilidade objetiva – CF, art. 37, §6º - seria ir além da *ratio legis*.” (2011-B)

Entendeu, pois, o ministro, que deveria-se desprezar a literalidade da lei, entendendo-se usuários onde está escrito terceiros, deixando de lado os não-usuários do serviço.

A Ministra Ellen Gracie votou no mesmo sentido do relator, afirmando que as funções delegadas pelo Estado sofrem certas limitações, e que os riscos referentes a estas atividades devem receber também essas limitações, conforme:

Sr. Presidente, entendo que, neste caso – e a própria doutrina da responsabilidade objetiva do Estado e seus pressupostos levam-me a essa conclusão – a delegação feita às empresas transportadoras é limitada a uma atividade ou a um determinado serviço público, que é, então, execução de forma indireta. Por isso, os riscos correspondentes a essa atividade devem merecer exatamente a mesma limitação, até porque quando as empresas assumem tais parcelas da atividade estatal fazem o cálculo econômico dos riscos em que irão incorrer e estes estariam exageradamente ampliados se atribuíssemos leitura mais alargada ao §6º do art. 37 da CF, como propõe o eminente Relator, cujo voto não posso deixar de louvar, pelo brilhantismo."(2011-C)

A Ministra quis afirmar que, ao celebrar contrato com o Estado, as empresas delegadas fazem o cálculo econômico dos riscos que correrão e se interpretarmos o art. 37, §6º da CRFB/88 de forma mais abrangente, esse cálculo será majorado a ponto de aumentar o ônus da administração pública.

Vale lembrar que acompanhou o relator, além da Ministra Ellen Gracie, também o Ministro Gilmar Mendes. Por outro lado, teve voto vencido o Ministro Joaquim Barbosa, o qual disse ser incabível tal distinção e que essa é uma discussão incabível em termos de responsabilidade. Vejamos:

Penso ser incabível tal distinção em matéria de responsabilidade civil do Estado. Para fins de fixação dessa responsabilidade, é inteiramente irrelevante uma ou outra qualidade ou condição pessoal da vítima dos danos. Penso, pois, que introduzir uma distinção adicional entre usuários e não usuários do serviço significa um perigoso enfraquecimento do princípio da responsabilidade objetiva, cujo alcance o constituinte de 1988 quis o mais amplo possível. Dessa forma, parece imprópria a indagação acerca dessa ou daquela qualidade intrínseca da vítima para se averiguar se no caso concreto está ou não está configurada hipótese de responsabilidade objetiva, já que esta decorre da natureza da atividade administrativa, a qual não se modifica em razão da simples transferência da prestação dos serviços públicos a empresas particulares concessionárias do serviço."(2011-D)

O Ministro Celso de Mello acompanhou o voto do Ministro Joaquim Barbosa, afirmando também que é absolutamente irrelevante a condição da vítima

para fins de responsabilidade civil da empresa delegatária, pois a CRBF/88 buscou o mais amplo alcance.

Após o entendimento, para muitos, equivocado, da nossa Suprema Corte sobre o § 6º do art. 37 da CRBF/88, através do RE 262.651/SP, outro Recurso Extraordinário foi recebido pelo Supremo Tribunal Federal, o RE 591.874/MS, o qual teve, primeiramente, sua repercussão geral conhecida, conforme:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO EM RELAÇÃO A TERCEIROS NÃO-USUÁRIOS DO SERVIÇO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.(2011-E)

Nos referidos autos, o relator, Sr. Min. Ricardo Lewandowski negou provimento ao recurso de uma empresa delegatária de serviço público que prestava serviço de transporte urbano e que teve um de seus veículos envolvido em um acidente com um ciclista, o qual veio a óbito em decorrência da colisão. Alegou a empresa que, como o ciclista não era passageiro, ou seja, usuário do serviço de transporte, não haveria responsabilidade objetiva. Vejamos a ementa do acórdão:

EMENTA: 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.(2011-F)

Primeiramente, em seu voto, o relator lembra que a matéria não é novidade na Suprema Corte, citando o RE 262.651/SP, afirmando que a época daquele julgamento, que tinha como relator o Excelentíssimo Ministro Carlos Velloso, o entendimento foi de que o art. 37, § 6º da CRBF/88 não se estendia a pessoas que não ostentassem a condição de usuários do serviço público. Porém, o Exmo. Min. Ricardo Lewandowski, relator, se mostra contrário a posição de seus colegas, discutindo, ainda, a posição daqueles, conforme:

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

Não impressiona, data vênua, o entendimento segundo o qual apenas os terceiros usuários do serviço público gozam de proteção constitucional decorrente da responsabilidade objetiva do Estado, porquanto tem o direito subjetivo de receber um serviço adequado. É que tal raciocínio contrapõe-se 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.(2011-G)

Acompanharam o relator também os Ministros Eros Grau, Carlos Britto e César Peluso, o qual vale destacar um trecho de seu voto:

Em alguns casos, como a prestação de serviço era exercida pelo Estado, a vítima era indenizada e, o dano reparado. Nos casos em que o serviço fosse prestado por terceiro, por concessionário ou permissionário, não o era, o que figurava absurdo em termos jurídicos e práticos. Daí, a redação dada na Constituição atual, em que, ao meu ver, com o devido respeito, o termo “terceiro” não é posto para distinguir entre usuário e não-usuário; “terceiro”, na norma, diz respeito a quem não seja o próprio Estado ou o concessionário do serviço público. Isto é, o dano causado por agente do concessionário a si mesmo não tem relevância, mas o causado a terceiro a tem.(2011-H)

Como se observa no presente julgado, ao contrário do outro que discutia a mesma matéria, a redação do artigo 37, § 6º da CRBF/88 foi observada de forma literal, ou seja, onde a nossa Constituição não restringiu ou limitou o julgador também não o fez.

Pondo fim ao histórico de julgados do Supremo Tribunal Federal, sobre a abrangência do termo “usuários” no artigo 37, § 6º da CRBF/88, encontra-se ainda o recente julgamento do Agravo de Instrumento nº 831.327/DF:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Responsabilidade civil objetiva da permissionária de serviço público em relação a terceiros não usuários de serviço público. Precedente do Plenário. 2. A pensão decorrente de indenização por responsabilidade civil pode ser fixada, inicialmente, com base no salário mínimo vigente ao tempo da sentença. Precedentes. 3. Não ocorrência de vinculação da correção do valor da pensão ao salário mínimo. Falta de interesse recursal.(2011-I)

Trata-se de um caso em que, novamente, uma empresa delegatária de serviço público teve um de seus veículos envolvido em um acidente de trânsito,

resultando na morte da vítima. Ressalta-se que se trata de outra empresa de transporte urbano. No agravo, a empresa faz menção a um confronto de decisões antagônicas, quanto ao tipo de responsabilidade desta para com o terceiro não-usuário do serviço. Destaca-se que o recurso foi julgado por unanimidade de votos. A relatora, Exma. Min. Cármen Lúcia, em resposta as indagações da empresa de transporte quanto ao tipo de responsabilidade, assim decidiu:

Não há que se falar em decisões antagônicas deste Supremo Tribunal a respeito da responsabilidade civil das permissionárias de serviço público quanto ao não-usuário do serviço, como alegado pela empresa. Esse tema, com repercussão geral conhecida em 24.10.2008, foi pacificado no julgamento do Recurso Extraordinário 591.874, relator o Ministro Ricardo Lewandowski, no qual ficou decidido que “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”.(2011-J)

Ressalta-se mais uma vez a unanimidade da votação e que, hoje, por parte de Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência se mostra unificada sobre esse tema.

Essa discussão no Supremo Tribunal Federal, como de se esperar, repercute nos outros tribunais, os quais também apresentam divergência em seus julgados, os quais serão objeto de análise.

Primeiramente observa-se os julgados do Superior Tribunal de Justiça. A pesquisa foi realizada pelo período de 01/01/2009 à 01/06/2011, e utilizou-se as seguintes palavras para busca: Responsabilidade Civil; Serviço Público e Terceiro.

Mostrou-se comum, apesar de não ocorrer em todos os julgados, a esquivia do STJ em decidir sobre a questão. Saliendam, para tal, os ministros, que tais recursos tratam de matéria eminentemente constitucional, descabendo a esta corte examinar a questão, pois isso seria usurpar a competência do Supremo Tribunal Federal, a qual está expressa na Carta Magna, sendo que o STJ restringe-se apenas a questões infraconstitucionais. Vejamos, pois, alguns acórdãos nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MATERIAIS. BURACO NA VIA. RODA ARRANCADA DO EIXO DO REBOQUE DO CAMINHÃO. CAPOTAMENTO DO VEÍCULO QUE TRAFEGAVA NA DIREÇÃO CONTRÁRIA. ARTIGO 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NEXO DE CAUSALIDADE.

SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E DE PREQUESTIONAMENTO.

1. Fundando-se o Acórdão recorrido em interpretação de matéria eminentemente constitucional, descabe a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Carta Maior, pertence ao Colendo STF, e a competência traçada para este Eg. STJ restringe-se unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional. 2. Controvérsia dirimida pelo C. Tribunal a quo à luz da Constituição Federal, razão pela qual revela-se insindicável a questão no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial. Precedentes: REsp 889.651/RJ, DJ 30.08.2007; REsp n.º 808.045/RJ, DJU de 27/03/2006; REsp n.º 668.575/RJ, Primeira Turma, Relator Min. Luiz Fux, DJU de 19/09/2005. 3. In casu, restou assentado no acórdão proferido pelo Tribunal a quo, verbis: (...) Restou, pois, demonstrado o nexo de causalidade entre a omissão do DNIT em não corrigir as falhas na pavimentação da rodovia na qual ocorreu o acidente, e os prejuízos causados ao veículo da Autora. Fica caracterizada no caso concreto, portanto, a responsabilidade civil objetiva da Autarquia, o que acarreta a obrigação de indenizar. Sobre a responsabilidade civil objetiva da Administração, dispõe o parágrafo 6º, do artigo 37, da Constituição Federal, "verbis": "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."(grifei). Estando, pois, presentes os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade civil objetiva, quais sejam: a omissão estatal (o DNIT não procedeu à conservação da rodovia); a ocorrência de danos materiais no veículo da Autora em conseqüência do acidente; e o nexo de causalidade entre o fato da omissão estatal e o dano, cabe ao DNIT o ônus de indenizar à Autora. (fls. 107e 108). 4. A ausência de indicação da lei federal violada revela a deficiência das razões do Recurso Especial, fazendo incidir a Súmula 284 do STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia." 5. A admissão do Recurso Especial pela alínea "c" exige a comprovação do dissídio na forma prevista pelo RISTJ, com a demonstração das circunstâncias que assemelham os casos confrontados, não bastando, para tanto, a simples transcrição das ementas dos paradigmas (Precedentes: AgRg no AG 394.723/RS, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 19/11/2001; REsp 335.976/RS, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 12/11/2001). 6. Recurso especial não conhecido. (2011-K)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS. ARTIGO 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FUGA DE DETENTO. LATROCÍNIO. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE.

1. Fundando-se o Acórdão recorrido em interpretação de matéria eminentemente constitucional, descabe a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Carta Maior, pertence ao Colendo STF, e a competência traçada para este Eg. STJ restringe-se unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional. 2. Controvérsia dirimida pelo C. Tribunal a quo à luz da Constituição Federal, razão pela qual revela-se insindicável a questão no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial. 3. Ação de Reparação de Danos Materiais e Morais ajuizada em desfavor de ente da federação, com fulcro nos artigos 37, § 6º da CF. 4. In casu, restou assentado no acórdão proferido pelo Tribunal a quo, verbis: Início o meu voto analisando a responsabilidade civil do Estado. O artigo 37, §6º, da Constituição da República assim preceitua: 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. Conforme se pode depreender do artigo acima, neste caso, a responsabilidade civil do Estado é objetiva, ou seja, o ente público se investe da função de reparador do dano acarretado por um agente público ou por outrem nesta função, podendo, posteriormente, vir a chamar o agente para indenizar a Administração pelo ilícito extracontratual. (...) É impossível a vigilância de cada preso 24 horas ao dia. O Estado não tem condições para isso. Alegar que o criminoso deveria estar recolhido a um presídio de segurança máxima é fácil. O difícil é conseguir vaga para transferência, transporte seguro para o deslocamento do preso, etc. Acerca do nexo causal, entendo que este não ocorreu. Para gerar responsabilidade civil do Estado, o preso deveria estar em fuga, ato contínuo àquela ação, e isso não aconteceu. Houve quebra do liame causal. (...) Cabe mencionar que o Estado não é um segurador universal, que pode entregar receita da sociedade para qualquer um que se sinta lesado. Ato violento como o dos autos ocorre a todo o momento e em todos os lugares, e não há possibilidade de total prevenção por parte do policial. 5. Ad argumentandum tantum, em situação análoga, esta Corte assentou que não há como afirmar que a deficiência do serviço do Estado (que propiciou a evasão de menor submetido a regime de semi-liberdade) tenha sido a causa direta e imediata do tiroteio entre o foragido e um seu desafeto, ocorrido oito dias depois, durante o qual foi disparada a "bala perdida" que atingiu a vítima, nem que esse tiroteio tenha sido efeito necessário da referida deficiência. Ausente o nexo causal, fica afastada a responsabilidade do Estado. Precedente: Resp 858511/DF Relator Ministro LUIZ FUX - Relator p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI. Data do Julgamento 19/08/2008 DJ 15/09/2008). 6. Recurso especial não conhecido.(2011-L)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. COMPLICAÇÕES DO PARTO. CONSEQÜÊNCIAS IRREVERSÍVEIS PARA A CRIANÇA. AFERIÇÃO DO FATO DANOSO E DO NEXO CAUSAL. ART. 333, I, DO CPC. SÚMULA 07/STJ. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. ACÓRDÃO FUNDADO EM ANÁLISE DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. Ação indenizatória por danos morais e materiais decorrente de complicações do parto do qual resultaram conseqüências irreversíveis para a criança. 2. Fundando-se o Acórdão recorrido em interpretação de matéria eminentemente constitucional, no que pertine a configuração da Responsabilidade Civil do Estado, descabe a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Carta Maior, pertence ao Colendo STF, e a competência traçada para este Eg. STJ restringe-se unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional. 3. Controvérsia dirimida pelo C. Tribunal a quo à luz da Constituição Federal, razão pela qual revela-se insindicável a questão no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial. Precedentes: REsp 889.651/RJ, DJ 30.08.2007; REsp n.º 808.045/RJ, DJU de 27/03/2006; REsp n.º 668.575/RJ, Primeira Turma, Relator Min. Luiz Fux, DJU de 19/09/2005. 4. In casu, restou assentado no acórdão proferido pelo Tribunal a quo, verbis: "A autarquia previdenciária, ora Apelante principal, detém a responsabilidade objetiva, nos termos do art. 37, § 6º da CF, consistente na obrigação de indenizar terceiro em razão de procedimento lícito ou ilícito de agente seu, bastando para tanto a mera relação causal entre o comportamento e o dano sofrido, salvo se comprovada a responsabilidade exclusiva da vítima" 5. A análise da existência do fato danoso, e o necessário nexo causal entre a suposta conduta comissiva e os prejuízos decorrentes da mesma implica em análise fático-probatória, razão pela qual

descabe a esta Corte Superior referida apreciação em sede de recurso especial, porquanto é-lhe vedado atuar como Tribunal de Apelação reiterada ou Terceira Instância revisora, ante a ratio essendi da Súmula n.º 07/STJ, verbis: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial" 6. Precedentes: AgRg no REsp 723893/RS DJ 28.11.2005; AgRg no Ag 556897/RS DJ 09.05.2005; REsp 351764/RJ DJ 28.10.2002. 7. In casu, assentou o Tribunal a quo, verbis: "(...) Na hipótese, restou demonstrada a relação de causalidade entre o evento danoso e o comportamento do agente público causador do dano, ensejando, pois, a responsabilidade objetiva da autarquia previdenciária, juntamente com o correspondente dever de indenizar, sem que se possa falar em culpa da vítima pela ocorrência do fato. Os relatórios juntados com a inicial demonstram que o menor, ao nascer, sofreu danos físicos e seqüelas advindas da atuação dos prepostos da Ré. Assim, provado o nexo de causalidade entre o dano ocorrido e a prestação do serviço público, a procedência do pedido indenizatório é medida que se impõe, devendo a autarquia/Apelante arcar com a responsabilidade por ato de seu agente." 8. A conclusão do Tribunal de origem, in casu, restou fundada no conjunto probatório carreado nos autos, afirmando a existência de relação entre o prejuízo experimentado pelo particular e o ato omissivo ou comissivo da pessoa jurídica de direito público. Consectariamente, analisar a existência de ofensa ao art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil implicaria o revolvimento de matéria fática-probatória, o que é interdito a esta Corte Superior. Recurso especial não conhecido.(2011-M)

Como pode-se constatar, portanto, nos acórdãos analisados, o Superior Tribunal de Justiça afirma que, por tratar-se de matéria constitucional, a competência é do Supremo Tribunal Federal, conforme preceitua a CRBF/88, e em alguns casos, ainda, é necessário o reexame de provas, competência que também não é do STJ, mas sim do Tribunal de origem.

Por outro lado, várias são as decisões encontradas, perante o STJ, em relação à matéria. Chama atenção as decisões deste Tribunal em casos que o Estado agiu com omissão. O STJ adota o entendimento de parte da doutrina considerando que, nesses casos, o tipo de responsabilidade é subjetiva, conforme julgados abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR MORTE DE PRESO EM CADEIA PÚBLICA. DEVER DE VIGILÂNCIA DO ESTADO (ART. 5º, XLIX, CF/88). INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. CULPA E NEXO DE CAUSALIDADE COMPROVADOS. SÚMULA 07/STJ.

1. A obrigação de indenizar imputada à entidade estatal por força do art. 5º, XLIX que assegura ao preso a integridade física é fundamento constitucional que afasta a competência do E. STJ. 2. É que, assentando o Tribunal a quo, verbis: Relativamente à preliminar de ilegitimidade passiva ad causam, único tópico - a meu juízo- indene de reparos do decisum a quo, rejeito-a por entender ser a demandada parte legítima para figurar no pólo passivo da presente demanda. Isto porque, na forma da Magna Carta Federal (art. 5º XLIX), é direito fundamental dos presos a integridade física e moral no cumprimento da pena. (fls. 153) (...) In casu, diante do conjunto probatório coligido nos autos, restou sobejamente evidenciado o ato ilícito

da Administração Pública transpassado na negligência com que agiu diante do evento rebelião, já que, caso tivessem sido adotadas as mínimas cautelas exigidas do dever de ofício, a rebelião e conseqüentemente a chacina não teria ocorrido. (fls. 156) 3. A aferição acerca da ocorrência do nexos causal entre o dano e a conduta do agente público demanda a análise do conjunto fático-probatório carreado aos autos, interdita em sede de recurso especial por força da Súmula 07/STJ. Precedentes desta Corte: RESP 756437/AP, desta relatoria, DJ de 19.09.2006; RESP 439506/RS, Relatora Ministra Denise Arruda, DJ de 01.06.2006 e RESP 278324/SC, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 13.03.2006. 4. Deveras em hipóteses semelhantes o E. STJ destaca a inequívocidade da responsabilidade estatal sobre a incolumidade do preso. Precedentes: REsp 1022798 / ES, Segunda Turma, DJe 28/11/2008; REsp 802435/PE, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 30/10/2006. 5. A doutrina do tema não discrepa da solução jurisprudencial, senão vejamos: "A mesma regra se aplica quando se trata de ato de terceiros, como é o caso de danos causados por multidão ou por delinquentes; o Estado responderá se ficar caracterizada a sua omissão, a sua inércia, a falha na prestação do serviço público. Nesta hipótese, como na anterior, é desnecessário apelar para a teoria do risco integral; a culpa do serviço público demonstrada pelo seu mau funcionamento, não-funcionamento ou funcionamento tardio é suficiente para justificar a responsabilidade do Estado." (Maria Sylvia Zanella di Pietro, in Direito Administrativo, 18ª Edição, Editora Atlas, página 569). 6. O artigo 948, II, do CC, tem recebido no E. STJ a exegese de que: É devida a pensão aos filhos menores até o limite de 25 (vinte e cinco) anos de idade. Precedentes: REsp 674.586/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJ 02.05.2006; REsp 603.984/MT, DJ 16.11.2004. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.(2011-N)

RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. REVISÃO. FATOS. NÃO-CABIMENTO. SÚMULA 07/STJ. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. OMISSÃO. NEXO. INAÇÃO DO PODER PÚBLICO. DANO. CULPA. CABIMENTO.

1. Não houve pronunciamento do juízo a quo sobre a norma veiculada pelo art. 403 do CC, razão pela qual é de se inadmitir, neste trecho, o recurso especial, nos termos da Súmula 211/STJ. 2. No presente caso, o acórdão recorrido concluiu pela conduta omissiva do Estado, tendo em vista que a recorrida, professora da rede distrital de ensino, foi agredida física e moralmente, por um de seus alunos, dentro do estabelecimento educacional, quando a direção da escola, apesar de ciente das ameaças de morte, não diligenciou pelo afastamento imediato do estudante da sala de aula e pela segurança da professora ameaçada. 3. Destacou-se, à vista de provas colacionadas aos autos, que houve negligência quando da prestação do serviço público, já que se mostrava razoável, ao tempo dos fatos, um incremento na segurança dentro do estabelecimento escolar, diante de ameaças perpetradas pelo aluno, no dia anterior à agressão física. 4. O Tribunal de origem, diante do conjunto fático-probatório constante dos autos, providenciou a devida fundamentação dos requisitos ensejadores da responsabilidade civil por omissão do Estado. Neste sentido, não obstante o dano ter sido igualmente causado por ato de terceiro (aluno), atestou-se nas instâncias ordinárias que existiam meios, a cargo do Estado, razoáveis e suficientes para impedir a causação do dano, não satisfatoriamente utilizados. 5. A decisão proferida pelo juízo a quo com base nas provas que lastreiam os autos é impassível de revisão, no âmbito do recurso especial, nos termos da Súmula 07/STJ. 6. O Tribunal de origem aplicou de maneira escoeireta e fundamentada o regime da responsabilidade civil, em caso de omissão estatal, já que, uma vez demonstrados o nexos causal entre a inação do Poder Público e o dano configurado, e a culpa na má prestação do serviço público, surge a

obrigação do Estado de reparar o dano. Precedentes. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido. (2011-O)

Face a omissão do Estado, como se viu, esse Tribunal decide pela responsabilidade subjetiva, o que aparece unicamente nesses casos. Para o restante dos julgados, independente de quem seja a vítima, se usuário ou não-usuário do serviço, o STJ adota o posicionamento de que a responsabilidade será objetiva, ou seja, não necessitando a comprovação de culpa.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC - INOCORRÊNCIA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO - TERCEIRO ATINGIDO POR PROJÉTIL DISPARADO POR POLICIAL - DANO MORAL - POSSIBILIDADE.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC quando o Tribunal de origem decide fundamentadamente as questões essenciais ao julgamento da lide. 2. Cabe ao Estado, pelo princípio constitucional da responsabilidade, reparar os danos causados por atos omissivos ou comissivos praticados pelos agentes estatais. 3. Reconhecida nesta Corte a possibilidade de reparação por danos morais no caso de responsabilidade objetiva do Estado. 4. Recomposição que se deve fazer não apenas no plano material, mas também no imaterial. 5. Recurso especial provido.(2011-P)

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. ATIVIDADE DE ALTA PERICULOSIDADE. TEORIA DO RISCO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. CONSERVAÇÃO INADEQUADA DA REDE DE TRANSMISSÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CULPA DA EMPRESA RECONHECIDA PELA INSTÂNCIA DE ORIGEM. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

1. A empresa que desempenha atividade de risco e, sobretudo, colhe lucros desta, deve responder pelos danos que eventualmente ocasione a terceiros, independentemente da comprovação de dolo ou culpa em sua conduta. 2. Os riscos decorrentes da geração e transmissão de energia elétrica, atividades realizadas em proveito da sociedade, devem, igualmente, ser repartidos por todos, ensejando, por conseguinte, a responsabilização da coletividade, na figura do Estado e de suas concessionárias, pelos danos ocasionados. 3. Não obstante amparar-se na Teoria do Risco, invocando a responsabilidade objetiva da concessionária, a instâncias ordinárias também reconheceram existência de culpa em sua conduta: a queda de fios de alta tensão era constante na região, mesmo assim a empresa não empreendeu as necessárias medidas de conservação da rede, expondo a população a risco desnecessário. 4. Não se conhece do recurso no tocante à redução da pensão mensal, porquanto os danos materiais foram fixados na sentença, sem que a parte ora recorrente impugnasse tal ponto em seu recurso de apelação, conformando-se com o decisum. 5. O valor fixado nas instâncias locais para a indenização por danos morais não se apresenta exorbitante ou ínfimo, de modo a afrontar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, incidindo na espécie o enunciado n. 7 da Súmula do STJ. 6. Ressalva do entendimento do e. Ministro Aldir Passarinho Júnior, que não conheceu do recurso especial, adotando exclusivamente o fundamento relativo à culpa da concessionária demonstrada nas instâncias ordinárias, o que enseja sua responsabilidade subjetiva por omissão. Recurso especial não conhecido.(2011-Q)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. HOSPITAL DA POLÍCIA MILITAR. ERRO MÉDICO. MORTE DE PACIENTE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. FACULTATIVA.

1. Os recorridos ajuizaram ação de ressarcimento por danos materiais e morais contra o Estado do Rio de Janeiro, em razão de suposto erro médico cometido no Hospital da Polícia Militar. 2. Quando o serviço público é prestado diretamente pelo Estado e custeado por meio de receitas tributárias não se caracteriza uma relação de consumo nem se aplicam as regras do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes. 3. Nos feitos em que se examina a responsabilidade civil do Estado, a denúncia da lide ao agente causador do suposto dano não é obrigatória. Caberá ao magistrado avaliar se o ingresso do terceiro ocasionará prejuízo à celeridade ou à economia processuais. Precedentes. 4. Considerando que o Tribunal a quo limitou-se a indeferir a denúncia da lide com base no art. 88, do CDC, devem os autos retornar à origem para que seja avaliado, de acordo com as circunstâncias fáticas da demanda, se a intervenção de terceiros prejudicará ou não a regular tramitação do processo. 5. Recurso especial provido em parte.(2011-R)

Faz-se importante lembrar que durante a pesquisa, vários foram os acórdãos encontrados que traziam a mesma ementa, por tratarem de casos muito parecidos, o que ensejou ser desnecessário trazê-los ao presente trabalho.

Também foi pesquisado o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, o qual mostrou seguir a linha de decisões do Supremo Tribunal Federal. Foram pesquisadas decisões no período de 01/01/2009 à 01/06/2011 e utilizadas as palavras Responsabilidade Civil, Serviço Público e Terceiro, como parâmetros de pesquisa.

O resultado foram acórdãos que mostram, como já dito, a mesma tendência de decisões da nossa Corte Superior. No período compreendido até meados de 2009, quando o STF ainda entendia que a responsabilidade, quanto aos não-usuários do serviço, era subjetiva, este Tribunal entendeu da mesma forma, senão vejamos:

DECISÃO: ACORDAM os integrantes da Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade, em conhecer e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CONCESSIONÁRIA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO. TRANSPORTE COLETIVO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. NÃO USUÁRIO DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. PROVA ORAL CONTRADITÓRIA. AFERIÇÃO DA CAUSA PRIMÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. APELO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. É subjetiva a responsabilidade civil da concessionária prestadora de serviços públicos em relação a terceiros não usuários do serviço. Precedente do STF. Em razão da acentuada divergência do teor da prova oral, o conjunto probatório é insuficiente para demonstrar de forma segura a causa primária

do acidente, o que leva à improcedência do pedido (artigo 333, I, do CPC).(2011-S)

Observa-se, portanto, na decisão, que o entendimento foi de que a responsabilidade é subjetiva em relação aos não-usuários do serviço, conforme precedente do STF.

Após esse período, com a mudança de entendimento do STF, mudaram também as decisões nesse Tribunal. As decisões relativas aos usuários do serviço seguem a mesma tendência de que a responsabilidade é objetiva, conforme:

DECISÃO: ACORDAM OS DES. INTEGRANTES DA DÉCIMA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS DECORRENTES DE ROMPIMENTO DE REDE TELEFÔNICA SUBTERRÂNEA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA NEXO DE CAUSALIDADE NÃO COMPROVAÇÃO EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1 - As concessionárias de serviço público e as pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço público respondem, independentemente da existência de culpa, pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, incumbindo à vítima demonstrar, apenas, o dano e o nexo causal, para que subsista o dever de indenizar. 2 - Se na inicial, a autora foi categórica em afirmar que os danos na linha telefônica subterrânea foram causados em virtude da utilização de uma retroescavadeira, e a prova oral demonstra, sem qualquer dúvida, que a requerida não utilizava máquinas para execução das obras, não resta aquilatado o necessário nexo de causalidade entre o dano e a conduta da suplicada, que possa ensejar o dever de indenizar.(2011-T)

DECISÃO: ACORDAM os Senhores Desembargadores integrantes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO nos termos da fundamentação. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. PESSOA IDOSA E PORTADORA DE EPILEPSIA. QUEDA NO PONTO DE ÔNIBUS. BARRANCO COM TRÊS METROS DE ALTURA, SEM QUALQUER PROTEÇÃO. RÉ PRESTADORA DO SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO. NEGLIGÊNCIA COM A SEGURANÇA. RESPONSABILIDADE CIVIL CONFIGURADA. DANO EXTRA-PATRIMONIAL EVIDENCIADO PELO SOFRIMENTO CAUSADO AO AUTOR, NO ASPECTO PSÍQUICO E FÍSICO. DEVER DE INDENIZAR. VALOR FIXADO NA SENTENÇA EQUILIBRADO PARA A ESPÉCIE (10 SM DA ÉPOCA DO FATO). MANUTENÇÃO. JUROS DE MORA. VEDAÇÃO À "REFORMATIO IN PEJUS". INDEXAÇÃO AO SALÁRIO MÍNIMO. NÃO VERIFICAÇÃO. UTILIZAÇÃO DO SALÁRIO APENAS COMO BASE (PARÂMETRO) PARA A FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO, NÃO COMO FATOR DE CORREÇÃO DA MOEDA. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO CÍVEL DESPROVIDA.(2011-U)

DECISÃO: ACORDAM os integrantes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer dos recursos, negando provimento ao interposto pelos réus e provendo em

parte o recurso adesivo, segundo o voto do Relator. EMENTA: DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INFESTAÇÃO POR TOXOPLASMOSE. CONTAMINAÇÃO DA ÁGUA DO MUNICÍPIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA PRESTADORA DO SERVIÇO PÚBLICO. ART. 37, § 6º, CF. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE MUNICIPAL. CAUSAS EXCLUDENTES DO DEVER DE INDENIZAR NÃO DEMONSTRADAS. QUANTUM INDENIZATÓRIO MAJORADO. RECURSO CONHECIDO. APELAÇÃO DO MUNICÍPIO E AUTARQUIA DESPROVIDOS E RECUSO ADESIVO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, "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", incluindo-se aí a responsabilidade subsidiária do ente público municipal. 2. A indenização por dano moral, por se apresentar na forma in re ipsa, independe de prova do prejuízo, porquanto compreende o sofrimento mental, a dor da alma, a aflição, angústia ou humilhação a que é submetida a vítima, causando-lhe afetação anímica. 3. Na fixação do quantum indenizatório, deve-se observar, entre outros parâmetros, a proporção e a razoabilidade, a fim de evitar quantias irrisórias ou exageradas, a gravidade do trauma e grau de culpa do ofensor, bem como as condições sócio-culturais e econômicas da vítima.(2011-V)

DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores e Juízes Convocados integrantes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade, em negar provimento ao recurso de apelação da empresa VIAÇÃO TAMANDARÉ LTDA e dar provimento ao recurso de apelação da autora MARIA APARECIDA FERNANDES CORDEIRO, de acordo com o voto do Relator. EMENTA: 1) RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELA AUTORA. REQUERIMENTO DE MAJORAÇÃO DA CONDENAÇÃO POR DANOS MORAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. DANO PRESUMIDO SENDO DESNECESSÁRIA A PROVA EFETIVA DO SOFRIMENTO DA AUTORA. CONDENAÇÃO POR DANOS MORAIS MAJORADA LEVANDO EM CONSIDERAÇÃO AS CIRCUNSTÂNCIAS PARTICULARES DO CASO, AS POSSES DO CAUSADOR DO DANO, A SITUAÇÃO PESSOAL DA VÍTIMA E A GRAVIDADE DA LESÃO, SEM QUE SE CONVERTA EM FONTE DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. RECURSO PROVIDO. 2) APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. IDOSA QUE CAI DA PLATARFOMA DO ÔNIBUS AO DESEMBARCAR. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. EXEGESE DO ARTIGO 37, §6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALEGAÇÃO DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA OU, SUBSIDIARIAMENTE, CULPA CONCORRENTE. INEXISTÊNCIA DE PROVA NOS AUTOS. APENAS ALEGAÇÕES. RECURSO DE APELAÇÃO DA EMPRESA DESPROVIDO.(2011-W)

Ressalta-se o entendimento de que a responsabilidade quanto aos usuários do serviço é objetiva, ou seja, é adotada a Teoria do risco administrativo, que é aplicada aos casos em que não resta configurada culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou de força maior.

Por outro lado, as decisões que fazem referência aos não-usuários do serviço, que até então era considerada a responsabilidade subjetiva, tomaram outro rumo, e passou-se a considerar a responsabilidade objetiva também nesses casos:

DECISÃO: ACORDAM OS DESEMBARGADORES INTEGRANTES DA DÉCIMA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, EM DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DE TRÂNSITO ATROPELAMENTO CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO RESPONSABILIDADE OBJETIVA - CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA NÃO DEMONSTRADA CROQUI QUE NÃO DEMONSTRA COM EXATIDÃO OS FATOS - VERSÕES CONFLITANTES DAS PARTES, CORROBORADAS PELAS TESTEMUNHAS - DEVER DE INDENIZAR. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. 1 - A empresa requerida, na qualidade de prestadora de serviço público, responde objetivamente pelos danos causados a terceiros, ainda que estes não sejam usuários dos seus serviços públicos. Tendo em vista que a requerida não se desincumbiu de provar que o sinistro ocorreu por culpa exclusiva da vítima, ônus este que lhe competia, cumpre reconhecer, o dever de indenizar. 2 Na indenização por dano material, compreendem-se os valores despendidos com o atendimento médico-hospitalar, medicamentos, mensalidade escolar (do período em que ficou afastada de tal atividade), taxa para a emissão do Boletim de Ocorrência, perícia do acidente e correios, vez que decorrem do próprio ato ilícito praticado. 3 - Pacífico o cabimento de indenização por danos morais, e seu reconhecimento, in casu, não demanda comprovação, já que presumidos, traduzindo-se no enorme sofrimento a que foi submetida a suplicante, vez que em razão do acidente passou por diversos procedimentos e intervenções cirúrgicas para a contenção das lesões sofridas, ficando hospitalizada, inclusive na UTI, por cerca de 15 dias, e afastada de suas atividades normais por considerável período. 4 - A fixação do montante devido a título de dano moral fica ao prudente arbítrio do Julgador, devendo pesar nestas circunstâncias, a gravidade da culpa, a extensão do dano, a possibilidade de quem deve repará-lo, e as condições do ofendido, cumprindo levar em conta, que a reparação não deve gerar o enriquecimento ilícito, constituindo, ainda, sanção apta a coibir atos da mesma espécie.(2011-X)

DECISÃO: Acordam os Desembargadores do 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em não conhecer do agravo retido, dar parcial provimento ao recurso de apelação nº 01 (do autor), para majorar o quantum dos danos morais para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), com juros e correção monetária, contados da data do presente. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DE TRÂNSITO - CAMINHÃO QUE AVANÇA PREFERENCIAL E INICIA MANOBRA DE CONVERSÃO À DIREITA SEM AS DEVIDAS CAUTELAS OBSTRUÇÃO DO TRÁFEGO - INTERCEPTAÇÃO DA TRAJETÓRIA DO MOTOCICLISTA - CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO RESPONSABILIDADE OBJETIVA - CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA NÃO DEMONSTRADA CULPA DO CONDUTOR DO CAMINHÃO, ADEMAIS, QUE RESTOU PATENTEADA - DEVER DE INDENIZAR DANOS MORAIS - QUANTUM INDENIZATÓRIO - MAJORAÇÃO. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO ADESIVO DESPROVIDO. 1 Não se conhece do recurso de agravo retido, se a parte não pede a sua apreciação nas razões ou contrarrazões do apelo, nos termos do art. 523, § 1º, do Código de Processo Civil. 2 - A empresa requerida, na qualidade de prestadora de serviço público, responde objetivamente, ou seja, independentemente de culpa, pelos danos causados a terceiros, ainda que estes não sejam usuários dos seus serviços públicos. Tendo em vista que a requerida não se desincumbiu de provar que o sinistro ocorreu por culpa exclusiva da vítima, ônus este que lhes competia, cumpre reconhecer, o dever de indenizar. De mais a mais, a invasão de via preferencial, somada à manobra de conversão à direita, sem as cautelas legais do art. 38, do

Código de Trânsito Brasileiro, vindo em consequência a interceptar a marcha de motocicleta, que trafegava normalmente pela via prioritária, configura-se na causa primordial do acidente, decorrendo daí o dever de indenizar. 3 - Pacífico o cabimento de indenização por danos morais, e seu reconhecimento, in casu, não demanda comprovação, já que presumidos, traduzindo-se no enorme sofrimento a que foi submetido o suplicante, vez que em razão do acidente passou por cirurgias para a contenção da fratura exposta sofrida na perna esquerda, com a colocação de placas e parafusos metálicos, sendo necessário se submeter, ainda, a mais uma cirurgia, e ficou afastado de suas atividades normais por considerável período, permanecendo com seqüelas. 4 - A fixação do montante devido a título de dano moral fica ao prudente arbítrio do Julgador, devendo pesar nestas circunstâncias, a gravidade da culpa, a extensão do dano, a possibilidade de quem deve repará-lo, e as condições do ofendido, cumprindo levar em conta, que a reparação não deve gerar o enriquecimento ilícito, constituindo, ainda, sanção apta a coibir atos da mesma espécie.(2011-Y)

Portanto, pode-se dizer que, também no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, a jurisprudência atualmente mostra-se pacífica no entendimento de que o termo “terceiros” que consta no texto constitucional acolhe não mais somente usuários do serviço, mas também os não-usuários, sendo a responsabilidade objetiva em ambos os casos.

Nota-se, ainda, que são sempre observadas nos acórdãos as causas excludentes de responsabilidade que, se estiverem presentes eximem o réu da obrigação de indenizar, conforme já exposto no presente trabalho.

Importa salientar ainda que foram encontrados na pesquisa alguns acórdãos muito parecidos, os quais apresentavam a mesma ementa e decisão, mudadas somente a data, o local e os envolvidos na lide, como é o caso, na maioria das vezes, de acidentes de trânsito, motivo pelo qual os mesmos não foram esposados, visto que a jurisprudência mostra-se no mesmo sentido.

Ao final do trabalho, pesquisou-se ainda decisões sobre o tema no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, utilizando-se o mesmo período de tempo e palavras de busca, quais sejam 01/01/2009 à 01/06/2011, e Responsabilidade Civil, Serviço Público e terceiro, respectivamente.

Com esses parâmetros de pesquisa, foi encontrado apenas um julgado perante o TJSC, o qual mostra o entendimento desse Tribunal no sentido de que a responsabilidade é sempre objetiva, salvo nos casos de atos omissivos, em que será subjetiva, conforme:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - VEÍCULO DANIFICADO POR TORCEDORES NAS PROXIMIDADES DE ESTÁDIO DE FUTEBOL - RESPONSABILIDADE ATRIBUÍDA AO ESTADO PELA INEFICÁCIA DOS SERVIÇOS DE PROTEÇÃO POLICIAL - PRETENSÃO JULGADA IMPROCEDENTE -

RECURSO DESPROVIDO 1. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis "pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros" (CR, art. 37, § 6º). Em relação a atos comissivos, a responsabilidade é objetiva, circunstância que não desonera o autor do ônus de demonstrar o "nexo causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como o seu montante. Comprovados esses dois elementos, surge naturalmente a obrigação de indenizar. Para eximir-se dessa obrigação incumbirá à Fazenda Pública comprovar que a vítima concorreu com culpa ou dolo para o evento danoso. Enquanto não evidenciar a culpabilidade da vítima, subsiste a responsabilidade objetiva da Administração. Se total a culpa da vítima, fica excluída a responsabilidade da Fazenda Pública; se parcial, reparte-se o quantum da indenização" (Hely Lopes Meirelles; REsp n. 38.666, Min. Garcia Vieira). Quanto aos atos omissivos, é subjetiva. "Assim é porque, para se configurar a responsabilidade pelos danos causados, há de se verificar (na hipótese de omissão) se era de se esperar a atuação do Estado. Em outro falar: se o Estado omitiu-se, há de se perquirir se havia dever de agir. Ou, então, se a ação estatal teria sido defeituosa a ponto de se caracterizar insuficiência da prestação de serviço" (Lúcia Valle Figueiredo, Celso Antônio Bandeira de Mello, Álvaro Lazzarini, Maria Sylvia Zanella Di Pietro; RE n. 204.037, Min. Carlos Velloso; REsp n. 721.439, Min. Eliana Calmon; AC 2006.035848-0, de São Miguel do Oeste; AC n. 2002.021362-0, Des. Sérgio Roberto Baasch Luz). Todavia, a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público "não vai ao extremo de lhe ser atribuído o dever de reparação de prejuízos em razão de tudo que acontece no meio social" (José dos Santos Carvalho Filho; RE n. 109.615, Min. Celso de Mello). 2. Salvo se comprovada a omissão dos agentes públicos, não responde o Estado pelo danos causados por torcedores a veículo parqueado nas proximidades de estádio de futebol.(2011-Z)

Assim, conforme se pode concluir, a moderna jurisprudência nos Tribunais está uniformizada no sentido de que, independente de quem seja a vítima, ou seja, se usuário ou não-usuário do serviço, a responsabilidade da administração será objetiva, não necessitando da comprovação de culpa por parte do afetado, somente o dano e o nexo de causalidade. As exceções que encontramos estavam no período em que essa discussão ainda não era pacífica perante o Supremo Tribunal Federal, quando este ainda entendia que a responsabilidade quanto aos não-usuários do serviço público era subjetiva.

Quanto à responsabilidade subjetiva, os Tribunais pesquisados ainda a adotam nos casos em que há omissão do Estado, devendo a vítima provar que realmente houve omissão estatal, em outros dizeres, provar que o Estado ficou inerte quando deveria agir.

Por parte da doutrina, esta sim se mostra bastante dividida, não há um consenso. Vários doutrinadores deixam de cuidar do tema em suas obras e, aqueles que expõe suas teses apresentam divergência entre si. Isso se dá por que se trata de um assunto muito recente, pacificado há pouco em nossos tribunais.

O que importa é que os aplicadores do direito não estão mais restringindo o alcance da Constituição Federal, como já o fizeram, pois essa com certeza não foi a intenção do legislador ao criar esse dispositivo, que serve para o resguardo do direito de todos que sofrerem dano causado por delegatárias de serviço público.

5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Face a todo o exposto no decorrer dos capítulos do presente trabalho, nota-se que a Responsabilidade Civil das empresas que prestam serviços públicos acompanhou as modificações sofridas pelo instituto da Responsabilidade Civil, ou seja, apresenta tendência à ser objetiva a responsabilidade.

Isso porque houve grande discussão sobre quem estaria sob a proteção do artigo 37, §6º da Constituição Federal, que deixou a questão com uma certa omissão, obscuridade, citando, em seu texto, a palavra “terceiros” para se referir a quem sofresse dano causado por essas empresas.

Importa ressaltar que, para que fosse sanada essa dúvida, os aplicadores do direito tiveram que interpretar o texto constitucional com base em seus conhecimentos e também na doutrina existente.

No tocante à doutrina encontramos autores que defendem as duas posições. Há quem defenda que a responsabilidade será objetiva em relação aos usuários do serviço, pois somente esses são titulares do direito de receber um serviço adequado. Por outro lado, outra parte da doutrina nos dá o entendimento de que não importa quem seja o lesado, a responsabilidade é objetiva, partindo da premissa de que terceiro é aquele que não está na relação entre o Estado e a empresa prestadora do serviço.

Encontramos nos tribunais julgados que nos mostram que, quando se trata de atos omissivos do Estado, cabe a vítima provar que este deveria ter agido e não o fez, para que haja o dever de indenizar. Em outras palavras, a vítima terá que demonstrar a culpa da Administração, sendo a responsabilidade, portanto, objetiva.

Outro aspecto levado em consideração pelos tribunais são as causas excludentes, as quais acabam por atenuar ou excluir o dever de indenizar, se forem observadas.

Portanto, a redação do artigo 37, § 6º da Constituição Federal está longe de ser clara. A intenção do legislador foi proteger a quem sofresse qualquer tipo de dano, por isso editou esta norma. O problema se encontra no termo usado por ele, o qual deixa dúvidas quanto a sua abrangência, que acabaram por acarretar em toda essa discussão acerca do tema.

Quanto a jurisprudência dos Tribunais brasileiros, hoje, essa se mostra pacífica em seus entendimentos. Porém nem sempre foi assim. Foram encontrados julgados recentes que demonstraram o entendimento contrário ao que se tem hoje, qual seja, a responsabilidade civil somente é objetiva quando o dano for causado a um usuário do serviço público, e, quando não-usuário, logicamente, subjetiva. Como já citado, hoje se tem o entendimento de que a responsabilidade será objetiva em relação a usuários e não-usuários, os “terceiros” a que se refere o texto constitucional.

6 – REFERÊNCIAS

AVILA MIGUEL, Frederico de. **RESPONSABILIDADE CIVIL: Evolução e Apanhado Histórico. A problemática da efetiva reparação do dano suportado pela vítima em razão da culpa com o pressuposto.** Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/49643556/MIGUEL-Frederico-de-Avila-Responsabilidade-civil-Evolucao-e-apanhado-historico-Artigo>. Acesso em 25/04/2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo.** 5. ed. Saraiva, 2001.

BRASIL, **Código Civil, Código de Processo Civil, Constituição Federal.**

Organizador: Nylson Paim de Abreu Filho. 7. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 34, 140.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Hábeas corpus nº 181.636-1 1ª Turma.

Relator: Ministro Hélio Mosimann. Brasília, DF, 6 dez. 1994. Disponível em: Acesso em:

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso Extraordinário 262651/SP. Relator:

Min. Carlos Velloso. Julgado em 16/11/2005. Disponível em www.stf.gov.br.

Acessado em 15/05/2011. 2011-A

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso Extraordinário 262651/SP. Relator:

Min. Carlos Velloso. fl. 441. Julgado em 16/11/2005. Disponível em www.stf.gov.br.

Acessado em 15/05/2011. 2011-B

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso Extraordinário 262651/SP Relator:

Min. Carlos Velloso. fl. 473, julgado em 16/11/2005. Disponível em www.stf.gov.br.

Acessado em 15/05/2011. 2011-C

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso Extraordinário 262651/SP. Relator:

Min. Carlos Velloso. fls. 454/455, julgado em 16/11/2005. Disponível em

www.stf.gov.br. Acessado em 15/05/2011. 2011-D

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 591874/MS. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 26/08/2009. Disponível em www.stf.gov.br. Acessado em 15/05/2011. 2011-E

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 591874/MS. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 26/08/2009. Disponível em www.stf.gov.br. Acessado em 15/05/2011. 2011-F

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 591874/MS. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. fl. 1832. Julgado em 26/08/2009. Disponível em www.stf.gov.br. Acessado em 15/05/2011. 2011-G

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 591874/MS. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. fl. 1853. Julgado em 26/08/2009. Disponível em www.stf.gov.br. Acessado em 15/05/2011. 2011-H

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo de Instrumento 831327/DF. Relator: Min. Carmen Lúcia. Julgado em 22/02/2011. Disponível em www.stf.gov.br. Acessado em 15/05/2011. 2011-I

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo de Instrumento 831327/DF. Relator: Min. Carmen Lúcia. fl. 574, julgado em 22/02/2011. Disponível em www.stf.gov.br. Acessado em 15/05/2011. 2011-J

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1103840 / PE, Primeira Turma Recursal. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 02/04/2010. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 20/05/2011. 2011-K

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 980844 / RS, Primeira Turma Recursal. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 19/03/2009. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 20/05/2011. 2011-L

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1106829 / MG, Primeira Turma Recursal. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 16/11/2010. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 20/05/2011. 2011-M

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1095309 / AM, Primeira Turma Recursal. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 12/05/2010. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 20/05/2011. 2011-N

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1142245 / DF, Segunda Turma Recursal. Relator: Min. Castro Meira. Julgado em 05/10/2010. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 20/05/2011. 2011-O

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1140025 / MG, Segunda Turma Recursal. Relator: Min. Eliana Calmon. Julgado em 02/09/2010. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 20/05/2011. 2011-P

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 896568 / CE, Quarta Turma Recursal. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Julgado em 19/05/2010. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 20/05/2011. 2011-Q

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1187456 / RJ, Segunda Turma Recursal. Relator: Min. Castro Meira. Julgado em 16/11/2010. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 20/05/2011. 2011-R

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**. Apelação Cível 2009.070002-8, Capital, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Primeira Câmara de Direito Público. Julgado em: 13/12/2010. Acesso em: 01/05/2010. 2011-Z

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**. Apelação Cível 15290, 10ª Câmara Cível. Relator: Des. Vitor Roberto Silva. Julgada em 03/03/2009. Acesso em 03/03/2011. Disponível em www.tjpr.jus.br. 2011-S

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**. Apelação Cível 26078, 9ª Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Lopes. Julgada em 05/05/2011. Acesso em 20/04/2011. Disponível em www.tjpr.jus.br. 2011-T

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**. Apelação Cível 25786, 3ª Câmara Cível. Relator: Des. Rogério Ribas. Julgada em 23/11/2009. Acesso em 20/04/2011. Disponível em www.tjpr.jus.br. 2011-U

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**. Apelação Cível 24044, 10ª Câmara Cível. Relator: Des. Gil Francisco de Paula Xavier. Julgada em 03/03/2011. Acesso em 10/03/2009. Disponível em www.tjpr.jus.br. 2011-V

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**. Apelação Cível 17107, 10ª Câmara Cível. Relator: Des. Edison de Oliveira Marcelo Filho. Julgada em 03/03/2011. Acesso em 16/07/2009. Disponível em www.tjpr.jus.br. 2011-W

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**. Apelação Cível 25800, 8ª Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Lopes. Julgada em 07/04/2011. Acesso em 20/04/2011. Disponível em www.tjpr.jus.br. 2011-X

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**. Apelação Cível 25391, 5ª Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Lopes. Julgada em 03/03/2011. Acesso em 20/04/2011. Disponível em www.tjpr.jus.br. 2011-Y

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3. ed. Malheiros, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 3ª ed., 1999.

_____, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 21ª ed., 2009.

_____, José Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23 ed. Ed. Lumens Júris. 2010

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Manual de Direito Previdenciário**. LTr. 3.^a ed. SP, 2002.

CASTRO, Guilherme Couto de. **A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro**. 3^a ed. Ed. Forense, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7^a ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

_____, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5. ed. Malheiros, 2003.

_____, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000

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

CRETELA JÚNIOR, José. **Comentários a Constituição Brasileira de 1988**. Ed. Forense universitária. 2002, 2^a ed., vol IV.

_____, José. **“O Estado e a obrigação de indenizar”**. São Paulo, Saraiva, 1980.

_____, José. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. Forense, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **“Curso de Direito Civil brasileiro”**. 7^o volume, 7^a edição, São Paulo, Saraiva, 1993.

_____, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, Vol. 7. 19^o ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro -7^o Volume**. 20^a Edição. São Paulo: Saraiva, 2006

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **“Direito Administrativo”**. 11^a edição, São Paulo, Atlas, 1999.

_____, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2005

_____, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19^o ed. São Paulo: Atlas, 2006

_____, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 4^a ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FIGUEIREDO, Lúcia Vale. **Curso de direito administrativo**, Malheiros Ed. 6^a ed., 2003.

GARCIA, Mônica Nicilda. **Responsabilidade do Agente Público**. Fórum, 2004.

GÓIS, Ewerton Marcus de Oliveira. **A Responsabilidade Civil do Estado por atos omissivos e o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/10/docs/3_-_a_responsabilidade_civil_do_estado_por_atos_omissivos_e_o_atual_entendimento_do_supremo_tribunal_federal.pdf. Acesso em 01/06/2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo** – São Paulo: Saraiva 2005.

LEVY, Nara. **Aspectos principais das formas de delegação de serviço público**. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8843/aspectos-principais-das-formas-de-delegacao-de-servico-publico>. Acesso em 22/03/2011.

LIMA, Alvino. **A responsabilidade civil pelo fato de outrem**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 203.

LOBO, Sonia Maria Pimentel. **A Evolução do Conceito de Serviço Público**. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4860/A-evolucao-do-conceito-de-servico-publico>. acesso em 17/02/2011.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 4. ed. R.T, 2000.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26. ed. Malheiros, 2001.

_____, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26. ed. Malheiros, 2003.

_____, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 24ª edição, atualizada, São Paulo: Malheiros, 1999

_____, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 29. ed. atualizada. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo, Ed. Malheiros, 10 ed., 1998.

_____, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo Brasileiro**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24ª ed. Revista e atualizada até a Emenda Constitucional 55, de 20.9.2007. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MORAIS, Marcio Eduardo da Silva Pedrosa. **Sobre a evolução do estado**. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/18831/sobre-a-evolucao-do-estado>. Acessado em 28/07/2010.

MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**. Saraiva, 1999.

NETO, Theobaldo Spengler. **Contextualização histórica e evolução da responsabilidade civil no Brasil**. Disponível em: <http://www.diritto.it/docs/30992-contextualiza-o-hist-rica-e-evolu-o-da-responsabilidade-civil-no-brasil?page=5>. Acesso em 22/07/2010.

OLIVEIRA, Ruth Helena Pimentel de. **Entidades prestadoras de Serviços Públicos e Responsabilidade Extracontratual**. Ed. Atlas, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Forense, 2002, p. 133.

PIZATO, Octavio Pelucio Ottoni. **Breve historico da responsabilidade extracontratual do Estado e seu tratamento no direito positivo brasileiro.** Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 314, 17 maio 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5272>. Acesso em: 01 junho de 2011.

RODRIGUES, Renata de Lima. **As tendências do Direito Civil brasileiro na pós-modernidade.** Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6617/as-tendencias-do-direito-civil-brasileiro-na-pos-modernidade>. Acesso em 25/07/2010.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil.** 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.7

SANTOS, Romualdo Baptista dos. **Responsabilidade Civil, Direito Civil – v.5,** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.186.

STOCO, Rui. **TRATADO DE RESPONSABILIDADE CIVIL – com comentários ao Novo Código Civil.** 6ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** Vol. IV, 3ª ed., 2003, São Paulo, Ed. Atlas

_____, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** Vol. IV, 7ª ed., 2007, São Paulo, Ed. Atlas.

_____, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil.** 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.