

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO - UAD

ALEXANDRE CANDEIA DOS SANTOS

A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO
PÚBLICO EM FACE DOS TERCEIROS NÃO USUÁRIOS

SOUSA-PB

2015

ALEXANDRE CANDEIA DOS SANTOS

A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO
PÚBLICO EM FACE DOS TERCEIROS NÃO USUÁRIOS

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito do Centro
de Ciências Jurídicas e Sociais da
Universidade Federal de Campina Grande-
UFCG, como exigência parcial para
obtenção do título de bacharel em Ciências
Jurídicas

Orientador: Professor Ms. Eduardo Jorge
Pereira de Oliveira

SOUSA-PB

2015

ALEXANDRE CANDEIA DOS SANTOS

A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO
PÚBLICO EM FACE DOS TERCEIROS NÃO USUÁRIOS

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito do
Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da
Universidade Federal de Campina Grande
- UFCG, como exigência parcial para
obtenção do título de bacharel em
Ciências Jurídicas

Aprovado em: ___/___/___

Banca Examinadora:

Professor Ms. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira.
Orientador

Primeiro examinador

Segundo Examinador

Dedico este trabalho, primeiramente, a Deus, meu criador, autor do meu destino e meu guia, depois, dedico este trabalho aos meus pais, Martim e Rosélia, pois só nós sabemos o quão arduosa foi esta conquista.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter me abençoado com saúde, sabedoria e perseverança para eu lutar contra as adversidades do destino e ir em busca dos meus sonhos.

Agradeço à minha mãe Roselia, minha heroína, que sempre me deu apoio e me incentivou nas horas difíceis, de desânimo e de cansaço, para continuar persistindo em busca dos meus objetivos.

Agradeço ao meu pai Martim que apesar de todas as dificuldades presentes, sempre me incentivou a buscar minhas metas e que tenho como exemplo de honestidade e de hombridade.

Agradeço à minha família pelas orações e pelos sentimentos positivos a mim direcionados, nos mais diversos momentos até aqui vividos.

Agradeço à minha namorada e colega de sala que sempre se fez presente no meu dia a dia, contribuindo para o meu crescimento pessoal e profissional.

Agradeço aos meus amigos que sempre acreditaram no meu potencial e que sempre estavam de prontidão para oferecerem palavras de conforto e de motivação para que eu pudesse, cada vez mais, continuar rompendo os meus limites.

Agradeço ao meu orientador, amigo e professor, Eduardo Jorge, pelas palavras sábias, pelos conselhos e pelos incentivos durante a graduação. Aproveito e externo os agradecimentos pelas orientações e pela presteza durante este trabalho de conclusão de curso.

RESUMO

O trabalho tem como objeto de estudo a responsabilidade civil objetiva das concessionárias de serviço público em face dos terceiros não usuários. O tema em discussão, atualmente, se encontra pacificado pelo Supremo Tribunal Federal após o julgamento do Recurso Extraordinário 591.874/MS, cujo entendimento foi fundamental para restabelecer a coerência no ordenamento jurídico brasileiro. O objetivo geral do trabalho foi analisar o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal com relação aos terceiros não usuários do serviço público que viessem a sofrer danos na sua prestação, asseverando tratamento isonômico a todos que sofressem danos nessas circunstâncias, insurgindo o direito a reparação civil do dano de maneira objetiva. Destaca-se que, os objetivos secundários do trabalho se referem à compreensão do estudo da responsabilidade civil do Estado e da análise da vantagem dos seus efeitos à coletividade, analisando conjuntamente a responsabilidade civil objetiva e a teoria do risco administrativo. A metodologia utilizada apresenta-se através de métodos qualitativos e dedutivos, apresentando como obtenção de fontes através de método indireto, através de acervos bibliográficos, dentre eles, livros, artigos científicos, julgados, leis e a Constituição Federal, possibilitando-se uma análise acerca do tema proposto no trabalho, cujo seu corpo está dividido em três capítulos. Por fim, destaca-se a importância do tema, em estudo, uma vez que, a teoria do risco administrativo fundamenta a responsabilidade civil objetiva dos executores de atividade pública de forma genérica, pois indiretamente põe em risco toda a coletividade e se deve, portanto arcar com tal ônus, atribuindo assim aos lesados de danos oriundos de tais atividades a reparação civil via judicial sem a necessidade de comprovar o dolo ou a culpa do agente danoso, evitando que o procedimento se torne, cada vez mais, burocrático e aumentando assim a celeridade e as garantias dos lesados, no caso da reparação do dano por via judicial, uma vez que, somente faz-se necessária a demonstração do nexa causal entre o fato e o dano.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil Objetiva. Teoria do Risco Administrativo. Concessionárias de Serviço Público. Não usuário do serviço público.

ABSTRACT

The work is the object of study objective liability of utility companies in the face of third non-users. The topic under discussion at present is pacified by the Supreme Court after the judgment of Extraordinary Appeal 591874 / MS, whose understanding was essential to restore consistency in the Brazilian legal system. The general objective of this study was to analyze the current position of the Supreme Court with regard to third non-public service users who were to suffer damage to its provision, asserting isonomic treatment to all who suffered damage in these circumstances, rising up the right to civil compensation for damage objectively. It is noteworthy that the secondary objectives of the study refer to the understanding of the study of civil liability of the State and the analysis of the advantage of its effects to the community, jointly analyzing objective liability and the theory of administrative risk. The methodology is presented through qualitative and deductive methods, presenting as obtaining sources through indirect method, through library collections, including books, scientific articles, judged, laws and the Constitution, making it possible a review about of the proposed topic at work, whose body is divided into three chapters. Finally, we highlight the importance of the subject in the study, since the theory of administrative risk underlies the objective liability of public activity performers generically, because indirectly jeopardizes the whole community and should therefore bear this burden, thus giving the injured damage arising from such activities repair civil courts without the need to prove intent or guilt of the harmful agent, preventing the procedure becomes, increasingly bureaucratic and thereby increasing the speed and guarantees of victims in the case of compensation for damage through the courts, since only it is necessary to demonstrate a causal link between the fact and the damage.

Keywords: Objective liability. Theory of Administrative Risk. Public service of concessionaires. No public service user.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art. – Artigo

CF – Constituição Federal de 1988

CPC – Código de Processo Civil

EC – Emenda Constitucional

RE – recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	13
1.1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL	13
1.1.1 Conceito	14
1.2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	15
1.2.1 Conceito	16
1.3 DA EVOLUÇÃO DAS TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	17
1.3.1 A irresponsabilidade do Estado	17
1.3.2 Teoria da responsabilidade com culpa	17
1.3.3 Teoria da culpa administrativa	18
1.3.4 Teoria da responsabilidade objetiva	19
1.4 DO FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO	20
1.5 DOS RESPONSÁVEIS	22
1.6 DA RESPONSABILIDADE PRIMÁRIA E SUBSIDIÁRIA	23
1.7 DOS AGENTES PÚBLICOS	24
1.8 DA DUPLICIDADE DE RELAÇÕES JURÍDICAS	25
1.9 DOS PRESSUPOSTOS PARA RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA	25
1.10 DA REPARAÇÃO DO DANO	28
1.11 DO SUJEITO PASSIVO E DA DENUNCIAÇÃO À LIDE	29
1.12 DA PRESCRIÇÃO	30
2 DO SERVIÇO PÚBLICO	31
2.1 DO CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO	31

2.2 DA CLASSIFICAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO.....	33
2.2.1 Serviços delegáveis e indelegáveis.....	33
2.2.2 Serviços administrativos e de utilidade pública.....	33
2.2.3 Serviços coletivos e singulares.....	34
2.2.4 Serviços sociais e econômicos.....	34
2.3 DOS PRINCÍPIOS DO SERVIÇO PÚBLICO.....	35
2.3.1 Princípio da Generalidade.....	35
2.3.2 Princípio da Continuidade.....	36
2.3.3 Princípio da Eficiência.....	37
2.3.4 Princípio da Modicidade.....	38
2.4 DA REMUNERAÇÃO.....	39
2.4.1 Taxa.....	39
2.4.2 Tarifa.....	41
2.5 DOS DIREITOS E DOS DEVERES DO USUÁRIO.....	42
2.6 DA EXECUÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO.....	43
2.7 DA DELEGAÇÃO.....	44
3 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO EM FACE DO TERCEIRO NÃO USUÁRIO.....	46
3.1 DA CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.....	46
3.2 DA EXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO.....	49
3.3 DA POLÍTICA TARIFÁRIA.....	52
3.4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	52
3.5 DO SUJEITO PASSIVO DO DANO.....	54
CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS.....	60

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a responsabilidade civil objetiva das concessionárias de serviço público em face dos terceiros não usuários, com relação ao tema exposto, já houve várias discussões no mundo jurídico, em especial na suprema corte do poder judiciário brasileiro que é o Supremo Tribunal Federal.

A metodologia utilizada no trabalho abarca diversos métodos, dentre eles: o método de abordagem desta pesquisa é o dedutivo; o método de procedimento é o método comparativo; Quanto à natureza, a pesquisa é básica; Quanto à forma de abordagem a pesquisa é qualitativa; Quanto ao objeto geral, a pesquisa é descritiva; Adota-se a pesquisa bibliográfica e quanto ao procedimento técnico de obtenção das fontes, utiliza-se o indireto.

No tocante aos objetivos deste trabalho, tem-se que, o objetivo geral do trabalho foi analisar o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal com relação aos terceiros não usuários do serviço público que viessem a sofrer danos em decorrência da sua prestação, asseverando tratamento isonômico a todos que sofressem danos nessas circunstâncias, insurgindo o direito a reparação civil do dano de maneira objetiva. Com relação aos objetivos secundários deste trabalho, há a busca pela melhor compreensão do estudo da responsabilidade civil do Estado, juntamente com a análise da vantagem que é proporcionada à coletividade e, por fim, a observância conjuntamente da responsabilidade civil objetiva e da sua teoria fundamentadora.

Antes de existir esse novo posicionamento atribuído pelo Supremo Tribunal Federal, a responsabilidade civil por parte das concessionárias de serviço perante os terceiros não usuários do serviço era de forma subjetiva, ou seja, para os usuários do serviço público a empresa responderia civilmente de forma objetiva, no entanto, quando se referisse àqueles que não fossem usuários do serviço público, a reparação do dano só ocorreria de maneira subjetiva, acarretando ao lesado a sua reparação via judicial, apenas se conseguisse demonstrar a culpa, o dolo ou a má execução da prestação do serviço público, apresentando uma verdadeira injustiça social e uma incoerência com o pensamento do constituinte ao elaborar o texto constitucional.

Tamanha incoerência foi concretizada, a partir do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal com o julgamento do Recurso Extraordinário de nº 262.651/SP, cujo ministro Carlos Velloso era seu relator à época. O ministro concluiu que a *ratio legis* do dispositivo constitucional dada pelo constituinte era clara e evidenciava que o entendimento da norma constitucional do §6º do artigo 37 era restritivo, e, portanto, o termo terceiros deveria ter sua aplicação limitada, sendo utilizada apenas aos usuários do serviço público, deixando desamparados os não usuários do serviço.

Acontece que, com o posicionamento adotado, houve muita incoerência, contrariando a própria teoria que fundamentava a responsabilização civil objetiva do Estado, especialmente quando se tratava da prestação de serviço público. A teoria que, por sua vez, fundamentava tal responsabilização do prestador do serviço era a teoria do risco administrativo que assegurava que toda atividade prestada na sociedade geraria um risco, no caso em questão, o Estado ou a concessionária de serviço público ao agir desempenhando tal função pública gerava um dano para toda a coletividade, sendo pré-estabelecido que arcasse com os ônus decorrentes dessa atividade de forma objetiva, ou seja, não seria necessária a demonstração, por parte do lesado, da culpa ou do dolo do agente causador do dano.

O tema, hoje em dia, se encontra pacificado pelo Supremo Tribunal Federal através do julgamento do Recurso Extraordinário 591.874/MS, tal julgamento acarretou mudanças significativas para as vítimas dos danos ocasionados pelas concessionárias de serviço público no desempenho de atividade de titulação pública, ensejando na responsabilidade civil objetiva das concessionárias em face dos terceiros não usuários do serviço público.

Este trabalho é relevante e pertinente para a comunidade acadêmica, uma vez que, tem por finalidade analisar as mudanças que ocorreram após a transição de um posicionamento do Supremo Tribunal Federal até o atual posicionamento, analisando sempre a coerência desses posicionamentos perante o ordenamento jurídico brasileiro e a influência obtida através da Constituição Federal para se chegar a tal posicionamento, analisando a forma e o motivo acarretou tal posicionamento.

O referencial teórico do trabalho foi realizado, em sua maioria, através da pesquisa bibliográfica, utilizando como fontes de pesquisa renomados doutrinadores brasileiros, como por exemplo: Carvalho Filho (2014), Mello (2012), Di Pietro (2014),

Meirelles (2010), Cavalieri Filho (2012), Barroso (2011), Moraes (2014), dentre outros. Sem falar que, houve a utilização de aforismos de clássicos publicistas mundialmente reconhecidos, como, por exemplo, León Duguit e Labaudère, sem falar da utilização de leis esparsas, da Constituição Federal e de diversos artigos científicos e de julgados do Supremo Tribunal Federal.

O corpo do trabalho é dividido em três capítulos. O primeiro capítulo intitulado “da responsabilidade civil e da responsabilidade civil do estado” trata sobre a origem dos referidos institutos e sobre suas conseqüências no ordenamento jurídico, o referido capítulo trata especialmente da responsabilidade civil do Estado, analisando todos os elementos que fundamentam a ocorrência do instituto.

O segundo capítulo intitulado “do Serviço Público” versa sobre a origem do serviço público, dos seus princípios e analisa a sua prestação nos dias atuais e o seu desdobramento na prestação do serviço.

O terceiro capítulo intitulado “a responsabilidade civil objetiva da concessionária de serviço público em face do terceiro não usuário” é o tema do trabalho, o qual vai ser abordar a prestação do serviço público por parte das concessionárias, a responsabilização destas em face dos usuários e dos não usuários do serviço prestado e os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e, conseqüentemente, os seus efeitos para a coletividade, em especial para os não usuários do serviço público.

1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade civil existe no ordenamento jurídico brasileiro com a finalidade de amenizar os estragos ocasionados pela ação danosa aos direitos de outrem, buscando a reparação do dano. Inicialmente surgiu como instituto pertencente apenas nas relações de direito privado, logo depois, com o decorrer do tempo, surgiu, como desdobramento, a responsabilidade civil do Estado, cuja finalidade era buscar a reparação do direito do terceiro que foi danificado pela ação de agentes estatais.

1.1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O ordenamento jurídico brasileiro é reflexo de um Estado Democrático de Direito, em que regras existem para serem cumpridas e respeitadas, resguardando assim a ordem jurídica, cujo principal objetivo é proteger o lícito e reprimir o ilícito. Vale dizer “ao mesmo tempo em que ela se empenha em tutelar a atividade do homem que se comporta de acordo com o Direito, reprime a conduta daquele que o contraria”. (DANTAS, San Thiago, 1977, apud CAVALIERI FILHO, 2012, p. 1). Não paira dúvidas acerca da importância do direito que é uma das formas mais efetivas de controle social, utilizado para evitar que as relações sociais se transformem em um verdadeiro caos.

Existem diversos tipos de direitos, os absolutos e os relativos, aqueles envolvem a totalidade das pessoas sendo impostos a toda coletividade, enquanto estes, os relativos, são impostos de forma individual a determinadas pessoas. Caso ocorra a ruptura ou quebra de normas ocorrerá um ato ilícito, cujo significado é explicitado da seguinte maneira: “A violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano a outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano.” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 2). Assim fica evidenciado a postura do Estado Democrático de Direito como protetor e fiscalizador das normas

impostas a todos, seja para regular as situações lícitas ou proteger a coletividade de atos ilícitos e arbitrários.

Hodiernamente, com o decorrer dos anos, o instituto da responsabilidade civil foi se tornando um dos mais relevantes do ordenamento jurídico brasileiro, pois parte-se da premissa de reparar um dano causado a outrem, por culpa ou dolo do agente, atuando de forma comissiva ou omissiva, lícita ou ilicitamente, com a finalidade de buscar restabelecer o *status quo ante*, buscando a harmonia das relações sociais.

1.1.1 Conceito

A responsabilidade civil é um instituto que inicialmente apresenta uma ampla diversidade de conceitos pela doutrina, no entanto, sua essência nos remete diretamente a reparação de um dano ilícito em uma relação jurídica preexistente, relação contratual ou extracontratual, sendo um dever sucessivo, ou seja, após a quebra de uma obrigação imposta anteriormente.

Buscando-se a origem etimológica do referido instituto, temos que:

A palavra responsabilidade deriva do latim *re-spondere*, que encerra a ideia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado. Teria assim o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir. (GONÇALVES, 2012, p. 41)

A conceituação etimológica da responsabilidade civil demonstra justamente a ideia de tentar compensar e harmonizar algum dano superveniente que insurgiu nas relações jurídicas já preexistentes, ou seja, com o surgimento do ato ilícito infringindo uma obrigação preexistente, surge o referido instituto para garantir segurança jurídica a quem sofreu o dano.

Acrescentando-se outra concepção temos que:

O termo responsabilidade tem sentido polissêmico, portanto leva a mais de um significado, tanto poderá ser sinônima de diligência e cuidado, no plano vulgar como revelar a obrigação de todos pelos atos que praticam, no plano jurídico. (STOCO, 2011, p. 132)

Por mais diferente que seja os conceitos doutrinários, há sempre um elo na essência dos significados, como se percebe, o termo supracitado traz uma função de

diligenciar as relações já assumidas ou buscar restabelecer relações pré-estabelecidas.

1.2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade Civil do Estado corresponde a situações em que o Estado no desempenho das funções do executivo, do legislativo e do judiciário através de uma atividade prestadas por agentes ou por quem os tenha qualidade para representá-los acarrete dano a terceiro, no entanto, é mais frequente referenciar tal instituto quando há prestação de atividade ligada ao poder executivo, o qual esteja desempenhando a atividade administrativa. A administração pública, tanto direta como indireta, desde que esteja desempenhando atividade, caso insurja uma relação danosa a outrem, será a responsável pela reparação desses danos ocasionados a terceiros. É mister ressaltar que o Estado propriamente dito não irá praticar os atos danosos, mas algum agente público ou quem tenha qualidade de agente público, corroborando com esse entendimento, segue o magistério:

De início, importa lembrar que o Estado, como pessoa jurídica, é um ser intangível. Somente se faz presente no mundo jurídico através de seus agentes, pessoas físicas cuja conduta é a ele imputada. O Estado por si só, não pode causar danos a ninguém. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 554)

Através desse pensamento, é fácil notar a compreensão de que o Estado não é quem causa o dano, mas sim a pessoa natural incumbido na qualidade de agente público ou que seja agente público, pois o Estado é uma pessoa jurídica, a qual não age por força e vontade própria, mas sim pela vontade do agente que está atribuído a um órgão público, esse pensamento é explicado pela teoria da imputação volitiva de Otto Von Gierke, como aduz que “o idealizador da moderna teoria do órgão público baseada na noção de imputação volitiva foi o alemão Otto Friedrich von Gierke (1841-1921). Gierke comparou o Estado ao corpo humano” (MAZZA, 2013, p. 130).

1.2.1 Conceito

A responsabilidade civil do Estado enseja a reparação dos danos oriundos das relações jurídicas pré-existentes, quando o particular figurar no lado passivo e insurge como vítima de uma relação danosa pelo Estado, seja por meio de relação contratual ou extracontratual, ou como conceitua: “A responsabilidade civil do Estado consiste no dever de indenizar as perdas e danos materiais e morais sofridos por terceiros em virtude de ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 791).

É importante ressaltar que, a responsabilidade extracontratual é ainda mais ampla quanto à origem do ato danoso, sendo importante neste trabalho, pois tendo em vista que, esta regula as relações em que a própria lei protege a coletividade das atividades mal executadas pelos agentes públicos, já os danos poderão ser oriundos de atos ilícitos ou atos lícitos ao patrimônio alheio, seja na sua esfera patrimonial ou na esfera moral.

Ressalta-se que, tal espécie de responsabilidade é muito importante por incidir não apenas nas relações do direito privado, entre os particulares, mas por existir regulamentando e protegendo o direito dos administrados em face da Administração, ou de uma maneira mais completa em face do Estado, nas relações de direito público, uma vez que é representado por seus agentes públicos, conforme a teoria do órgão.

No entanto, diferentemente do que ocorre nas relações regulamentadas pelo direito privado, nas relações regulamentadas pelo direito público, não necessariamente deverá existir um dano originado de um ato ilícito para que haja a reparação por parte do Estado, pois conforme já foi dito anteriormente, essa espécie de responsabilidade tem a função de proteção de um dever legal, quando esse dever for desrespeitado pelo Estado, logo este deverá propiciar a vítima, a sua reparação. Corroborando com o exposto segue nesse sentido:

A responsabilidade extracontratual do Estado corresponde a obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos. (DI PIETRO, 2013, pag. 76)

Com isso, entende-se que, às vezes por mais que um ato seja lícito ele poderá prejudicar ou danificar direitos alheios, pois caso contrário estaria desrespeito ao princípio da isonomia e não haveria lógica para apenas pessoas específicas arcarem com um ônus maior do que as outras.

1.3 DA EVOLUÇÃO DAS TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Assim, como o processo evolutivo da vida em sociedade, a responsabilidade civil do Estado passou por diversas transformações, evoluindo e abrangendo, cada vez mais, a sua função em prol da coletividade.

1.3.1 A irresponsabilidade do Estado

Há centenas de anos, no período absolutista, prevalecia a ideia da soberania, não podendo o súdito questionar o Estado que naquela época era personificado pelo Rei, dessa forma as relações eram regidas pelos princípios: de que o rei não poderia errar (*do the king can do no wrong; le roi ne peut mal faire*) e aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei. No entanto não perduraram por muito tempo, ocorrendo mudanças sobre a teoria a melhor ser adotada.

No início do século XVIII e final do século XIX, prevalecia a ideia de que o Estado não poderia se responsabilizar pelos atos cometidos por seus agentes, pois naquela época ainda vigorava o liberalismo econômico que adotava a ideia de que o Estado deveria ficar o mais longe possível das relações entre os particulares. No entanto, também, não persistiu por muito tempo, logo havendo outra mudança e o Estado liberal passou a ser substituído pelo Estado Democrático de Direito.

1.3.2 Teoria da responsabilidade com culpa

Após o declínio da teoria da irresponsabilidade do Estado e com a mudança para um Estado Democrático de Direito, passou a se responsabilizar as ações culposas dos agentes públicos. Foi, então, adotada a Teoria Civilista da culpa a qual dividia os atos do Estado em duas espécies: atos de império e atos de gestão, como aduz:

Distinguiam-se, para fins de responsabilidade, os atos de império e os atos de gestão. Os primeiros seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes; os segundos seriam praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não difere a posição da Administração e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum. (Di Pietro, 2014, 717.)

Nesse tocante, os atos de impérios eram os atos que se aproximavam mais de atos da função pública, atos que seriam impostos a toda coletividade com a finalidade de buscar o bem comum, já os atos de gestão eram atos que se assemelhavam a atos de natureza privada, atos em que o Estado e o particular permaneciam no mesmo patamar.

1.3.3 Teoria da culpa administrativa

Com o decorrer do tempo, a responsabilidade civil por parte do Estado veio a evoluir significativamente, ganhando novos contornos e rompendo com a ideia tradicional de culpa presente nas teorias, civilista e penalista da época, em que trazia a culpa como sinônimo de negligência, de imperícia ou de imprudência, mas com o surgimento dessa evolução no significado da culpa no serviço público, não era necessário mais a demonstração da culpa do agente, mas a demonstração da culpa ou falta do serviço, como ensina:

A falta do serviço podia consumir-se de três maneiras: a inexistência do serviço, o mal funcionamento do serviço ou o retardamento do serviço. Em qualquer dessas formas, a falta do serviço implicava no reconhecimento da existência de culpa, ainda que atribuída ao serviço da administração. Por esse motivo para que o lesado pudesse exercer seu direito a reparação dos prejuízos, era necessário que comprovasse que o fato danoso se originava do mau funcionamento do serviço e que, em consequência, teria o Estado atuado culposamente.” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 556)

Neste tocante, passou-se a reconhecer a culpa administrativa ou a falta do serviço que significava que não era mais preciso apontar o agente público que causava o dano, mas era necessário apontar a má prestação do serviço público que poderia ocorrer por: inexistência do serviço, pelo retardamento do serviço e por mau prestação do serviço público.

O marco para concretização da referida responsabilidade, em que rompeu com os laços civilistas, até então adotados, foi o “Caso Blanco que ocorreu na França quando o tribunal de conflitos francês entendeu ser competente o tribunal administrativo para apreciação de indenização em face do Estado”. (DI PIETRO, 2012, p. 7) Rompendo, de imediato, a antiga ideia de responsabilidade civil por culpa da teoria civilista.

1.3.4 Teoria da responsabilidade objetiva

Modernamente, é adotada a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, sendo que, desta forma não é mais necessário demonstrar que o agente público agiu com culpa ao prestar o serviço público, como ensina:

Nessa teoria, a ideia de culpa é substituída pela de nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. É indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular. Constituem pressupostos da responsabilidade objetiva do Estado : (a) que seja praticado um ato lícito ou ilícito, por agente público; (b) que esse ato cause dano específico (porque atinge apenas um ou alguns membros da coletividade) e anormal (porque supera os inconvenientes normais da vida em sociedade, decorrentes da atuação estatal) ; (c) que haja um nexo de causalidade entre o ato do agente público e o dano. (DI PIETRO, 2014, p. 719)

É evidente que, após a implantação dessa teoria, ocorreu uma melhoria com relação aos direitos para almejar a responsabilidade civil do Estado, pois com o

advento da teoria se tornou mais eficaz para o administrado, parte mais vulnerável, pleitear uma reparação de um dano ocasionado por parte do Estado que sempre se prevalecia de seu patamar superior nas relações com os particulares.

1.4 DO FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO

O substrato necessário para se chegar ao referido instituto, surgiu com a teoria do Risco que se dividia em duas espécies: a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral, conforme aduz o ensinamento:

A teoria do risco compreende duas modalidades: a do risco administrativo e a do risco integral; a primeira admite (e a segunda não) as causas excludentes da responsabilidade do Estado: culpa da vítima, culpa de terceiros ou força maior. (MEIRELLES, 2010, p. 683).

Como ideia norteadora à teoria do risco, partiu-se do princípio da igualdade que visava tratar a todos de forma isonômica nas relações jurídicas existentes, tanto nas favoráveis como nas prejudiciais. Partindo da premissa de que o Estado democrático de direito não tinha a finalidade de auferir o lucro e de acumular riquezas, mas de regular a vida em sociedade levando direitos e deveres a todos, destarte, começou-se a proteger os particulares das relações danosas que estes tinham com o Estado, tendo em vista que o próprio Estado já protegia os particulares nas relações privadas.

A ideia partiu a princípio de que o Estado, atuando como administração pública, arrecada dinheiro através da cobrança dos tributos, por conseguinte, o valor arrecadado das contribuições passou a ser utilizado na reparação dos danos que foram ocasionados pelas atividades inerentes ao funcionamento administrativo, como assevera:

A Administração Pública gera risco para os administrados, entendendo-se como tal a possibilidade de dano que os membros da comunidade podem sofrer em decorrência da normal ou anormal atividade do Estado. Tendo em vista que essa atividade é exercida em favor de todos, seus ônus devem ser também suportados por todos, e não apenas por alguns. Consequentemente, deve o Estado, que a todos representa, suportar os ônus da sua atividade, independentemente de culpa dos seus agentes. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 257.).

A Carta Magna vigente de 1988 é clara e evidente ao demonstrar no seu §6º do art. 37, seu o posicionamento, *in 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. (BRASIL, 1988).

Corroborando com essa ideia, o Código Civil Vigente, Lei 10.406 de 2002, ratifica esse entendimento versado na norma constitucional, como se pode perceber:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo. (BRASIL, 2002).

Contudo, mesmo a Constituição Federal tendo sido elaborada mais remotamente, ela em comparação ao código civil vigente tem uma maior amplitude com relação a norma que regulamenta a matéria, pois inclui, também, as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, assim como assevera: “De certa forma, está atrasado em relação à norma constitucional, tendo em vista que não faz referência às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.” (DI PIETRO, 2014, p. 722).

Dessa forma, é uníssono o entendimento de que no Brasil existe a responsabilidade objetiva por parte do Estado, dessa forma caso uma situação que se enquadre como ensejadora de responsabilização civil, deverá o Estado ou as empresas delegatárias que estejam prestando o serviço público repararem o dano ao particular, independentemente da culpa ou do dolo do agente que estava prestando o serviço público que acarretou tal prejuízo.

É evidente que a Constituição Federal da República do Brasil de 1988 traz em seu texto normativo, mais precisamente no seu artigo 37, §6º, a ideia geral de responsabilidade civil objetiva do Estado, em que comumente é adotada nas relações em que o Estado presta alguma atividade pública, fundamentando, de uma vez por todas, a adoção da teoria do risco administrativo nessas relações.

1.5 DOS RESPONSÁVEIS

A norma constitucional é evidente ao tratar dos possíveis responsáveis de quando se fala em responsabilização civil perante os particulares, são eles: as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

Inicialmente, quando se remete ao termo pessoas jurídicas de direito público, é intrínseco a ligação destas com o funcionamento interno. O próprio Código Civil vigente já traz o rol dessas pessoas jurídicas de direito público interno no seu art. 41, como se segue "I – a União; II – os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; III – os Municípios; IV – as autarquias, inclusive as associações públicas; V – as demais entidades de caráter público criadas por lei". (BRASIL, 2002) Em outras palavras, essas pessoas jurídicas elencadas nesse rol formam o que chamamos de administração pública, porém não foi delimitado quais daquelas pessoas fariam parte da Administração Direta ou da Administração Indireta.

De forma explicativa, a administração direta engloba: a união, os estados membros, os municípios e o distrito federal, por sua vez, a administração indireta tem como pessoas jurídicas de direito público as autarquias e as fundações públicas de natureza autárquica. É mister ressaltar que não houve nenhuma inovação legal no tocante a responsabilização civil dessas pessoas jurídicas de direito público que compõem a administração pública, pois em constituições remotas já havia responsabilização de forma objetiva daquelas, como leciona:

Com a Constituição de 1946 é que se adotou a teoria da responsabilidade objetiva. De acordo com seu artigo 194, "as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros". Pelo parágrafo único, "cabem-lhes a ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes". A Constituição de 1967 repete a norma em seu artigo 105, acrescentando, no parágrafo único, que a ação regressiva cabe em caso de culpa ou dolo, expressão não incluída no preceito da Constituição anterior. Na Emenda nº 1, de 1969, a norma foi mantida no artigo 107. (DI PIETRO, 2014, p. 721.).

No caso das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público houve uma inovação, pois nas constituições passadas não havia nenhuma norma que falasse a respeito, entretanto com a promulgação da carta magna de

1988, constituição cidadã, houve essa modificação que visou dar mais segurança jurídica para a sociedade.

O pensamento do legislador ao elaborar a norma e incluir essa inovação foi a de utilizar, como balizador, o princípio da isonomia e deixar ambas as pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicas em pé de igualdade ou equiparadas, pelo menos no que tange à responsabilização civil por danos decorrentes dos seus serviços, inovando e impondo as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público a qualidade inerente da responsabilidade civil objetiva.

1.6 DA RESPONSABILIDADE PRIMÁRIA E SUBSIDIÁRIA

É um tema importante na visão dos especialistas e principalmente porque traz a tona mais uma classificação, por assim dizer, sobre a responsabilidade civil do Estado, dessa maneira, existem dois tipos de responsabilidade: a primária e a secundária, como ensina:

A responsabilidade é primária quando atribuída diretamente à pessoa física ou à pessoa jurídica a que pertence o agente autor do dano. Será subsidiária a responsabilidade quando a sua configuração depender da circunstância de o responsável primário não ter condições de reparar o dano por ele causado. (Carvalho Filho, 2014, p. 574).

A responsabilidade será primária quando o ato praticado por um agente, podendo este ser servidor público, empregado público, de maneira mais ampla, agente público ou por que no momento do ato estivesse na qualidade de agente público, logo será responsabilizada a pessoa jurídica do qual este agente faça parte.

Já no caso da responsabilidade subsidiária, ocorrerá no caso do agente provocador do dano fazer parte de uma pessoa jurídica da administração indireta ou de uma pessoa jurídica que preste serviço público e, junto a isso, tenha algum vínculo com uma pessoa jurídica política, ressaltando que, a responsabilidade subsidiária só irá surgir, quando a pessoa jurídica vinculada a pessoa jurídica política não tiver mais forças para prestar a reparação do dano, conforme justifica que “o poder público não é segurador universal de todos os danos causados aos administrados”. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 575)

1.7 DOS AGENTES PÚBLICOS

Quando se remeter agentes públicos é necessário expor que agente público é gênero, pois o conceito abarca outras espécies, nesse tocante podemos compreender o entendimento da doutrina que:

a expressão agentes públicos é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao poder público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente. (Mello, 2012, p. 248).

De acordo com a acepção adotada, de forma mais pragmática e restritiva, admite-se a conceituação de que “agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da administração indireta” (Di Pietro, 2014, p. 596.). Outra possibilidade de conceituação para agentes públicos é a presente na Lei 8.429 em seu art. 2º, *in verbis*:

Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

O Estado é responsável pelos atos dos seus agentes, pois estes se encontram alocados em órgãos públicos de acordo com a teoria do órgão elaborada pelo alemão Otto Von Gierke (MELLO, 1975, apud CARVALHO FILHO, 2014, p. 13) Tal teoria utilizava-se da imputação, ou seja, a responsabilidade era imputada ao órgão e, conseqüentemente, ao Estado, mesmo que tenha sido o agente público que praticou o ato, pois este agiu com vontade, conforme o magistério aduzido a seguir: “a característica fundamental da teoria do órgão consiste no princípio da imputação volitiva, ou seja, a vontade do órgão público é imputada à pessoa jurídica a cuja estrutura pertence.” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 13). Assim, essa teoria parte do pressuposto de que o órgão não tem vontade própria e caso um agente atribuído de uma função e, no exercício desta, cometa dano a outrem, será de responsabilidade da pessoa jurídica da qual pertence o órgão.

É importante ressaltar que, o agente público ao praticar tal conduta deve estar exercendo a função ou apresentar um vínculo que demonstre a qualidade de

agente público, esta última parte de acordo com o entendimento do RE nº 160.401-SP, 2ª turma, rel. min. Carlos Velloso, em 20.4.1999, apud informativo STF nº 146, DJ de 28/04/1999.

Corroborando este entendimento, é evidente o exemplo que:

Desde que a administração defere ou possibilita ao seu servidor a realização de certa atividade administrativa, a guarda de um bem ou a condução de uma viatura, assume o risco de sua execução e responde civilmente pelos danos que este venha a causar injustamente a terceiros. (MEIRELLES, 2010, p. 687).

Também, não se pode olvidar que o agente público em questão, também poderá ser um empregado da empresa prestadora de serviço público em que terá seu contrato de trabalho regido pela Consolidação das Leis Trabalhistas.

1.8 DA DUPLICIDADE DE RELAÇÕES JURÍDICAS

A Constituição Federal em seu texto traz claramente uma duplicidade de relações jurídicas. A primeira é clara ao estabelecer que a responsabilização civil por parte do Estado ou da Empresa prestadora de serviço público será de forma objetiva, ou seja, caso haja o dano e se comprove o nexo de causalidade da conduta e aquele, se exclui o elemento volitivo do agente que ocasionou o dano, não importando inicialmente.

No segundo momento, como presente na parte final do texto constitucional, se demonstra a possibilidade de ocorrer a segunda relação jurídica que se apresenta no sentido do Estado ou a empresa prestadora de serviço público poder exercer o seu direito de regresso em face do agente responsável pelo dano quando este agir com culpa ou dolo.

1.9 DOS PRESSUPOSTOS PARA RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA

Os pressupostos para a responsabilização objetiva são três: o fato administrativo, o dano e o nexo de causalidade.

Fato administrativo é o primeiro pressuposto. Ocorre quando houver a prática de uma ação ou omissão que poderá ser imputada a administração ou a quem esteja no exercício de uma função pública, ou seja, é quando um agente público ou quem tenha qualidade de sê-lo venha a praticar “qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao poder público” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 564).

O dano é o segundo pressuposto, logo só ocorrerá à responsabilização quando um ato praticado vier a danificar ou causar prejuízo a outrem, seja esse prejuízo na esfera patrimonial, moral ou ligado diretamente a imagem, assim como se explica que “o dano é o resultado da conduta do agente e sem consequência lesiva da conduta, ainda que dolosa e ilícita, não há que se falar em responsabilidade civil” (DINIZ, 2006, p. 59). Dessa forma é evidente que, para haver o dano tem que primeiro haver uma alteração ou uma consequência lesiva provocada concomitante a ação, pois não adianta existir o dolo de causar o dano e a sua ilicitude, se a conduta não foi lesiva ao patrimônio alheio, pois o dano é por excelência a premissa da responsabilidade e assim como assevera:

O dano é, pois, elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato lícito, nas hipóteses expressamente previstas, seja de ato ilícito, ou de inadimplemento contratual, independente, ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva ou subjetiva. (STOCO, 2012, p.151).

Com o decorrer dos anos, tanto os seres humanos, como o direito sofreram alterações, sendo, portanto, mutáveis. Alguns conceitos e alguns institutos passaram a ter uma mudança no seu significado para se adaptar aos valores da época, foi isso que aconteceu com o dano, pois esse antes era só dano patrimonial, no entanto, já atualmente é necessário enxergar o dano de uma forma ampla, abarcando tanto o dano patrimonial, como o dano moral e o dano à imagem. Inclusive, tamanha é a importância dessa abrangência do dano que a própria constituição federal em seu art. 5º traz expressamente o reconhecimento do dano moral, *in verbis*: “V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. (BRASIL, 1988)

No entanto, surge um novo problema que é a subjetividade do valor do dano, pois é algo extremamente relativo de pessoa para pessoa, só restando a certeza de que “ninguém poderá imaginar que se tenha achado o equivalente da dor moral ou física, pois o dinheiro servirá apenas para mitigar, para consolar, para estabelecer certa compensação” (CARLIN, 2007, p. 370). É mister ressaltar que, um conceito hodierno e bem significativo para o dano é defini-lo como:

A subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. (Cavaliere Filho, 2012, p. 77.)

O nexu causal é o terceiro pressuposto da responsabilidade civil do Estado, por isso antes de decidirmos se o agente agiu ou não com culpa teremos que apurar se ele deu causa ao resultado. Ao analisar o conceito de nexu causal contido no código penal no seu art. 13, *in verbis*: "O resultado de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa" (BRASIL, 1940).

Percebe-se que, parte do conceito poderá ser utilizado para conceituação do nexu causal do referido trabalho, pois o nexu causal, não se limita apenas ao crime, mas ao ser analisado de uma forma ampla, o nexu causal passa a limitar-se ao resultado, ou seja, o nexu causal iria figurar como o elo obrigatório entre uma conduta do agente e o resultado danoso desta ação.

No entanto, é oportuno salientar que “ninguém pode responder por algo que não fez, de modo que não tem o menor sentido examinar culpa de alguém que não tenha dado causa ao dano” (CAVALIERE FILHO, 2012, p. 48). Portanto não se pode responsabilizar aquele que não concorreu, sequer, para o ato danoso, nem com culpa, nem com dolo. Seguindo a ideologia da doutrina que conceitua o nexu de causalidade da seguinte forma:

O conceito de nexu causal não é exclusivamente jurídico; decorre primeiramente das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. A relação causal estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano (CAVALIERE FILHO, 2012, p. 49).

1.10 DA REPARAÇÃO DO DANO

A indenização é uma tentativa de reparar o dano ocasionado a vítima, desta forma a indenização tenta recuperar o *status quo ante*, através de uma prestação pecuniária para amenizar o fato oriundo de ato lesivo. A indenização por sua vez deve ser de forma abrangente, abarcando a reparação do dano moral e do dano material, este por sua vez inclui as despesas referentes ao que o lesado deixou de ganhar e o que o lesado perdeu, ou seja, os lucros cessantes e o dano emergente, assim como aduz:

a indenização do dano deve abranger o que a vítima efetivamente perdeu, o que despendeu e o que deixou de ganhar em consequência direta e imediata do ato lesivo da administração, ou seja, em linguagem civil, o dano emergente e o lucro cessantes, bem como honorários advocatícios, correção monetária e juros de mora, se houver atraso no pagamento (MEIRELLES, 2010, p. 692).

A reparação civil do dano poderá ocorrer de duas maneiras, na via administrativa e na via judicial, como ensina que:

a reparação do dano causado pela administração a terceiros obtém-se amigavelmente ou por meio da ação de indenização, e, uma vez indenizada a lesão da vítima fica a entidade pública com o direito de voltar-se contra o culpado para haver dele o despendido, através da ação regressiva autorizada pelo §6º, do art. 37 da CF/88 (MEIRELLES, 2010, p. 691).

A via administrativa é uma via mais célere, mesmo o lesado podendo buscar provas que comprovem o efetivo valor a ser reparado será mais célere que o meio judicial, o qual apresenta uma morosidade peculiar, mesmo com a implementação recente da EC 45 que atribuiu a celeridade aos processos administrativos e judiciais, desta forma, deverá a pessoa jurídica responsável pelo dano, reconhecer a situação ensejadora da reparação e, conseqüentemente, realizar um acordo, sendo esta, uma forma alternativa de solucionar conflitos, denominada de autocomposição.

No entanto, caso não haja o reconhecimento de acordo por parte da prestadora de serviço público ou da administração pública deverá o lesado ingressar na esfera judicial, propondo uma ação de indenização em face da pessoa jurídica que executou tal serviço. O prosseguimento do referido pleito deverá seguir o rito comum: ordinário ou sumário. Já a competência será atribuída de acordo com

natureza da pessoa jurídica que prestou o serviço, pois poderá haver o deslocamento de competência para a justiça federal, em algumas situações, sendo de competência da justiça federal e da justiça estadual.

1.11 DO SUJEITO PASSIVO E DA DENUNCIÇÃO À LIDE

A pessoa jurídica prestadora do serviço público é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação de indenização, porém se questiona se seria possível o autor da ação intentar a ação diretamente em face do agente causador do dano, entretanto, é mais benéfico ao autor da ação, propô-la perante a pessoa jurídica prestadora do serviço público, seja ela privada ou pública, pois, desta forma, há uma maior segurança para o autor do recebimento da efetiva indenização. No entanto, trata-se de um tema bastante controverso na doutrina e nos tribunais.

No que tange a denúncia da lide, há correntes que defendem ser obrigatória à denúncia da lide com base no CPC que traz em seu texto normativo, mais especificamente em seu artigo 70 que a denúncia da lide é obrigatória, *in verbis*: “III – àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda” (BRASIL, 1973).

No entanto, a outra corrente diz se posiciona de forma contrária a tal conduta, defendendo que tal posicionamento ferir a garantia concedida pela constituição federal, pois a partir do momento que ela dispensa o elemento volitivo, culpa ou dolo, a carta magna tem uma finalidade de beneficiar o lesado que evitaria, inicialmente, um embate judicial entre os figurantes da parte passiva até ser resolvido o mérito da questão. Destarte este procedimento se apresenta de forma mais benéfica para a parte autora, propiciando assim, um resultado mais célere e satisfatório para esta.

1.12 DA PRESCRIÇÃO

A prescrição é um instituto processual que tem por finalidade intentar uma ação judicial para assegurar um direito em um período determinado, caso não seja intentada a ação, o direito não irá se perder, mas apenas a oportunidade de seu exercício, não podendo mais ocorrer a sua obtenção por meio de uma ação judicial, como assevera (CÂMARA LEAL, 1959, apud MELLO, 2012, p. 1070). No entanto, caso haja a obtenção do direito, mesmo que de forma extemporânea, esse direito será legítimo.

A prescrição é um dos temas mais controversos no que tange a responsabilidade civil do Estado, pois até o advento do código civil de 2002, era utilizado o prazo de 5 anos, no entanto após a vigência do atual código civil há uma certa divergência doutrinária acerca do prazo a ser utilizado, Como entende na sua doutrina, Mello (2012), por força do decreto lei 4.597, de 18.8.1942 a prescrição quinquenal estabelecida no decreto 20.910 foi estendidas as autarquias e as fundações públicas de direito público e ainda continua sendo adotada até os dias de hoje. Há entendimento também que o prazo prescricional para pessoas jurídicas privadas prestadoras de serviço público a coletividade prescrevem no mesmo período de tempo.

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça pacificou o tema atribuindo o lapso temporal de 5 anos para a prescrição das ações contra a fazenda pública.

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PRAZO PRESCRICIONAL DA PRETENSÃO INDENIZATÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. PRAZO QUINQUENAL DO DEC. N. 20.910/1932. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. N. 8/2008-STJ).
Aplica-se o prazo prescricional quinquenal – previsto no art. 1º do Dec. n. 20.910/1932 – às ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública, e não o prazo prescricional trienal – previsto no art. 206, § 3º, V, do CC/2002. O art. 1º do Dec. n. 20.910/1932 estabelece que “as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem”. Por sua vez, o art. 206, § 3º, V, do CC/2002 dispõe que prescreve em três anos a pretensão de reparação civil. Ocorre que, no que tange às pretensões formuladas contra a Fazenda Pública, deve-se aplicar o prazo prescricional do Dec. n. 20.910/1932 por ser norma especial em relação ao CC, não revogada por ele. (..) Precedentes citados: AgRg no AREsp 69.696-SE, DJe 21/8/2012, e AgRg nos EREsp 1.200.764-AC, DJe 6/6/2012. REsp 1.251.993-PR, Rel. Min. Mauro Campbell, julgado em 12/12/2012.

2 DO SERVIÇO PÚBLICO

Inicialmente, o Estado era o único prestador do serviço público, cuja prestação ocorria pelos agentes do Estado. Com o decorrer do tempo, o Estado já não conseguia mais prestar de forma efetiva o serviço público, havendo a necessidade de transferir a prestação de alguns serviços públicos para os particulares, os quais atuavam apenas com a execução do serviço, uma vez que, o Estado continuava sendo o titular do serviço público.

2.1 DO CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO

O termo serviço público começou a ganhar importância, ao ponto de convergir à ideia que se tem hoje em dia, através das contribuições de León Duguit intensificando a ideia e criando a Escola Francesa do Serviço Público, a partir de então, o significado de serviço público é ligado há uma prestação de uma atividade para a sociedade, em que a atividade é oferecida pela própria administração local, assim como conceitua: “a atribuição primordial da Administração Pública é oferecer utilidades aos administrados, não se justificando a sua presença, senão para prestar serviços a coletividade.” (DUGUIT, 1923, apud MEIRELLES, 2010, p. 350), outra maneira para a conceituação é aquela que se remete a ideia de que “é toda atividade de uma coletividade pública visando a satisfazer um objetivo de interesse geral” (LAUBADÈRE, 1976, apud CARVALHO FILHO, 2014, p. 329).

É importante analisar essas conceituações, pois demonstram a premissa do serviço público moderno em sua essência, explicam realmente a prestação das atividades públicas que irão beneficiar aos administrados.

No entanto, o tema é bastante complexo quando se almeja uma definição exata e uníssona para serviço público, pois tamanha é a dissonância a respeito do tema na doutrina moderna que dessa forma, chega a ser bastante celeumático, nesse sentido segue o magistério:

Serviço público é todo aquele prestado pela administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado (MEIRELLES, 2010, p. 351).

Outra concepção moderna para o serviço público é aquela que remete a ideia de que é: “toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias a coletividade” (CARVALHO FILHO, 2014. p. 329). É evidente que, o conceito de serviço público evoluiu com o decorrer dos tempos, assim como os valores na sociedade e o direito, dessa maneira, o serviço público que eram atividades prestadas diretamente pelo Estado, passaram a ser prestadas por particulares, após surgir a necessidade e o conhecimento de que o Estado não seria capaz de arcar como único prestador do serviço público.

Mesmo com toda essa celeuma doutrinária sobre a conceituação do serviço público, é interessante saber que o serviço público apresenta algumas características que independentemente da doutrina, são comuns, são elas: o sujeito estatal, o interesse coletivo e o regime de direito público

O sujeito estatal é o titular do serviço público, dessa forma ele deverá prestar serviço público de qualidade a coletividade, porém, caso não tenha condições de arcar com tal função, é possível que haja uma delegação da execução do serviço público, prática que hodiernamente é muito utilizada, cabendo ao Estado o papel de regulamentar e fiscalizar a prestação do serviço delegado.

O termo serviço público é muito abrangente, abarcando várias classificações, como por exemplo, a adotada por Carvalho Filho (2014) em que os serviços públicos poderão ser: primários ou essenciais que são aqueles em que deve o Estado sempre prestá-los na maior dimensão possível, porque, assim, estará contribuindo diretamente para suprir as demandas da coletividade. Quando se fala em serviços secundários ou não essenciais são serviços que independente da prestação ser realizada pelo Estado, este terá que avaliá-lo, por ser um serviço disponível à coletividade.

O regime de direito público visando assegurar a execução do serviço público tem como aliada algumas normas que vão incidir para a contribuição da atividade, como por exemplo: a fiscalização do serviço e a supremacia do Estado no que toca a execução e a prestação de contas. É importante não confundir com serviços

prestados por particulares, cujo Estado tem o dever de regulamentar e fiscalizar tais atividades, essa fiscalização será realizada de forma normal, sem a incidência de normas específicas de direito público

2.2 DA CLASSIFICAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

Como já foi explanado, o tema Serviço Público é bastante complexo ao que concerne a definição de alguns institutos, apresentando uma dissonância doutrinária, utilizando-se da classificação adotada na doutrina de Carvalho Filho (2014), a qual leva em consideração a extensão, o âmbito de incidência e a natureza do serviço público, dentre outras, assim, utiliza-se quatro classificações, são elas:

2.2.1 Serviços delegáveis e indelegáveis

Os serviços delegáveis são aqueles que por sua natureza ou por assim dispor o ordenamento jurídico podem ser executados de forma direta pelo Estado, pela administração direta e indireta ou, até mesmo, por particulares, como por exemplo, o serviço de telefonia. Com relação aos serviços indelegáveis, por sua vez, são aqueles que por sua importância só poderão ser prestados diretamente pelo Estado, pela administração pública direta e indireta por seus órgãos ou agentes, como por exemplo: o correio aéreo nacional.

2.2.2 Serviços administrativos e de utilidade pública

Esta classificação diz que os serviços administrativos são aqueles prestados pelo Estado para um melhor funcionamento da máquina administrativa, ou seja, para um melhor funcionamento dos atos da administração, como por exemplo, quando é criado um órgão para dar eficiência a publicação de atos administrativos. Já os

serviços de utilidade pública são aqueles em que o Estado presta os serviços que serão utilizados diretamente por parte da coletividade, como por exemplo, o fornecimento de energia elétrica

2.2.3 Serviços coletivos e singulares

Os serviços coletivos ou *uti universi* são aqueles prestados pela administração pública para atender a coletividade de forma indeterminada e integral, como por exemplo: o serviço de iluminação pública. Destarte, como corrobora:

“esses serviços satisfazem indiscriminadamente a população, sem que se erijam em direito subjetivo de qualquer administrado à sua obtenção para seu domicílio, para sua rua, para o seu bairro.” (MEIRELLES, 2010, p.)

São serviços que são colocados em potencial para atender a toda coletividade, em regra são remunerados através de impostos. Por sua vez os serviços singulares ou *uti singuli* são os que vão discriminar os usuários, por ser característica do serviço essa singularidade, como por exemplo o serviço de telefonia, conforme o entendimento de que: “Esses serviços desde que implantados, geram direito subjetivo à sua obtenção para todos os administrados que se encontrem na área de sua prestação ou fornecimento e satisfaçam as exigências regulamentares.” (MEIRELLES, 2010, p. 354.) São serviços que pela especificidade são remunerados através de taxas.

2.2.4 Serviços sociais e econômicos

Serviços Sociais são aqueles serviços que remetem a noção de assistencialismo para população ou como aduz: “Serviços sociais são os que o Estado executa para atender aos reclamos sociais básicos e representam ou uma atividade propiciadora de comodidade relevante, ou serviços assistenciais e protetivos.” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 333), portanto são aqueles que tendem a

satisfazer uma necessidade básica da população e em regra são ofertados gratuitamente.

Serviços Econômicos são aqueles serviços que nos remete a ideia de auferir o lucro por parte de quem os presta, na maioria das vezes são prestados por particulares.

2.3 DOS PRINCÍPIOS DO SERVIÇO PÚBLICO

Os princípios são normas norteadoras para guiar a administração pública ou os particulares em face da execução do serviço público que poderá apresentar diversas modalidades e especificidades, porém apresentarão sempre a mesma essência. Dessa forma: “Há aspectos particulares a cada tipo de serviço, mas, de outro lado, avultam outros vetores, de caráter genérico, que devam estar presentes na prestação de todas as modalidades” (VEDEL, 1976, apud CARVALHO FILHO, 2014, p. 338).

É importante ressaltar que, além dos princípios inerentes ao direito administrativo, tanto os expressos, presentes no artigo 37 da Constituição Federal que são os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, este último incluso pela emenda à constituição nº 19 de 1998. Não se deve olvidar que, há princípios implícitos na constituição e em algumas legislações extravagantes, inclusive outros princípios específicos que norteiam o serviço público, porém nesse sentido a doutrina, novamente, é divergente. Dessa maneira, adotando a doutrina de Carvalho Filho (2014), temos que são princípios específicos do serviço público, os seguintes:

2.3.1 Princípio da Generalidade

O princípio da generalidade passa a noção de que o serviço público deverá ser posto ao alcance do máximo de pessoas possíveis, para dessa maneira atingir a

finalidade primordial da Administração Pública que é a busca pelo interesse público. Assim, o prestação do serviço público não pode ser de forma que beneficie um indivíduo específico, ou seja, o serviço público não deve apresentar esse caráter de personalidade, pois iria de contrário ao princípio da impessoalidade, presente no artigo 37 da nossa Carta Magna, com isso a Administração Pública deverá agir buscando sua finalidade e dando tratamento isonômico a todos os usuários.

2.3.2 Princípio da Continuidade

Este é um dos mais importantes princípios, quiçá o principal princípio norteador do serviço público, pois ele remete a ideia de que o serviço público não poderá parar de ser executado, uma vez que, caso isso ocorra irá colocar em risco toda a coletividade. Assim, pela importância do tema, correlacionando o princípio da continuidade do serviço público com o princípio da eficiência, logo se obtém que, a administração pública deve sempre prestar o serviço público de forma contínua e da melhor maneira possível, ou seja, sempre renovando os meios de prestação do serviço público, destarte segue o ensinamento de que “a continuidade deve estimular o Estado ao aperfeiçoamento e a extensão do serviço, recorrendo, quando necessário, às modernas tecnologias adequadas à adaptação da atividade às novas exigências sociais” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 339).

A suspensão do serviço público é um tema polêmico que vai de encontro ao que é pregado pelo princípio da continuidade, porém tal complexidade do assunto deverá ser analisada de forma minuciosa, sob dois aspectos. Quando houver por parte do usuário do serviço a observância da falta de estrutura do serviço prestado ao ponto de faltar requisitos essenciais, o poder público poderá suspender a prestação do serviço, uma vez que:

Se cabe ao poder público prestar o serviço, compete ao particular beneficiário aparelhar-se devidamente para possibilitar a prestação. Readequando as necessidades técnicas ensejadoras do recebimento do serviço, o usuário tem o direito a vê-lo restabelecido (Carvalho Filho, 2014, p. 339).

No tocante a suspensão do serviço público por inadimplemento do usuário, parte da doutrina, encabeçada por Carvalho Filho, entende que o serviço público deverá ser dividido em serviço compulsório e serviço facultativo, este último poderá ser suspenso, até pela sua própria importância, portanto, dessa maneira não será considerado descontinuidade do serviço público e a sua suspensão conforme Lei 8.987 de 1995 em seu artigo 6º, § 3º, II, o que corroborou para a decisão tomada no Resp 510.478-PB, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, julg. Em 10.6.2003; vide informativo jurisprudência STJ nº 176, jun. 2003). Sendo o serviço compulsório, segue o magistério:

quando o serviço for compulsório, não será permitida a suspensão, e isso não somente porque o Estado o impôs coercitivamente, como também porque, sendo remunerado por taxa, tem a Fazenda mecanismos privilegiados para cobrança da dívida (CARVALHO FILHO, 2014, p. 340).

É mister ressaltar que, há outras possibilidade de suspensão do serviço público sem ocasionar a descontinuidade do serviço público, como é o caso de situações de emergência ou de aviso prévio, quando por esse motivo for por razões técnicas ou de segurança.

2.3.3 Princípio da Eficiência

Com o surgimento da EC 19 de 1998, houve alteração dos princípios explícitos da Constituição Federal, dessa forma, trouxe para Administração Pública o dever de buscar a eficiência em seus atos, inclusive no serviço público. A eficiência exige que assim como o direito a Administração Pública passe por mudanças visando acompanhar os padrões da época, sempre tentando oferecer qualidade e diminuir os prejuízos no seu desempenho, é importante ressaltar que, tal princípio força a administração a buscar se atualizar tecnologicamente com novos aparatos para conseguir desempenhar com efetividade o poder público de fato.

No tocante ao Serviço Público delegado a particulares:

a constituição federal, referindo-se ao regime das empresas concessionárias e permissionárias, deixou registrado que tais particulares colaboradores, a par dos direitos a que farão jus, têm o dever de manter adequado o serviço que executarem, exigindo-lhes, portanto, observância ao princípio da eficiência entre os postulados principiológicos que devem guiar os objetivos administrativos (CARVALHO FILHO, 2014, p. 344).

As empresas privadas prestadoras de serviço público não poderão gozar apenas dos bônus da prestação do serviço público que, no caso, seria apenas a aferição de lucro, mas, também, é necessário que arque com os ônus, como por exemplo, a manutenção das condições adequadas para a continuidade da prestação do serviço público.

2.3.4 Princípio da Modicidade

O referido princípio remete a ideia de que o serviço público deverá ser remunerado a preço justo, módico e de maneira acessível para a população, no sentido de que:

traduz a noção de que o lucro, meta da atividade econômica capitalista, não é objetivo da função administrativa, devendo o eventual resultado econômico positivo decorrer da boa gestão dos serviços, sendo certo que alguns deles, por seu turno, têm de ser, por fatores diversos, essencialmente deficitários ou, até mesmo, gratuitos (FERREIRA, 1985, p. 235).

O serviço público deve ser prestado a preço módico, pois não é a finalidade do serviço público restringir o seu acesso ao usuário ou a qualquer usuário em potencial pelo seu valor elevado. Devendo a fixação do valor da tarifa vários fatores, dentre eles o perfil econômico do usuário, a remuneração do prestador e a mão-de-obra para a manutenção, dentre outros.

Corroborando com a ideia acima acerca da modicidade, tem-se que:

Significa que o valor exigido do usuário a título de remuneração pelo uso do serviço deve ser o menor possível, reduzindo-se ao estritamente necessário para remunerar o prestador com acréscimo de pequena margem de lucro. Daí o nome “modicidade”, que vem de “módico”, isto é, algo barato, acessível. Como o princípio é aplicável também na hipótese de serviço remunerado por meio de taxa, o mais apropriado seria denominá-lo princípio da modicidade da remuneração. Tal princípio é um instrumento para atender

à universalidade na medida em que, quanto menor o valor exigido, maior a quantidade de usuários beneficiados pela prestação. (MAZZA, 2013, p. 559)

Nem sempre o usuário poderá arcar com o valor da tarifa cobrada pelo prestador do serviço, nesse caso deverá haver um subsídio para compensando o valor que deveria ser pago pelos usuários em potencial, portanto “é óbvio que o serviço público, para cumprir sua função jurídica natural, terá de ser remunerado por valores baixos, muitas vezes subsidiados”. (MELLO, 2012, p. 695)

2.4 DA REMUNERAÇÃO

Alguns serviços públicos poderão ser gratuitos, cujo embasamento se justifica pela questão econômico-social e da sua necessidade para a coletividade, como por exemplo: a educação e a assistência médica. No entanto, o serviço público poderá ser remunerado e isso ocorrerá “quando os indivíduos têm obrigação pecuniária como contraprestação do serviço” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 345). A remuneração do serviço público coexiste diretamente com a definição do termo prestação, nesse tocante significa que:

prestação é uma atividade pessoal que um sujeito deve efetuar em benefício de outro sujeito a quem se proporciona uma utilidade concreta e em virtude de uma relação jurídica de natureza obrigatória entre as duas partes (DIEZ, 1980, p. 17, apud CARVALHO FILHO, 2014, p. 344).

A remuneração da prestação do serviço público no ordenamento jurídico brasileiro poderá ser de das seguintes maneiras, são elas:

2.4.1 Taxa

A taxa é uma espécie de tributo e conforme o artigo 145, inciso II da Constituição Federal, *in verbis*: “II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição” ou outra concepção do termo taxa é o decorrente do Código Tributário Nacional, em seu artigo 77, *in verbis*:

As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição. (BRASIL,

Nesse tocante, se evidencia que a taxa poderá ser cobrada ou quando houver o exercício do poder de polícia ou quando existir de forma efetiva ou potencial a utilização de serviço público, esta que por sua vez receberá a denominação de taxa de serviço que conforme “a criação de taxas de serviço só é possível mediante a disponibilização de serviços públicos que se caracterizam pela divisibilidade e especificidade” (ALEXANDRE, 2010, p. 61).

A divisibilidade estará presente quando for possível ao Estado identificar os usuários do serviço a ser financiado com a taxa. Por sua vez, a especificidade dos serviços é quando o contribuinte sabe por qual serviço está pagando e por conseguinte como finaliza o referido professor que “o regime jurídico a que estão submetido as taxas é o tributário, tipicamente de direito público” (ALEXANDRE, 2010, p. 69). É mister ressaltar o magistério cerca do referido assunto, em que pese:

Taxa: é uma contrapartida tributária utilizada nas hipóteses de prestação direta pelo Estado de serviço público *uti singuli*. Também serão remunerados por taxas os serviços públicos outorgados a pessoas jurídicas da Administração indireta, como autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista. Em razão de sua natureza tributária, as taxas somente podem ser criadas ou majoradas por meio de lei (art. 150, I, da CF), e sua cobrança está submetida ao intervalo mínimo imposto pelo princípio da anterioridade (art. 150, III, *b e c*, da CF) (MAZZA, 2013, p. 563).

Assim, desde que o serviço seja singularizado ou prestado por meio de descentralização administrativa ocorrerá a incidência da cobrança da taxa como meio de contraprestação oferecido pelo usuário do serviço.

2.4.2 Tarifa

É outra espécie de tributo que é conhecida como preço público e sendo assim a “relação é contratual, sendo imprescritível a prévia manifestação de vontade do particular para que surja o vínculo obrigacional. A prestação pecuniária é facultativa” (ALEXANDRE, 2010, p. 70). A tarifa é utilizada como prestação pela utilização do serviço público pelo usuário, sendo necessário o elemento de vontade por parte do usuário para adquirir tal serviço.

Corroborando com o conteúdo, segue um conceito bastante contundente para o significado de tarifa e quem poderá cobrá-lo:

Tarifa é também chamada de preço público, é a remuneração paga pelo usuário quando serviço público *uti singuli* é prestado indiretamente, por delegação, nas hipóteses de concessão e permissão. A tarifa é uma contrapartida sem natureza tributária, mas de cunho privado-contratual. Não sendo tributo, está dispensada do cumprimento dos princípios da legalidade e da anterioridade, razão pela qual pode ser majorada por ato administrativo do poder concedente, e a exigência será realizada imediatamente, sem necessidade de observância do intervalo de não surpresa característico da anterioridade tributária (MAZZA, 2013, p. 563).

Levando em consideração as semelhanças entre as taxas de serviço público e as tarifas, com o intuito de evitar que uma tarifa seja cobrada erroneamente como uma taxa, o Supremo Tribunal Federal ratificou seu entendimento através da súmula 545, *in verbis*: “Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu.”

Quanto à remuneração atribuída aos serviços públicos é importante ressaltar que, nem todas as modalidades de tributos têm a finalidade de remunerar a prestação de serviço público, assim:

A despeito de serem as taxas e as tarifas os meios de pagamento em relação aos quais, por sua semelhança, surgem algumas perplexidades, não se pode deixar de registrar que, em última análise, impostos e contribuições de melhoria, modalidades tributárias, também são idôneos a remunerar certos serviços públicos. Os impostos destinam-se à execução de serviços gerais do Estado, não havendo vinculação entre o pagamento e os fins a que se destinam os respectivos recursos. Por outro lado, a contribuição de melhoria visa a reembolsar o Estado das despesas efetuadas na execução de obras que tenham produzido valorização nos

imóveis por elas beneficiados (art. 145, III, CF) (CARVALHO FILHO, 2014, p. 348).

É oportuno destacar que, os tributos se apresentam de forma variada e “o CTN adotou a teoria segundo a qual os tributos se caracterizam pelo seu caráter compulsório, e, para distingui-los das multas e penalidades, inseriu a cláusula que não constitua sanção de ato ilícito” (BALEEIRO, 1986, apud BARBOSA, 2003, p. 196). Cada tributo com sua finalidade específica e sempre em busca de uma melhor estruturação do sistema.

2.5 DOS DIREITOS E DOS DEVERES DO USUÁRIO

Os direitos dos usuários do serviço público, cada vez mais, vêm ganhando relevância no ordenamento jurídico brasileiro seja através da Carta Magna ou através de legislações extravagantes. É mister destacar que, após a implementação da EC nº 19 de 1998 que acarretou o que é chamado de reforma administrativa, houve a implementação do princípio da eficiência como princípio explícito da administração pública, no artigo 37 da constituição federal.

Dessa maneira, tal inovação acarretou uma mudança na forma de operar da administração pública que passou a visar uma melhor prestação do serviço público e, juntamente a isso, passou assegurar mais garantias aos administrados, como consta no artigo 37, § 3º da constituição federal. Quando se tratar de delegação de serviços públicos nas modalidades concessão e permissão, haverá a regulamentação por lei infraconstitucional que será a Lei 8.987.

Vale ressaltar que, a lei atribui a todo usuário do serviço público direito subjetivo, cujo significado é: “Faculdade reconhecida pelo direito objetivo, assegurado às pessoas pela ordem jurídica, de fazer ou deixar de fazer alguma coisa, ou de exigir de outrem que, a seu favor, faça ou deixe de fazer alguma coisa” (SANTOS, 2001, p. 83).

No tocante aos deveres, como assevera o mestre Carvalho Filho (2014) que não são todos os serviços públicos que exigem deveres por parte dos administrados não, no entanto, outras espécies de serviços públicos não dispensam o preenchimento, por parte dos administrados de determinados requisitos para o

recebimento do serviço ou para não ser interrompida tal prestação. Não se pode olvidar de que quando houver delegação do serviço público o artigo 7º da lei 8.987 de 1995 trata dos direitos e obrigações dos usuários.

2.6 DA EXECUÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

O termo serviço público, antigamente, era intrinsecamente ligado a definição de Estado, pois este além de ser o titular do serviço público, também, era o seu único prestador, pois, como se sabe, todos os serviços eram centralizados pelo Estado. Por sua vez, a coletividade só tinha serviços prestados direta e exclusivamente pelo Estado, com o decorrer do tempo, houve vários processos de mutabilidade dos paradigmas existentes no serviço público e assim o Estado teve a necessidade de modificar a prestação desses serviços, pois, não estava conseguindo abarcar de forma eficiente essa função.

Nesse tocante, mesmo com as dificuldades, o Estado continuou prestando a execução do serviço público, só que criou órgãos especializados para a sua prestação. De acordo com o decreto-lei nº 200 de 1967, denominou esse grupamento de órgãos de administração direta. O intuito dessa mudança foi tentar conseguir um serviço mais satisfatório para coletividade. Não obstante às mudanças houve um acúmulo de serviços para serem prestados e, conseqüentemente, a administração pública direta não estava conseguindo obter êxito, com isso surgiu a ideia de haver uma execução indireta que “significaria que os serviços públicos seriam prestados por entidades diversas das pessoas federativas” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 352).

É oportuno destacar que, “Administração Pública é uma expressão que nem sempre é compreendida, pelo fato de a confundirem com o poder executivo” (BARBOSA, 2003, p. 158.). Significa que, cada poder poderá desempenhar a função administrativa como função atípica, salvo o poder executivo que desempenha tal função de forma típica. Com decorrer dos anos, surgiu a necessidade de criar novas pessoas jurídicas para integrarem a administração pública, essas pessoas foram criadas mediante lei ou mediante autorização legal, surgindo assim, a administração indireta, nesse tocante começou a luta para solucionar um problema antigo que era

a prestação do serviço público por parte do Estado, surgindo a denominada descentralização do serviço público que “é quando um fato administrativo que traduz a transferência de execução de atividade estatal a determinada pessoa integrante ou não da administração” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 352).

A descentralização poderá ocorrer de duas formas por outorga ou delegação, como se assevera:

Ocorrerá outorga quando o Estado cria uma entidade e a ela transfere, por lei, determinado serviço público ou de utilidade pública. A delegação será quando o Estado concede unicamente a execução do serviço, para que o delegado o preste ao público em seu nome e por sua conta e risco, nas condições regulamentares e nas condições estatais (MEIRELLES, 2010, p. 364).

2.7 DA DELEGAÇÃO

É relevante para a vida em sociedade, pois a partir do momento que o Estado não conseguiu obter êxito ao prestar o serviço público se sentindo na necessidade de delegar tal função, viu na descentralização, especialmente na delegação uma maneira viável de continuar a exercer a titularidade do serviço, mas transferindo a sua execução a terceiros, destaca-se que:

O fundamento inarredável de que a delegação só atinge a execução do serviço público reside na circunstância de que, a qualquer momento, dependendo das condições administrativas almejadas pelo Estado, poderá este extinguir a delegação, seja renovando a lei na qual esta conferindo, seja extinguindo de alguma forma a concessão ou a permissão (CARVALHO FILHO, 2014, p. 354).

A Delegação apresenta-se em duas espécies, são elas a delegação legal e a delegação negocial. Com relação a primeira, o instrumento que concede tal atribuição é a própria lei, ou seja, o Estado ao se ver na necessidade de praticar a delegação legal, descentraliza a execução o serviço criando ou autorizando a criação de uma pessoa jurídica para sua execução, assim é estabelecido pela própria carta magna vigente em seu artigo 37, XIX, *in verbis*:

Somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação (BRASIL, 1995).

É oportuno ressaltar que:

A essas pessoas a quem foi conferida competência legal para o desempenho de certa função do Estado compõem a administração indireta ou administração descentralizada e, como tais, integram a administração pública considerada como um todo (CARVALHO FILHO, 2014, p. 354).

No caso da segunda espécie, a delegação negocial, haverá a transferência da execução do serviço para terceiros, mais especificamente para particulares, por isso, se enquadra como particulares em colaboração com o Estado, conforme se assevera que:

A instituição se efetiva através de negócios jurídicos regrados basicamente pelo direito público. A concessão se caracteriza como contrato administrativo, e a permissão, apesar de tradicionalmente qualificada como ato administrativo, passou a ser formalizada por contrato de adesão, como consta do art. 40 da Lei nº 8.987 de 1995, que regula ambos os institutos (CARVALHO FILHO, 2014, p. 354).

Portanto, a celebração dos contratos com particulares prestadores de serviço público serão realizados através de contrato administrativo, conforme a Lei 8.987 de 1995, encerrando, por sua vez, uma grande celeuma para saber a natureza de tal negócio jurídico.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO EM FACE DO TERCEIRO NÃO USUÁRIO.

É um tema bastante contundente e que gerou várias discussões celeumáticas nos tribunais, atualmente, o tema se encontra pacificado no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que, a responsabilidade das concessionárias prestadoras de serviço público em face dos terceiros se estende tanto aos usuários, como também, aos não usuários do serviço público.

3.1 DA CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

O instituto é uma das modalidades da Delegação Negocial. A concessão de serviço público, como assevera Mello (2012) é uma relação jurídica complexa, composta de um ato regulamentar do Estado que fixa unilateralmente condições de funcionamento, organização e modo de prestação do serviço, por sua vez, apresentará duas modalidades: a concessão de serviço público simples e a concessão de serviço público precedida da execução de obra.

É importante ressaltar que, a lei 11.079 de 2004 introduziu em nosso ordenamento jurídico as parcerias público-privadas como nova modalidade de concessão de serviço público. Corroborando com a essência do tema, a concessão se sujeita a um conjunto de regras de caráter regulamentar, as “que fixam a organização e o funcionamento do serviço público” (RIVERO, 1997, apud carvalho filho, p.379), e que, por isso mesmo, podem ser modificadas unilateralmente, pela administração.

O serviço público apresenta como fontes: a constituição federal e a Lei 8.987/95, que explicita normas gerais. Inicialmente é pertinente ressaltar que a própria constituição já explicita as maneiras da prestação do serviço público, conforme o seu art. 175 aduz: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos” (BRASIL, 1995). Nesse tocante, se evidencia uma

das características do Estado Democrático de Direito que é a imposição das normas, tanto para o Estado, como para a coletividade.

A finalidade proposta com a imposição legal é a de que haja uma maior fluidez nas relações sociais, evitando uma desorganização estrutural na sociedade e o favorecimento de apadrinhados políticos para as prestações de serviço público, uma vez que, estes só poderão ser prestados por particulares mediante a concessão ou permissão do serviço, sempre devendo ser precedidas por meio de licitações.

É importante ressaltar que, é de competência da União editar normas gerais para prestação dos serviços públicos e que em regra prevalece a ocorrência das licitações para a contratação de prestadoras de serviço público, assim como é aduzido no artigo 37, inciso XXI da CF:

Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações; (BRASIL, 1988)

O surgimento ocorre através da celebração de um contrato administrativo entre o particular e o poder público para a delegação de um serviço público, ou utilizando-se da conceituação de que “é o contrato administrativo pelo qual a administração pública transfere à pessoa jurídica ou ao consórcio de empresas a execução de atividade de interesse coletivo, remunerada através do sistema de tarifas pagas pelos usuários.” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 375).

Ressalta-se que, a tarifa é uma prestação paga pelo usuário do serviço público, por vontade própria do usuário. Nesse negócio jurídico, convém denominar a administração pública de concedente e o executor do serviço de concessionário.

Com relação a natureza jurídica da concessionária de serviço público, havia algumas divergências, no entanto o entendimento confirmado recentemente é o de que se trata de um contrato administrativo, conforme o artigo 4º da lei 8.987 de 1995 que aduz: “A concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante contrato, que deverá observar os termos desta Lei, das normas pertinentes e do edital de licitação.” Com a celebração do contrato

se transfere a execução de determinado serviço público que terá como contrapartida a remuneração por parte dos usuários.

Como aponta Carvalho Filho (2014), São características dessa relação contratual: Bilateralidade, visto que gera obrigações para ambos os contratantes; a comutatividade: porque as obrigações já são previamente identificadas; ser “*intuitu personae*”: pois o concessionário não pode ceder suas obrigações, e, sobretudo, o serviço que lhe foi delegado, a terceiros, sem prévio assentimento do concedente, desta forma vale ressaltar que a lei 8.987 de 1995 admitiu a subconcessão, mas a condicionou ao fato de está previamente previsto no contrato e à autorização do concedente, e por fim, a formal pois é necessária a formalização das vontades.

Não se pode olvidar que, mesmo o contrato apresentando tais características supramencionadas, é mister lembrar que a concessão de serviço público é, antes de tudo, um contrato administrativo, logo na essência do contrato administrativo os dois contratantes não ficam no mesmo patamar, pois a Administração pública sempre deve está em um patamar superior, principalmente quando se trata de uma prestação de serviço público que incidirá diretamente na função do Estado. Dessa forma, convém ressaltar que “incidem na concessão as cláusulas de privilégio, ou exorbitantes, que são certas prerrogativas expressamente atribuídas ao Estado nos contratos administrativos” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 381). Um exemplo dessas prerrogativas é o artigo 37 da lei 8987/1995 que aduz:

Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 381)

É importante comentar que a própria lei que regulamenta a concessão de serviço público, em seu art. 23, inciso V, evidencia a característica de mutabilidade do contrato, versando como uma dentre outras cláusulas essenciais para o contrato, in verbis:

Aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações (BRASIL, 1995).

Trata-se de uma prerrogativa do poder público, pois este pela supremacia do interesse público sobre o privado, sempre poderá de tais funções para buscar o melhor para a coletividade.

3.2 DA EXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

A administração pública é regida por princípios explícitos e implícitos, dentre eles o da impessoalidade e o da moralidade, que juntos tentam buscar a forma mais efetiva de impor o tratamento isonômico a todos. Aliado a isso, o fato de se estar em um Estado Democrático de Direito que legisla para os outros e para si, visando assim evitar posturas arbitrárias, tanto é que existem licitações que são procedimentos administrativos que na essência buscam as melhores propostas para o Estado, visando sempre um tratamento isonômico, como aduz:

Procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato (DROMI, 1975, p. 92 apud DI PIETRO, 2014, p. 373)

Outra conceituação pertinente e que corrobora para a compreensão é seguinte:

é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom funcionamento das obrigações que se propõem assumir (MELLO, 2012, p. 532).

Nesse tocante, os contratos de concessão de serviço público não fogem à regra, ou seja, os referidos contratos são obrigados a precedência de licitação para salvaguardar o princípio da isonomia, assegurando a livre competitividade, assim aduz a constituição no seu artigo 37, XXI:

Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com

cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações; (BRASIL, 1988)

Corroborando com tal entendimento, a carta magna vigente põe fim ao surgimento de dúvidas quanto a obrigatoriedade da exigência da licitação, de forma literal, constante no artigo 175 diz que: Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Segundo Carvalho Filho:

Além de ser obrigatório o procedimento de licitação, deve o certame guiar-se por todos os princípios que normalmente regem essa modalidade de seleção. Por tal razão, é necessário observar os princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, julgamento objetivo e vinculação ao instrumento convocatório (CARVALHO FILHO, 2014, p. 384).

A lei que regulamenta a concessão de serviço público especifica que a modalidade licitatória a ser adotada que é a concorrência, conforme se apresenta no seu artigo 2º, inciso II:

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

Ressaltando-se que, a modalidade de concorrência é aquela que mais abarca aos interessados no procedimento, ou seja, é a modalidade mais abrangente, pois é a que mais demonstra a efetividade do princípio da isonomia no seu processamento, nesse tocante desde que os interessados preencham os requisitos do edital, com isso, fica evidente que são características dessa modalidade de licitação: a ampla publicidade e universalidade.

O edital que dar ciência aos demais interessados do procedimento licitatório, deverá ser elaborado pelo ente público concedente observando as regras da lei 8.666 de 1993, também conhecida como estatuto dos contratos e licitações, sempre resguardando a igualdade de oportunidades e a competitividade. Dessa forma, convém ressaltar que, conforme a lei que regulamenta a concessão do serviço público em seu termos, na presente norma que o edital deverá conter, dentre outras,

aquelas do artigo 18, *in verbis*: “I – o objeto, metas e prazo da concessão; II – a descrição das condições necessárias à prestação adequada do serviço; III – os prazos para recebimento das propostas, julgamento da licitação e assinatura do contrato (...)”

É importante, ressaltar que, a própria lei que regulamenta a concessão do serviço inovou-se de forma positiva posteriormente a sua criação, cuja modificação possibilitou a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, conforme aduz:

Art. 18-A. O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que: I – encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital; II – verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor; III – inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em segundo lugar, e assim sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital; IV – proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas.

Dessa forma, segundo Carvalho Filho (2014) há uma maior celeridade, pois com a inversão das fases de habilitação e julgamento será aberto apenas o envelope do melhor classificado, com os documentos de habilitação, estando presentes os requisitos será declarado vencedor do procedimento.

No que se refere aos critérios de julgamento do procedimento licitatório, o artigo 15 da Lei 8.987 de 1995, traz um rol dos critérios possíveis. O procedimento licitatório é influenciado pela incidência do princípio da modicidade da tarifa, a qual busca beneficiar o usuário do serviço na maioria das vezes, logo o proponente que apresentar a proposta com o menor valor será o vencedor.

Entretanto a lei admite, também, que o critério de julgamento adotado seja aquele no qual seja apresentado o maior valor pago pelo concessionário ao concedente do serviço público, há também a possibilidade de combinação dos incisos I ao III do art. 15 do Estatuto das concessões e também é importante ressaltar que a partir da vigência da Lei 9.648 de 1998, surgiram novos critérios para serem utilizados no julgamento, com ciência disso, o poder concedente sempre deve escolher o candidato que apresente a melhor proposta para atender as necessidades da coletividade e que apresente condições materiais para uma boa prestação do serviço.

3.3 DA POLÍTICA TARIFÁRIA.

A prestação de serviço público inclui custos, quando a Administração Pública delega a prestação de serviço público a particulares por meio de concessão do serviço público, por exemplo, o usuário desse serviço deverá pagar uma tarifa que será fixada pelo poder público.

É oportuno ressaltar a importância do magistério, a seguir, que acrescenta que “é comum ainda, a fixação de um preço, devido pelo concessionário ao concedente a título de remuneração dos serviços de supervisão, fiscalização e controle da execução do ajuste, a cargo deste último.” (MEIRELLES, 2010, p. 268)

3.4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Os particulares quando prestadores de serviço público, desde que preencham os requisitos para tal múnus público, serão denominados de permissionárias e concessionárias de serviços. Quando estão legalmente atribuídas da prestação dos serviços públicos, as concessionárias se aproximam das pessoas jurídicas de direito público, especialmente ao tocante da responsabilização objetiva por suas ações, conforme o texto normativo da nossa constituição, no seu artigo 37, parágrafo 6º, como se aduz:

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.

Uma fundamentação histórica da ideia é encontrada também na declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789, mais especificamente no seu artigo 13, como aduz: “para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades”. Tal concepção mesmo que remota, foi utilizada para justificar a chamada teoria do risco, em especial a teoria do risco administrativo a qual admite a contraprova por parte da empresa prestadora de

serviço público, ou seja, admite o questionamento se realmente deve ocorrer a responsabilização civil por parte da empresa ou não, analisando os elementos da conduta, ato lesivo e nexo de causalidade entre ambos.

Nesse tocante, as concessionárias de serviço público pelo fato de estarem prestando atividades públicas, automaticamente, estarão gerando um risco por tais atividades, logo irão fazer parte das pessoas jurídicas que se enquadram na teoria do risco administrativo. Por sua vez, tal teoria como já foi explicado nesta obra, servirá de substrato para fundamentar a responsabilidade civil objetiva das prestadoras de serviço público pelos danos ocasionados durante a prestação das suas atividades, corroborando com o tema, assevera-se:

A intenção do constituinte foi a de igualar, para fins de sujeição à teoria da responsabilidade objetiva, as pessoas de direito público e aquelas que, embora com a personalidade jurídica de direito privado, executassem funções que, em princípio, caberiam ao Estado. Com efeito, se tais serviços são delegados a terceiros pelo próprio poder público, não seria justo nem correto que só a delegação tivesse o efeito de alijar a responsabilidade objetiva estatal e dificultar a reparação de prejuízos pelos administrados. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 560)

Caso fosse transferido apenas o bônus para as concessionárias de serviço público seria bastante incoerente ou de uma injustiça tremenda, pois nem as pessoas jurídicas que compõem a administração direta e indireta apresentam tal prerrogativa. Ressaltando que, as pessoas jurídicas que compõem a administração pública, mesmo com todas as prerrogativas já existentes e, portanto, gozando do fato de seus atos serem regidos pelo princípio da prevalência do interesse público sobre o interesse privado, ainda sim devem arcar com os ônus, quiçá as pessoas jurídicas privadas que prestarem serviço público, em especial as concessionárias, não sendo justo quererem se ausentar da prestação de tal ônus, portanto são a elas transferidos tais encargos.

Na sociedade moderna todos compartilham do risco, mesmo que indiretamente, por exemplo, quando um usuário paga a tarifa para a concessionária de serviço público, esta por sua vez, já se beneficia com tal tarifa auferindo lucro e devendo abarcar os prováveis danos decorrentes de sua atividade, como se fosse um seguro para acidentes, pois são condições intrínsecas a prestação do serviço a coletividade.

3.5 DO SUJEITO PASSIVO DO DANO

O próprio texto constitucional versa sobre os danos ocasionados pelas empresas prestadoras de serviço público em face dos terceiros, ficando nítida a ideia da responsabilidade civil objetiva. No entanto, houve várias celeumas no mundo jurídico acerca do real significado da norma, uma vez que, o termo terceiro, usado para se referir aos que sofreram o dano, é de uma intensa dubiedade.

Inicialmente, a corte suprema adotava o posicionamento restritivo da concepção do termo terceiro, pois levava em consideração que terceiro só poderia ser quem estivesse usando o serviço público, uma vez que, não coerente enquadrar o cidadão- usuário à prestação do serviço público, podendo este ser realizado apenas por pessoa jurídica pública ou privada. Por conseguinte, essa concepção defendida pelo ministro Carlos Velloso, à época ministro do STF e relator do RE 262.651, que ganhou bastante força, a partir do entendimento de que a concessionária de serviço público só responderia civilmente de forma objetiva, caso o dano fosse realizado em face de um usuário do serviço público.

Caso o dano fosse realizado perante não usuário do serviço público, poderia incidir a responsabilidade civil subjetiva que, por sua vez, remeteria à vítima o direito subjetivo para pleitear a reparação do dano que deveria ser comprovado que o dano sofrido ocorreu pela má prestação do serviço público, seja por dolo ou culpa do agente que acarretou o dano. O ministro-relator Carlos Velloso ganhou força ao fundamentar restritivamente o seu posicionamento, o qual equiparava o termo terceiro aos não usuários do serviço público, pois caso contrário, a interpretação iria além da "*ratio legis*", não cabendo aos membros do judiciário desempenhar tal função.

Posteriormente, com o passar dos anos, surgiu um novo caso que trouxe à tona toda aquela celeuma de outrora relacionada a aplicação da responsabilidade civil em face do terceiro não usuário do serviço público, no caso em questão, houve muita discussão para saber se seria o caso de se manter a aplicação da responsabilidade civil subjetiva, tendo em vista o posicionamento que já vinha sendo adotado desde o RE 262.651 ou se deveria haver uma modificação em tal posicionamento, passando então a se adotar a responsabilidade civil objetiva.

No ano de 2009 com o julgamento do RE 591.874, cujo relator foi o ministro Ricardo Lewandowski, após muita celeuma jurídica, chegou-se a conclusão de que, não caberia a aplicação do posicionamento pretérito que restringia o alcance da norma, pois partia da premissa de que terceiros seria equivalente apenas aos usuários do serviço público.

Tendo em vista que, parte da doutrina composta por Cavalieri Filho (2012), Mello (2012) e Di Pietro (2014) já entendiam à época que, o termo terceiro deveria ser compreendido para as pessoas que não estão tendo nenhum vínculo com as prestadoras de serviço público, sejam elas públicas ou privadas, como por exemplo, as concessionárias de serviço público. Nesse diapasão, “terceiro indica alguém estranho à Administração Pública, alguém com o qual o Estado não tem vínculo jurídico preexistente” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 289). No caso, conforme o entendimento doutrinário que embasa a conceituação, o termo terceiro seria equivalente ao não usuário do serviço público, uma vez que, aquele que é usuário do serviço público já estaria, automaticamente, interligado com o serviço público, ou seja, já estaria vinculado juridicamente com o prestador do serviço público.

É importante ressaltar que, o próprio texto normativo do §6º do art. 37 da constituição federal, quando se utiliza o termo terceiros, não induz ao operador do direito visualizar apenas o usuário do serviço público, por conseguinte, o próprio texto normativo não faz nenhuma distinção entre o usuário e o não usuário do serviço público, uma vez que, se não há distinção afronta diretamente o princípio constitucional da isonomia, havendo uma restrição do direito, corroborando para o tema, Alexandre de Moraes aduz que:

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social. A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios

empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos. (MORAES, 2014, p. 35).

É evidente que, não houve tal distinção por parte da constituição federal, assim a razão do dispositivo quando se referia ao termo terceiro seria justamente para assegurar o número máximo de pessoas, sendo um posicionamento não limitativo. Por conseguinte, o ministro Ricardo Lewandowski adotou o posicionamento mais coerente possível, o qual se coadunava com a essência da constituição federal.

É oportuno ressaltar que, há diversas formas de interpretação da constituição, dentre as quais, uma das mais contundentes e que se aplicaria de forma justa ao caso é a interpretação sistemática que nos remete a ideia de que “a constituição é responsável pela unidade do sistema, ao passo que a harmonia é proporcionada pela prevenção ou pela solução de conflitos normativos” (BARROSO, 2012, p. 318).

Convém ressaltar que, a hermenêutica é a arte de interpretar a norma de forma correta e justa. “A origem da palavra, por sua vez, é grega e está ligada a Hermes que na mitologia tinha a função de transmitir as mensagens dos deuses aos humanos.” (BARROSO, 2012, p. 292). A função do referido instituto subsiste desde os primórdios da civilização como de suma importância para as decisões, da mesma maneira, persistindo até os dias atuais, pois a partir da interpretação da norma é que ocorre a solução de conflitos jurídicos, seja dos conflitos mais simples ou até dos mais complexos.

Foi o que ocorreu no caso do julgamento do RE 591.874, o ministro Ricardo Lewandowski utilizou-se com maestria de tais entendimentos hermenêuticos para a interpretação das normas constitucionais para a fundamentação do seu posicionamento e correlacionou a outro fator importante para a questão que foi o fato do serviço público ser por excelência um serviço voltado para coletividade, ou seja, ser na sua essência, um serviço ofertado para à população.

A oferta do serviço público para à população é uma atividade que insere um risco para a execução da prestação de tal atividade. Ocorre que, tanto para os usuários do serviço público, como para os não usuários do serviço público, irá surgir o risco administrativo da prestação do serviço, em especial, por parte da concessionária de serviço público por prestar tal múnus público e assim, como já explanado em outra parte do trabalho, a constituição federal da República

Federativa do Brasil se vale da teoria do risco, em especial a do risco administrativo, como forma de substrato para validar a teoria da responsabilidade civil objetiva.

Nesse tocante, a partir da ideia adotada inicialmente pela norma constitucional, é oportuno destacar que o fato da prestação do serviço público existir, aumenta a probabilidade de acidentes, portanto cabe a concessionária de serviço público arcar com seu ônus e não apenas arcar com os ônus decorrentes da sua prestação.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou através da pesquisa uma análise sobre a responsabilidade civil objetiva das concessionárias de serviço público em face dos terceiros não usuários, ficou evidente que, após intensas discussões esse é o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que vem sendo mantido desde o julgamento do Recurso Extraordinário 591.874/MS.

Através do julgamento do referido recurso, foi estabelecido que as concessionárias de serviço público respondem de forma objetiva perante os não usuários do serviço público, uma vez que, conforme o entendimento doutrinário de Carvalho Filho (2014), Mello (2012), Di Pietro (2012), Meirelles (2010) e Cavalieri Filho (2012), dentre outros, o serviço público é uma atividade pública, cuja sua execução traz para a coletividade um risco.

A Teoria do Risco, a qual estabelece que o Estado seja responsável pelos atos de suas atividades que gerarem um risco a coletividade, por sua vez, tal teoria apresenta uma espécie que é a Teoria do Risco Administrativo que versa sobre os riscos que a coletividade sofre em face da execução de atividades públicas inerentes ao Estado, como por exemplo, a prestação do serviço público.

Acontece que, a própria teoria atribui tratamento isonômico para as pessoas, que eventualmente, sejam vítimas de uma ação danosa oriunda da prestação de um serviço público, ou seja, a própria teoria não diferencia o tratamento desigual, não realizando restrições ou limitações com relação ao direito dos lesados.

Nesse tocante, a teoria fundamenta a Responsabilidade Civil Objetiva das empresas concessionárias de serviços públicos em face dos terceiros não usuários, uma vez que, tanto faz, se o dano foi sofrido por um usuário do serviço ou por um não usuário, desde que o dano decorra do múnus público prestado pela concessionária, esta deverá responder civilmente de forma objetiva, ou seja, possibilitando que o lesado demonstre apenas o nexo causal entre o fato e o dano.

Corroborando com isso, o próprio texto constitucional no seu artigo 37, parágrafo 6º não faz nenhuma diferenciação acerca da expressão: "terceiros". Tal expressão deve ser compreendida como pessoas que estão alheias ao serviço público, ou seja, são os não usuários do serviço público. Por sua vez, se não houve tal distinção realizada pelo o legislador, o entendimento atual do Supremo Tribunal

Federal é que, como não cabe ao poder judiciário legislar, também não deve haver interpretações restritivas das normas, pois caso ocorresse tal ação, haveria uma supressão do direito que desde a sua origem seria legítimo e pertencente a todo cidadão, ou seja, não caberia haver um posicionamento que limitasse tal direito subjetivo inerente a qualquer pessoa que componha a coletividade, uma vez que, não caberia ao Supremo Tribunal Federal legislar e, pior ainda, legislar restritivamente a prejudicar direitos.

Evidencia-se que, os objetivos do presente trabalho foram explanados e atingidos de maneira satisfatória, uma vez que, o objetivo principal era a análise do atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da responsabilidade civil objetiva das concessionárias de serviço público em face dos terceiros não usuários, em busca de assegurar um tratamento isonômico aos eventuais lesados com os danos dessas atividades públicas.

Imediatamente os objetivos secundários do trabalho foram atingidos, uma vez que o trabalho buscava a compreensão acerca do instituto da Responsabilidade Civil do Estado e das vantagens que, a efetiva aplicação da Teoria do Risco Administrativo traria para a coletividade, uma vez que, caso surgisse a necessidade de se pleitear uma reparação civil judicialmente o processo seria menos burocrático e mais célere, tendo em vista que, não haveria mais a necessidade da comprovação o dolo e da culpa, bastando apenas a apresentação do fato, do resultado e do nexo de causalidade.

Assim como as pessoas e a vida em sociedade, o Direito é mutável, e se amolda a valores e situações com o decorrer do tempo, para estabelecer de uma vez por todas no ordenamento jurídico o tema do presente trabalho, seria necessária a aprovação de uma emenda à Constituição Federal que alterasse a expressão “terceiros” presente no §6º do art. 37, dando uma nova redação que excluísse de uma vez por todas a dubiedade da norma, assegurando literalmente o direito aos usuários e aos não usuários do serviço público.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. 4. ed. São Paulo: MÉTODO, 2010.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário braileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BARBOSA, Erivaldo Moreira. **Direito constitucional**: uma abordagem histórico-crítica. São Paulo: Madras Editora, 2003.

BARROS, Bruno. **STJ pacifica entendimento sobre o prazo prescricional das ações de responsabilidade civil contra a Fazenda Pública**. Disponível em: <<http://blogdobrunobarros.blogspot.com.br/2012/12/stj-pacifica-entendimento-sobre-o-prazo.html>>. Acessado em: 28 de jan, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 05 de janeiro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 07 de fev. de 2015.

_____. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 19, de 04 de jun. de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acessado em: 21 de fev. de 2015.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acessado em: 08 de fev. de 2015.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à união, estados e municípios**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acessado em: 21 de fev. de 2015.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acessado em: 08 de fev. de 2015.

_____. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. **Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acessado em: 08 de fev. de 2015.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fev. de 1995. **Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acessado em: 07 de fev. de 2015.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de jan. de 2002. **Institui o novo código civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acessado em: 07 de fev. de 2015.

_____. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. **Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acessado em: 07 de fev. de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 146**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo146.htm>>. Acessado em: 08 de fev. de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 262651/SP**. Recorrente: Auto Viação Urubupungá LTDA. Recorrido: Flávio Luiz Yarshell. Relator: Ministro Carlos Velloso. Órgão Julgador: 2ª turma. Data do julgamento: 16/11/2004. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1796756>>. Acessado em: 07 de fev. de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 591874/MS**. Recorrente: Viação São Francisco LTDA. Recorrido: Justa Servin Franco. Relator:

Ministro Ricardo Lewandowski. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Data de julgamento: 26/08/2009. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14711954/recurso-extraordinario-re-591874-ms>>. Acessado em: 07 de fev. de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 545**. Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, Diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança Condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=545.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acessado em: 21 de fev. de 2015.

CÂMARA LEAL, Antônio Luiz da. **Da prescrição e da decadência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

CARLIN, Volnei Ivo. **Manual de direito administrativo**: doutrina e jurisprudência. 4. ed. Florianópolis: Conceito, 2007, p.370

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAVALIERE FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIEZ, Manuel Maria. **Manual de derecho administrativo**. Buenos Aires: Plus Ultra, 1980.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.7.

DROMI, José Roberto. **La licitación pública**. Buenos Aires: Astrea, 1975.

DUGUIT, León. **Manuel de droit constitutionnel**. 4. ed. Paris: Anciennes Maisons Thorin et Fontemoing, 1923.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro vol. 4: Responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA, Sergio de Andréa. **Direito administrativo didático**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FRANÇA. **Declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acessado em: 24 de jan. de 2015

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

LAUBADÈRE, André. **Manuel de droit administratif**. Paris: L.G. D. J., 1796.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1975.

_____. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Bianca Vieira. **Hermenêutica: origem, significado e atuação**. 29/abr/2010. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5707/Hermeneutica-origem-significado-e-atuacao>>. Artigo publicado no site DireitoNet. Acessado em: 07 de jan. de 2015

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Claudio Brandão de. **Manual de direito administrativo**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte : Del Rey, 2001.

SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile en droit français**. 10. ed. Paris: LGDJ – R. Pichon e R. Durand-Auzias, 1951.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

VEDEL, Georges. **Droit administratif**. Paris: Presses Univ de France, 1976.