

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**A RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM ATOS PRATICADOS POR
CONCESSIONÁRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS:
UMA ANÁLISE DIANTE DOS JULGADOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

NATALIA MARQUES DA SILVA GOMES

**RIO DE JANEIRO
2020 / 2º SEMESTRE**

NATALIA MARQUES DA SILVA GOMES

**A RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM ATOS PRATICADOS POR
CONCESSIONÁRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS:
UMA ANÁLISE DIANTE DOS JULGADOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Larissa Pinha de Oliveira, Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional.**

**RIO DE JANEIRO
2020 / 2º SEMESTRE**

FICHA CATALOGRÁFICA

CIP - Catalogação na Publicação

G272r Gomes, Natalia Marques da Silva
A responsabilidade do Estado em atos praticados por concessionários de serviços públicos: uma análise diante dos julgados dos Tribunais Superiores / Natalia Marques da Silva Gomes. -- Rio de Janeiro, 2020.2.
69 f.

Orientadora: Larissa Pinha de Oliveira.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2020.2.

1. Responsabilidade Civil. 2. Concessionários. 3. Responsabilidade do Estado. 4. Tribunais Superiores. I. de Oliveira, Larissa Pinha, orient. II. Título.

NATALIA MARQUES DA SILVA GOMES

**A RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM ATOS PRATICADOS POR
CONCESSIONÁRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS:
UMA ANÁLISE DIANTE DOS JULGADOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Larissa Pinha de Oliveira, Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional.**

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Profª. Dra. Larissa Pinha de Oliveira

Orientadora

Profº. Dr. Fábio Corrêa Souza de Oliveira

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO
2020 / 2º SEMESTRE

À minha avó (in memoriam) pelo amor e apoio recebidos.

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo analisar como os Tribunais Superiores estão decidindo os casos relativos à responsabilidade civil do Estado por danos causados pelos concessionários. Para tanto, serão analisados pontos relevantes para a compreensão do tema, tais como o conceito de responsabilidade civil, sua evolução histórica, sua previsão no direito brasileiro, o conceito e natureza jurídica da concessão e a responsabilidade do concessionário. Em sequência, serão analisados alguns julgados referentes à responsabilidade do concessionário e do Estado. Pretende-se, portanto, compreender como os Tribunais Superiores estão aplicando a teoria do risco administrativo para a responsabilização do Estado por danos causados pelas pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil do Estado; Concessão de Serviço Público; Responsabilidade do Concessionário; Responsabilidade Objetiva; Responsabilidade Subsidiária; Análise Jurisprudencial.

ABSTRACT

This monographic work aims to analyze how the Superior Courts are deciding the cases related to the State's civil liability for damages caused by the concessionaires. To this end, relevant points will be analyzed for understanding the theme, such as the concept of civil liability, its historical evolution, its prediction in Brazilian law, the concept and legal nature of the concession and the concessionaire's responsibility. In sequence, some judgments regarding the responsibility of the concessionaire and the State will be analyzed. It is intended, therefore, to understand how the Superior Courts are applying the theory of administrative risk to the State's accountability for damages caused by legal entities of private law providing public services.

Keywords: State Civil Liability; Public Service Concession; Responsibility of the Concessionaires; Objective Responsibility; Subsidiary Responsibility; Jurisprudential Analysis.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	12
1.1. Conceito	12
1.2. Evolução Histórica	14
1.2.1. Teoria da Irresponsabilidade Do Estado	14
1.2.2. Teoria Da Reponsabilidade Subjetiva.....	16
1.2.2.1. <i>Teoria da Culpa Civil</i>	16
1.2.2.2. <i>Teoria Da Culpa Administrativa</i>	17
1.2.3. Teoria Da Responsabilidade Objetiva	19
1.2.3.1. <i>Teoria Do Risco Administrativo</i>	20
1.2.3.2. <i>Teoria Do Risco Integral</i>	21
2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO..	25
2.1. Responsabilidade Civil Nas Constituições Anteriores	25
2.2. Responsabilidade Civil no Código Civil	27
2.3. Responsabilidade Civil na Constituição Federal de 1988	29
3. CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS	32
3.1. Concessão como modalidade de delegação de serviços públicos	32
3.2. Conceito de concessão	34
3.3. Natureza Jurídica: Contrato administrativo	38
3.4. A responsabilidade do concessionário	41
4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	47
4.1. Responsabilidade Das Concessionárias	47
4.2. Responsabilidade Subsidiária Do Estado	52
4.3. Responsabilidade solidária do Estado	60
CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	67

INTRODUÇÃO

A palavra responsabilidade consiste na ideia de contraprestação, encargo, resposta. Por isso, aquele que, por determinada ação ou omissão, causar danos a outrem, deve responder perante a ordem jurídica. Assim leciona José dos Santos Carvalho Filho, baseado na doutrina de Antônio Queiroz Telles: “a noção de responsabilidade implica a ideia de resposta, termo que, por sua vez, deriva do vocábulo verbal latino *respondere*, com o sentido de responder, replicar”¹

Cumprе destacar que existem três tipos de responsabilidade, quais sejam a responsabilidade civil, a responsabilidade penal e a responsabilidade administrativa. Esses tipos de responsabilidade se relacionam a natureza jurídica de seu fato gerador, de modo que elas são independentes entre si, ou seja, uma conduta pode ensejar apenas uma espécie de responsabilidade. No entanto, neste trabalho será tratada apenas a responsabilidade civil do Estado no âmbito administrativo.

A responsabilidade civil do Estado passou por diversas teorias até a que é aplicada atualmente. Inicialmente, em sua origem, temos a chamada teoria da irresponsabilidade do Estado, com a aplicação do princípio *the king can do no wrong* (em nossa língua: “o rei não erra”), baseada no direito divino. Posteriormente, vieram as teorias civilistas, que eram baseadas na culpa civil ou responsabilidade subjetiva, dividindo os atos do Estado em atos de gestão e atos de império. E, por fim, tem-se as teorias publicistas, quais sejam a teoria da culpa administrativa (ou culpa do serviço público) e a teoria da responsabilidade objetiva (bipartida em teoria do risco integral e teoria do risco administrativo).

No Brasil, especificamente, a teoria da irresponsabilidade do Estado nunca foi aplicada aqui. Não obstante, a partir da Constituição de 1946 passou a ser adotada a teoria da responsabilidade no direito brasileiro, tendo se mantido até a Constituição de 1988, estando positivada em seu artigo 37, §6º: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade,

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2019, p. 806.

causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”².

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, a Responsabilidade Objetiva “dispensa a verificação do fator culpa em relação ao fato danoso. Por isso, ela incide em decorrência de fatos lícitos ou ilícitos, bastando que o interessado comprove a relação causal entre o fato e o dano”³.

É cediço que o Poder Público pode realizar os serviços públicos de maneira direta e centralizada ou de maneira indireta e descentralizada. No primeiro modo, a própria Administração Direta executa os serviços, estruturando-se em órgãos que exteriorizam a vontade do ente político. Já na forma descentralizada, existe uma outorga ou delegação, em que a Administração Pública delega seus serviços a terceiros.

Segundo Hely Lopes Meirelles, a concessão é um ato administrativo negocial decorrente dessa delegação para a prestação de serviços públicos. Por isso, nos interessa que seja destacada a definição de atos administrativos negociais do referido jurista: “(...) são praticados contendo uma declaração de vontade do Poder Público coincidente com a pretensão do particular, visando à concretização de negócios jurídicos públicos ou à atribuição de certos direitos ou vantagens ao interessado”⁴.

Além disso, a concessão é a forma de delegação de serviços públicos mais utilizada atualmente, visto que sua finalidade e amplitude são essencialmente públicas.

Por esta razão há a responsabilidade civil do Estado perante os atos de concessionários de serviços públicos através da leitura do Artigo 37, §6º da Constituição Federal de 1988, visto que o artigo fala das pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviços públicos. Ou seja, inserem-se nesta categoria as entidades de direito privado da Administração Pública (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações estatais de direito privado) e as concessionárias e permissionárias de serviços públicos.

² BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

³ Ibid., p. 811.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 211.

Em regra, a responsabilidade das empresas contratadas pelo Poder Público é primária, ou seja, subjetiva. Entretanto, quando se trata das concessionárias e permissionárias a responsabilidade é objetiva, conforme preceituado acima no artigo 37, §6º da Constituição Federal de 1988. Por isso, alguns doutrinadores sustentam que há solidariedade entre o Estado e a concessionária, visto que seria uma relação de consumo e nestas há previsão de solidariedade para os acidentes de consumo. Contudo, outra parte da doutrina entende que a responsabilidade seria, ainda assim, subsidiária e não solidária, em razão do princípio da especialidade, fundamentando-se no artigo 25 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995:

Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.⁵

Como será exposto, há grande discussão acerca de qual espécie de responsabilidade civil é aplicada ao Estado frente aos atos de concessionários, se é solidária, com base na Constituição Federal, ou se é subsidiária, com base na lei especial. Sendo, assim, este o objeto do presente trabalho.

Para o desenvolvimento da referida tese, serão examinados o conceito de responsabilidade civil, sua evolução histórica, bem como sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, o conceito de concessionário e a sua responsabilidade perante terceiros. Por fim, serão analisados os julgados dos Tribunais Superiores, quais sejam, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, os quais tem por função uniformizar a interpretação das Leis em todo o Brasil. Dessa forma, assegurar-se-á a existência de uma segurança jurídica, para que todos saibamos qual modalidade de responsabilidades estes Tribunais estão adotando.

Trata-se de uma pesquisa exploratória, cujo objetivo é aprofundar e esmiuçar o tema averiguado, explorando o problema por meio de uma investigação precisa. Ademais, tal pesquisa utilizará a análise de legislação, doutrina e jurisprudência, sendo a última baseada em um levantamento de dados com análise qualitativa. Apresentando, portanto, a compreensão do entendimento dos julgados dos Tribunais Superiores sobre a responsabilidade civil do Estado.

⁵ BRASIL. **Lei 8.987 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/18987compilada.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

Para tal pesquisa, utilizaremos, especialmente, as doutrinas dos juristas José dos Santos Carvalho Filho, Maria Sylvia Di Pietro, Hely Lopes Meirelles, Sérgio Cavaliere Filho, Celso Antônio Bandeira de Mello, Marçal Justen Filho, Yussef Said Cahali, dentre outros, bem como os julgados dos Tribunais Superiores, quais sejam o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Assim sendo, esta monografia se restringirá ao âmbito da responsabilidade civil do Estado frente aos atos praticados por concessionários públicos, ou seja, sua responsabilidade nos atos cometidos por seus agentes quando da execução de serviços públicos delegados a eles pela Administração Pública. Além disso, não me preocupo em exaurir o tema aqui tratado, pois este é vasto, de modo que pretendo fazer apenas algumas considerações sobre o assunto.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

1.1. Conceito

Como é cediço, a responsabilidade civil do Estado consiste na ideia de resposta, em que alguém é responsabilizado por causar dano a outrem devido à realização de uma conduta, seja ela comissiva ou omissiva, lícita ou ilícita. Com isso, entendemos que a responsabilidade exige dois pressupostos para existir: o fato e a sua imputabilidade a alguém.

Assim sendo, José dos Santos Carvalho Filho expõe:⁶

Esses dois pontos – o fato e a sua imputabilidade a alguém – constituem pressupostos inafastáveis do instituto da responsabilidade. De um lado, a ocorrência do fato é indispensável, seja ele de caráter comissivo ou omissivo, por ser ele o verdadeiro gerador dessa situação jurídica. Não pode haver responsabilidade sem que haja um elemento impulsionador prévio. De outro, é necessário que o indivíduo a que se impute responsabilidade tenha a aptidão jurídica de efetivamente responder perante a ordem jurídica pela ocorrência.

Yussef Said Cahali explica que a responsabilidade civil do Estado é “a obrigação legal, que lhe é imposta, de ressarcir os danos causados a terceiros por suas atividades”⁷. Todavia, Sergio Cavaliere Filho distingue o termo obrigação e o termo responsabilidade. Para ele, “obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro”⁸. Dessa forma, “sempre que quisermos saber quem é o responsável teremos que identificar aquele a quem a lei imputou a obrigação, porque ninguém poderá ser responsabilizado por nada sem ter violado dever jurídico preexistente”⁹.

O código Civil de 2002 também traz essa distinção entre obrigação e responsabilidade em seu artigo 389: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”¹⁰. Constata-se, portanto, que a responsabilidade é uma obrigação sucessiva.

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 806.

⁷ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 13.

⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 14.

⁹ Ibid., p. 15.

¹⁰ BRASIL. **Lei 10.406 de 2002. Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

Além disso, cumpre destacar que a responsabilidade civil aqui estudada é a responsabilidade contratual, visto que a concessão de um serviço público exige a celebração de um contrato entre a Administração Pública e a concessionária. José dos Santos Carvalho Filho distingue a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual da seguinte forma: “a contratual é estudada na parte relativa aos contratos celebrados pela Administração. (...) A extracontratual é aquela que deriva das várias atividades estatais sem qualquer conotação pactual”¹¹.

Ademais, é importante esclarecer que a capacidade de responder por danos eventualmente sofridos por alguém, em virtude das atividades estatais, é do Estado e das pessoas jurídicas públicas ou privadas que o representam no exercício destas. Por isso, José dos Santos Carvalho Filho ensina que Estado, por si só, é incapaz de causar danos a qualquer pessoa, pois o Estado é uma ficção jurídica, sendo, portanto, um ser intangível. Dessa forma, o Estado somente se faz presente no mundo jurídico através de seus agentes, pessoas físicas cuja conduta a ele é imputada¹².

Conforme explicitado no começo deste capítulo, a responsabilidade estatal não decorre apenas de atos ilícitos, de modo que os atos lícitos do Poder Público que gerem danos a alguém também podem ensejar a responsabilidade civil do Estado. Neste sentido, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello¹³: “cabera falar em responsabilidade do Estado por atos lícitos nas hipóteses em que o poder deferido ao Estado e legitimamente exercido acarreta, indiretamente, como simples consequência – não como sua finalidade própria –, a lesão a um direito alheio”.

Na sequência, Weida Zancaner Brunini entende que quando se tratar de ato lícito, o fundamento para a indenização consistirá no princípio da igualdade; no entanto, quando se tratar de ato ilícito, o fundamento para a indenização consistirá no princípio da legalidade.¹⁴

Nesse sentido, oportuna é a transcrição da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵:

¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 808.

¹² Ibid., p. 809.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 1023-1024.

¹⁴ BRUNINI, Weida Zancaner. **Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 55.

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 1034.

a) No caso de comportamentos ilícitos comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, o dever de reparar o dano é a contrapartida do princípio da legalidade. Porém, no caso de comportamentos ilícitos comissivos, o dever de reparar já é, além disso, imposto também pelo princípio da igualdade. b) No caso de comportamentos lícitos, assim como na hipótese de danos ligados a situação criada pelo Poder Público - mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso-, entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito.

Desta sorte, pode-se dizer que a responsabilidade civil do Estado consiste na obrigação de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhes sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello.¹⁶

1.2. Evolução Histórica

1.2.1. Teoria da Irresponsabilidade Do Estado

Na época dos Estados Absolutistas, bastante conhecido por ser o berço da frase *l'état c'est moi* ("o Estado sou eu"), vigorou a teoria da irresponsabilidade do Estado, fundamentada na ideia de soberania do Estado, em que este possui uma autoridade incontestável frente aos seus súditos.

Importante frisar que essa teoria da irresponsabilidade se aplicava, primordialmente, ao rei, mas também aos seus funcionários e ocupantes dos cargos de alto escalão do Estado. Desse modo, é impossível reconhecer a responsabilidade de um soberano perante um súdito, pois, baseado no princípio da soberania, não pode haver uma relação de igualdade entre eles na tentativa de colocá-los no mesmo nível.¹⁷

¹⁶ Ibid., p. 1021.

¹⁷ SALDANHA, Igor Vasconcelos. A subsidiariedade da administração pública em razão de dano causado por concessionária de serviços públicos. **Revista Brasileira de Direito Municipal**, Belo Horizonte, n. 26, out./dez. 2007, p. 77.

Naquela época, vigoravam os ideais do Estado Liberal, que possuía pouca atuação e dificilmente intervia nas relações entre os particulares. Por isso, juntamente com a figura do direito divino, em que o Estado era um ente intangível e a figura do monarca era vista como alguém que não erra, alguns princípios fundamentaram a teoria da irresponsabilidade do Estado, quais sejam: *the king can do no wrong* (“o rei não erra”); *le roi ne peut mal faire* (“o rei não pode fazer mal”) e *quod principi placuit habet legis vigorem* (“aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei”).

Essa teoria nunca chegou a ser aplicada no Brasil, pois, apesar da Constituição do Império de 1824 e a Constituição Republicana de 1891 não responsabilizarem o Estado por qualquer ato, seus agentes causadores do dano respondiam por suas práticas.

Tal teoria está totalmente superada, tendo em vista que a Inglaterra e os Estados Unidos foram os últimos países a abandoná-la, respectivamente, em 1947 (por meio do Crown Proceeding Act) e em 1946 (pelo Federal Tort Claims Act).¹⁸

Essa teoria foi combatida, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “por sua evidente injustiça; se o Estado deve tutelar o direito, não pode deixar de responder quando, por sua ação ou omissão, causar danos a terceiros, mesmo porque, sendo pessoa jurídica, é titular de direitos e obrigações”¹⁹.

Por todo o exposto, de acordo com José dos Santos Carvalho Filho, modernamente, “o direito positivo das nações civilizadas admite a responsabilização civil do Estado pelos danos que seus agentes causem a terceiros, podendo variar aspectos específicos e de menor importância no que toca à responsabilidade do agente ao montante da reparação, à forma processual de proteção do direito”²⁰.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Editora Forense, 2019, p. 1456.

¹⁹ Ibid., p. 1456.

²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 810.

1.2.2. Teoria Da Reponsabilidade Subjetiva

Com a evolução do Direito, a teoria da irresponsabilidade do Estado foi superada e começou a se pensar numa responsabilidade do Estado, desde que comprovada a culpa *lato sensu* (dolo e culpa *stricto sensu*) de seus agentes e prepostos. Surgindo, então, a ideia de responsabilidade subjetiva.

1.2.2.1. *Teoria da Culpa Civil*

Em um primeiro momento passou a se aplicar o Direito Civil no âmbito da Administração Pública, advindo, então, a teoria civilista da culpa. No entanto, distinguiam-se, para tal, dois tipos de atos do Estado: os atos de gestão e os atos de império, em que os primeiros se aproximariam mais do direito privado e eram passíveis de responsabilização por parte do Estado, enquanto os outros eram coercitivos e emanavam a soberania do Estado, não havendo, portanto, responsabilização.

Por oportuno, demonstro aqui a distinção entre tais atos feita por Maria Sylvia Zanella Di Pietro²¹:

Numa primeira fase, 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. (...) Passou-se a admitir a responsabilidade civil quando decorrente de atos de gestão e a afastá-la nos prejuízos resultantes de atos de império.

Desse modo, havia uma distinção da pessoa do Rei, que era visto como soberano e aquele que não podia errar (*the king can do no wrong*), como o que praticava os atos de império e, por isso, não eram passíveis de responsabilização; da pessoa do Estado, que representado pelos seus agentes/prepostos, praticava os atos de gestão, logo, passíveis de responsabilização.

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 1457.

Entretanto, havia muita dificuldade, senão impossibilidade, de distinguir os atos de gestão dos atos de império, impedindo que aqueles que pleiteavam uma responsabilização do Estado – algo já complicado de se pleitear a época, tendo em vista a hipossuficiência dos cidadãos – pudessem obtê-la.

Além disso, a jurisprudência separava as faltas dos agentes públicos ligadas à função pública e as faltas dos agentes públicos que não tinham relação com as suas funções e atividades.

Por isso, essa teoria civilista da culpa apenas atenuava a antiga teoria da irresponsabilidade do Estado, na medida em que era pouco eficaz para os cidadãos que tinham direito a uma indenização por parte do Poder Público, gerando, assim, uma insegurança jurídica naquele tempo.

De acordo com Hely Lopes Meirelles²²:

Realmente, não se pode equiparar o Estado, com seu poder e seus privilégios administrativos, ao particular, despido de autoridade e de prerrogativas públicas. Tornaram-se, por isso, inaplicáveis em sua pureza os princípios subjetivos da culpa civil para a responsabilização da Administração pelos danos causados aos administrados. Princípios de Direito Público é que devem nortear a fixação dessa responsabilidade.

Por todo o exposto, apesar do Brasil ter acolhido a teoria civilista da culpa em seu artigo 15 do Código Civil de 1916²³, tal teoria foi superada e substituída, posteriormente, pela teoria da culpa administrativa.

1.2.2.2. Teoria Da Culpa Administrativa

A teoria da culpa administrativa também era chamada de teoria da culpa do serviço ou teoria do acidente administrativo, pois desvinculou a responsabilidade do Estado da noção de culpa do funcionário, passando a adotar a ideia de culpa do serviço público. Ou seja, incidirá a responsabilidade do Estado independentemente da análise da culpa do funcionário.

²² MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 780.

²³ Art. 15: as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo do modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo direito regressivo contra os causadores do dano.

Um famoso caso que colaborou para a elaboração da teoria da culpa administrativa (e para as outras teorias publicistas que vieram posteriormente, quais sejam, a teorias do risco – integral e administrativo), foi o famoso caso *Arrêt Blanco* de 1873. Em breve resumo sobre o caso, a menina Agnès Blanco, ao cruzar os trilhos de uma movimentada rua na cidade de Bordeaux, foi atropelada por uma vagonete da Companhia Nacional de Fumo do Estado Francês. O abaloamento gerou lesões graves a menina, que precisou amputar uma perna. O pai da menor, Jean Blanco, então, moveu uma ação civil de indenização por perdas e danos contra o prefeito da região, com fundamento de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência de ação danosa de seus agentes.

Foi suscitado conflito de competência entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo, em que o Tribunal de Conflitos decidiu que a competência era do Tribunal Administrativo, justamente porque deveria ser apreciada a responsabilidade decorrente do funcionamento do serviço público. O julgamento entendeu que a responsabilidade do Estado não pode reger-se pelos princípios do Código Civil, porque se sujeita a regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados.

Desse modo, foi afastada definitivamente a ideia de recorrer ao Código Civil e foi consagrada uma nova teoria da responsabilidade administrativa, que se submete a um regime específico.²⁴

Como é sabido, a teoria da culpa administrativa foi consagrada pela clássica doutrina de Paul Duez, sempre citado e rememorado por José dos Santos Carvalho Filho e Hely Lopes Meirelles.

Ademais, a doutrina também chama tal teoria de teoria da culpa anônima ou teoria da falta do serviço, pois esta pode acontecer quando: o serviço público não funcionar/existir (omissão: não existe, mas deveria existir); o serviço público funcionar atrasado (quando deveria funcionar em tempo); ou, o serviço público funcionar mal (quando deveria funcionar bem).

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 1458.

Nessas três hipóteses, portanto, ocorre a falta do serviço, fazendo incidir a responsabilidade do Estado.

Não obstante, quando verificada a falta do serviço, conseqüentemente, também era comprovada a culpa da Administração Pública e, posteriormente, a responsabilidade estatal. Dessa maneira, cabia ao particular comprovar a falta do serviço para que, então, conseguisse obter a indenização pleiteada.

Assim sendo, outra evolução ocorrida nesta teoria é que o particular não precisava identificar qual agente estatal lhe causou o dano. A simples comprovação da falta do serviço já era suficiente para provar a culpa do Poder Público, mesmo que fosse impossível identificar o agente que a provocou.

Celso Antônio Bandeira de Mello explicita esse ponto de maneira bem elucidativa quando diz que “em face dos princípios publicísticos não é necessária a identificação de uma culpa individual para deflagrar-se a responsabilidade do Estado. Esta noção civilista é ultrapassada pela ideia denominada de *faute du service* entre os franceses”²⁵.

Todavia, mesmo que a teoria da culpa administrativa fosse menos onerosa para os particulares, eles ainda precisavam provar a culpa/falta do serviço público para obter a indenização pleiteada. Por esse motivo, tal teoria ainda não era a ideal para o povo (que era hipossuficiente frente ao Estado), visto que não atendia ao ideal de justiça desejado.

Em razão disso, Hely Lopes Meirelles entende que “a teoria da culpa administrativa representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu, pois leva em conta a falta do serviço para dela inferir a responsabilidade da Administração”²⁶.

1.2.3. Teoria Da Responsabilidade Objetiva

Após longo processo evolutivo, com base nas decisões do Conselho Francês, passou-se a adotar a responsabilidade objetiva do Estado, também conhecida como responsabilidade do

²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 1031.

²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 781.

Estado sem culpa, pois nela é dispensada a verificação da culpa em relação ao fato danoso. Dessa forma, houve uma ampliação da proteção ao lesado ao dispensar a prova de elementos que dificultavam a efetiva reparação dos prejuízos.

Neste sentido, somente é necessário que o lesado comprove a relação causal entre o fato, ou seja, o ato do Poder Público que gerou o dano, e o dano propriamente dito. Devido a isso, a responsabilidade civil objetiva incide tanto em decorrência de fatos lícitos, quanto em decorrência de fatos ilícitos, assim como pode decorrer de uma conduta comissiva e de uma conduta omissiva.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a responsabilidade objetiva tem por fundamento o princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais, positivado no artigo 13 da Declaração dos Direitos do Homem de 1789²⁷. Tal princípio preconiza que tanto os benefícios decorrentes da atuação estatal devem ser repartidos por todos, como também devem ser repartidos os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade. Assim, quando ocorrer esse desequilíbrio, em que uma pessoa sofre um ônus maior que os demais, o Estado deve indenizar essa pessoa, utilizando recursos do erário, para restabelecer tal equilíbrio²⁸.

Hely Lopes Meirelles entende que a teoria da responsabilidade objetiva, também conhecida como teoria do risco, possui duas modalidades: a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral²⁹. Ambas as teorias serão melhor explicitadas a seguir.

1.2.3.1. Teoria Do Risco Administrativo

Nessa teoria, entende-se que o Estado é um ser maior e mais forte que o administrado e, por consequência, é o Estado quem deve arcar com o risco inerente de suas atividades. Ou seja, o Estado deve se responsabilizar pelo risco criado em decorrência da sua própria atividade administrativa.

²⁷ Art. 13: 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 as suas possibilidades.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 1459-1460.

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 781-782.

De acordo com Sérgio Cavalieri Filho, “risco é perigo, é probabilidade de dano, importando, isso, dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente”³⁰.

A principal característica dessa teoria é que ela admite causas atenuantes ou excludentes da responsabilidade civil do Estado, como, por exemplo, a culpa concorrente ou exclusiva da vítima, o caso fortuito ou força maior e o fato de terceiro, ou seja, nos casos em que é afastado o nexo causal. Desse modo, o Poder Público pode demonstrar alguma das situações citadas para atenuar ou eximir sua obrigação de reparar o dano.

Neste sentido, José dos Santos Carvalho Filho destaca o seguinte³¹:

No risco administrativo, não há responsabilidade civil genérica e indiscriminada: se houver participação total ou parcial do lesado para o dano, o Estado não será responsável no primeiro caso e, no segundo, terá atenuação no que concerne a sua obrigação de indenizar. Por conseguinte, a responsabilidade civil decorrente do risco administrativo encontra limites.

Assim sendo, leciona Hely Lopes Meirelles³²:

O risco administrativo não significa que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular; significa, apenas e tão somente, que a vítima fica dispensada da prova da culpa da Administração, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização.

Dessa maneira, para haver a responsabilidade civil do Estado, devem ser constatados os três elementos básicos de causalidade, quais seja, (i) a ocorrência do dano, (ii) o nexo causal, decorrente de (iii) ato praticado por agente atuante oficialmente em nome do Estado.

1.2.3.2. Teoria Do Risco Integral

A teoria do risco integral é conceituada por Diogenes Gasparini como³³:

“por teoria do risco integral entende-se a que obriga o Estado a indenizar todo e qualquer dano, desde que envolvido no respectivo evento. Não se indaga, portanto, a

³⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 181.

³¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 812.

³² MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 782.

³³ GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. 13ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 1.031.

respeito da culpa da vítima na produção do evento danoso, nem se permite qualquer prova visando elidir essa responsabilidade”

Assim sendo, esta teoria, diferentemente da teoria do risco administrativo, não acolhe qualquer espécie de atenuante ou excludente de responsabilidade, fazendo com que a responsabilização objetiva seja concebida de modo integral.

Por isso, Sérgio Cavalieri Filho, diz que “a teoria do risco integral é uma modalidade extremada da doutrina do risco destinada a justificar o dever de indenizar até nos casos de inexistência do nexo causal ou em que este se mostra extremamente diluído”³⁴.

Os doutrinadores brasileiros dão alguns exemplos de casos em que se aplicariam a teoria do risco integral na prática. José dos Santos Carvalho Filho exemplifica que “o Estado teria que indenizar o indivíduo que se atirou deliberadamente à frente de uma viatura pública”³⁵. Já Sérgio Cavalieri Filho traz o seguinte exemplo³⁶:

Um navio transportando petróleo sofre avarias em decorrência de forte tempestade e faz derramamento de óleo no mar; terremoto, seguido de ondas gigantes (tsunami), que invadem usina nuclear e causam dano nuclear e ambiental. Embora a causa direta desses eventos tenha sido a força maior (fenômenos irresistíveis da natureza), o navio transportando petróleo foi a ocasião porque sem ele a tempestade não teria causado nenhum dano. De igual modo, se não existisse a usina nuclear, o terremoto e o tsunami não teriam causado um acidente nuclear. Nesses e outros casos, a força maior, isoladamente considerada, não seria suficiente para causar o resultado lesivo, o que evidencia que o exercício da atividade de risco foi pelo menos a ocasião.

Alguns doutrinadores entendem a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral como sinônimas, mas a maior parte da doutrina faz a distinção entre elas, ou até mesmo, rejeita completamente a teoria do risco integral.

Yussef Said Cahali critica tal distinção feita por Hely Lopes Meirelles da seguinte forma³⁷:

A distinção entre risco administrativo e risco integral não é ali estabelecida em função de uma distinção conceitual ou ontológica entre as duas modalidades pretendidas de risco, mas simplesmente em função das consequências irrogadas a uma ou outra modalidade: o risco administrativo é qualificado pelo seu efeito de permitir a contraprova de excludente de responsabilidade, efeito que se pretende seria

³⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 184.

³⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 812.

³⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 184.

³⁷ CAHALI, Yussef Sahid. Op. cit., p. 40.

inadmissível se qualificado como risco integral, sem que nada seja enunciado quanto à base ou natureza da distinção.

Yussef Said Cahali, acrescenta, ainda, que³⁸,

Deslocada a questão para o plano da causalidade, qualquer que seja a qualificação que se pretenda atribuir ao risco como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado – risco integral, risco administrativo, risco-proveito –, aos tribunais se permite a exclusão ou atenuação daquela responsabilidade quando fatores outros, voluntários ou não, tiverem prevalecido na causação do dano, provocando o rompimento do nexo de causalidade, ou apenas concorrendo como causa na verificação do dano injusto.

Apesar do direito brasileiro adotar primordialmente a teoria da responsabilidade objetiva, com fundamento na teoria do risco administrativo, existem algumas hipóteses da aplicação da teoria do risco integral.

A primeira hipótese de aplicação da teoria do risco integral, de acordo com o Superior Tribunal de Justiça, é quanto aos danos ambientais, de acordo com o artigo 225, §3º da CRFB/88³⁹ combinado com o artigo 14, §1º da Lei nº 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente)⁴⁰.

Há também o posicionamento de que a teoria do risco integral é aplicável nos casos de danos nucleares, conforme o artigo 21, XXIII, alínea “d” da CRFB/88⁴¹, e também é aplicável nos danos causados por atos terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves brasileiras, de acordo com a Lei nº 10.309/01 e a Lei nº 10.774/03.

³⁸ Ibid., p. 41.

³⁹ Art. 225, §3 - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

⁴⁰ Art. 14, §1 - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

⁴¹ Art. 21, XXIII, c - A responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa.

Por fim, o Código Civil também traz hipóteses de risco integral em seus artigos 246⁴², 393⁴³ e 399⁴⁴.

Assim sendo, expõe Alexandre Santos de Aragão⁴⁵:

Os dois principais fundamentos da responsabilidade civil dos entes públicos são o princípio do Estado de Direito, pelo qual todos estão sujeitos às regras do ordenamento jurídico, inclusive o próprio Estado, razão pela qual todos devem indenizar as violações de direito cometidas, e o princípio da igualdade, da solidariedade social ou da repartição dos encargos sociais, pelo qual apenas uma ou algumas pessoas não podem ficar individualmente oneradas por prejuízo a elas infringido para beneficiar todos os membros da coletividade.

⁴² Art. 246 - Antes da escolha, não poderá o devedor alegar perda ou deterioração da coisa, ainda que por força maior ou caso fortuito.

⁴³ Art. 393 - O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

⁴⁴ O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada”.

⁴⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 1064.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO

2.1. Responsabilidade Civil Nas Constituições Anteriores

Inicialmente, é importante frisar que o Direito Positivo Brasileiro nunca acolheu a teoria da irresponsabilidade do Estado, qual seja, aquela em que o Estado não poderia ser responsabilizado por atos de seus agentes.

Amaro Cavalcanti (1904 *apud* MELLO, 2015, p. 1054) registrou:

(...) No Brasil nunca se ensinou ou prevaleceu a irresponsabilidade do Estado pelos atos lesivos dos seus representantes. Se não havia nem há uma disposição de lei geral, reconhecendo e firmando a doutrina da responsabilidade civil do Estado, nem por isso menos certo que essa responsabilidade se acha prevista e consignada em diversos artigos de leis e decretos particulares; e, a julgar pelo teor das suas decisões e dos numerosos julgados dos Tribunais de Justiça e das decisões do próprio Contencioso Administrativo, enquanto existiu, é de razão concluir que a teoria aceita no país tem sido sempre a do reconhecimento da aludida responsabilidade, ao menos em princípio; ainda que deixando juntamente largo espaço para frequentes exceções, em vista dos fins e interesses superiores, que o Estado representa e tem por missão realizar em nome do bem comum.

Tal é, com efeito, a verdade de fato, sabida de todos, e sobre a qual não haveria mister insistir.

Tecendo comentários por ordem cronológica das Constituições Brasileiras, iniciamos com as Constituições de 1824 e 1891, essas Constituições não previam a responsabilidade civil do Estado, mas, em seu texto, trazia apenas disposições que previam a responsabilidade do agente estatal decorrente de omissão ou abuso quando do exercício de suas funções.

Embora as Constituições de 1824 e 1891 não previssem a responsabilidade civil do Estado, leis ordinárias e esparsas previam tal responsabilidade, sendo esta solidária entre o Estado e seus agentes. A responsabilidade civil do Estado prevista pelas leis infraconstitucionais foi acolhida pela jurisprudência nos casos de danos causados pelos serviços de correios, pela colocação de linhas telegráficas e por estradas de ferros, conforme leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro.⁴⁶

Em prosseguimento, a Constituição Federal de 1934 previu a responsabilidade civil do Estado como sendo solidária entre o Estado e seus funcionários, conforme positivado em seu

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 1463.

artigo 171: “os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos”⁴⁷.

A Constituição Federal de 1937 trouxe também a responsabilidade civil do Estado baseada no princípio da solidariedade entre Estado e funcionário, reproduzindo, inclusive, a norma acima transcrita.

No entanto, com a Constituição Federal de 1946 trouxe uma perspectiva diferente para a matéria, visto que passou a adotar a teoria da responsabilidade objetiva, como se pode observar em seu artigo 194: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”⁴⁸.

Pelo texto acima transcrito, fica claro que a partir da Constituição Federal de 1946, a responsabilidade civil do Estado não mais exigia a comprovação do fator culpa, sendo esta apenas perquirida para as ações regressivas contra os agentes que causaram o dano, de acordo com o artigo 194, parágrafo único: “caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”.⁴⁹

A Constituição Federal de 1967 trouxe também a responsabilidade civil objetiva do Estado, repetindo a norma acima transcrita em seu artigo 105, fazendo apenas uma pequena alteração em seu parágrafo único: “Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo”⁵⁰.

Por fim, a Constituição Federal de 1988, a teoria da responsabilidade objetiva permanece positivada em seu artigo 37, §6º: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes,

⁴⁷ BRASIL. **Constituição Federal de 1934.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁴⁸ Id. **Constituição Federal de 1946.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Id. **Constituição Federal de 1967.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 10 mar. 2021

nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”⁵¹.

2.2. Responsabilidade Civil no Código Civil

Primeiramente, o Código Civil de 1916 trazia uma influência francesa ao longo de seu texto, um exemplo disso no âmbito da responsabilidade é o seu artigo 159: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”⁵².

Pelo exposto acima, fica claro que o Código Civil de 1916 trazia a ideia do princípio aquiliano “*In lege Aquilia et levissima culpa venit*”, que significa que a culpa, ainda que levíssima, gera a obrigação de indenizar. Esse princípio foi adotado pelo direito francês com base no direito romano da Idade Média.

Além disso, o Código Civil de 1916 previa a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado, bem predominante pelo mundo naquela época, baseada na culpa do Estado, conforme positivado em seu artigo 15: “as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”⁵³.

No entanto, o texto acima transcrito gerou divergências quanto à sua interpretação, pois algumas pessoas entendiam que a norma era indubitável e consagrava a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado, de modo que não era necessária a comprovação de culpa. Por outro lado, algumas pessoas entendiam que a norma, na verdade, era uma clara previsão da teoria da responsabilidade objetiva do Estado, sendo necessária, portanto, a demonstração da culpa.

⁵¹ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁵² Id. **Lei 3.071. Institui o Código Civil de 1916**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁵³ Ibid.

A doutrina brasileira entendia que era necessária, de fato, a comprovação da culpa para consagrar a responsabilidade civil do Estado, conforme leciona José dos Santos Carvalho Filho⁵⁴:

Em nosso entender, a norma exigia a prova da culpa. Os pressupostos aí consignados – o procedimento contrário ao direito e a falta a dever prescrito por lei – revelavam que a responsabilidade estatal não se configuraria diante de fatos lícitos, mas, ao contrário, só diante de atos culposos. Se alguém agisse contrariamente ao direito ou faltasse a dever legal, sua conduta seria necessariamente culposa.

Necessário acrescentar, ainda, que Hely Lopes Meirelles compartilhava do mesmo entendimento, qual seja⁵⁵:

Temos para nós que o questionado art. 15 nunca admitiu a responsabilidade sem culpa, exigindo sempre e em todos os casos a demonstração desse elemento subjetivo para a responsabilização do Estado.

Não obstante, o Código Civil de 2002, atualmente em vigor, passou a regular a responsabilidade civil do Estado de acordo com a Constituição Federal de 1988, adotando a teoria do risco administrativo em seu artigo 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”.

Além disso, reafirma tal teoria em seu artigo 927, parágrafo único: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Resta claro que o Código Civil de 2002 está em plena consonância com a Constituição Federal de 1988. Entretanto, ao longo de seu texto, não cita as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, diferente do que acontece na Constituição Federal de 1988.

⁵⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 813.

⁵⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 783.

Alexandre dos Santos de Aragão destaca os fundamentos da responsabilidade civil objetiva do Estado pela prestação de serviços públicos do seguinte modo⁵⁶:

Nota-se que o caráter objetivo da responsabilidade pela prestação de serviços públicos em sentido estrito (não qualquer atividade administrativa) pode fundamentar-se, hoje, não apenas no art. 37, §6º, CF, mas também, pelo simples fato de serem serviços, no art. 12 do CDC (responsabilidade pelo fato do produto e do serviço) e no art. 927, parágrafo único, do Código Civil (responsabilidade objetiva das atividades de risco).

2.3. Responsabilidade Civil na Constituição Federal de 1988

Como explicitado neste capítulo, a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 37, §6º traz dois âmbitos da responsabilidade civil do Estado, quais sejam a responsabilidade objetiva do Estado e a responsabilidade subjetiva do agente público.

Primeiramente, o Estado representado pelas suas pessoas jurídicas de direito público, que são os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), as autarquias e fundações públicas de natureza autárquica, responde objetivamente pelos danos causados a terceiros, ou seja, para que ocorra tal responsabilização deve-se demonstrar o dano e seu nexo causal.

Quanto ao segundo âmbito da responsabilidade civil do Estado, as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, que são as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as fundações governamentais de direito privado e qualquer entidade com personalidade jurídica de direito privado que prestem serviços públicos por delegação do Poder Público, respondem subjetivamente pelos danos causados a terceiros, ou seja, para que ocorra tal responsabilização deve-se demonstrar, além do dano e seu nexo causal, a culpa ou dolo do agente público.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca ainda que o atual comando normativo constitucional ao falar em dano ocasionado por agente da pessoa jurídica, abrange todas as categorias de agente, podendo ser um agente político, administrativo ou particular em colaboração com a Administração⁵⁷.

⁵⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 1060.

⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 1466.

José dos Santos Carvalho Filho reitera a posição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao conceituar de maneira clara o termo agente presente no artigo 37, §6º da Constituição Federal. Para ele⁵⁸,

O termo agente tem sentido amplo, não se confundindo com o termo servidor. Este é de sentido mais restrito e envolve uma relação de trabalho entre o indivíduo e o Estado. O servidor é um agente do Estado, mas há outros agentes que não se caracterizam tipicamente como servidores (...).

De acordo com o artigo 2º da Lei nº 8.429/92, agente público é todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem-remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função na União, Estados, Distrito Federal, Municípios e nas entidades de suas respectivas Administrações Indiretas.

Em contraponto ao exposto acima, é evidente que as empresas públicas e as sociedades de economia mista que se dedicam à exploração de atividade econômica estão excluídas do âmbito estabelecido pelo artigo 37, §6º da Constituição Federal. Logo, estas pessoas são regidas pelas normas aplicáveis às empresas privadas, estando sujeitas, conseqüentemente, a responsabilidade subjetiva prevista no Código Civil.

Sérgio Cavalieri Filho evidencia de maneira muito clara essa distinção entre pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos e pessoas jurídicas de direito privado que exploram a atividade econômica e seus respectivos regimes jurídicos⁵⁹:

Deve, entretanto, ser ressaltada neste ponto a distinção estabelecida na própria Constituição entre empresas que executam atividade econômica e empresas prestadoras de serviços públicos. As primeiras – Petrobrás, Banco do Brasil, etc. – estão sujeitas ao regime jurídico das empresas privadas, só sendo permitido ao Estado explorá-las quando necessárias aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (Constituição, art. 173 e §1º). As segundas, empresas prestadoras de serviços públicos – Metrô, Rede Ferroviária Federal, Transportes Aéreos, Telefonia etc. –, estão sujeitas ao regime do Direito Público, incidindo então o art. 175 da Constituição. É que o serviço público, embora prestado por entidade privada, preserva a sua natureza estatal; a titularidade continua sendo da entidade pública – União, Estado ou Município – que recebeu da Constituição competência para explorá-lo (arts. 21, XI e XII; 25, §2º; 30, V).

⁵⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 819.

⁵⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 302-304.

Em síntese, a Constituição Federal de 1988 adota, em regra, a teoria do risco administrativo, ou seja, a responsabilidade civil do Estado é objetiva e, conseqüentemente, não necessita da comprovação da culpa *lato sensu* para que ocorra o dever de indenizar. Ademais, o Estado pode ajuizar ação de regresso contra o agente público que causou o dano, desde que comprovada sua culpa ou dolo no exercício da função, pois sua responsabilidade é subjetiva.

3. CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

3.1. Concessão como modalidade de delegação de serviços públicos

Inicialmente, ao tratarmos da matéria serviços públicos, é conveniente que tenhamos uma definição clara do que são os serviços públicos. Hely Lopes Meirelles traz o seguinte conceito de serviço público⁶⁰: “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”.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o serviço, por ser público e privativo é “*res extra commercium*”, que significa que o serviço público não é negociável e, por isso, não existe a transferência da titularidade do serviço público para o particular, mas apenas a transferência do exercício da atividade pública⁶¹. Por essa razão, para ele, serviço público é⁶²

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

Diante do exposto, fica claro que o Estado deve executar serviços públicos em benefício da coletividade, porém, nem sempre ele consegue fazer uma gestão direta dessas atividades, de modo que ele precisa delegar tais funções a outras pessoas, fazendo com que ocorra a descentralização dos serviços.

Cumpra destacar a diferença entre a prestação de serviços centralizada e a prestação de serviços descentralizada: a primeira se dá quando as pessoas integrantes da Administração Direta executam os serviços, ou seja, acumulam as figuras de titular e prestador de serviços. Já a segunda ocorre quando o Poder Público transfere a execução dos serviços para pessoas da Administração Indireta ou pessoas da iniciativa privada, por meio de outorga ou delegação.

⁶⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 418.

⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 734.

⁶² Ibid., p. 695.

No momento em que o Estado precisou assumir novas obrigações sociais e econômicas, ao sair do liberalismo da época, ele entendeu que precisaria transferir a terceiros a execução de determinados serviços público para uma melhor gestão desses serviços. Por isso, a concessão de serviço público foi a primeira modalidade de delegação de serviço público adotada pelo Estado.⁶³

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, essa delegação dos serviços públicos para uma melhor gestão pública tinha dois motivos⁶⁴: “De um lado, a ideia de especialização, com vistas à obtenção de melhores resultados; de outro lado, e com o mesmo objetivo, a utilização de métodos de gestão privada, mais flexíveis e mais adaptáveis ao novo tipo de atividade assumida pelo Estado”.

A concessão, assim como a permissão, está prevista como modalidades de delegação de serviços públicos no artigo 175 da Constituição Federal de 1988: “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”⁶⁵.

A norma acima transcrita não nos oferece dúvidas, pois mostra que a prestação de serviços públicos deve ser dar de maneira direta pela Administração ou de maneira descentralizada por meio das concessões e permissões.

José dos Santos Carvalho Filho explicita a que se refere essa atuação direta no exercício dos serviços públicos⁶⁶:

Para melhor entendimento da norma, é de considerar-se que, a despeito do termo diretamente, nele se inclui tanto a atuação direta *stricto sensu*, bem como a que o Estado desempenha através de sua Administração Indireta, resultante do processo de descentralização por delegação legal.

Além disso, o parágrafo único do artigo 175 da Constituição Federal de 1988 traz uma lista de quais princípios irão reger as concessões e permissões, conforme reproduzido a seguir:

⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 617.

⁶⁴ Ibid., p. 617.

⁶⁵ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁶⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 563.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado.

Além disso, é importante destacar que na concessão de serviço público apenas a execução do serviço é concedida, mas sua titularidade continua sendo do Poder Público, conforme evidenciado por Hely Lopes Meirelles⁶⁷:

Pela concessão o poder concedente não transfere propriedade alguma ao concessionário, nem se despoja de qualquer direito ou prerrogativa pública. Delega apenas a execução do serviço, nos limites e condições legais ou contratuais, sempre sujeita a -regulamentação e fiscalização do concedente. Como o serviço, apesar de concedido, continua sendo público, o poder concedente - União, Estado-membro, Município - nunca se despoja do direito de explorá-lo direta ou indiretamente, por seus órgãos, suas autarquias e empresas estatais, desde que o interesse coletivo assim o exija. Nessas condições, permanece com o poder concedente a faculdade de, a qualquer tempo, no curso da concessão, retomar o serviço concedido, mediante indenização, ao concessionário, dos lucros cessantes e danos emergentes resultantes da encampação. As indenizações, em tal hipótese, serão as previstas no contrato, ou, se omitidas, as que foram apuradas amigável ou judicialmente.

Celso Antônio Bandeira de Mello reitera o entendimento acima, pois para ele⁶⁸:

Só as pessoas de natureza pública podem ser titulares, ter como próprias as atividades públicas. Um particular jamais poderá reter (seja pelo tempo que for) em suas mãos, como senhor, um serviço público. Por isso, o que se transfere para o concessionário – diversamente do que ocorre no caso das autarquias – é tão só e simplesmente o exercício da atividade pública.

3.2. Conceito de concessão

Celso Antônio Bandeira de Mello traz o seguinte conceito de concessão⁶⁹:

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

⁶⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 487.

⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 734.

⁶⁹ Ibid., 2015, p. 725-726.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, a classificação básica das concessões de serviços públicos a divide em duas categorias, quais sejam as concessões comuns (ou tradicionais, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷⁰) e as concessões especiais⁷¹.

As concessões comuns ou tradicionais estão previstas e são reguladas na Lei nº 8.987/95 em duas modalidades: concessões de serviços públicos simples e concessões de obra pública (esta última também está prevista na Lei nº 11.079/04). Em ambas a remuneração decorre de tarifas pagas pelos usuários ou outra forma de remuneração decorrente da própria exploração do serviço. Portanto, o poder concedente não dá qualquer contraprestação pecuniária ao concessionário.

Para melhor entendimento, José dos Santos Carvalho Filho conceitua a concessão de serviço público simples⁷²:

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

O conceito acima é reiterado pelo artigo 2º, inciso II da Lei nº 9.897/95:

“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”⁷³.

Dessa forma, como o serviço público será prestado em prol da coletividade, cabe a ela arcar com o ônus de remunerar o executor, que nesse caso é o concessionário. Por essa razão, José dos Santos Carvalho Filho diz que há uma participação tríplice de sujeitos, quais sejam o concessionário, o concedente e o usuário⁷⁴.

⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 615.

⁷¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 562.

⁷² Ibid., p. 565.

⁷³ BRASIL. **Lei 8.987 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/18987compilada.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁷⁴ Ibid., p. 566.

A concessão de serviço público simples pode ter seu objeto dividido em dois: o mediato e o imediato. José dos Santos Carvalho Filho explica a diferença entre esses dois objetos⁷⁵:

Mediatamente significa a vontade administrativa de gerir, de forma descentralizada, determinado serviço público, calcada na necessidade de agilizar a atividade, de conferir maior celeridade na execução e de melhor atender aos indivíduos que a solicitam. O objeto imediato é a execução de determinada atividade caracterizada como serviço público, a ser desfrutada pela coletividade.

Quanto à segunda modalidade de concessão comum, os doutrinadores dão a ela duas nomenclaturas: Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷⁶ prefere chamá-la de concessão de obra pública, enquanto José dos Santos Carvalho Filho⁷⁷ a chama conforme nomenclatura dada pela Lei nº 8.987/95, qual seja, concessão de serviço público precedida da execução de obra pública.

Para melhor entendimento, José dos Santos Carvalho Filho conceitua a concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: “é o contrato administrativo através do qual o Poder Público ajusta com pessoa jurídica ou consórcio de empresas a execução de determinada obra pública, por sua conta e risco, delegando ao construtor, após a conclusão, sua exploração por determinado prazo”⁷⁸.

O conceito acima é mais bem explicitado pelo artigo 2º, inciso III da Lei nº 8.987/95:

“concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado”⁷⁹.

A concessão de serviço público precedida de execução de obra pública tem uma duplicidade em seu objeto, conforme José dos Santos Carvalho Filho menciona ao explicar do que ela se trata: “instituto com duplicidade de objeto, devendo-se distinguir o exercício da atividade a ser prestada ao público da execução da obra em si mesma”⁸⁰.

⁷⁵ Ibid., p. 566.

⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op cit., p. 614.

⁷⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 562.

⁷⁸ Ibid., p. 568.

⁷⁹ BRASIL **Lei 8.987 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/18987compilada.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁸⁰ Ibid., p. 567.

A duplicidade de objeto indicada acima não significa que o Poder Público transfere a obra pública. No entanto, significa que o concessionário é autorizado pelo poder concedente para realizar previamente a obra pública, para, então, posteriormente, prestar o serviço público concedido.

Em suma, José dos Santos Carvalho Filho clarifica essa duplicidade da seguinte maneira⁸¹:

O primeiro deles encerra um ajuste entre o concedente e o concessionário para o fim de ser executada determinada obra pública. Há aqui verdadeiro contrato de construção de obra, assemelhado aos contratos administrativos de obra em geral, deles se distinguindo, contudo, pela circunstância de que o concedente não remunera o concessionário pela execução, o que não ocorre naqueles (...). O segundo objeto é que traduz uma real concessão, vale dizer, o concedente, concluída a obra, transfere sua exploração, por determinado prazo, ao concessionário. É o serviço público de exploração da obra pública que vai ser concedido, incumbindo àqueles que dele desfrutarem (os usuários) o pagamento da respectiva tarifa em prol de quem construiu a obra e agora explora o serviço dela decorrente. Firma-se, por conseguinte, um pacto de construção e um de concessão do serviço.

Cumprido destacar que caso o Poder Público realize uma obra pública e, posteriormente, venha a transferir sua exploração a terceiros privados, isso não caracteriza uma concessão de serviço público precedida de execução de obra pública. José dos Santos Carvalho Filho dá um exemplo desse caso⁸²:

Diversa, no entanto, é a hipótese em que o Estado constrói, por exemplo, um estacionamento com seus próprios recursos, mas não tem interesse em sua exploração. Se resolver transferi-la a particulares, o negócio jurídico a ser firmado se caracterizará como concessão de uso de bem público, instituto de natureza diversa do que se prevê na Lei nº 8.987/1995. O mesmo sucederá se o Estado realiza construção para fins de específica exploração empresarial (não será a regra, mas se afigura possível) – diversa, pois, da noção de serviços públicos: poderá alugá-lo a terceiros; dar em comodato; ou celebrar concessão de uso, remunerada ou gratuita. Também aqui não incidirá aquele diploma legal.

Já as concessões especiais estão previstas e são reguladas pela Lei nº 11.079/04 em duas modalidades: concessões patrocinadas e concessões administrativas. A primeira constitui uma forma de parceria público-privada, ocorrendo remuneração através da tarifa paga pelos usuários combinada com a contraprestação pecuniária do poder concedente ao concessionário. A

⁸¹ Ibid., p. 568-569.

⁸² Ibid., p. 567-568.

segunda tem a remuneração decorrente da contraprestação pecuniária feita do poder concedente ao concessionário.

3.3. Natureza Jurídica: Contrato administrativo

A natureza jurídica da concessão de serviço público pode ser identificada facilmente em alguns conceitos, como é o caso do conceito dado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro a seguir transcrito⁸³:

Pode-se definir concessão, em sentido amplo, como o contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público, de obra pública ou de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais.

Além disso, a Lei nº 8.987/95 confirma a natureza contratual da concessão em seu artigo 4º: “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” (g.n.)⁸⁴.

Dessa forma, por ter natureza jurídica de contrato administrativo, a concessão está regida pelas normas de direito público, mais especificamente, pela Lei nº 8.987/95. Porém, também pode ser regida, supletivamente, por normas de direito privado, como acontece com os contratos em geral.

José dos Santos Carvalho Filho, traz três aspectos básicos que enquadram a concessão como contrato administrativo, quais sejam: “(a) o objeto contratual é complementado por atos unilaterais posteriores à celebração do ajuste; (b) a autoexecutoriedade das pretensões da Administração; (c) o respeito ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro fixado no início”⁸⁵.

Hely Lopes Meirelles traz o seguinte conceito de contrato de concessão⁸⁶:

⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 615.

⁸⁴ BRASIL. **Lei 8.987 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/l8987compilada.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁸⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 570.

⁸⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 486-487.

O contrato de concessão é ajuste de Direito Administrativo, bilateral, oneroso, comutativo e realizado intuitu personae. Com isto se afirma que é um acordo administrativo (e não um ato unilateral da Administração), com vantagens e encargos recíprocos, no qual se fixam as condições pessoais de quem se propõe a executá-lo por delegação do poder concedente. Sendo um contrato administrativo, como é, fica sujeito a todas as imposições da Administração necessárias à formalização do ajuste, dentre as quais a autorização governamental, a regulamentação e a licitação.

José dos Santos Carvalho Filho reitera o conceito exposto acima, dizendo que⁸⁷:

O contrato de concessão é bilateral, visto que gera obrigações para ambos os contratantes; comutativo, porque não existe álea, ou seja, são equivalentes e previamente identificadas as obrigações das partes; intuitu personae, eis que o concessionário não pode ceder suas obrigações, e, sobretudo, o serviço que lhe foi delegado, a terceiros, sem prévio assentimento do concedente; e formal, já que necessária é a formalização das vontades e o mais detalhado lineamento das obrigações cominadas aos contratantes.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸⁸, após explicitar as diversas teorias acerca da natureza jurídica da concessão, entende que a concessão possui natureza jurídica de contrato administrativo que se submete ao regime jurídico de direito público porque possui os elementos característicos de um contrato, quais sejam: ambas as partes sofrem os efeitos jurídicos, existem interesses contraditórios e acordo de vontades sobre determinado objeto.

Como a concessão de serviço público é um contrato administrativo, ela também possui as cláusulas exorbitantes destes “que conferem ao concedente os poderes de alterar e rescindir unilateralmente o contrato, fiscalizar a sua execução, aplicar penalidades; tem a mesma característica da mutabilidade, aplicando-se-lhes as teorias do fato do príncipe e da imprevisão”⁸⁹.

Apesar de ter a natureza jurídica de contrato administrativo, a concessão possui características específicas e peculiares. Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁹⁰ as destaca: a lei define quais atividades são consideradas como serviços públicos e apenas essas atividades poderão ser objeto de concessão; o poder concedente transfere ao concessionário apenas a execução desses serviços e não sua titularidade; a concessão precisa ser feita sempre mediante licitação na modalidade concorrência; o concessionário executa os serviços públicos em seu próprio nome

⁸⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 572.

⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 616.

⁸⁹ Ibid., p. 616.

⁹⁰ Ibid., p. 625.

e risco, mediante remuneração; tal remuneração deve ser fixada no contrato; o usuário tem direito à receber uma prestação de serviço adequada, obrigação esta que deve ser devidamente cumprida pelo concessionário; a concessão deve observar os princípios da continuidade do serviço público, da mutabilidade do regime jurídico, da igualdade de tratamento dos usuários, da regularidade, continuidade, eficiência, transparência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas; o concessionário possui responsabilidade objetiva por danos causados a terceiros.

Como foi mencionado acima, a concessão deve respeitar a regra de procedimento prévio de licitação, tendo em vista que se trata de um contrato administrativo. Tal obrigatoriedade está associada aos princípios da moralidade e igualdade, tendo que respeitar a norma constitucional. Dessa maneira, o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal diz que:

“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” (g.n.)⁹¹.

O caráter obrigatório da licitação também está previsto na Lei nº 8.987/95, em seu artigo 14: “toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório” (g.n)⁹².

Essa obrigatoriedade de licitação é uma das grandes diferenças dos contratos de concessão frente a outros termos administrativos, pois no caso da concessão não existe a possibilidade de dispensa ou ilegitimidade de licitação.

Além disso, a concessão de serviço público, em todas as suas modalidades, deve utilizar-se da modalidade licitatória concorrência, conforme previsto na Lei nº 8.987/95, nos dispositivos transcritos a seguir:

⁹¹ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁹² Id. **Lei 8.987 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/18987compilada.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

“Art. 2º (...)

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

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

Hely Lopes Meirelles diz quais critérios devem ser avaliados no julgamento da licitação para concessão de serviço público, são eles⁹³:

- a) menor valor da tarifa do serviço a ser prestado; b) maior oferta pela outorga da concessão; c) melhor proposta técnica com preço fixado no edital; d) combinação de proposta técnica com o valor da tarifa; e) combinação de proposta técnica com o preço da concessão; f) melhor preço da concessão, após aprovação da proposta técnica; g) menor valor da tarifa, após aprovação da proposta técnica.

3.4. A responsabilidade do concessionário

Inicialmente, cumpre destacar que quando ocorre a transferência da execução do serviço público a outrem, ocorre, juntamente, a transferência do ônus da responsabilidade pela prestação adequada do serviço concedido. Por esta razão, a responsabilidade do concessionário se inicia a partir do momento que ele assume todos os riscos decorrentes da concessão, estabelecida através de um contrato administrativo. Por isto, existe uma responsabilidade administrativa e civil do concessionário por danos causados a terceiros, usuários e até mesmo ao poder concedente.

Em regra, aplica-se ao concessionário a Teoria do Risco Administrativo, pois toda e qualquer pessoa que se propõe a desenvolver determinada atividade, arca, necessariamente, com a obrigação de responder por eventuais danos. Hely Lopes Meirelles ratifica esse entendimento quando expõe sua análise acerca do artigo 37, §6º da Constituição Federal⁹⁴:

O exame desse dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativo a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa

⁹³ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 493.

⁹⁴ Ibid., p. 785.

no cometimento da lesão. Firmou, assim, o princípio objetivo da responsabilidade sem culpa pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados.

Isto posto, não restam dúvidas que a responsabilidade dos concessionários é objetiva, ou seja, não é necessária a comprovação de culpa, mas somente do nexo de causalidade entre a conduta, podendo ser lícita ou ilícita, e o dano.

Em consonância com o exposto acima, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que⁹⁵:

O concessionário – já foi visto – gere o serviço por sua conta, risco e perigos. Daí que incumbe a ele responder perante terceiros pelas obrigações contraídas ou por danos causados. Sua responsabilidade pelos prejuízos causados a terceiros e ligados à prestação do serviço governa-se pelos mesmos critérios e princípios retores da responsabilidade do Estado, pois ambas estão consideradas conjuntamente no mesmo dispositivo constitucional, o art. 37, §6º (...). Isto significa, conforme opinião absolutamente predominante no Direito brasileiro, que a responsabilidade em questão é objetiva, ou seja, para que seja instaurada, prescinde-se de dolo ou culpa da pessoa jurídica, bastando a relação causal entre a atividade e o dano.

De acordo com o exposto, apenas o concessionário responde diretamente pelos danos causados, de modo que a ideia de responsabilidade solidária do Estado deve ser afastada. Não obstante, surge a convicção de que o Estado teria uma responsabilidade subsidiária perante os atos dos concessionários. Em outras palavras, a obrigação de indenizar o lesado não será compartilhada entre dois ou mais devedores, como seria na obrigação solidária. Porém, no presente caso, haverá apenas um devedor principal e quando ele não cumprir sua obrigação, o Estado responderá subsidiariamente pela obrigação. Em razão disso, o Estado só deve ser acionado quando ocorrer a insolvência do concessionário.⁹⁶

No entanto, como a delegação do serviço público não pode afastar a obrigação do Estado de prestar um serviço público adequado e reparar um dano, caso este ocorra, tendo em vista que a titularidade do serviço público continua sendo do Estado, parte da doutrina discorda da responsabilidade subsidiária do Estado.

Segundo uma parcela da doutrina, quando o Poder Público delega a prestação de um serviço público ao particular, ele pode responder por falha na escolha do concessionário (culpa “*in eligendo*”) ou por falha na fiscalização do serviço concedido (culpa “*in vigilando*”).

⁹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 780.

⁹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 592.

Neste sentido, Yussef Said Cahali expõe que⁹⁷:

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

Outrossim, parcela significativa da doutrina está em consonância com a primeira vertente, qual seja, a responsabilidade subsidiária do Estado, porquanto o fato de o poder concedente realizar fiscalização do serviço concedido não diminui ou exclui a responsabilidade objetiva do concessionário, sendo esta fiscalização considerada boa ou má, ou seja, tendo sido realizada de maneira correta ou falha, conforme previsto no artigo 25 da Lei 8.987/95⁹⁸:

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.

José dos Santos Carvalho elucidava isto do seguinte modo⁹⁹: “(...) a responsabilidade do concessionário em relação a prejuízos causados ao concedente é integral, vale dizer, não pode ele pretender reduzir sua responsabilidade, ou mitigá-la, sob o pretexto de que houve falha na fiscalização”.

Não obstante, caso haja de fato falha ou até mesmo ausência de fiscalização por parte do poder concedente, o concessionário, apesar de ter responsabilidade primária integral, pode exigir direito de regresso contra o poder concedente, pois este terá contribuído para a ocorrência do resultado danoso. Assim sendo, caso o Estado, tendo contribuído para o evento danoso, não fosse obrigado a indenizar o concessionário em sua proporção devida, estaria obtendo enriquecimento ilícito.

⁹⁷ CAHALI, Yussef Sahid. Op. cit., p. 124.

⁹⁸ BRASIL. **Lei 8.987 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/18987compilada.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 591.

José dos Santos Carvalho Filho reitera o que foi abalizado acima¹⁰⁰:

O direito de regresso deverá ser exercido pelo concessionário para postular a reparação de seu prejuízo na justa medida da contribuição do concedente para o resultado danoso cujo prejuízo lhe provocou o dever de indenizar. Assim, se, por exemplo, o concedente contribuiu pela metade para o resultado danoso, tem o concessionário, após ter reparado integralmente os prejuízos do lesado, o direito de postular o reembolso de metade do que foi obrigado a indenizar. Sentido diverso levaria a verdadeiro e indevido enriquecimento sem causa por parte do Estado: tendo agido com culpa e não tendo dever indenizatório, estar-se-ia locupletando de sua própria torpeza.

Por outro lado, é óbvio que se o Poder Público tiver cumprido adequadamente seu dever de fiscalização, de modo que não contribuiu para o resultado danoso decorrente da atividade do concessionário, não há que se falar em direito de regresso contra o poder concedente, visto que não existe culpa concorrente neste caso. No entanto, se, mesmo que o poder concedente não tenha contribuído para o evento danoso, o concessionário não tiver condições financeiras de reparar o prejuízo causado a terceiros, àquele que sofreu o dano pode exigir reparação por parte do poder concedente, pois este possui responsabilidade subsidiária pelos atos cometidos por seus agentes.

Assim sendo, José dos Santos Carvalho Filho diz que¹⁰¹:

Insolvente o concessionário, passa a não mais existir aquele a quem o concedente atribuiu a responsabilidade primária. Sendo assim, a relação jurídica indenizatória se fixará diretamente entre o lesado e o Poder Público, de modo a ser a este atribuída a responsabilidade civil subsidiária. A razão está no fato de que os danos foram causados pelo concessionário, atuando em nome do Estado.

Além disso, não se pode olvidar que já existiu o debate acerca da responsabilidade das concessionárias perante os usuários e não usuários. Inicialmente, existia o entendimento de que o concessionário não seria responsabilizado objetivamente se causasse danos a não usuários do serviço público concedido, pois apenas o usuário era considerado detentor do direito subjetivo de ganhar a execução adequada do serviço público. Tal entendimento pode ser visto na ementa do julgado abaixo¹⁰²:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO.

¹⁰⁰ Ibid., p. 592.

¹⁰¹ Ibid., p. 592.

¹⁰² BRASIL Superior Tribunal de Justiça. RE: 262651 SP. Relator: Carlos Velloso. Julgamento: 16/11/2005.

CONCESSIONÁRIO OU PERMISSIONÁRIO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. C.F., art. 37, § 6º. **I. - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente aos usuários do serviço, não se estendendo a pessoas outras que não ostentem a condição de usuário.** Exegese do art. 37, § 6º, da C.F. II. - R.E. conhecido e provido. (g.n.)

No entanto, houve evolução jurisprudencial e, atualmente, entende-se que o concessionário responde pelos danos causados aos usuários e aos não usuários. Tendo em vista que o concessionário segue a mesma regra de responsabilização que o Estado, ele deve responder como se o serviço público estivesse sendo executado pelo Poder Público, pois o interesse público está presente.

De modo a reiterar o atual entendimento jurisprudencial, transcrevo abaixo o Informativo nº 458 do Supremo Tribunal Federal – Responsabilidade Civil dos Prestadores de Serviço Público e Terceiros Não-Usuários¹⁰³:

O Tribunal iniciou julgamento de recurso extraordinário interposto contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco que, com base no princípio da responsabilidade objetiva (CF, art. 37, § 6º), condenara a recorrente, empresa privada concessionária de serviço público de transporte, ao pagamento de indenização por dano moral a terceiro não-usuário, atropelado por veículo da empresa. **O Min. Joaquim Barbosa, relator, negou provimento ao recurso por entender que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva também relativamente aos terceiros não-usuários do serviço.** Asseverou que, em razão de a Constituição brasileira ter adotado um sistema de responsabilidade objetiva fundado na teoria do risco, mais favorável às vítimas do que às pessoas públicas ou privadas concessionárias de serviço público, toda a sociedade deveria arcar com os prejuízos decorrentes dos riscos inerentes à atividade administrativa, tendo em conta o princípio da isonomia de todos perante os encargos públicos. Ademais, reputou ser indevido indagar sobre a qualidade intrínseca da vítima, a fim de se verificar se, no caso concreto, configura-se, ou não, a hipótese de responsabilidade objetiva, haja vista que esta decorre da natureza da atividade administrativa, a qual não é modificada pela mera transferência da prestação dos serviços públicos a empresas particulares concessionárias do serviço. Após os votos dos Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Carlos Britto que acompanhavam o voto do relator, pediu vista dos autos o Min. Eros Grau. (g.n.)

Desse modo, entendemos que a Constituição Federal de 1988 em momento algum exige que o lesionado esteja na qualidade de usuário para que tenha seu dano reparado. Celso Antônio Bandeira de Mello leciona no mesmo sentido¹⁰⁴:

Ressalte-se que para a deflagração da responsabilidade pública tal como prevista no art. 37, §6º, o Texto Constitucional não faz qualquer exigência no que concerne à

¹⁰³ Id. Supremo Tribunal de Justiça. **RE 459749/PE**. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julgamento:8/3/2007.

¹⁰⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 780.

qualificação do sujeito passivo do dano; isto é: não requer que os atingidos pelo dano o sejam a título de usuários. Portanto, para a produção dos efeitos supostos na regra é irrelevante se a vítima é usuária do serviço ou um terceiro em relação a ele. Basta que o dano seja produzido pelo sujeito na qualidade de prestador do serviço público. Também não se poderia pretender que, tratando-se de pessoa de Direito Privado, a operatividade do preceito só se daria quando o lesado houvesse sofrido o dano na condição de usuário do serviço, porque o texto dá tratamento idêntico às “pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos”. Assim, qualquer restrição benéfica a estes últimos valeria também para os primeiros, e ninguém jamais sufragaria tal limitação à responsabilidade do Estado.

O entendimento destacado acima também se tornou uma tese de Repercussão Geral, com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 591.874: “A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da Constituição Federal”¹⁰⁵.

Diante de todo o exposto, está claro que a Constituição Federal em momento algum faz distinção entre usuários e não usuários quanto à responsabilidade do concessionário. Desse modo, se o Estado responde objetivamente pelos danos causados a usuários e a terceiros, assim também deve ser para os concessionários, visto que a Constituição Federal, em seu artigo 37, §6º, equiparou, para fins de responsabilidade objetiva, o Estado e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 591874 MS**. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno. Julgado em 26/08/2009.

4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

4.1. Responsabilidade Das Concessionárias

Diante de todo o exposto até aqui, ficou claro que, de acordo com a doutrina, através da interpretação do dispositivo constitucional, a responsabilidade do concessionário é objetiva e teoria adotada é a teoria do risco administrativo, em que basta a existência do dano e do nexo causal para que seja configurada a responsabilidade.

Isto posto, analisaremos agora se os Tribunais Superiores estão julgando os casos concretos de acordo com o entendimento da doutrina, ou seja, responsabilizando o concessionário de maneira objetiva.

Inicialmente, temos o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 951.552, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, no qual se discutiu a responsabilidade da concessionária em um acidente de trânsito na rodovia pedagiada por ela. Em relação à tal acidente, foram configurados danos materiais, gerando o dever de indenizar, consolidando a responsabilidade objetiva da concessionária, conforme ementa transcrita abaixo¹⁰⁶:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Acidente de trânsito. Rodovia pedagiada. **Concessionária de serviço público. Responsabilidade objetiva. Possibilidade. Elementos da responsabilidade civil demonstrados na origem. Dever de indenizar.** Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes. **1. A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por atos omissivos, em situações como a ora em exame, desde que demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão.** 2. Inadmissível, em recurso extraordinário, a análise de legislação infraconstitucional e o reexame do conjunto fático-probatório da causa. Incidência das Súmulas nºs 636 e 279/STF. 3. Agravo regimental não provido. 4. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC, tendo em vista que, na origem, os honorários advocatícios já foram fixados no limite máximo previsto no § 2º do mesmo artigo. (grifos acrescentados)

Em seu relatório, o Ministro relator alicerçou sua decisão demonstrando que os elementos que ensejam a responsabilidade objetiva da concessionária estavam presente no caso

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgR ARE: 951552**. Relator: Min. Dias Toffoli. Segunda Turma. Julgamento: 02/08/2016.

em tela, devendo prevalecer o caráter soberano do pronunciamento dos Tribunais originários sobre a matéria de fato. Assim sendo, o Ministro Dias Toffoli destacou¹⁰⁷:

Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o "eventus damni" e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. - O dever de indenizar, mesmo nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva do Poder Público, supõe, dentre outros elementos (RTJ 163/1107-1109, v.g.), a comprovada existência do nexo de causalidade material entre o comportamento do agente e o "eventus damni", sem o que se torna inviável, no plano jurídico, o reconhecimento da obrigação de recompor o prejuízo sofrido pelo ofendido. - **A comprovação da relação de causalidade - qualquer que seja a teoria que lhe dê suporte doutrinário (teoria da equivalência das condições, teoria da causalidade necessária ou teoria da causalidade adequada) - revela-se essencial ao reconhecimento do dever de indenizar, pois, sem tal demonstração, não há como imputar, ao causador do dano, a responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos pelo ofendido.** (grifos acrescidos)

O Superior de Tribunal de Justiça julgou Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 862.673, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, que também é um caso de acidente, mas desta vez, um acidente ferroviário que teve o resultado morte, após o atropelamento de uma transeunte. Nesta situação, os parentes da vítima, quais sejam, o pai, os irmãos e a filha, propuseram a Ação de Indenização por Danos Morais por omissão da concessionária, em outras palavras, pela ausência de fiscalização e manutenção do trecho ferroviário por ela explorado. O acórdão restou assim ementado¹⁰⁸:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. **RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE EM VIA FÉRREA. DEVER DE INDENIZAR.** REVISÃO DO ENTENDIMENTO DA CORTE DE ORIGEM. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ. HONORÁRIOS. ART. 21 DO CPC. REEXAME FÁTICO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Cuida-se, na origem, de Ação de Indenização por Danos Morais proposta por José Ribamar de Sousa e outros (irmãos, pai e filha) contra a Supervia Concessionária de Transporte Ferroviário S/A, em razão da morte de sua parente Domingas de Sousa Coutinho em acidente na via férrea. **2. Com relação à responsabilidade da agravante pela omissão na manutenção e fiscalização do trecho ferroviário e seu dever de indenizar, o Tribunal a quo registrou: "A prova documental acostada aos autos fornece suporte e verossimilhança às alegações dos autores, no sentido de haver ocorrido o acidente nas instalações da ferrovia operada pela ré, ocasião em que a vítima sofreu as lesões que conduziram a sua morte. O Boletim de Ocorrência Policial, não impugnado especificamente, demonstra de forma cristalina a ocorrência do evento danoso e o nexo causal. (...) Da mesma forma, não há nos autos qualquer elemento produzido pela parte ré que possa caracterizar a contribuição causal da vítima ou de terceiros na ocorrência do**

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp: 862673 RJ**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgamento: 04/08/2016.

evento, a romper o nexu causal e excluir o dever sucessivo de indenizar, tal como determina o artigo 333, II do Estatuto Processual Civil. (...) É indiscutível, assim, a responsabilidade da concessionária que explora economicamente qualquer trecho ferroviário ou até mesmo rodoviário, quanto ao dever de mantê-lo cercado e bem fiscalizado, mormente em locais notoriamente utilizados por transeuntes como caminho rotineiro, sendo esta, a hipótese dos autos". Como se vê, o Tribunal a quo, ao analisar o contexto fático-probatório dos autos, registrou expressamente ter ocorrido responsabilidade da agravante e o dever de indenizar. Rever esse entendimento esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 3. O STJ tem entendimento firme de ser impossível rever o quantitativo em que autor e ré decaíram do pedido para fins de aferir a sucumbência recíproca ou mínima, por demandar reexame do conjunto fático-probatório dos autos, vedado pela Súmula 7/STJ. 4. Agravo Regimental não provido. (grifos acrescidos)

Em caso semelhante, o Superior Tribunal de Justiça perfilhou o mesmo entendimento de que caberia responsabilidade objetiva do concessionário quando este faltasse com o seu dever de fiscalização. O Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 734.752, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, trouxe um caso idêntico ao acima mencionado, visto que também ocorreu um acidente ferroviário com resultado morte, decorrente da falta de cautela da concessionária, já que era de seu conhecimento que existia um buraco no muro para acesso a linha férrea, em que pedestres a estavam cruzando por ali sem qualquer segurança. Veja-se a ementa¹⁰⁹:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ATROPELAMENTO EM VIA FÉRREA. FALECIMENTO DA VÍTIMA. CULPA DA CONCESSIONÁRIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ART. 37, § 6.º, CF. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL NÃO ATACADO POR MEIO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 126/STJ. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. NÃO CONFIGURAÇÃO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. PENSIONAMENTO. JURISPRUDÊNCIA. SÚMULA 83/STJ. DANOS MORAIS. R\$ 40.000,00 PARA COMPENSAR O PAI DA VÍTIMA. R\$ 25.000,00 PARA COMPENSAR A IRMÃ DO FALECIDO. VALOR NÃO EXCESSIVO. REVOLVIMENTO DO PATAMAR FIXADO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. PARADIGMA. INAPTIDÃO. NÃO INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL TIDO POR INTERPRETADO DE FORMA DIVERGENTE POR OUTRO TRIBUNAL. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. AGRAVO DESPROVIDO.

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça também entende que a responsabilidade é objetiva quando há falha na prestação de serviço da concessionária. No caso a seguir, temos o Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 924.819, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, em que a má prestação do serviço público pela concessionária de

¹⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp: 734752 RJ**. Relator: Ministro Paulo De Tarso Sanseverino. Julgamento: 07/04/2016.

energia elétrica resultou na morte de uma criança de 11 (onze) anos por eletrocussão, conforme se verifica na ementa¹¹⁰:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. **RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. MORTE DE CRIANÇA POR ELETROCUSSÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.** REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ. INCIDÊNCIA. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. NÃO INTERPOSIÇÃO. SÚMULA Nº 126/STJ. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. SÚMULA Nº 83/STJ. APLICABILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ) **2. As concessionárias de energia elétrica são objetivamente responsáveis pelos danos decorrentes da má prestação do serviço público, cabendo-lhes adotar medidas de segurança e vigilância para prevenir acidentes, sobretudo por se tratar de atividade de risco inerente. Precedentes.** **3. No caso concreto, o Tribunal de origem concluiu, com base no laudo pericial e nos depoimentos testemunhais, que a morte da criança por eletrocussão decorreu de falha na prestação do serviço público pela concessionária, não ficando caracterizada a culpa exclusiva da vítima, então com 11 (onze) anos de idade.** 4. Rever as conclusões do acórdão recorrido demandaria o reexame de matéria fática e das demais provas constantes dos autos, procedimento inviável em recurso especial, consoante o óbice da Súmula nº 7/STJ. 5. Incide a Súmula nº 126/STJ na hipótese em que o acórdão recorrido se assenta em fundamentos de natureza infraconstitucional e constitucional (art. 37, § 6º, da Constituição), qualquer deles suficiente, por si só, para manter a conclusão do julgado e a parte vencida não interpôs o indispensável recurso extraordinário. 6. É pacífico o entendimento desta Corte Superior de que a Súmula nº 83/STJ se aplica a ambas as alíneas (a e c) do permissivo constitucional. Precedentes. 7. Indenização arbitrada em quantia ínfima (R\$ 20.000,00) se comparada a casos análogos. 8. Agravo interno não provido. (grifos acrescidos)

Em outra oportunidade, o Superior Tribunal de Justiça consagrou a responsabilidade objetiva da concessionária pelo descumprimento do seu dever legal de segurança na execução do serviço público, decorrente de um acidente no desembarque da composição férrea, em que a autora sofreu um empurrão por outro passageiro no momento do desembarque da composição. Ao longo da decisão do Agravo em Recurso Especial nº 1.615.242¹¹¹, o Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, traz a ementa do acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL. SUPERVIA. EMPURRÃO SOFRIDO PELA AUTORA NO MOMENTO DO DESEMBARQUE DA COMPOSIÇÃO FÉRREA DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELO DA RÉ. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA, DIANTE DA ATIVIDADE EXERCIDA PELA DEMANDADA. ARTIGO 37, § 6.º, DA CONSTITUIÇÃO

¹¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp: 924819 CE**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento: 03/12/2018.

¹¹¹ Id. **AREsp: 1615242 RJ 2019/0332793-9**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Publicação: 28/02/2020.

DA REPÚBLICA. PROVAS COLIGIDAS QUE DEMONSTRAM DESCUMPRIMENTO PELA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DO SEU DEVER LEGAL DE SEGURANÇA. FORTUITO INTERNO, VISTO QUE O USUÁRIO QUE CONTRATA OS SERVIÇOS DE UMA EMPRESA DE TRANSPORTE TEM A LEGÍTIMA EXPECTATIVA DE SER TRANSPORTADO COM SEGURANÇA E QUALIDADE. PRECEDENTES. ARTIGO 734 DO CÓDIGO CIVIL. CLÁUSULA DE INCOLUMIDADE DECORRENTE DO CONTRATO DE TRANSPORTE QUE IMPÕE AO TRANSPORTADOR O DEVER DE CONDUÇÃO DO TRANSPORTADO SÃO E SALVO DA ORIGEM AO DESTINO. VERBAS PELOS DANOS MATERIAIS, MORAL E ESTÉTICO CORRETAMENTE ARBITRADAS. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (grifos acrescidos)

Além disso, ao longo do voto o Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze continua demonstrando que o Colegiado Estadual já havia se manifestado acerca do entendimento jurisprudencial relativo à responsabilidade objetiva da concessionária, fundamentada no artigo 37, §6º da Constituição Federal de 1988, em que não há a necessidade da comprovação de culpa por parte do agente, adotando, portanto, a teoria do risco administrativo, conforme as considerações destacadas a seguir¹¹²:

Trata-se de ação de reparação de danos movida por Verônica Conrado Silva em face da Supervia Concessionária de Transporte Ferroviário S.A., vítima de acidente, ocorrido na saída da composição férrea da ré, em 17 de setembro de 2014, ocasião em que foi empurrada por outro passageiro. **In casu, a questão posta em juízo tem por objeto aferir a responsabilidade da ré com relação ao acidente envolvendo a autora, com fulcro no § 6.º do artigo 37 da Constituição da República: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros".** Fica claro pela leitura do dispositivo que o legislador originário fez opção pela responsabilidade objetiva do Estado e de suas Concessionárias, sem necessidade de demonstração de culpa, uma vez que o texto constitucional não faz qualquer menção a isso. Certo é que as disposições constitucionais referidas se consolidam a partir da teoria do risco administrativo, na qual se afasta a necessidade de comprovação de culpa por parte do agente, considerando-se a hipossuficiência do administrado, no que tange a sua capacidade probatória, bem quanto à regularidade dos serviços prestados. Assim, diante da natureza objetiva da responsabilidade da SUPERVIA, fundada no art. 37, § 6.º, da Constituição da República, revela-se suficiente a prova do fato, do dano e do nexa causal entre ambos, não se exigindo o elemento "culpa". E, nessa esteira, tratando-se de responsabilidade civil objetiva de pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público (CR/88, art. 37, § 6.º), somente poderia ser elidida por caso fortuito, força maior ou fato exclusivo da vítima ou de terceiro. (grifos acrescidos)

No caso em tela, temos a situação de uma usuária sofrendo um dano resultante do serviço público que lhe é prestado de maneira incorreta, visto que não teve o devido cumprimento das normas de segurança esperadas. No entanto, a concessionária de serviço

¹¹² Ibid.

público também deve responder pelos danos causados em terceiros não usuários, conforme destacado na decisão que estamos analisando. Nesse sentido, o relator traz um precedente do Supremo Tribunal Federal, em que foi reconhecida a repercussão geral da matéria. Veja-se, portanto, a ementa¹¹³:

CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSIONÁRIO OU PERMISSIONÁRIO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA EM RELAÇÃO A TERCEIROS NÃO-USUÁRIOS DO SERVIÇO. RECURSO DESPROVIDO. I - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não-usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. II - A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público, é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado. III - Recurso extraordinário desprovido. (grifos acrescidos)

Por todo o exposto, é possível observar que os Tribunais Superiores, assim como os Tribunais Regionais e Estaduais que tiveram suas decisões atacadas por recursos, perfilham o mesmo entendimento de que as concessionárias de serviços públicos respondem objetivamente pelos danos causados aos usuários e aos não usuários do serviço, sendo afastada tal responsabilidade apenas quando estiver presente uma excludente de responsabilidade.

4.2. Responsabilidade Subsidiária Do Estado

A jurisprudência dos Tribunais Superiores, no que se refere à reponsabilidade do Estado decorrente de atos dos concessionários, entende que o Estado responde subsidiariamente quando o concessionário se encontra insolvente, ou seja, o Poder Concedente responde pelos danos causados pelo concessionário, quando este não possui meio de arcar com os prejuízos a que deu causa, conforme veremos nos julgados a seguir.

Inicialmente, temos o Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 267.292, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, no qual se discutiu de quem seria a responsabilidade por danos causados a usuários de um ônibus que sofreu apedrejamento. Neste caso, o relator consagrou que há a responsabilidade da concessionária, que decorreu da sua

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 591874 MS**. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno. Julgado em 26/08/2009.

omissão em socorrer as vítimas do ocorrido. No entanto, também consagrou que existe a “possibilidade de responsabilização subsidiária do poder concedente quando o concessionário/permissionário não possuir liquidez suficiente para arcar com os custos da indenização pelo prejuízo que deu causa”¹¹⁴, ou seja, apenas cabe ao poder concedente responder subsidiariamente se a concessionária ficar insolvente, conforme ementa abaixo¹¹⁵:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTE COLETIVO. APEDREJAMENTO DE ÔNIBUS. **RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. PODER CONCEDENTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.** 1. Conforme orientação deste Superior Tribunal de Justiça, **há responsabilidade subsidiária do Poder Concedente, em situações em que o concessionário/permissionário não possuir meios de arcar com a indenização pelos prejuízos a que deu causa.** 2. Na espécie, o Tribunal de origem entendeu que a conduta omissiva da prestadora de serviço - deixar de prestar socorro às vítimas após o apedrejamento do ônibus - caracterizou sua responsabilidade em indenizar, a título de danos morais, a recorrida, cabendo à empresa concedente responder subsidiariamente pelos danos causados, caso ocorra a insolvência da primeira. Aplica-se a Súmula 83/STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (g.n.)

Em caso mais recente, o Superior Tribunal de Justiça reafirmou o entendimento acima explicitado de que a responsabilidade do Estado é subsidiária. O Agravo em Recurso Especial nº 1.503.343, de relatoria do Ministro Francisco Falcão, traz um caso em que o autor ajuíza ação indenizatória contra a Fazenda Pública de São Paulo, DERSA (Desenvolvimento Rodoviário S/A) e Construtora Queiroz Galvão, por causa de danos ambientais, causados por obras do Rodoanel, que comprometeram seus imóveis e destruiu sua plantação. No caso em tela, o relator deixou claro em sua decisão que a responsabilidade da concessionária, prevista no artigo 36, §7º da CFRB/88, segue a teoria do risco administrativo, conforme trecho transcrito a seguir¹¹⁶:

Como concessionária, a responsabilidade da apelante na execução de serviço público, é disciplinada pelos mesmos critérios e princípios da responsabilidade do Estado, nos termos do art. 37, §6º, da Constituição Federal.

O artigo 37, § 6º, da CF/88 recepciona a responsabilidade civil se houver dano provocado pelo serviço público e, para tanto, o sistema adota a teoria do risco administrativo, que dispensa o lesado da comprovação da culpa da Administração para obter indenização.

¹¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp: 267292 ES 2012/0258507-7**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão Julgamento: 15/10/2013

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Id. **AREsp: 1503343 SP 2019/0136929-8**. Relator: Ministro Francisco Falcão, Data de Publicação: DJ 16/08/2019.

Não obstante, também expõe que a teoria do risco administrativo não quer dizer que o Estado deve indenizar os danos em qualquer caso, pois, caso consiga provar que a culpa total ou em parte do lesado, será eximido da indenização. Em outras palavras, a teoria do risco administrativo não quer dizer que o risco suportado pela Administração Pública será integral, de acordo com o transcrito abaixo¹¹⁷:

A teoria do risco administrativo "não significa que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular; significa apenas e tão-somente, que a vítima fica dispensada da prova da culpa da Administração, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização" (Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Malheiros, 29ª ed., 2004, pág. 627). Bem por isso, conclui-se que não será possível estender às cegas o risco integral que se extrai da responsabilidade objetiva do Estado, na medida em que tal raciocínio inexoravelmente irá determinar o dever de indenizar da Administração por todos os eventos lesivos experimentados pelos particulares em razão de sua conduta.

Em outra oportunidade, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.820.097, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, discutiu qual seria o exato momento em que a responsabilidade subsidiária do Poder Concedente surge. Segundo o Ministro Relator, o termo inicial da responsabilidade subsidiária do Poder Concedente é o exato momento em que o concessionário, que é o devedor principal fica insolvente, ou seja, quando não tem meios de indenizar o lesado. Veja-se a ementa¹¹⁸:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PODER CONCEDENTE. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ESGOTADOS MEIOS DE CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO PELA CONCESSIONÁRIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E COISA JULGADA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. EXATO MOMENTO DA INSOLVÊNCIA. SÚMULA 7/STJ.
 1. Não se pode conhecer da irrisignação contra a ofensa aos artigos 7º, 9º, 10, 503, § 1º, II, 506, 513, § 5º, do CPC apontados como violados, pois a tese legal apontada não foi analisada pelo acórdão hostilizado. Assim, perquirir, nesta via estreita, a ofensa da referida norma, sem que se tenha explicitado a tese jurídica no juízo a quo, é frustrar a exigência constitucional do prequestionamento, pressuposto inafastável que objetiva evitar a supressão de instância. Incidência das Súmulas 211/STJ, 282 e 356/STF. **2. O Tribunal a quo adotou orientação consonante ao entendimento do STJ, segundo o qual, a responsabilidade do Poder Concedente é subsidiária, nas hipóteses em que o concessionário ou permissionário não detiver meios de arcar com a indenizações pelos prejuízos a que deu causa. 3. Quanto ao termo inicial para a pretensão executória, como afirmado pelo Tribunal de origem, inicia-se quando se constata que o responsável executado não tem condições de honrar seus compromissos sozinho. Há apenas um devedor principal. Contudo, na hipótese do não cumprimento da obrigação por parte deste, outro sujeito responde subsidiariamente pela obrigação, ou seja, quando realmente há o "esgotamento**

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Ibid. REsp: 1820097 RJ 2019/0134407-7. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgamento: 07/11/2019.

de todos os meios de satisfação do crédito exequendo". Precedentes: AgRg no AREsp 267.292/ES, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 18/10/2013; REsp 1.135.927/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe de 19/08/2010. 4. No tocante à divergência jurisprudencial, o dissenso deve ser comprovado, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a colação de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. No caso dos autos, verifico que não foram respeitados tais requisitos legais e regimentais (art. 1.029, § 1º, do CPC/2015 e art. 255 do RI/STJ), o que impede o conhecimento do Recurso Especial com base na alínea c, III, do art. 105 da Constituição Federal. 5. Por fim, constatar o exato momento da falência da empresa concessionária, se coincide ou não com o pedido da desconconsideração da personalidade, a fim de verificar o momento inicial da contagem do prazo prescricional conforme requerido, não é possível nesta instância recursal, uma vez que não há precisão deste momento nos autos. Dessa forma, aplicar posicionamento distinto do proferido pelo aresto confrontado implica o reexame da matéria fático-probatória, o que é obstado a este Tribunal Superior, conforme determina a Súmula 7/STJ. 6. Recurso Especial não conhecido. (g.n.)

Além disso, no relatório da decisão, o Ministro relator destaca que o acórdão atacado pelo Recurso Especial já afirmava que a responsabilidade do Estado não era solidária, mas subsidiária nos casos de incapacidade de arcar com as indenizações por parte da concessionária. Observe as considerações destacadas a seguir¹¹⁹:

Município agravante que, na qualidade de poder concedente, **tem responsabilidade subsidiária e não solidária pelos danos causados pelo concessionário**, de modo que é perfeitamente possível sua inclusão no polo passivo da demanda, ainda que na fase de cumprimento de sentença, uma vez que o entendimento contrário acarretaria no esvaziamento da garantia de responsabilidade subsidiária do Município concedente nos casos de incapacidade econômica das empresas delegatárias de serviço público. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro neste sentido. Prazo prescricional da pretensão executória contra o Poder Concedente que se inicia com o esgotamento das tentativas de constrição dos bens do concessionário e de seus sócios, e não a partir do pedido de desconconsideração da personalidade jurídica da empresa concessionária. (g.n.)

Como pode ser visto no trecho destacado acima, o termo inicial do prazo prescricional da responsabilidade subsidiária do Estado também foi tema de discussão. Em seu voto, o Ministro Herman Benjamin afirmou que o termo inicial do prazo prescricional se inicia quando a responsabilidade subsidiária do Estado é configurada, ou seja, quando são esgotados os meios de satisfação executória por parte do lesado, de acordo com trechos destacados abaixo¹²⁰:

“Assim, em apreço ao princípio da *actio nata*, que informa o regime jurídico da prescrição (artigo 189, do Código Civil), há de se reconhecer que **o termo a quo do lapso prescricional somente teve início no momento em que se configurou o fato gerador da responsabilidade subsidiária do Poder Concedente, in casu, o**

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ Ibid.

esgotamento dos meios de execução, sob pena de esvaziamento da garantia de responsabilidade civil do Estado nos casos de incapacidade econômica das empresas delegatárias de serviço público.

(...)

Desse modo, tanto o Superior Tribunal de Justiça, quanto este Tribunal entenderam que é possível a inclusão do Município do Rio de Janeiro no polo passivo da demanda em fase de cumprimento de sentença.” (g.n.)

Posteriormente, observa-se o Recurso Especial nº 1.135.927, de relatoria do Ministro Castro Meira, no qual também se discutiu qual seria o termo inicial da prescrição quando houvesse a responsabilidade subsidiária do Estado. Seguindo o mesmo entendimento relatado acima, foi consagrado que o termo inicial do prazo prescricional só deve ser iniciado quando a responsabilidade subsidiária do Estado surgir, ou seja, no momento em que a concessionária se tornar insolvente, conforme ementa transcrita abaixo¹²¹:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. PODER CONCEDENTE. CABIMENTO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Há responsabilidade subsidiária do Poder Concedente, em situações em que o concessionário não possuir meios de arcar com a indenização pelos prejuízos a que deu causa. Precedentes. 2. No que tange à alegada ofensa ao art. 1º, do Decreto 20.910/32, mostra-se improcedente a tese de contagem da prescrição desde o evento danoso, vez que os autos revelam que a demanda foi originalmente intentada em face da empresa concessionária do serviço público, no tempo e no modo devidos, sendo que a pretensão de responsabilidade subsidiária do Estado somente surgira no momento em que a referida empresa tornou-se insolvente para a recomposição do dano. 3. Em apreço ao princípio da actio nata que informa o regime jurídico da prescrição (art. 189, do CC), há de se reconhecer que o termo a quo do lapso prescricional somente teve início no momento em que se configurou o fato gerador da responsabilidade subsidiária do Poder Concedente, in casu, a falência da empresa concessionária, sob pena de esvaziamento da garantia de responsabilidade civil do Estado nos casos de incapacidade econômica das empresas delegatárias de serviço público. 4. Recurso especial não provido. (grifos acrescidos)

Em seu voto, o Ministro relator assentou que, inicialmente, a ação de responsabilidade civil deve ser interposta em face da concessionária, visto que ela é a responsável primária pelo dano causado e, somente após a insolvência desta é que o Poder concedente deve ser acionado para responder subsidiariamente e reparar, então, integralmente os danos sofridos. Dessa forma, assevera o Ministro Castro Meira¹²²:

Em ação de reparação de danos morais e materiais, a concessionária do serviço público foi condenada a pagar indenização aos ora apelantes pelos danos que sofreram em razão da conduta de seu preposto, sendo que, quando já iniciada a execução, foi

¹²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1135927 MG 2009/0073229-6**. Relator: Ministro Castro Meira. Julgamento: 10/08/2010.

¹²² Ibid.

decretada a falência da sociedade empresária. **Com o reconhecimento do estado de insolvência, a parte lesada deixou de receber a indenização que lhe fora concedida por sentença transitada em julgado, vindo, assim, a dirigir-se ao concedente do serviço para ver-se integralmente reparada pelos danos sofridos, com espeque em sua responsabilidade subsidiária pelo ocorrido.**

(...)

Via de regra, o concessionário assume todos os riscos do empreendimento ao executar o serviço, sendo da própria essência do instituto da concessão a transferência dos mesmos ao ente privado que assumiu a responsabilidade pela execução do serviço. Por esse motivo, cabe-lhe responsabilidade civil e administrativa pelos prejuízos que causar ao poder concedente, aos usuários e também a terceiros.

(...)

No entanto, a regra comporta exceção. Admite-se a possibilidade de responsabilização subsidiária do poder concedente em situações em que o concessionário não possui meios de arcar com a indenização pelos prejuízos a que deu causa, consoante aponta a doutrina:

"Não obstante, se, apesar disso, o concessionário não tiver meios efetivos para reparar os prejuízos causados, pode o lesado dirigir-se ao concedente, que sempre terá responsabilidade subsidiária pelo fato de ser o concessionário um agente seu. Insolvente o concessionário, passa a não mais existir aquele a quem o concedente atribuiu a responsabilidade primária. Sendo assim, a relação jurídica indenizatória se fixará diretamente entre o lesado e o Poder Público, de modo a ser a este atribuída a responsabilidade civil subsidiária" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 299).

Destarte, em razão do dano ter sido causado por quem agia em nome do Estado - no exercício de serviço que tem como beneficiária toda a coletividade - e ter ocorrido somente em razão dessa condição, ao poder concedente incumbe a responsabilidade pela reparação dos danos causados por seu agente, na impossibilidade do concessionário fazê-lo.

Ao contrário do que aponta a sentença recorrida, **a responsabilidade do poder concedente (no caso, o DER/MG) não é solidária, e sim, subsidiária à responsabilidade da sociedade empresária que recebeu a concessão do serviço público. De fato, à concessionária atribui-se o dever de responder de maneira integral e isolada pelos danos que causou, sem que o concedente, em um primeiro momento, possuísse qualquer obrigação nesse sentido,** já que o contrato de concessão de serviço público pressupõe, de ordinário, a transferência dos riscos do empreendimento ao concessionário do serviço que, em contrapartida, auferir os benefícios econômicos da exploração da atividade transferida.

Somente com a ocorrência de fatos que determinem a insolvabilidade do concessionário é que passa a ser exigida a responsabilização do poder concedente.

In casu, os apelantes buscaram, à época e modo, o ressarcimento pelos danos que alegaram terem sofrido junto à concessionária, tão-somente. Inicialmente, sua pretensão poderia ser exercida apenas em face da concessionária, motivo pelo qual não há se falar na inclusão do DER/MG na ação originariamente ajuizada, pois, faltaria à parte lesada interesse de agir contra o concedente à época.

No entanto, **o estado de insolvência do concessionário, que na espécie restou demonstrado pela superveniente decretação de sua falência, cria para o poder concedente a responsabilidade de arcar com a reparação dos prejuízos causados a terceiros, tudo em conformidade com a responsabilidade subsidiária que possui face aos contratos de concessão.** Assim, às vítimas do evento lesivo o ordenamento passou a conferir o interesse de agir contra o poder concedente na busca de uma reparação integral pelos danos que alegam terem sofrido.

Dessa forma, fica evidente com os trechos destacados acima que o concessionário é o responsável primário nas ações indenizatórias por danos sofridos decorrentes da prestação do serviço público. No entanto, em caso de insolvência deste, cabe ao Estado respondendo

subsidiariamente, satisfazer a pretensão do lesado. Com isso, o termo inicial para contagem do prazo prescricional não poderia ser outro senão o surgimento da responsabilidade subsidiária, pois, se fosse a partir da data do dano teríamos uma situação complicada, conforme trecho destacado do Voto em análise¹²³:

(...) De certo, a contagem do prazo prescricional desde a data do dano, indistintamente, passaria a exigir, de duas uma: ou que o poder concedente integrasse toda e qualquer demanda reparatória exercida contra seu concessionário, pensando-se na eventualidade futura da insolvência deste, o que joga por terra transferência dos riscos do empreendimento; ou então o empobrecimento injusto do terceiro prejudicado à custa do Poder Público e de toda a coletividade, ao deparar-se com a insolvência do concessionário somente quando passados mais de cinco anos da data do incidente - tal como ocorre no caso em análise -, momento em que não lhe restaria o direito de pleitear junto àquele que detém o responsabilidade subsidiária pelo ocorrido.

Por fim, verifica-se um caso que foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal, qual seja o Recurso Extraordinário nº 662.405, de relatoria do Ministro Luiz Fux, que tratava de uma ação indenizatória por danos morais e materiais em face da União, cujo autor era um candidato de concurso público anulado por ato da própria Administração Pública em razão de fraude no certame por parte da concessionária responsável pela organização do concurso público. Nesse caso também foi analisado o tema 512 da repercussão geral, que teve ao final a tese jurídica consagrada de que o Estado responde subsidiariamente pelos danos nos casos em que o concurso público for anulado por fraude da pessoa jurídica de direito privado responsável pela organização do concurso público. O acórdão restou assim ementado¹²⁴:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ANULAÇÃO DO CONCURSO POR ATO DA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, EM FACE DE INDÍCIOS DE FRAUDE NO CERTAME. DIREITO À INDENIZAÇÃO DE CANDIDATO PELOS DANOS MATERIAIS RELATIVOS ÀS DESPESAS DE INSCRIÇÃO E DESLOCAMENTO. APLICABILIDADE DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RESPONSABILIDADE DIRETA DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO ORGANIZADORA DO CERTAME. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. 1. A responsabilidade civil do Estado subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. 2. O Estado e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros, quando comprovado o nexo de causalidade entre a conduta e o dano sofrido pelo particular. 3. A pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público responde de forma primária e objetiva por danos causados a terceiros, visto possuir personalidade jurídica, patrimônio e capacidade próprios. 4. O cancelamento de provas de concurso público em virtude de indícios de fraude gera a responsabilidade**

¹²³ Ibid.

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE: 662405 AL**, Relator: Luiz Fux, Data de Julgamento: 29/06/2020.

direta da entidade privada organizadora do certame de restituir aos candidatos as despesas com taxa de inscrição e deslocamento para cidades diversas daquelas em que mantenham domicílio. **Ao Estado, cabe somente a responsabilidade subsidiária, no caso de a instituição organizadora do certame se tornar insolvente.** 5. Ex positis, voto no sentido de, no caso concreto, dar provimento ao recurso extraordinário interposto pela União Federal, para reformar o acórdão lavrado pela Turma Recursal da Seção Judiciária do Estado de Alagoas e assentar que a União Federal responde apenas subsidiariamente pelos danos materiais, relativos às despesas com taxa de inscrição e deslocamento, causados ao recorrido em razão do cancelamento de exames para o provimento de cargos na Polícia Rodoviária Federal (Edital 1/2007) por indícios de fraude. Quanto à **tese da repercussão geral**, voto pela sua consolidação nos seguintes termos: **“O Estado responde subsidiariamente por danos materiais causados a candidatos em concurso público organizado por pessoa jurídica de direito privado (art. 37, § 6º, da CRFB/88), quando os exames são cancelados por indícios de fraude”.** (g.n.)

Além disso, em seu relatório, o Ministro Luiz Fux destacou trechos da manifestação do Ministério Público Federal nos autos do processo, em que o referido órgão defende que o Estado não pode ser penalizado pelo erro de outrem, pois caso respondesse primariamente ou solidariamente pelos danos causados por seus delegatários iria contra a finalidade da concessão, conforme considerações apontadas abaixo¹²⁵:

De outra parte, não parece razoável penalizar, novamente, a União pelo erro de outrem, que, por cláusula contratual, estava obrigado diretamente a fiscalizar os seus empregados. Ademais, a transferência de tal ônus ao ente público inviabilizaria, outrossim, a celeridade a ser alcançada na delegação de sua atividade-meio, bem como estabeleceria indevida solidariedade, pois o artigo 37, §6º determina que as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

(...) as prestadoras de serviços públicos, por possuírem personalidade jurídica, patrimônio e capacidade próprios, e auferirem vantagem financeira do Estado, sujeitam-se às obrigações por conta e risco de sua atividade, afastando-se, desse modo, qualquer tese de responsabilidade solidária, porquanto, afirma Cavalhieri, sendo a pessoa jurídica privada capaz de responder por seus atos ela deve ser demandada judicialmente, restando ao Poder Público a responsabilidade, in casu, subsidiária, caso a escolhida venha a se tornar insolvente.

Ao longo de seu voto, o Ministro relator perpassou por todas as teorias da responsabilidade civil já adotadas pelo direito brasileiro, até chegar a teoria do risco administrativo, consagrada no artigo 37, §6º da CRFB/88. Posteriormente, o relator destaca que o Estado deve responder subsidiariamente a concessionária vier a se tornar insolvente, visto que no caso concreto era dever da pessoa jurídica de direito privado respeitar as cláusulas contratuais, conforme se observa nos trechos transcritos abaixo¹²⁶:

¹²⁵ Ibid.

¹²⁶ Ibid.

(...) Consta dos autos que o vazamento das informações decorreu de conduta da instituição organizadora do certame, que teria descumprido seu dever de manter e exigir sigilo de seus funcionários, envolvidos na elaboração e aplicação do certame. Nesse cenário, quando o concurso público é organizado por pessoa jurídica de direito privado, **reconheço a responsabilidade direta dessa entidade pelos danos causados aos candidatos inscritos**, consistentes nas despesas efetuadas com a inscrição no certame, passagem aérea e transporte terrestre. **Ao Estado, caberá somente a responsabilidade subsidiária, caso a instituição organizadora venha a se tornar insolvente.** Decerto, **não se deve penalizar diretamente o Poder Público por fraude em certame organizado por pessoa jurídica de direito privado, que, por cláusula contratual, estava obrigada a preservar o conteúdo dos exames aplicados.** (g.n.)

Por todo o exposto, resta claro que o Estado não pode figurar na posição de garantidor universal de todos os prejuízos que forem causados por seus agentes, pois seria prejudicial para o Estado e perderia a finalidade das concessões de serviços públicos, visto que as concessionárias exercem tais atividades por sua conta e risco. Dessa forma, cabe ao Estado, apenas, responder subsidiariamente quando o concessionário se tornar insolvente, de modo que não consiga mais arcar com os prejuízos causados a outrem, que deve ter sua pretensão satisfeita.

4.3. Responsabilidade solidária do Estado

Como vimos no tópico anterior, a jurisprudência dos Tribunais Superiores adota a teoria do risco administrativo na responsabilidade civil do Estado, com fundamento no artigo 37, §6º da Constituição Federal, e entende que a reponsabilidade do Estado é subsidiária, devendo responder apenas se o concessionário, responsável primário, se tornar insolvente. No entanto, analisarei a seguir um caso, julgado no Superior Tribunal de Justiça, em que foi adotada a responsabilidade solidária entre o Estado e a concessionária em uma ação indenizatória.

O caso citado acima é o Recurso Especial nº 1.501.216, de relatoria do Ministro Olindo Menezes – Desembargador Convocado do TRF 1ª Região –, que tratava de uma ação indenizatória decorrente de um acidente ocorrido no dia 23/11/2009 na Rodovia BR – 101, que veio a causar o dano de tetraplegia definitiva da autora. No caso em tela, a concessionária e o Estado, representado pelo órgão DNIT – Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transporte, foram condenados a responder solidariamente pelos danos causados à vítima. Veja-se a ementa¹²⁷:

¹²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1501216 SC 2014/0314183-2**. Relator: Ministro Olindo Menezes (Des. convocado do TRF1). Julgamento: 16/02/2016.

PROCESSUAL CIVIL, CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ACIDENTE. RODOVIA EM OBRAS. TETRAPLEGIA. **RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO ESTADO E DA CONCESSIONÁRIA.** ACÓRDÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. JULGADO CITRA E ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. NEXO CAUSAL E CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS E PROBATÓRIAS. VALOR DO DANO MORAL. EXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. SÚMULAS 54/STJ E 362/STJ. DENUNCIÇÃO DA LIDE. PODER PÚBLICO. DESNECESSIDADE. CELERIDADE PROCESSUAL. RECURSO DESPROVIDO.

1. Hipótese que cuida de indenização deferida à recorrida, em razão de acidente ocorrido em 23/11/2009, na Rodovia BR - 101, sob a administração da concessionária recorrente, que lhe causou tetraplegia traumática definitiva, **tendo o acórdão de origem condenado (também) a concessionária e o DNIT, de forma solidária. O particular causador do acidente já fora condenado pela sentença.** 2. O acórdão que, apesar de não mencionar expressamente todos os dispositivos legais destacados pelo recorrente, aborda na íntegra os pontos essenciais para o deslinde da controvérsia, não incorre em violação ao comando normativo inserto no art. 535 do CPC. 3. Nexo causal e culpa exclusiva da vítima, via de regra, caracterizam-se como circunstâncias fáticas inviáveis de exame em recurso especial, haja vista a necessidade de incursão no contexto probatório, incidindo a súmula 7/STJ. 4. Da mesma forma, o valor dos danos morais somente pode ser revisto pelo STJ quando for ínfimo ou exorbitante em face das circunstâncias do caso, não sendo cabível, no âmbito da Corte, o reexame de "justo" e/ou das provas dos autos, situação que também atrai o óbice contido na súmula 7/STJ. 5. Consoante jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, os juros moratórios inerentes aos danos morais incidem desde a data do evento, mediante aplicação da súmula 54/STJ (Recurso representativo da controvérsia nº 1132866/SP). A correção monetária, desde a data do arbitramento, nos moldes do enunciado da súmula 362/STJ ("A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.") 6. A obrigatoriedade da denúncia da lide deve ser mitigada em ações indenizatórias propostas em face do poder público pela matriz da responsabilidade objetiva (art. 37, § 6º - CF). O incidente quase sempre milita na contramão da celeridade processual, em detrimento do agente vitimado. Isso, todavia, não inibe eventuais ações posteriores fundadas em direito de regresso, a tempo e modo. 7. Recurso especial da AUTOPISTA LITORAL SUL S.A. desprovido.

Em seu relatório, o Ministro relator mostra que a decisão atacada entendeu que tanto o DNIT – Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes quanto a concessionária que administrava a Rodovia BR – 101 eram partes legítimas no pólo passivo da ação, pois o primeiro é responsável por ter falhado na fiscalização do serviço público e o segundo é responsável por conta das cláusulas presentes no contrato de concessão, conforme destacados nos trechos a seguir¹²⁸:

(...) É o DNIT – Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes parte legítima para figurar no pólo passivo de ação de ressarcimento por danos ocorridos em acidente de trânsito em rodovia federal mal sinalizada. É concessionária parte legítima para figurar no pólo passiva desta ação em decorrência das cláusulas do contrato de concessão e seus anexos, que prevêm a o dever de utilização de meios efetivos de segurança quando da realização das

¹²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1501216 SC 2014/0314183-2.** Relator: Ministro Olindo Menezes (Des. convocado do TRF1). Julgamento: 16/02/2016.

obras na rodovia federal. Como a autora fundamenta seu pedido inicial na falta de segurança e conservação da rodovia, deve a concessionária integrar a lide. Estão demonstrados os requisitos para a configuração do dever de indenizar, a saber: a) o fato (acidente de trânsito); b) a omissão estatal revelada na falha de serviço na via pública; c) o dano (tetraplegia na vítima); d) o nexo de causalidade; e) a inexistência de culpa exclusiva da vítima/terceiros, caso fortuito e força maior.

Desta forma, respondem os réus, solidariamente, pelos danos materiais, morais, estéticos que causaram a autora e pelo pagamento de pensão.

Ademais, o Ministro relator em seu voto destacou que a responsabilidade prevista no artigo 37, §6º é objetiva, de modo que não é necessária a comprovação de culpa para ser condenado a ressarcir o dano. Não obstante, isso não significa que o agente causador do dano não seja responsabilizado perante o Estado, na verdade, isso pode sim ocorrer através de uma ação de regresso posteriormente. Veja as considerações apresentadas abaixo¹²⁹:

No RE 327.904-1/SP, julgado em agosto de 2006, o STF, tratando da interpretação do §6º do art. 37 da Constituição, adotou a **tese de dupla garantia, ali contida: uma em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, ressaltando a possibilidade, praticamente certa, de obtenção do pagamento do dano; outra, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica com a qual mantenha vínculo funcional.**

A tese da dupla garantia também se põe na linha de compreensão da não obrigatoriedade da denúncia da lide nos casos do referido preceito constitucional. **O servidor (causador do dano) deve ser responsabilizado apenas perante o Estado, em ação regressiva, após o Poder Público já ter ressarcido o ofendido, em homenagem ao preconizado no artigo 37, §6º, da Constituição.**

Por fim, o relator esclarece que considerou no caso concreto que a responsabilidade seria solidária entre a concessionária e o órgão estatal, pois entendeu que, na verdade, a relação entre a autora e a concessionária de serviço público era uma relação de consumo. Tal relação de consumo já foi estabelecida nos julgados transcritos abaixo, conforme citado pelo Ministro Olindo Menezes:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. NÃO OCORRÊNCIA. **CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. CDC. INCIDÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. DECISÃO MANTIDA.** 1. (...) **2. A jurisprudência desta Corte consolidou entendimento segundo o qual é aplicável o CDC às relações entre a concessionária de serviços rodoviários e seus usuários.** 3. “A presença de animais na pista coloca em risco a segurança dos usuários da rodovia, respondendo as concessionárias pelo defeito na prestação do serviço que lhes é outorgado pelo Poder Público concedente” (Resp n. 687.799/RS, Relator Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 15/10/2009, Dje 30/11/2009.) 4. Agravo regimental improvido.130

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 586.409/PR.** Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira. Julgado: 04/08/2015.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO DE ANIMAL BOVINO NO MEIO DA PISTA DE ROLAGEM EM RODOVIA CONSERVADA E FISCALIZADA MEDIANTE CONCESSÃO. **RELAÇÃO DE CONSUMO**. PRECEDENTE. ARTIGO 936 DO CÓDIGO CIVIL. SÚMULA Nº 211/STJ. ARTIGO 269, INCISO X, DO CÓDIGO DO TRÂNSITO BRASILEIRO. SÚMULA Nº 283/STF. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. **A jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça preceitua que as concessionárias de serviços rodoviários, nas suas relações com os usuários, estão subordinadas à legislação consumerista.** 2. (...) 3. (...) 4. (...) 5. Agravo regimental não provido.¹³¹

Por todo o exposto, o Ministro Olindo Menezes entendeu que quando a relação da concessionária com o usuário do serviço público é considerada uma relação de consumo, a responsabilidade por eventuais danos decorrentes do exercício do serviço público será solidária entre o Estado e a concessionária, de modo a assegurar o direito do usuário de ter seu prejuízo indenizado.

¹³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 150.781/PR**. Rel Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 06/08/2013.

CONCLUSÃO

A responsabilidade civil do Estado é um tema presente no ordenamento jurídico brasileiro há muitos anos, como podemos observar ao longo deste trabalho monográfico. Em várias Constituições Federais e legislações infraconstitucionais a responsabilidade civil do Estado teve respaldo e aplicação de alguma teoria.

A responsabilidade, portanto, é a condição jurídica de quem, sendo considerado capaz de conhecer e entender as regras e leis e de determinar as próprias ações, pode ser punido por seus atos¹³².

Como visto neste trabalho, a atual teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro é a teoria objetiva da responsabilidade, fundamentada no artigo 37, §6º da Constituição Federal de 1988. Não podemos olvidar que tal construção legal só foi possível após uma evolução histórica por várias teorias da responsabilidade. Gradativamente, tivemos uma evolução da teoria da irresponsabilidade, onde o Estado não respondia pelos atos praticados, passando pela teoria da responsabilidade subjetiva, aquela que necessitava da culpa para ter seus danos reparados, chegando, então, a responsabilidade objetiva, em que o elemento culpa não necessita mais ser comprovado para que haja responsabilização.

Assim sendo, basta, na responsabilidade objetiva, fundamentada na teoria do risco administrativo, a comprovação da ocorrência do dano e do nexo de causalidade para a responsabilidade civil do agente esteja justificada. Dessa maneira, o Estado não será obrigado a responder em todo e qualquer caso de dano ocorrido, sendo cabível a alegação de excludentes de responsabilidade.

Além disso, vimos que com o passar do tempo o Estado teve um aumento de demanda de prestação de serviços públicos, de modo que ele precisou delegar o exercício desses serviços a pessoas jurídicas de direito privado, sempre, é claro, por meio de licitação, como preconiza a Carta Magna.

¹³² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. 8 ed. Curitiba: Positivo, 2010.

Por este motivo, analisamos a modalidade de delegação de serviços públicos: concessão, que nada mais é do que o contrato através do qual o Estado delega a alguém o exercício de um serviço público e este aceita prestá-lo por sua conta e risco, sendo remunerado pelas tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço público. Sabendo-se, no entanto, que a titularidade do serviço público segue sendo do Estado, visto que a prestação de serviços públicos é o principal fim do Estado. Ademais, o serviço público é “*res extra commercium*”, ou seja, não é negociável, fazendo com que não possa haver a transferência da titularidade para a pessoa jurídica de direito privado que vier a exercê-lo. Por isso, o Estado segue sendo responsável pela fiscalização da execução do serviço público prestado pelo concessionário.

De acordo com a análise jurisprudencial realizada no presente trabalho, podemos observar que o concessionário vem sendo responsabilizado objetivamente pelos danos causados a usuários e não usuários, decorrentes da execução do serviço público, conforme preconizado no artigo 37, §6º da Constituição Federal de 1988. Assim sendo, os Tribunais Superiores estão decidindo em concordância com a Lei Maior e com o entendimento doutrinário brasileiro, que foi exposto ao longo deste trabalho.

Entretanto, podemos observar que apesar da maioria das decisões dos Tribunais Superiores entenderem que a responsabilidade do Estado é subsidiária em relação aos danos causados pelas concessionárias, temos uma decisão em que o Relator entendeu que caberia a responsabilidade solidária entre o Estado e o concessionário.

Quanto a este tema, entendemos que o ideal é que as decisões judiciais sigam aquilo que o legislador constituinte consagrou no texto da Carta Magna, ou seja, que a responsabilidade objetiva do artigo 37, §6º seja devidamente aplicada. Sendo assim, o Estado não deve responder solidariamente com o concessionário, tendo em vista que ao delegar a execução do serviço público ao concessionário, este passa a ter a responsabilidade primária por todo e qualquer prejuízo causado a terceiros. Desse modo, o Estado não deve arcar com os ônus decorrentes do serviço público executado pelo concessionário, pois isto afetaria a finalidade da delegação do serviço público.

Como foi relatado, o concessionário exerce as atividades do serviço público por sua conta e risco, conforme o conceito disposto no artigo 2º, inciso II da Lei nº 9.897/95, ou seja, afastando qualquer possibilidade de uma responsabilidade solidária, visto que a pessoa jurídica

de direito provado possui patrimônio e capacidade de responder por seus atos, além de auferir vantagem financeira com tal atividade.

Além disso, se o Estado fosse obrigado a responder solidariamente em todos os casos de reparação de danos causados por concessionários, impactaria fortemente vários âmbitos do Poder Concedente. Tendo em vista que o Estado já se encontra em condição financeira delicada, ter que arcar com as indenizações aos lesados por atos dos concessionários afetaria negativamente a economia do país. Não obstante, mesmo que a situação econômica do país não estivesse fragilizada, ainda assim não há que se falar em responsabilidade solidária, visto que a concessionária aufere lucros com o exercício do serviço público e o exerce por sua conta e risco, por isso, não deve haver a necessidade do Estado ter dispêndios e arcar com as ônus da atividade.

Outrossim, a responsabilidade solidária do Estado e do concessionário afetaria a própria finalidade da concessão, visto que se o Estado for sempre obrigado a responder primariamente também pelos danos causados não há motivo para se delegar tal serviço, podendo ele mesmo exercê-lo diretamente e assumir todos os riscos da execução de tal serviço público.

Desta feita, resta claro que a responsabilidade objetiva através da teoria do risco administrativo, consagrada no artigo 37, §6º da Constituição Federal é aplicada majoritariamente pelos Tribunais Superiores. De modo que o concessionário, por prestar o serviço público por sua conta e risco, é considerado o responsável primário para reparar os danos causados pelo exercício de suas atividades e o Estado, deve ser acionado para responder subsidiariamente quando o concessionário se tornar insolvente, de modo que o ofendido não fique desamparado e possa ter sua pretensão devidamente satisfeita.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

BRASIL. **Lei 10.406 de 2002. Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. **Lei 3.071. Institui o Código Civil de 1916**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. **Constituição Federal de 1934**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. **Constituição Federal de 1946**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. **Constituição Federal de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. **Lei 8.987 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/l8987compilada.htm. Acesso em: 10 mar. 2021

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RE: 262651 SP**. Relator: Carlos Velloso. Julgamento: 16/11/2005.

_____. **AgInt no AREsp: 862673 RJ**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgamento: 04/08/2016.

_____. **AgInt no AREsp: 924819 CE**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento: 03/12/2018.

_____. **AgRg no AREsp 150.781/PR**. Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 06/08/2013.

_____. **AgRg no AREsp 586.409/PR**. Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira. Julgado: 04/08/2015.

_____. **AgRg no AREsp: 267292 ES 2012/0258507-7**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento: 15/10/2013.

_____. **AgRg no AREsp: 734752 RJ**. Relator: Ministro Paulo De Tarso Sanseverino. Julgamento: 07/04/2016.

_____. **AREsp: 1503343 SP 2019/0136929-8**. Relator: Ministro Francisco Falcão, Data de Publicação: DJ 16/08/2019.

_____. **AREsp: 1615242 RJ 2019/0332793-9**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Publicação: 28/02/2020.

_____. **REsp: 1135927 MG 2009/0073229-6**. Relator: Ministro Castro Meira. Julgamento: 10/08/2010.

_____. **REsp: 1501216 SC 2014/0314183-2**. Relator: Ministro Olindo Menezes (Des. convocado do TRF1). Julgamento: 16/02/2016.

_____. **REsp: 1820097 RJ 2019/0134407-7**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgamento: 07/11/2019.

_____. **RE 459749/PE**. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julgamento: 8/3/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgR ARE: 951552**. Relator: Min. Dias Toffoli. Segunda Turma. Julgamento: 02/08/2016.

_____. **RE 591874 MS**. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno. Julgado em 26/08/2009.

_____. **RE: 662405 AL**, Relator: Luiz Fux, Data de Julgamento: 29/06/2020.

BRUNINI, Weida Zancaner. **Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Editora Forense, 2019.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. 8 ed. Curitiba: Positivo, 2010.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

SALDANHA, Igor Vasconcelos. A subsidiariedade da administração pública em razão de dano causado por concessionária de serviços públicos. **Revista Brasileira de Direito Municipal**, Belo Horizonte, n. 26, out./dez. 2007, p. 77.