

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO O MINISTÉRIO PÚBLICO EM AÇÃO

Responsabilidade civil extracontratual do Estado: as concessionárias de serviço público.

Bruna de Souza Lopes
Matrícula: 22563

Rio de Janeiro

2023

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil, antes mesmo de tornar-se instituto jurídico amplamente estudado, já poderia ser reconhecida no cotidiano popular. Alguns estudiosos sugerem que a pena de Talião, com seu postulado de “olho por olho, dente por dente”, apresentava a noção inicial de responsabilidade, porém, baseada na vingança.

Com a evolução das relações sociais, dos estudos e, por consequência, do direito como ciência, chegou-se ao contemporâneo conceito de responsabilidade civil.

Inquestionavelmente, com o crescimento do protagonismo do Estado, principalmente como regulador e/ou provedor de diversos serviços essenciais à população, aumentou também a demanda pela responsabilização de seus atos danosos.

O poder público, para fins de organização própria e de ensino, foi separado a partir de suas funções principais, a saber: a administrativa, a legislativa e a jurisdicional.

Visando um melhor recorte, destacou-se no presente trabalho a responsabilidade civil extracontratual presente na função administrativa, em especial quanto à atuação das concessionárias prestadoras de serviço público.

Desse modo, inicialmente será analisada a responsabilidade civil no contexto do direito brasileiro, detidamente no Código Civil, e em como a doutrina tem conceituado seus elementos essenciais e diferenciado suas teorias.

Após, será explicitado o panorama da responsabilidade civil do Estado, desde a sua evolução histórica até a ênfase na atual teoria objetiva determinada pela Constituição Federal de 1988.

Superado esse ponto, iniciaremos a explicação sobre a concessão de serviços públicos, com exposição de seu histórico e de seus requisitos.

Por fim, coube concatenar os conteúdos apresentados, a fim de iniciar o tópico da responsabilidade civil das concessionárias de serviço público. Nele, pretende-se analisar tanto o dano causado aos usuários como a terceiros, de que modo a teoria objetiva aplica-se, mas principalmente fazer exposição da jurisprudência pátria a respeito.

Cabe ressaltar que não existe o propósito de esgotar todos os conceitos e vieses, mas tão somente de trazer noção introdutória sobre o tema.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

Inicialmente, cabe destacar o que é a responsabilidade civil. Como bem explica o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 19) a palavra responsabilidade remete a ideia de reparação ou restauração e, apesar das diversas acepções possíveis, é certo afirmar que, no viés jurídico, a responsabilidade surge para o seu autor ante a ocorrência do dano.

Tal conceito é confirmado pelo disposto no artigo 927 do Código Civil de 2002 (CC/2002), *in verbis*: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Detalhando o instituto, merecem destaques os elementos estruturais da responsabilidade civil. Para a maior parte da doutrina se resumem em quatro: conduta humana, culpa genérica, nexo de causalidade e danos ou prejuízo.

A conduta humana, como se pode inferir, é a ação ou omissão que leva ao resultado danoso. A ação é tida como a regra e, de outro modo, a configuração da omissão depende da ocorrência de dever pré-existente da prática do ato e da prova de que a conduta não foi praticada (Tartuce, 2020, p. 724).

A culpa, como elemento, é a chamada culpa *latu sensu*, englobando as noções de culpa *stricto sensu* e o dolo. Schreber (2020, p. 876) salienta que a separação dessas noções depende de uma valoração da conduta do sujeito, sendo o dolo caracterizado pela intenção de causar dano e a culpa *stricto sensu* pela falta de observância de um dever jurídico. A doutrina ainda desdobra o tema da culpa em muitos outros aspectos que, no momento, não são relevantes para as constatações desejadas no presente trabalho.

O nexo de causalidade, por sua vez, é nomeado como o elemento virtual da responsabilidade civil, por constituir uma espécie de liame entre a conduta e o dano suportado. A constatação de que sem a ocorrência do fato não existiria prejuízo, constitui o nexo de causalidade.

Por fim, o dano é o último elemento estrutural da responsabilidade civil. Por dano, pode-se entender toda perda ocorrida no patrimônio – material ou não – da vítima. Os danos podem ser classificados nas mais diversas espécies, tais como: materiais, morais, estéticos, sociais, danos por perda de uma chance e danos morais coletivos.

Outra importante noção, dentro do tema, é a diferenciação entre a responsabilidade civil subjetiva para a objetiva. Na prática, nos casos em que a responsabilização do agente depende da comprovação de sua culpa para a ocorrência do dano, diz estar diante da responsabilidade subjetiva. Por outro modo, quando tal responsabilização independe de culpa do agente, há a responsabilidade objetiva. Veja, não se quer dizer que na responsabilidade objetiva não poderá haver culpa, mas sim que sua existência não será relevante para fins de responsabilização.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

O Estado pode ser responsabilizado em qualquer uma das suas esferas de atuação, ou seja, na seara do poder executivo, legislativo e até mesmo judiciário. Isso porque, tal como as pessoas de direito privado, suas relações jurídicas não estão isentas de erro, tampouco de causar danos a terceiros.

Em um primeiro ponto, faz-se necessária a separação entre os conceitos de responsabilidade civil contratual e extracontratual do Estado.

No direito público, a responsabilidade contratual limita o estudo ao campo da infração cometida por violação às cláusulas de contrato firmado junto à Administração Pública (*latu sensu*), que tem regramento próprio, muitas vezes privilegiando o interesse público em detrimento do particular.

Já a responsabilidade extracontratual ocorre diante da existência de dano causado pelo Estado a terceiro. O termo extracontratual, por óbvio, demonstra a inexistência desse vínculo jurídico específico entre as partes. Como bem explica Di Pietro (2020, p. 1985) a responsabilidade do Estado se difere da privada no tocante a possibilidade de existência sem a ocorrência de ato ilícito, ou seja, basta haver dano para que ocorra o dever de responsabilizar. Isso nos leva a conclusão de que a responsabilidade extracontratual do Estado pode acontecer mesmo diante de ato lícito ou ilícito e com comportamento omissivo ou comissivo por parte do agente público, desde que gere dano.

3.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS TEORIAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

Historicamente, tem-se que o primeiro regime utilizado para o Estado era o da irresponsabilidade civil, passando à responsabilidade subjetiva e só contemporaneamente à responsabilidade objetiva.

A teoria da irresponsabilidade foi aplicada concomitantemente à vigência dos estados absolutistas que, por sua vez, tinham por base a soberania do rei. O monarca era a figura detentora de todo o poder, tendo sua palavra e vontade como incontrovertidas. Nessa vertente, o poder público jamais era culpado por eventuais danos causados à terceiros. A corrente foi perdendo força, pois era cercada de irregularidades e injustiças próprias do sistema absolutista, devido a sua discricionariedade.

Superada essa vertente, iniciou-se timidamente a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva do Estado ou teoria da culpa civil. Em explicação simples, essa teoria defende a responsabilização apenas em caso de culpa concorrente para o dano por parte do Estado, assim como no direito civil. Da primeira fase da reponsabilidade subjetiva adveio um conceito importante para o direito administrativo, a diferença entre atos de gestão e atos de império, sendo os primeiros aqueles praticados pela administração pública no uso de seus privilégios e os últimos quando em igualdade de condições com o particular. Então, nesse contexto, o Estado era responsabilizado por seus atos danosos quando decorrentes de atos de gestão, praticados por prepostos, que eram suscetíveis de erros. Essa divisão foi abandonada devido à dificuldade de separação entre os atos realizados pelo monarca dos pelos prepostos, posto que o Estado se traduz no conjunto destes dois. Não obstante, a teoria da responsabilidade subjetiva continuou sendo utilizada, mas apenas com base na noção de culpa.

Juntamente ao aparecimento e a evolução dos conflitos de competência entre os casos de atribuição comum e do direito administrativo, surgiram as teorias publicistas da responsabilidade do Estado. Estas foram divididas em dois grandes grupos: 'teoria da culpa do serviço ou da culpa administrativa' e 'teoria do risco'.

A teoria da culpa administrativa procurou retirar a culpa do funcionário público como um requisito essencial para a responsabilização do poder público. Portanto, concomitante a culpabilidade individual, criou-se a culpabilidade anônima, na qual o serviço público, como um todo, não funcionou do modo como deveria. Ainda dentro desse contexto, surgiu a teoria do risco, inclusive, pode-se dizer que foi grande precursora da teoria da responsabilidade objetiva do Estado da maneira como é

conhecida atualmente. Nela, prosseguindo com a tendência de diminuição da importância dada a culpa, houve a substituição desta pelo conceito de nexo de causalidade. Logo, independentemente de como ocorreu a prestação do serviço público, se houve dano ao particular, haverá o dever de indenizar.

Cabe ressaltar que, para uma parcela da doutrina, em especial Hely Lopes Meirelles (2003, p. 623), a teoria do risco divide-se em risco administrativo e risco integral. A diferença entre elas reside na admissão, na primeira, ou não das excludentes de responsabilidade (culpa da vítima, culpa de terceiros ou força maior).

Entretanto, Di Pietro (2020, p. 1469) explica que, em que pese as diferenças doutrinárias existentes, atualmente parece haver consenso quanto a necessidade de verificação do nexo de causalidade entre o dano e o serviço público, bem como quanto a existência das excludentes.

3.2 APLICAÇÃO ATUAL DAS TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E SUAS EXCEÇÕES

A teoria da responsabilidade civil objetiva do Estado encontra-se plenamente assentada no direito brasileiro à medida que assim determina sua carta magna, no artigo 37, §6º da Constituição Federal de 1988:

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

Portanto, são requisitos imprescindíveis, dentro do panorama da administração pública, que o ato seja praticado por agente de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público, a existência de nexo causal entre o dano e a prestação do serviço público, além de que o agente causador do dano pertença a uma das citadas pessoas jurídicas.

De outro modo, verifica-se que a teoria da responsabilidade subjetiva continua sendo aplicada ao agente público quando este agir com dolo ou culpa.

Não suficiente, em alguns casos, foi recepcionada também a teoria do risco integral, defendida por Hely Lopes Meirelles, como, por exemplo, nos danos causados por acidentes nucleares ou guerras.

Cabe reforçar, por fim, o funcionamento das cláusulas excludentes da responsabilidade civil do Estado. Em que pese a divisão doutrinária e jurisprudencial de suas espécies, é considerada a sua incidência sempre quando o nexo de causalidade entre o dano e a prestação do serviço público deixar de existir, seja porque este não foi a causa daquele ou por não ser a única causa. O artigo 393 do Código Civil dispõe que “o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir” e, como bem explica Hely Lopes Meirelles (2008, p. 240), não há motivação para diferenciar tais conceitos na seara pública e privada.

Contudo, em curta explanação, verifica-se que a aplicação pode ser distinta, ao passo que o caso fortuito causa o dano por decorrência de ato humano ou falha da administração pública e não é causa excludente; já a força maior, tal como no direito privado, acontece quando o dano for causado por fato imprevisível e não desejado às partes, sendo excludente exceto se concomitante com omissão pública; por fim, a culpa exclusiva da vítima também é excludente.

4. CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Inicialmente, cabe conceituar de forma breve o que são serviços públicos. É certo que existem muitas visões igualmente importantes dentro da doutrina sobre o tema, porém, para o fim do presente estudo, o conceito de Hely Lopes Meireles (2008, p. 285) se mostra adequado, como se vê:

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.

Com a ascensão do estado de bem-estar social (*welfare state*) no lugar do liberalismo econômico até então existente, o Estado passou a ser responsável por

prover uma série de direitos e serviços no campo social e econômico aos seus administrados.

Ocorreu que, assim como todas as instituições, o Estado possuía um número de recursos limitados e, por isso, precisou inovar quanto à prestação dos serviços públicos. Nesse contexto é que surgiu a dinâmica da concessão do serviço público.

Desde o primeiro momento, a concessão ocorria e era traduzida de modo similar ao atual, com a transferência da execução do serviço ao particular, mediante fiscalização do ente público e cobrança de tarifa ou taxa ao usuário. Esse processo visou tanto a especialização quanto a flexibilidade trazida pela iniciativa privada, que dava ao Estado espaço para se adaptar à realidade econômica vigente (Di Pietro 2020, p. 627).

Devido a uma série de mudanças no funcionamento da concessão, principalmente quanto ao tamanho da participação e risco financeiro do ente, esta se tornou menos atrativa e perdeu lugar para as empresas públicas e sociedades de economias mistas, que mantinham o Estado na posição de controle à medida que detinha maioria acionária.

Por fim, a concessão voltou a ser utilizada, tanto sob o modelo original quanto com a privatização das empresas estatais anteriormente criadas, mas que continuaram a prestar o serviço público.

Deste modo, emprestando-se o conceito completo dado por Di Pietro (2020, p. 630) a concessão do serviço público atualmente é lida como:

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

Hely Lopes Meirelles (2008, p. 391) vai além e afirma ser um acordo administrativo com vantagens e encargos recíprocos, que considera tanto o interesse coletivo na obtenção do serviço quanto as condições pessoais de quem se propõe a executá-lo.

4.1 CARACTERÍSTICAS ESPECIAIS DA CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Diante de todo o exposto até este ponto, pode-se dizer que a concessão é um contrato administrativo e como tal tem características próprias desses, inclusive concedendo prerrogativas à Administração Pública, como, por exemplo, quanto a existência das chamadas cláusulas exorbitantes.

Além disso, existem algumas outras características importantes desse tipo de descentralização do serviço público que merecem destaque: é realizável por meio de licitação; a titularidade continuará sendo do ente concedente, sendo somente transferida a execução ao concessionário; o concessionário poderá exigir tarifas ao usuário pela prestação de serviço, desde que dentro dos moldes pré compactuados; há possibilidade de rescisão unilateral; o concessionário executará o serviço público mas correndo o risco do empreendimento, sem que haja garantias de cobertura por parte do poder concedente etc.

Dentro do tema, Di Pietro (2020, p. 263) ressalta dois importantes aspectos do contrato de concessão, o direito do usuário à prestação de serviço de forma adequada, dada pela Lei 8.987/95 (Lei de Concessões), assim como a aplicação de diversos princípios próprios da prestação de serviços públicos, tais quais continuidade, regularidade, eficiência, atualidade, entre outros.

Por fim, o último contorno relevante a ser destacado é o da fiscalização e do controle. Em que pese a concessão visar, em finda instância, a otimização dos serviços estatais, bem como a economia de recursos, a transferência não retira do ente público o dever de fiscalização do serviço prestado ou de, eventualmente, até regulamentá-lo.

5. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CONCESSIONÁRIAS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO

Como mencionado anteriormente, o artigo 37, §6º da CFRB/88 dita que a teoria objetiva da responsabilidade civil é aplicável ao Estado, em suas pessoas jurídicas de direito público ou nas pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, como é o caso das concessionárias.

Sobre o tema, ao comentar julgado em que a concessionária de serviço público não foi responsabilizada diante de dano sofrido por terceiro não usuário – entendimento já superado -, Hely Lopes Meirelles (2008, p. 657) diz que:

*(...) uma vez que poderá permitir que o Estado venha a se furtar da responsabilidade objetiva que lhe impôs a Carta Magna, bastando que delegue o serviço a terceiros. Como já dito no texto acima, o entendimento anterior sobre a matéria foi revisto, no sentido de **não ser justo e jurídico que a só transferência do serviço público ao particular pudesse descaracterizar sua intrínseca natureza estatal e liberar o delegatário das responsabilidades que teria o Poder Público se o executasse diretamente**. Este escapismo é que não se pode admitir. – Grifo nosso*

Logo, parece ser acertado dizer e concordar com a visão de que, na maior parte dos casos, dar tratamento diferenciado às concessionárias de serviços públicos, em prejuízo do que seria dado diretamente ao Poder Público, é uma prática prejudicial ao contribuinte.

Como mencionado anteriormente, a responsabilização pela teoria objetiva não se faz de maneira cega. Há a interpretação de que a letra do artigo 37, §6º da CRFB/88 abarca apenas os danos decorrentes da atuação dos agentes públicos, representantes da empresa concessionária.

Ademais, a jurisprudência e a doutrina apontam a possibilidade de responsabilidade subsidiária do poder concedente, em ocasional falta de bens da concessionária ou mesmo a responsabilidade solidária, se comprovada a inexecução do serviço ou omissão na fiscalização do ente.

Importante também é citar a pacificação jurisprudencial¹ quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor na relação entre usuário e concessionária de serviços públicos. Entretanto, isto só ocorre diante do chamado serviço público *uti singuli*, nos quais é possível determinar os usuários e sua utilização individual, normalmente remunerados por taxa ou tarifa, e desde que este esteja inserido no rol dos serviços chamados essenciais.

5.1 EXPOSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE A TEMÁTICA

¹ "(...) a relação entre concessionária de serviço público e o usuário final, para o fornecimento de serviços públicos essenciais, tais como água e energia, é consumerista, sendo cabível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor" (AgRg no AREsp 354.991/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 11/9/2013)

Neste ponto, cabe o comentário à algumas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, com o intuito de causar reflexão e debate sobre o tema, além de ver aplicados todos os conceitos já colocados em exposição.

Sinaliza-se que grande parte dos casos pesquisados versa sobre concessão de rodovias, transporte público ou serviços essenciais como água e energia elétrica, notadamente devido ao grande volume de usuários desses serviços.

Em recente ementa, o STJ entendeu ser fato de terceiro o roubo praticado com emprego de arma de fogo ocorrido em fila de pedágio de concessionária de rodovia. Com isso, o nexo de causalidade foi rompido e a responsabilidade civil não declarada, como se verifica:

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ROUBO COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO COMETIDO CONTRA OS AUTORES ENQUANTO AGUARDAVAM NA FILA DO PEDÁGIO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE ENFRENTOU TODAS AS QUESTÕES SUSCITADAS PELAS PARTES. RESPONSABILIDADE CIVIL DA CONCESSIONÁRIA DE RODOVIA. INEXISTÊNCIA. EXCLUDENTE DE ILICITUDE. FATO DE TERCEIRO. ROMPIMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE. IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS FORMULADOS NA AÇÃO. EXTENSÃO DOS EFEITOS À SEGUNDA RÉ - FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO -, CONSIDERANDO O RECONHECIMENTO DE SUA RESPONSABILIDADE EXCLUSIVAMENTE SUBSIDIÁRIA. RECURSO PROVIDO. 1. A questão discutida consiste em saber, a par da existência de negativa de prestação jurisdicional por parte do Tribunal de origem, se a recorrente - concessionária de rodovia - possui responsabilidade por crime de roubo com emprego de arma de fogo cometido contra os recorridos, quando estavam parados na fila do pedágio. 2. Tendo o Tribunal de origem analisado todas as questões suficientes ao deslinde da controvérsia, não há que se falar em negativa de prestação jurisdicional. 3. Conquanto as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público tenham responsabilidade objetiva pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, não há como responsabilizar a concessionária de rodovia pelo roubo com emprego de arma de fogo cometido contra seus respectivos usuários, por se tratar de nítido fortuito externo (fato de terceiro), o qual rompe o nexo de causalidade. 3.1. Com efeito, o dever da concessionária de garantir a segurança e a vida dos cidadãos que transitam pela rodovia diz respeito a aspectos relacionados à própria utilização da estrada de rodagem, como, por exemplo, manter sinalização adequada, evitar animais na pista, buracos ou outros objetos que possam causar acidentes, dentre outros, não se podendo exigir que a empresa disponibilize segurança armada na respectiva área de abrangência, ainda que no posto de pedágio, para evitar o cometimento de crimes. 3.2. A causa do evento danoso - roubo com emprego de arma de fogo contra os recorridos - não apresenta qualquer conexão com a atividade desempenhada pela recorrente, estando fora dos riscos assumidos na concessão da rodovia, que diz respeito apenas à manutenção e administração da estrada, sobretudo porque a segurança pública é dever do Estado. 4. Embora a Fazenda Pública Estadual não tenha interposto recurso contra o acórdão recorrido, não há

como permanecer a sua condenação de forma isolada, pois o único fundamento utilizado foi a sua responsabilidade subsidiária, e não solidária. Assim, afastando-se a condenação da concessionária (principal), também deverá ser afastada a do ente público (subsidiária). 5. Recurso especial provido.” (REsp n. 1.872.260/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 4/10/2022, DJe de 7/10/2022.) – Grifo nosso

Logo, além de considerar o ocorrido fortuito externo, ressaltou que o dever de segurança advém apenas do Estado, limitando o dever da concessionária aos aspectos da segurança na utilização da rodovia e sua manutenção. Tal entendimento é reiterado em outros casos, como o exemplo a seguir, o que demonstra a uniformidade do tema:

“RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE RODOVIA. ROUBO E SEQUESTRO OCORRIDOS EM DEPENDÊNCIA DE SUPORTE AO USUÁRIO, MANTIDO PELA CONCESSIONÁRIA. FORTUITO EXTERNO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. 1. Ação ajuizada em 20/09/2011. Recurso especial interposto em 16/09/2016 e distribuído ao Gabinete em 04/04/2018. 2. O propósito recursal consiste em definir se a concessionária de rodovia deve ser responsabilizada por roubo e sequestro ocorridos nas dependências de estabelecimento por ela mantido para a utilização de usuários (Serviço de Atendimento ao Usuário). 3. 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; (STF. RE 591874, Repercussão Geral).4. O fato de terceiro pode romper o nexo de causalidade, exceto nas circunstâncias que guardar conexão com as atividades desenvolvidas pela concessionária de serviço público. 5. Na hipótese dos autos, é impossível afirmar que a ocorrência do dano sofrido pelos recorridos guarda conexão com as atividades desenvolvidas pela recorrente. A ocorrência de roubo e sequestro, com emprego de arma de fogo, é evento capaz e suficiente para romper com a existência de nexo causal, afastando-se, assim, a responsabilidade da recorrente. 7. Recurso especial provido.” (REsp 1749941/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 07/12/2018) – Grifo nosso

Ocorre que, em situação similar, ocorrida em posto de pesagem – local destinado à fiscalização de peso, dimensões e até da carga de determinados veículos, por determinação legal -, que, por sua própria natureza, está localizado em rodovia, seja ela objeto de concessão ou não, foi determinada a responsabilidade civil da concessionária por omissão e falha diante de crime de furto, a *contrario sensu* dos casos supramencionado.

Apesar de nítidas as diferenças estruturais dos julgados, principalmente quanto ao *modus operandi* criminoso, não parece plausível a responsabilização em um caso e em outro não. Em que pese a clandestinidade atribuída ao crime de furto - objeto de estudo do direito penal, logo, sem espaço aqui para maior debate -, ambos os casos tratam de segurança pública, um dever do Estado. Este dever leva à responsabilização do Estado em diversas ocorrências, seja por ação ou por omissão, principalmente fora do direito administrativo, levantando dúvida quanto a sua possibilidade neste.

“RESPONSABILIDADE CIVIL – SERVIÇO PÚBLICO – FURTO – POSTO DE PESAGEM – VEÍCULO. A teor do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, há responsabilidade civil de pessoa jurídica prestadora de serviço público em razão de dano decorrente de crime de furto praticado em posto de pesagem, considerada a omissão no dever de vigilância e falha na prestação e organização do serviço.”
(RE 598356, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 08/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-153 DIVULG 31-07-2018 PUBLIC 01-08-2018) – Grifo nosso

Similar controvérsia jurisprudencial sobre o tema pode ser visualizada nos episódios de importunação sexual dentro dos coletivos, atos graves e ocorridos em ambiente teoricamente sob o controle da empresa concessionária. No primeiro caso, foi entendido como fortuito interno, já no segundo, como externo, como pode ser visto a seguir:

“DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATO LIBIDINOSO PRATICADO CONTRA PASSAGEIRA NO INTERIOR DE UMA COMPOSIÇÃO DE TREM NA CIDADE DE SÃO PAULO/SP (ASSÉDIO SEXUAL:). FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. RESPONSABILIDADE DA TRANSPORTADORA. NEXO CAUSAL. ROMPIMENTO. FATO EXCLUSIVO DE TERCEIRO. AUSÊNCIA DE CONEXIDADE COM A ATIVIDADE DE TRANSPORTE. (...) 4. A cláusula de incolumidade é ínsita ao contrato de transporte, implicando obrigação de resultado do transportador, consistente em levar o passageiro com conforto e segurança ao seu destino, salvo se demonstrada causa de exclusão do nexo de causalidade, notadamente o caso fortuito, a força maior ou a culpa exclusiva da vítima ou de terceiros. 5. O fato de terceiro, conforme se apresenta, pode ou não romper o nexo de causalidade. Exclui-se a responsabilidade do transportador quando a conduta praticada por terceiro, sendo causa única do evento danoso, não guarda relação com a organização do negócio e os riscos da atividade de transporte, equiparando-se a fortuito externo. De outro turno, a culpa de terceiro não é apta a romper o nexo causal quando se mostra conexa à atividade econômica e aos riscos inerentes à sua exploração, caracterizando fortuito interno. 6. Na hipótese, conforme consta

no acórdão recorrido, a recorrente foi vítima de ato libidinoso praticado por outro passageiro do trem durante a viagem, isto é, um conjunto de atos referidos como assédio sexual. 7. O momento é de reflexão, pois não se pode deixar de ouvir o grito por socorro das mulheres, vítimas costumeiras desta prática odiosa, que poderá no futuro ser compartilhado pelos homens, também objetos potenciais da prática de assédio. 8. É evidente que ser exposta a assédio sexual viola a cláusula de incolumidade física e psíquica daquele que é passageiro de um serviço de transporte de pessoas. 9. Mais que um simples cenário ou ocasião, o transporte público tem concorrido para a causa dos eventos de assédio sexual. Em tal contexto, a ocorrência desses fatos acaba sendo arrastada para o bojo da prestação do serviço de transporte público, tornando-se assim mais um risco da atividade, a qual todos os passageiros, mas especialmente as mulheres, tornam-se sujeitos. 10. Na hipótese em julgamento, a ocorrência do assédio sexual guarda conexão com os serviços prestados pela recorrida CPTM e, por se tratar de fortuito interno, a transportadora de passageiros permanece objetivamente responsável pelos danos causados à recorrente. 11. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp 1662551/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 25/06/2018) – Grifo nosso

“RECURSO ESPECIAL - DIREITO CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ATO LIBIDINOSO PRATICADO CONTRA PASSAGEIRA NO INTERIOR DE UMA COMPOSIÇÃO DE TREM DO METRÔ PAULISTA - AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA TRANSPORTADORA - FATO EXCLUSIVO DE TERCEIRO E ESTRANHO AO CONTRATO DE TRANSPORTE - PRECEDENTES DO STJ. INCONFORMISMO DA AUTORA. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, não há responsabilidade da empresa de transporte coletivo em caso de ilícito alheio e estranho à atividade de transporte, pois o evento é considerado caso fortuito ou força maior, excluindo-se, portanto, a responsabilidade da empresa transportadora. Precedentes do STJ. 2. Não pode haver diferenciação quanto ao tratamento da questão apenas à luz da natureza dos delitos. 3. Na hipótese, sequer é possível imputar à transportadora eventual negligência pois, como restou consignado pela instância ordinária, o autor do ilícito foi identificado e detido pela equipe de segurança da concessionária de transporte coletivo, tendo sido, inclusive, conduzido à Delegacia de Polícia, estando apto, portanto, a responder pelos seus atos penal e civilmente. 4. Recurso especial desprovido.” (REsp 1748295/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 13/02/2019) – Grifo nosso

Ao tratar da ocorrência de dano ambiental concomitante à atuação de concessionária de serviço público, o STJ entendeu que, não obstante ao dano causado ao usuário do recurso local e devido à importância do bem junto a legislação pertinente, deve ser aplicada a teoria objetiva. A seguir, a ementa:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E DIREITO AMBIENTAL. USINA HIDRELÉTRICA. CONSTRUÇÃO. PRODUÇÃO PESQUEIRA. REDUÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO INCONTESTE. NEXO CAUSAL. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CABIMENTO. PRECEDENTES. INOVAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL.

NÃO OCORRÊNCIA. 1. A Lei nº 6.938/1981 adotou a sistemática da responsabilidade objetiva, que foi integralmente recepcionada pela ordem jurídica atual, **de sorte que é irrelevante, na espécie, a discussão da conduta do agente (culpa ou dolo) para atribuição do dever de reparação do dano causado, que, no caso, é inconteste.** 2. O princípio da precaução, aplicável à hipótese, pressupõe a inversão do ônus probatório, transferindo para a concessionária o encargo de provar que sua conduta não ensejou riscos para o meio ambiente e, por consequência, para os pescadores da região. 3. Não há inovação em recurso especial se, ainda que sucintamente, a matéria foi debatida no tribunal de origem. 4. Agravo regimental não provido.” (AgRg no AREsp n. 183.202/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 10/11/2015, DJe de 13/11/2015.) – Grifo nosso

Por fim, cabe mencionar julgado em que incidiu a excludente de caso fortuito, mas, acima disso, perpassou pelos diversos conceitos aqui trabalhados e há citação do Min. Luiz Fux sobre a necessária limitação a que devem se ater os órgãos julgadores ao tratar do tema:

“RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. MORTE EM ESTAÇÃO DE METRÔ DECORRENTE DE MAL SÚBITO. ACIDENTE EM RELAÇÃO DE CONSUMO TAMBÉM A ENVOLVER SERVIÇO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA, FUNDADA NA TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO, **A PRESCINDIR DA DEMONSTRAÇÃO DE CULPA DO FORNECEDOR DE SERVIÇOS.** CONSTATAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. NECESSIDADE. ENTENDIMENTO DE HAVER DEVER ESPECÍFICO DE PREVENIR ACIDENTES POR TODOS OS MEIOS QUE POSSA CONCEBER O CONHECIMENTO HUMANO. DESARRAZOABILIDADE. SERVIÇO DEFEITUOSO: AQUELE QUE NÃO FORNECE A SEGURANÇA QUE O CONSUMIDOR PODE ESPERAR, CONSIDERANDO-SE OS RISCOS INERENTES E A ÉPOCA EM QUE FOI PRESTADO. INTERVENÇÃO JUDICIAL AFETANDO POLÍTICAS PÚBLICAS. INADEQUAÇÃO COM REPERCUSSÕES SOCIAIS IMPREVISÍVEIS. 1. A responsabilidade civil objetiva, fundada na teoria do risco, foi desenvolvida a partir da constatação de que a responsabilidade civil fundada na culpa e na ilicitude do ato, por vezes, gerava iniquidades, mostrando-se insuficiente para propiciar a reparação de prejuízos verificados e demonstrar que o agente responsável pela atividade foi o causador do dano. A teoria induz que aqueles que desenvolvem atividades potencialmente perigosas devem acautelarem-se para que elas não venham a causar danos a outrem, porquanto, se ocorrerem, não poderão escusar-se do dever indenizatório, argumentando a inexistência de culpa. 2. Nas relações de consumo que envolvam serviço público, o art. 37, § 6º, da Constituição Federal prevê a responsabilidade civil do Estado e das concessionárias de serviço público, sob a modalidade do risco administrativo. Malgrado se trate de responsabilidade civil objetiva, apenas pela teoria do risco integral - adotada no ordenamento jurídico brasileiro em casos excepcionais, como na responsabilidade civil acidentária ou infortúnica, coberta pelo seguro social; no seguro obrigatório para os proprietários de veículos automotores (DPVAT); e no dano nuclear -, não há necessidade de exame da relação de causa e efeito entre o dano e a conduta/atividade omissiva ou comissiva daquele tido por causador. 3. **O fato de o acidente**

estar abrangido pela responsabilidade objetiva não elimina a necessidade de demonstrar a presença do dano e do nexo causal entre o dano e a qualidade de agente público do autor do dano ou a conexão com a prestação do serviço público. Nessa linha de inteligência, quanto ao nexo causal, embora existam inúmeras teorias, a da causalidade adequada é a que se revela a mais adequada para justificar o nexo de causalidade no plano jurídico. Isso tanto pelo exame do direito positivo quanto pela concepção de que a causalidade adequada constitui o retrato mais próximo do modelo nomológico científico da explicação causal, pugnano que só há uma relação de causalidade apropriada entre fato e dano quando o ato praticado pelo agente for de molde a provocar o dano sofrido pela vítima, segundo o curso normal das coisas e a experiência comum da vida.

4. No caso, à luz da própria causa de pedir da demanda, é incontroverso que o fatídico acidente decorreu de caso fortuito (mal súbito, convulsão por epilepsia), consubstanciando fortuito externo, que, segundo o curso normal das coisas, não se tinha como antever, prevenindo que a passageira caísse justamente na linha férrea do metrô, pouco antes do alinhamento da composição à estação, onde a ausência de funcionário, aludida na exordial, não teria o condão de evitar o acidente, por não ser factível que estivesse ao lado de cada um dos passageiros, ainda mais de passageira jovem, que, em linha de princípio, não precisaria de nenhum auxílio específico para ingressar na composição do metrô.

5. A conduta da ré não é causa específica e determinante para o evento danoso, pois a queda de passageira na linha férrea decorrente exclusivamente de mal súbito, por fatores não ligados à própria organização do serviço (v.g. tropeço em razão de o piso estar molhado ou escorregadio, tumulto por desorganização no embarque e desembarque da composição), é fortuito externo, isto é, risco que não está abrangido na esfera imputável objetivamente à concessionária de serviço público. (...) 7. Como máxima de experiência, não é a regra que trens de metrôs, inclusive em países com altíssimo nível de desenvolvimento econômico e social, tenham as denominadas "portas de plataforma" (Platform Screen Doors - PSD), sendo certo que, na presente data, existe projeto (política pública) para que, no decorrer dos próximos anos, haja a sua implantação na maior parte das estações de metrô da capital paulista. Portanto, seria contraproducente e prejudicial ao consumidor punir o fornecedor de serviços que busca aprimorar a segurança, uma vez que o acórdão recorrido, em suma, aponta que o fato de haver algumas estações com implantação da tecnologia mais moderna significa que existe o dever de já tê-la implantado em todas - sem se ater a questões de oportunidade, de conveniência e de possível desequilíbrio econômico-financeiro do serviço público delegado, ocasionador de abrupto e relevante reajuste da tarifa do serviço público.

8. No julgamento da ADI n. 4.923, o relator, Ministro Luiz Fux, salientou que não se pode perder de mira que intervenções judiciais incisivas - ainda que inegavelmente bem-intencionadas - sobre marcos regulatórios específicos, de setores técnicos e especializados, podem ter repercussões sistêmicas deletérias para valores constitucionais em jogo, repercussões essas imprevisíveis no interior do processo judicial, marcado por nítidas limitações de tempo e de informação (ADI n. 4.923, relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 8/11/2017, processo eletrônico DJe-064 divulgado em 4/4/2018, publicado em 5/4/2018).

9. Recurso especial da ré provido, e recurso da litisdenunciada parcialmente provido para, restabelecendo o decidido na sentença, julgar improcedente o pedido formulado na inicial." (REsp n. 1.936.743/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 8/9/2022.)

As políticas públicas, assim como os serviços públicos, estão em eterna adaptação à realidade social, sendo prudente, portanto, a constante revisão da incidência da responsabilidade civil sobre seus prestadores. Como visto, os tribunais parecem analisar caso a caso, posto que firmar entendimentos sumulados sobre o tema seria condenar o usuário e/ou o terceiro prejudicado a não ter seu direito de reparação atendido.

6. CONCLUSÃO

Com todo o exposto, conclui-se que, apesar de o tema possuir bases doutrinárias arrojadas, com conceitos legais bem formados, a aplicação no caso concreto tende a trazer dúvidas.

Reforça-se que a comparação jurisprudencial e críticas feitas não pretendem sugerir que o Estado – e, por consequência, as concessionárias – se torne o segurador universal de todas as situações. Ao contrário, a própria evolução histórica do instituto mostra que os extremos estão fadados ao fracasso.

As concessionárias desempenham papel ímpar ao facilitar e melhorar a prestação do serviço público, posto que se tornou inviável ao Estado zelar por todas as suas demandas existentes, de maneira especializada. Porém, também é correto afirmar, na mesma toada, que as concessionárias afastam a noção de Estado responsável pela reparação dos danos e do usuário possuidor de direitos.

7. BIBLIOGRAFIA

BRASIL. **Constituição Federal**. 1988.

BRASIL. **Código Civil**. 2002.

BRASIL. **Lei 8.987 (Lei de Concessões)**. 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: volume 4. Responsabilidade Civil**. 13^a. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2008. 34^a edição.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 33^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil: contemporâneo**, 3^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**, 10.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2020.