UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA

Faculdade de Direito

Programa de Pós – Graduação em Direito

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIAS

Marcelo Ferreira Abdalla

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba-UNIMEP, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Mestre em Direito.

ORIENTADOR: Professor Doutor José Luiz Gavião de Almeida

PIRACICABA
2007

Livros Grátis

http://www.livrosgratis.com.br

Milhares de livros grátis para download.

BANCA EXAMINADORA

_____

Prof. Dr. José Luiz Gavião de Almeida

_____

Prof. Dr. Jorge Luiz de Almeida

_____

Prof. Dr. Paulo César Souza Manduca

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, ao Professor Doutor José Luiz Gavião de Almeida, pela oportunidade oferecida, pela orientação e pela amizade, minha eterna gratidão,

Aos meus familiares, todos, em especial aos meus pais, a quem, mais que a simples existência, devo o ensinamento da vida,

À minha esposa, Annelise, pela paciência e compreensão em todos os momentos,

Aos demais professores, empregados e companheiros da Casa, pelo precioso auxílio.

RESUMO

Recentemente, viu-se o mundo capitalista diante de um crescente movimento global de mudança de modelo, pelo qual deixa de ser o Estado o único prestador de serviço público.

O Estado brasileiro, acompanhando tal tendência, volta-se, a partir da década de 90, às funções chamadas 'essenciais' e, concomitantemente, passa a outorgar à iniciativa privada a gestão de atividades que, até então, representavam um monopólio estatal, dentre elas a administração das rodovias.

Por conta de tal substancial alteração do modelo de gestão, passaram a ser muitos os questionamentos acerca dos limites de responsabilização de tais concessionárias em relação aos danos sofridos pelos seus usuários quando da utilização das rodovias e de seus serviços.

Analisar os aspectos e questões surgidas no âmbito da responsabilidade com a chamada 'privatização' das rodovias, é aquilo que se objetiva no presente estudo, que oscila entre princípios de direito público e de direito privado.

Para tanto, adota-se como ponto de partida conceitos gerais acerca da responsabilidade civil, desde os seus primórdios, para, em seguida, avançar-se no estudo da responsabilidade civil do Estado e das prestadoras de serviços públicos por conta dos contratos de concessão.

Ao final, fincado especificamente na temática proposta, analisam-se as particularidades que envolvem a responsabilização das concessionárias de rodovias, inclusive com a abordagem de um 'contrato-tipo' e dos casos concretos que começam a chegar aos tribunais.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil - Serviço Público - Concessionárias de rodovias

ABSTRACT

Recently, due to the global changing of the capitalist pattern worldwide, the State becomes no more the only renderer of public services.

Thus, the Brazilian State, following such changing, focuses, from the 90's, to essential services and grants to the private enterprises the management of the services which belonged to the state monopoly, among them, the highway administration.

As a result of the management pattern changing, several questions were arisen concerned to the boundaries of the highway concessionaire responsibilities. These responsibilities are related to the damages suffered by the usuaries when of the use of the highways and their services.

This paper has as the main goal to analyse the aspects and questions emerged in such highway 'privatization' which oscillate between the principle of the public law and the private law.

Consequently, general concepts of civil responsibility have been taken as the start point since its origin and more over a detailed study of State civil responsibility and renders of a public services have been done concerned to the charter contracts.

Finally, having as the core the thematic proposal; the analyse has been developed related to the highway concessionaire responsibilities, getting also a ''type contract' and recorded cases which are in the courts.

KEY WORDS: Civil responsibility – Public service – Highway concessionaire

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 8

NOÇÃO DE RESPONSABILIDADE E CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL 11

A ORIGEM HISTÓRICA E RELEVÂNCIA DO TEMA 'RESPONSABILIDADE CIVIL' 17

NOÇÕES GERAIS DE RESPONSABILIDADE CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. RESPONSABILIDADE CIVIL: CONTRATUAL E EXTRACONTRATUAL 27

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO 39

DOS SERVIÇOS PÚBLICOS E DAS CONCESSÕES 58

DOS DIREITOS DOS USUÁRIOS DO SERVIÇO PÚBLICO 83

DA CONCESSÃO DE RODOVIAS 88

NATUREZA JURÍDICA DO PEDÁGIO E SUAS EVENTUAIS CONSEQÜÊNCIAS NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIAS 90

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO EM GERAL 93

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIAS – CASUÍSTICA 96

SISTEMA ANHANGÜERA-BANDEIRANTES. RESPONSABILIDADES CONSTANTES DO CONTRATO DE CONCESSÃO. BREVES CONSIDERAÇÕES 119

CONSIDERAÇÕES FINAIS 122

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 124

ANEXO 129

INTRODUÇÃO

O tema 'responsabilidade civil', sem dúvida, apresenta-se como um dos mais empolgantes da vida atual do direito.

Como decorrência natural da vida atual em sociedade, presencia-se ao longo de um único dia, diversas situações que podem resultar em dano para alguém, com uma crescente multiplicação de infortúnios.

É intuitivo acreditar-se que à medida que a sociedade se desenvolve, tornam-se mais complexas as relações sociais, trazendo, assim, um crescente número de atritos de interesses decorrente da própria inquietação das pessoas. Neste aspecto, Aguiar Dias[1], citando Mazeaud et Mazeaud, afirma que *"... o problema da responsabilidade civil acabou por invadir todos os domínios da ciência jurídica, ...", conquistando um lugar privilegiado de 'centro do direito civil', ocorrendo aquilo que Savatier de maneira antecipada já chamava de 'hipertrofia da responsabilidade'".*

A responsabilidade civil passou a ser algo inerente à própria existência da sociedade, trazendo consigo a mais pura noção de justiça, encontrando-se presente sempre que alguém, por qualquer razão, deva arcar com as conseqüências de um fato danoso por ele causado, dando-se a entender que qualquer exteriorização de uma atividade do homem traz consigo o problema da responsabilidade.

Danos à pessoa e a seu patrimônio ocorrem o tempo todo e, em muitas vezes (talvez a imensa maioria), o prejuízo causado possa ser resultado da ação (direta ou indireta) ou omissão de outrem, cabendo a este último a 'responsabilidade' de, na medida do possível, reconstituir ao prejudicado a uma situação anterior àquela que tinha antes da ocorrência do dano.

Por meio da responsabilidade civil é que se definirá, se for o caso, quem ressarcirá e como será efetivado o ressarcimento para que, na medida do possível,

[1] DIAS, José de Aguiar, *Da responsabilidade Civil*, 11ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 15

seja recolocado o prejudicado em situação que mais o aproxime de uma situação imaginária ou hipotética na qual o dano jamais tivesse ocorrido.

Aliás, como exposto por San Tiago Dantas, o principal objeto da ordem jurídica é justamente a de proteger o lícito, e reprimir o ilícito.

Saulo José Casali Bahia[2] cita que os irmãos Mazeaud entendiam que a responsabilidade civil tornou-se quase que *"o centro das atividades jurídicas"*. O mesmo professor e magistrado baiano cita opinião de José Antonio Nogueira, para quem *"o problema da responsabilidade é o próprio problema do Direito"*, visto que *"todo o direito assenta na idéia da ação, seguida da reação, de restabelecimentos de uma harmonia quebrada"*.

A verdadeira relevância da responsabilidade civil na vida de todos pode ser extraída da precisa lição de Maria Helena Diniz[3]:

> *"...*
>
> *Toda manifestação da atividade que provoca prejuízo traz em seu bojo o problema da responsabilidade, que não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, mas de todos os domínios da vida social. Realmente, embora alguns autores, como Josserand, considerem a responsabilidade civil como 'a grande vedete do direito civil' na verdade, absorve não só todos os ramos do direito — pertencendo à seara da Teoria Geral do Direito, sofrendo as naturais adaptações conforme aplicável ao direito público ou privado, mas os princípios estruturais, o fundamento e o regime jurídico são os mesmos, comprovando a tese da unidade jurídica quanto aos institutos basilares, uma vez que a diferenciação só se opera no que concerne às matérias, objeto de regulamentação legal — como também a realidade social, o que demonstra o campo ilimitado da responsabilidade civil. Por repercutir em todas as atividades humanas, tutelando inclusive os direitos da personalidade, múltiplos são os dissídios doutrinários e díspares são os posicionamentos dos*

[2] BAHIA, Saulo José Casali, *Responsabilidade civil do estado*, 1ª ed.-2ª tiragem, Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 4.
[3] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 20ª ed., São Paulo, Saraiva, 2006, p. 4.

> *tribunais, 'quanto à definição de seu alcance, à enunciação de seus pressupostos e à sua própria textura' tornando-se um dos árduos e complexos problemas jurídicos e de mais difícil sistematização.*
>
> *..."*

Na realidade, repita-se, toda manifestação ou conduta do ser humano traz em si a problematização da responsabilidade, o que, por si só, dificulta a fixação de um conceito, pois é fenômeno da vida social e não apenas do cotidiano jurídico.

Dada a especificidade do tema ora abordado, sem pretensão alguma, entendemos por bem em, sucintamente, discorrer brevemente acerca das noções gerais envolvendo conceito e evolução da responsabilidade civil para, na seqüência, ingressar-se naquilo que tange à responsabilidade civil do Estado e das empresas concessionárias por conta dos programas de desestatização das rodovias.

NOÇÃO DE RESPONSABILIDADE E CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Como já frisado anteriormente, muito antes de ser um termo estritamente jurídico, a 'responsabilidade' decorre da própria vida em sociedade.

Derivada do latim, da palavra *'respondere'*, a noção de responsabilidade é decorrência lógica segundo a qual, a grosso modo, todos devem responder por seus atos danosos.

Para Sérgio Cavalieri Filho[4], em seu sentido etimológico, responsabilidade *"exprime a idéia de obrigação, encargo, contraprestação"*.

Sob o ponto de vista que nos interessa, qual seja, o jurídico (e não o moral), é certo que o ordenamento é colocado à disposição daquele que se sentiu prejudicado, para que, dentro da exteriorização do mais puro princípio de Justiça, possa fazer valer o direito de se ver indenizado pelo prejuízo atribuível a outrem.

Mais amplamente, aquilo que alguns autores (como Aguiar Dias, por exemplo) denominam de 'responsabilidade jurídica' (em divisão à responsabilidade moral), passou a ser subdividido entre responsabilidade civil e penal.

A responsabilidade penal envolveria turbação social, havendo o descumprimento da norma penal. Em tempos passados, era pacífico que a responsabilidade civil não causava o mesmo desconforto à sociedade.

Atualmente, acredita-se, não há como deixar de reconhecer que, em alguns casos, o dano de ordem civil causa tanto, ou mais, prejuízo à sociedade do que aqueles amparados pela legislação penal.

No entanto uma coisa é certa: a reparação civil busca reintegrar o lesado à situação patrimonial anterior, o que não ocorre da esfera exclusivamente penal, sendo que, na hipótese de ocorrerem, concomitantemente, danos de ordem civil e

[4] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 24.

penal, são exigidas as respectivas ações para a punição (penal) e para a indenização (civil).

Em outras palavras, ocorrido um ato ilícito, sobrevém a responsabilidade de seu causador em relação ao lesado, sendo que obrigar o agente causador do dano a repará-lo é a expressão mais lídima de aplicação da justiça.

A doutrina, pátria e estrangeira, não se cansam de tentar buscar o verdadeiro conceito daquilo que seria considerado 'responsabilidade' e quais seus efeitos. Mas, no entanto, aquilo que parece fácil (conceituar 'responsabilidade'), na realidade, não é.

Para Aguiar Dias[5], *"... mais aproximada da definição de responsabilidade é a idéia de obrigação."*.

Em seu 'Tratado de Responsabilidade Civil'[6], Rui Stoco cita algumas dessas definições. Segundo o tratadista:

> *"...*
>
> ***Marton** estabelece com muita lucidez a boa solução, quando define responsabilidade como "a situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto às conseqüências desagradáveis decorrentes dessa violação, traduzidas em medidas que a autoridade encarregada de velar pela observação do preceito lhe imponha, providências essas que podem, ou não, estar previstas" (Da responsabilidade civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. 1, p. 1 e 3).*
>
> ***Silvio Rodrigues** enfatiza a afirmação segundo a qual o princípio informador de toda a teoria da responsabilidade é aquele que impõe "a quem causa dano o dever de reparar" (Direito Civil, v. 5, n. 7).*

[5] DIAS, José de Aguiar, *Da responsabilidade Civil*, 11ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 4
[6] STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*, 6ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 119.

> *Na mesma linha de raciocínio inscreve-se **Serpa Lopes**, para quem a responsabilidade civil significa o dever de reparar o prejuízo (Curso de Direito Civil, v. 5,n. I44, p. 188).*
>
> ***De Page**, depois de assinalar que 'a deformação é proporcional ao uso' do vocábulo, observa que, em sentido técnico, alia-se mais ao 'resultado' do que ao 'fundamento' da instituição. Mas acrescenta que o elemento dominante, invariavelmente, sobressai na 'obrigação de reparar o dano', independentemente de fundamentar e de justificar (Traité Elémentaire de Droit Civil Belge, v. 2, n. 903).*
>
> *Em sua obra clássica **Giorgio Giorgi** conceitua a responsabilidade civil como a 'obrigação de reparar mediante indenização quase sempre pecuniária, o dano que o nosso fato ilícito causou a outrem' (Teoria delle obbligazioni, v. 5, n. 143, p. 224).*
>
> *Nas aulas ministradas no curso de pós-graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em São Paulo, **Milton Paulo de Carvalho** transmitiu aos seus alunos o conceito de responsabilidade, enfatizando, como sempre entendemos, que também pode decorrer da prática de atos lícitos, assim colocando: 'O conjunto de princípios e normas que disciplinam a obrigação de reparar o dano resultante do inadimplemento de um contrato, da inobservância de um dever geral de conduta ou, nos casos previstos em lei, mesmo da prática de ato lícito'.*
>
> ..."

Rui Stoco se dispôs a apresentar em poucas palavras o que para ele significaria 'responsabilidade civil'. Para ele, *"Se resumir for possível, pode-se dizer que a responsabilidade civil traduz a obrigação da pessoa física ou jurídica ofensora de reparar o dano causado por conduta que viola um dever jurídico preexistente de não lesionar (neminem laedere) implícito ou expresso na lei.".*

Um pouco mais minuciosa, Maria Helena Diniz[7] conceitua responsabilidade civil como sendo *"a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado,*

[7] DINIZ, Maria Helena. Ob. cit., p. 40.

por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.".

Na realidade, aqueles que se predispõem a viver em sociedade aceitam as regras sociais, arcando, assim, com o dever de não ofender, lesar ou causar danos ou prejuízos a outrem. Tal preceito vem desde o Direito Romano com a máxima *'neminem laedere'*, decorrente, até mesmo, do direito natural, segundo o qual, a ninguém se deve lesar.

Como se vê, seja na doutrina pátria ou na alienígena, em regra, não há que se falar em responsabilidade civil sem que haja uma ação, um dano e um nexo de causalidade entre ambos que possa atribuir ao agente a responsabilidade jurídica pela indenização.

Diz-se responsabilidade 'jurídica' uma vez que enquanto o prejuízo não decorre de violação ao ordenamento jurídico, não há o dever legal de indenizar uma vez que a responsabilidade exclusivamente moral não acarreta o dever de reparar o suposto prejuízo.

Em outras palavras, o dano passível de indenização é aquele decorrente do descumprimento de um dever jurídico (legal ou contratual) e não simplesmente de um dever moral.

Por tais razões, a responsabilidade civil envolve, em regra, o dano, genericamente falando, representado por prejuízo, desfalque, ou alguma espécie de desequilíbrio ao patrimônio de alguém. Em suma, conforme apontado por José Cretella Júnior em "O Estado e a obrigação de indenizar", também referido por Rui Stoco, *"Envolve a responsabilidade jurídica, desse modo, a pessoa que infringe a norma, a pessoa atingida pela infração, o nexo causal entre infrator e infração, o prejuízo ocasionado, a sanção aplicável e a reparação, consistente na volta ao*

status quo ante da produção do dano" (O Estado e a obrigação de indenizar São Paulo: Saraiva, 1980, p. 7-8).".

Embora haja exceções, como é o caso da cláusula penal, por exemplo, em regra, a obrigação de indenizar surge com a conjugação do binômio 'ato ilícito' e 'dano', não se falando em responsabilidade, repita-se, em geral, sem que haja prejuízo.

Por sua vez, para que haja ato ilícito, é necessária a existência conjunta de uma ação; um descumprimento da ordem jurídica, a imputabilidade e a invasão na esfera de outrem uma vez, que, é claro, não existe a hipótese de indenização em casos de 'auto-dano', da mesma forma que, via de regra, não há que se falar em responsabilidade sem que haja prévio prejuízo causado pelo agente, traduzido pelo 'dano'.

Assim, em oposição ao Direito Penal, onde não se exige necessariamente a presença do dano, na esfera civil, salvo raras exceções, será a extensão do dano que dará a dimensão da indenização. Aliás, é esse o preceito que vem disposto no artigo 944 do Código Civil brasileiro.

Outrossim, é certo que, além de patrimonial, os ordenamentos jurídicos atuais passaram a prever indenização nos casos de danos de ordem moral. Num e noutro caso, seja de ordem patrimonial ou moral, o dano representa aquilo que a vítima perdeu e/ou aquilo que deixou de ganhar.

Feitas tais brevíssimas considerações acerca daquilo que envolve o tema 'responsabilidade civil' em seus aspectos mais genéricos e superficiais, passaremos a analisar mais detidamente as particularidades que envolvem as questões relacionadas à responsabilidade civil do Estado e, por decorrência, a

responsabilidade civil das prestadoras de serviço público, ‘in casu’, as concessionárias de rodovias.

Sempre que necessário, conceitos e noções existentes dentro daquilo que poderíamos chamar de ‘Parte Geral’ da responsabilidade civil serão resgatados e aplicados, aos temas que se sucederão, já dentro da análise do foco principal da presente dissertação.

A ORIGEM HISTÓRICA E RELEVÂNCIA DO TEMA ‘RESPONSABILIDADE CIVIL’

A responsabilidade civil, genericamente falando, tem como nascedouro o próprio direito e, por tal razão, talvez seja, atualmente, uma das matérias mais vastas do estudo jurídico uma vez que, é através dela, que se atribui a outrem a obrigação de sanar, ou recompor, ou ressarcir os prejuízos sofridos.

Sabidamente, a conduta humana pode, ou não, obedecer a ordem jurídica. Obedecido o ordenamento, tem-se um ato jurídico. No entanto, ao ser desobedecido, tem-se o ato ilícito, lesivo a outrem, e que representa o tema principal da responsabilidade civil.

Nos primórdios, deparava-se apenas com um suposto direito à vingança privada, como reação espontânea e natural em relação ao mal sofrido.

Ou seja, a responsabilidade civil remonta ao próprio surgimento do direito.

No direito romano, a responsabilidade civil iniciou-se, também, com a vingança privada representada pela ‘desforra’, passando-se, em seguida, à composição amigável.

A Lei das XII Tábuas passou a regular, por meio do Poder Público, as formas de reparação do prejuízo, não havendo, até aquele momento, distinção entre pena (criminal) e reparação (civil), tratando-se, assim, igualmente, a responsabilidade civil e a responsabilidade criminal.

O trabalho dos jurisprudentes e jurisconsultos, encarregados de preencher as lacunas deixadas pela lei, colaborou com o surgimento da *Lex Aquilia*, que estabeleceu as bases estruturais jurídicas da chamada responsabilidade extracontratual.

Assim, a responsabilidade civil passou a ser tema do ordenamento jurídico, sendo a Lei Aquília (*Lex Aquilia*) seu verdadeiro embrião legislativo.

Inicialmente, foi por meio da *Lex Aquilia* que se tentou regulamentar a reparação do dano. No entanto, tal reparação baseava-se na culpa do suposto causador do dano.

Ao contrário da Lei das XII Tábuas, a *Lex Aquilia* estabelece uma verdadeira tentativa de sistematização no sentido de punir, através de determinado tipo de ação, os atos prejudiciais a alguém. Como diz José Cretella Júnior[8]: *"É uma lei de circunstâncias, provocada pelos plebeus (Just. 4,3,15) que desse modo se protegiam contra os prejuízos que lhe causavam os patrícios nos limites de suas propriedades. Tratava-se, aliás, da reunião de disposições anteriores dispersas, agora agrupadas em um bloco (Ulpiano D. 9,2,1, pr.)"*.

Como resumo do direito romano, nota-se claramente uma passagem da primitiva vingança privada para uma participação efetiva do Estado na reparação do dano sofrido.

A concepção romanística da responsabilidade civil evoluiu para os contornos atuais na França, na doutrina da Domat e Pothier, que inspiraram os artigos 1382 e 1383 do Código de Napoleão, fundamentando-a basicamente na teoria da culpa.

Ao longo da passagem da Idade Antiga para a Idade Moderna acompanhou-se a progressiva e gradual eliminação das penas, ao menos da esfera civil, pela reparação, onde o agente é chamado para responder pelo dano provocado a outrem. Aliás, neste ponto, o Código Civil francês já distinguia pena e reparação civil.

Notou-se, porém, que a velha estruturação da culpa não resolvia todos os problemas que a vida moderna começava a trazer.

No entanto, com o advento da Revolução Industrial, trazendo consigo a injustiça social e a exploração do homem, ampliou-se a discussão acerca da

[8] CRETELLA JÚNIOR, José, *Direito Romano*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1966, p. 229.

responsabilidade objetiva, ou seja, aquela que prescinde de culpa para que haja a indenização.

A alta tecnologia, em que as máquinas passam a fazer parte da vida de todos, e a produção de bens em larga escala, criaram situações de perigo à saúde e à vida humana. Assim, parecia evidente que não havia como limitar a responsabilidade civil estritamente aos critérios de culpa, sob o risco de muitos danos restarem irresarcidos.

Foi assim que grandes nomes foram surgindo dentro da doutrina do tema responsabilidade civil objetiva. Cita Arnaldo Rizzardo[9], na França: Saleilles, Josserand, Ripert, Demogue, Savatier, Mazeaud e Mazeaud, e no Brasil: Clóvis Beviláqua, Alvino Lima, Agostinho Alvim, José de Aguiar Dias, Orlando Gomes e San Tiago Dantas.

Na realidade, constata-se que a objetivação da responsabilidade civil decorreu da necessidade de que todo risco deve ser garantido, ante a dificuldade, por vezes, da obtenção de sua prova, pelo prejudicado, para obter a reparação. Assim, passou a valer o pressuposto de que o risco dispensa a comprovação de culpa do agente lesante.

Os defensores da responsabilidade objetiva enfatizam o caráter de eqüidade que deve acompanhar as atividades humanas. Dessa forma, passou-se a entender que aqueles que possam obter lucro em determinadas situações devem responder pelos riscos e desvantagens daquela atividade (alguns denominam de 'risco proveito' pela existência do lucro, e outros o 'risco criado', pela atividade criadora do risco).

---

[9] RIZZARDO, Arnaldo, *Responsabilidade Civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 34.

Segundo Arnoldo Wald[10], a responsabilidade civil evoluiu em sua extensão e área de incidência, passando a ser maior, tanto em relação ao número de responsáveis pelos danos, como pelos respectivos beneficiários das indenizações. Cita o autor, como exemplos: solidariedade entre pais e filhos menores, comitentes e prepostos, seguradores e terceiros culpados. Neste cenário, a própria legislação de proteção ao consumidor foi uma das maiores responsáveis pela ampliação do número de responsáveis pelo ressarcimento de danos.

Em que pese fundada em normas de ordem pública, amparada na solidariedade, a previsão de seguro obrigatório entre os condutores de veículos, o sistema de seguridade social, também evidenciam a efetiva modernização da responsabilidade civil.

Atualmente, tirante algumas poucas pessoas, praticamente todas elas, físicas ou jurídicas, são sujeitos ativos e passivos da responsabilidade civil em decorrência de participação direta (por fato próprio) ou indireta. Aliás, quer parecer que decorre daí, por exemplo, a socialização da responsabilidade.

É assim, que, nos casos de responsabilidade por fato de terceiros, há a presunção de culpa, em que o devedor da indenização do dano, por presunção legal, é outra pessoa que não aquela que diretamente o provocou.

Por sua vez, os beneficiários da indenização aumentaram, passando a atingir, principalmente, os dependentes econômicos da vítima.

No que tange ao que seria efetivamente indenizado, passou-se a admitir contemporaneamente, a *'restituo in integrum'*, ou seja, passou o direito a reconhecer que deve ser indenizado não apenas o dano material, mas também o eventual dano moral sofrido pela vítima.

---

[10] WALD, Arnoldo. *Correção Monetária das indenizações decorrentes de responsabilidade civil*. RT 434/11.

Da mesma forma, quanto à profundidade da indenização, a evolução da responsabilidade civil trouxe consigo a necessidade de restaurar a vítima, na medida do possível, à situação existente antes da ocorrência do fato danoso, *"... de forma que os bens patrimoniais do devedor deverão responder pelo ressarcimento, com exceção daqueles que, por norma legal, não possam ser utilizados para essa finalidade, como os inalienáveis, sendo que a limitação do valor da indenização, se houver, deverá estar estipulada em contrato."*[11].

Ainda no que tange à profundidade da indenização, salvo as hipóteses de previsão contratual, não há prévio limite de indenização, sendo que o novo Código Civil brasileiro, nos artigos 389 a 416 e 944 a 954 refere-se à liquidação das obrigações decorrentes de danos sofridos.

É comum falar-se em tentativas de se criar critérios objetivos para a estipulação de indenizações decorrentes de atos ilícitos, no entanto, é certo que até hoje nada se consolidou.

Segundo Maria Helena Diniz[12], citando Giorgio Giorgi:

> *"... a liquidação poderá ser: a) legal, se a própria lei definir os contornos e o meio de efetivação do pagamento (como, p. ex., nas hipóteses descritas no nosso CC, arts. 948 a 954, e nos acidentes de trabalho, CF, art. 7°, XXVIII, Lei n. 8.213/91, arts. 104, 1 e II, 120 e 121); b) convencional, se consistir na realização do ressarcimento por acordo de vontade das partes que estipulam o seu valor e suas condições; c) judicial, se se perfizer em juízo, sendo estabelecida em sentença, mediante atuação do órgão judicante e por meio de arbitramento, isto é, procedimento pelo qual técnicos (peritos) calculam o quantum a ser pago ao lesado, ou por liquidação por artigos, conforme o caso (CC, art. 212, V, e CPC, arts. 608 a 611)."*

[11] ALONSO, Paulo Sérgio Gomes, Pressupostos da responsabilidade civil objetiva, 1ª ed., São Paulo, Saraiva, p.12
[12] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 20ª ed., São Paulo, Saraiva, 2006, p. 19.

Aliás, em se falando de responsabilidade civil extracontratual, é entendimento quase uníssono que, a grosso modo, quando da fixação da indenização, o juiz deverá levar em conta o grau de culpa do agente, a situação econômica da vítima e do agente e a influência do lucro do obtido pelo lesado na reparação.

Para Sérgio Cavalieri Filho[13], há uma clara distinção entre obrigação e responsabilidade, sendo que o artigo 389 do Código Civil brasileiro deixa clara tal distinção. Segundo o Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a obrigação é dever jurídico originário, ao passo que a responsabilidade é dever jurídico sucessivo, decorrente da violação do primeiro.

O mesmo autor cita uma imagem de Larenz, para quem *" responsabilidade é a sombra da obrigação"*.

Em outras palavras, não há se em responsabilidade sem que haja uma prévia obrigação.

Aliás, difícil imaginar-se em responsabilidade se não houver violação de dever jurídico. Para se identificar o responsável é necessário identificar o dever jurídico violado e quem o descumpriu.

Por mais óbvio que possa parecer o raciocínio, é certo que esta é a maior problemática da responsabilidade civil, ou seja, identificar culpados e atribuir responsabilidades dentro da amplidão de fatos do cotidiano que podem ensejar algum tipo de lesão.

É certo, também, que para que haja a atribuição de responsabilidade, é necessária a ocorrência de um fato que tenha algum tipo de repercussão jurídica.

---

[13] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 25.

Como já dito alhures, o anseio de obrigar o agente, suposto causador do dano, a repará-lo, tem fundamento no mais puro sentimento de justiça e na necessidade de se restabelecer o equilíbrio desfeito por conta do fato danoso.

A doutrina, atenta às mudanças exigidas pela sociedade, desenvolveu-se, criando subdivisões para o estudo da responsabilidade em sentido amplo, de modo a facilitar sua aplicação aos mais variados casos.

Passou a ser comum nos depararmos, por exemplo, com diferenciações entre responsabilidade civil e responsabilidade penal, responsabilidade contratual e extracontratual, responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva, sendo esta última distinção a que mais nos interessará.

Como já dito anteriormente, por conta principalmente da mudança da evolução da sociedade, o estudo da responsabilidade civil fica ainda mais complexo em decorrência das relações de consumo.

Cavalieri Filho[14] dá ao Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) o 'status' de uma nova área da responsabilidade civil, qual seja, a responsabilidade nas relações de consumo.

Em que pesem os avanços que possam ter ocorrido, é certo que os pressupostos clássicos da responsabilidade civil subjetiva são basicamente três, quais sejam: **a) conduta culposa do agente**; **b) nexo causal** e **c) dano**. Aliás, não é outra a conclusão que se extrai da análise do artigo 186 do Código Civil brasileiro, valendo sempre destacar que nem sempre haverá uma coincidência entre dano e ilicitude.

Conforme aquilo que se extrai da análise do artigo 927 do Código Civil, a obrigação de indenizar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e, também, causa dano a outrem.

[14] Ibid., p. 40.

Conforme Cavalieri Filho[15]: *"Pode, portanto, haver ilicitude sem dano (conduta culposa e até dolosa que não chega a causar prejuízo a outrem) e dano sem ilicitude."*.

Para Carlos Alberto Bittar[16], a teoria da responsabilidade relaciona-se com a liberdade e a racionalidade humana, que impõem à pessoa o dever de assumir os ônus correspondentes aos fatos a ela referentes, e, nesse sentido, a responsabilidade é corolária da faculdade de escolha e iniciativa que a pessoa possui do mundo fático, submetendo-a aos resultados de suas ações. Para o autor, o ser humano, porque dotado de liberdade de escolha e de discernimento, deve responder por seus atos, mesmo porque o elemento inicial de todo ato ilícito será uma conduta humana e voluntária no mundo exterior.

Em sentido mais amplo, responsabilidade representa a noção em virtude da qual se atribui a um determinado sujeito o dever, ou obrigação, de assumir as conseqüências de um evento ou de uma ação, identificando a conduta que reflita na obrigação de indenizar.

Na realidade, constatado um prejuízo causado pelo agente, por meio da responsabilidade civil buscará se restabelecer o equilíbrio jurídico alterado ou 'quebrado' pela lesão, tornando possível à vítima pleitear a reparação do dano sofrido.

A visão atual e evoluída do direito induz a acreditarmos que o prejuízo imposto ao particular afeta o equilíbrio social e, nesse contexto, é que deve situar-se o fundamento da responsabilidade civil.

---

[15] Ibid, p. 41.
[16] BITTAR, Carlos Alberto, *Responsabilidade civil – teoria e prática*, 2ª ed., São Paulo, Forense Universitária, 1990, p. 2.

Para Saleilles, referido por Paulo Sérgio Gomes Alonso[17], os elementos materiais do direito civil não precisam ser fixados legislativamente, pois resultam de toda violação de interesse privado tutelado pelo direito.

Em que pese toda a evolução da temática envolvendo a 'responsabilidade civil', a própria doutrina contemporânea reconhece a dificuldade natural da sistematização da mesma.

Neste ponto, ao analisar a responsabilidade civil como uma problemática jurídica, Maria Helena Diniz[18] assim reconhece:

> *"...*
>
> *A responsabilidade civil constitui um dos temas mais problemáticos da atualidade jurídica ante sua surpreendente evolução no direito moderno, seus reflexos nas atividades humanas e no progresso tecnológico e sua repercussão em todos os ramos do direito e na realidade social.*
>
> *Devido ao seu campo ilimitado, não há entendimento uniforme doutrinário e jurisprudencial quanto à definição de seu alcance, à enunciação de seus pressupostos e à sua própria textura.*
>
> *..."*

Assim, inegável que, a vida em sociedade, a todo tempo traz consigo um problema envolvendo responsabilidade civil, tendo como conseqüência, inúmeros questionamentos acerca de quem seria o responsável pela indenização, qual seria a extensão do prejuízo etc..

Em outras palavras, toda manifestação de atividade que provoca um prejuízo, traz na bagagem a problemática da responsabilidade civil. Por não ser um fenômeno exclusivo da vida jurídica mas, sim, da vida social, é que se amplifica a dificuldade

---

[17] ALONSO, Paulo Sérgio Gomes, Pressupostos da responsabilidade civil objetiva, 1ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 4

[18] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 20ª ed., São Paulo, Saraiva, 2006, p. 28.

de sistematização da matéria. Aliás, por tais razões, é que a responsabilidade civil se relaciona a todo tempo com todos os ramos do direito.

Por tudo aquilo que se viu até aqui, parece claro que a necessidade de se restabelecer um suposto equilíbrio violado pelo ato danoso é que seria a própria razão de existir da responsabilidade civil, que, dada suas particularidades, constitui-se numa *sanção civil*, por conta do descumprimento de uma norma de ordem privada, sendo *compensatória* em sua natureza, *"por abranger indenização ou reparação de dano causado por ato ilícito, contratual ou extracontratual e por ato lícito"*[19].

Novamente, para Maria Helena Diniz[20], dupla é a função da responsabilidade: a) garantir o direito do lesado à segurança; b) servir como sanção civil, de natureza compensatória, mediante a reparação do dano causado à vítima punindo o lesante e desestimulando a prática de atos lesivos.

O fato é que, com a dinâmica do estudo da responsabilidade civil, os ordenamentos contemporâneos, a todo momento, tentam ampliar o dever de indenizar, de modo que, cada vez menos, restem danos irressarcidos. Conforme conclusão de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, referida por Sílvio de Salvo Venosa[21], *"somente danos absolutamente inevitáveis deixarão de ser reparados, exonerando-se o responsabilizado"*.

[19] Ibid., p. 8.
[20] Ibid., p. 9.
[21] VENOSA, Silvio de Salvo, *Direito Civil: responsabilidade civil*, 6ª ed., São Paulo, Atlas, 2006, p. 7.

NOÇÕES GERAIS DE RESPONSABILIDADE CIVIL

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

RESPONSABILIDADE CIVIL: CONTRATUAL E EXTRACONTRATUAL

Não há como se falar em responsabilidade objetiva e subjetiva sem que se analise o seu principal elemento, qual seja, a 'culpa'.

Quanto ao conceito de culpa, Aguiar Dias[22] esclarece que Ripert sustentava que não haveria definição legal de culpa e que não se pode, nem mesmo tentar formulá-la. No entanto, o mesmo Aguiar Dias transcreve a definição apresentada por Savatier a respeito daquilo que seria 'culpa' para efeito de responsabilização civil:

> *"A culpa (faute) é a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. Se efetivamente o conhecia e deliberadamente o violou, ocorre o delito civil ou, em matéria de contrato, o dolo contratual. Se a violação do dever, podendo ser conhecida e evitada, é involuntária, constitui a culpa simples, chamada, fora da matéria contratual, de quase-delito".*

Como se vê, de modo geral, o conceito de culpa passa pela idéia de uma falta de cumprimento ao dever jurídico, como definiu Planiol em seu 'Traité élémentaire de Droit Civil', v. II, n. 863), conforme citado por Rui Stoco[23]:

> *"... culpa é a infração de uma obrigação preexistente, de que a lei ordena a reparação quando causou um dano a outrem"*

Após criticar uma séria de definições doutrinárias acerca da culpa, José de Aguiar Dias[24], lança a sua, segundo a qual, culpa *"... é falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível,*

---

[22] DIAS, José de Aguiar, *Da responsabilidade Civil*, 11ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p.137.
[23] STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*, 6ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 134.
[24] DIAS, José de Aguiar, *Da responsabilidade Civil*, 11ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p.149.

desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais da sua atitude.".

Em seu Programa de Responsabilidade Civil, Sérgio Cavalieri Filho[25] define culpa como sendo a *"... conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível."*.

A princípio, a legislação brasileira não define aquilo que seria considerada 'culpa'.

Stoco[26] afirma que, para parte expressiva da doutrina pátria, o direito brasileiro teria desprezado a gradação de culpa, que não deve influir na responsabilidade civil. No entanto, o próprio autor discorda, usando como exemplo aquilo que dispõe o artigo 944 do Código Civil, que autoriza o magistrado a diminuir equitativamente a indenização no caso de haver desproporção entre a gravidade de culpa e o dano, chegando o autor a raciocinar no sentido de que a imprudência grave é semelhante à ocorrência da má-fé.

É certo que a culpa pode se dar pela imprudência, imperícia ou negligência, sendo que este último aspecto o que mais nos interessará no momento oportuno, quando do estudo específico da responsabilidade civil subjetiva das concessionárias de rodovias.

No entanto, diverge a doutrina se o Código Civil de 2.002 teria, ou não, mantido a culpa como pressuposto do ato ilícito e da obrigação de indenizar, em nada alterando a situação em relação à legislação anteriormente codificada.

---

[25] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 59.
[26]STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*, 6ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 127.

Em seu tratado de Responsabilidade Civil, Stoco[27] sustenta no sentido de que a culpa ainda seria pressuposto. No entanto, reconhece que alguns como Gustavo Tepedino (segundo entendimento exteriorizado em palestra realizada no 'IV Fórum Brasil de Direito', realizado em Salvador-BA no dia 30 de maio de 2.003), discorda de tal entendimento, para quem o Código Civil teria adotado um critério dualista, ou seja, haveria duas espécies de 'responsabilidade', uma 'com culpa' e outra 'sem culpa'.

Na mesma passagem, Stoco[28] informa que Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho avançam, para colocar a "culpa" como elemento meramente acidental da responsabilidade civil da seguinte maneira:

> *"A culpa não é, em nosso entendimento, pressuposto geral da responsabilidade civil, sobretudo no novo Código Civil...".* E mais adiante: *"A culpa, portanto, não é elemento essencial, mas sim acidental, pelo que reiteramos nosso entendimento de que os elementos básicos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil são apenas três: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo e o nexo de causalidade" (Novo Curso de Direito Civil — Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 28-29).*

Feitas tais considerações doutrinárias acerca da definição e significado da culpa, é certo que o Código Civil brasileiro adota atualmente o princípio da culpa como um fundamento genérico da responsabilidade, embora fique claro, em muitos momentos, o reconhecimento da responsabilidade objetiva que, por certo, também, nos interessará ao longo da análise da responsabilidade civil das concessionárias de rodovias.

Aliás, ainda no que tange ao Código Civil de 2.002, não resta dúvida que aquele diploma legislativo previu a responsabilidade extracontratual (outro tópico

[27] Ibid., p. 132.
[28] Ibid., p. 133.

que nos interessará), ao conceituar no artigo 186 (*"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."*) aquilo que poderia ser considerado como ato ilícito.

Por sua vez, o mesmo Código Civil distingue a responsabilidade contratual quando disciplina os defeitos do negócio jurídico (artigo 166) da responsabilidade extracontratual conforme aquilo que dispõe o já citado artigo 186.

A análise da culpa contratual e da culpa extracontratual já rendeu, e ainda rende, sérias discussões. Doutrinadores de escol, entendem que a culpa é a mesma, seja em relação à infração contratual ou extracontratual (Pontes de Miranda), chegando ao ponto de entenderem que não tem razão aqueles que procuram uma distinção ontológica entre culpa contratual e extracontratual.

Seja como for, quer parecer que na culpa decorrente daquilo que genericamente possa ser chamado de contrato, haveria um dever positivo de cumprir aquilo que foi estabelecido no acordo firmado entre as partes. Já na hipótese de culpa extracontratual, ou aquiliana, seria imprescindível ao prejudicado argüir um compromisso de outrem de que não cause prejuízo, sendo que, comprovada a ocorrência de um fato tido como antijurídico, restará patente a invasão a sua esfera jurídica.

Frise-se que o artigo 945 do Código Civil brasileiro, prevê a possibilidade de culpa concorrente da vítima, dispondo expressamente que *"Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano."*. Em outras palavras, vale o princípio segundo o qual cada um responde na medida de sua culpabilidade.

É óbvio que, mesmo que a vítima tenha agido com culpa, deverá sempre ser verificada se sua atuação interferiu ou não no resultado, bem como teria contribuído para a ocorrência desse resultado.

Tal análise será importantíssima na parte que mais nos interessará no presente trabalho uma vez que, em não raras vezes, as empresas concessionárias de sistemas rodoviários utilizam em suas defesas a suposta culpa exclusiva (ou concorrente) da vítima, para que possam desonerar-se de uma eventual condenação indenizatória em juízo. Exemplos como embriaguez, alta velocidade, falta de preparo do condutor do veículo, são usados, repetidas vezes, como matéria de defesa das prestadoras de serviço responsáveis pela manutenção das rodovias ditas 'privatizadas'.

Aliás, de uma maneira geral, parece intuitivo acreditar-se que a discussão acerca de culpa concorrente é algo comum nos acidentes automobilísticos em geral, incluindo-se, principalmente, colisões entre veículos.

Ainda com relação ao grau de culpa, não resta dúvida que, com o Código Civil de 2.002, tal discussão passa a ser um critério decisivo e fundamental na fixação pelo magistrado do 'quantum' indenizatório. Neste sentido, uma rápida análise do artigo 944 da legislação civil codificada, que trata da indenização, é suficiente para que se tenha certeza acerca da importância da análise da culpa para a apuração de eventual indenização devida.

Diz, assim, o artigo 944, bem como, e, principalmente, seu parágrafo único:

> *Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.*
>
> *Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.*

Ora, a nova disposição legal, não deixa dúvida de que o nível de culpa das partes envolvidas passou a ser critério importantíssimo na fixação do valor da indenização.

Não obstante possa parecer que a nova disposição legal possa ter afastado eventuais situações de indenizações desproporcionais em relação à eventual culpa do agente, acreditamos que, na prática, em muitos casos, permanecerá uma dificuldade, constante nos casos de responsabilidade civil, qual seja: a prova da culpa.

Embora pareça relativamente fácil a prova do prejuízo, não resta dúvida que o mesmo não se pode dizer acerca da prova da culpa.

Excetuando-se os casos que possa haver a responsabilidade objetiva, ou seja, sem que haja a necessidade de comprovação de culpa do agente, a pretensão ressarcitória da vítima sempre restará dificultada caso seja obrigada a provar, sempre, a culpa do agente causador do dano ou prejuízo.

Assim, por tais razões, criações como a inversão do ônus da prova passaram a ser admitidas pelos ordenamentos jurídicos como forma de minimizar-se as hipóteses de pretensões irressarcidas nos casos em que a vítima, autor da ação, não tem como provar a culpa do agente causador do dano.

Por sua vez, no que tange à prova do dano, como já referido anteriormente, algo aparentemente mais fácil de ser alcançado, caberá ao prejudicado provar apenas o evento danoso em si, não havendo a necessidade de que, de plano, apure o ‘quantum’ do prejuízo que, diga-se de passagem, ficará postergado para a fase de liquidação do julgado.

Ainda dentro daquilo que poderíamos chamar, sem critério científico rigoroso, de ‘parte geral da responsabilidade civil’, o nexo de causalidade se apresenta como

um dos aspectos mais relevantes da casuística do tema principal a ser discutido no presente trabalho.

Além de ser um dos elementos essenciais da responsabilidade civil, o conceito de nexo causal, para alguns como Sérgio Cavalieri Filho[29], *"... não é jurídico; decorre das leis naturais."*.

Segundo o mesmo autor, *"É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado."*.

Para Caio Mário, citado por Rui Stoco em seu já citado Tratado de Responsabilidade Civil[30], o nexo de causalidade, é o mais delicado dos elementos da responsabilidade civil e o mais difícil de ser determinado.

Arnaldo Rizzardo[31] define nexo de causalidade como sendo *"a relação verificada entre determinado fato, o prejuízo e um sujeito verificador"*.

De fato, a necessidade de se determinar um elo claro de ligação entre conduta e resultado não parece tarefa fácil, logicamente em se falando de casos envolvendo a responsabilidade extracontratual.

Tal 'elo de ligação', antes realmente de ser considerado um tema da ordem jurídica, pertence muito mais à natureza dos fatos e à ordem natural das coisas e, justamente, por esta razão, difícil se apresenta sua clara delimitação, valendo sempre lembrar que nexo causal não se confunde com imputabilidade, sendo esta última a mera qualidade de responsável.

A doutrina cita duas grandes questões relacionadas ao nexo causal que, por certo, tendo em vista o tema tratado na presente dissertação, são relevantíssimas. Assim, a primeira delas diz respeito à dificuldade de sua prova. A segunda se refere

---

[29] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 71.
[30] STOCO, Rui, Ob. cit., p. 146.
[31] RIZZARDO, Arnaldo, *Responsabilidade Civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 71

à identificação do fato que efetivamente constitui a verdadeira causa do dano, principalmente nas hipóteses em que se depara com muitas causas, a também chamada: causalidade múltipla.

Não resta dúvida que, guardadas as devidas proporções, bem como respeitada a natureza da causa, a mesma dificuldade em que se depara na esfera penal, por conta daquilo que prevê o artigo 13 do Código Penal (relação de causalidade), é enfrentada na esfera civil quando se pretende esclarecer as causas efetivas que teriam ocasionado o dano.

Ao longo do tempo, por meio de várias teorias, procurou a doutrina melhor explicar o nexo de causalidade e sua validade dentro da análise da responsabilidade civil, podendo ser citadas quatro das principais teorias mais representativas dentro do cenário doutrinário atual.

Por não representarem suas definições, mas, sim, suas aplicações, como foco principal do presente trabalho, permitimo-nos abordar de maneira sintética a idéia que cada uma delas expressa. Assim, vejamos, entre outras:

a) teoria da equivalência das condições ou da equivalência dos antecedentes: é aquela em que se elimina da mente um determinado evento e se verifica se o fato danoso ocorreria mesmo assim. A doutrina cita como seu principal inconveniente o fato de que poderá ser considerado causador do dano tudo aquilo que cruze a chamada ‘linha causal’, até o infinito;

b) teoria da causalidade adequada: é aquela segundo a qual nem todas as condições são consideradas causas, mas apenas aquela apta a produzir o resultado. Assim, para definir a causa do dano, o julgador deverá proceder a um

juízo de probabilidades do dano. Segundo Rui Stoco[32], a aplicação de tal teoria é o que se infere da leitura do artigo 186 do Código Civil;

c) teoria da causa eficaz, de Birkmeyer: causa é condição mais eficaz, segundo um critério quantitativo;

d) teoria do equilíbrio, de Binding: causa é condição que rompe o equilíbrio entre as condições positivas e negativas do aparecimento do resultado.

As duas últimas teorias citadas, frise-se, já se encontram ultrapassadas, na atualidade.

Vale informar que parcela expressiva da doutrina pátria (por exemplo: Aguiar Dias e Caio Mário) sustenta que a legislação civil brasileira adota a teoria da causalidade adequada, ou seja, nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes, mas somente aquela que foi a mais adequada a produzir concretamente o resultado.

Feitos tais breves esclarecimentos, correto imaginar-se que, independentemente da teoria adotada, caberá ao magistrado concluir, analisando o caso concreto e verificando as provas, se houve ou não a formação do nexo causal.

Aliás, nunca é demais recordar-se que, em regra, poderá deixar de existir a obrigação de reparar o dano na hipótese de algo parecido com um rompimento do nexo causal. A doutrina identifica tal situação nas hipóteses de ocorrência de caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima e, até mesmo, pelo chamado 'fato de terceiro', situações essas em que inexistente o nexo de causa e efeito.

No que tange ao tema do presente trabalho, com certeza tais hipóteses de ruptura do nexo de causalidade por certo são, também, muito utilizadas como matéria de defesa das empresas concessionárias de rodovias. Assim, na análise da

[32] STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*, 6ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 147.

casuística é comum deparar-se com alegações como embriaguez do condutor do veículo, chuvas muito acima do normal, animais na pista sem que seu proprietário o promovesse sua guarda etc..

Dentro do campo da responsabilidade civil das concessionárias de rodovias, outro tema que se apresenta de fundamental importância é aquele referente à aplicação dos princípios da responsabilidade objetiva, a chamada 'responsabilidade sem culpa', por conta daquilo que, principalmente, prevê o artigo 37, §6º da Constituição Federal brasileira.

É pacífico que, com o aumento e aperfeiçoamento das relações intersubjetivas, a responsabilidade objetiva desenvolveu-se muito nos últimos anos. Atribui-se o aludido 'desenvolvimento', principalmente, a uma suposta insatisfação da sociedade em relação aos pressupostos da responsabilidade subjetiva que, no cotidiano atual, não alcançaria boa parte das hipóteses de responsabilização. Em outros termos, não eram raros os casos em que vítimas não obtinham ressarcimento do dano sofrido, por conta da necessidade, muitas vezes não alcançada, de provar a culpa do suposto causador do dano. Daí nasce a noção de que, para aqueles que sustentam a corrente objetivista, a responsabilidade surge exclusivamente do fato danoso.

A doutrina brasileira, de Rui Stoco[33] cita que, com exceção dos irmãos Mazeaud, impressionados com as situações de vítimas irressarcidas, juristas franceses como Josserand, Saleilles, Ripert entre outros, foram os principais precursores daquilo que modernamente passou a se conhecer com responsabilidade civil objetiva.

[33] Ibid., p. 149.

De Page, também referido por Stoco[34], por exemplo, se refere à responsabilidade objetiva como resultado de uma tendência de *"alargamento da responsabilidade"*.

Aguiar Dias[35]destaca que não se deve confundir os casos de responsabilidade objetiva com os de presunção de culpa. Segundo o autor, os sistemas de responsabilidade civil variam de acordo com a questão da prova ou da distribuição do ônus probatório.

Como já referido, informa a doutrina que os princípios da responsabilidade objetiva nasceram no século XIX, com Saleilles e Josserand. No Brasil, Alvino Lima seria um de seus maiores precursores, seguido que foi por Wilson de Melo Silva e Aguiar Dias.

Não resta dúvida que ambas as teorias, subjetiva e objetiva, convivem. A chamada 'teoria da culpa' (responsabilidade subjetiva) predomina no direito comum, ou seja, é a regra geral da responsabilidade civil, enquanto a conhecida 'teoria do risco' (responsabilidade objetiva) aplica-se aos casos excedentes, como é a hipótese, por exemplo, da responsabilidade civil do Estado e de seus prestadores de serviço, conforme aquilo que se conclui da análise dos artigos 43 do Código Civil e 37, §6º da Constituição Federal.

Ainda no que toca ao reconhecimento da responsabilidade objetiva do Estado e de seus prestadores de serviço pelo ordenamento jurídico brasileiro, é importante destacar que o artigo 43 do Código Civil refere-se, apenas, às pessoas jurídicas de direito público interno, omitindo-se em relação às pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço público como é o caso das empresas concessionárias de rodovias, foco principal deste trabalho.

---

[34] Ibid., p. 149.
[35] DIAS, José de Aguiar, Ob. cit., p. 99.

Sobre a responsabilidade sem culpa e sua relevância na legislação civil brasileira, o Código Civil destacou no artigo 931 tal modalidade de responsabilização em relação aos empresários individuais e empresas, independentemente de culpa, pelos danos causados pelos produtos colocados em circulação por eles, destacando que a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) já adotara preceito análogo, por exemplo, em seu artigo 12.

Outra questão que se coloca em relação ao tema analisado no presente trabalho, diz respeito à previsão do artigo 927, Parágrafo Único do Código Civil, segundo o qual, *"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"*.

Dentre outras, indaga-se: o serviço prestado pelas empresas concessionárias de rodovias, pela sua natureza, pode ser enquadrado dentre aqueles chamados 'perigosos'? Em outras palavras: tal serviço traz consigo uma periculosidade ínsita à própria atividade?

As respostas a tais questionamentos fazem parte, também, da presente dissertação.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Em se tratando de responsabilidade civil das empresas concessionárias de rodovias, prestadoras, assim, de um serviço público, não há como se deixar de referir, ao menos brevemente, acerca da responsabilidade civil do Estado, passando, inclusive, por suas origens.

Sabidamente, as discussões envolvendo a responsabilidade civil do Estado orbitam entre normas de direito privado (por exemplo, conforme aquilo que dispõe o artigo 43 do Código Civil), bem como é objeto de normas de ordem pública (conforme o disposto, por exemplo no artigo 37, §6º da Constituição Federal).

Terminologicamente, ao invés de responsabilidade civil 'do Estado', utilizada por aqueles de adotam a teoria do órgão, no qual o Estado é tido como um organismo vivo, integrado por um conjunto de órgãos que realizam suas funções, outros, como Hely Lopes Meirelles preferem utilizar a expressão responsabilidade civil 'da Administração Pública', pois o Estado, por si só, não seria dotado da possibilidade de realização de atos passíveis de responsabilização, mas, sim, sua Administração, real executora de atos materiais.

O mesmo administrativista, ao iniciar a análise da Responsabilidade Civil da Administração em seu consagrado 'Direito Administrativo brasileiro' sintetiza responsabilidade civil, como sendo aquela que *"se traduz na obrigação de reparar danos patrimoniais e se exaure com a indenização"* [36]. Assim, explica o autor: "*Responsabilidade civil da Administração é, pois, a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las. É distinta da responsabilidade contratual e da legal.*"[37].

[36] MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*, 32ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 647.
[37] Ibid., p. 647.

Por sua vez, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, prefere dizer que a responsabilidade civil é do Estado (pessoa) e não da 'Administração Pública', pois, segundo ela, o Estado opera, age e atua por meio de funcionários públicos que ocupam cargos públicos, sendo que a própria Constituição Federal, no campo da responsabilidade estatal, amplia o espectro para a figura dos agentes (mais ampla que a do funcionário público) que atuam em nome do Estado e que poderão dar causa à indenização ao particular. Maria Sylvia delimita que, aquilo que a doutrina denomina como responsabilidade civil do Estado sob o aspecto da responsabilidade administrativa, não abrange a responsabilidade legislativa nem jurisdicional, uma vez que essas últimas aparecem em casos excepcionais.

Seja como for, sem que se adentre no mérito de tal discussão, será utilizado no presente trabalho, preferencialmente, a expressão responsabilidade civil do Estado.

Ao apontar que, enquanto no direito privado, para que haja a responsabilidade é imprescindível, em regra, que sempre ocorra um ato ilícito ou contrário à lei, na esfera do direito administrativo ele pode poderá ser conseqüência de atos que, mesmo lícitos, tenha causado a alguns um ônus maior que aquele sofrido pelos demais membros da sociedade, Di Pietro[38] define a responsabilidade extracontratual do Estado como sendo aquela que: *"... corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos."*.

A necessidade de se analisar os aspectos ligados à responsabilidade civil do Estado se justifica, principalmente, pois é ela a precursora das teorias que nortearam os parâmetros da responsabilidade civil das concessionárias de rodovias,

[38] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo,*19ª ed., São Paulo, Atlas, 2006, p.618.

a ponto da norma constitucional (artigo 37, §6º) incluir num mesmo dispositivo, quanto à responsabilidade, as pessoas jurídicas de direito público ao lado daquelas de direito privado, ambas na condição de prestadores de serviço público.

Na realidade, a responsabilidade civil do Estado é uma das hipóteses de responsabilidade objetiva previstas, também, na legislação brasileira e, inegavelmente, o grande desenvolvimento de tal modalidade de responsabilidade decorre do direito francês.

Inicialmente, nos primórdios da formação dos Estados, ao longo do tempo das grandes monarquias, não era admitida qualquer tentativa de responsabilização estatal. Era o período em que prevalecia a célebre frase: *'The King do not wrong'*. Foi a época em que prevalecia a total irresponsabilidade do Estado.

Superada a fase em que prevalecia a teoria da irresponsabilidade (Os Estados Unidos, em 1.946, através do *'Federal Tort Claims Act'* e a Inglaterra, em 1.947, por meio do *'Crown Proceeding Act'*, teriam sido os últimos países a, formalmente, não admitirem a responsabilidade civil do Estado), proveniente da época do estado despótico, em que a mesma se traduzia como uma verdadeira negação do direito, e passado o período de aplicação da teoria civilista, acompanhou-se a evolução para a responsabilidade civil sem culpa do Estado.

Passou-se, assim, a analisar-se a responsabilidade civil do Estado basicamente por três teses, quais sejam: a) a da culpa administrativa; b) o do risco administrativo e c) do risco integral.

Basicamente, a teoria da culpa administrativa levava em conta a chamada 'falta do serviço' (*'faute du service'*, para os franceses), e decorre da inexistência do serviço, mau funcionamento do serviço ou retardamento do serviço. A responsabilidade por 'falta do serviço' é subjetiva, porque baseada na teoria clássica

da culpa (ou dolo). Não obstante, em muitos casos de responsabilidade por falta do serviço admite-se a presunção de culpa tendo em vista a dificuldade de se demonstrar que o serviço não funcionou adequadamente.

Para alguns, a *'faute du service'* geraria responsabilidade objetiva. Segundo Sérgio Cavalieri Filho[39], amparado nos ensinamentos de Celso Antonio Bandeira de Mello, o equívoco decorreu do fato de que alguns traduziriam *'faute'* como 'ausência', quando, na realidade, significaria 'culpa'.

Já a teoria do risco administrativo obriga a indenização por parte do Estado só pela ocorrência da lesão, causada ao particular pela Administração, não exigindo falta do serviço nem culpa do agente. Para a teoria do risco administrativo, toda a sociedade, representada pelo Estado, deve, solidariamente, responder pelo dano causado a um de seus membros.

No Brasil, a doutrina pacificou entendimento de que a Constituição Federal adotou a teoria do risco administrativo no que tange à responsabilidade civil do Estado por ser essa a interpretação do artigo 37, §6º, segundo o qual *"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."*, sendo que, não havendo culpa individual do funcionário ou preposto causador do dano, fala-se em culpa anônima do serviço, considerando-se como causador do dano apenas a pessoa jurídica.

Assim, encontra-se afastada qualquer especulação quanto à eventual aplicação da teoria do risco integral em relação à responsabilidade civil do Estado uma vez que, a teoria do risco administrativo admite, salvo melhor juízo, que o Poder

[39] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 251.

Público prove a culpa da vítima para excluir ou amenizar eventual indenização devida ao particular.

Neste sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal[40].

Ante aquilo que se viu até aqui, nomes respeitados, como o Ministro Celso de Melo, por exemplo, referido por Rui Stoco[41] sustentam que, a teoria do risco administrativo não coincide, na plenitude, com a objetivação da responsabilidade, uma vez que aquela admite regramento.

Ainda quanto às hipóteses de exclusão da responsabilidade civil do Estado, parte da doutrina cita os casos de força maior, caso fortuito e estado de necessidade. Outros acrescentam a culpa da vítima e a culpa de terceiro (ou fato de terceiro). Classicamente, as causas de exclusão da responsabilidade civil do Estado são: a) caso fortuito ou força maior e b) culpa exclusiva da vítima, pois somente em tais hipóteses haveria claro rompimento do liame causal entre a atuação do Estado e dano verificado.

A teoria do risco integral, de suposto desenvolvimento inicial feito por Duguit, é a modalidade extrema da doutrina do risco para justificar o dever de indenização, mesmo nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior. Analogamente, é o caso que ocorre, por exemplo, com as hipóteses de ocorrência de acidente de trabalho.

A doutrina do risco integral tinha contra si a justificativa de que, caso aplicada, seria o mesmo que se exigir que o Estado estivesse em todos os lugares em todo momento, algo reconhecidamente inviável, para não se dizer impossível. Ficaria a cargo do Poder Público a responsabilidade pela ocorrência de todos os danos. Historicamente, não se encontram registros de que o Brasil tenha adotado, em

[40] STF, RE 68.107-SP, rel. Min. Thompson Flores, RTJ 55/50-54).
[41] STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*, 6ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 972.

algum momento, a teoria da irresponsabilidade do Estado, sendo que para alguns, como Sérgio Cavalieri Filho, a responsabilidade civil do Estado chegou primeiro à jurisprudência, ainda sob a égide do Código Civil de 1.916, para somente depois se transformar em texto legal.

De tudo aquilo que se pode examinar acerca da responsabilidade civil do Estado, nota-se que a mesma é dotada de princípios próprios, não sendo difícil constatar-se que a mesma parece mais extensa que aquela que se pode atribuir em geral ao particular.

Não obstante tais características próprias, a responsabilidade civil do Estado tanto pode decorrer do dano causado em razão da responsabilidade objetiva prevista no artigo 37, §6º da Constituição Federal, quanto pela teoria subjetiva da culpa. No entanto, autores como Celso Antonio Bandeira de Mello, segundo informação de Rui Stoco[42], discorda, por entender que a teoria da culpa só pode ser aplicada se o Estado não agiu, agiu tarde ou de maneira ineficiente. Nesses casos o Estado não agiu, não podendo ele, por tal razão, ter causado o dano.

No que tange à nova legislação civil brasileira, o enunciado do artigo 43 do Código Civil altera aquilo que previa o antigo artigo 15 do Código Civil de 1.916 que, até então, espelhava a doutrina da época, adotando a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado. Em outras palavras, até aquele momento, a necessidade de verificação de culpa do ente público era fundamental para que fosse apurada sua responsabilidade.

A falta de clareza daquele dispositivo legal do Código Civil de 1.916, fez que com que tanto a doutrina quanto a jurisprudência oscilassem, no entendimento de que haveria a necessidade de demonstração da culpa civil da Administração, sendo que, para alguns, o dispositivo já representava o acolhimento da moderna teoria do

[42] Ibid., p. 960.

risco administrativo. Hely Lopes Meirelles[43] expressa opinião pessoal de que o então artigo 15 do Código Civil de 1.916 jamais admitiu a responsabilidade sem culpa, referindo-se, inclusive, a estudo apresentado por Alvino Lima (*in* 'Da Culpa ao Risco') no distante ano de 1.938, onde sustentava que *"O Código Civil Brasileiro, seguindo a tradição de nosso Direito, não se afastou da teoria da culpa, como princípio genérico regulador da responsabilidade extracontratual"*, prevalecendo tal tese, como adiante se verá, até a promulgação da Constituição Federal de 1.946, momento constitucional histórico do início do reconhecimento da responsabilidade objetiva do Estado.

Feitas tais observações, é certo que o enunciado do aludido artigo 43 do Código Civil não deixa dúvida que a nova legislação codificada, em consonância com o texto constitucional, adotou a responsabilidade objetiva do Estado, afastada que está a necessidade de existência da culpa para que o ente público fosse responsabilizado. No entanto, a redação do artigo 43 do novo Código Civil, sabe-se lá por qual razão, omitiu a extensão da responsabilidade civil objetiva para as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

Não obstante o aparente 'esquecimento' do legislador civil, é fato que a Constituição Federal de 1.988 estendeu a responsabilidade objetiva às pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos, como as concessionárias de rodovias, por exemplo. Não deixou de ser uma inovação, uma vez que as Constituições Federais de 1.946, 1.967 e a Emenda Constitucional nº 01/69 referiam-se apenas às pessoas jurídicas de Direito Público. Ou seja, empresas públicas, sociedades de economia mista, concessionários,

[43] MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*, 32ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 651.

permissionários e autorizatários de serviços públicos não se sujeitariam à responsabilidade objetiva do Estado.

Sem prejuízo da ausência de amparo constitucional expresso, estudiosos de respeito, como Hely Lopes Meirelles e Celso Antonio Bandeira de Mello, entre outros, sustentavam que a responsabilidade objetiva deveria ser estendida para tais entes prestadores de serviço publico, valendo a premissa de que, *'quem tem os bônus, deve ter os ônus'*. Assim, deveriam responder em igualdade de condição com o Estado, em nome de quem atuava.

Não obstante a aparente clareza da norma constitucional, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de decidir em sentido contrário ao aqui exposto (RE 262.651-SP) em caso envolvendo o acidente entre um ônibus de uma concessionária de serviço público de transporte e o automóvel de um particular. Naquela oportunidade decidiu a Corte Suprema, por votação majoritária, que *"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."*.

Sérgio Cavalieri Filho[44], analisando o acórdão, datado de 16 de Novembro de 2.004, faz severas críticas àquela decisão, esclarecendo que o julgamento, além de ir contra uma jurisprudência consolidada ao longo do tempo pelos nossos tribunais, desconsidera o texto constitucional que fala expressamente em 'terceiros', e terceiro, seria alguém estranho ao prestador de serviços públicos.

Merece destaque, também, o fato de que o artigo 37, §6º da Constituição federal prevê a responsabilidade objetiva do Estado no caso de atuação ou inação

[44] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 266.

do agente público. Ou seja, conforme aquilo que prelecionava Hely Lopes Meirelles[45] o texto constitucional dá a entender que o ente público não se responsabiliza pelos chamados 'atos predatórios de terceiro', nem por fenômenos naturais que possam trazer algum tipo de dano aos particulares. Em tais casos, como, por exemplo, revoltas da multidão, enchentes, vendavais, a jurisprudência tem exigido a prova da culpa da Administração. Ou seja, não se aplicaria o preceito disposto no artigo 37, §6º da Constituição Federal tendo em vista a isenção de responsabilidade do Estado, por exemplo, por caso fortuito ou força maior uma vez que o dano não teria sido causado pela atividade administrativa.

Assim, para que haja indenização na hipótese de ocorrência de tais atos ou fatos, deverá ser a mesma analisada sob a ótica do artigo 186 do Código Civil, demonstrando-se que o mesmo decorreu de eventual imprudência, imperícia ou negligência da Administração. Em resumo, não são poucos aqueles que sustentam a tese mais favorável ao Poder Público ou seus prestadores de serviço, qual seja, a de que, nos casos onde houve a omissão do Estado, a responsabilidade dependerá da apuração de culpa, ou seja, da negligência da Administração, prevalecendo o raciocínio de que se o Estado não agiu, não foi um ato do ente público o responsável pela produção do dano.

Sob o ponto de vista histórico, a Constituição Federal de 1.946 teria sido a primeira a prever a responsabilidade objetiva do Estado da maneira como concebida atualmente. Dizia, assim, seu artigo 194: *"As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros."*.

[45] MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*, 32ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 655.

Assim como previsto na ordem constitucional vigente, não se fazia nenhuma ressalva ou exigência para que houvesse a responsabilização do ente público.

Na lição de José Cretella Júnior, destacada por Rui Stoco[46], ocorrendo dano e nexo causal, ao Estado será atribuída a responsabilidade patrimonial, sempre que provado a relação entre o prejuízo e a pessoa jurídica pública, "fonte da descompensação ocorrida", de maneira que somente a força maior ou a culpa da vítima poderiam exonerar a Administração do dever de indenizar.

Como já dito anteriormente, o fundamento da responsabilidade estatal, nas hipóteses em que a Administração Pública age de modo lícito, segundo Celso Antonio Bandeira de Mello é a repartição equânime de ônus provenientes de atos ou efeito lesivos. Fala-se no caso de 'comportamentos lícitos' uma vez que, na hipótese de ocorrência de atos ilícitos valerá o princípio da legalidade.

Assim, a premissa geral é a de que, o dano causado pelo ente público ao particular é um encargo que não deve recair apenas sobre uma pessoa, mas, sim, sobre todos, de maneira equânime.

Ainda sobre aquilo que dispõe o artigo 37, §6º da Constituição Federal, tem a doutrina interpretado que a expressão 'agente' é muito mais ampla que a de 'funcionário público', razão pela qual, para a vítima, pouco importa se o causador direito do dano é, ou não, funcionário público.

Hely Lopes Meirelles[47] ensina que *"Enquanto para a Administração a responsabilidade independe de culpa, para o servidor a responsabilidade depende da culpa: aquela é objetiva , esta é subjetiva e se apura pelos critérios gerais do Código Civil."*.

[46] STOCO, Rui, Ob. cit., p. 965.
[47] MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*, 32ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 659.

Uma outra polêmica envolvendo a responsabilidade civil do Estado diz respeito às vantagens e desvantagens da denunciação da lide do servidor supostamente faltoso e na possibilidade de tal intervenção de terceiros, evitando-se uma futura ação regressiva contra ele.

Nomes de prestígio como Odete Medauar[48] são a favor de tal providência por parte da Administração, argumentando que o artigo 70, III do Código de Processo Civil viria a complementar o dispositivo constitucional do artigo 37, §6º.

Na hipótese de concorrência de causas, a chamada 'concausa' tem prevalecido o entendimento de que as mesmas deverão ser consideradas na apuração da responsabilidade estatal. No entanto, há quem não admita tal atenuação por entender que, em sendo objetiva, a responsabilidade do Estado é plena. No entanto, destaca Sérgio Cavalieri Filho[49]: *'... o fenômeno não é de concorrência de culpas, mas de causas, ...'*.

Por sua vez, fundada na regra geral da responsabilidade civil, é inegável que a culpa concorrente da vítima tem atenuado a responsabilidade civil do Estado.

Com a expressão 'terceiros', contida no §6º do artigo 37 da Constituição Federal, quis o legislador constituinte proteger a alguém estranho à Administração e que não tenha vínculo jurídico preexistente com ela. Havendo vínculo jurídico (contratual, por exemplo), não se fala em aplicação do citado dispositivo constitucional, mas em descumprimento de obrigação contratual.

Também por conta do aludido preceito constitucional, discute-se (há doutrinadores para ambos os entendimentos) se nos casos de omissão do Estado a responsabilidade será, também, objetiva, ou se, em tais hipóteses será a mesma subjetiva, havendo quem distinga, inclusive, omissão genérica e omissão específica.

---

[48] MEDAUAR, Odete, *Direito administrativo moderno*, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 408.
[49] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 259.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho[50], *"... haverá omissão específica quando o Estado, por omissão sua, crie a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo."*. Cita como exemplo o I. Desembargador, o caso do motorista embriagado que atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, hipótese em que a Administração, por meio de sua entidade de trânsito não poderá ser responsabilizada pelo fato de se encontrar aquele motorista sem condições de conduzir o veículo. Em outras palavras, segundo ele, isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica.

No entanto para esse mesmo exemplo, se esse motorista, momentos antes, foi parado por uma patrulha rodoviária, mas os policiais, por alguma razão, deixaram que o mesmo continuasse seu caminho, aí já haveria omissão específica, que se transforma em causa adequada do não-impedimento do resultado. Nessa hipótese, haveria um caso de responsabilidade objetiva do Estado. O mesmo poderia se dizer em relação à situação em que, por conta da omissão da Administração na limpeza de bueiros, a água das chuvas tomam conta das casas.

Na doutrina, estuda-se, em geral, que a responsabilidade estatal é objetiva, seja em decorrência de ato comissivo, seja em decorrência de ato omissivo. Aliás, é esse o entendimento de Hely Lopes Meirelles, para quem o fundamental é que o agente da Administração haja praticado o ato ou a omissão administrativa na qualidade de agente público.

No que tange às pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos, como as empresas concessionárias de rodovias, por exemplo, é certo que elas, como adiante se verá, respondem em nome próprio, com seu patrimônio próprio. Ou seja, o poder público concedente, além de não responder, não empresta

[50] Ibid., Sérgio. Ob. cit., p. 261.

seu patrimônio como lastro para a indenização. Basicamente, as razões para que assim seja, são as seguintes:

a) quis o legislador constituinte estender aos prestadores de serviços públicos a mesma responsabilidade objetiva atribuída ao Estado; b) as pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos têm personalidade jurídica, patrimônio e capacidade próprios. Por serem entes distintos do poder público concedente, são sujeitos de direitos e obrigações, agindo, assim, por sua conta e risco, respondendo por suas próprias obrigações; c) não se fala em responsabilidade solidária do poder público concedente neste caso, porque a solidariedade somente existe mediante previsão legal ou contratual. Num e noutro caso, não existindo tal previsão (aliás, o artigo 25 da Lei nº 8.987/1.995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, prevê, expressamente, responsabilidade direta e pessoal da concessionária por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros; d) na pior das hipóteses, poder-se-ia falar em responsabilidade subsidiária do Estado nos termos daquilo que previa o artigo 242 da Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76), antes de revogado pela Lei nº 10.303/01 que, expressamente, dizia que a pessoa jurídica controladora da sociedade de economia mista responderia subsidiariamente pelas suas obrigações.

Em outros termos, o Estado apenas responderia subsidiariamente, e desde que a prestadora do serviço público fosse uma sociedade de economia mista.

Para aqueles que sustentam que a prestação de serviços públicos constitui-se em verdadeira relação de consumo, poder-se-ia sustentar que, nas hipóteses dos chamados ‘acidentes de consumo’ existiria a solidariedade dos diversos entes públicos e privados que se apresentem como fornecedores dos serviços.

Cahali[51], por sua vez, admite, em alguns casos, a responsabilidade direta e solidária do Poder Público, desde que demonstrada a falha na escolha ou na fiscalização da concessionária ou permissionária como determinante para o evento danoso.

Arnaldo Rizzardo[52] sustenta que o Poder Público não se exime de responsabilidade nos casos de concessão pois a ele cabia, primitivamente, realizar o serviço, fundamentando seu entendimento no artigo 37, §6º da Constituição Federal, artigo 927, Parágrafo Único e 931 do Código Civil, acrescentando que os artigo 14 e 22 do Código de Defesa do Consumidor reforçam tal entendimento.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já teve oportunidade de acolher o entendimento quanto à responsabilidade subsidiária do Poder Público concedente (Agravos de Instrumento nº 215.434.5/1 e 229.473.5/6), caso exausta a capacidade patrimonial reparatória[53].

Frise-se que, contratos de concessão como o firmado pela Concessionária AutoBAn junto ao Governo do Estado de São Paulo e que adiante será visto, contém cláusulas eximindo o Poder Público concedente de qualquer tipo de responsabilidade perante terceiros ao contrato. Aliás, é o que diz a cláusula 35ª da aludida minuta de contrato proposta no edital de licitação nº 007/CIC/97:

> *"A CONCESSIONÁRIA responderá, nos termos da legislação aplicável, por quaisquer prejuízos causados a terceiros, por si ou seus administradores, empregados, prepostos ou prestadores de serviços ou qualquer outra pessoa física ou jurídica a ela vinculada, no exercício das atividades abrangidas pela CONCESSÃO, não sendo assumida pelo CONTRATANTE qualquer espécie de responsabilidade dessa natureza."*

---

[51] CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1986, p. 158.
[52] RIZZARDO, Arnaldo, *Responsabilidade Civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 434.
[53] TORRES DE MELLO, Rogério Licastro. *A responsabilidade executiva secundária e a administração pública*. Revista do Advogado da AASP, São Paulo, nº 88, p. 173/186, São Paulo, Novembro de 2006.

Outra questão que a doutrina da responsabilidade civil do Estado tradicionalmente coloca, diz respeito aos danos decorrentes de obras públicas. Divergem, no entanto, os estudiosos acerca da distinção entre danos oriundos da obra derivado da culpa do empreiteiro para efeito de responsabilização. Se a obra é do Estado, e sempre deriva de um ato administrativo, não faria sentido deixar de se responsabilizar o ente estatal pelo simples fato da obra estar sendo realizada por um particular, uma vez que este seria mero agente do Estado.

Em mais de uma oportunidade (RE 85.079 e RE 94.121) o E. Supremo Tribunal Federal posicionou-se no sentido de responsabilizar igualmente o Estado pois, em síntese, não haveria razão para distinguir os casos onde o próprio Estado realiza a obra, para aqueles onde delega tal incumbência para terceiros. Em outros termos, decidiu o Supremo Tribunal Federal que o cidadão vitimado por conta de uma obra pública poderá reclamar indenização tanto do executor direto da obra quanto do poder público que o contratou.

No que tange aos danos decorrentes de fenômenos da natureza e fato de terceiro, é oportuno salientar que a Constituição Federal responsabiliza objetivamente o Estado apenas pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, possam ter causado a terceiros. Em outros termos, saques praticados em estabelecimentos comerciais, assaltos e furtos, fenômenos decorrentes de atos da natureza, como enchentes, inundações, deslizamentos de encostas, etc., por não terem sido causados por agentes do Estado, não são ressarcidos por ele, uma vez que estranhos à Administração.

No entanto, poderá responder caso reste provado que, por sua omissão ou atuação deficiente, concorreu decisivamente para o evento. Em tais situações, o Estado não responderá por conta da responsabilidade objetiva prevista

constitucionalmente, mas sim pela teoria da culpa anônima ou falta do serviço. Aliás, é esse o entendimento de Hely Lopes Meirelles[54], bem como o de Celso Antonio Bandeira de Mello, este último em seu 'Curso de Direito Administrativo'.

Ante tudo aquilo que se expôs, conclui-se que há, ainda, hipóteses em que poderá a vítima se deparar com a responsabilidade subjetiva do Estado, como, por exemplo, nos casos de fatos de terceiros e fatos da natureza.

Não resta dúvida que, em se tratando de responsabilidade civil do Estado, o que se dá, normalmente, é, realmente, a 'falta do serviço' ('faute du service') ou a culpa do serviço. Ou seja, comumente, são verificados casos de não prestação, ou má prestação do serviço envolvendo a saúde pública, previdência social, segurança pública etc..

Da mesma forma, em se tratando de responsabilidade civil das concessionárias de rodovias, em muitos casos argüi-se, na realidade, como ensejador da indenização, a má prestação do serviço público.

Assim é que, se o Estado, por meio da concessionária, está estruturado para fazer frente a determinados eventos, deve ele, ou melhor, sua prestadora de serviços, assumir os riscos inerentes aos serviços contratados prestados. Frise-se que, em se tratando de concessionárias de rodovias, não são poucos os riscos que envolvem o serviço público prestado por elas.

Ora, se tais riscos não fossem notoriamente conhecidos pelas próprias concessionárias, por qual razão as rodovias 'privatizadas' se municiariam de uma estrutura dotada de cercas, alambrados, muretas etc., garantindo aos seus usuários uma suposta segurança?

---

[54] MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*, 32ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 655.

A reparação do dano cuja responsabilidade possa caber ao Estado (ou à Administração Pública como um todo, inclusive às concessionárias de serviços públicos) pode ser obtida amigavelmente (casos poucos comuns) ou, conforme tem prevalecido majoritariamente, por meio de ação de indenização, sendo que, indenizada a vítima, fica o ente público com direito de regresso perante o servidor/agente eventualmente considerado culpado. Como se infere daquilo que já se disse anteriormente, bastará à vítima demonstrar o nexo causal entre o fato lesivo e o dano, apontando o montante desse último. O Estado apenas se desobrigará de arcar com a indenização se provar que a vítima concorreu com culpa ou dolo para a ocorrência do evento danoso.

Como nos demais casos em geral envolvendo a responsabilidade civil, o 'quantum' indenizatório deverá compreender aquilo que a vítima efetivamente perdeu, aquilo que gastou, bem como o somatório daquilo que deixou de ganhar em conseqüência direta e imediata do ato lesivo, aquilo que o próprio Direito Civil chama de danos emergentes e lucros cessantes, bem como demais encargos inerentes ao ajuizamento de feito processual (honorários advocatícios, custas processuais, correção monetária e juros de mora, caso ocorra no pagamento do débito).

Outrossim, como nos demais feitos indenizatórios em geral, a indenização por lesão pessoal e morte da vítima incluirá o tratamento, o sepultamento e a prestação alimentícia às pessoas a quem a pessoa falecida a devia, levada em conta a provável duração de sua vida, nos termos daquilo que prevê os artigos 948 e seguintes do Código Civil (o E. Superior Tribunal de Justiça-STJ, no RESp 392.240-DJU 19.08.2002 já teve oportunidade de fixar em 65 anos a provável duração de vida da vítima).

Razoável, também, o pleito de recebimento por supostos danos morais sofridos, lembrando, sempre, na dificuldade na quantificação do montante a ser pago à vítima ou a seus responsáveis ou sucessores.

Uma vez liquidados os danos, ou previstos antes, na própria sentença condenatória, seguir-se-á a execução do julgado contra a 'Fazenda Pública', conforme aquilo que prevê o artigo 100 da Constituição Federal, bem como artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil, seguindo-se a ordem cronológica de apresentação dos precatórios.

No entanto, em se tratando de empresas concessionárias de serviço público, como as de rodovias, por exemplo, que, processualmente, litigam em situação idêntica às dos demais particulares, a execução do julgado não se fará por meio de precatório, mas, sim, seguindo-se as normas gerais pertinentes à execução de sentença previstas no Código de Processo Civil.

Quanto à prescrição das ações de indenização voltadas contra o Estado bem como seus prestadores de serviço público, poderia se imaginar, num primeiro momento, a incidência da norma do artigo 206, §3º, inciso V do Código Civil, que estabelece o prazo de 03 (três) anos contados da ocorrência do evento supostamente danoso.

Stoco[55] afasta tal entendimento, argumentando que incide, na hipótese, a prescrição qüinqüenal prevista no Decreto 20.910/1932, e não aquela disposição do Código Civil.

No entanto, salvo engano, em que pese não altere o prazo prescricional de cinco anos, por se tratar de norma posterior e específica, deverá prevalecer o artigo 1º-C da Lei nº 9.494/97 (que, dentre outras, disciplina a aplicação da tutela

[55] STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*, 6ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 1107.

antecipada contra a Fazenda Pública), acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24-8-2001, que passou a estabelecer que *"prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos"*.

Em outras palavras, a prescrição qüinqüenal contra a Fazenda Pública em geral foi ampliada, estendendo-se tal prazo às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, atingindo, assim, não só os órgãos ou entidades integrantes da Administração Indireta, como também, naquilo que nos interessa, as concessionárias, permissionárias ou autorizatárias de serviços ou qualquer entidade privada que preste serviço público a qualquer título.

DOS SERVIÇOS PÚBLICOS E DAS CONCESSÕES

Em que pese não seja o foco principal do presente trabalho, fez-se necessária uma prévia e breve análise do tema 'serviços públicos' com o objetivo de se enquadrar os serviços das concessionárias de rodovias dentro daquilo que a doutrina qualifica como 'serviço público'.

Basicamente, a Constituição Federal trata dos aspectos gerais dos serviços públicos nos artigos 175 e 37, §3º.

Já o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, estabelece como direito básico do usuário a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral. A mesma Lei nº 8.078/90 prevê em seu artigo 22 e Parágrafo Único, a obrigação do Poder Público ou seus delegados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e contínuos, dispondo sobre os meios para o cumprimento daquelas obrigações bem como a reparação dos danos causados por eles.

Prestar serviços à sociedade é, aliás, a justificativa da própria existência em si da Administração Pública.

Por conta do crescente desenvolvimento do Estado e da evolução da Sociedade, nunca foi tarefa fácil definir um conceito preciso para o que seria 'serviço público', razão pela qual não foram poucos os conceitos e classificação propostos pela doutrina em relação aos 'serviços públicos.

Hely Lopes Meirelles[56], por exemplo, destaca que, 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."*. Outrossim, destaca Hely:

[56] MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*, 32ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 329.

> *"Também não é a atividade em si que tipifica o serviço público, visto que algumas tanto podem ser exercidas pelo Estado quanto pelos cidadãos, como objeto da iniciativa privada, independentemente de delegação esta tal, a exemplo do ensino, que, ao lado do oficial, existe o particular, sendo aquele um serviço público e este, não. O que prevalece é a vontade soberana do Estado, qualificando o serviço como público ou de utilidade pública, para sua prestação direta ou indireta, pois serviços há que, por natureza, são privativos do Poder Público e só por seus órgãos devem ser executados, e outros são comuns ao Estado e aos particulares, podendo ser realizados por aquele e estes. Daí essa gama infindável de serviços que ora estão exclusivamente com o Estado, ora com o Estado e particulares e ora unicamente com particulares."*

O certo é que, segundo aquilo que se extrai da lição de Hely, não serão necessariamente as atividades coletivas vitais que caracterizariam os serviços públicos. Aliás, particularmente em relação às rodovias, nos parece que o serviço concedido não se caracterizaria como serviço público típico caso o mesmo fosse analisado exclusivamente pelo seu suposto aspecto vital para a sociedade como um todo.

Em sentido amplo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro[57] já teve oportunidade de citar definições de Mário Masagão, para quem serviço público é *"toda atividade que o Estado exerce para cumprir os seus fins"*, e de José Cretella Júnior, segundo o qual, serviço público *"é toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas mediante procedimento típico de direito público."*.

Serviço público em sentido restrito, por sua vez, é aquele cujos conceitos limitam-no às atividades desempenhadas pela Administração Pública, excluindo-se, assim, as funções legislativas e jurisdicionais.

---

[57] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo,* 19ª ed., São Paulo, Atlas, 2006, p.110.

Há quem, como Antonio Carlos Cintra do Amaral[58], diga que serviço público é aquele que o ordenamento jurídico diga que é. Assim, no Brasil, será considerado serviço público aquilo que a legislação pátria diga que é.

De maneira um pouco mais detalhada, Maria Sylvia[59] conceitua serviço público como sendo *"toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público."*.

Hely[60] promove a classificação dos serviços públicos em 'públicos' e 'de utilidade pública'; 'próprios' ou 'impróprios' do Estado; 'administrativos' e 'industriais'; '*uti universi*' e '*uti singuli*'. Nos interessará, como já destacado anteriormente, a tentativa de enquadramento dos serviços oferecidos pelas concessionárias de rodovias dentro de tal cenário.

Deflui dos ensinamentos de Hely que os serviços delegados às concessionárias de rodovias seriam considerados serviços de utilidade pública (em oposição a serviço público propriamente dito, como segurança, saúde, justiça etc.), ou seja, aqueles em que a Administração reconhece sua conveniência (e não essencialidade e necessidade) para a comunidade, e aceita, em alguns casos, que sejam prestados por terceiros (concessionários, por exemplo), em condições regulamentadas e sob seu controle, deixando ao prestador do serviço os eventuais riscos, recebendo, estes, em troca, a remuneração dos usuários (neste caso, por meio da cobrança de pedágio).

---

[58] CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *Distinção entre usuário de serviço público e consumidor.* Disponível em: <http://www.celc.com.br>. Acesso em: 02 de Novembro de 2.006.
[59] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo,*19ª ed., São Paulo, Atlas, 2006, p.114.
[60] MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*, 32ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 330.

Diz-se, também, que os serviços de utilidade pública seriam chamados de ‘serviços pró-cidadão’, pois, não obstante possam interessar a toda comunidade, atendem principalmente aos interesses de cada um dos membros individualmente considerados.

Somente os serviços públicos específicos e divisíveis são passíveis de concessão ou permissão pelo Poder Público. Segundo uma linha de análise do instituto da concessão, os serviços públicos postos diretamente pelo Poder Público à disposição da população são remunerados pelo usuário mediante pagamento de taxa (tributo). Aqueles prestados mediante concessão ou permissão são remunerados mediante pagamento de tarifa (preço público).

Na concessão de serviço público é possível identificar um contrato principal e vários contratos acessórios, ou dependentes. O contrato principal é aquele onde são partes o Poder Público (concedente ou contratante) e o particular (concessionária ou contratada). Os contratos acessórios, ou dependentes, têm como partes a concessionária e os usuários.

Em regra, é imperiosa a necessidade de existência de lei prévia que autorize a celebração do contrato de concessão, onde deverão ser estabelecidas as condições do agente. Acerca da exigência prevista no artigo 2º da Lei nº 9.074/95, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, citada por Luiz Antonio Rolim[61]:

> *“... a autorização legislativa para que o Executivo pratique atos ou celebre contratos que se inserem dentro das funções tipicamente administrativas constitui ato de controle (prévio) de um Poder sobre o outro e, por isso mesmo, exceção ao princípio da separação dos poderes, somente cabível nos casos expressos na Constituição Federal, na estadual ou na lei orgânica; note-se que a Constituição Federal elenca, nos arts. 49, 51 e 52, os atos que devem ser*

[61] ROLIM, Luiz Antonio, A administração indireta, as concessionárias e permissionárias em juízo. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 232.

> *autorizados pelo Congresso Nacional, Câmara dos Deputados e Senado Federal, entre eles não se incluindo a autorização para concessão ou permissão de serviço público, mesmo porque o artigo 175 já diz expressamente que a execução de serviços públicos pode ser feita diretamente ou mediante concessão ou permissão".*

Em se tratando de transferência do serviço, o mesmo pode ser efetivado por delegação, formalizada por ato administrativo bilateral (contrato administrativo), mantendo-se o controle e fiscalização por Poder Público. A delegação do serviço, de maneira formal, é fundamental para que se evitem os casos de prestação clandestina do serviço público.

A delegação pode se dar sob a forma das seguintes modalidades: a) concessão, b) permissão ou c) autorização. Logicamente, nos interessará mais os serviços concedidos, uma vez que, em geral, a transferência da exploração do sistema rodoviário se dá por meio de concessão estatal.

Por conta de uma tendência liberalizante, passou o Estado a transferir alguns de seus serviços e atividades para pessoas jurídicas de direito privado, sob a forma de concessão.

A concessão é uma das formas de transferência da execução de serviços públicos a particulares. É expressão de uma forma de descentralização por colaboração realizada por Estado. O Poder Público (concedente), ao invés de executar diretamente, por seus próprios meios e pessoal, determinado serviço ou obra, transfere sua execução a terceiros (concessionários) que, mediante ajuste especial, se comprometem a executá-lo em seu próprio nome e por sua conta e risco. O particular se torna um 'parceiro' no atendimento aos interesses coletivos, lembrando que toda atividade do Estado deve ter como fim último a concretização dos anseios da sociedade.

Em se tratando de concessão de rodovias, é muito comum a previsão de contrato de concessão de serviço público precedido de obra pública (artigo 2º, III da Lei nº 8.987/95), onde o particular-concessionário executa a obra às próprias expensas, em seu próprio nome e por sua conta e risco, sendo que, somente após finalizada a obra, é que passará a receber a remuneração pelo serviço prestado sob a forma de, no caso, pedágio, a ser pago pelo usuário da rodovia.

Antonio Carlos Cintra do Amaral[62] anota que *"a concessão de rodovias não é uma concessão de serviço público em estado puro, ..., mas é uma concessão de serviço público precedida da execução de obra pública"*. Segundo ele, a exploração de uma rodovia não se caracteriza como uso de bem público, mas sim como prestação de serviço público. Cita o autor passagem da obra de Flávio Amaral Garcia ('Regulação Jurídica das Rodovias Concedidas'), segundo a qual, em relação à concessão de rodovias, assim expressa:

> *"Sob outra perspectiva, aduza-se que o fato de a rodovia ser um bem público não transmuda a natureza do contrato para concessão de uso. Isto porque, como dito, o foco da atuação do concessionário é a operação da rodovia. O que se espera dele é o desempenho de uma atividade com o objetivo de produzir um resultado útil e eficiente para os usuários. Até porque o entendimento de que as rodovias administradas por particulares seriam meras concessões de uso produziria uma conseqüência nefasta: a não-aplicação do regime instituído pela Lei nº 8.987/95, que, por ter uma sistemática e um tratamento negocial, é a mais apropriada para concessões de grande porte, como é o caso das que envolvem as rodovias."*

Os fundamentos da concessão de serviços públicos têm bases constitucionais (artigos 175 e 223; artigos 21, XI e XII, e 25, §2º).

---

[62] CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *A Concessão de Rodovia como Concessão de Serviço Público.* Disponível em: <http://www.celc.com.br>. Acesso em: 15 de Novembro de 2.006.

Infraconstitucionalmente, o instituto encontra-se regulado pela: -Lei nº 8.987/95 (a chamada 'lei das concessões', que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos previstos no artigo 175 da Constituição Federal); -Lei nº 9.074/95 (que estabelece normas para outorga e prorrogação das concessões e permissões de serviços públicos); -Lei nº 9.648 (que alterou, dentre outras, parte da Lei nº 9.074/95); -Lei nº 8.666/93 (a chamada 'lei das licitações'), com as alterações da Lei nº 8.883/94, que devem ser aplicadas subsidiariamente, naquilo que não contrariarem as normas anteriores.

Várias são as definições de concessão dadas pela doutrina. É o *"ajuste pelo qual a Administração Pública delega ao particular a execução remunerada de serviço ou obra pública ou lhe cede o uso de um bem público, para que o explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais."* (Hely Lopes Meirelles).

Para Maria Sylvia, 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."*.

A definição legal (federal) de concessão de serviço público vem disposta no artigo 2º, II da Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal e estabelece que é *"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"*.

A título de comparação, a Lei nº 7.835/92 do Estado de São Paulo, promulgada antes mesmo da lei federal, define concessão como *"a delegação contratual, a empresa individual ou coletiva ou a consórcio de empresas, da prestação de serviço público, por sua conta e risco e por prazo certo, remunerada basicamente pela cobrança de tarifas dos usuários."*.

Confrontando-se conceitos doutrinários e legais, nota-se que neste último, por opção do legislador brasileiro, há a previsão de que a concessão de serviço público seja outorgada mediante prévia concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas. *A contrario sensu*, pessoa física não poderá ser concessionária de serviço público, não se prestando, também, qualquer outra modalidade licitatória, que não seja a concorrência, para que a transferência do serviço seja outorgada.

O contrato de concessão tem base nos preceitos de direito administrativo, sendo bilateral, oneroso, comutativo e realizado *intuito personae*. É o documento escrito pelo qual se efetiva a delegação do serviço pelo Poder Público concedente, definindo o objeto da concessão, estabelecendo, dentre outros, os direitos e deveres das partes e dos usuários do serviço.

Como característica da concessão, tem-se que são atos bilaterais, identificando-se o contrato de concessão como um contrato administrativo típico, sujeitando-se, assim, ao regime jurídico de direito público. Aliás, a natureza contratual da concessão está prevista no artigo 4º da Lei nº 8.987/95, que vem amparado por aquilo que dispõe o inciso I do Parágrafo Único do artigo 175 da Constituição Federal.

A doutrina de Hely Lopes Meirelles, por exemplo, chama os contratos de concessão como 'contratos de colaboração', uma vez que um particular é contratado pela Administração para realizar algo para o Poder Público concedente. Permitimo-

nos discordar da precisão técnica da qualificação dada ao contrato de concessão uma vez que ‘colaboração’, nos parece, traz consigo a noção de algo espontâneo e desinteressado por parte daquele que ‘colabora’, situação na qual efetivamente não se enquadram as empresas concessionárias de serviços públicos que, sabidamente, objetivam o lucro ao prestarem serviços mediante o recebimento da respectiva remuneração paga pelos seus usuários.

As concessionárias, não obstante o fato de, em muitas vezes, serem empresas privadas, submetem-se, em parte às normas de direito público, contidas nas chamadas cláusulas exorbitantes, que prevêem privilégios e prerrogativas para a Administração concedente, como, por exemplo, alteração e revisão unilateral do contrato pela Administração, fiscalização e controle do contrato, imposição de penalidades, reajustamento de preços e tarifas etc..

Dentre as cláusulas essenciais do contrato de concessão, segundo aquilo que prevê o artigo 23, VI da Lei nº 8.987/95, está aquela que prevê os direitos e deveres dos usuários para a obtenção e utilização do serviço prestado pela concessionária, sendo que o serviço concedido deve ser prestado atendendo-se fielmente ao regulamento e às cláusulas contratuais específicas, para que haja, ao menos em tese, completa satisfação dos usuários.

Também no caso de concessão de serviço rodoviário, a mesma se dá mediante licitação. Na verdade, por expressa previsão legal (artigo 14 da Lei nº 8.987/95), toda concessão de serviço público, precedida ou não de execução de obra pública, será objeto de prévia licitação que, mormente em se tratando de concessão de rodovias, considerando-se os valores envolvidos, adotará, obrigatoriamente, a modalidade de concorrência pública. Anote-se que a Lei nº 9.491/97, que aprovou o Programa Nacional de Desestatização passou a admitir, em

alguns casos, a modalidade licitatória denominada de leilão, conforme o previsto no artigo 2º, §4º da Lei.

Serviços concedidos *"são todas aqueles que o particular executa em seu nome, por sua conta a risco, remunerados genericamente por tarifas, na forma regulamentar, mediante delegação contratual ou legal do Poder Público concedente"*[63].

Mário Masagão, agora citado por Hely Lopes Meirelles[64], diz que concessão *"é a delegação contratual da execução do serviço, na forma autorizada e regulamentada pelo Executivo."*.

Dentro, ainda, da classificação proposta por Hely[65], os serviços delegados às concessionárias de rodovias estariam incluídos dentre os 'serviços impróprios do Estado', pois seriam um dos que não interferem de maneira decisiva nas necessidades vitais da comunidade, mas satisfazem interesses comuns de seus membros.

Por tal razão, a Administração os presta de maneira remunerada ou delega sua prestação por terceiros como as concessionárias. Em geral, tais serviços remuneram muito bem seus prestadores e podem ser oferecidos com ou sem privilégio (não confundir com monopólio), mas sempre regulamentados e controlados pelo Poder Público concedente.

Atualmente, como se vê, dentro daquilo que mais interesse para a discussão da temática do presente trabalho, é certo que o elemento subjetivo evoluiu, para um momento em que não apenas o Estado presta serviço público diretamente, mas, sim, também, seus delegados, por meio, por exemplo, de seus concessionários.

---

[63] MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*, 32ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 385.
[64] Ibid., p. 385
[65] Ibid., p. 331.

Neste aspecto é que Maria Sylvia[66] afirma haver uma verdadeira crise na noção de serviço público por conta, também, de uma suposta 'mercadorização' dos serviços públicos, principalmente verificada em alguns casos de concessões públicas.

Hely Lopes Meirelles destaca que, não obstante sua grande relevância, a elaboração do contrato de concessão não tem merecido maior preocupação das esferas do Poder Público, fazendo com que seu conteúdo não atenda ao interesse público bem como os direitos dos usuários. Sobre o tema, diz, assim, Hely[67]:

> *"As concessões vigentes são, em geral, e paradoxalmente, instrumentos em que o Poder Público e os usuários é que se submetem à vontade despótica das empresas, tais são as cláusulas a seu favor e a nenhuma reserva de direitos para o particular a que o serviço se destina. Já é tempo de os concedentes reagirem contra esta inversão de poderes, defendendo melhor o público e exigindo dos seus concessionários, na feitura dos contratos novos ou na fiscalização dos já existentes, a prestação eficiente e regular dos serviços que lhes são concedidos."*

Até por conta disso, ainda dentro da classificação de Hely, os serviços delegados às concessionárias de rodovias podem ser enquadrados dentro dos serviços 'industriais', por produzirem renda mediante a remuneração recebida dos usuários que, tecnicamente, Hely chama de tarifa ou preço público, por ser sempre fixado pelo Poder Público. Tais serviços seriam 'impróprios do Estado' por se traduzirem em atividade econômica.

Por fim, ainda segundo aquilo que se extrai da lição de Hely Lopes Meirelles, os serviços delegados às concessionárias de rodovias poderiam ser incluídos dentre os *uti singuli* ou individuais, ou seja, aqueles que têm usuários definidos e utilização

---

[66] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo,*19ª ed., São Paulo, Atlas, 2006, p.118.
[67] MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*, 32ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 392.

particular e mensurável para cada um deles e, por tal razão, são remunerados, segundo o Administrativista, mediante tarifa (ou preço público), e não por imposto.

Partindo-se do pressuposto de que prevalece, ao menos atualmente, que o oferecimento de serviços rodoviários não é atividade exclusiva do Estado, pode-se concluir que os serviços oferecidos pelas concessionárias de rodovias seriam de utilidade pública, impróprios do Estado, industriais e *uti singuli*.

O serviço de utilidade pública terá a regulamentação e controle exercidos pelo Poder Público, sendo que o fato de serem eventualmente delegados a terceiros não retira do Estado tais incumbências uma vez que qualquer desrespeito às obrigações impostas pela Administração ensejará sua intervenção uma vez que há possibilidade, nesses casos, de modificação unilateral das cláusulas do contrato administrativo ou mesmo a revogação da concessão.

Em que pese traga renda ao concessionário, não se deve perder de vista que, em teoria, tais pessoas jurídicas são, assim como a própria Administração, primeiramente, servidores do público, tendo como fim apenas secundário a obtenção de renda. Repita-se que, em tese, é assim que deveriam ser norteados os serviços de utilidade pública delegados.

Ainda Hely[68], aponta cinco princípios que norteariam os requisitos do serviço público ou de utilidade pública: a) a permanência; b) a generalidade; c) a eficiência; d) modicidade do valor das tarifas e e) cortesia.

Em que pese não seja parte integrante do contrato de concessão, é o usuário destinatário dos serviços concedidos e, por tal razão, é sujeito de direitos e obrigações conforme, por exemplo, aquilo que dispõem os artigos 175, Parágrafo Único, II e 37, §3º da Constituição Federal. No mesmo sentido, a legislação

[68] Ibid., p. 334.

infraconstitucional (artigo 7º da Lei nº 8.987/95), lei nº 9.648/98 e, subsidiariamente, o Código de Defesa do Consumidor (artigo 6º, X).

Vale destacar que os direitos dos usuários normalmente não estão devidamente reconhecidos nos contratos de concessão, sendo que tal constatação não exime o prestador de serviço de respeitar tais direitos.

Como direitos básicos dos usuários, a maioria deles descritos na Lei nº 8.987/95 podem ser citados: a) direito de participação democrática dos serviços; b) direito à prestação de um serviço adequado; c) direito à modicidade das tarifas; d) direito à fiscalização do serviço; e e) direito á informação das condições da concessão.

Por sua vez, como deveres dos usuários, estão o de contribuir para a manutenção das boas condições dos bens públicos afetados aos serviços; levar ao conhecimento do poder concedente e dos concessionários as irregularidades de que porventura tenham ciência referente ao serviço prestado e comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação dos serviços.

Não resta dúvida que, dentro de um senso comum, os serviços oferecidos pelas concessionárias de rodovias padecem, dentro de um cenário econômico nacional, da falta de cumprimento do requisito ‘modicidade das tarifas’.

Quanto, especificamente, ao tema ‘concessão’, não existe uma unanimidade sobre sua definição.

Classicamente, a maioria dos doutrinadores pátrios admite três tipos de concessão: a) a de serviço público; b) a de obra pública e c) a de uso de bem público.

Especificamente em relação à concessão de rodovias, Maria Sylvia cita que no contrato de outorga à iniciativa privada existe uma espécie de conjugação de diferentes modalidades, onde haveria um objeto principal e outro acessório.

Em relação a tal conjugação, expõe a autora em relação aos contratos de concessões rodoviárias:

> *'É o que ocorre, por exemplo, na concessão de rodovia, em que o objeto é a construção, ampliação ou reforma de obra pública, acompanhada da exploração comercial da obra para fins de remuneração do concessionário; mas o mesmo contrato envolve, em regra, a utilização de bens do patrimônio público. Também é o que ocorre nas várias modalidades de concessão de serviço público (e vai ocorrer nas parcerias público-privadas), em que a execução do serviço depende da utilização concomitante do uso de bem público.'*.

Aliás, ainda em relação às Parcerias Público-Privadas, as chamadas 'PPP's', Maria Sylvia já adverte, que, doutrinariamente, em sua opinião, a concessão de serviços públicos amparada pela Lei nº 8.987/95 deveria passar a se chamar de concessão 'comum' ou 'tradicional', diferenciando-a daquela outorga decorrente da aplicação das PPP's.

A concessão traz consigo um caráter contratual e foi a primeira forma do Poder Público transferir a terceiros a execução de alguns serviços públicos, sendo que isso teria ocorrido a partir do momento em que o Estado, passado o período do liberalismo, assumiu novos encargos na área social e econômica. A partir desse momento, viu-se o Estado diante da necessidade de encontrar novas formas de gestão do serviço público e das atividades assemelhadas às de natureza privada exercidas pela Administração Pública.

A justificar tal inovação está a idéia de especialização, na busca de melhores resultados e a utilização de métodos de gestão privada, normalmente mais ágeis na operacionalização dos novos serviços que foram assumidos pelo Estado.

Foi assim que se passou a delegar alguns dos serviços públicos a empresas particulares, mediante concessão, onde o particular, chamado de concessionário, executa o serviço, em seu próprio nome e por sua conta e risco, submetendo-se à fiscalização e controle da Administração Pública, inclusive no que tange à remuneração cobrada do usuário, que é estipulada pelo Poder Público (concedente).

Delega-se, apenas a execução do serviço, sendo que não se transfere propriedade alguma ao concessionário. A atividade do concessionário é atividade privada, e desta maneira é que será exercida, seja em relação ao serviço propriamente dito, seja em relação ao seu pessoal.

Em relação ao relacionamento com o público, o concessionário observará o regulamento editado pelo Poder Público concedente, bem como o contrato de concessão, que, dentre outros, pode prever direitos e deveres também para os usuários, além daqueles previstos em lei.

Quanto ao prazo de vigência, é certo que não há concessão perpétua, embora, na maioria das vezes, o prazo seja bem longo, pois levam em conta os elevados investimentos da concessionária e a necessidade de continuidade do serviço público. Embora a legislação, em regra, não defina prazos, segundo a Lei nº 8.987/95, o mesmo deve, de antemão, ser determinado (artigo 2º, I e II), estar expresso no edital (artigo 18, I) e no corpo do contrato de concessão (artigo 23, I), sendo que eventuais prorrogações do contrato devem estar previamente estabelecidas quanto à sua possibilidade, no edital e no contrato.

Encerrado o prazo de concessão, reverterão ao Poder Público concedente os direitos e bens vinculados à prestação do serviço, nos termos previstos no contrato.

Nos termos daquilo que prevê o artigo 175, Parágrafo Único da Constituição Federal e artigo 29, I da Lei nº 8.987/95, a regulamentação dos serviços concedidos compete ao Poder Público concedente.

Estados e municípios, por sua vez, devem ter suas próprias leis que regulem suas concessões e permissões, atendendo àquilo que dispõe o artigo 175 da Constituição Federal, devendo ser respeitados os preceitos gerais dispostos na Lei Federal nº 8.987/95. Se for o caso, podem adotar como suas, a lei federal, formalizando tal opção por meio de lei própria. No Estado de São Paulo, por exemplo, editou-se a Lei Estadual nº 7.835/95, de 08 de Maio de 1.992, ou seja, antes mesmo da edição da lei federal.

Conclui-se, assim, que toda concessão ficará submetida às normas de natureza regulamentar e às de natureza contratual.

Embora não seja uma opinião unânime, dizia-se que a concessão foi uma grande vantagem para o Estado liberal, que passava a prestar um serviço público sem que tivesse a necessidade de aporte de recursos financeiros e sem que corresse com os riscos econômicos de uma exploração industrial comum.

Até que houvesse uma acomodação do funcionamento do instituto da concessão, em muitos momentos o Estado viu-se obrigado a ‘socorrer’ o concessionário com fundamento na teoria da imprevisão, restando em declínio sua utilização. Em outras palavras, o Estado passou a ser ‘sócio’ da concessionária, notadamente em seus prejuízos.

Após constatado esse declínio é que, no Brasil, passou-se por um período em que o Poder Público passou a conceder os serviços para empresas estatais nas

áreas de telecomunicações, energia elétrica, transportes, navegação aérea, como eram os casos dos serviços assumidos pela EMBRATEL, CESP, TELESP etc..

Aliás, a Constituição Federal de 1.967, em seu artigo 8º, XV previa expressamente que competia à União *"... explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão: a) os serviços de telecomunicações; b) os serviços e instalações de energia elétrica de qualquer origem ou natureza; c) a navegação aérea; d) as vias de transporte entre portos marítimos e fronteiras nacionais ou que transponham os limites de um Estado, ou Território;"*.

Em resumo, passou-se a admitir a concessão de serviços públicos em duas modalidades, quais sejam: -aquelas outorgadas a empresas particulares e -aquelas outorgadas às empresas estatais, sendo que, no Estado de São Paulo, a DERSA (Desenvolvimento Rodoviário SA) é um exemplo desta segunda modalidade e que se encontra intimamente ligado ao tema desenvolvido no presente trabalho.

Apenas a título de informação, vale destacar observação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro[69] para quem, embora concorde que as concessões feitas por lei às empresas estatais seja uma realidade brasileira, não a aceita como válida. Isto porque, segunda ela, a concessão presume um contrato no qual o Poder Público transfere apenas a execução do serviço e conserva sua titularidade, o que não ocorre na 'concessão' às empresas públicas e sociedades de economia mista que são criadas por lei e adquirem direito à prestação do serviço.

Saliente-se que o artigo 175, I da Constituição Federal, que deixa claro que a concessão tem que ser feita por contrato, reforçaria tal tese.

Com o recente movimento de ampliação da privatização no Brasil, voltou o Poder Público a se utilizar da concessão de serviços públicos, basicamente de duas maneiras: 1ª) pela transferência do controle acionário de empresas estatais para o

[69] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo,*19ª ed., São Paulo, Atlas, 2006, p.297.

setor privado e; 2ª) pelo retorno da utilização clássica do instituto da concessão de serviço público, mediante concorrência, disciplinando-a pela Lei nº 8.987/95.

A chamada Parceria Público-Privada, conhecida como 'PPP', já referida anteriormente e prevista na Lei nº 11.079/2004, cria uma nova modalidade de contrato administrativo, sob duas formas: a concessão patrocinada e a concessão administrativa. O detalhamento de tais modalidades, por fugirem do objeto do presente trabalho não serão analisados, permanecendo, apenas, o registro da informação.

Conceituar concessão de serviço público também não é algo tranqüilo. Para Maria Sylvia Zanella di Pietro[70], conforme já citado em momento anterior:

> *"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. Esse é o conceito aplicável às concessões disciplinadas pela Lei nº 8.987 e que poderá ser alterado em relação às parcerias público-privadas, porque, nesse caso, a remuneração por tarifa tende a deixar de ser a forma principal ou única de remuneração das empresas concessionárias."*

Quanto à legislação aplicável, como já referido alhures, na esfera federal tratam das concessões as Leis nºs 8.987/95 e 9.074/95, alteradas parcialmente pela Lei 9.648/98. Subsidiariamente aplicam-se as disposições da Lei nº 8.666/93, bem como leis específicas para determinados serviços concedidos.

No Estado de São Paulo a matéria é regulamentada pela Lei nº 7.835/92, já referida quando da apresentação da definição legal de concessão de serviço público.

---

[70] Ibid., p.297.

Di Pietro[71] cita algumas características que, para ela, seriam típicas das concessões de serviço público. São elas: a) só pode ser concedido um serviço público de titularidade do Estado, assim definido por lei; b) o Poder Público apenas transfere a execução do serviço e não sua titularidade; c) deve ser feita sempre através de licitação, mais precisamente por meio de concorrência; d) o concessionário que executa o serviço, em seu próprio nome, assume os riscos do empreendimento; e) a tarifa, quando cobrada, tem a natureza de preço público e é fixada no contrato (artigos 9º e 23, IV da Lei nº 9.987/95), sendo que existe a possibilidade de arrecadação de receitas alternativas, devendo todos virem previstos no edital, f) o usuário tem direito à prestação do serviço, g) a responsabilidade do concessionário decorrente de prejuízos causados a terceiros é, em regra, objetiva (artigo 37, §6º da Constituição federal), h) é possível a rescisão unilateral da concessão pela chamada encampação, i) por motivo de inadimplemento contratual é possível a rescisão unilateral, j) em qualquer caso de extinção da concessão poderá haver a incorporação dos bens da concessionária necessários ao serviço público (é a reversão), k) com base nos artigos 32 e 34 de Lei nº 8.987/95 poderá ocorrer a intervenção na empresa concessionária.

Na concessão de serviço público, não é o Poder Público quem remunera o concessionário diretamente pelos serviços prestados mas, sim, os usuários, sob a forma de tarifa e, somente após o serviço ter sido prestado. A renda das concessionárias, no entanto, pode incluir fontes alternativas, conforme aquilo que prevê o artigo 18, VI da Lei nº 8.987/95. É o caso, por exemplo, das concessionárias de rodovias que são remunerados pelos postos de gasolina, lojas, hotéis etc. que se localizam às margens das rodovias.

[71] Ibid., p.297.

Dentre os direitos das concessionárias, além daqueles referentes à manutenção do equilíbrio-financeiro do contrato está, principalmente, o recebimento da remuneração que, na medida do possível, deveria respeitar, o equilíbrio econômico financeiro do contrato.

Na prática, em relação às concessionárias de rodovias, tal suposto 'equilíbrio', em muitos casos, afastam a possibilidade de modicidade do valor cobrado dos usuários, não obstante a existência de, como já referido anteriormente, receitas alternativas recebidas pelas empresas.

Acerca de tais receitas adicionais, Ruth Helena Pimentel de Oliveira[72], destaca que: *"A exploração comercial do serviço público como fonte de receita ao concessionário é uma das notas características da concessão e isso se justifica com a possibilidade de obtenção de lucro por parte daquele que explora o serviço, admitida pequena margem de risco sempre presente em todos os negócios."*.

Embora se tratem de pessoas jurídicas de direito privado, as concessionárias possuem prerrogativas típicas de Poder Público, sendo quem muitas delas estão contidas na Lei nº 8.987/95, podendo ser citados algumas delas, conforme referidas por Luiz Antonio Rolim[73], quais sejam: -promover desapropriações e constituir servidões e limitações administrativas; -exercer o 'poder de polícia' em relação aos bens vinculados à prestação do serviço; -captar, aplicar e gerir os recursos financeiros; -fazer subconcessões do contrato; -fazer uso excepcional de bens públicos; -realizar atos de autoridade em alguns casos.

---

[72] OLIVEIRA, Ruth Helena Pimentel de, *Entidades prestadoras de serviços públicos e responsabilidade extracontratual*. São Paulo, Atlas, 2003, p. 81.

[73] ROLIM, Luiz Antonio, A administração indireta, as concessionárias e permissionárias em juízo. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 264/266.

As concessionárias encontram-se sujeitas à ação popular, ação civil pública etc., sendo que, somente para efeitos penais seus prepostos poderão ser considerados funcionários públicos *strictu sensu*.

Já em relação aos deveres das concessionárias, chamados de 'encargos' pela Lei nº 8.987/95, e previstos no artigo 31, aqueles que mais nos interessam encontram-se previstos nos incisos I ('prestar serviço adequado, na forma prevista nesta Lei, nas normas técnicas aplicáveis e no contrato') e IV ('cumprir e fazer cumprir as normas do serviço e as cláusulas contratuais da concessão'), hipóteses em que, descumpridas tais obrigações, por certo ensejarão sua responsabilização civil.

Em que pesem as particularidades que envolvem a contratação das empresas concessionárias para a prestação do serviço público, notadamente as normas de ordem pública que o envolvem, a princípio, não gozam tais pessoas jurídicas de quaisquer privilégios processuais quando presentes em juízo, a não ser naquilo que diz respeito à penhora de seus bens.

Assim, não têm as concessionárias foro privilegiado, e não são dotadas de prerrogativas referentes a prazos ou pagamentos de custas processuais, não cabendo recurso oficial das decisões contrárias a elas. Da mesma forma, não gozam de isenção tributária ou de prescrição qüinqüenal de suas dívidas.

Outrossim, como já frisado em momento anterior, não se aplicam contra ela o processo de execução previsto no artigo 100 da Constituição Federal mas, sim, as normas do Código de Processo Civil, incluindo-se aquelas alterações recentemente dispostas na Lei nº 11.382, de 06 de Dezembro de 2.006.

Quanto à penhora dos bens das concessionárias, nos parece que os bens e rendas da pessoa jurídica que tenham características marcadamente privados, e

que não estão afetos à prestação à prestação do serviço, assemelham-se a bens públicos e, por tal razão, não poderiam ser penhorados sob pena de descontinuidade do serviço público. Seriam tais bens considerados *extra*-comercium, sujeitos ao regime de direito público que os impede de se submeterem à penhora.

Por fim, ainda em relação às características das empresas concessionárias de serviço público, deve ficar anotado que, quanto à possibilidade de ser decretada a falência destas, a doutrina a aceita sob o mesmo argumento da penhorabilidade de bens da empresa, desde que não atinja os bens afetos à prestação de serviço público. O artigo 35 da Lei nº 8.987/95 prevê a falência da concessionária como uma das formas de extinção da concessão.

Superadas tais questões referentes às qualidades das empresas concessionárias, cumpre esclarecer que, não obstante a tarefa de regulamentação, controle e fiscalização da execução dos serviços públicos caiba ao Poder Público concedente, conforme aquilo que prevê a Lei nº 8.666/93, com as alterações introduzidas pelas Leis nºs. 8.883/94 e 9.648/98, é cediço que tais tarefas têm sido transferidas às chamadas Agências Reguladoras.

Tais Agências são constituídas sob a forma de autarquias de regime especial, sendo que o ordenamento jurídico, a princípio, prevê duas espécies de Agências: as reguladoras e as executivas, sendo as primeiras, mais comuns, são aquelas que dizem respeito à temática do presente trabalho.

As Agências Reguladoras são autarquias de regime especial para os quais o Estado transfere os poderes de controle, regulamentação e fiscalização das concessões, permissões e autorizações de serviço público *strictu sensu*, sendo que as mesmas têm previsão constitucional (artigo 21, XI). Dentre suas atribuições

principais, estão a de zelar pelo fiel cumprimento dos contratos de concessão, definir a política tarifária, arbitrar conflitos que possam surgir durante a execução do serviço.

Para tanto, como já esclarecido, as Agências Reguladoras são constituídas sob regime especial, por terem maior independência administrativa, autonomia financeira e poder normativo, o que as diferencia das demais autarquias. Dentro do tema tratado no presente trabalho, tal atuação cabe, no âmbito federal, à ANTT- Agência Nacional de Transportes Terrestres e à ARTESP- Agência Reguladora de Transporte do Estado de São Paulo, dentro do Estado de São Paulo.

Ao criar tais Agências, o Estado transfere-lhes as atribuições que são pertinentes ao Poder Público concedente, ou seja, aquelas que se referem à celebração, permissão ou à outorga de autorização para execução de serviços públicos.

Dentre suas atribuições legalmente previstas, e não são poucas, Luiz Antonio Rolim cita[74] a de: -realizar diretamente o procedimento licitatório (Lei nº 8.666/93); -celebrar os contratos de concessão e de permissão "bilateral" (artigo 175 da Constituição Federal); -delegar unilateralmente autorização para pessoas jurídicas de direito privado prestarem serviços públicos; -alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares dos contratos de concessão e permissão (art. 58, 1, e art. 65, 1, da Lei 8.666/93); -rescindir unilateralmente os mesmos contratos nos casos previstos em lei (artigo 58, II, c/c artigos 79, I, e 78, I a XII e XVII, todos da Lei nº 8.666/93); -fiscalizar a execução dos contratos (artigo 67 da Lei nº 8.666/93); - aplicar penalidades aos concessionários e permissionários (artigo 58, VII da Lei nº 8.666/93); -definir o valor da tarifa a ser cobrada dos usuários dos serviços prestados e propiciar a sua revisão ou reajuste; -decretar a encampação e decretar

[74] Ibid., p. 107/108.

a caducidade do contrato de concessão ou de permissão “bilateral”; -intervir nos contratos visando sua regular execução; -efetivar a retomada do objeto do contrato nos casos previstos em lei; -declarar de utilidade pública bens para fins de desapropriação de áreas particulares consideradas necessárias è execução dos serviços das concessões e, também, para instituir servidões administrativas; -poder-dever de manter o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; -poder-dever de atender os reclamos dos usuários quanto à prestação dos serviços públicos executados pelos concessionários, permissionários e autorizatários.

Como já esclarecido anteriormente, as Agências Reguladoras têm um ‘poder normativo’ (que não viole o princípio da legalidade previsto no artigo 5º, II da Constituição Federal). Seria uma ‘delegação legislativa’, conhecida na doutrina e jurisprudência norte-americana como *delegation with standards*, ou seja, há uma fixação de limites à atuação do poder delegado à Agência Reguladora.

Possuem as Agências Reguladoras uma autonomia financeira por conta das dotações orçamentárias vindas das ‘taxas de fiscalização dos serviços concedidos ou permitidos’, ou ‘taxas de regulação’. O valor da taxa é calculado sobre o proveito obtido com a concessão ou permissão.

Os dirigentes das Agências Reguladoras, no âmbito federal, são nomeados pelo Presidente da República após aprovação do Senado Federal, e exercem mandato com prazo definido (artigo 5º da Lei nº 9.986/2000 e artigo 52, III, letra f da Constituição Federal). São considerados agentes políticos e são consideradas ‘autoridades’ para efeito de compor o pólo passivo de ações como mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular e ação civil pública.

Nos termos dos artigos 49 e 70 da Constituição Federal, o ‘controle administrativo’ das Agências Reguladoras, no âmbito federal, pode ser realizado

tanto pelo Ministério a que se encontra vinculada, quanto pelo Congresso Nacional e pelo Tribunal de Contas da União.

No âmbito da concessão, poderá haver a subconcessão, a subcontratação e a transferência da concessão, sendo imprescindível que haja prévia autorização do Poder Público concedente em quaisquer das hipóteses.

DOS DIREITOS DOS USUÁRIOS DO SERVIÇO PÚBLICO

Mais que meros direitos, os usuários de serviço público, delegados ou não, têm verdadeiros 'direitos cívicos' de conteúdo positivo, no sentido de poder exigir o serviço (e adequado) da Administração ou de seu delegado. Com tal preceito é que Hely Lopes Meirelles[75] enquadra o direito dos usuários de serviço público como sendo direitos públicos subjetivos de exercício pessoal quando se tratar de serviço 'uti singuli' e o usuário estiver na área de sua prestação. Com base em tais direitos é que os usuários dispõem de ações correspondentes para que possam ver os mesmos exercidos quando não oferecidos espontaneamente pela Administração ou seus delegados.

Os direitos do usuário devem estar expressamente previstos no contrato de concessão uma vez que é ele, na realidade, o destinatário do serviço objeto da concessão.

Hely Lopes Meirelles, uma vez mais, com sua habitual clareza, destaca a situação contratual completamente desfavorável ao usuário ao expor que:

> *"A ausência de cláusulas em favor do público tem ensejado o maior descaso das empresas concessionárias pelos direitos do usuário, o que não aconteceria se o próprio interessado no serviço dispusesse de reconhecimento expresso em seu favor, para exigir a prestação que lhe é mui comumente denegada ou retardada, sem qualquer providência punitiva do Poder Público. A atual Constituição consagrou expressamente a proteção a esses direitos em seu art. 175, parágrafo único, II, os quais foram contemplados no art. 7 da Lei 8.987/95."*

Atualmente não restam dúvidas de que o usuário (e não mais, apenas, o Poder concedente), pode postular em juízo o serviço concedido que esteja sendo recusado ou retardado pelo concessionário.

---

[75] MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*, 32ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 334.

Hely Lopes Meirelles[76] é um dos que entende que a via adequada para o usuário fazer valer seu direito, qual seja, a de exigir judicialmente a prestação do serviço público que lhe está sendo negada pelo Poder Público ou seu delegado, sob qualquer modalidade, é a ação cominatória prevista no artigo 287 do Código de Processo Civil.

Além da ação cominatória, as disposições do Código de Defesa do Consumidor seriam aplicáveis à matéria, sendo que o E. Superior Tribunal de Justiça, no Resp 467.883 teve oportunidade de entender que a relação entre o usuário da rodovia e o concessionário subordina-se ao Código de Defesa do Consumidor, constando a seguinte ementa do acórdão relatado pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito:

> **Concessionária de rodovia. Acidente com veículo em razão de animal morto na pista. Relação de consumo.**
> 1. As concessionárias de serviços rodoviários, nas suas relações com os usuários da estrada, estão subordinadas ao Código de Defesa do Consumidor, pela própria natureza do serviço. No caso, a concessão é, exatamente, para que seja a concessionária responsável pela manutenção da rodovia, assim, por exemplo, manter a pista sem a presença de animais mortos na estrada, zelando, portanto, para que os usuários trafeguem em tranqüilidade e segurança. Entre o usuário da rodovia e a concessionária, há mesmo uma relação de consumo, com o que é de ser aplicado o art. 101, do Código de Defesa do Consumidor.
> 2. Recurso especial não conhecido.

Por sua vez, do voto do Ministro Relator, é possível extrair-se (os grifos são nossos:

> *"...*
> *Tenho que correta a decisão agravada. As concessionárias de serviços rodoviários, nas suas relações com os usuários da estrada, estão subordinadas ao Código de Defesa do Consumidor.* ***Existe,***

[76] Ibid., p. 335.

> ***sim, relação de consumo evidente. Entender de modo contrário causa conflito com a própria natureza do serviço de concessão, mediante o qual aquela que se investe como concessionária do serviço público tem a obrigação de responder pelos atos ilícitos que decorrem da má prestação do serviço****. No caso, a concessão é, exatamente, para que seja a concessionária responsável pela manutenção da rodovia, assim, por exemplo, manter a pista sem a presença de animais mortos na estrada, zelando, portanto, para que os usuários trafeguem em tranqüilidade e segurança. Entre o usuário da rodovia e a concessionária, há mesmo uma relação de consumo, com o que é de ser aplicado o art. 101, do Código de Defesa do Consumidor, tal e qual fez a decisão atacada, mantida pelo Acórdão recorrido.*
>
> *..."*

A Emenda Constitucional nº 19/98, dando nova redação ao § 3° do artigo 37 da Constituição Federal, ampliou os direitos do usuário de serviço público, para determinar que a lei, a ser emanada por cada um dos entes públicos, discipline as formas de participação do usuário na Administração Pública direta e indireta, regulando especialmente as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, o acesso a informações sobre atos de governo e a disciplina da representação contra a negligência ou abuso no exercício de cargo, emprego ou função na administração pública.

No âmbito federal, o Decreto nº 3.507, 13 de Junho de 2.000, dispôs sobre o estabelecimento de padrões de qualidade do atendimento prestado aos cidadãos pelos seus órgãos e entidades, definindo as diretrizes normativas para o estabelecimento de tais padrões, e instituiu o Sistema Nacional de Avaliação da Satisfação do Usuário dos Serviços Públicos.

Especificamente quanto aos que realizam serviços por delegação do Poder Público, cabe-lhes as mesmas obrigações que caberia ao ente estatal se este prestasse diretamente o serviço, inclusive, como já dito ao longo do presente

trabalho, a responsabilidade objetiva pelos danos causados a terceiros, nos termos daquilo que prevê o artigo 37, §6º da Constituição Federal.

Segundo Hely Lopes Meirelles[77], *"essa responsabilidade é sempre da entidade (autárquica ou paraestatal), da empresa ou da pessoa física que recebeu a delegação para executar o serviço (concessionário, permissionário ou autorizatário), sem alcançar o Poder Público, que transfere a execução com todos os seus ônus e vantagens"*.

No entanto, segundo mesmo autor, *"... responde subsidiariamente pelos danos resultantes pelo só fato do serviço delegado, ou seja, os danos relacionados com o serviço em si mesmo considerado."*. Cita, ainda, o administrativista, o exemplo de um serviço delegado de travessia marítima. Na hipótese da embarcação afundar em decorrência de falha do serviço, a responsabilidade do Poder Público pelos danos aos usuários será subsidiária (não solidária), mas, se a embarcação abalroar outra, os prejuízos desta serão suportados apenas pelo delegado. Segundo o autor, a atual Constituição Federal manteve a orientação do art. 107 da CF anterior, piorando, no entanto, sua redação.

Não obstante fuja do enfoque principal do presente trabalho, destaque-se novamente que, por meio da Lei nº 11.079/04, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, passou-se, na realidade, a admitir uma nova forma de participação do setor privado na implantação, melhoria e gestão da infra-estrutura pública, inclusive rodovias, como aparente solução à falta de recursos públicos para tanto.

Não deixa de ser uma forma especial de concessão, onde o particular presta o serviço em seu nome, não assumindo todo o risco do empreendimento uma vez

[77] Ibid., p. 337.

que o Poder Público, mesmo que parcialmente, contribui para sua realização e manutenção.

Não obstante a doutrina bem como a jurisprudência não tenham pacificado a tese em relação à aplicação, ou não, do Código de Defesa do Consumidor para a tutela dos interesses dos usuários de rodovias, quer parecer que, o aperfeiçoamento e profissionalização dos serviços oferecidos pelas concessionárias de rodovias leva a sociedade como um todo a acreditar que o valor desembolsado a título de pedágio representa, de fato, o pagamento por um serviço prestado por um fornecedor que, casualmente, presta tal serviço mediante concessão do poder público.

Em outras palavras, parece-nos que, o avanço, de toda a ordem, dos serviços públicos concedidos nos leva à caracterização de uma verdadeira ‘consumerização’ daquilo que se remunera mediante taxa ou tarifa, trazendo consigo em muitos casos, em prol do usuário, o respaldo das normas protetivas previstas no Código de Defesa do Consumidor.

DA CONCESSÃO DE RODOVIAS

Aquilo que no Brasil incumbia diretamente ao Estado, até o início da década de 90, ou seja, a construção, conservação e fiscalização das rodovias, foi, gradativamente, por meio de programas de concessões de serviços públicos, outorgados às empresas privadas.

Ultrapassada a análise do instituto das concessões de serviço público, naquilo que diz respeito à concessão de rodovias à iniciativa privada, algumas observações se fazem necessárias nesta modalidade onde a concessionária se compromete a prestar o serviço público contratado, por sua conta e risco, remunerando-se com sua exploração, através da cobrança de tarifas (pedágio). Aliás, é a tarifa paga pelo usuário da rodovia que assegura, em regra, a contraprestação do serviço oferecido pela concessionária.

Não resta dúvida que, dentre os serviços inclusos e devidamente remunerados pelo usuário da rodovia está a obrigação da concessionária em assegurar a fluidez e segurança do tráfego de veículos de seus usuários.

Dentro da classificação proposta por Hely Lopes Meirelles, quanto às formas e meios de prestação do serviço público, o serviço prestado pelas concessionárias de rodovias é do tipo descentralizado, mediante delegação por contrato. Por ter sido passada a terceiro sua execução, por ato administrativo bilateral , poderão ser objeto de revogação, modificação ou anulado e, finalmente, possuem prazo certo até que retornem ao ente público que o delegou.

Dentro da política governamental de transferir para o setor privado a execução de determinados serviços públicos, restou ao Estado, ainda, as incumbências referentes à regulamentação, controle e fiscalização de tais serviços

que, como já informado, é desempenhado efetivamente pelas Agências Reguladoras.

NATUREZA JURÍDICA DO PEDÁGIO E SUAS EVENTUAIS CONSEQÜÊNCIAS NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIAS

Como já aludido anteriormente, na concessão de serviços públicos, não é o Poder Público quem remunera o concessionário pelos serviços prestados, mas, sim, diretamente, os usuários, que, no caso da concessão de rodovias, o fazem sob a forma de pagamento do pedágio.

Já foi considerado que o pedágio, criado pela Lei nº 7.712/88, revogada pela Lei nº 8.075/90, tem natureza jurídica de tributo, na modalidade de taxa, conforme decidiu o Colendo Supremo Tribunal Federal (RE 181.475, Rel. Mim. Carlos Velloso, j. 04.05.1999, RTJ 169/1044).

Aliás, é esse o entendimento de alguns estudiosos, uma vez que o artigo 145, II da Constituição Federal teria autorizado a instituição de tributos, dentre os quais a taxa, em razão do exercício do poder de polícia.

Por sua vez, o artigo 150, V, também da Constituição Federal, proíbe a limitação ao tráfego por meio de tributos, abrindo exceção na hipótese de cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas. Assim se posicionou a Segunda Turma do E. STF (RE 194.862, rel. Min. Carlos Velloso (RTJ 177/426).

Em seu voto, o Min. Carlos Velloso destacou que:

> *"...*
>
> *Primeiro que tudo, deixo expresso o meu entendimento no sentido de que o pedágio, objeto da causa, é espécie tributária, constitui-se numa taxa. O fato de ter sido o pedágio tratado no Sistema Tributário Nacional, exatamente nas limitações ao poder de tributar - CF, art. 150, V -, é significativo. Ora, incluído numa ressalva a uma limitação à tributação, se fosse preço, a ressalva não teria sentido. É dizer, se está a Constituição tratando de limitações à tributação, não haveria*

> *sentido impor limitação a um preço (tarifa), que tem caráter contratual, assim incluído no regime de direito privado.*
>
> *...”*

No mesmo julgado, transcreveu o I. Ministro Relator as lições de Aliomar Baleeiro defendendo o caráter tributário do pedágio.

No entanto, não são poucos aqueles que sustentam que o valor cobrado a título de pedágio constitui preço público ou tarifa, e não tributo. O fundamento para tal entendimento encontra-se no artigo 175 da Constituição Federal que, dentre outras, prevê que, em relação aos serviços públicos transferidos mediante concessão, haverá lei que disporá, entre outras, acerca da política *‘tarifária’*.

Nesta hipótese, ou seja, de se aceitar o pedágio como uma tarifa ou preço público, há quem sustente que restaria afastada das concessionárias de rodovias a responsabilidade objetiva prevista no artigo 37, §6º da Constituição Federal. Isto porque, enquanto a taxa tem como uma de suas características a compulsoriedade, a tarifa ou preço público seria algo facultativo, sujeitando-se ao regime jurídico de direito privado, mesmo porque os serviços seriam apenas indiretamente prestados pelo Estado.

Assim, raciocinando um pouco mais neste sentido, os preços públicos teriam regime jurídico diverso daquele das taxas, sendo que aquele derivaria de um contrato firmado. Portanto, aceita tal premissa, a relação entre as concessionárias de rodovias e seus usuários seria contratual e, pela mesma razão, o usuário da rodovia poderia ser considerado consumidor.

Para nós, o que importa, é que o pedágio se traduz como uma contra-prestação por serviços recebidos, e sem o pagamento do valor estipulado, o veículo não transita plenamente na rodovia sob regime de cobrança de pedágio.

De modo que, sob tal argumento, o usuário desses serviços é consumidor e assim deveria ser considerado.

Na condição de consumidor, a relação entre usuário e concessionária seria regida pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) acarretando, assim, a responsabilidade objetiva da concessionária por conta daquilo que prevê o artigo 14 da legislação consumerista, com decadência prevista no artigo 26, sendo que o prazo prescricional de 05 (cinco) anos não se alteraria (artigo 27), também não se alterando a hipótese de incidência das causas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade.

Basicamente, é essa, por exemplo, a posição de Rui Stoco sobre o tema[78].

Hely Lopes Meirelles[79], por sua vez, ao tratar da concessão de serviços públicos é categórico ao afirmar que serviço concedido deve ser remunerado por tarifa (preço público) e não por taxa (tributo).

Como se viu, não obstante a discussão tratada, quer nos parecer que a natureza jurídica do valor cobrado a título de pedágio não alterará a natureza (objetiva) da responsabilidade civil das concessionárias de rodovias, mas dará algum amparo para a tese que sustenta a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em prol do usuário da rodovia.

---

[78] STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*, 6ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 1108.

[79] MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*, 32ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 396.

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO EM GERAL

O simples fato do Poder Público e seus delegados exercerem suas atividades, por si só, já constitui um risco de dano aos administrados, risco esse que serve de fundamento para a responsabilização objetiva fundada na teoria do risco administrativo prevista no artigo 37, §6º da Constituição Federal.

Por tal razão é que, em relação à responsabilidade civil dos prestadores de serviços públicos e dos executores de atividades de interesse público, vale destacar que, também em relação aos concessionários, a mesma será objetiva pois, não obstante sejam pessoas jurídica de direito privado contratadas pelo Estado, executam serviços públicos e não meras atividades de interesse público, sendo esse o espírito do artigo 175 da Constituição Federal.

Assim como ocorre com os entes públicos, a responsabilização será regida pela responsabilidade objetiva ou sem culpa, adotando-se a teoria do risco administrativo conforme exaustivamente referido em oportunidades anteriores, bastando ao lesado a comprovação do dano e do nexo de causalidade.

Com relação à ação regressiva contra o causador do dano prevista na parte final do artigo 37, §6º da Constituição Federal, esta apenas ocorrerá caso, mesmo na hipótese das concessionárias de serviço público, caso tenha havido dolo ou culpa do agente no evento que causou a lesão, fixando-lhe a responsabilidade subjetiva, nos termos e princípios da teoria da culpa civil.

Mais especificamente em relação às concessionárias de serviços públicos, a própria Lei nº 8.987/95, apresenta disposição expressa em relação às responsabilidades assumidas pelas prestadoras.

Assim, dispõe o artigo 25 e seus parágrafos da citada Lei:

> *"Artigo 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 atenue essa responsabilidade.*
>
> *§1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.*
>
> *§ 2º Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.*
>
> *§ 3o A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido."*

Toshio Mukai[80]sustenta com base em tal disposição legal que, *"em relação aos usuários, ... a responsabilidade do concessionário, porque contratual, é subjetiva."*. O mesmo autor esclarece que, "Já *em relação a terceiros, a responsabilidade, por ser extracontratual, é objetiva (sem culpa), na modalidade do risco administrativo, fundada no §6º do art. 37 da Constituição Federal ..."*.

Em que pese a respeitável opinião, não parece ser este o entendimento dominante entre a doutrina e a jurisprudência que aceitam a idéia da responsabilidade objetiva das concessionárias de serviço público, independentemente de se tratarem ou não se usuários, por conta da ausência de alguma limitação no bojo do artigo 37, §6º da Constituição Federal.

Como exceções à responsabilidade objetiva das concessionárias de serviço público em geral, cita a doutrina, por exemplo: -os atos predatórios causados por

[80] MUKAI, Toshio, Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos: comentários à Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1.995, e Lei n. 9.074, de 1.997, das concessões do setor elétrico, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997, p.50.

terceiros, danos multitudinários e aqueles decorrentes de fenômenos da natureza irresistíveis.

Para a indenização de atos e fatos estranhos à atividade Administrativa em si, deverá ser observado o princípio geral da culpa civil (imprudência, imperícia ou negligência na prestação do serviço público que causou o dano). Por tal razão, em casos de enchentes, vendavais, depredações causadas por multidão tem se exigido a prova da culpa da Administração, demonstrando que tais eventos foram superiores aos serviços públicos existentes.

Em tais casos, a responsabilidade civil das concessionárias será subjetiva, fundada na teoria subjetiva da culpa civil, cabendo ao prejudicado provar que a prestadora do serviço público, ou um empregado seu, agiu com culpa na realização de sua tarefa.

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIAS - CASUÍSTICA

Inicialmente, quanto à responsabilidade contratual das concessionárias de rodovias perante o Poder Público concedente, é certo afirmar-se que as pessoas jurídicas de natureza privada que se inscrevem na licitação e que são declarados vencedores devem respeitar as previsões do respectivo edital.

Firmado o contrato de prestação de serviços de exploração e conservação com o Poder Público, é assegurado à concessionária o direito de cobrar pedágio como contraprestação pelo serviço efetivamente prestado, e condição para o usuário trafegar naquele determinado trecho de rodovia.

Neste momento, ou seja, a partir da cobrança da tarifa de pedágio, nasce outra relação contratual, ou seja, do concessionário com o usuário, garantindo-se a este último, ao menos em tese, um tráfego seguro ao longo da rodovia, assumindo a concessionária, por conseqüência, os riscos inerentes à atividade desempenhada por ela.

Justamente por conta das particularidades relacionadas à exploração do sistema rodoviário, não são poucas as situações de risco e de danos efetivos em se deparam, via de regra, usuário de um lado e concessionária de outro, não se esquecendo de outros possíveis danos (ambientais, por exemplo) que podem atingir a coletividade como um todo.

Especificamente em relação aos potenciais danos ambientais decorrentes da própria construção da rodovia, e já superada a fase de obtenção do competente licenciamento ambiental a cargo da concessionária, aquilo mais que já não for objeto de previsão dos editais de licitação, vem sendo paulatinamente conquistado pela sociedade.

Exemplo concretizado de tal preocupação, decorrente principalmente do adensamento populacional em torno das rodovias, é a instalação de barreiras anti-ruídos, como pode ser vista no início da Rodovia dos Bandeirantes, no entroncamento com a Marginal do Rio Tietê em São Paulo/SP.

A instalação de extensos muros altos ao longo das rodovias, além de poupar os moradores do entorno das pistas do elevado nível de ruído produzido dia e noite, elimina, em muitos casos, a poluição visual decorrente do constante e permanente 'vai-vem' dos automóveis.

Da mesma maneira, em que pese não caiba à concessionária de rodovia a tarefa de fiscalizar o transporte de cargas perigosas e excepcionais, nos parece, também, que as construções de rodovias pela iniciativa privada deverão levar em conta mecanismos de minimização de prejuízos ambientais decorrentes de eventuais derramamentos de substâncias danosas ao meio ambiente.

Nas hipóteses anteriormente referidas fica claro que, não obstante o usuário da rodovia, precipuamente, seja o destinatário final do produto e dos serviços prestados pela concessionária, não deverá se limitar a ele mas, sim, a toda a sociedade, difusamente, os impactos decorrentes da existência da rodovia em si proporcionando o desenvolvimento sustentável nas regiões das rodovias concedidas.

A corroborar com a preocupação dos interesses não apenas dos usuários das rodovias, cabe às concessionárias de rodovias, igualmente, a realização de campanhas de educação e saúde no trânsito.

Em relação aos riscos naturais que decorrem da exploração da malha rodoviária, Rui Stoco[81], ao tratar de algumas questões específicas acerca da

[81] STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*, 6ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 1085.

responsabilidade civil do Estado ou de sua prestadora de serviço no âmbito das vias públicas, reconhece que, casos de ocorrência de dano supostamente envolvendo defeitos na pista, a presença de objetos, buracos ou obstáculos nas vias públicas, não se apresentam como de fácil solução.

Para o autor, seguindo uma das linhas doutrinárias acerca da responsabilidade civil do Estado já exploradas no presente trabalho, se o dano foi causado por ato comissivo do Estado, decorrente de uma 'agir' do ente público, sua responsabilidade será objetiva, *"... desde que presentes os pressupostos da obrigação ressarcitória (nexo etiológico entre ação estatal e o dano)."*. Em seu Tratado, Stoco cita a hipótese de bueiro aberto pela Administração que não foi fechado ou que não foi devidamente sinalizado, provocando um acidente automobilístico.

Já na hipótese do dano decorrer de ato omissivo, também seguindo parcela considerável da doutrina, incidirá a responsabilidade subjetiva. É o caso, também citado por Stoco, onde, após o reparo de cabos telefônicos subterrâneos, o órgão responsável pelo fechamento do buraco e o recapeamento da pista, não o faz, causando acidente.

Ainda, segundo Stoco, o comportamento omissivo culposo, é orientado pela já analisada teoria da 'falta do serviço' na hipótese de inércia do Poder Público quando deixar de realizar a conservação das vias públicas, incluindo-se as rodovias, deixando de eliminar problemas como, por exemplo, asfalto deficiente, buracos, etc..

Em tais situações, geralmente originadas da negligência do Estado ou de sua prestadora de serviço, haveria, para Stoco[82], uma culpa presumida da Administração.

[82] Ibid., p. 1085.

Em consonância com tudo aquilo que já se disse anteriormente acerca da aplicação dos preceitos do artigo 37, §6º da Constituição Federal em relação às concessionárias de rodovias, não resta dúvida a aplicação de tais preceitos às empresas concessionárias de rodovias, que são prestadoras de serviços públicos por delegação, exercendo uma atividade que, até ser por ela assumida, seria exercida privativamente pelo Estado mas, que, ante expressa previsão contida no artigo 21, XII, letra 'e' da Constituição Federal, poderá ser explorada mediante concessão, situação em que a concessionária, uma pessoa jurídica de direito privado, exercerá aquela atividade até então privativa do Estado.

Como já destacado anteriormente, no que tange aos agentes públicos a que se refere o artigo 37, §6º da Constituição Federal, quer parecer que nos casos envolvendo a concessão de rodovias, tais agentes, dentro de classificação dos agentes públicos, poderiam ser catalogados como agentes delegados dentre aqueles particulares em colaboração com o Estado.

Seja como for, questão acerca da modalidade de responsabilidade adotada em relação às empresas concessionárias de rodovias, não é absolutamente pacífica na doutrina e na jurisprudência.

A quem sustente que tal responsabilidade das concessionárias de rodovias, a princípio objetiva, vale perante seu usuário, incluindo-se, aí, aquele que paga ou é isento de pedágio, bem como aquele perante terceiros não usuários, como é o caso dos pedestres que atravessam a rodovia ou uma passarela.

Prevalecerá a regra geral da responsabilidade civil do Estado, ou seja, responderá a concessionária caso o usuário seja vítima de algum dano resultante de uma obra realizada ao longo da rodovia, em que pese tal obra, em si, seja uma atividade lícita.

Como já referido alhures, na ocorrência de dano ao particular resultante de uma conduta omissiva da concessionária de rodovia, incluindo-se, também, os casos de falta ou falha do serviço, responderá a prestadora de serviço público da mesma forma que o Poder Público responderia, ou seja, com fundamento no princípio da responsabilidade subjetiva, sendo imprescindível a comprovação de culpa da empresa concessionária.

O mesmo pode ser dito em relação à empresa contratada pela concessionária, ou seja, a empreiteira. Neste caso, responderá mediante culpa, diretamente, ou através do direito de regresso da concessionária uma vez que haveria uma responsabilidade solidária entre ambas.

Também como já referido em momentos anteriores, inexistirá a responsabilidade da concessionária e de sua empreiteira em relação a danos sofridos pelo usuário quando presentes algumas das hipóteses excludentes da responsabilidade, como o caso fortuito, a força maior e as culpa exclusiva da vítima.

Em algumas situações, analisa-se a responsabilidade civil das concessionárias de rodovias sob o ponto de vista da responsabilidade subjetiva, por conta da teoria da ‘faute du service’ principalmente no que tange a terceiros não usuários, considerando-se a exploração de serviço público exclusivo. Explicando melhor: na relação com um ‘não usuário’ (ou contribuinte), por não existir contrato, ingressar-se-ia na discussão da responsabilidade aquiliana, hipótese na qual a mesma dependeria de comprovação de culpa.

Não são poucas as hipóteses de discussão acerca da responsabilidade civil do Estado ou de seu prestador de serviço público envolvendo rodovias, como, por exemplo: -falta de manutenção e conservação da pista; -falta de sinalização adequada na rodovia; - falta de sinalização da obra realizada na pista; -falta de

escoamento correto da água das chuvas; -pedras jogadas na pista e contra os motoristas; -animais soltos ou mortos na pista etc., havendo julgados acolhendo as mais variadas teses.

É comum ouvir-se falar em choques de automóveis contra defensas de metal ou de concreto que dividem pistas ou que as margeiam. Nestas hipóteses, a princípio, presume-se a culpa do motorista, salvo caso reste comprovada a presença de quaisquer das situações de exclusão da responsabilidade (caso fortuito, força maior, inexigibilidade de conduta diversa etc.). Por se tratarem de obstáculos estáticos e visíveis, em não ocorrendo algumas das hipóteses de exclusão de responsabilidade do motorista, será a condução indevida do motorista que fará com que o veículo se choque com tais dispositivos.

Conforme já referido em outras oportunidades, seguindo a doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello, a responsabilidade civil da prestadora de serviço público por falta, falha ou culpa do serviço é subjetiva, uma vez que baseada na culpa (ou dolo). Para aqueles que sustentam a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, como já advertido anteriormente, a responsabilidade será objetiva, por conta daquilo que prevê o já aludido artigo 14.

Aliás, já se destacou que o E. Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de acolher tal tese (RE 467.883-RJ)

Frise-se que, justamente em relação a **animais** que causam acidentes na pista, talvez resida a questão mais tormentosa em relativa aos casos que chegam ao Judiciário envolvendo as discussões acerca da responsabilidade civil das concessionárias de rodovias.

Já se sustentou que, enquanto em vigor o Código Civil de 1.916, a responsabilidade pelos danos decorrentes de tais acidentes com animais soltos na

pista seria, até prova em contrário, da Administração Pública, a teor daquilo que previa o artigo 588, §5º.

Previa o referido dispositivo legal, que tratava do direito de tapagem, que *"Serão feitas e conservadas as cercas marginais das vias públicas pela administração, a quem estas incumbirem, ou pelas pessoas, ou empresas, que as explorarem."*.

No entanto, o novo Código Civil brasileiro não repetiu o dispositivo legal. Seja como for, há quem dissesse que aquela previsão legal se traduzia num verdadeiro 'sofisma' pois, em outras palavras, exigia da Administração Pública o dever de vedar com tapumes e cercas todas as vias públicas do país que, reconhecidamente, não são poucas.

Rui Stoco[83] cita lição de Clóvis Beviláqua disposta em seu 'Código Civil', segundo o qual, aquela disposição legal não teria pretendido impor à Administração Pública a obrigação de *'ladear todas as estradas de cercas e dispensar os proprietários de construí-las'*. No entanto, conclui Clóvis que: *"Onde, porém, o interesse público exigir que se construam, as despesas serão da Administração Pública ou da empresa que explorar a estrada.".*

Ainda em relação a animais na pista, Wilson Melo da Silva[84] sustenta que, uma vez que a lei (artigo 1527 do Código de Civil de 1.916, atual artigo 936 do Código Civil) determina caber aos donos ou detentores de tais animais o seu 'custodiamento efetivo', a responsabilidade pelos eventuais acidentes ocorridos nas rodovias por conta da presença deles, caberia aos seus donos ou detentores. Assim, quer parecer que, para aqueles que sustentam tal entendimento, inexistirá mesmo

[83] Ibid., p. 1387.
[84] SILVA, Wilson Melo da, *Da responsabilidade civil automobilística*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 421.

assim a responsabilidade do detentor do animal caso reste demonstrado que o mesmo era guardado e vigiado com 'cuidado preciso'.

Arnaldo Rizzardo[85], citando a lição de Leonardo A. Colombo acerca da legislação argentina, expõe que a presunção é de responsabilidade do dono do animal. O mesmo se diga em relação ao direito alemão, que adota, *in casu*, a teoria do risco.

Wladimir Valler[86]destacava, ainda sob a égide do Código Civil de 1.916 que, não obstante a obrigação do Poder Público de fazer construir e conservar cercas marginais das vias públicas, não se deve esquecer que as relações entre particulares e o Poder Público, inclusive aqueles usuários das rodovias, dependem daquilo que a legislação especial rodoviária federal e estadual dispõem. Cita, como exemplo, no Estado de São Paulo, o Decreto-lei Estadual nº 13.626, de 21 de Outubro de 1.943, que regula a matéria em seus aspectos gerais, nada prevê em relação às cercas marginais.

Cita o mesmo autor que, o regulamento do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo, aprovado pelo Decreto Estadual nº 25.342, de 09 de Janeiro de 1.956, embora preveja no artigo 2º, letras 'b' e 'c' sua competência para a conservação permanente das rodovias estaduais e o exercício do poder de polícia de tráfego nas estradas estaduais, também nada estipulou sobre as cercas marginais.

Quer nos parecer que o julgado proferido pelo E. STJ nos autos do RE 467.883-RJ, anteriormente citado, não abalaria o entendimento majoritário (doutrinário e jurisprudencial) segundo o qual, em se tratando de acidente causado

---

[85] RIZZARDO, Arnaldo, *Responsabilidade Civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 139.
[86] Valler, WLADIMIR, *Responsabilidade Civil e Criminal nos Acidentes Automobilísticos*, Editora Julex Livros, 2ª edição, 1993, p. 275.

por animal solto na pista, a responsabilidade recairia sobre o dono do semovente. Isso porque aquele julgado se refere à situação em que o acidente automobilístico teria decorrido do fato de haver animal morto na rodovia.

Ou seja, a matéria discutida nos autos referia-se, na realidade, à ausência de limpeza da pista, pouco importando se aquilo que estivesse ali abandonado fosse um animal morto ou qualquer outro objeto de razoável proporção.

Portanto, a obrigação da Administração Pública ou da concessionária de rodovia de conservar as cercas marginais das vias públicas ou rodovias não serviria mais de base para que lhe seja imposta a responsabilidade por conta de acidente causado por animais na pista, prevalecendo o disposto no artigo 936 do Código Civil, segundo qual: *"o dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior"*, bastando a existência de nexo de causalidade entre o comportamento do animal e o dano para que surja o dever de indenizar. Assim ensinam Washington de Barros Monteiro, Carvalho Santos, Pontes de Miranda, Clóvis Beviláqua, Carvalho de Mendonça e Aguiar Dias.

Dessa forma, o dono ou detentor do animal somente se desoneraria do dever de reparar se demonstrar uma das causas excludentes da responsabilidade que rompam o nexo causal, conforme aquilo que prevê a parte final do referido artigo 936.

Vê-se, claramente que, ao longo do tempo, duas posições distintas se colocaram: a primeira, segundo a qual a responsabilidade é do dono do animal (por conta do disposto no revogado artigo 1.527 do Código Civil de 1916, atual artigo 936). Uma segunda, com fundamento no artigo 588, § 5°, também do Código Civil revogado, segundo a qual o dever de reparar é do Estado ou concessionária do serviço público, a quem aquele atribui o dever de conservar as rodovias estaduais e

edificar as cercas marginais das vias públicas, isto sem se falar naquela posição decorrente da aplicação do Código de Defesa do Consumidor (artigo 14), segundo a qual tratar-se-ia de proteção devida ao consumidor, obrigando contratualmente a concessionária que recebeu a incumbência do poder concedente de, dentre outras, conservar a rodovia desobstruída.

No entanto, diante do cenário legislativo atual, parece que seria o caso de se afastar a segunda corrente uma vez que o a disposição contida no novo Código Civil teria pretendido responsabilizar o proprietário do animal, com exclusividade, pela a obrigação de reparar o dano causado, caso não prove uma das excludentes de responsabilidade.

Logicamente, casos há onde o animal pode ter sua fuga provocado por terceiro, será este, e não o proprietário o responsável pela reparação do prejuízo. No caso de furto do animal que vem a causar o acidente em rodovia 'privatizada', a princípio, responderia aquele que se apossou do animal, desde que o furto não tenha sido resultado da negligência do proprietário.

O Código Civil francês (artigo 1385) prevê que o proprietário de um animal, ou aquele que dele se serve, é responsável pelo dano que ele causa, esteja o animal sob sua guarda, tenha-se extraviado ou escapado. É a responsabilidade inspirada na obrigação de 'guardar'.

Citando a lição de Pontes de Miranda, Arnaldo Rizzardo[87] destaca que para aquele ilustre tratadista, se o animal estava emprestado, o responsável será o locatário, desde a entrega do animal. Segundo Rizzardo, o mesmo ocorre no direito argentino e no direito italiano.

No entanto, o ex-Desembargador gaúcho ressalta que:

---

[87] RIZZARDO, Arnaldo, *Responsabilidade Civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 139.

> *"Nos acidentes de trânsito ocorridos nas vias públicas em razão de animais soltos, além dos respectivos proprietários, podem ser acionados os concessionários e a própria autarquia, ou o Poder Público que exerce a jurisdição, se inexistente concessão. Embasa-se essa responsabilidade art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, pois há a prestação de serviços de vigilância e conservação; no art. 37, § 6°, da Carta Maior, que responsabiliza objetivamente as pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço público, pelos danos que seus agentes causarem a terceiros por ação ou omissão e o art. 1°, § 2° e 3°, do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n° 9.503, de 23.09.1997), que coloca o trânsito seguro como um direito de todos e um dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, os quais respondem pelos danos causados aos cidadãos por omissão ou erro na manutenção ou execução da segurança do trânsito, inclusive no que envolve à existência de animais nas pistas."*

Ressalte-se que, como já tratado em momentos anteriores, contemporaneamente à vinda do Código de Defesa do Consumidor, tanto o governo federal quanto alguns estaduais iniciaram o processo de privatização das rodovias, passando sua administração para um razoável número de empresas que, constituídas sob o regime da iniciativa privada, prestam serviços públicos privativos sob a forma de concessionárias.

Isto sem se falar que autarquias públicas como o DNER (federal) e os DER (estaduais) já desempenhavam funções parecidas, mediante remuneração por meio de pedágio.

Para aqueles que sustentam a tese de que o usuário de rodovia privatizada é consumidor, recairia a responsabilidade para a concessionária pelos danos causados ao usuário, independentemente da verificação de culpa, por conta daquilo que dispõe o já citado artigo 14 do Código do Consumidor, uma vez que a

permanência de animal na pista de rolamento seria equiparado a um defeito na prestação de serviços.

Mesmo que prevaleça tal preceito, naquilo que diz respeito a animais na pista, ousamos discordar de maneira absoluta com o ponto de vista de Rui Stoco sobre o tema.

Segundo o tratadista, *"Não se concebe que a atual utilização de sensores e aparelhos avançados de fotografia e gravação em tempo real, visando o controle e fiscalização da rodovia - quilômetro a quilômetro - com a possibilidade de identificar veículos, verificar aqueles que se imobilizaram por defeitos ou avarias, de rastrear assaltantes em fuga, e, mesmo, de manter equipamento sofisticado e de precisão, capaz de identificar veículos e impor multas, mesmo à noite, não permita, também, eficaz verificação de invasão e trânsito de animais."*[88].

Entendemos que há situações especiais. A prevalecer, em absoluto, a compreensão de Stoco, poderíamos chegar ao absurdo de imaginar que uma ave de médio porte que decidisse pousar na pista causando um acidente, deveria ter sido previamente retirada pelos prepostos da concessionária de rodovia. Convenhamos, tal exigência fugiria do razoável.

Diferente, no entanto, seria a situação em que se demonstrasse que um gado tenha percorrido uma longa distância entre o local onde seu dono o mantinha até que, quilômetros à frente, sua presença viesse a causar um acidente, hipótese que, em nossa modesta opinião, acarretaria a responsabilidade da concessionária, sendo imprescindível, a comprovação do fato do animal ter trafegado por muitos metros sem que tenha sido retirado de lá pela empresa responsável por sua administração

[88] STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*, 6ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 1389.

uma vez que sua obrigação é, fundamentalmente, oferecer condições de dirigibilidade e segurança, repita-se, dentro de uma razoabilidade.

Há quem possa sustentar que, por não se tratarem de hipóteses excludentes, poderia a vítima acionar tanto o dono animal (quando possível sua identificação) ou a empresa concessionária dos serviços de administração e exploração da rodovia, ou ambos, sob fundamentos jurídicos diversos como já frisado.

Por razões óbvias, seja qual for o fundamento jurídico adotado, insistirá a vítima na tese de que objetiva seria a responsabilidade discutida em juízo. Caberia àquele que foi condenado, exercer eventual direito de regresso contra o outro.

A jurisprudência, acompanhando a ausência de unanimidade doutrinária sobre o tema, alterna seu entendimento. Alguns julgados pinçados sobre a matéria evidenciam a ausência de unanimidade sobre a matéria.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em julgado proferido no início da década de 70, já teve oportunidade de decidir acolhendo a responsabilidade objetiva do proprietário do animal, aduzindo que, não obstante a obrigação do DER de conservar as cercas marginais, cabe ao proprietário lindeiro, com base no direito de vizinhança, suprir a omissão da administração no cumprimento dessa obrigação, *"... sendo responsável, como dono do animal, pela indenização do dano que ele causou - Responsabilidade sempre objetiva e, como tal, presumida"* (TJSP – 4ª C. - Ap. - Rei. Ferreira de Oliveira -j. 30.12.1971 - R.JTJSP 20/107).

Outras vezes, entendeu-se pela presunção de culpa do proprietário do animal. Neste sentido, de julgado proferido em 1991 pelo extinto 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo onde se afastou a responsabilidade civil do DER (JTACSP-RT 129/154), Rui Stoco[89] extrai parte do acórdão no seguinte sentido:

[89] Ibid., p. 1390.

> *"O poder de polícia do tráfego nas estradas, a ser exercido pelo DER, não é de ser entendido com a largueza alvitrada pelo apelante. Afronta ao bom senso. Se fosse ele, invariavelmente, responsabilizado pela invasão de animais na pista, teria de possuir um quadro de servidores equivalente à, pelo menos, metade da população brasileira, esquadrinhando, metro a metro, os milhares de quilômetros que margeiam as rodovias. A lei civil responsabiliza, expressamente, o proprietário de animais, pelos danos por eles causados (art. 1.527 do Código Civil [atual art. 936]). E a responsabilidade do dono do animal é presumida. Outrossim: Tem-se decidido que o fato de o DER construir cerca ao longo da rodovia não implica sua responsabilidade por acidente ocasionado por animais que, varando a cerca, ganham a estrada (RT 446/101). As cercas que o DER levanta ao longo das rodovias têm por objetivo simples demarcação de limites, uma vez que, pela rodovia, só trafegam veículos; aos proprietários lindeiros cabe reforçá-las de modo a evitar a saída de animais (RT 493/54) (Responsabilidade civil, Carlos Roberto Gonçalves, 4. ed., São Paulo, Saraiva, p. 103)"*.

Neste mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul decidiu, ainda sob a égide do Código Civil de 1.916, que: *"Nos danos causados por animais que trafegam por leito de rodovia estadual, cumpre ao ofendido provar apenas o dano e o nexo da causalidade, eis que milita contra o proprietário dos animais uma presunção de culpa, salvo se este comprovar a ocorrência de qualquer das excludentes referidas nos incs. I a IV do art. 1.527 do CC. Não havendo escusas, em face da teoria da responsabilidade objetiva, surge o dever de indenizar"* (TJMS – 2ª Turma Cível - Ap. 629/88 - Rel. José Augusto de Souza - RJTJMS 46/19).

Ainda sobre a questão, já decidiu o antigo Tribunal de Alçada gaúcho que: *"É de responsabilidade do proprietário do animal o ressarcimento dos danos decorrentes de acidente provocado pela presença do animal em rodovia, pondo em*

risco a vida daqueles que nela trafegam" (TARS -3ª C. - Ap. 196.160.865 -Rel. Gaspar Marques Batista - j. 05.03.1997).

Nossa jurisprudência já teve oportunidade de esclarecer que *"Se o acidente de trânsito ocorreu em virtude da colisão do veículo com animais que se encontravam no leito da rodovia, responde pela reparação dos danos o proprietário dos semoventes, mormente se inexistente provas da efetiva guarda e vigilância dos irracionais ou da ocorrência de caso fortuito ou força maior, em face do disposto no art. 1.527, I a IV, do CC*" (1 ° TAC/SP – 7ª C. Férias Jul./99 - Ap. 841.363-4 - Rel. Carlos Renato de Azevedo Ferreira - j. 27.07.1999).

Parece-nos que pouco importa se a pessoa é, ou não proprietário do animal, pois a sua responsabilidade eventualmente decorrerá do fato de ser o detentor do mesmo.

Como já esclarecido, por vezes nossos tribunais têm entendido que a responsabilidade por acidentes ocasionados por animais que invadem a pista são das empresas concessionárias das rodovias sob o fundamento da *'culpa in vigilando'*. Neste sentido, julgado também citado por Rui Stoco[90], de onde se pode extrair que o *"O Dersa responde por acidente com automóvel causado por animais na Via dos Imigrantes"* (TJSP – 4ª C. - Ap. – Rel. Batalha de Camargo – j. 26.10.1978 - RT523/96). Da aludida decisão é possível destacar:

> *"É um acidente que se tem repetido, a demonstrar o descaso da apelante no cumprimento da obrigação que assumiu, de proporcionar completa segurança aos usuários da rodovia sob sua inteira responsabilidade (art. 3." do Dec. 52.669, de 03.03.197 1). Frisou-se em acórdão desta Câmara (Ap. Cível 271.68 1) que o 'Dersa exerce, por delegação, aliás, onerosa, um ser viço público que o submete à responsabilidade objetiva*

[90] Ibid., p. 1392.

> *indenizatória dos danos ocorridos em sua órbita de atividade'. Assim, não há alegar velocidade imprimida pela vítima ao veículo (aliás, normal para a festejada alta segurança da rodovia), ou a culpa de proprietários marginais. Cumpre à apelante fiscalizar, permanente mente, o tráfego nas oito pistas da estrada e, permanentemente, fiscalizar a conservação das cercas marginais de sua propriedade".*

Em sentido contrário, Procuradorias dos Estados, amparados na regra da irresponsabilidade do Estado por seus atos omissivos, utilizam-se, por vezes, do exemplo do animal na pista para afastarem o caráter absoluto da responsabilidade objetiva prevista no artigo 37, §6º da Constituição Federal.

Neste sentido, no artigo publicado na Revista de Direito e Política referente ao trimestre de Julho a Setembro de 2.006, André Brawerman[91] transcreve julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação 878.571-3) e pelo Supremo Tribunal Federal (Agravo de Instrumento 457.758-RJ).

Em ambos os casos, afasta-se a responsabilidade civil do Estado e, por conseqüência, das concessionárias de rodovias, na caso de inexistir a chamada *'faute du service'*, prevalecendo, inclusive, em alguns casos, o entendimento de que a obrigação imposta ao Poder Público e às concessionárias de rodovias para que construam cercas ao longo das rodovias concedidas, não implica responsabilidade por acidente ocasionado por animais que ganham a pista uma vez que tais cercas teriam por finalidade simples demarcação de limites e não a de impedir o ingresso de animais nas pistas.

Como se percebe, há argumentos convincentes para ambos os lados. Isto sem se referir às hipóteses em que se exclui a responsabilidade do dono do animal quando o mesmo comprova que vigiava o animal com cuidado.

---

[91] BRAWERMAN, André. *A Regra Geral da Irresponsabilidade do Estado por seus Atos Omissivos*. Revista de Direito e Política, Rio de Janeiro, Volume X, p. 11-16, 2006.

Concluindo: a análise doutrinária e jurisprudencial sobre o tema denota ser muito difícil fechar questão acerca das lides envolvendo a responsabilização por danos decorrentes da presença de animais nas rodovias objeto da concessão pelo poder público.

Outra discussão, não rara, diz respeito aos casos em que automóveis que circulam pelas rodovias concedidas são atingidas por objetos atirados em sua direção, principalmente por pessoas posicionadas em passarelas.

Normalmente, defendem-se as concessionárias, ao lhes ser imputada a responsabilidade pela recomposição do prejuízo sofrido pelo usuário que, cumprem os contratos de concessão, ou seja, montam redes (alambrados) junto às passarelas, bem como colocam automóveis de fiscalização em constante circulação, procurando inibir tal prática.

Quer nos parecer que, de fato, caso cumprido pela empresa concessionária as disposições do contrato de concessão acerca da implementação ou construção de meios ou mecanismos de inibição de danos causados por terceiros, não poderá ser ela responsabilizada de maneira absoluta pela segurança de todos aqueles que trafegam pelas rodovias.

Caso não prevaleça tal compreensão sobre o tema, por certo estar-se-ia atribuindo às concessionárias de rodovias a responsabilidade ilimitada por tudo aquilo que possa ocorrer aos usuários bem como terceiros que estejam próximos às pistas, chegando ao ponto de lhes imputar, inclusive, tarefas de policiamento típicas do Estado.

Em suma, no campo da responsabilidade civil das concessionárias de rodovias, dada a infinidade de hipóteses fáticas que poderão ensejar prejuízos aos usuários, direta ou indiretamente decorrentes da aludida utilização (justificando-se

aí, principalmente, a motivação pela escolha do tema do presente trabalho), afigura-se determinante na averiguação da responsabilidade, como já referido anteriormente, analisar-se se as empresas prestadoras do serviço cumpriram, ou não, os termos do contrato de concessão.

Em que pese não seja parte no contrato de concessão, fica claro que, dadas as características peculiares de tal modalidade de descentralização do serviço público, o usuário (ou mesmo outros, estranhos à relação contratual) são evidentemente atingidos, como destinatários do objeto constante do instrumento firmado entre poder público concedente e empresa concessionária.

Partindo-se de tal premissa, poderá o magistrado utilizar-se de tal parâmetro, ou seja, de ter sido rigorosamente cumprido, ou não, pela concessionária, o contrato de concessão, para que se avalie sua responsabilidade. Há casos que, por certo, restará configurada a ausência de fiscalização do poder público quanto ao cumprimento do contrato de concessão, acarretando a co-responsabilidade do ente concedente por eventuais danos sofridos pelos usuários das rodovias.

O certo é que os elevados valores pagos a título de pedágio, e a 'propaganda' veiculada pelas concessionárias de rodovias bem como pelas agências reguladoras, de que, ano a ano, reduzem-se o número de mortes em rodovias, autorizando o Poder Público, inclusive, à elevação dos níveis de velocidade, criam no usuário, intuitivamente, a expectativa natural de que trafegam em pistas nas quais não poderiam imaginar que se depariariam com um animal de grande porte à sua frente. Tais evidências, entendemos, devem ser levadas em conta na análise dos pedidos indenizatórios, notadamente aqueles formulados em face das empresas concessionárias.

Stoco[92] questiona se, tendo em vista o crescimento populacional, o aumento do número de veículos em circulação, o adensamento de algumas regiões e o crescimento populacional às margens e nos entornos das rodovias, e houver a necessidade de implementação de sistemas de segurança e melhor trafegabilidade que podem não estar previstas no contrato, pode a concessionária, repita-se, mesmo que não haja previsão contratual, realizar tais obras? Seria a concessionária responsável perante os acidentados (pelo só fato da obra) e considerada inadimplente ou ofensora da avença firmada junto ao ente estatal? Embora tenha sido concedido o serviço público, não é obrigação do Estado assegurar o direito à segurança e à vida de todos os que trafegam em suas rodovias?

A inércia da concessionária na realização das obras conduzirá à sua responsabilização. A realização das obras não se traduzirá em infração contratual cabendo à concessionária obter ressarcimento do Poder Público concedente, desde que justificadas as despesas. Assim, se for o caso, deverá ser promovido o aditamento do contrato, restabelecendo-se o equilíbrio financeiro do mesmo, por conta do acréscimo de melhoramentos.

Vale salientar que as disposições do Código de Trânsito Brasileiro que podem interferir na atribuição de responsabilidades quanto aos danos sofridos pelos usuários de rodovias.

Promulgado pela Lei nº 9.503 de 23 de Setembro de 1.997, o Código de Trânsito Brasileiro revogou o antigo Código Nacional de Trânsito (Lei nº 5.108/66).

É inegável que o novo diploma trouxe grandes alterações ao impor regras aos motoristas, mas, também, várias atribuições aos responsáveis pelo sistema de trânsito (inclusive rodoviário) no país.

Nesse sentido, o Código de Trânsito Brasileiro dispõe em seu artigo 1º:

[92] Ibid., p. 1110.

> *"Art. 1º O trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional, abertas à circulação, rege-se por este Código.*
>
> *§ 1.° Considera-se trânsito a utilização das vias por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação e carga ou descarga.*
>
> *§ 2.° O trânsito, em condições seguras, é um direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, a estes cabendo, no âmbito das respectivas competências, adotar as medidas destinadas a assegurar esse direito.*
>
> *§ 3.° Os órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito respondem, no âmbito das respectivas competências, objetivamente, por danos causados aos cidadãos em virtude de ação, omissão ou erro na execução e manutenção de programas, projetos e serviços que garantam o exercício do direito do trânsito seguro".*

A incisividade, por exemplo, do §3º anteriormente transcrito dá a exata noção do fim almejado pelo legislador na criação de um Sistema que possa envolver todas as pessoas potencialmente responsáveis pelos inúmeros danos decorrentes da vida no trânsito.

Em artigo intitulado 'Código de Trânsito Brasileiro - Responsabilidade Civil dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito (RT 748/64), Rui Stoco destaca o veto do Presidente da República que especificava as entidades descritas no §3º do artigo 1º como sendo aquelas *"criadas ou mantidas pelo Poder Público competente, dotadas de personalidade jurídica própria, e integrantes da administração indireta ou fundacional"* questionando se, diante do veto, quais são esses órgãos e entidades que responderão civilmente.

O próprio Stoco responde que seriam responsáveis, dependendo da causa do dano, todas as pessoas ou entes que compõem direta ou indiretamente o Sistema Nacional de Trânsito previsto no artigo 5º do Código.

Resume o autor que *"... responderão civilmente as pessoas jurídicas de direito público* ***e as de direito privado, prestadoras desses serviços públicos de trânsito****, no âmbito de sua jurisdição e atuação, ou seja, a União, os Estados; os Municípios e as concessionárias ou permissionárias desses serviços, considerando que o Contran, Cetran, Polícia Rodoviária, Polícia Militar, Jarí, DSV, CET etc., não têm personalidade jurídica para estar em Juízo, sendo representadas pela Fazenda Pública da União, dos Estados e dos Municípios, ou por procuradores das entidades privadas exercendo serviço concedido ou permitido."* (destacamos).

Diz, ainda, Rui Stoco, que, não obstante a ausência, falha ou funcionamento defeituoso do serviço acarretasse, a princípio, a responsabilidade subjetiva do ente público ou seu prestador de serviço, porque baseada na culpa (ou dolo), restará, na realidade, caracterizada sempre a responsabilidade objetiva, por conta daquilo que dispõe o aludido §3º do artigo 1º do Código de Trânsito Brasileiro.

Termina por dizer o autor, de maneira questionável a nosso ver, que, por conta do aludido dispositivo legal (artigo 1º, §3º do Código de Trânsito), em relação à responsabilização no trânsito, teria sido adotada a teoria do 'risco integral'.

Não bastassem as disposições legais gerais acerca da responsabilidade civil previstas no Código Civil, outros problemas relacionados às condições da pista, incluindo-se obstáculos, más condições, defeitos, sinalização insuficiente, poeira e sujeira, água acumulada, fumaça na rodovia, pedras atiradas etc., são apenas algumas das situações causadoras de danos ao usuário onde poderão ser utilizados os preceitos do Código de Trânsito para que se busque a devida indenização.

Aliás, em relação a defeitos na pista, como buracos, por exemplo, já teve oportunidade a jurisprudência de imputar responsabilidade ao Poder Público por

conta dos acidentes que ocorrem em virtude de defeitos na pista, quando graves, não perceptíveis facilmente e determinantes para a ocorrência dos danos.

Neste sentido: *"Acidente de trânsito. Irregularidade em pista rodoviária. Falta de sinalização. Culpa do motorista não comprovada. Inexistência de desastre anterior no local. Irrelevância. Indenização devida pelo DER"*[93]. Do respectivo voto, extrai-se:

> *"... ocorrido o acidente por falta exclusiva do serviço público, que mantinha pista defeituosa e sem sinalização adequada, responde a autarquia encarregada desse mister administrativo pelos prejuízos causados"*

Rizzardo[94] destaca que, *"não é o defeito na pista que determina a indenização, mas a falta de sinalização"*, o que torna o defeito em elemento de surpresa para o motorista, citando, para tanto, julgado proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região[95] no seguinte sentido:

> *"Buraco em rodovia. Falha na prestação de serviço público. Teoria da culpa administrativa. Aplicabilidade. Aplica-se a teoria da culpa administrativa quando há omissão ou falha por parte do Estado na prestação de um serviço público. Restando comprovado que o acidente foi ocasionado por um buraco existente na rodovia, impõe-se a responsabilização do DNER em face da omissão consistente em manter as rodovias federais em condições satisfatórias de trafegabilidade".*

Como já visto, a doutrina elenca situações em que se exclui a responsabilidade objetiva prevista no artigo 37, §6º da Constituição Federal sendo que, naquilo que diz respeito às concessionárias de rodovias, as hipóteses de invasão da pista decorrente, por exemplo, de determinada manifestação de

---

[93] Ap. nº 350.912, 7ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, de 27.12.1986, em RT, 606/133.
[94] RIZZARDO, Arnaldo, *Responsabilidade Civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 762.
[95] Apel. Cível nº 2000.04.01.004490-5-RS, da 4ª Turma do TRF da 4ª Região, DJ de 06.03.2002.

moradores, desde que inevitável e inesperada, afastaria a responsabilidade objetiva da prestadora de serviço público perante seus usuários.

O mesmo se diga em relação aos danos decorrentes de fenômenos da natureza, cuja força maior, impossível de ser contida pela potencialidade humana (raios, tempestades anormais etc.) e desde que comprovada a não ocorrência de falha de projeto, afastaria a responsabilidade da concessionária de rodovia. Isto porque, não obstante o risco natural da atividade desenvolvida pelas concessionárias de rodovias, não parece razoável exigir-se da prestadora do serviço um nível de proteção que o usuário não dispõe sequer dentro de sua própria casa.

Valem, também, na discussão da responsabilidade civil das concessionárias de rodovias, a hipótese de culpa exclusiva da vítima, onde se afasta o nexo causal entre o dano e o comportamento omissivo ou comissivo do agente público para que haja a fixação da responsabilidade civil deste. Ou seja, se não foi o serviço público oferecido pela concessionária de rodovias a responsável pela ocorrência do prejuízo, não há que se falar em responsabilização do Estado ou de seus delegados.

Em ocorrendo culpa concorrente, parece claro que prevalece a regra, qual seja, a de que fica atenuada a responsabilidade civil da concessionária de rodovia, respondendo apenas proporcionalmente aos danos, aplicando-se, assim, a teoria subjetiva para se determinar a responsabilidade do ente público ou prestador de serviço público, respondendo apenas proporcionalmente aos danos, aplicando-se, assim, a teoria subjetiva para a delimitação da responsabilidade.

SISTEMA ANHANGÜERA-BANDEIRANTES. RESPONSABILIDADES CONSTANTES DO CONTRATO DE CONCESSÃO. BREVES CONSIDERAÇÕES

Segundo a versão institucional[96], autorizado pelo artigo 175 da Constituição Federal, o governo do Estado de São Paulo implantou, através da Lei nº 9.361, de 05 de julho de 1.996, o Programa Estadual de Desestatização, com a finalidade de reordenar a atuação do Estado, propiciando à iniciativa privada a prestação de serviços públicos e a execução de obras de infra-estrutura, reservando à Administração Pública a concentração de esforços em áreas em que sua presença é indispensável, como educação, saúde e segurança pública. Com base nessa lei, a Secretaria Estadual de Transportes instituiu o Programa de Concessões Rodoviárias como solução para suprir as necessidades de investimentos na infra-estrutura de transportes, fundamentais ao desenvolvimento do Estado, bem como ao conforto e à segurança dos usuários.".

Foi assim que através do Edital nº 007/CIC/97, o Governo do Estado de São Paulo, por meio do Departamento de Estradas de Rodagem-DER abriu a concorrência de âmbito internacional, do tipo maior oferta, com a finalidade de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, apresentada por empresa ou consórcio de empresas, que se encarregará da exploração, mediante concessão, do Sistema Rodoviário Anhangüera-Bandeirantes que interliga a Capital com o interior do Estado (região de Campinas).

Por se tratar de um dos casos mais antigos de concessão rodoviária, bem como aquele de complexidade e valores mais elevados por conta da região que abrange e pelo número de usuários que ali trafegam, optou-se por fazer uma breve

[96] Disponível em < http://www.artesp.sp.gov.br/servicos/concessoes/servicos_del_programa_concessoes.asp>. Acessado em 11 de dezembro de 2.006.

análise das disposições do referido contrato de concessão no que toca à responsabilidade assumida pela concessionária vencedora, no caso, a AutoBAn.

O exame da minuta do contrato dá a exata noção da complexidade que envolve a concessão de sistema rodoviário, fixadas que estão ali todas as condições da concessão, não se esquecendo que a minuta de contrato deve estar de acordo com os termos de prévio 'Regulamento da Concessão'.

Para que se tenha uma idéia, ao longo da minuta de contrato (constante do Anexo ao presente trabalho), o vocábulo 'responsabilidade' aparece em 27 (vinte e sete) oportunidades, incluindo-se, aí, as atribuições que cabem à concessionária, e relativas, por exemplo, às desapropriações, instituições de servidões, obtenção de licenciamentos ambientais para o prolongamento de rodovia etc..

Em consonância com tudo aquilo que já disse em termos de concessão de serviço público, a cláusula 24.1 da minuta ora em exame, ao tratar dos 'riscos da concessão' estabelece que *"24.1. A CONCESSIONÁRIA assume integral responsabilidade pelos riscos inerentes à exploração do SISTEMA RODOVIÁRIO, excetuados unicamente aqueles em que o contrário resulte expressamente deste CONTRATO."*.

A concessionária deverá manter em vigor apólices de seguro necessárias para garantir uma efetiva e compreensiva cobertura de riscos inerentes ao desenvolvimento de todas as atividades abrangidas pela concessão (cláusula 32.1 da minuta de contrato).

Ao tratar da responsabilidade perante terceiros, a cláusula 35 da minuta isenta, ao menos entre as partes contratantes, a responsabilidade do Poder Público concedente ao prever expressamente que:

> *"A CONCESSIONÁRIA responderá, nos termos da legislação aplicável, por quaisquer prejuízos causados a terceiros, por si ou*

> *seus administradores, empregados, prepostos ou prestadores de serviços ou qualquer outra pessoa física ou jurídica a ela vinculada, no exercício das atividades abrangidas pela CONCESSÃO, não sendo assumida pelo CONTRATANTE qualquer espécie de responsabilidade dessa natureza."*

Por não ser parte no contrato de concessão, o usuário não é atingido pela exclusão da responsabilidade do contratante/concedente, restando, assim, e se for o caso, socorrer-se da aplicação da responsabilidade subsidiária do Poder Público na hipótese de insolvência da concessionária.

Entre as 'normas programáticas' referentes aos direitos do usuário do sistema rodoviário, está o de receber o chamado 'serviço adequado' (cláusula 47), nos termos daquilo que prevê o artigo 6º da Lei nº 8.987/95, que o define como sendo aquele *"... que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas."*.

Vale salientar que, em qualquer hipótese de descumprimento do contrato pela concessionária, haverá a possibilidade de extinção da concessão, razão pela qual deverá a mesma honrar as cláusulas subscritas, dentre elas as anteriormente referidas, valendo salientar, é óbvio, que os direitos dos usuários contratualmente garantidos não afastam outros previstos na legislação vigente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante tudo aquilo que se teve oportunidade de analisar no presente trabalho, conclui-se que, embora relativamente novo, o tema ‘responsabilidade civil das concessionárias de rodovias’ gera um grande número de discussões, com teses sustentadas entre os mais variados pontos de vista.

A colaborar para a existência de diversos entendimentos sobre a matéria encontra-se o choque de interesses envolvendo o Estado ou sua concessionária, de um lado, e o usuário da rodovia de outro.

A fomentar o atual acirramento das teses bipolarizadas, está o alto valor cobrado dos usuários de rodovias junto às praças de pedágio (em se considerando a realidade econômica do país e o fato de existir um evidente monopólio do transporte rodoviário no Brasil), bem como o entendimento estatal e do prestador do serviço, de que não é capaz de prever e evitar todas as potenciais situações ensejadoras de danos que podem ser vítimas aqueles que trafegam pelas rodovias objeto de concessão pública, limitando-se, assim, o caráter absoluto da responsabilidade objetiva prevista no artigo 37, §6º da Constituição Federal.

Parece intuitivo acreditar-se que o usuário, que paga altos valores a título de pedágio, e que vê na segurança do tráfego a maior propaganda anunciada pelas concessionárias de rodovias, anseie segurança absoluta ao longo do tempo em que permanece trafegando nas rodovias ‘pedagiadas’.

Por outro lado, dentro de uma razoabilidade, não se pode esperar que o Estado ou suas concessionárias possam ser, de maneira absoluta, guardiões dos motoristas que circulam pelas rodovias a ponto de, indistintamente, imputarem ao prestador de serviço a responsabilidade pelos danos sofridos, razão pela qual, conclui-se ser muito difícil, para não se dizer impossível, catalogar-se situações

padrões com posições radicais para um dos lados, que possam resolver toda a casuística que envolve o tema.

No entanto, e para finalizar, como já exposto anteriormente, tem-se a impressão que a profissionalização e especialização decorrentes da concessão das rodovias à iniciativa privada, com considerável custo para a sociedade-usuária, tenderá a fazer com que os serviços públicos (por conta de previsão legal) prestados pelas concessionárias de rodovias, passem a ser considerados como produtos ou serviços tutelados pelo direito do consumidor.

A dúvida que resta é a de saber se tal entendimento, mais favorável ao usuário, sensibilizará nossos tribunais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALONSO, Paulo Sérgio Gomes, *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*, 1ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000.

- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *A Concessão de Rodovia como Concessão de Serviço Público*. Disponível em: <http://www.celc.com.br>. Acesso em: 15 de novembro de 2.006.

- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Distinção entre usuário de serviço público e consumidor.* Disponível em: <http://www.celc.com.br>. Acesso em: 02 de Novembro de 2.006.

- AMARAL, Antônio Carlos Cintra. *Licitação e Contrato Administrativo: estudos, pareceres e comentários*, Belo Horizonte, Fórum, 2.006.

- AZEVEDO, Eurico de Andrade, ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. *Concessões de serviços públicos*, São Paulo, Malheiros, 1998.

- BAHIA, Saulo José Casali, *Responsabilidade civil do estado*, 1ª ed.-2ª tiragem, Rio de Janeiro, Forense, 1997.

- BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil – teoria e prática*, 2ª ed., São Paulo, Forense Universitária, 1990.

- BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Controle de Concessões de serviço público*, Belo Horizonte, Fórum, 2006.

- BRAWERMAN, André. *A Regra Geral da Irresponsabilidade do Estado por seus Atos Omissivos*. Revista de Direito e Política, Rio de Janeiro, Volume X, p. 11-16, 2006.

- CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1986.

- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2006.

- CRETELLA JÚNIOR, José, *Direito Romano*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1966.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo,*19ª ed., São Paulo, Atlas, 2006.

- DIAS, José de Aguiar, *Da responsabilidade Civil*, 11ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 20ª ed., São Paulo, Saraiva, 2006.

- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo,* 2ª ed. São Paulo, Malheiros, 1995.

- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil: doutrina, jurisprudência*, 6ª ed. São Paulo, Saraiva, 1995.

- GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*, Coimbra, Livraria Almedina, 1999.

- JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos: comentários às leis nº 8.987 e 9.074, de 1995,* São Paulo: Dialética, 1997.

- MEDAUAR, Odete, *Direito administrativo moderno*, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

- MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*, 32ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2006.

- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo,* 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

- MELLO, Rogério Licastro Torres de. *A responsabilidade executiva secundária e a administração pública*. Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo-AASP nº 88, São Paulo, p. 173-186, 2006.

- MUKAI, Toshio, *Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos: comentários à Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1.995, e Lei n. 9.074, de 1.997, das concessões do setor elétrico*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997.

- OLIVEIRA, Ruth Helena Pimentel de, *Entidades prestadoras de serviços públicos e responsabilidade extracontratual*. São Paulo, Atlas, 2003, p. 81.

- PEREIRA, César A. Guimarães, *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo, Saraiva, 2006.

-RIZZARDO, Arnaldo, *Responsabilidade Civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006.

- ROLIM, Luiz Antonio, *A administração indireta, as concessionárias e permissionárias em juízo*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004.

- SILVA, Wilson Melo da, *Da responsabilidade civil automobilística*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988.

- STOCO, Rui, *Código de Trânsito Brasileiro – Responsabilidade Civil dos Órgãos e Entidades Componentes do Sistema Nacional de Trânsito*, Revista dos Tribunais nº 748, São Paulo, p. 64-67, 1998.

- STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*, 6ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004.

- TORRES DE MELLO, Rogério Licastro. *A responsabilidade executiva secundária e a administração pública*. Revista do Advogado da AASP, São Paulo, nº 88, p. 173/186, São Paulo, Novembro de 2006

- VALLER, Wladimir, *Responsabilidade Civil e Criminal nos Acidentes Automobilísticos*, Editora Julex Livros, 2ª edição, 1993.

- VENOSA, Silvio de Salvo, *Direito Civil: responsabilidade civil*, 6ª ed., São Paulo, Atlas, 2006.

- WALD, Arnoldo. *Correção Monetária das indenizações decorrentes de responsabilidade civil*. RT 434/11.

- WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O direito de parceria e a nova lei de concessões,* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

***Sites* disponíveis pela *Internet*:**

- AGÊNCIA REGULADORA DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO-ARTESP. Disponível em <http://www.artesp.sp.gov.br/servicos/concessoes/servicos_del_programa_concessoes.asp.>. Acesso em 03 de dezembro de 2.006.

- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIAS-ABCR. Disponível em <http://www.abcr.org.br/index.php>. Acessado em 03 de dezembro de 2.006.

- ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE BIOSSEGURANÇA. Disponível em <http://www.anbio.org.br/artigos/art04.htm>. Acessado em 25 de Fevereiro de 2.007.

- ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES-ANTT. Disponível em <http://www.antt.gov.br/concessaorod/apresentacaorod.asp>. Acesso em: 02 de dezembro de 2.006.

ANEXO

Livros Grátis

(http://www.livrosgratis.com.br)

Milhares de Livros para Download:

Baixar livros de Administração
Baixar livros de Agronomia
Baixar livros de Arquitetura
Baixar livros de Artes
Baixar livros de Astronomia
Baixar livros de Biologia Geral
Baixar livros de Ciência da Computação
Baixar livros de Ciência da Informação
Baixar livros de Ciência Política
Baixar livros de Ciências da Saúde
Baixar livros de Comunicação
Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE
Baixar livros de Defesa civil
Baixar livros de Direito
Baixar livros de Direitos humanos
Baixar livros de Economia
Baixar livros de Economia Doméstica
Baixar livros de Educação
Baixar livros de Educação - Trânsito
Baixar livros de Educação Física
Baixar livros de Engenharia Aeroespacial
Baixar livros de Farmácia
Baixar livros de Filosofia
Baixar livros de Física
Baixar livros de Geociências
Baixar livros de Geografia
Baixar livros de História
Baixar livros de Línguas

Baixar livros de Literatura
Baixar livros de Literatura de Cordel
Baixar livros de Literatura Infantil
Baixar livros de Matemática
Baixar livros de Medicina
Baixar livros de Medicina Veterinária
Baixar livros de Meio Ambiente
Baixar livros de Meteorologia
Baixar Monografias e TCC
Baixar livros Multidisciplinar
Baixar livros de Música
Baixar livros de Psicologia
Baixar livros de Química
Baixar livros de Saúde Coletiva
Baixar livros de Serviço Social
Baixar livros de Sociologia
Baixar livros de Teologia
Baixar livros de Trabalho
Baixar livros de Turismo