



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

VIVIANE JAQUELINE MORAIS

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO FRENTE ÀS
EMPRESAS LEGALIZADAS PARA O TRANSPORTE
INTERMUNICIPAL DE PASSAGEIROS PELA OMISSÃO DE
FISCALIZAÇÃO DOS TRANSPORTES CLANDESTINOS

SOUSA - PB
2006

VIVIANE JAQUELINE MORAIS

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO FRENTE ÀS
EMPRESAS LEGALIZADAS PARA O TRANSPORTE
INTERMUNICIPAL DE PASSAGEIROS PELA OMISSÃO DE
FISCALIZAÇÃO DOS TRANSPORTES CLANDESTINOS

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Dr^a. Maria Marques Moreira Vieira.

SOUSA - PB
2006

VIVIANE JAQUELINE MORAIS

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO FRENTE ÀS EMPRESAS
LEGALIZADAS PARA O TRANSPORTE INTERMUNICIPAL DE PASSAGEIROS
PELA OMISSÃO DE FISCALIZAÇÃO DOS TRANSPORTES CLANDESTINOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado em, _____

BANCA EXAMINADORA

MARIA MARQUES M. VIEIRA
Orientadora

Examinador (a)

Examinador (a)

Sousa - PB
junho-2006

Dedico este trabalho aos meus perseverantes pais e aos meus queridos irmãos, pelo apoio e auxílio dados, bem como ao Dr. Clenildo Batista e a professora Kilma Maísa por todos os ensinamentos repassados.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, o Supremo Arquiteto do Universo, que em sua infinita bondade, outorgou-me o presente da vida e a luz da sua sabedoria nos momentos em que eu pensava não ser capaz, clareando a minha mente na elaboração desse trabalho.

Aos meus queridos e perseverantes pais, fontes de simplicidade, bondade e amor, que mesmo apesar da distância, deram-me o apoio e assistência necessários para a condução dessa tarefa.

Aos meus irmãos, Renée e Peron que sempre presentes, apresentaram-se disponíveis e pacientes, dando-me conforto e segurança nas horas de amedrontamento.

À minha amiga Laura Priscila, que no momento de maior dificuldade demonstrou sua amizade e consideração através de um ato de solidariedade e companheirismo, prestando-me o seu imprescindível e incondicional auxílio com sua grandiosa sabedoria.

À professora Maria Marques Moreira, que tão sabiamente orientou-me na construção desse trabalho, fazendo do meu objetivo uma preocupação própria.

A todos os que fazem o escritório Brito Advocacia, em especial ao Dr. Clenildo Batista, ao Dr. Luis Carlos e a Dalvina Anísio, por todo o material cedido, ensinamentos e amizade.

Às minhas amigas Amanda Xavier e Luciana Macedo, pela paciência e companheirismo e por entenderem e relevarem minha ausente responsabilidade de convivência, apoiando-me, diariamente, no meu ideal.

À Veruska Saraiva e à Bárbara Michelli, que acreditando na minha capacidade, deram-me força e serenidade nos momentos de desânimo, demonstrando seus verdadeiros sentimentos de solidariedade e amizade ao externarem suas preocupações com minhas dificuldades.

À Fernanda Braga que, em muitos momentos, furtou-se do tempo de suas obrigações e entretenimentos agraciando-me com esclarecimentos e debates acerca do tema.

E a todos os outros que de algum modo deram-me subsídios necessários para a realização dessa pesquisa, em especial, Genivaldo Araújo, Cristiane Rêgo, Hέλvia Brilhante e Déborah Leite

“Desterra dos teus estudos a arrogância, não tenhas presunção pelo que sabes, que tudo quanto sabe o mais sábio homem do mundo é nada comparado ao que lhe falta saber.”

Juan Luis Vives.

RESUMO

Por constituir tema cujo campo de atuação abrange os mais diversos aspectos, a responsabilidade civil é objeto de grandes discussões no mundo jurídico, entre elas, a dos danos causados às empresas legalizadas para o transporte intermunicipal de passageiros, em razão da omissa fiscalização estatal aos transportes clandestinos. Na busca de fundamentar e enfatizar a necessidade de uma solução que possa coibir ou pelo menos atenuar as falhas da Administração Pública, faz-se mister, adotar como método eficaz à investigação, o exegético-jurídico cujo escopo se traduz na pesquisa de fontes proporcionadoras de dados relativos ao tema, como doutrinas, códigos e artigos. Considerando a necessidade de se compreender a complexidade de determinados termos administrativos, assim como a atuação estatal no âmbito pragmático, apresenta-se a presente pesquisa dividida em três capítulos nos quais abordam-se, inicialmente, aspectos gerais do instituto da responsabilidade civil, destacando-se o seu conceito, pressupostos, causas excludentes e espécies, dentre as quais a responsabilidade objetiva do Estado em razão de atos comissivos ou omissivos, fazendo-se ainda estudo sobre o Poder de Polícia Administrativo, em razão da sua ampla ligação com a responsabilidade estatal por conduta omissiva. Logo após, sublinham-se pontos concernentes aos serviços públicos com especial enfoque àqueles delegados a terceiros por meio de concessões, permissões e autorizações, assim como a constatação da necessidade do controle estatal como forma de exigir-se a observância da lei atinente, sob pena de ilegalidade da atividade. Em um último momento, é dado enfoque à atividade clandestina do transporte coletivo de passageiros, remetendo-se ao conceito, causas e irregularidades acerca da mesma, ressaltando-se ainda os prejuízos causados as empresas legalizadas para a atividade e a possibilidade da responsabilidade do estado frente a esses danos. Por fim, levando-se em consideração caber ao Estado a obrigação e o poder de fiscalizar e coibir a atividade dos transportes clandestinos, conclui-se que, assim não agindo, ou assim fazendo, mas de forma defeituosa, deverá o Poder Público responder pelos danos sofridos pelas empresas legalizadas ao transporte intermunicipal de passageiros em razão da atuação da irregular atividade, uma vez, que baseada na teoria do risco administrativo, a responsabilidade objetiva do Estado é aplicada também em casos de condutas danosas omissivas.

Palavras-chave: estado. responsabilidade objetiva. transportes clandestinos.

RESUME

For constituting subject whose field of performance encloses the most diverse aspects, the civilian liability is object of great quarrels in the legal world, between them, of the actual damages to the companies legalized for the transport of passengers, in reason of the omissive state fiscalization to the clandestine transports. In the search to base and to emphasize the necessity of a solution that can restrain or the least to attenuate the imperfections of the Public Administration, necessity becomes, to adopt as efficient method to the inquiry, the interpretation-legal one whose target if translates the research of proportioner sources of relative data to the subject, as doctrines, codes and articles. Considering the necessity of if understanding the complexity of definitive administrative terms, as well as the state performance in the pragmatic scope, a boarding concerning the institute of the civil liability is shown off initially, being distinguished the exculpatory concept, estimated, causes and species, amongst which the objective responsibility of the State in reason of commission or omissive acts. In this exactly moment, still will be made a study on the Power of Policy. Later, one will examine relative points to the public services, conferring special approach to those commission agents third by means of concessions, permissions and authorizations. Same occasion will become in this to prove of the necessity of the state control as form to demand it observance of the law relative, duly warned illegality of the exerted activity. After that, one will give to approach to the clandestine activity of the collective transport of passengers, sending itself it its concept, causes and irregularities concerning the same one. Standing out still the caused damages the companies legalized for the activity and the possibility of the responsibility of the state front to these damages. Finally, taking itself in consideration to fit to the State the obligation and the power to fiscalize and to restrain the activity of the clandestine transports, she concludes yourself that, thus not acting, or thus making, but of defective form, she will have to answer for the damages suffered for the companies legalized in reason of the performance of the related activity, a time, that based in the theory of the administrative risk, the objective responsibility of the State is also applied in cases of omissive harmful behaviors.

Word-key: state. objective responsibility. clandestine transports.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E DO PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVO.....	13
1.1 Generalidades e conceito da responsabilidade civil.....	13
1.2 Espécies de responsabilidade civil.....	14
1.2.1 Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual.....	15
1.2.2 Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva.....	16
1.2.3 Responsabilidade direta e responsabilidade indireta.....	16
1.3 Responsabilidade civil do Estado.....	17
1.3.1 Doutrina da irresponsabilidade.....	17
1.3.2 Doutrina civilista.....	18
1.3.3 Doutrina do Direito Público.....	19
1.3.3.1 Teoria da culpa administrativa.....	19
1.3.3.2 Teoria do risco administrativo.....	20
1.3.3.3 Teoria do risco integral.....	21
1.4 Regulamentação da responsabilidade civil dentro da legislação pátria....	21
1.4.1 Pressupostos e causas excludentes da responsabilidade civil do Estado.....	24
1.4.2 A Responsabilidade civil de acordo com o código civil brasileiro.....	25
1.5 O Poder de polícia da Administração Pública.....	26
1.5.1 Conceito e generalidades.....	26
CAPÍTULO 2 FORMAS DE PRESTAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS A TERCEIROS.....	30
2.1 Conceito e generalidades dos serviços públicos.....	30
2.1.1 Serviços públicos propriamente ditos e serviços de utilidade pública....	31
2.1.2 Serviços próprios do Estado e serviços impróprios do Estado.....	32
2.1.3 Serviços administrativos e serviços industriais.....	32
2.1.4 Serviços “ <i>uti universi</i> ” ou gerais e serviços “ <i>uti singule</i> ” ou individuais..	33
2.2 Forma de organização da Administração Pública para a prestação de seus serviços.....	33

2.3 Serviços delegados.....	35
2.3.1 Concessão.....	36
2.3.1.1 Procedimento para outorga da concessão.....	38
2.3.1.2 Formas de extinção.....	41
2.3.2 Permissões.....	43
2.3.3 Autorizações.....	45

CAPITULO 3 O DEVER OBJETIVO ESTATAL DE INDENIZAR DANOS CAUSADOS ÀS EMPRESAS LEGALIZADAS INTERMUNICIPAIS PELA OMISSÃO DA FISCALIZAÇÃO DOS TRANSPORTES CLANDESTINOS 47

3.1 Conceito e generalidades dos transportes clandestinos.....	47
--	----

3.1.1 Causas da proliferação dos transportes clandestinos.....	48
--	----

3.1.2 Fatores que determinam a ilegalidade dos transportes clandestinos....	49
---	----

3.1.3 Entes competentes para fiscalização e inibição dos transportes clandestinos.....	52
--	----

3.2 Danos causados pelos transportes clandestinos às empresas legalizadas no âmbito intermunicipal.....	55
---	----

3.3 Obrigação estatal de garantir o equilíbrio econômico- financeiro das empresas concessionárias e permissionárias.....	57
--	----

3.4 Responsabilidade civil objetiva do Estado frente às empresas intermunicipais pela omissão de fiscalização dos transportes clandestinos.....	58
---	----

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	61
---------------------------	----

REFERÊNCIAS.....	64
------------------	----

INTRODUÇÃO

Questão bastante discutida no direito moderno, o instituto da responsabilidade civil do Estado abrange grande campo de atuação e aplicabilidade no meio social em razão da crescente complexidade das relações entre a Administração e seus administrados, bem como pelo incremento das atividades estatais que muitas vezes são causadoras de prejuízos cada vez mais freqüentes e graves, demandando-se, assim, respectiva indenização.

É neste contexto que, a pesquisa científica que se segue intitulada "Responsabilidade civil objetiva do Estado frente às empresas legalizadas ao transporte intermunicipal de passageiros pela omissa fiscalização dos transportes clandestinos" abordará a possibilidade de reparação estatal às empresas, incumbidas legalmente á execução do serviço de transporte público, pelos prejuízos a essas causados, em razão da omissão de fiscalização da atividade clandestina do transporte de passageiros.

Assim, visa o estudo comprovar, basicamente, se ao Estado compete arcar, de forma objetiva, com esse ônus indenizatório, contribuindo, portanto, no enriquecimento do raciocínio jurídico e acadêmico favorável à objetivação de tal responsabilidade.

Por ser a atividade clandestina de transporte coletivo de pessoas fato que vem ocupando grande espaço dentro do meio social, causando, entre outros, grandes prejuízos às empresas legalizadas no âmbito intermunicipal, necessário se faz compreender que, o tema desperta o interesse não só do acadêmico de Direito, mas também dos demais estudiosos dessa ciência, que visam investigar a problemática do assunto a fim de um melhor embasamento jurídico que possa apresentar soluções pragmáticas a tais questões, uma vez que verifica-se a escassez doutrinária e jurisprudencial acerca da matéria.

A pesquisa desenvolver-se-á por meio da utilização do método exegético-jurídico, para a análise interpretativa das proposições legais e doutrinárias concernentes ao tema. Buscar-se-á, através do exame teórico de diferentes interpretações jurídicas e legais compreender até onde alcança a incumbência dos

três entes federativos, em especial a do Estado-membro, em fiscalizar a atividade irregular dos transportes clandestinos, assim como, até que ponto devem aqueles responder pela omissão de tal dever.

O capítulo inicial fará uma abordagem acerca do instituto da responsabilidade civil, destacando-se dentre outras generalidades o seu conceito e suas espécies. Dar-se-á ênfase a responsabilidade civil do Estado, expondo a sua evolução histórica, forma de regulamentação dentro da legislação pátria, pressupostos essenciais e causas excludentes. Nessa ocasião, ainda far-se-á um exame direcionado a definição e outras peculiaridades do poder de polícia da Administração Pública, uma vez haver íntima ligação do mesmo com a responsabilidade civil por omissão.

O capítulo seguinte, fornecerá embasamento legal e doutrinário à pesquisa científica, qual seja, a responsabilidade estatal frente às empresas responsáveis pela execução de um serviço tido como público. Motivo pelo qual traçar-se-á, após exposição de definição e classificação dos serviços públicos, as suas formas de prestação, dando-se especial enfoque aos serviços delegados por meio de concessões, permissões e autorizações, momento em que se remeterá a regulamentação conferida pelo legislador pátrio.

No último capítulo, nomeado "O dever objetivo estatal de indenizar danos causados as empresas legalizadas intermunicipais pela omissão de fiscalização dos transportes clandestinos" sublinhar-se-á relevantes pontos referentes aos transportes clandestinos como a sua definição e a forma como desempenham ilegalmente a atividade; as causas que proporcionaram seu surgimento; e os fatores que determinam seu desencontro com as normas constitucionais e infraconstitucionais. Realizar-se-á, também, uma explanação no que diz respeito ao alcance legal da competência dos entes encarregados da fiscalização dos transportes clandestinos; as conseqüências derivadas da proliferação destes; ressaltando-se em tópico específico a obrigação estatal de garantir o equilíbrio econômico e financeiro das empresas concessionárias e permissionárias. Por fim, visando esclarecer divergências e responder conflitos, direcionar-se-á a questionável polêmica do dever

estatal de reparar ou não as empresas prejudicadas pela omissão do poder de polícia conferido à Administração Pública.

CAPÍTULO 1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E DO PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVO:

No presente capítulo serão delineados aspectos gerais acerca do instituto da responsabilidade civil do Estado enfocando-se definições, evolução histórica e forma de regulamentação dentro da legislação pátria. Serão evidenciadas peculiaridades do poder de polícia da Administração Pública, demonstrando-se o liame existente do mesmo com a responsabilidade civil por omissão.

1.1 Generalidades e conceito da responsabilidade civil

O instituto da responsabilidade civil constitui um tema de grande relevância na seara jurídica, merecedor de profundos estudos, tendo em vista a sua vasta aplicabilidade no meio social. Embora já tenham sido desprendidos muitos esforços e estudos, o exaurimento das questões que o tema comporta encontra-se longe de ser atingido.

A justificativa de tamanha importância se dá em virtude da constante evolução da sociedade, que possui como uma de suas características a prática de condutas causadoras de desideratos danosos, que por sua vez, precisam ser ressarcidos.

O vocábulo “responsabilidade” vem do verbo latim “*respondere*” designando o fato de alguém ter se constituído garantidor de algo. O referido termo provém do idioma latino *sponde*, pelo qual, os devedores se vinculavam aos contratos verbais.

Para Salvatier (*apud* Rodrigues, 2002, p.6) a responsabilidade civil, configura-se: “Na obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado à outra por fato próprio, ou fato de pessoas ou coisas que dela dependem”.

A professora Maria Helena Diniz (2004, p.40) conceitua a responsabilidade civil como sendo:

A aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato do

próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda, ou ainda, de simples imposição legal.

No entendimento de Guido Zanobini (*apud* Oliveira, 1999, p.27), a conceituação de responsabilidade perfaz-se nos seguintes termos: “A expressão que serve para indicar a situação de todo aquele a quem por qualquer título, incumbem as conseqüências de um fato danoso”.

Dos conceitos apresentados, percebe-se que a responsabilidade civil nem sempre pressupõe o elemento culpa, subsistindo ainda que o dano tenha sido causado por outrem ou por coisas dependentes do imputado. Verdadeiramente, o que o instituto busca é ressarcir os prejuízos causados através de determinadas condutas, seja por ter o agente direta ou indiretamente, agido, ou não, com culpa ou dolo, seja por ter a lei assim determinado.

Tal fato, deve-se, conforme já abordado, ao crescente desenvolvimento social e conseqüente necessidade de ressarcimento às vítimas de condutas danosas, visando assim, o restabelecimento de um equilíbrio moral e material, bem como a redistribuição de riquezas conforme os ditames da justiça.

A finalidade maior do instituto em análise é a busca da reparação de todos os prejuízos experimentados pelas vítimas, necessitando para tanto de, uma relação, ainda que indireta, entre a pessoa que sofreu o dano e o agente causador, deslocando, assim, o ônus do dano experimentado pela vítima para o seu ofensor.

1.2 Espécies de responsabilidade civil

Para melhor compreensão deste estudo, necessário se faz alinhar as espécies de responsabilidade que esse instituto apresenta. As destacadas e definidas pela doutrina são: responsabilidade contratual; responsabilidade extracontratual; responsabilidade objetiva; responsabilidade subjetiva; responsabilidade direta e responsabilidade indireta.

1.2.1 Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual

A responsabilidade contratual, com fulcro no artigo 389 e ss. do atual Código Civil, decorre da inexecução de uma obrigação oriunda de contrato bilateral ou unilateral, trata-se, pois, de um ilícito contratual que poderá ser um inadimplemento ou a mora da execução do contrato. Por tratar-se de um dever preestabelecido pelas partes, exige-se a capacidade plena de contratar. O referido dispositivo legal assim dispõe: “Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

Antes do surgimento da obrigação de indenizar, existe entre o inadimplente e o co-contratante um vínculo jurídico previamente estabelecido, cabendo ao devedor provar a inexistência de culpa, que assim conseguindo, eximir-se-á da responsabilidade.

Em relação à indenização, esta geralmente é calculada de forma a substituir a prestação contratada, ou seja, o valor do ressarcimento será equivalente ao objeto do contrato.

Também denominada aquiliana, e com previsão legal nos arts. 186 e 927 do Código Civil vigente, a responsabilidade extracontratual emana da prática de atos que causem dano a outrem, da desobediência da lei, da lesão de um direito, sem que haja necessidade de prévio liame jurídico entre as partes. Os artigos rezam *in verbis* respectivamente:

[...]

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[...]

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

A culpa é elemento indispensável nessa modalidade, cabendo a vítima comprová-la, caso não prove a existência desse elemento, ficará sem ressarcimento.

Logo, com culpa e nexos de causalidade devidamente comprovados, e a ocorrência de dano pelo descumprimento de norma legal, ou pela violação de

abstenção de dever geral, seja de direitos reais ou de personalidade, fica o ofensor obrigado a ressarcir o prejuízo experimentado pela vítima.

1.2.2 Responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva

A responsabilidade subjetiva é a modalidade adotada em nosso ordenamento jurídico, ressalvando-se algumas exceções.

Por fundamentar-se na culpa ou dolo do agente, necessário se faz a comprovação destes elementos para que a vítima seja indenizada. Tal responsabilidade repousa no campo subjetivo do transgressor, havendo, pois, a necessidade de análise do seu comportamento.

Diferentemente da responsabilidade subjetiva, na responsabilidade objetiva não há necessidade da ocorrência de culpa ou dolo por parte do ofensor, o dano e o nexo causal entre a conduta e o prejuízo experimentado dão por si só direito a indenização.

A teoria do risco é o fundamento desse tipo de responsabilidade, de acordo com aquela, será obrigado a reparar dano causado todo aquele que por meio de uma determinada atividade cause prejuízo a outrem, sem que para tanto haja necessidade de ação comissiva ou omissiva praticada com culpa ou dolo.

1.2.3 Responsabilidade direta e responsabilidade indireta

A responsabilidade será direta quando o agente imputado tiver pessoalmente praticado o fato danoso. Neste caso, o ofensor responderá por ato próprio e não por de pessoas pelas quais é responsável, nem por de coisas ou animais que lhe pertençam.

Conforme já visto, poderá haver casos em que o responsável pela obrigação de indenizar difere do agente que praticou o dano. Assim sendo, observa-se a ocorrência da responsabilidade indireta onde o agente não responderá por ato próprio, mas sim, por ato de terceiro, a ele vinculado, ou de coisas ou animais que lhe pertençam.

1.3 Responsabilidade civil do Estado

Entendido a finalidade, conceito e espécies da responsabilidade civil em um âmbito mais genérico cabe agora, fazer-se uma análise desse instituto dentro do campo estatal.

Assim como os particulares, o Estado também tem a obrigação legal de ressarcir os danos causados a terceiros através de suas atividades. No entanto, muitas polêmicas foram travadas até que o Estado passasse a responder por seus atos. Após constantes e acirradas discussões, os doutrinadores conseguiram quebrar barreiras e teorias que prelecionavam a absoluta irresponsabilidade estatal.

Duez (*apud* Cahali, 1995, p.17), com muita precisão esquematiza as faces da responsabilidade civil do Estado nos seguintes termos:

Numa primeira fase, a questão inexistia; a irresponsabilidade aparece como axioma, e a existência de uma responsabilidade pecuniária da Administração é considerada como entrave perigoso à execução dos seus serviços; na ordem patrimonial, os administrados têm à sua disposição apenas uma ação de responsabilidade civil contra o funcionário; numa segunda fase, a questão se põe parcialmente no plano civilístico: para a dedução da responsabilidade pecuniária do Poder Público, faz-se apelo às teorias do Código Civil, relativas aos atos dos prepostos e mandatários; numa terceira fase, a questão se desabrocha e se desenvolve no plano próprio do direito público; numa concepção original, desapegada do direito civil, forma-se progressivamente no quadro jurídico da *faute* e do risco administrativo.

Salvo pequenas variações, o esquema mencionado corresponde com os marcos evolutivos do instituto, que para seu turno expirou-se nas seguintes fontes: Doutrina da Irresponsabilidade; Doutrina Civilista; e Doutrina do Direito Público a qual deu origem às Teorias da Culpa Administrativa; do Risco Administrativo e do Risco Integral.

1.3.1 Doutrina da irresponsabilidade

Nesta face, não havia responsabilidade do Estado pelos seus atos. A idéia de reparação dos danos causados era absolutamente incabível na época.

O fundamento para esse posicionamento firmava-se em três alegativas. A primeira delas era a de que o Estado, em razão de sua natureza soberana, não poderia ser posto em uma situação igualitária com o particular, logo, impossível seria a responsabilidade estatal perante o súdito. Em seguida, alegava-se ser o Estado o Direito organizado, não podendo, pois, ser agente violador da própria norma. E por fim, defendia-se a idéia de que os atos praticados pelos funcionários não poderiam ser considerados ações estatais devendo ser atribuídas aqueles sob a justificativa de terem sido praticadas em nome próprio e não em representação ao Estado.

Surgia a indagação, como poderia o Estado negar o próprio Direito se o mesmo se constituía para a tutela deste? A personalidade que dota o Estado o torna sujeito de direitos e obrigações e não um ente incapaz de responder pelos atos dos seus funcionários. Em razão das merecidas críticas e das incabíveis lições, adveio a substituição da teoria da irresponsabilidade pela doutrina civilista.

1.3.2 Doutrina civilista

A doutrina civilista foi a primeira corrente contestadora do princípio da irresponsabilidade estatal. De acordo com esta, o Estado exercia dois tipos de funções sendo a responsabilidade por atos danosos da Administração somente possível quando do exercício de apenas uma delas.

Entendia-se que o Estado agia como Poder Público quando realizava atividades essenciais, necessárias a garantia da ordem constitucional e jurídica. Neste diapasão, a responsabilidade não era admitida e os danos por ventura causados a terceiros repousavam irressarcidos; entretanto, quando agia de modo a satisfazer necessidades sociais, de progresso e cultura, funções estas denominadas contingentes ou facultativas, o Estado equiparava-se ao particular, podendo, pois responder pelos seus atos.

Cumprе ressaltar que o Estado nos atos de *jure gestionis* somente respondia pelos atos de seus representantes ou prepostos se fosse comprovada a existência de culpa na prática do ato. Caso contrário, o ressarcimento seria indevido. Neste caso, a questão repousava sobre o terreno civilístico, a responsabilidade caracterizava-se como sendo por atos de terceiros.

Apesar de quebrar a doutrina da irresponsabilidade, esta corrente apresentava o inconveniente de condicionar a responsabilidade do Estado ao tipo de atividade exercida por este ao tempo do dano.

1.3.3 Doutrina do Direito Público

Neste momento, a questão passa a surgir no âmbito do Direito Público, desvinculando-se totalmente do Direito Civil. A culpa deixou de ser pressuposto do instituto e a reparação passou a abranger um campo cada vez maior.

Esta doutrina inspira a legislação vigente, e com algumas variações vem solucionando com muita eficácia os constantes litígios existentes no meio social. A evolução deste instituto centralizou a fundamentação da responsabilidade no âmbito do Direito Público, baseado nos princípios da equidade e da política jurídica.

Na busca de resolver a questão da responsabilidade civil as Teorias da Culpa Administrativa; do Risco Administrativo e do Risco Integral passaram a integrar o campo jurídico da causa, baseadas na Doutrina do Direito Público, mas com argumentações e aplicabilidade distintas.

1.3.3.1 Teoria da culpa administrativa

Esta corrente enfoca a falta de prestação de serviço da Administração Pública. Partindo deste pressuposto, imputasse ao Estado uma culpa especial caracterizada pela ausência de um serviço o qual esteja obrigado a prestar.

A análise da culpa nesta teoria é feita com muita precisão por Helly Lopes Meirelles (2003; p.623) que assim leciona:

É o estabelecimento do binômio *falta do serviço/culpa da Administração*. Já aqui não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro. Exige-se, também, uma culpa, mas uma culpa especial da Administração, a que se convencionou chamar de culpa administrativa.

A falta de serviço entende Duez (*apud*, Meirelles; 2003; p.623) pode apresentar-se das seguintes maneiras: “Inexistência do serviço; mau funcionamento do serviço ou retardamento do serviço”.

Comprovando-se a existência de culpa está o Estado obrigado a indenizar os danos causados a terceiros em virtude da omissão, no entanto, conforme predito, necessário se faz a comprovação da ausência do serviço, o que em muitos casos torna-se dificultoso e até impossível a vítima. Em razão de tal fato, esta teoria perdeu terreno na legislação brasileira vigente, não sendo, pois, mais utilizada em nosso campo jurídico.

1.3.3.2 Teoria do risco administrativo

Adotada em nossa legislação, a teoria do risco administrativo lapidou a fundamentação do instituto em análise, ampliando ainda mais o campo da responsabilidade civil do Estado. Aqui, a obrigação de indenizar surge de ato lesivo e injusto, e não da falta de prestação de um serviço.

A culpa não é mais exigida e o Estado responde objetivamente por todo e qualquer ato comissivo ou omissivo causador de dano. Os pressupostos da responsabilidade civil estatal são reduzidos apenas à prática da conduta danosa e a comprovação do dano e do liame de causalidade.

De acordo com essa teoria, o Estado assume os riscos de sua atividade, suportando, pois, um ônus não experimentado por outras pessoas. No entanto, pode o mesmo eximir-se dessa obrigação se comprovar que a vítima foi a responsável pelo ato danoso. Ou seja, não haverá necessidade de comprovação da culpa por parte do agente, mas pode o Estado comprovar a existência desse elemento por parte da vítima para livrar-se do encargo de reparar o dano. Acerca dessa indagação, Hely Lopes Meirelles (2003, p.624) dispõe:

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

1.3.3.3 Teoria do risco integral:

Bastante rígida, a Teoria do Risco Integral encarrega o Estado de indenizar todo e qualquer prejuízo causado a terceiro, independentemente de ter havido ou não culpa ou dolo do agente. Ou seja, de acordo com essa teoria, mesmo que a vítima tenha sido a exclusiva culpada pelo prejuízo experimentado, terá o Estado a obrigação de ressarcí-la.

O rigorismo dessa doutrina é a causa da sua inaplicabilidade dentro da legislação pátria, uma vez que , conduzindo-se dentro da iniquidade social, acarretaria ao Estado desastrosas conseqüências , visto ser esse obrigado a arcar com o alto encargo de reparar dano cuja provocação independe de suas condutas.

1.4 Regulamentação da responsabilidade civil dentro da legislação pátria

A Constituição Federal firmada no princípio da responsabilidade sem culpa e na teoria do risco administrativo, estabelece a obrigatoriedade do Estado indenizar prejuízo causado pela ação de seus agentes, quando no exercício de suas atribuições. Esse preceito, é encontrado em seu art.37, § 6º que dispõe *in verbis*:

[...]

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

[...]

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

Observa-se que o elemento culpa somente é suscitado quando se trata de Ação regressiva manejada contra o agente público pela Administração. Neste contexto temos uma responsabilidade subjetiva, precisando pois, o Estado

comprovar a culpa ou dolo do seu agente para poder reaver o valor pago a terceiro em virtude da sua responsabilidade objetiva.

Ao utilizar o termo agente, entende a doutrina dominante, ter o legislador se referido a toda e qualquer pessoa a qual o Estado tenha incumbido a tarefa de realizar um serviço público, uma vez não haver justificativa poder a Administração eximir-se de tal responsabilidade apenas pelo fato de ter transferido a execução de um serviço, que para seu turno continua sendo considerado como público.

Em relação à ação danosa praticada pelo agente, poderá essa ser realizada através de um ato comissivo ou omissivo. Quando comissivo, o ato constitui-se na prática de uma conduta a qual não deveria ser praticada; quando omissivo, o ato configura-se na não observância de um dever de agir ou da prática de uma ação que deveria concretizar-se.

A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva possui efetiva aplicabilidade no campo jurídico. Discutindo acerca desse ponto, Cretella Júnior (*apud* Cahali, 1995, p.283) relata:

Não apenas a ação produz danos. Omitindo-se, o agente público também pode causar prejuízos ao administrado e a própria administração. A omissão configura a culpa *in omittendo* ou *in vigilando*. São casos de inércia, casos de não-atos. Se cruza os braços ou não vigia, quando deveria agir, o *agente publico omite-se* empenhando a responsabilidade do Estado por inércia ou incúria do agente. Devendo agir ou não agir. Nem como o *bônus pater familiae*, nem como *bônus administrador*. Foi negligente. As vezes imprudente e até imperito. Negligente, se a solércia o dominou; imprudente, se confiou na sorte; imperito, se não previu a possibilidade da concretização do evento. Em todos os casos, *culpa*, ligada a idéia de inação, física ou mental.

Ainda em relação à responsabilidade civil do Estado por conduta danosa omissiva, cumpre destacar peculiaridade existente.

Alguns doutrinadores entendem a responsabilidade do Estado por conduta omissiva ter natureza subjetiva, com base legal no artigo 15 do Código Civil de 1916, restando, portanto, como de natureza objetiva apenas a responsabilidade por condutas comissivas. Alega-se a obrigatoriedade da verificação de uma culpa anônima, no modo de organização e funcionamento da

atividade, que não funcionou ou realizou-se de forma defeituosa ou tardia, causando assim, danos aos administrados.

Em contrapartida, outros defendem se adotar a responsabilidade objetiva também em casos de condutas omissivas aplicando-se, para ambos, a norma do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal.

Nesse sentido, Maria Helena Diniz (2004, p.617):

Pelos arts. 43 do Novo Código Civil e 37, § 6º da Constituição Federal, a responsabilidade civil do Estado é objetiva por comportamentos comissivos ou omissivos de seus funcionários que causem lesão ao administrado.

Outra relevante questão a se destacar é a do agente que deva figurar no pólo passivo das ações indenizatórias movidas contra a Administração Pública. Indaga-se se a ação deverá ser manejada contra a própria Administração ou se em desfavor do agente causador do dano, ou seja, o autor direto da ação danosa.

O entendimento doutrinário dominante defende a posição de que não deve o servidor ser incluído na demanda, uma vez que o art.37, § 6º da Carta Magna garante que a reparação seja feita pela Administração Pública, e não pelo seu agente.

Ainda nesse posicionamento, alguns juristas, rebatendo a aplicação do art.70, III do Código de Processo Civil ao tema, por entenderem não ser possível que este se sobreponha à norma instituída pela Constituição Federal, defendem a não possibilidade de denúncia do servidor público a lide, por não possuir esse, responsabilidade objetiva perante a vítima, encargo pertencente de forma única e exclusiva da Administração Pública. Logo, não sendo o servidor obrigado a responder por uma responsabilidade objetiva, nem tão pouco a vítima obrigada a comprovar sua culpa neste tipo de ação, impossível haver a denúncia. O referido artigo dispõe *in verbis*: Art.70: "A denúncia da lide é obrigatória: III - àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda".

Em sentido oposto, há os que entendem que o art. 37, § 6º da CF não defenda o funcionário perante terceiros, mas sim os administrados e, que sendo uma norma protetora destes, oferece aos mesmos a possibilidade de uma responsabilidade objetiva contra quem lhe causou o dano, sendo pois, possível,

que a ação seja proposta contra o agente causador ou em litisconsórcio com o Estado.

1.4.1 Pressupostos e causas excludentes da responsabilidade civil do Estado

De acordo com a teoria do risco administrativo e com a natureza objetiva da responsabilidade estatal, quando algum dano é gerado em razão da execução de um serviço público, deve o Estado recompô-lo, sem que para tanto haja comprovação de sua culpa ou dolo. Em virtude disso, deflui-se que os pressupostos da responsabilidade objetiva são: ação ou omissão do ente público quando no exercício de suas atribuições; liame de causalidade entre o dano e a ação danosa e; a comprovação do dano causado.

A ação ou omissão da Administração, analisadas no tópico anterior, realizada de forma lícita ou ilícita obriga a Administração Pública a recompor prejuízo causado, pois uma vez praticada, verificando-se a ocorrência do dano e do nexos de causalidade, fica a Administração abrigada a ressarcir-lo, sendo, pois, irrelevante a existência de culpa ou dolo.

O nexos de causalidade constitui o liame entre o dano e a ação. Da mesma forma que o agente precisa comprovar o dano sofrido, necessário se faz que exista um vínculo entre o prejuízo experimentado e a conduta administrativa. Não pode a vítima pedir ressarcimento de dano cujo fato gerador não seja a ação do agente imputado, inadmissível se faz, a transferência do ônus de uma recomposição a quem não tenha, de qualquer forma concorrido para tal.

O dano também necessita de comprovação a fim de se evitar o enriquecimento ilícito. É possível que apesar da prática de uma conduta ilícita, nenhum dano seja causado a parte, logo, se necessário não fosse a comprovação deste, poderia a parte na simples alegativa de ser vítima de determinado ato, pugnar por suposto ressarcimento, sem que para tanto tivesse havido diminuição em seu patrimônio ou dano a sua moral. Se não se verifica a ocorrência de um prejuízo, não haverá o que ser ressarcido.

Apesar da busca do direito de não deixar irressarcido nenhum tipo de prejuízo, casos há em que a indenização é indevida. Trata-se das causas excludentes da responsabilidade civil. Verifica-se quando da existência dos

seguintes fatos: culpa exclusiva da vítima; culpa de terceiro; força maior ou caso fortuito.

A força maior constitui acontecimento exterior, independente da vontade humana, não podendo ser evitado ainda que o seu acontecimento seja previsto; enquanto que o caso fortuito constitui fato imprevisível, não podendo, em virtude dessa imprevisão, ser evitado. Em ambos os casos, há quebra do liame de causalidade, motivo pelo qual, a Administração Pública não recompõe o dano.

Quando há culpa exclusiva da vítima, deverá essa arcar com todos os ônus do prejuízo, uma vez não se poder falar em responsabilidade do Estado, em razão da não existência do liame de causalidade entre o comportamento estatal e o dano causado. A vítima, por sua exclusiva culpa, dá causa ao ato danoso, devendo, pois, responsabilizar-se por tal.

Entende-se por terceiro qualquer pessoa que não seja a vítima ou o agente imputado. Neste diapasão, quando for manejada ação indenizatória contra a Administração em razão de algum dano cuja culpa seja devida e exclusiva de terceiro, não responderá aquela por tal ato. O liame de causalidade será entre a conduta do terceiro e o dano, e não entre a conduta do Estado. Note-se que este foi também vítima, um instrumento de um terceiro para a prática do ilícito, não havendo, pois, nenhuma fundamentação legal para a imputação deste fato aquele.

Há ainda quem considere o estado de necessidade uma quinta excludente. Neste posicionamento, Oliveira (1999, p. 72):

Quanto ao estado de necessidade ocorre em momentos de graves perturbações ou comoções sociais, quer por fatos exteriores, ou de guerra, quer por força de fatos internos ou revolução. Como causa excludente da obrigação de indenizar, figura como situação em que predomina o interesse geral sobre o pessoal, ou sobre a conveniência, ou mesmo os direitos individuais.

1.4.2 A responsabilidade civil de acordo com o código civil brasileiro

A responsabilidade civil do Estado de acordo com o Código Civil de 1916 exigia a comprovação da culpa da Administração Pública. Passados alguns anos, os doutrinadores influenciados pela teoria objetiva começaram a divergir

acerca do tema, que para seu turno, tinha como fulcro o art.15 da antiga legislação. O artigo assim rezava:

[...]

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

Por muitos considerado revogado pela Constituição de 1988, o dispositivo deu lugar ao art.43 do atual Código Civil, que por sua vez evoluiu no sentido de acompanhar a responsabilidade objetiva, dispensando, assim, a comprovação da culpa nos danos causados pela Administração. Exigindo o elemento culpa apenas para o manejo de ação regressiva, o dispositivo legal reza:

[...]

Art.43: As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

1.5 O poder de polícia da Administração Pública

Bastante ampla é a ligação do poder de polícia da Administração Pública com o instituto da Responsabilidade Civil, uma vez que, segundo entendimento majoritário, a omissão estatal no exercício desse poder enseja a responsabilidade do Estado quando verificada for a ocorrência de dano proveniente de tal omissão. Por tal razão, impõe-se se analisar essa espécie de poder administrativo a fim de sua melhor compreensão, que por sua vez, demonstra-se necessária para o embasamento desse trabalho.

1.5.1 Conceito e generalidades

O poder de polícia da Administração Pública tem conceituação pacífica dentro da doutrina, destacando-se, em todas as definições, a preocupação com a coletividade como finalidade primordial.

Baseado nesse preceito, Yussef Said Cahali (1995, p.501) leciona acerca do poder de polícia nos seguintes termos:

Na sua amplitude conceitual, o 'poder de polícia' inerente a Administração Pública envolve a autorização das atividades, dos serviços e das obras regulamentadas, em cuja consecução ou desenvolvimento deve estar presente a figura do agente administrativo, com vistas a preservação da integridade física e patrimonial da população.

Em uma conotação mais precisa, Hely Lopes Meirelles (2003, p.127) muito sabiamente conceitua o poder de polícia da Administração Pública como sendo: "A faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado".

O Código Tributário Nacional faz uma extensa definição do Poder de Polícia em seu art.78. O dispositivo legal dispõe *in verbis*:

[...]

Art.78: Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

A omissão do exercício do poder de polícia, ou a sua ineficiente ou defeituosa ação, acarreta a responsabilidade civil da Administração Pública, uma vez esse constituir-se como uma obrigação estatal em prol da coletividade.

A fundamentação do poder de polícia administrativo encontra respaldo na supremacia geral do Estado sobre a coletividade, decorrente das normas constitucionais e demais leis.

No entanto, cumpre ressaltar que o referido poder não é ilimitado, possuindo, pois como limites os direitos dos cidadãos.

Os atos de polícia podem ser sujeitos a apreciação do Judiciário a fim de se analisar a legalidade de suas execuções e são exercidos pelos três entes da Federação, União, Estados e Municípios, obedecendo-se sempre, a

competência originária de cada um, ou seja, ao ente federativo que couber a regulamentação da matéria, caberá também a respectiva fiscalização.

Os meios de atuação do poder de polícia se dá sob duas formas: originário e delegado. Diz-se originário, quando praticado pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, atuando, pois, sobre os atos administrativos de tais pessoas; enquanto que o delegado, é praticado pelos entes compositores da Administração Indireta mediante outorga legal da entidade estatal a qual pertence.

O Poder de Polícia possui como atributos específicos a discricionariedade, a auto-executoriedade e a coercibilidade.

A discricionariedade constitui a livre oportunidade de atuação, baseada no princípio da razoabilidade e na conveniência e oportunidade de atuação e aplicação de sanção cabível, excetuando-se os casos em que a lei regra o comportamento do agente encarregado do poder de polícia.

A auto-executoriedade, dá a Administração Pública a possibilidade de atuar através de seus próprios meios, desde que sejam resguardados os direitos ao contraditório e a ampla defesa. No entanto, havendo casos de flagrância e urgência, lavrar-se-á um auto de infração e assegurar-se-á o contraditório a *posteriore*, não sendo, para tanto, exigida a apreciação do judiciário.

A coercibilidade ou exigibilidade é conceituada por José Maria Pinheiro Madeira (2006, p.140) que assim dispõe: "Exigibilidade é o poder de a Administração tomar decisões executórias obrigando o particular cumpri-las independentemente de sua concordância, ou mesmo contra a sua vontade".

Inegável é o caráter imperativo do ato policial, defendendo-se inclusive, a possibilidade do emprego de força quando na ocorrência de resistência. No entanto, a exigibilidade dispõe de meios indiretos de coerção, a exemplo da multa que para sua cobrança poderá haver a provocação do poder judiciário.

No tocante as espécies do poder de polícia, classificam-se essas, de acordo com as necessidades, critérios e conveniências da Administração Pública. Como exemplo, pode-se citar a Polícia de trânsito que disciplina a circulação de pessoas e veículos, cuja competência legislativa é privativa da União, cabendo, pois, aos Estados e ao Distrito Federal legislar acerca de questões específicas da matéria e, aos Municípios sobre assuntos de interesses locais.

O poder de polícia administrativo age também no campo das atividades clandestinas, cabendo a competente autoridade administrativa fiscalizar acerca da licitude da atividade, aplicando-se a sanção cabível, podendo, ainda se valer do judiciário para coibição da mesma. Ou seja, ao poder de polícia administrativo cabe a fiscalização e repreensão de tal fato. Sobre essa questão, relata José Maria Pinheiro Madeira (2006, p.156).

Toda e qualquer obra realizada sem licença ou fora do projeto aprovado, é obra clandestina. A autoridade administrativa tem competência para verificar se a obra está sendo realizada de acordo com o projeto licenciado, sob pena de multa ou embargo administrativo (a administração previne e reprime).

Em se tratando de obra clandestina ou fora da licença, o município deve provocar o Judiciário, via ação de nunciação de obra nova, com pedido liminar de embargo da obra, se a mesma estiver em curso. Estando concluída a obra clandestina, dever-se-á ação demolitória.

Na segunda situação, mesmo sendo competência do poder Judiciário inibir tal atividade, cabe ao ente administrativo provocá-lo para que ocorra a cessação da atividade irregular, ou seja, deve o Estado, fiscalizar e provocar a autoridade competente para a regulamentação do serviço clandestino.

CAPÍTULO 2 FORMAS DE PRESTAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS A TERCEIROS.

O atual capítulo, faz em um primeiro momento uma abordagem acerca dos serviços públicos, destacando-se seus conceitos, espécies e formas de prestação. Em seguida, será dado enfoque aos serviços delegados a terceiros por meio de concessões, permissões e autorizações. A análise se faz necessária, uma vez que o trabalho trata de tema onde se estuda a responsabilidade estatal frente às empresas delegadas a execução de um serviço tido como público, qual seja, o transporte de passageiros, necessitando-se, pois, de uma visão acerca das formas de execução e controle desses serviços para melhor embasamento e compreensão do trabalho.

2.1 Conceito e generalidades dos serviços públicos

A conceituação de serviço público é fato variante entre a doutrina, uma vez que a legislação brasileira não faz nenhuma menção acerca deste. Entende Hely Lopes Meirelles (2003, p.319) ser :

Todo aquele prestado pela administração pública ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado.

Celso Antônio Bandeira de Mello (*apud* Alexandrino; Paulo, 2005, p.387) define o serviço público como sendo:

Toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes. Sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais - instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.

Um rol taxativo dos serviços públicos é tarefa impossível de ser realizada, uma vez que essa classificação varia de acordo com o tempo e as

exigências de cada sociedade. Caracterizá-los como sendo atividades vitais ou como as realizadas pela Administração Pública constitui equívoco de fácil demonstração, pois ao lado daquelas figuram-se outras perfeitamente dispensáveis a comunidade; do mesmo modo que possível também se faz a prestação desses serviços por particulares. Entende-se ser a vontade soberana do Estado o fator determinante dessa caracterização. Nesse sentido, dispõe Hely Lopes Meirelles (2003, p.320)

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 estatal, 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 de serviços que ora estão exclusivamente com o Estado, ora com o Estado e particulares e ora unicamente com particulares.

Os serviços públicos ganham classificação conforme a essencialidade, adequação, finalidade e destinatários. De acordo com esses elementos, a doutrina assim os especificam: serviços públicos propriamente ditos, serviços de utilidade pública, serviços próprios do estado; serviços impróprios do Estado; serviços administrativos; serviços industriais; serviços "*uti universi*" ou gerais e serviços "*uti singuli*" ou individuais.

2.1.1 Serviços públicos propriamente ditos e serviços de utilidade pública

Os serviços públicos propriamente ditos são aqueles prestados diretamente pela Administração Pública sem que haja possibilidade de delegação a terceiros. São considerados privativos do Poder Público, essenciais e necessários aos administrados e até mesmo ao Estado. Tais serviços visam

satisfazer necessidades gerais e imprescindíveis para o desenvolvimento da sociedade, motivo pelo qual são denominados *pró-comunidade*.

Já os serviços de utilidade pública, denominados *pró-cidadão*, tanto podem ser prestados diretamente pelo Estado quanto por terceiros delegados. Estes são considerados convenientes à sociedade e não essenciais, uma vez que apenas facilitam o seu desenvolvimento.

2.1.2 Serviços próprios do Estado e serviços impróprios do Estado

Por serviços próprios do Estado entende-se ser aqueles prestados apenas pela Administração. Na maioria das vezes, por apresentarem caráter essencial, são oferecidos gratuitamente ou por meio de baixa remuneração afim de que possam atender todo meio social.

Em sentido oposto, existem os serviços impróprios do Estado, os quais satisfazem interesses comuns da sociedade. Tais serviços são exercidos tanto pela Administração quanto por particulares através de concessões, permissões ou autorizações, sob a exigência de uma remuneração.

2.1.3 Serviços administrativos e serviços industriais

Antes de prestar seus serviços à sociedade, a Administração executa atividades que os antecedem, em uma espécie de atos preparatórios necessários para a consecução de um objeto final. Esses serviços são denominados serviços administrativos, sendo como tais também considerados aqueles que a Administração Pública efetua a fim de satisfazer suas necessidades internas.

No tocante aos serviços industriais, caracterizam os mesmos a produção de renda auferida pelos seus prestadores. A remuneração é feita por meio de tarifas ou preços públicos, devidamente fixados pelo Estado. Estes serviços somente poderão ser efetuados pelo Estado quando se apresentarem necessários à segurança nacional ou relevantes ao interesse coletivo. Neste sentido dispõe o artigo 173 da Constituição Brasileira (2006):

[...]

Art. 173: Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

2.1.4 Serviços “*uti universi*” ou gerais e serviços “*uti singule*” ou individuais

Denominados serviços gerais ou serviços “*uti universi*”, constituem atividades direcionadas a toda coletividade, sem mensurações a sua utilização, ou seja, a sociedade é atendida de forma indivisível, sem direcionamento a classe ou grupo específico. A remuneração desses serviços normalmente é feita através de impostos calculados de acordo com a utilização dos usuários.

Os serviços “*uti singule*” ou individuais, ao contrário dos gerais, possuem usuários determinados, com direitos subjetivos adquiridos no momento da implantação dessas atividades. A remuneração é fato caracterizador desses serviços e é feita através de taxas ou tarifas.

A classificação exposta demonstra que a prestação dos serviços públicos poderá ser feita por mais de uma pessoa. De acordo com a Constituição Federal, aos três entes Federativos caberá tal atribuição, bem como a terceiros devidamente delegados pelo Estado. No entanto, cumpre salientar, que seja qual for a modalidade de prestação, caberá sempre ao Estado sua intervenção soberana em busca da eficiência, cortesia, continuidade, modicidade e generalidade desses serviços.

2.2 Forma de organização da Administração Pública para a prestação de seus serviços

A Administração Pública buscando melhor atender necessidades próprias e de seus administrados organiza-se de modo a facilitar e melhorar a prestação dos serviços públicos. Em virtude disso, tais serviços poderão ser prestados de forma centralizada, descentralizada ou desconcentrada.

Quando centralizada, a Administração age por meio da administração direta, a qual é representada pelo próprio Poder Público através de seus órgãos, havendo, pois coincidência entre o agente prestador e o titular do serviço, qual seja, o próprio Estado.

Quando descentralizada, atua através da administração indireta constituída por autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, e de terceiros delegados por meio de concessões, autorizações e permissões. Nesses casos, ocorre a transferência da titularidade ou execução dos serviços através de outorga ou delegação estatal. Quando delegados, têm suas execuções repassadas a terceiros por meio de contratos ou atos unilaterais. Quando outorgados, são transferidos por lei, com presunção de definitividade, às autarquias, fundações, empresas públicas ou sociedades de economia mista. Tais serviços, são os denominados serviços públicos descentralizados.

A Administração age desconcentradamente quando exerce seus serviços por meio de órgãos de uma mesma entidade distribuídos a fim de facilitar sua realização. Buscando conceituar os serviços desconcentrados e fazer uma clara diferenciação entre estes e os serviços descentralizados, Hely Lopes Meirelles (2003, p.331) assim leciona:

Serviço desconcentrado é todo aquele que a Administração executa centralizadamente, mas o distribui entre vários *órgãos* da mesma entidade, para facilitar sua realização e obtenção pelos usuários. A desconcentração é uma técnica administrativa de *simplificação e aceleração* do serviço dentro da mesma entidade, diversamente da descentralização, que é uma técnica de *especialização*, consistente na retirada do serviço dentro de uma entidade e transferência a outra para que o execute com mais perfeição e autonomia.

Reforçando igual entendimento, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2005, p.393) dispõem nos seguintes termos:

A desconcentração constitui-se em mera administração que visa a tornar mais eficiente a execução de determinada atribuição, uma vez que um órgão é especificamente designado para realizá-la. É possível termos prestação desconcentrada centralizada (realizada

por órgãos específicos integrantes da Administração Direta) ou prestação desconcentrada descentralizada (quando o serviço é realizado por setores ou departamentos, especificamente criados para esse fim, integrantes da estrutura de uma entidade da Administração Indireta).

Paralelas a Administração, as entidades paraestatais executam atividades destinadas à coletividade, auxiliando o Estado no suprimento de suas atividades, sem que para tanto, sejam consideradas membros constituinte da Administração Pública.

Outro importante ponto a se sublinhar é o da execução direta ou indireta dos serviços públicos.

A execução direta é feita pelas pessoas responsáveis pela prestação do serviço público, que poderá ser o próprio Estado (Administração Direta), entidades administrativas estatais (Administração Indireta) ou agentes delegados. Essa prestação poderá ser feita pessoalmente, através de órgãos ou prepostos dos responsáveis por tal tarefa.

Já a execução indireta é a realizada por terceiros não compositores da Administração Pública. Esses terceiros são pessoas contratadas por agentes encarregados de executar os serviços públicos, passando aqueles, a partir de então, a exercerem atividade. Esse tipo de execução nem sempre é possível, uma vez haver serviços que não admitem a substituição do seu executor. Vale lembrar, que não se trata de delegação, mas sim de um contrato firmado entre um membro do quadro administrativo e ente não integrante do mesmo.

2.3 Serviços delegados

Conforme predito, compõem a Administração descentralizada, particulares delegados pelo Estado para prestarem serviços ao público por meio de concessões, permissões ou autorizações. Como o objeto de estudo desse trabalho pressupõe de informações mais precisas acerca desses serviços, necessário se faz, uma abordagem mais específica sobre os mesmos

Tais serviços são delegados mediante ato administrativo bilateral ou unilateral, devendo, da mesma forma, serem extintos, salvo em algumas exceções nas quais se precede de autorização legislativa. A titularidade do serviço delegado continua sendo do Poder Público, pois o que se transfere é a execução dos mesmos. No entanto, o agente delegado responde diretamente pelos danos que venham causar a terceiros, cabendo ao Estado, apenas subsidiariamente, a responsabilidade dos atos danosos causados por esses entes.

Três são as espécies de delegação, quais sejam: concessão; permissão e autorização as quais, qualquer que seja a modalidade, é condição obrigatória ao particular que realiza o serviço já que a regulamentação e controle do Poder Público na execução desses serviços são elementos indispensáveis para a prestação destes. A cerca da obrigatoriedade da delegação, Hely Lopes Meirelles assim dispõe: "A delegação é essencial para a legalidade da prestação do serviço por parte do particular, sob pena de se tornar "clandestina", isto é, sem a indispensável regulamentação e controle público".

2.3.1 Concessão

A concessão constitui uma das modalidades de delegação na qual o Estado transfere a execução de um serviço público a um particular ou consórcio de empresas que, por sua conta e risco, se disponha a prestá-lo. Hely Lopes Meirelles (2003, p.366) conceitua os serviços concedidos da seguinte forma:

Serviços concedidos são todos aqueles que o particular executa em seu nome, por sua conta e risco, remunerados por tarifa, na forma regulamentar, mediante delegação contratual ou legal do Poder Público concedente. Serviço concedido é serviço do Poder público, apenas executado por particular em razão da concessão.

A Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995 que trata das concessões e permissões de serviços públicos trás em seu art.2º, II a definição da concessão de serviços públicos nos seguintes termos:

[...]

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

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

A delegação poderá ser feita tanto pela União quanto pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecendo sempre à exigência do procedimento licitatório. Odete Medauar (1995, p.14), fazendo a conceituação desse instituto, relata em sua obra:

A concessão é a transferência da prestação de serviço público, feita pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, mediante concorrência. À pessoa jurídica ou consórcio de empresas, que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

A concessão não retira do serviço delegado o seu caráter público, podendo o poder concedente retomar o seu exercício a qualquer tempo, mediante o pagamento de prévia e justa indenização. O que ocorre é a simples delegação de execução do serviço, tendo o Estado o dever legal de regulamentá-lo, garantindo assim sua correta execução, podendo e devendo intervir quando realizado indevidamente. O controle estatal sobre tais serviços é claramente evidenciado na redação do art.175, parágrafo único, incisos I, II, III e IV da Constituição Federal que dispõem *in verbis*:

[...]

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

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

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

A cada entidade concedente, caberá a competência para legislar acerca de suas concessões, desde que não haja desobediência ao instituído na lei de concessões e permissões de serviços públicos e na Constituição Federal.

Por tratar-se de um contrato administrativo, a concessão apresenta benefícios e encargos para ambos os lados tendo como objetivo primordial o bem comum da sociedade e as condições de prestação do serviço.

A remuneração do serviço concedido é feita por meio de tarifas revisadas periodicamente, buscando-se assim uma justa remuneração do concessionário, o bom desenvolvimento da atividade e o equilíbrio financeiro do contrato firmado.

O Estado poderá transferir a execução do serviço à concessionária com ou sem exclusividade, sendo esta, pois, a modalidade mais utilizada. No entanto, nada obsta a garantia de exclusividade quando verificada for a ocorrência de inviabilidade econômica ou técnica de concorrência na prestação do serviço.

No tocante a relação concessionária – público, fica aquela obrigada a prestar o serviço com eficiência e cortesia. Cabendo aos usuários todos os meios judiciais cabíveis para a garantia de seus direitos. O contrato poderá também estipular garantias aos administrados, sem prejuízo do previsto em lei.

2.3.1.1 Procedimento para outorga da concessão

Os serviços públicos somente são concedidos mediante licitação, precedida de concorrência, onde serão analisados, entre outros, critérios como: tarifas mais acessíveis; melhor oferta pela concessão e melhor proposta técnica fixada no edital.

O conhecimento da concorrência para o processo licitatório será levado ao público através de edital elaborado pelo poder concedente, que deverá conter as informações acerca de sua realização, convocando os interessados para apresentarem suas propostas. O edital causa vinculação entre a Administração Pública e a concessionária, não podendo, pois, haver exigências diferentes do estipulado no instrumento.

O procedimento licitatório de concessão de serviços públicos obedece ao preestabelecido na Lei nº 8.666 de 21 de julho de 1993 que versa sobre as licitações e contratos administrativos. O referido procedimento, ainda deverá obedecer a Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos que dispõe em seu art.14 *in verbis*:

[...]

Art. 14:Toda concessão de serviço público, precedida ou não de execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.

O processo de licitação é feito em duas faces, uma interna e outra externa. A Administração Pública requisita o objeto necessitado, devidamente especificado. Feito isso, dá-se início ao processo interno, com a pesquisa dos preços de mercado. Em seguida, remete-se o processo à autoridade superior para autorização da abertura da licitação. Verificada a modalidade da licitação, elaborase o edital e uma vez publicado, inicia-se a segunda fase do processo, ou seja, a fase externa.

Feita a divulgação, os interessados entregam, dentro do prazo estipulado, envelopes contendo documentos e propostas pertinentes, que por sua vez, são abertos em local, data e horário designados no edital. Cumpre ressaltar, que essa abertura deve ser feita em um local público, resguardando-se, apenas, as propostas feitas. Nesse momento, a Administração realiza a análise da documentação acostada e faz a habilitação ou inabilitação dos candidatos.

As propostas são abertas após a habilitação, também em local público, onde se verifica se há atendimento aos requisitos fixados no edital. Feita essa classificação, parte-se para o julgamento das propostas que deverá ser feito em obediência com o previsto no artigo 15 da Lei nº 8.987/95 – Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos – que assim dispõe:

[...]

Art.15:No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;

II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;

III - a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII;

IV - melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;

V - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica;

VI - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica;

VII - melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas;

§ 1º A aplicação do critério previsto no inciso III só será admitida quando previamente estabelecida no edital de licitação, inclusive com regras e fórmulas precisas para avaliação econômico-financeira;

§ 2º Para fins de aplicação do disposto nos incisos IV, V, VI e VII, o edital de licitação conterá parâmetros e exigências para formulação de propostas técnicas;

§ 3º O poder concedente recusará propostas manifestamente inexeqüíveis ou financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação;

§ 4º Em igualdade de condições, será dada preferência à proposta apresentada por empresa brasileira.

Após essa análise, feita a grade dos classificados em uma ordem crescente de valores, remete-se o processo, novamente, a autoridade superior para análise do procedimento e não encontrando nenhuma irregularidade, é feita a homologação. Concomitantemente com a adjudicação do objeto ao vencedor do certame.

Em relação ao procedimento para a concessão, entende a doutrina, ser normalmente o da concorrência pública. No entanto, a Lei 9.491 de 9 de setembro de 1997, admite a modalidade do leilão. (MEIRELLES, 2003)

Terminado o processo licitatório, é firmado um contrato entre o poder concedente e o agente concessionário onde é delimitado a área, forma e tempo da exploração, fixados direitos e deveres das partes e dos usuários e definido o objeto da concessão.

2.3.1.2 Formas de extinção

Quando o contrato é extinto, o serviço concedido volta para o Estado podendo esse exercê-lo ou concedê-lo novamente. A extinção pode se dá por vários motivos e maneiras, entre elas: término do prazo contratual; encampação ou resgate; caducidade; rescisão contratual e anulação.

Também denominada reversão, o advento do prazo contratual implica no término do prazo do contrato de concessão. O serviço retorna ao Estado juntamente com os bens vinculados à sua prestação, ou seja, aqueles utilizados e necessários para a prestação do serviço concedido.

Em relação aos bens não utilizados na execução do serviço, mesmo tendo eles sido adquiridos na vigência do contrato, não retornam ao Poder Público, pois nesses casos, trata-se de bens de propriedade privada da empresa.

Buscando evitar a deterioração do serviço, é garantida a empresa concessionária à indenização pelos bens reversíveis, que tenham sido utilizados para garantir a continuidade do serviço.

Na extinção por encampação a Administração retoma o serviço coercitivamente, ainda durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público. Constitui, pois, um ato de império do Poder Público dependente de decisão colegiada e de autorização de lei específica. Ao concessionário, cabe, apenas, indenização pelos prejuízos experimentados, com aparato legal no art.37 da Lei nº 8.987/95 que dispõe *in verbis*:

[...]

Art.37: Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizadora específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior.

A caducidade ocorre quando a extinção do contrato de concessão é ocasionada pelo inadimplemento da concessionária. O instrumento legal para determiná-la é o decreto o qual deverá ser fundamentado na Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos.

A rescisão, ao contrário da caducidade, é realizada quando o Poder Público descumpre suas obrigações. Nesse caso, a empresa concessionária, junto ao Poder Judiciário, extingue o contrato, porém, nada impede que seja firmado acordo amigável entre as partes. A respeito dessa modalidade de extinção, dispõe o art. 39 da Lei de Concessões:

[...]

Art. 39. O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim.

Parágrafo único. Na hipótese prevista no caput deste artigo, os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado.

A anulação se dá quando ocorre irregularidade no contrato de concessão, ou seja, quando se verifica alguma ilegalidade no firmamento do contrato ou em sua execução. O contrato é ato ilegal e produz efeito *ex tunc*.

A Lei nº 8.987/95 ainda prevê a falência ou extinção da empresa concessionária e o falecimento ou incapacidade do seu titular como formas de extinção do contrato de concessão. No entanto, no entendimento de Hely Lopes Meirelles (2003, p.381), esta última hipótese ocorre apenas nos casos de empresas individuais, não podendo pois, ser aplicada às concessões. O referido autor explica seu posicionamento nos seguintes termos:

A Lei 8.987/95 prevê, ainda, que a concessão se extingue pela falência ou extinção da empresa concessionária, ou pelo falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual (art.15, VI). Esta última hipótese só se aplica às permissões, uma vez que somente pessoa jurídica pode ser concessionária (art.2º, II), e jurídicas são apenas aquelas enumeradas no art.44 do CC, as associações as sociedades e as fundações sem contar as pessoas jurídicas de Direito Público. *Empresas individuais*, ou *firma individual*, não é pessoa jurídica, mas sim o nome adotado pela pessoa física para uso em seu comércio.

2.3.2 Permissões

Outra modalidade dos serviços delegados, as permissões de serviços públicos é atividade bastante comum na Administração Pública. Delegados através de ato unilateral da Administração, os serviços permitidos são tidos como mais simplificados e precários em suas execuções.

O conceito desses serviços é dado por Hely Lopes Meirelles (2003, p.382) da seguinte forma:

Serviços Permitidos são todos aqueles em que a Administração estabelece os requisitos para sua prestação ao público e, por ato unilateral (termo de permissão), comete a execução aos particulares que demonstrem capacidade para seu desenvolvimento.

Em oposição a esse conceito, entendendo não se tratar de ato unilateral Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2005, p.409) assim relatam:

A CF, em seu art.175, já exigia licitação prévia para a delegação de serviços públicos, fosse por meio de concessão ou de permissão. Com o advento da Lei nº 8.987/1995, restou expressamente sepultada a possibilidade de permissão de serviços públicos ser efetuada por ato unilateral.

Tratando-se do conceito legal, a Lei nº 8.987/95 define os serviços permitidos em seu art.2º, II que dispõe *in verbis*:

[...]

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

[...]

IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

A unilateralidade, precariedade e discricionariedade caracterizadoras desses serviços são, em alguns casos, excepcionadas, a fim de se garantir a

rentabilidade do permissionário. No entanto, cabe ao Estado, a qualquer momento, unilateralmente, revogar ou alterar as condições da permissão. Salvo nos casos de permissões condicionadas.

É firmado um termo circunstanciado, onde são dispostas todas as condições da delegação, passando o permissionário a assumir por sua conta e risco a execução do serviço, no entanto, o Estado se faz sempre presente, fiscalizando e intervindo quando o serviço é prestado inadequadamente.

Assim como as concessões, as permissões também são delegadas, normalmente, sem exclusividade, salvo em casos de inviabilidade técnica ou econômica devidamente justificada. De igual modo, também precedem de processo licitatório realizado em conformidade com o disposto em lei, conforme já mencionado nesse trabalho.

Entende a doutrina ser os serviços permissionários aqueles tidos como transitórios, ou até permanentes, que acompanham as necessidades dos usuários. A exemplo desses serviços pode-se citar: os serviços de transportes públicos, bastante utilizados pela Administração, serviços esses, também, passíveis de serem prestados por meio de concessões e autorizações.

Os serviços permitidos são delegados *intuitu personae*, e tidos como de utilidade pública, devendo, pois, serem regidos por normas de Direito Público. O art.40 da Lei nº 8.987/95 é gerador de divergências acerca desse ponto. O referido artigo dispõe *in verbis*:

[...]

Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

Parágrafo único. Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei.

A divergência ocorre em razão da formalização da permissão se dá através de um contrato de adesão, fato que fundamenta a corrente que defende a prevalência de normas de Direito Privado sobre tais serviços. Por outro lado, além

da natureza dos serviços acima disposta, a precariedade e a unilateralidade apontadas no mesmo artigo, embasa os que se posicionam em sentido contrário.

Embora o parágrafo único do artigo supramencionado relate que as regras da Lei nº 8.987/95 devem ser também aplicadas às permissões públicas, deve-se levar em consideração que se trata de institutos diferentes, devendo, pois, somente se aplicar à referida lei aos casos cabíveis.

2.3.3 Autorizações:

Os serviços autorizados, tidos como precários, são delegados a terceiros através de ato unilateral e discricionário. Fazendo a diferenciação destes das concessões e permissões, Hely Lopes Meirelles (2003, p.384) conceitua-os da seguinte maneira:

Serviços autorizados são aqueles que o Poder Público, por ato unilateral, precário e discricionário, consente na sua execução por particular para atender a interesses coletivos instáveis ou emergência transitória. Fora destes casos, para não fraudar o princípio constitucional da licitação, a delegação deve ser feita mediante permissão ou concessão.

Do exposto, nota-se que além da natureza dos serviços – interesses coletivos instáveis ou emergência transitória – os serviços autorizados divergem das concessões e permissões em razão da desnecessidade de celebração de contrato e de licitação, podendo a Administração Pública fazer jus de qualquer outro tipo de seleção para a escolha do agente autorizado.

Assim como os demais serviços delegados, o edital de convocação de autorização vincula a Administração ao agente autorizado e; a forma de remuneração também será a de tarifas, respeitando-se, sempre, as possibilidades econômicas dos usuários.

Apesar de não serem considerados como uma típica atividade pública, os serviços autorizados são credenciados e controlados pelo Estado, podendo, a qualquer momento serem modificados ou revogados. Trata-se de serviços de

interesse da comunidade, motivo pelo qual são sujeitos a autorizações. O serviço de táxi e de pavimentação, entre outros, que não necessitam de especialização para suas execuções, são exemplos desses serviços.

Não se pode confundir a relação dos autorizados – usuários com a dos autorizados – Administração. Naquela, vigoram as normas de Direito Privado; enquanto que nesta existe uma relação de Direito Público, devendo pois, ser regida por normas de igual natureza. No caso de alguma irregularidade entre o agente autorizado e o usuário, cabe ao Poder Público, aplicar as sanções cabíveis, se verificada for a irregularidade.

CAPITULO 3 O DEVER OBJETIVO ESTATAL DE INDENIZAR DANOS CAUSADOS ÀS EMPRESAS LEGALIZADAS INTERMUNICIPAIS PELA OMISSÃO DA FISCALIZAÇÃO DOS TRANSPORTES CLANDESTINOS

O estudo do presente capítulo será direcionado a responsabilidade estatal frente aos danos que os transportes clandestinos causam às empresas intermunicipais legalizadas para a atividade. Dentro deste contexto, dar-se-á enfoque, entre outras questões, aos prejuízos sofridos pelas empresas regularizadas advindos da atuação dos mesmos, assim como as violações legais perpetradas pela atividade, dando-se dessa forma, o embasamento para a possibilidade de responsabilidade estatal pelo não exercício do seu poder de polícia.

3.1 Conceito e generalidades dos transportes clandestinos

Entende-se por clandestino algo feito ocultamente, ilegalmente, ilegitimamente. É partindo dessa premissa que se entende o que venha ser o transporte dito como clandestino.

Couto e Pereira (2001, p.136), em discussão acerca da regulamentação dos transportes clandestinos no Brasil assim dispõem:

O ser clandestino é, em realidade, excluir-se do regulamento próprio de determinado tipo de serviço, em busca de vantagens monetárias propiciadas por condições operacionais ou tarifárias não previstas no regulamento, ou atendimento a um nicho de mercado inacessível pelos procedimentos legais vigentes.

Já se abordou no corpo desse trabalho que o transporte coletivo de passageiros é um serviço tido com público podendo ser delegado a empresas ou particulares mediante prévio processo licitatório; com meio de remuneração determinado e controlado pelo poder concedente e com execução, embora, realizada por terceiros, passível de intervenção estatal. Frente a estes regulamentos e a denominação dada pelos referidos autores, percebe-se que os transportes clandestinos fazem o transporte coletivo de passageiros sem nenhum controle ou permissão da Administração Pública, livre de qualquer vinculação que venha obrigá-los a prestar um serviço seguro e eficiente.

Nesse mesmo sentido, Kiyoshi Harada, fazendo a diferenciação entre o transporte clandestino e o transporte público, dispõe:

O transportador clandestino, na verdade, não desenvolve atividade de prestação de serviço público, o qual, não comporta solução de continuidade qualquer que sejam as situações reinantes. Ele desenvolve um trabalho visando apenas proveito próprio, sem qualquer preocupação com o serviço de transporte coletivo como um todo. Se o perueiro ficar doente, ou seu veículo quebrar, nenhuma responsabilidade tem ele de providenciar um motorista ou outro veículo para substituí-los. Outrossim, nos dias chuvosos, quando a população mais necessita de transportes coletivos, nada o impede de ficar em casa. Aliás, para não trabalhar nem é preciso ter um motivo; basta que o trabalhador clandestino não tenha disposição de trabalhar, ou porque está cansado, ou porque está de mau humor, ou ainda, por qualquer outra razão não relevante. Exatamente por se dedicar a uma atividade clandestina não se sujeita a qualquer tipo de disciplinação emanada do Poder Público competente¹.

3.1.1 Causas da proliferação dos transportes clandestinos

Apesar da falta de regularização para circularem, os transportes cognominados como clandestinos é fato bastante comum em meio à sociedade. Dados mostram que em países como o Chile, México e Peru existe grande número de veículos informais trafegando em seus territórios, fato que não se difere da realidade brasileira.

Várias são as causas apontadas como geradoras da proliferação dos transportes clandestinos. Entre muitas outras alegadas, destacam-se: incapacidade das empresas legalizadas em atender a demanda; desemprego; abertura do mercado para importação de veículos e inércia dos órgãos públicos na fiscalização e coibição dos transportes ilegais.

A incapacidade das empresas em atenderem a demanda, é entendida como sendo um reflexo de falha administrativa, uma vez que a Administração cabe a prestação e o controle dos serviços públicos, devendo, pois, ela oferecer ao público o suprimento de sua necessidade.

No tocante ao desemprego, estudiosos alegam que desempregados e sem perspectiva de um novo ofício, o trabalhador vê na atividade clandestina uma

¹ <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=498>

forma de sobrevivência. A título exemplificativo, Kiyoshi Harada relata a extinção da empresa estatal CMTC (Companhia Municipal de Transporte Coletivo) no Estado de São Paulo, que segundo o autor, foi o marco inicial da atividade naquele Estado, quando os antigos trabalhadores, vendo-se sem ocupação, resolveram adentrar no mercado da clandestinidade.

A abertura do mercado de importação de veículos, que coincidiu com o início da fabricação de pequenas viaturas para o transporte coletivo de passageiros e com as indenizações pagas aos milhares de servidores despejados através do programa de "demissão voluntária do Governo Federal" foi outro fator impulsionador da atividade.

A omissão do Estado na fiscalização e coibição da atividade é tida como a causa mais influente na proliferação dos transportes clandestinos de passageiros. Benedicto Dario Ferraz, presidente da FETRASUL - Federação das Empresas de Transportes Rodoviários do Sul e Centro-Oeste do Brasil e do SETPESP - Sindicato das Empresas de Transportes de Passageiros do Estado de São Paulo, discutindo acerca do assunto relata:

A falta de rigor desse mesmo Poder Público, que a tudo assiste passivamente - e a quem, na verdade, cabe o exercício do poder de polícia, de fiscalização, para coibir essa atividade ilegal e predatória fez com que o sistema informal se desenvolvesse vertiginosamente, atraindo um sem número de aventureiros, principalmente, em função de uma atrativa receita gerada, criando uma verdadeira indústria do transporte clandestino, onde autodenominados donos de linhas, pela força, vendem autorizações de operação, ao arrepio da legislação vigente e acobertados pelo manto da pseudo-atividade social².

3.1.2 Fatores que determinam a ilegalidade dos transportes clandestinos

O transporte de passageiros por agente não delegado pela Administração Pública vai a desencontro de normas constitucionais e infraconstitucionais, uma vez que atuam sem nenhum controle por parte do Estado, controle esse obrigatório nesse tipo de atividade, seja em relação a tarifações, segurança, higiene ou qualquer outro tipo de intervenção exigida pelos

² <http://cidadesdobrasil.com.br/cgi-cn/news.cgi?cl=099105100097100101098114&arecod=18&newcod=508>

administrados e necessária a adequada prestação do serviço, uma vez visto se tratar de um serviço considerado doutrinariamente como de utilidade pública.

Entre as normas violadas destaca-se o art.175 da Constituição Federal que reza *in verbis*: “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Da análise desse dispositivo, verifica-se a violação, uma vez, essa espécie de serviço somente poder ser explorado mediante delegação do ente público. Ao contrario do que ocorre com o transporte irregular, onde não existe nenhum tipo de delegação, podendo o motorista executar a atividade quando entender conveniente a sua necessidade.

Também são deixados às margens da legalidade, o art. 2º da Lei nº 8.666/93 e o art.14 da 8.987/95, assim como o inc. XXI, art. 37 da CF, que dispõem em seus corpos, respectivamente:

[...]

Art. 2º: As obras, serviços, inclusive publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta lei.

[...]

Art. 14: Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.

[...]

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

[...]

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

Em um seqüente e desenfreado atropelo as normas jurídicas, a atividade clandestina desobedece à exigência do processo licitatório, tido como condição de validade e legitimidade da delegação do ente público. Não podendo esse, pois outorgar tal atividade sem a realização de tal procedimento.

Ainda em relação ao processo licitatório e a delegação por meio de concessão ou permissão, questiona alguns juristas, manobras dadas por motoristas clandestinos, que em alguns casos, por meio de apoio político, tentam camuflar a irregularidade.

Trata-se de autorizações ou até mesmo simples cadastros feitos em determinadas prefeituras, segundo os quais, estaria o agente autorizado a fazer o transporte coletivo de passageiros em linhas intermunicipais. Nesses casos, entende a doutrina ser prática ilegal, não tendo, pois, esses transportes permissão para realizar essa atividade, devendo ser considerados e tratados como clandestinos.

Ainda sobre o tema, Kiyoshi Harada, contestando tal prática, relata:

Outrossim, as 'legalizações' de clandestinos tanto na esfera municipal, como na esfera estadual, que vêm sendo operadas a toque de caixa, por pressão de clandestinos politicamente organizados, não atendem a todas as exigências legais da espécie, por descurem dos aspectos da regularidade e da continuidade, requisitos básicos de qualquer concessão de serviço público. Algumas dessas 'legalizações' se resumem no mero cadastramento dos clandestinos, com total desconhecimento do processo licitatório, que é um imperativo constitucional (art. 175 da CF).³

O mesmo deve ser aplicado a taxistas que possuindo a autorização para o transporte de pessoas individuais, ou em forma de lotação, quando o Município assim autorizar, tudo em território municipal, passam a fazer o transporte coletivo de pessoas em linhas intermunicipais de forma regular e permanente. Neste sentido, Hely Lopes Meireles (2001, p.316):

Os que admitem a delegação por autorização advertem que somente pode ser utilizada para serviços eventuais, emergenciais, inconstantes, relativos a uma situação incomum, de caráter não-permanente. É o caso, por exemplo, de uma greve no serviço público ou da realização de uma feira agroindustrial, nas quais

³ op. Cit.

hipóteses a prefeitura autoriza uma ou várias empresas a realizarem o serviço enquanto durar o certame, fixando, desde logo, no alvará, o itinerário, os horários, a tarifa e demais condições convenientes.

Além dessas e entre muitas outras normas desrespeitadas pelos clandestinos, pode-se ainda citar a violação, ao Código de Trânsito Brasileiro cujo art.231, VII enquadra o transporte não licenciado de passageiros, ou seja, transporte clandestino, na lista das infrações de trânsito. O referido artigo dispõe: "Art. 231. Transitar com o veículo: VIII - efetuando transporte remunerado de pessoas ou bens, quando não for licenciado para esse fim, salvo casos de força maior ou com permissão da autoridade competente".

A irregular atividade de transporte desobedece a número vultuoso de normas disciplinadoras do serviço, o que dificulta o alinhamento completo de todas as violações praticadas, fato esse, justificado em virtude da falta de intervenção e controle estatal.

3.1.3 Entes competentes para fiscalização e inibição dos transportes clandestinos

Dentro da ordem jurídica brasileira, ao particular cabe o encargo de informar as autoridades públicas a prática de condutas ilegais e ao Estado, diretamente ou através de seus órgãos, o de fiscalizar e punir tais condutas.

O Poder Público, por meio da polícia administrativa pode e deve fiscalizar e inibir o exercício clandestino de transporte nas rodovias brasileiras. Jofir Avalone Filho, nesse sentido assim dispõe:

Por conseguinte, se o regime aplicável à prestação do serviço público de transporte de passageiros será sempre o de Direito Público (art.175) e nunca o da atividade econômica particular, pode e deve o Poder Público operar, delegar, gerir e fiscalizar o trânsito, o tráfego e o transporte coletivo, atuando, punindo e coibindo o sistema clandestino de transporte de passageiros⁴.

Em crítica feita à omissão estatal em fiscalizar e coibir a conduta dos clandestinos, Kiyoshi Harada:

⁴ <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=496>

É preciso que as três entidades políticas - União, Estados membros e Municípios - atuem efetivamente no sentido de implementar, controlar e fiscalizar o serviço público nas respectivas esferas de competência, propiciando à população usuária um meio de locomoção regular, sem sobressaltos, constrangimentos, sofrimentos e condizentes com a realidade atual, que exige deslocamentos intensos e rápidos⁵.

A competência para a prestação do serviço de transporte público é dos três entes federativos, cabendo a União à exploração do transporte interestadual e internacional; aos Estados a do intermunicipal e aos Municípios a exploração local, tudo conforme previsto na Constituição Federal, cabendo, pois, a cada um desses entes, a necessária e devida fiscalização, que para seu turno, é realizada através de órgãos passíveis de variação de Estado para Estado.

No Estado da Paraíba, cabe ao DER/PB – Departamento de Estradas e Rodagens do Estado da Paraíba tal atribuição, determinada no Regulamento do Transporte Coletivo Rodoviário Intermunicipal de Passageiros do Estado da Paraíba, aprovado pelo Decreto 22.910 de 02 de abril de 2002. O regulamento, entre outras atribuições, dispõe acerca dos transportes clandestinos nos seguintes termos:

[...]

Art.135. A penalidade de apreensão do veículo será aplicada, sem prejuízo de multa cabível, nos casos de execução do serviço intermunicipal de transporte coletivo de passageiros, sem a autorização do DER/PB, caracterizando transporte clandestino.

Outro exemplo de órgão fiscalizador é o de uma agência no estado de São Paulo denominada Agência de Transporte do Estado de São Paulo (ARTESP) criada para, entre outras imputações, coibir a atuação dos clandestinos nas estradas.

O Código de Trânsito Brasileiro, atribui a Polícia Rodoviária Federal, em seu art.20 o encargo de fiscalizar as violações de suas regras, enquadrando-se por conseguinte, a atividade em estudo. O artigo assim reza:

[...]

Art. 20. Compete à Polícia Rodoviária Federal, no âmbito das rodovias e estradas federais: I - cumprir e fazer cumprir a legislação e as normas de trânsito, no âmbito de suas atribuições;

⁵ op. Cit.

Em virtude desse dispositivo, conflitos poderão surgir em rodovias federais que interligam municípios, onde a competência para a exploração do serviço de transporte público e conseqüente fiscalização cabe ao respectivo Estado-membro, através do órgão competente.

Nesse diapasão, decisões vêm sendo tomadas considerando se tratar casos de competência comum administrativa, uma vez que o transporte clandestino de passageiros é problema que afeta o bem-estar e a segurança da população, podendo e devendo ambos os entes, empreender ações e juntos fiscalizar e coibir tal atividade.

Situações há em que convênios são firmados na tentativa de coibir esses atos. A exemplo pode-se citar o recentemente ocorrido no estado de Alagoas entre o DER e ARSAL com apoio da Polícia Rodoviária Estadual. Na publicação, determinado trecho dispõe:

Um convênio de cooperação entre a Agência Reguladora de Serviços Públicos de Alagoas e o Departamento de Estradas e Rodagem foi assinado esta semana com o objetivo de garantir a cooperação mútua na realização da fiscalização do serviço de transporte intermunicipal de passageiros. Com o convênio, a fiscalização, que já é realizada pela Arsal em todo o Estado, ganha o reforço dos agentes de trânsito do DER e o apoio dos policiais do Batalhão de Polícia Rodoviária Estadual. O convênio terá a vigência de dois anos, podendo ser prorrogado.⁶

No Distrito Federal o Ministério Público, no exercício de suas atribuições de zelar pelo efetivo respeito aos poderes públicos e dos serviços de relevância pública, firmou termo de conduta onde o Poder Público assumiu o dever de fiscalizar e reprimir o transporte clandestino de passageiros, contando, para isso, com a ajuda da polícia civil e militar.

Nos casos em que a atuação da atividade clandestina se dá em âmbito municipal, cabe a prefeitura, através do órgão competente a respectiva fiscalização.

⁶ <http://www.pgf.al.gov.br/modules.php?name=News&file=article&sid=529>

3.2 Danos causados pelos transportes clandestinos às empresas legalizadas no âmbito intermunicipal

Todo e qualquer fato que ocorre dentro de uma coletividade, acarreta conseqüências, o que não poderia ser diferente com a proliferação dos transportes clandestinos na sociedade brasileira. Em vários setores vem se sentido os efeitos desse fenômeno. Com o intuito, de exemplificar a proporção do impacto que esses transportes vem causando no meio social, serão alinhados alguns desses efeitos e logo após, passar-se-á a abordar acerca de outra conseqüência acarretada pela atividade, objeto de estudo da presente pesquisa, qual seja: os danos causados às empresas legalizadas para o transporte intermunicipal de passageiros .

Para os usuários dessa atividade, existe uma parcela de resultados beneficentes, frente à comodidade e menores tarifas que esses transportes oferecem. Em contrapartida, a segurança de que dispõem não se demonstra confiável, em virtude das precárias condições dos veículos e da falta de qualificação dos motoristas. Neste sentido, em matéria publicada em janeiro de 2006, o canal do transporte assim expôs:

As condições dos veículos, a documentação e a habilitação são sempre incógnitas para o passageiro que, em caso de acidentes, panes ou apreensão em blitz, acaba por sua conta e risco na beira das estradas.⁷

Contraditando esse posicionamento, José Célio dos Santos, presidente do SINDILOTAÇÃO (Sindicato dos Proprietários de Veículos e Profissionais Autônomos que trabalham no transporte de passageiros por meio de lotação, no Estado de São Paulo), contesta:

É chegado o momento de entendermos que o uso da expressão 'clandestino' está equivocado. Não existe clandestino, existem condutores de lotação que foram impedidos de legalizar-se. Existem no seio dos condutores de lotação maus profissionais, mas certamente são minoria. Não teríamos obtido maioria se assim não fosse.⁸

⁷ www.canaldotransporte.com.br

Em relação ao Estado, uma das principais conseqüências consiste na deturpação sofrida em seus cofres. Agindo ilegitimamente, não fazem esses transportes recolhimento de impostos devidos caso fossem cadastrados nas repartições fiscais. Estima-se que, anualmente, os cofres públicos deixem de arrecadar cerca de 500 milhões de reais em razão de tal fato.

No âmbito trabalhista, destaca-se o grande número de trabalhadores que labutam sem nenhuma garantia, sem carteira profissional assinada e com salários abaixo do permitido em lei. O uso da mão de obra de menores de 16 anos de idade também é fato bastante comum.

Regidos por normas próprias, sem intervenção estatal, os transportes clandestinos vêm causando grandes danos às empresas de ônibus autorizadas ao transporte intermunicipal de passageiros.

Livres do pagamento de impostos; da obrigatoriedade de renovação de frotas, uma vez que, na maioria das vezes, circulam em veículos em precárias situações de manutenção; da obediência de horários, uma vez que somente seguem destino quando completam suas lotações, enfim, trabalham com a única vinculação de obter lucros, ao contrário das concessionárias e permissionárias

Nesse sentido, em matéria publicada no jornal Tribuna do Norte *online*⁹ no Estado do Rio Grande do Norte o presidente do Sindicato das Empresas de Ônibus Intermunicipais do RN, Francisco Cabral Filho relatou:

Os clandestinos levam vantagem porque são movidos à gás — o que significa uma grande economia. Além disso, não pagam impostos. A desvantagem não fica somente nisso. O Departamento de Estradas e Rodagens (DER), exerce controle sobre as linhas e horários dos ônibus, enquanto os carros particulares e táxis que escapam da ação fiscalizadora do órgão fazem os itinerários como bem entendem. O ônibus é obrigado a fazer a viagem mesmo tendo um só passageiro. É um prejuízo por causa do alto custo. Já os clandestinos só saem quando é interessante para eles, além de ir angariando pessoas durante o percurso.

Em virtude dessas circunstâncias os preços cobrados pelo uso desses transportes chegam a ser 50% mais baixos do que os cobrados pelos transportes legalizados. Além de menores tarifas, a comodidade oferecida de embarque e desembarque em locais determinados pelos passageiros e de horários muitas

⁸ *op. Cit.*

⁹ www.tribunadonorte.com.br

vezes flexíveis às necessidades de cada um, atraem os usuários deixando desertos os terminais rodoviários ocasionando a circulação dos transportes legitimados com reduzido número de passageiros.

Compreensível e previsivelmente, as empresas legitimadas atrasam o pagamento de seus trabalhadores, diminuem linhas e horários, cortam funcionários, passam a não fazer a renovação de suas frotas, enfim, enfrentam graves crises financeiras, vivendo em situações de pré-falência.

Ocorrendo a falência, passa-se a enfrentar uma nova série de problemas. Todo o quadro funcional da antiga empresa passa a experimentar as dificuldades de obtenção de um novo emprego; o Estado, conforme predito, deixa de arrecadar impostos enfim; não bastando a extinção das empresas legalizadas, conseqüências desastrosas surgem em uma cadeia desenfreada de malefícios, sem se esquecer, do vexame moral dos antigos empresários ao serem taxados de "falidos" e por não terem, muitas vezes, como pagarem as dívidas adquiridas.

3.3 Obrigação estatal de garantir o equilíbrio econômico- financeiro das empresas concessionárias e permissionárias

Os danos causados aos transportes regulares através dos clandestinos é fato público e notório. A crise financeira que castiga aqueles se agrava de forma gradativa e inevitável sendo, pois, insuficientes os esforços desprendidos pelos mesmos em virtude da concorrência desleal e destrutiva decorrente da atividade ilegal.

Uma corrente de estudiosos defende o benefício da concorrência em defesa dos usuários, afirmando que a intervenção estatal caracteriza uma intromissão paternalista, desaconselhável e desnecessária a sociedade brasileira.

Em sentido contrário, defende-se que, uma vez se tratando de um serviço público, deve o Estado oferecer as condições necessárias às empresas delegadas de executá-lo de modo adequado, garantindo o equilíbrio- econômico estabelecido no contrato,

Parte da doutrina entende que a concorrência dos transportes clandestinos gera o referido desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, devendo a Administração Pública, pois, não permiti-lo, uma vez ser sua responsabilidade inibir o exercício da atividade clandestina de transporte coletivo

de passageiros através do seu poder de polícia. Nesse sentido, entende Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1997, p.11): "ainda que não houvesse lei assegurando os direitos do contratado à manutenção desse equilíbrio, esses direitos seriam a ele reconhecidos, tanto pela doutrina como pela jurisprudência"

Os direitos a que a autora se refere são previstos e assegurados, entre outras legislações, nos arts. 37, XXI da Constituição Federal; art. 65, I e II, "d", e , § 6º da Lei nº 8.666/93- Lei de Licitações e Contratos Públicos

[...]

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

[...]

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I - unilateralmente pela Administração; II - por acordo das partes: d) para restabelecer a relação que as parte pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobreviverem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando área econômica extraordinária e extracontratual. § 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

3.4 Responsabilidade civil objetiva do Estado frente às empresas intermunicipais pela omissão de fiscalização dos transportes clandestinos.

Sendo o transporte coletivo de passageiros um direito assegurado aos administrados, devendo o Estado gerenciá-lo dentro da área de competente jurisdição, impõe-se, pois, sua obrigação de fiscalizar e coibir a prática clandestina de tal serviço. Por tal razão, posicionamentos vêm sendo adotados no

sentido de responder o Estado pelos prejuízos experimentados pelas empresas legalizadas em virtude da atuação dos transportes clandestinos.

A presença dos pressupostos necessários a esse fim é tida como inegável. Os danos são claramente notáveis em meio à sociedade. As crises financeiras e, em muitos casos, a própria falência dessas empresas, em razão da desleal concorrência, cresce em proporções e números significativos.

O nexo causal é identificado na medida em que o dano experimentado se dá em virtude da omissão do ente público em fiscalizar e conseqüentemente coibir a prática da atividade irregular.

Em relação à conduta da Administração Pública, entende-se que a mesma apresenta-se em sua forma omissiva, ou seja ausência ou deficiência de fiscalização e coibição dos transportes ilegais, as quais o Poder Público é obrigado a fazer. A esse caso, adota-se o entendimento de que mesmo se tratando de ato omissivo, responde o Estado objetivamente, sem necessidade de comprovação do elemento culpa.

A soma de todos esses fatores, tidos como pressupostos necessários da responsabilidade objetiva civil do Estado, enseja a obrigação da Administração Pública de indenizar as empresas delegadas. O embasamento legal para o encargo estatal, encontra-se na Constituição Federal, mais precisamente em seu art. 37, § 6º, que dispõe *in verbis*:

[...]

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O Código Civil brasileiro, em seu art. 43 também disciplina acerca da responsabilidade do Estado em indenizar as condutas danosas que os seus agentes venham causar aos administrados. O referido dispositivo reza:

[...]

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

Por todo o exposto, entende-se não poder o Estado eximir-se do encargo indenizatório, uma vez que, observada a presença dos pressupostos do instituto da responsabilidade civil, deve o Poder Público reparar todos os prejuízos causados às empresas pela omissão, demora ou retardamento na prática do ato que lhe é incumbido, ou seja, a fiscalização e coibição da atividade clandestina de transportes, que com sua concorrência predatória, desorganizou o sistema de transporte público nos Estados brasileiros.

CONCLUSÃO

A abordagem fática do trabalho teve como objetivo demonstrar a importância do tema frente a realidade jurídica e social em que se encontram as vítimas da atividade desempenhada pelos transportes clandestinos, em especial as empresas legalizadas no âmbito intermunicipal; bem como a necessidade e obrigação estatal de intervenção e controle do serviço irregular de transporte de passageiros, afim de eximir-se da responsabilidade objetiva a ele atribuída.

Percebeu-se que, sendo o Estado um ente sujeito à obrigação de prestar serviços à sociedade em busca da harmonia e bem-estar desta, poderá vir a causar, no exercício dessas atividades, dano ao particular através de uma conduta omissiva ou comissiva. Ressalte-se que, especificou-se na pesquisa científica, os prejuízos experimentados pelas empresas legalmente instituídas para transportar coletivamente pessoas nas rodovias intermunicipais em face da ausência ou deficiência de fiscalização estatal.

Mediante a observação feita acerca da evolução da responsabilidade civil do Estado, evidenciada na redação do art.43 do Código Civil de 2002, bem como no § 6º do art.37 da Constituição Federal os quais prevêm a necessidade da comprovação de dolo ou culpa apenas nas relações entre a Administração Pública e os seus agentes, ou seja nas ações de regresso, constatou-se que, a responsabilidade civil do Estado por omissão possui natureza objetiva, não reclamando, pois, da comprovação do elemento culpa.

Além disso, com base no interesse da coletividade, que tem como objetivo a manutenção da ordem pública e da harmonia social, cujo dever de garantia pertence ao Estado, constitui a conduta omissiva inação repugnante, violadora dos valores e direitos da sociedade. Ademais, observou-se que, a omissão é tão prejudicial quanto a comissão, quando não mais, constituindo conduta ilegal, uma vez que, o Estado deixa de praticar atribuição conferida por lei, não sendo, pois, cabível nem justo ao prejudicado ter como condição, à sua reparação, a necessidade de comprovação de culpa do ente público, figurando em situação desvantajosa em relação às vítimas de condutas estatais comissivas.

Verificou-se ainda, a obrigatoriedade do exercício do poder de polícia Administrativo, uma vez que possuindo esse como finalidade a defesa de interesses sociais, inadmissível se torna tal omissão, sendo, pois, absolutamente cabível as vítimas da mesma o direito de ressarcimento.

Abordou-se a peculiar importância da prestação dos serviços públicos, em especial os delegados a terceiros, cuja rígida regulamentação demonstrou-se como fator necessário e determinante para a legalidade da execução do serviço, assim como para maior segurança dos seus usuários. Evidenciaram-se também as obrigações e garantias das empresas delegadas em relação a atividade fim e frente aos que fazem uso de tais serviços.

Acerca da atividade clandestina do transporte intermunicipal de passageiros, restou-se comprovada a sua forte atuação na sociedade brasileira, e conseqüente desequilíbrio econômico-financeiro das empresas legalmente habilitadas para a operação de tais serviços. Demonstrou-se ser o desequilíbrio causado em razão da incapacidade de defesa das empresas legalizadas frente a concorrências travadas em desiguais patamares, uma vez que ao contrário dos regulares, os transportes ilegais atuam visando apenas proveito econômico, sem que para tanto desembolsem encargos legalmente devidos nem tão pouco necessários para a prestação de um bom serviço, a exemplo de manutenções e renovações de frotas, motivos pelos quais oferecem aos usuários menores tarifas.

A pesquisa demonstrou que a omissão do Estado no exercício do poder de polícia Administrativo foi a principal causa da proliferação do transporte irregular no Brasil e que apesar da clara e ampla violação as mais diversas normas jurídicas continua o Poder Público a não fiscalizar e coibir tal prática. Ainda em relação a fiscalização estatal, percebeu-se ser competente para tal, os três entes federativos dentro de suas respectivas circunferências cabendo a União a fiscalização dos transportes nas rodovias interestaduais e internacionais, ao Estado membro dos intermunicipais e ao município o do local.

A partir da análise dos argumentos apresentados, concluiu-se que, uma vez detectada a presença de todos os pressupostos da responsabilidade civil

objetiva do Estado, quais sejam: conduta omissiva, amplamente demonstrada no corpo do trabalho; nexos de causalidade, constituído pelo liame existente entre os prejuízos sofridos e a omissa fiscalização estatal e conseqüente atuação da atividade clandestina e por fim; dano causado, demonstrado através da grave crise econômica enfrentada pelas empresas legalizadas; deve o Estado responder objetivamente pelos prejuízos, causados as empresas habilitadas para o transporte intermunicipal de passageiros, advindos da concorrência desleal dos clandestinos.

Por fim, percebeu-se que, no caso específico dos transportes intermunicipais, caberá ao Estado-membro o encargo de indenizar, uma vez que ao mesmo é atribuído o dever-poder de fiscalização, não podendo, pois, eximir-se do seu dever objetivo de reparação, quando comprovado for a existência dos pressupostos do instituto da responsabilidade civil do Estado, uma vez que este não se constitui em uma faculdade estatal, mas, sim em uma obrigação legalmente instituída de indenizar danos causados em razão de suas condutas.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; Paulo, Vicente. *Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Impetrus, 2005.

AVALONE FILHO. *Responsabilidade civil do estado: conseqüências da omissão do poder público em fiscalizar e coibir o transporte coletivo clandestino*. São Paulo, 2005.

X CABRAL FILHO, Francisco. Empresas de ônibus intermunicipais vivem situação de pré-falência em 10/03/05. Disponível em <www.tribunadonorte.com.br>. Acesso em 10 de maio de 2006.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

X COUTO, Jayme Lopes do; Pereira Willian Alberto de Aquino. O transporte clandestino e a desregulamentação. In _____ Revista dos Transportes Públicos, ano.14, 4ºtrim.92, 2001.

DECRETO 22.910 de 02 de abril de 2002. Institui o regulamento do transporte coletivo rodoviário intermunicipal de passageiros do Estado da Paraíba.
_____ //

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo na Década de 90*. São Paulo: Impetrus, 2005, 1997.

DINIZ, Maria Helena de. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

X HARADA, Kiyoshi. Transporte coletivo e perueiros. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=498>>. Acesso em 10 de abr. 2006. /

MADEIRA, José Maria. *Administração pública: centralizada e descentralizada*. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006. /

MEDAUAR, Odete (coord.). *Concessão de serviço público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. /

MEIRELLES, Helly Lopes. *Deito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Deito administrativo municipal*. São Paulo: Malheiros, 2001.)

OLIVEIRA, Josivaldo Félix. *A responsabilidade dos Estado por ato ilícito*. João Pessoa: ARPOADOR, 1999.

OS CLANDESTINOS NAS ESTRADAS, São Paulo - 23/1/2006. Disponível em:
X <www.canaldotransporte.com.br>. Acesso em 15 de abr. de 2006. \

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002

SANTOS, José Célio dos. *Epidemia que se instalou nos grandes centros, o transporte clandestino se alimenta de diversos mitos para conquistar respaldo da população*, Janeiro/2001, Edição 16. X

BRASIL. [13 em 1, leis etc.]. Constituição Federal de 1988, Código Civil de (2002/1916), Código de Processo Civil, Código Penal, Código de Processo Penal, Código Tributário, Código Comercial, Código de Defesa do Consumidor, Código de Trânsito Brasileiro, Código Eleitoral, Código Florestal, Consolidação das Leis do Trabalho, Estatuto da Criança e do Adolescente. Legislação Complementar Fundamental. Organização, equipe América Jurídica. Rio de Janeiro: RJ. América Jurídica, 2005. /

_____. Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. Trata das concessões e permissões de serviços públicos. In _____ *Trezeem1* [leis etc]. Rio de Janeiro: RJ. América Jurídica, 2005. \

_____. Lei nº 8.666 de 21 de julho de 1993. Versa sobre as licitações e contratos administrativos In _____ *Trezeem1* [leis etc]. Rio de Janeiro: RJ. América Jurídica, 2005. |

X CONVÊNIO FIRMADO ENTRE ARSAL E DER REFORÇA COMBATE AOS CLANDESTINOS 09/05/2006. Disponível em:
<<http://www.pgf.al.gov.br/modules.php?name=News&file=article&sid=529>>. Acesso em 25 de maio de 2006. (