

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E O ATUAL POSICIONAMENTO DO STF. ALTERNATIVA VIÁVEL: INCIDÊNCIA DO ART. 17 DO CDC

Revista de Direito do Consumidor | vol. 72/2009 | p. 161 - 194 | Out - Dez / 2009
Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil | vol. 6 | p. 571 - 601 | Out / 2011
DTR\2009\570

Rogério Zuel Gomes

Mestre em Ciência Jurídica pela Univali. Especialista em Direito Civil pela Universidade de Salamanca. Professor na EMP-SC e ESM-SC. Diretor da Comissão Permanente de Controle de Cláusulas Abusivas do Brasilcon. Advogado.

Área do Direito: Consumidor

Resumo: O presente ensaio analisa a responsabilidade civil do Estado por dano causado por concessionárias de serviço público a particulares (terceiros) em acidente de trânsito, a partir de dois precedentes do STF para, ao final, analisar a incidência do conteúdo do Código de Defesa do Consumidor como solução alternativa.

Palavras-chave: Consumidor - Indenização - Concessionária - Transporte público - Responsabilidade civil - Jurisprudência

Abstract: This essay analyzes the state's civil liability for damage caused by public service concession in traffic accidents, from two precedents of the Federal Supreme Court to the end, analyze the effects of the contents of the Brazilian Consumer Code as an alternative.

Keywords: Consumer - Damages - Public transportation - Concessionaire - Civil liability - Case law

Sumário:

- 1. Posicionamento do problema - 2. A responsabilidade civil do Estado perante os administrados: brevíssima análise da evolução histórica - 3. Conceitos de consumidor no Código de Defesa do Consumidor - 4. Os casos concretos apreciados pelo STF - 5. Posição doutrinária - 6. Breves considerações sobre os julgados do STF - 7. Sobre a aplicação do art. 17 do CDC aos casos concretos analisados - 8. Síntese conclusiva - Referências bibliográficas

Revista de Direito do Consumidor • RDC 72/2009 • out.-dez./2009

1. Posicionamento do problema

1

O presente ensaio busca analisar o regime de responsabilização da Administração Pública (responsabilidade subjetiva vs. responsabilidade objetiva) e a convergência legislativa, especialmente no tocante ao art. 37, § 6.º, da CF/1988 e os arts. 17 e 22 do CDC. Esta análise perpassa, de forma relativamente detalhada, os julgamentos do STF nos RE 262.651/SP e 591.874/MS onde se tratou precipuamente do sujeito tutelado pelo art. 37, § 6.º, da CF/1988: se se trata de terceiro usuário ou de terceiro não-usuário.

A análise proposta não pode escapar ao Código de Defesa do Consumidor, já que este, em seu art. 22 do CDC, expressamente deixou constar a necessidade de conciliação ou de uma hermenêutica de conciliação, entre os princípios que regem a Administração Pública e os que fundamentam a defesa do consumidor. Falamos, obviamente, do denominado diálogo das fontes normativas.

Buscar-se-á, ainda, esclarecer os casos concretos que foram apresentados à análise do STF nos RE 262.651/SP1 e 591.874/MS, tratando de questões relevantes e que

produzem efeitos na atual teoria geral da responsabilidade civil. Merece ser destacado que o objetivo deste ensaio é o de reforçar o debate acadêmico, sempre de forma franca, respeitosa e leal, ciente de que também estamos sujeitos às devidas críticas por parte daqueles que aplaudem as soluções encontradas naqueles julgados. Ao final, será tratada questão relativa à incidência do art. 17 do CDC aos dois precedentes analisados pelo STF, cientes de que não caberia a esta Corte a análise de matéria infraconstitucional. Encerra o ensaio uma brevíssima síntese conclusiva, resumindo as conclusões em toda a exposição desenvolvida.

2. A responsabilidade civil do Estado perante os administrados: brevíssima análise da evolução histórica

2

De forma abreviada poderia se apontar, claramente, três importantes fases na evolução da responsabilização civil do Estado por danos causados a terceiros: a fase da irresponsabilidade, a fase civilística (responsabilidade subjetiva) e, por último, a fase publicista (da responsabilidade objetiva).³

2.1 Da irresponsabilidade à responsabilidade objetiva do Estado: ainda há divergências

A irresponsabilidade do Estado desenvolveu-se à época do Estado Absolutista (séc. XV), calcada na irretorquível presunção de que o Estado agia sempre de forma voltada ao bem comum. Portanto, a atuação do monarca detentor do poder jamais causaria qualquer dano aos administrados. Assim, surgiu o aforismo *the king can do no wrong*, na Inglaterra, e *lê roi ne peut mal faire*, na França.⁴

Em que pese a teoria da irresponsabilidade do Estado deitar suas origens sobre a matriz absolutista,⁵ ela permaneceu existindo na sua substância até mesmo após o advento do Estado Liberal, especialmente na Inglaterra e Estados Unidos onde foi utilizada até meados do século XX. No entanto, já em fins do século XIX os seus postulados demonstravam claros sinais de fadiga, implicando numa classificação bipartida de seus atos, no que diz respeito à possibilidade de sua responsabilização: atos de império e atos de gestão.

Os atos de império decorriam da posição de superioridade do Estado em relação aos seus administrados e fundavam-se nas prerrogativas e privilégios do Estado (leis, atos judiciais, imposição coercitiva de medidas, independentemente de decisões judiciais etc.).

Os atos de gestão eram aqueles praticados pelo Estado, posto em situação de igualdade com os particulares, visando a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e a gestão dos serviços públicos. Sendo assim, defendiam vários juristas, na prática de atos de gestão o Estado teria sua situação em relação de equivalência com qualquer empregador privado, o qual responde por ato de seus prepostos. Isso não ocorreria no que diz respeito aos atos de império. Ainda assim, essa proposta, de cariz civilista, se mostrava de difícil viabilidade em decorrência da complexidade de classificação dos atos do Estado como ora de gestão, ora de império.

Nota-se, nessa nova concepção, uma aproximação à teoria adotada pelo direito civil, baseada na existência da culpa (teoria da culpa civil ou responsabilidade subjetiva), prevista no art. 1.382 do Código Napoleão.⁶ A clássica disposição civilista definia a culpa do agente nos casos de negligência, imprudência e imperícia, implicando, dessa forma, pesado ônus da prova em desfavor do particular ofendido.

Não tardou para que o Tribunal de Conflitos francês afastasse a possibilidade de casos envolvendo a responsabilidade pelo funcionamento do serviço público serem tratados tendo por base princípios de direito civil.⁷ Tais casos estariam sujeitos a regras específicas (de direito público) variando conforme as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos dos administrados

(particulares). Surgem, assim, as teorias publicistas.

A teoria da culpa administrativa engendrou uma distinção para a culpa derivada da falta pessoal do agente público, desviando o seu foco para a culpa no funcionamento do serviço (*faute du service*). A responsabilidade do Estado estava posta, então, sobre o binômio falta do serviço/ culpa do Estado. Portanto, se inexistiu o serviço (omissão), se funcionou atrasado ou funcionou mal, verificada estava a culpa (*faute*) do serviço implicando imediata responsabilidade do Estado sem se cogitar de culpa do agente público.⁸

A teoria da culpa administrativa permaneceu em destaque sendo constantemente adotada pelo Conselho Francês, todavia, em determinados casos, passou-se a adotar a teoria do risco, como fundamento para a teoria da responsabilidade objetiva do Estado.

Nessa teoria a idéia de culpa foi substituída pela de nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo experimentado pelo administrado. A teoria do risco baseia-se, portanto, no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais: assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por membros da sociedade devem ser repartidos⁹. Assim, ao particular bastaria a prova da existência do dano e que este dano decorreu de alguma atividade desempenhada pelo Estado para que se desse ensejo à indenização.

2.2 A responsabilidade do Estado no ordenamento jurídico brasileiro

O Código Civil brasileiro de 1916 adotou a responsabilidade subjetiva do Estado em seu art. 15.¹⁰ Com o advento da Constituição de 1946¹¹ ocorreu a revogação parcial daquele dispositivo legal, vez que em seu art. 194 dispôs que as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros. O direito de regresso a ser exercido contra o funcionário responsável pelo dano ficou assegurado no art. 194, parágrafo único, do CC/1916. A segunda parte do art. 15 do CC/1916, foi a responsável pela permanência da responsabilidade do Estado por atos omissivos, não obstante a inquietante divergência sobre esse tema. O debate se dava em função de que alguns juristas vislumbravam no art. 15 do CC/1916 a responsabilidade com culpa, enquanto outros defendiam a introdução da então moderna teoria do risco.

Consolidou-se na legislação, de forma mais abrangente, a responsabilidade civil do Estado lastreada pela teoria do risco administrativo. Esta tendência manteve-se nas Constituições de 1967,¹² de 1969¹³ e na de 1988. Cumpre destacar, no entanto, que a Constituição de 1988 inovou ao inserir, além das pessoas jurídicas de direito público, as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Nada obstante a previsão constitucional, ainda ocorre na doutrina forte divergência entre aqueles que defendem a responsabilidade subjetiva do Estado em caso de omissão¹⁴ e aqueles que defendem que a teoria do risco administrativo também se aplica a estes casos.¹⁵

O atual Código Civil, em seu art. 43,¹⁶ não se refere em momento algum à omissão do agente público, dando a entender que o Estado passa a responder objetivamente por atos de seus agentes, independentemente de culpa. Tal entendimento, observa Silvio Venosa, corroborando o ponto de vista defendido por Celso Antônio Bandeira de Mello, inviabilizaria, na prática, a atuação do Estado, sendo necessário, dessa forma, que a jurisprudência estabeleça os limites desse aparente alargamento.¹⁷ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, em obra conjunta, revelam preocupação com aquilo que denominam banalização da idéia de responsabilidade civil do Estado, defendendo não haver razão para insistir na teoria da responsabilidade objetiva do Estado e do risco integral.¹⁸ No entanto, é necessário destacar que o art. 37, § 6.º, CF/1988 não abarca a teoria do risco integral, o que, aliás, sequer vem sendo relevante alvo de debates na jurisprudência nacional. A teoria do risco integral caracteriza-se como aquela que não admite qualquer excludente de

responsabilização (caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro). Quando se fala em responsabilidade civil da Administração Pública sem culpa, está a se falar apenas na teoria do risco administrativo.

Os argumentos apresentados por todos os que defendem a possibilidade de responsabilidade subjetiva do Estado em caso de omissão são bastante razoáveis. No entanto, na forma como a matéria vem disposta na Constituição, a conclusão, a nosso juízo, aponta para a responsabilidade objetiva do Estado independentemente de ter agido ou ter se omitido.¹⁹

Em acréscimo, vale citar a lição de Carmen Lucia Antunes Rocha, ao defender que é pela aplicação do princípio da responsabilidade estatal que “se tem a medida de respeito ao indivíduo e à sociedade em sua convivência com o Estado e, principalmente, a medida de efetividade do princípio da juridicidade, marca que se agrega até mesmo nominalmente ao Estado de Direito”. No arremate, a ilustre jurista, rechaçando qualquer hipótese de responsabilidade estatal mediante apuração de culpa, observa que a atividade administrativa “pode ensejar a responsabilidade não existindo mais, de forma sustentável, qualquer ressaibo de irresponsabilidade do Estado nos sistemas normativos vigentes”.²⁰

2.2.1 A responsabilidade civil da Administração Pública no Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor, em perfeita consonância com a Constituição da República, manteve a mesma linha de responsabilização, a teor do seu art. 22,²¹ quando se refere a órgãos públicos que por si ou por meio de concessões, permissões ou qualquer outro tipo de empreendimento prestem serviços ao consumidor.²² Portanto, havendo relação jurídica de consumo, o Código de Defesa do Consumidor aponta para uma só conclusão: o caso será regido pelo regime de responsabilização objetiva. Vale dizer, basta ao consumidor a prova do nexa causal e do dano. Pouco interessa, pois, se houve ação ou omissão por parte do Estado ou do prestador de serviços públicos.

Elaine Cardoso de Matos Novais acrescenta apropriadamente, após defender uma certa distinção entre os conteúdos normativos do art. 22 do CDC e o art. 37, § 6.º, da CF/1988, que eventuais danos causados ao consumidor em face de ofensas aos deveres de adequação, eficiência, segurança e descontinuidade (para os serviços essenciais) implicam responsabilização objetiva da Administração Pública ou daqueles que façam as suas vezes, independentemente de atos comissivos ou omissivos.²³ Vale sublinhar, em reforço, que outra não poderia ser a interpretação, porquanto a exceção a esta regra somente encontra aplicação nos casos dos profissionais liberais, a teor do art. 14, § 4.º, do CDC.

A interpretação é pertinente, pois parte, como não poderia deixar de ser, do conteúdo do Código de Defesa do Consumidor, que é lei especial e, portanto, justifica o detalhamento do art. 22 do CDC, sem ferir ou mitigar o conteúdo constitucional (art. 5.º, XXXII, da CF). Pelo contrário, o art. 22 do CDC reforça a incidência do seu conteúdo às atividades desenvolvidas pela Administração Pública, seus concessionários ou permissionários.

3. Conceitos de consumidor no Código de Defesa do Consumidor

Segundo o art. 2.º do CDC, “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final”. Esse é o conceito-padrão de consumidor. Para tanto deve ser destinatário final do bem ou do serviço e, no caso deste último, o serviço deverá ser remunerado.

O conceito de destinatário final enseja dúvidas porque faticamente toda e qualquer pessoa pode ser destinatária de algum produto ou de alguma prestação de serviço (corrente maximalista). A doutrina consumerista, a partir da análise do princípio da vulnerabilidade, defende, adequadamente ao nosso sentir, que para se enquadrar na categoria destinatário final, para efeitos de aplicação do Código de Defesa do

Consumidor, não basta que ele retire o produto do mercado de consumo, sendo necessário também que o consumidor não utilize este produto como insumo ou matéria-prima (corrente finalista ou minimalista).

Os defensores da corrente maximalista procuram alargar ao máximo possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, em função da sua característica de regulador do mercado de consumo. Se o legislador não fez qualquer ressalva quanto à pessoa do consumidor no art. 2.º do CDC, significaria dizer que qualquer um que se enquadre no conceito poderá argüir o Código de Defesa do Consumidor a seu favor. Acrescentam ainda a inexistência de qualquer dispositivo que delimite a extensão da expressão destinatário final, especialmente de caráter econômico. Assim, destinatário final é o destinatário fático do produto ou do serviço.

3.1 Consumidor equiparado

O consumidor equiparado ou consumidor por equiparação encontra previsão nos arts. 2.º, parágrafo único, 17 e 29 do CDC.²⁴⁻²⁵⁻²⁶ Portanto, três são as espécies de consumidor equiparado: a coletividade; as vítimas do evento lesivo derivado de relação jurídica de consumo; e as pessoas expostas às práticas comerciais abusivas e às cláusulas contratuais abusivas.

No parágrafo único do art. 2.º do CDC, a coletividade foi erigida à categoria de consumidor. Resultado de uma sociedade massificada e cada vez mais exposta às práticas comerciais agressivas, a coletividade encontra possibilidade de tutela consumerista a ser defendida por associações, órgãos públicos de defesa do consumidor e pelo Ministério Público. É a superação dos dogmas do processualismo clássico que apontavam para a legitimação ad causam a necessidade de coincidência entre a titularidade do direito material e a titularidade da ação, consagrada no art. 6.º do CPC²⁷⁻²⁸ Conferindo à coletividade a titularidade da ação, alargando ainda mais o espectro de legitimação já proposto pela Lei da Ação Civil Pública²⁹ (Lei 7.347/1985) e aclarando o conceito de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos,³⁰ pretendeu o legislador ao mesmo tempo conferir maior efetividade ao processo judicial e, por via oblíqua, privilegiou o princípio do acesso à justiça garantido constitucionalmente.

As vítimas de acidente de consumo também são equiparadas a consumidor por força do art. 17 do CDC. Esta categoria de consumidor tem origem no direito norte-americano com a figura do bystander. É modalidade de responsabilidade extracontratual, fazendo com que o causador do dano (fornecedor ou prestador de serviço) seja responsabilizado não somente pelo prejuízo causado ao consumidor, como a todos aqueles que, de alguma forma, experimentaram algum prejuízo em função do evento lesivo. Na escorregada lição de Paulo de Tarso Vieira de Sanseverino, resta definitivamente superada a regra da privity of contract (princípio da relatividade dos contratos),³¹ não se cogitando mais da necessidade de se estabelecer, ainda que de modo fictício, qualquer vínculo contratual entre a vítima e o fornecedor.³²

Por último, apresenta-se o consumidor equiparado com previsão no art. 29 do CDC. Esta é, ao que se nos parece, a principal espécie de consumidor equiparado em função do alcance do citado dispositivo. Segundo o referido artigo, toda e qualquer pessoa, determinável ou não, exposta a ofertas, publicidade, práticas comerciais ou cláusulas contratuais tidas como abusivas poderá argüir o Código de Defesa do Consumidor na defesa de seus direitos.

Para os fins que orientam este ensaio, o conceito de consumidor previsto no art. 17 do CDC é o de maior relevância, porquanto tencionamos estabelecer relação entre os referidos consumidores como todas as vítimas do evento e os terceiros previstos no art. 37, § 6.º, da CF/1988. Por tal razão, mais adiante se retoma este conceito de consumidor equiparado tentando, de forma muito sucinta, justificar sua razão de ser cujo fundamento, defende-se, decorre de um novo modelo de sociedade e de Estado.

4. Os casos concretos apreciados pelo STF

A situação concreta ora estudada foi analisada em dois julgados do STF, os quais passa-se, por critério puramente didático, a se analisar de forma separada visando melhor elucidar os seus fundamentos jurídicos.

4.1 O julgamento no RE 262.651/SP: primeiro precedente

O caso posto a julgamento no STF no RE 262.651/SP, julgado em 16.11.2005, diz respeito a acidente de trânsito no qual um veículo que fazia o transporte coletivo urbano colidiu com veículo de particular que transitava na mesma via de rolamento.

A questão que se coloca é a seguinte: o proprietário do veículo atingido pelo ônibus poderia buscar indenização com base no art. 37, § 6.º, da CF/1988 (responsabilidade objetiva do Estado), por se enquadrar como referido terceiro? Seria relevante para o deslinde da questão a distinção entre terceiro usuário e terceiro não-usuário?

Em primeiro grau foi negado o direito à indenização, pois o magistrado sentenciante entendeu se tratar de caso regido pelo regime de responsabilização subjetiva, o que demandaria, por parte do particular, a prova da culpa da transportadora, o que não ocorreu. O então TACivSP, por sua 3.ª Câmara Especial, acolheu o recurso de apelo reconhecendo a responsabilidade objetiva da empresa de transporte perante o particular, independentemente de culpa, pois aplicável à espécie a responsabilização objetiva.

O recurso extraordinário foi recebido pelo STF por força de agravo de instrumento interposto pela transportadora, com o Subprocurador da República opinando pelo seu desprovimento. Este recurso teve seu seguimento negado, cuja decisão foi alvo de agravo regimental, relatado pelo Min. Carlos Velloso, possibilitando, desta feita, o exame da matéria pela 2.ª T. do STF.

4.1.1 O voto vencedor

Da relatoria do ilustre Min. Carlos Velloso, o voto majoritariamente vencedor tratou da possibilidade, ou não, de o caso concreto ser regido pelo regime da responsabilidade objetiva (art. 37, § 6.º, da CF/1988) e, conseqüentemente, se esta interpretação pode ser estendida a terceiros não-usuários do serviço.

Para encontrar a solução o Min. Carlos Velloso desenvolveu criterioso e detalhado estudo da doutrina administrativista. O acórdão cita os grandes mestres na matéria, destacando que nenhum deles cuidou particularmente desta questão ou, ainda, não fez qualquer relevante distinção. Apenas a Profa. Lucia Valle Figueiredo tangencialmente tratou da questão, sugerindo, na visão do relator, que o regime de responsabilização objetiva se aplica somente ao usuário. Nesta senda o voto também citou balizadas lições de Romeu Bacellar, a saber: "Resta ainda ressaltar que, em se tratando de concessão de serviço público, existem duas relações jurídicas diversas, como informa Luica Valle Figueiredo: a existência entre o poder concedente e o poder concessionário, que se rege pelo disposto no contrato de concessão, e a que nos interessa em matéria de responsabilidade civil, existente entre o concessionário e o usuário do serviço público.

(...) Nesta última relação, há incidência da responsabilidade objetiva, respondendo o concessionário por danos decorrentes do serviço por ele executado concernente à atividade delegada. Isso porque é o usuário o detentor do direito subjetivo de receber um serviço público ideal, com todas as garantias e benefícios inerentes à atuação pública, mesmo sendo esse serviço prestado por terceiros que não o Estado."

Cautelosamente, ainda, o relator Min. Carlos Velloso enviou correspondência ao Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, solicitando o seu pronunciamento a respeito do tema. A resposta do mestre e que consta do voto, foi a seguinte: "(...) Quando o art. 37, § 6.º, da CF diz que as pessoas 'de direito privado prestadoras de serviços públicos

responderão pelos danos que seus agentes nesta qualidade causarem a terceiros', de fora a parte indispensável à causação do dano, nada mais exige senão dois requisitos para que se firme dita responsabilidade: (1) que se trate de pessoa prestadora de serviço público; (b) (sic) que seus agentes (causadores do dano) estejam a atuar na qualidade de prestadores de serviços públicos. Ou seja, nada se exige quanto à qualificação do sujeito passivo do dano; isto é; não se exige que sejam usuários, nesta qualidade atingidos pelo dano. Com efeito, o que importa, a meu ver, é que a atuação danosa haja ocorrido enquanto a pessoa está atuando sob a titulação de prestadora de serviço público, o que exclui apenas os negócios para cujo desempenho não seja necessária a qualidade de prestadora de serviço público. Logo, se alguém, para poder circular com ônibus transportador de passageiros do serviço público de transporte coletivo necessita ser prestadora de serviço público e causa dano a quem quer que seja, tal dano foi causado na qualidade de prestadora dele. Donde, sua responsabilidade é a que está configurada no art. 37, § 6.º, da CF."

O relator destacou também que as opiniões de José Cretella Júnior e de Ruth Helena Pimentel de Oliveira vão ao encontro daquela acima expressada por Celso Antônio Bandeira de Mello, demonstrando a complexidade da matéria.

Ao final, decidiu o relator pelo provimento do recurso para determinar o restabelecimento da sentença de 1.º grau que negou a possibilidade de aplicação do regime de responsabilização objetiva quando não se tratar o terceiro de usuário do serviço público. Isto porque é o terceiro usuário o detentor do direito subjetivo de receber um serviço público ideal, e não o terceiro não-usuário.

4.1.2 O voto de divergência

O Min. Joaquim Barbosa apresentou voto-vista divergindo do relator. Discorrendo sobre a evolução da teoria da responsabilidade civil da Administração Pública o Min. Joaquim Barbosa destacou, com base em lição de René Chapus, que esse tipo de responsabilidade se caracteriza por ser mais favorável às vítimas do que às pessoas públicas ou privadas delegatárias do serviço público, sem que isso signifique juízo de valor depreciativo da atuação destas.

Destacou, também, de forma mais veemente, que a responsabilidade da Administração Pública repousa em dois fundamentos jurídicos irretocáveis. Primeiro, ao atuar e intervir nos mais diversos setores da vida social, a Administração submete os seus agentes e também o particular a inúmeros riscos, que fazem parte da essência da atividade administrativa e são indispensáveis ao atendimento das diversas necessidades da coletividade. Segundo: o fundamento jurídico da responsabilidade objetiva repousa na igualdade de todos os cidadãos perante os encargos públicos.

O voto apresenta, com lições de juristas franceses que primeiro defenderam a responsabilidade objetiva do Estado perante os administrados, uma interessante indagação: quando o Estado mediante contrato administrativo, transfere ao particular uma parcela de suas múltiplas atividades, ocorre uma transformação substancial na natureza dessas atividades? Seria essa transformação de tal monta, a ponto de extirpar do serviço prestado pelo particular as características que lhe são próprias, ou seja, as de um típico serviço público, do qual a coletividade como um todo se beneficia? O próprio Min. Joaquim Barbosa responde negativamente às indagações propostas. Isto, sustentou, porque é a natureza da atividade causadora do dano, isto é, o fato de que ela é exercida em prol da coletividade, que conduz à obrigação de indenizar o particular.

Defendendo ser incabível a distinção feita pelo relator, entre terceiro usuário e terceiro não-usuário, porque justificaria um indevido enfraquecimento do princípio da responsabilidade objetiva, cujo alcance o constituinte quis o mais amplo possível.

Por tais argumentos, resumidamente aqui expostos, o Min. Joaquim Barbosa divergiu do Relator, negando provimento ao extraordinário.

Os Ministros da 2.^a Turma do STF conheceram e deram, por maioria, provimento ao recurso, vencidos os Ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello, decidindo, então, pela não aplicação do art. 37, § 6.^o, da CF/1988.

De se concluir, a partir dessas observações, que pouco importa se o serviço público (assim entendido como aquele “indispensável à interdependência e coexistência social” – Diguit) será prestado pelo próprio Estado ou por particular concessionário ou permissionário, eis que por tal razão não perde sua natureza e relevância. Se o particular age em nome do Estado por for meio de um contrato de concessão ou permissão a característica precípua na prestação do serviço não se perde, tampouco se altera.

4.2 O julgamento no RE 591.874/MS: segundo precedente

O caso concreto versa sobre filha e companheira de vítima fatal em acidente de trânsito, no qual um ônibus de transporte coletivo atropelou a vítima que transitava de bicicleta pela via de rolagem.

O TJMS reformou decisão de 1.^o grau que não havia reconhecido a responsabilidade objetiva da empresa de transporte coletivo e condenou a empresa de transportes ao ressarcimento dos danos experimentados pelas recorrentes.

O recurso extraordinário movido perante o STF, julgado em 26.08.2009, se fundava na circunstância de que o ciclista vitimado no acidente não era usuário do serviço público, o que inviabilizaria a responsabilização da empresa pelo regime da responsabilidade objetiva.

Após tecer considerações sobre a evolução da responsabilidade, o Min. Ricardo Lewandowski, levando também em consideração o precedente daquela Corte, já analisado acima, destacou a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello especialmente no que diz respeito à inexistência de distinção entre o sujeito passivo do dano, se usuário ou não-usuário do serviço. Assim, decidiu o relator que não cabe ao intérprete da norma restringir o que ela própria não restringiu, acrescentando que tal interpretação feriria, ainda, o princípio da isonomia, eis que conferiria injustificada distinção entre terceiros usuários e terceiros não-usuários. Desta forma, restando comprovando o nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano experimentado pela vítima, o regime de responsabilização é o da responsabilidade objetiva. A decisão neste ponto do recurso foi julgada por maioria de votos, desprovido o recurso.

4.2.1 O voto de divergência

O Min. Marco Aurélio Mello divergiu do relator sob o fundamento de que se verificava a excludente de responsabilização na forma de culpa exclusiva da vítima, analisando, portanto e ao que parece, a questão sob o ponto de vista exclusivamente da conduta da vítima. Com efeito, na visão do Ministro o ônibus se encontrava em velocidade inferior àquela permitida no local do acidente e, além disso, foi a vítima, ao empurrar sua bicicleta, que teria caído sob o veículo, o que excluiria a responsabilidade da transportadora, eis que verificada a excludente de culpa exclusiva da vítima.

5. Posição doutrinária

Considerando o referente que orienta esse ensaio, tratar-se-á de posições doutrinárias antagônicas que foram manifestadas após a primeira decisão do STF (RE 262.651/SP, j. 16.11.2005), que negou a aplicação do art. 37, § 6.^o, da CF/1988.

Clovis Beznos³³ ao comentar o primeiro precedente, frisa que quando se trata de não-usuários a inexistência de qualquer relacionamento antecedente ao dano demanda análise do caso sob outro enfoque. É que, defende o doutrinador, se a composição dos danos experimentados pela vítima não for suportada pelo erário, e sim pelo concessionário ou permissionário, não haveria se falar em repartição dos encargos

públicos pela coletividade, como defendeu o Min. Joaquim Barbosa. E acrescenta: “nem mesmo a possibilidade da responsabilidade subsidiária do concedente ou permitente dos serviços, pelos danos decorrentes da prestação dos serviços, em caso de insolvência do concessionário ou permissionário, que uniformemente a doutrina vem sustentando, abona o pressuposto da distribuição dos encargos públicos”. Portanto, descartado estaria o fundamento de responsabilização da prestadora de serviços públicos com base na isonomia.

Descartada a base da isonomia como fundamento da reparação, Clóvis Beznos acrescenta que restaria a teoria do risco. Assim, os terceiros que a Constituição visaria proteger seriam aqueles submetidos a situação de risco, criada pela ação administrativa. Aqui, observa o doutrinador, irrelevante seria a distinção entre usuário e não-usuário, eis que todos submetidos ao risco administrativo, justificando a proteção constitucional.

Buscando provar, no entanto, que per se a situação de risco não sustenta a responsabilização objetiva, o doutrinador dá exemplo de acidente de trânsito entre dois veículos pertencentes à Administração Pública, onde se verifica a situação de equivalência de situações eliminando o risco. Desta forma, necessário seria se perquirir acerca da culpa dos condutores, responsabilidade subjetiva, portanto. Assim, conclui, não se poderia sustentar a isonomia (princípio da igualdade) para responsabilizar objetivamente a concessionária de serviço público, eis que a coletividade não arcaria com a indenização. Tampouco se poderia fundamentar a indenização na teoria do risco administrativo. Em casos tais o regime de responsabilização estaria fundado na prova da culpa.

Já no caso de um particular não-usuário do serviço, que transita com seu veículo na mesma via, ele estaria em condições de equivalência com o agente público (mesmo que particulares concessionários, permissionários ou delegados de função) no que diz respeito ao risco criado por sua conduta, o que o elimina (ou neutraliza). Nessa hipótese última, o terceiro referido no art. 37, § 6.º, da CF/1988, somente poderia ser entendido como terceiro usuário.

Em outro extremo tem-se o posicionamento de Marcos Juruena Villela Souto,³⁴ partindo de uma visão crítica, destaca que na apreciação do caso foram abandonadas algumas premissas importantes para o seu deslinde, às quais far-se-á uma brevíssima remissão.

Observa o autor, após detalhada exposição das teorias e dispositivos legais que embasam a responsabilidade civil da Administração Pública, que por estarmos vivendo uma tendência de valorizar a dignidade da pessoa humana, a sua defesa na era da desestatização enseja a incidência do regime de responsabilização objetiva. Acrescenta este doutrinador a incidência, também, do Código de Defesa do Consumidor, como outra via apontando para este regime, ainda que fosse por equiparação (art. 17 do CDC), viés este que será abordado mais adiante.

No que diz respeito à vítima que experimentou o dano, a solução desta questão também aponta para a responsabilidade objetiva, mesmo que se conceba uma distinção entre usuário e consumidor.³⁵ Especialmente porque o art. 37, § 6.º, da CF/1988, destina-se basicamente à responsabilidade extracontratual. Assim, independentemente de atividade desenvolvida pelo autor do dano ser serviço público ou atividade econômica, pela Constituição Federal de 1988 ou pelo Código de Defesa do Consumidor, o regime incidente é o da responsabilidade objetiva. Aliás, tratando-se de transporte sequer há diferença para a referida incidência, trate-se de objetos ou pessoas. O raciocínio supra se fundaria, também, no trinômio solidariedade/cidadania/eficiência que objetiva a facilitação da defesa do administrado, o que não pode ser afastado em tempos de desestatização, conclui o doutrinador.

Fernando Marques de Campos, a seu turno, acompanha o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello explicitado no voto do Min. Carlos Velloso, acrescentando que entendimento diverso daquele seria inutilizar o dispositivo constitucional.³⁶

6. Breves considerações sobre os julgados do STF

Ao mesmo tempo em que aplaudimos o voto divergente no primeiro precedente analisado, da lavra do Min. Joaquim Barbosa, nada obstante o brilhantismo do voto do relator Min. Carlos Velloso, bem como no que diz respeito ao segundo precedente indicando mudança de posicionamento do STF nesta matéria, propomos aqui uma forma alternativa à solução do caso posto a julgamento no STF ou, pelo menos, mais um argumento que poderia ser levado em consideração quando dos julgamentos. Antes, porém, de apresentá-la, é necessário lembrar que os julgamentos acima estavam circunscritos exclusivamente à matéria constitucional, nos limites impostos pelo art. 102, III, da CF/1988.

Buscando explorar uma linha de entendimento alternativa à apresentada no voto divergente no primeiro precedente analisado – e que também não foi explorada no segundo precedente analisado –, nada obstante ter o Min. Joaquim Barbosa feito menção quanto ao alcance pretendido pelo legislador constituinte originário, buscar-se-á verificar, analisando outros dispositivos do Texto Constitucional, até onde se pode aferir de forma objetiva o alcance pretendido.

Outrossim, cabe deixar esclarecido que não se trata aqui de buscar a interpretação literal da norma, e sim, demonstrar como determinadas categorias jurídicas são manejadas pelo legislador, dadas as suas conceituações e significados, até porque o legislador, como é cediço, não utiliza palavras em vão, mormente se tratando de conteúdo constitucional. Ressalte-se, no entanto, que sendo a Constituição um documento de caráter não apenas jurídico, mas, também político, é norma jurídica que, dentre outras peculiaridades, apresenta linguagem coloquial. Isso implica que, na formulação da convenção lingüística, quando esta nortear a sua interpretação, o intérprete haverá de optar, não raras vezes, pela significação ordinária, comum, popular atribuída pela convenção lingüística idiomática, coloquial, sem tecnicidade, em detrimento da significação que a convenção lingüística científica eventualmente atribua a determinado termo. Note-se, então, que a distinção abaixo, entre as categorias jurídicas terceiro e usuário, se mostra ainda mais evidente e hábil como solução alternativa, ou de reforço, ao entendimento de que ambas têm significações distintas (e impermutáveis) quando utilizadas, cada qual a seu tempo e modo, pela Constituição vigente.

6.1 A categoria jurídica usuário na Constituição Federal

Antes de adentrar na Constituição Federal de 1988 em busca do conceito de usuário manejado pelo legislador constituinte, há se lembrar que usuário “é a denominação atribuída ao titular de um direito de uso (jus utendi), que, destacado da propriedade, lhe atribui a faculdade de ‘utilizar-se’ de ‘coisa alheia’, para dela tirar, retirar e fruir os proventos suficientes às suas necessidades pessoais e de sua família”.³⁷ Na doutrina administrativista encontramos em José Cretella Júnior, de forma mais apropriada ao fim aqui buscado, o seguinte conceito: “Usuários ou utentes do serviço público são as pessoas que utilizam os serviços, beneficiando-se com eles”.³⁸

Na Constituição Federal de 1988 encontramos a categoria usuário prevista nos arts. 37, § 3.º, I e II, 150, § 3.º, e 175, parágrafo único, II, da CF.

Em todos os dispositivos constitucionais citados, é bem de ver, a categoria jurídica usuário se enquadra exatamente nos conceitos acima declinados. Todos derivam de prestação de serviço público, prestado pelo Estado ou particular concessionário ou permissionário, às pessoas usuárias que acabam, de alguma forma se beneficiando destes serviços, como se disporá a seguir. Note-se que a categoria usuário apresenta conceito muito mais restrito, na medida em que se pode identificar claramente dois sujeitos: aquele que utiliza o serviço e aquele presta o serviço.

6.1.1 Art. 37, § 3.º, I e II, da CF/1988

Inicialmente cumpre esclarecer que a redação original não fazia menção expressa à figura do usuário. Com efeito, referida redação apenas remetia à lei especial as questões relativas à disciplina das reclamações quanto à prestação de serviços públicos. Com a alteração procedida pela EC 19/1998, foi inserido o texto que confere à lei especial regular a participação de usuários na Administração Pública direta e indireta.

Por certo a alteração procedida busca conferir efetividade ao chamado princípio da eficiência, eis que consubstanciado, conforme lição de Marcelo Harger, no dever de a Administração Pública desenvolver “não só de modo razoável e conforme a moral, mas utilizando as melhores opções disponíveis”.⁴⁰

A leitura do art. 37, § 3.º, I e II, da CF ratifica o entendimento de que o titular do direito estabelecido no art. 37, § 3.º, da CF é o usuário, como unicamente aquele que utiliza os serviços públicos, não abrindo qualquer espaço que permita estender o direito de reclamar e ter acesso a registros e informações sobre atos de governo.

De se concluir, então, que esses dispositivos constitucionais têm relação e visam proteger o usuário, aquele que se utiliza do serviço público, não nos sendo possível estendê-los a outras pessoas (terceiros) que não se enquadrem nessa definição. Assim, resta descartada nessa hipótese uma eventual confusão entre os conceitos de usuário e terceiro, demonstrando claramente que o legislador deles tem ciência.

6.1.2 Art. 150, § 3.º, da CF/1988

41

Esse dispositivo faz remissão ao art. 150, IV, da CF e suas alíneas, que tratam da imunidade recíproca entre entes federativos, imunidades religiosas e políticas no que diz respeito aos objetivos principais dessas organizações. Já no seu art. 150, § 3.º, da CF faz clara alusão à possibilidade de instituição de contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário. Ora, evidentemente que somente estarão sujeitos a essas obrigações de natureza tributárias aqueles que fizerem uso dos serviços públicos, desde que cobrados de forma não compulsória. Já quando a Constituição Federal de 1988 trata de tributos, utiliza sempre a categoria contribuinte. Fácil concluir, portanto, que não há espaço para que no art. 150, § 3.º, da CF, se possa aventar a possibilidade de equiparação do conceito de usuário a terceiro.

6.1.3 Art. 175, parágrafo único, II, CF/1988

42

Neste dispositivo a categoria usuário diz respeito única e exclusivamente àqueles que utilizam ou se beneficiam de serviços públicos postos à sua disposição, fazendo expressa menção à lei posterior que trate de seus direitos, em consonância com o dever do Estado na promoção do consumidor (art. 5.º, XXXII, CF/1988) e, ainda que de forma indireta, de acordo com a obrigação estabelecida pelo legislador constituinte originário ao determinar a promulgação de um Código de Defesa do Consumidor em 120 dias da promulgação da Constituição Federal de 1988 (art. 48 do ADCT).

Portanto, não há lacuna na lei que autorize qualquer interpretação diversa desta categoria jurídica, nada obstante, como destacado abaixo, é inegável que a categoria usuário possa estar abrangida no conceito de terceiro.

6.2 A categoria jurídica terceiro na Constituição Federal

O conceito de terceiro manejado pelo legislador constituinte, dado o seu alcance, desborda, e muito, do conceito usualmente utilizado. É que normalmente, terceiro, em conceito jurídico, “designa pessoa que é ‘estranha’ a uma relação jurídica, isto é, ‘não é

parte nem intervêm originariamente na feitura de um ato jurídico', (...). Relativamente aos contratos, terceiro é aquele que não participou do contrato, ou não teve nele qualquer intervenção, pelo que, não sendo parte, não se liga nem é responsável por quaisquer das obrigações derivadas do contrato. É um completo estranho".⁴³

Nessa senda, inúmeros são os exemplos, tais como: terceiro de boa-fé, intervenção de terceiro, embargos de terceiro, terceiro assistente e recurso de terceiro. Tais institutos jurídicos dizem respeito àqueles que são estranhos a uma relação jurídica, mas que detêm interesse jurídico em função da possibilidade de ter sua esfera de interesse patrimonial ou extrapatrimonial invadida em decorrência de uma relação jurídica a qual não pertence diretamente.

Todavia, para o objetivo que orienta este ensaio (art. 37, § 6.º, da CF/1988), a categoria terceiro tanto poderá, quanto não, ser parte na relação jurídica. Na verdade, da forma como ela foi empregada no texto constitucional, quer nos parecer se tratar de um conceito jurídico indeterminado. Os conceitos jurídicos indeterminados não têm essa denominação por não ser possível determinar-lhes o alcance, e sim, porque são dotados de elevado grau de indeterminação o que pode trazer alguma dificuldade à apreensão de seu conteúdo, contrapondo-se aos conceitos determinados, que permitem a delimitação da realidade a qual se referem de maneira precisa e inequívoca ou, no mínimo, possibilitam precisão de interpretação diante do contexto em que se encontram.⁴⁴

A dificuldade de apreensão, no presente caso, decorre da inevitável conclusão de que o conceito tradicional de terceiro (estranho à relação jurídica) não se enquadra quando da análise do art. 37, § 6.º, da CF/1988. Ressalvada a hipótese de alguém defender que terceiro nesse dispositivo constitucional não pode ser o usuário (que não é somente o estranho à relação jurídica). É inequívoco o fato de que tal dúvida não existe na doutrina e na jurisprudência brasileiras: é consenso que ali há claramente o denominado nexo de imputação de responsabilidade civil decorrente da prestação de serviço público, seja prestado pelo Estado, seja prestado pela iniciativa privada a título de concessão ou permissão. Tanto assim o é, que na própria redação do art. 37, § 6.º, da CF/1988, está previsto o direito de regresso contra o responsável direto pela causação do dano. No caso concreto sob análise, a relação jurídica, no caso do terceiro usuário, decorre de um contrato de transporte. A questão é, como já repetidamente destacado neste ensaio, demonstrar se o terceiro que não é usuário do transporte, também está abrangido pelo parágrafo em questão e, em complemento, passa-se, a exemplo do que já se fez acima, a demonstrar de que forma o legislador constituinte manejou a categoria terceiro no texto constitucional.

6.2.1 Art. 26, II, CF/1988

O art. 26 da CF trata dos bens dos Estados da Federação, destacando no art. 26, II, da CF que a eles pertencem "as áreas nas ilhas oceânicas e costeiras, sob seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros". Aqui a categoria terceiros indica que qualquer pessoa, que não Estado, Município ou União, terá seu direito de propriedade respeitado. Nesta hipótese, que é natural em razão do efeito erga omnes que emana do direito de propriedade, qualquer pessoa proprietária poderá defender seu direito de propriedade em relação aos entes federativos. Note-se que aqui há um requisito fundamental para que este terceiro se enquadre na hipótese encartada no art. 26, II, da CF: ser proprietário. Esse requisito delimita o alcance da categoria terceiros para efeito do art. 26, II, da CF e a delimitação decorre de legislação infraconstitucional, onde consta a devida regulação do direito de propriedade, que sofre as limitações e desfruta das garantias, por óbvio, naquilo que a Constituição Federal de 1988 não dispôs de forma diversa (recepção/inconstitucionalidade).

6.2.2 Art. 129, § 1.º, CF/1988

Com relação à legitimação do Ministério Público para ações civis previstas no art. 129, § 1.º, da CF dispõe que a mesma não retira a legitimação de terceiros para o seu manejo,

desde que cumpridos os requisitos da Constituição Federal e da lei. Aqui a categoria terceiros diz respeito à possibilidade de quaisquer outras pessoas moverem ação civil pública (Lei 7.347/1985 e Lei 8.078/1990) ou de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992). A única restrição para uma interpretação ampla da categoria terceiros, a exemplo do que se descreveu logo acima, é a restrição constante na legislação infraconstitucional, como por exemplo, a existência de associação há pelo menos um ano, constando em seu estatuto a defesa dos consumidores (art. 82, IV, da Lei 8.078/1990). Novamente encontramos um elemento justificador para a delimitação da categoria terceiros.

6.2.3 Art. 197 da CF/1988

O art. 197 da CF/1988 trata da saúde pública, impondo ao Poder Público, nos termos da lei, a sua regulamentação, fiscalização e controle. A execução das ações e serviços de saúde poderá ser feita diretamente pelo Poder Público ou através de terceiros, incluindo pessoa física ou jurídica de direito privado. Muito embora na categoria terceiros tenha sido utilizada de forma ampla a referência à inclusão de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, não se pode olvidar as limitações de natureza infraconstitucionais, v.g. a Lei de Licitações (Lei 8.666/1993), referida nos arts. 37, XXI, e 175, da CF/1988, entre outros. Justificada estaria, então, a delimitação da categoria terceiros nesta hipótese.

6.3 À guisa de síntese parcial

Posto houvesse, portanto, alguma possibilidade de delimitação na interpretação da categoria terceiros prevista no art. 37, § 6.º, da CF/1988, ela haveria de ser justificada no próprio texto ou a partir de uma interpretação consentânea com o restante deste.

Diante do narrado neste tópico, permite-se concluir: (a) o legislador constitucional sabia exatamente do que tratava quando utilizou de forma distinta as categorias terceiros e usuários. Tanto assim é que as explanações acima demonstram que a categoria usuário, de alcance mais restrito, não permitiria extensão de seu conteúdo para além dos limites daquelas pessoas que utilizam serviços públicos; (b) seguindo a lógica do Texto Constitucional, se o legislador constituinte originário visasse restringir o alcance do art. 37, § 6.º, da CF/1988, ele teria utilizado a categoria usuário, como o fez em vários outros artigos que, a exemplo deste, tratavam de serviços públicos, prestados pelo Estado ou por particulares (concessão/ permissão); (c) o texto constitucional permite entendermos a categoria usuário como uma espécie de consumidor, sempre que se refere aos serviços públicos; (d) a categoria terceiros, muito embora encontre na doutrina nacional conceituação definidamente determinada, na verdade é um conceito jurídico indeterminado, dadas as possibilidades, conforme o caso concreto, de alargamento de seu conteúdo.

Do raciocínio acima desenvolvido é inevitável a conclusão de que o legislador constituinte tinha pela ciência e domínio da distinção das categorias jurídicas terceiro e usuário. Tanto assim é, que as manejou por várias ocasiões no texto, sempre de acordo com as suas conhecidas denominações. Se as utilizou adequadamente nos arts. 26, 37, 129 e 197 da CF, não haveria razão, portanto, para se excluir do conceito de terceiro, no caso do art. 37, § 6.º, da CF aqueles que são, ou não, usuários, porquanto o dispositivo inclui nesta categoria qualquer ente que não seja pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviços públicos. Assim, com o devido respeito às divergências neste ponto, excluir do conceito de terceiros os denominados terceiros não-usuários, seria restringir aquilo que a Constituição não restringiu explicitamente (no próprio parágrafo do art. 37 da CF), nem implicitamente (a partir da interpretação de outros dispositivos constitucionais), ferindo regra básica de hermenêutica jurídica (*ubi lex non distinguet nec nos distinguere debemus*).

7. Sobre a aplicação do art. 17 do CDC aos casos concretos analisados

Muito embora no caso do primeiro precedente analisado tenha sido tentado o recurso

especial ao STJ, o mesmo não foi conhecido, nem mesmo após tentativa por agravo de instrumento. No caso do segundo precedente, o recurso especial também deixou de ser conhecido pelo STJ, mesmo após interposição de agravo de instrumento. A observação merece ser feita, eis que se procurará analisar a aplicação de lei infraconstitucional, o que, por determinação constitucional, caberia exclusivamente ao STJ a sua interpretação e uniformização (art. 105, III, CF/1988).

Como já observado acima, as vítimas de acidente de consumo também são equiparadas a consumidor por força do art. 17 do CDC. Exatamente por se tratar de espécie de responsabilidade extracontratual, existe a possibilidade que pessoas outras, que não exatamente o consumidor (destinatário final nos termos do caput do art. 2.º do CDC), possam se valer do conteúdo do Código de Defesa do Consumidor para tutelar seus interesses buscando o devido ressarcimento. Com efeito, basta, portanto que a prestação de serviço realizada pelo prestador seja caracterizada como de consumo, reforçado pelo que já foi aqui dito sobre o art. 22 do CDC, no item 2.2.1 acima e pelo que vem sendo decidido nesta matéria pelo STJ.⁴⁵

Na atual sociedade de consumo se verificam novos fenômenos jurídicos derivados da multiplicidade de relações jurídicas surgidas no século XX (hipercomplexidade da sociedade pós-moderna), bem como a busca por um novo modelo de Estado. Este novo modelo busca, por meio de intervenção direta ou indireta no domínio econômico dos cidadãos, entre outros objetivos, reequilibrar a relação jurídica, tomando-se em conta uma nova realidade social. Justifica-se, portanto, o alargamento das hipóteses de responsabilização, daí a tendência legislativa apontando para as teorias do risco (administrativo, da atividade, risco-benefício etc.).

Não se pode mais, salvo melhor juízo, buscar uma teorização a partir de fundamentos individualistas, que desconsideram a nova realidade social. Esta nova realidade, de fato, demanda do cientista do Direito a busca incessante por alternativas, que não aquelas trazidas pelo Iluminismo, fundadas em critérios de validade absoluta e universal. Não há mais o paradigma das certezas (modernidade),⁴⁶ há um novo paradigma: o da pós-modernidade.⁴⁷ No mundo jurídico, destaca Antonio Junqueira de Azevedo, o paradigma da pós-modernidade, especialmente em função da sua hipercomplexidade, revela a multiplicidade de fontes do direito, na defesa de inúmeros grupos sociais (característica material), e a vasta quantidade de leis, decretos, códigos deontológicos etc. (característica formal).⁴⁸

Diante desse novo desafio é tempo de repensamentos e reconstruções dos fundamentos do direito reconhecendo que a ciência jurídica, tal como está articulada, a partir do Estado moderno, não tem condições de dar conta da tutela de novos direitos. Se a pós-modernidade, acompanhada pela globalização, importa uma nova realidade, com lastro na neoliberalização da economia, sustentada pela diminuição da atuação do Estado, com imensa multiplicidade de relações jurídicas, cumpre aos cientistas e operadores do direito forjar técnicas de interpretação do plexo legislativo vigente que regula estas relações. Já afirmamos anteriormente que o ponto de partida para esta construção está na Constituição da República, notadamente a partir dos direitos fundamentais lá consagrados. É a partir deste raciocínio e com o denominado diálogo das fontes normativas que se pode ter noção do alcance pretendido com o art. 17 do CDC, alargando, é verdade, o campo da responsabilidade civil, impondo a extrapolação de incidência do Código de Defesa do Consumidor para além da relação consumidor-fornecedor, desde que, de alguma forma, se constate uma relação jurídica de fornecimento de produtos ou prestação de serviços voltados a um ou mais consumidores. Verificando-se uma destas relações jurídicas e havendo prejuízo de um terceiro não consumidor e, portanto, não usuário do serviço,⁴⁹ o conteúdo do Código de Defesa do Consumidor, especialmente o seu regime-regra de responsabilização objetiva, há de ser aplicado à solução do caso concreto, o que, pelo menos em tese e num primeiro momento, dispensaria a discussão no âmbito do STF (art. 543, § 1.º, do CPC), dada a competência do STJ para uniformização de legislação infraconstitucional.

Quanto menor o tamanho do Estado e maior a sua limitação de atuação em diversas áreas (Estado mínimo), tanto maior será a delegação de serviços públicos, impondo a todos nós, enquanto coletividade, a responsabilidade caso venham a ocorrer danos perante aquele que experimentou o prejuízo. O Min. Joaquim Barbosa, em seu voto-vista no primeiro precedente analisado, sublinhou bem que um dos fundamentos da responsabilidade da Administração decorre da necessidade de o Estado atuar e intervir nos mais diversos setores da vida social. A partir deste quadro, quer nos parecer, é que se deve buscar entender a teoria do risco administrativo ou da atividade, ainda que reconheçamos que nestes diversos setores haverá atuação da iniciativa privada, mas a título de concessão ou permissão administrativa.

Note-se, ainda, que o atual Código Civil, cujo projeto tramitava no Congresso Nacional já no início da década de 1970, mais de 15 anos antes da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, encampava em seu art. 931, parágrafo único, do CC/2002 a responsabilidade com base na teoria do risco criado (risco da atividade) pelo prestador de serviços.

Novidade, a bem da verdade, não há. Nova e necessária é a concepção de uma teoria da responsabilidade civil que dê cabo dos problemas atuais gerados por uma sociedade muito mais complexa que aquela de um século atrás, quando o Estado ainda satisfatoriamente conseguia cumprir com suas funções, sem desmerecer, obviamente, toda a construção teórica até então arquitetada. Esta nova concepção foi reconhecida pelo legislador quando elaborou os arts. 17 e 22 do CDC, entre outros enormes avanços proporcionados por ele à teoria geral do direito privado e público cujo conteúdo não nos cabe abordar neste ensaio.

8. Síntese conclusiva

8.1. As teorias que embasaram a responsabilidade civil do Estado, a contar do estágio inicial de impossibilidade de responsabilização, evoluíram, perpassando regimes fundados na responsabilidade com culpa, tendo como referência os fundamentos aplicados no direito civil, para num segundo estágio ser admitida a teoria da culpa administrativa. Esta última, dirigida para a culpa no funcionamento do serviço público (faute du service), consistindo na inexistência, mau funcionamento ou funcionamento atrasado do serviço, sendo qualquer destas hipóteses, suficiente para a responsabilização do Estado, não tendo importância se o agente público agiu com culpa ou não. No terceiro e atual estágio surge a teoria do risco administrativo, a qual tem como pressuposto básico para ensejar a responsabilização a mera verificação do nexos causal entre a conduta da Administração Pública e o dano experimentado pelo administrado.

8.2. No Brasil vigora a teoria do risco administrativo, por força do art. 37, § 6.º, da CF/1988. Entretanto, a segunda parte do art. 15 do CC/1916 deu azo a substancial entendimento doutrinário, apontando para a aplicação deste dispositivo nos casos de omissão da Administração Pública. Assim, enquanto vigorou o Código Civil de 1916, entendia-se que nos casos em que a Administração Pública age e, com isso, cause dano a terceiro, seria aplicada a teoria do risco administrativo por força do art. 37, § 6.º, da CF/1988. Se o caso era de omissão, somente se responsabilizaria a Administração Pública nos casos em que restasse provada a culpa do agente público (responsabilidade subjetiva). Porém o art. 43 do CC/2002, trouxe redação que guarda semelhança com art. 37, § 6.º, da CF/1988, impondo a conclusão de que a responsabilidade da Administração Pública, em casos de ação ou omissão, passa a ser regida sempre pela teoria do risco administrativo.

8.3. O Código de Defesa do Consumidor, na forma do seu art. 22 do CDC, manteve a responsabilidade objetiva quando se refere a órgãos públicos que por si ou por meio de concessões, permissões ou qualquer outro tipo de empreendimento que preste serviços ao consumidor, não importando se houve ação ou omissão por parte do Estado ou do prestador de serviços públicos.

8.4. As vítimas de acidente de consumo também são equiparadas a consumidor por força do art. 17 do CDC. É modalidade de responsabilidade extracontratual, fazendo com que o causador do dano seja responsabilizado não somente pelo prejuízo causado ao consumidor, como a todos aqueles que, de alguma forma, experimentaram algum prejuízo em função do evento lesivo.

8.5. O STF ao apreciar RE 262.651/SP negou a possibilidade de aplicação do regime de responsabilização objetiva, com base no art. 37, § 6.º, da CF/1988, quando não se tratar o terceiro de usuário do serviço público. Isto porque seria o terceiro usuário o detentor do direito subjetivo de receber um serviço público ideal, e não o terceiro não-usuário.

8.6. No RE 591.874/MS o STF manifestou outro entendimento e no que diz respeito à inexistência de distinção entre o sujeito passivo do dano, se usuário ou não-usuário do serviço, decidiu que não cabe ao intérprete da norma restringir o que ela própria não restringiu, acrescentando que tal interpretação feriria, ainda, o princípio da isonomia, eis que conferiria injustificada distinção entre terceiros usuários e terceiros não-usuários.

8.7. A doutrina ao tratar da incidência do art. 37, § 6.º, da CF/1988, a terceiros usuários ou não-usuários se divide, basicamente, em dois posicionamentos: o primeiro, de que os terceiros que a Constituição Federal de 1988 visaria proteger seriam somente aqueles submetidos a situação de risco e, portanto, considerando que no caso de acidente de trânsito haveria situação de equivalência de criação de riscos entre o particular que conduz seu veículo e o veículo de transporte público, não se justificaria a responsabilização sem culpa para o caso de não-usuários do serviço; o segundo, destacando que por estarmos vivendo uma tendência de valorizar a dignidade da pessoa humana, a sua defesa na era da desestatização enseja a incidência do regime de responsabilização objetiva, e no que diz respeito à vítima que experimentou o dano, a solução da questão aponta para a responsabilidade objetiva, mesmo que conceba uma distinção entre usuário e consumidor, especialmente porque o art. 37, § 6.º, da CF/1988, se destina basicamente à responsabilidade extracontratual.

8.8. Existe uma linha de raciocínio alternativa que pode dar mais fundamentos à corrente que entende pela não distinção entre terceiro usuário e terceiro não-usuário no caso do art. 37, § 6.º, da CF/1988. A Constituição Federal de 1988 tratou em inúmeros de seus dispositivos das categorias jurídicas terceiro e usuário, permitindo-nos concluir que o legislador constituinte bem sabe a diferença entre elas. Assim, se houvesse alguma delimitação no conteúdo do referido parágrafo, ela haveria de ser justificada no próprio texto ou a partir de uma interpretação consentânea com o restante deste, permitindo-nos concluir que: (a) o legislador constitucional sabia exatamente do que tratava quando utilizou de forma distinta as categorias terceiros e usuários; (b) seguindo a lógica do Texto Constitucional, se o legislador constituinte originário visasse restringir o alcance do art. 37, § 6.º, da CF/1988, ele teria utilizado a categoria usuário, como o fez em vários outros artigos que, a exemplo deste, tratavam de serviços públicos, prestados pelo Estado ou por particulares (concessão/ permissão); (c) o Texto Constitucional permite entendermos a categoria usuário como uma espécie de consumidor, sempre que se refere aos serviços públicos; (d) a categoria terceiros, muito embora encontre na doutrina nacional conceituação definidamente determinada, na verdade é um conceito jurídico indeterminado, dadas as possibilidades, conforme o caso concreto, de alargamento de seu conteúdo.

8.9. As vítimas de acidente de consumo também são equiparadas a consumidor por força do art. 17 do CDC e por se tratar de espécie de responsabilidade extracontratual, existe a possibilidade que pessoas outras, que não exatamente o consumidor (destinatário final nos termos de seu art. 2.º, caput, do CDC), possam se valer do conteúdo do Código de Defesa do Consumidor para tutelar seus interesses buscando o devido ressarcimento, exatamente como nossos casos concretos aqui analisados nos precedentes do STF.

8.10. Na atual sociedade de consumo, partindo do reconhecimento de um novo modelo de Estado, é justificado o alargamento das hipóteses de responsabilização, daí a tendência legislativa apontando para as teorias do risco (administrativo, da atividade, risco-benefício etc.).

8.11. A pós-modernidade sustentada pela diminuição da atuação do Estado, com imensa multiplicidade de relações jurídicas, impõe aos cientistas e operadores do Direito forjar técnicas de interpretação do plexo legislativo vigente que regula estas relações. O ponto de partida para esta construção está na Constituição da República, notadamente a partir dos direitos fundamentais lá consagrados. É a partir deste raciocínio e com o denominado diálogo das fontes normativas que se pode ter noção do alcance pretendido com o art. 17 do CDC, alargando o campo da responsabilidade civil, impondo a extrapolação de incidência do Código de Defesa do Consumidor para além da relação consumidor-fornecedor, desde que, de alguma forma, se constate uma relação jurídica de fornecimento de produtos ou prestação de serviços voltados a um consumidor.

Referências bibliográficas

AGUIAR DIAS, José de. Da responsabilidade civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, t. II.

ARNAUD, Andre Jean. O direito traído pela filosofia. Porto Alegre: Safe, 1991.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Teoria geral do direito. Estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BEZNOS, Clovis. A responsabilidade das pessoas privadas prestadoras de serviços públicos. Revista Interesse Público 40/23-36. São Paulo: Fórum, 2006.

CABRAL, Fernando Marques de Campos. Breves anotações sobre a responsabilidade da Administração Pública. In: Slaib Filho, Nagib; Couto, Sérgio (coords.). Responsabilidade civil: estudos e depoimentos no centenário de José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense: 2006, p. 101-122.

CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Curso de direito civil: responsabilidade civil. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 7.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 1994.

GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

GOMES, Rogério Zuel. Responsabilidade civil do Estado e a denúncia da lide ao funcionário público. In: Slaibi Filho, Nagib; Couto, Sérgio (coord.). Responsabilidade civil: estudos e depoimentos no centenário de José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense: 2006, p. 320-341.

_____. A nova ordem contratual: pós-modernidade, contratos de adesão, condições gerais de contratação, contratos relacionais e redes contratuais. RDC 58/180-223. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun.2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo em evolução. 2. ed. São Paulo: Forense

Universitária, 1998.

HARGER, Marcelo. Princípios constitucionais do processo administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. A discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados. RT 756/11-36.

São Paulo: Ed. RT, out. 1998.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

MUKAI, Toshio. Direito administrativo sistematizado. São Paulo: Saraiva, 1999.

NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. Serviços públicos e relações de consumo. Curitiba: Juruá, 2006.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor. São Paulo: Saraiva, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo regulatório. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Responsabilidade extracontratual das empresas prestadoras de serviços públicos. Boletim de Direito Administrativo 3/279-290. São Paulo, mar. 2007.

STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: 1999.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. vol. 1.

_____. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. vol. 2.

1. Agradeço aos colegas Prof. MSc. Maurício Mesurini e Prof. MSc. Cícero Dittrich pela generosidade em contribuir com algumas reflexões externadas neste ensaio.

2. Valho-me neste tópico de parte de ensaio publicado anteriormente: GOMES, Rogério Zuel. Responsabilidade civil do Estado e a denúncia da lide ao funcionário público. In: SLAIBI FILHO, Nagib; COUTO, Sérgio (coords.). Responsabilidade civil: estudos e depoimentos no centenário de José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 320-341.

3. AGUIAR DIAS, José de. Da responsabilidade civil, p. 190.

4. No Brasil, à época do Império, havia disposição expressa na Carta de 1824, considerando o Imperador inviolável, sagrado e irresponsável (art. 99).

5. Certamente sob a influência da teoria hobbesiana, segundo a qual o soberano estaria fora do contrato. Neste contexto, faça o que fizer, o soberano não infringe o contrato, pois nada pactuou. Assim é porque ele seria capacitado para exercer todo o poder. Ademais, a instituição do Estado, na visão de Hobbes, decorreria de um pacto de união das vontades individuais. Assim, a pluralidade de vontades individuais se reduz a uma única vontade (vontade soberana). O que forma o Estado é o súdito. O súdito é a substância do Estado. Não interessaria, então, a forma de governo, mas sim que é o

súdito quem governa representado pela pessoa do Estado. Portanto, cada súdito é autor das ações estatais. Os atos do soberano são atos dos súditos, portanto, não há como os súditos se sentirem prejudicados pelos atos do soberano.

6. "Art. 1.382. Qualquer fato da pessoa que cause a outra um dano, obrigará aquela por cuja culpa se causou, a repará-lo."

7. Historicamente a relação entre direito civil e direito administrativo nunca foi pacífica e isenta. O direito administrativo francês, que serviu de base para o direito administrativo de todo o ocidente, foi forjado pela jurisprudência do Conselho de Estado (próximo ao Executivo) lastreado pela concepção de que esse novo ramo, o do direito administrativo (antiga ciência de polícia), era um direito extravagante que afastava as regras aplicáveis entre particulares (direito civil) sempre o litígio tivesse relação com a Administração Pública. Nesta quadra da história francesa se verificava a intenção de afastar a Administração Pública dos tribunais judiciais, porque o próprio exercício de julgamento da Administração Pública fazia parte das atividades que deveriam ser desenvolvidas por ela, daí a criação de Conselho de Estado com tal competência.

8. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, p. 411-412.

9. Idem, p. 412.

10. "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."

11. A Constituição de 1934 já previa, em seu art. 171, a responsabilidade solidária entre os funcionários públicos e a Fazenda Pública, por negligência, omissão ou abuso de direito no exercício dos seus cargos. A solidariedade foi mantida pela Constituição de 1937, em seu art. 158.

12. "Art 105. As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros. Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo."

13. "Art. 107. As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo."

14. Neste sentido: Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de direito administrativo, p. 623-624), seguindo os ensinamentos de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello; Lucia Valle Figueiredo (Curso de direito administrativo, p. 172); Maria Helena Diniz – até o advento do Código Civil de 2002 (Código civil anotado, p. 31); Rui Stoco (Tratado de responsabilidade civil, p. 751) e Silvio de Salvo Venosa (Direito civil: parte geral, p. 277-278) tendo em conta o atual Código Civil.

15. Neste sentido: Celso Seixas Ribeiro Bastos (apud Odete Medauar. Direito administrativo moderno, p. 430); Hely Lopes Meirelles (Direito administrativo brasileiro, p. 600-602); José Cretella Júnior (Curso de direito administrativo, p. 90); José de Aguiar Dias (Op. cit., p. 210) após longa exposição de votos dos Ministros Orozimbo Nonato, Pedro Lessa e Filadelfo Azevedo (p. 193-209); Diógenes Gasparini. (Direito administrativo, p. 618); Odete Medauar (Op. cit., p. 431-432); Toshio Mukai (Direito administrativo sistematizado, p. 526).

16. "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.”

17. VENOSA, Silvio de Salvo. Op. cit., p. 277-278. Maria Helena Diniz, analisando o art. 43 do CC/2002, sustenta que a responsabilidade civil do Estado é objetiva por comportamentos comissivos ou omissivos de seus funcionários que causem lesão ao administrado (Curso de direito civil: responsabilidade civil, p. 551).

18. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional, p. 798-799.

19. Mais adiante tratar-se-á melhor da questão denominada alargamento da responsabilidade civil justificando-a, a bem da verdade, dada a nova realidade social e a necessidade de a teoria geral da responsabilidade acompanhá-la.

20. Apud NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. Serviços públicos e relações de consumo, p. 306 e 309.

21. “Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.”

22. Por certo diz respeito aos serviços públicos indiretos, remunerados por tarifas ou taxas, sendo necessária uma interpretação sistemática, que leve em conta, também, o art. 3.º da mesma lei, o qual condiciona a prestação de serviço à remuneração.

23. NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. Op. cit., p. 317 e 318.

24. “Art. 2.º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

25. “Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.”

26. “Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”

27. “Art. 6.º. Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.”

28. GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo em evolução, p. 118.

29. “Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

30. “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

31. Anteriormente a este ensaio foram alguns comentários sobre a mitigação do princípio da relatividade dos contratos: GOMES, Rogério Zuel. A nova ordem contratual: pós-modernidade, contratos de adesão, condições gerais de contratação, contratos relacionais e redes contratuais. RDC 58/180-223. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2006.
32. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor, p. 40, 41 e 208.
33. BEZNOS, Clovis. A responsabilidade das pessoas privadas prestadoras de serviços públicos, p. 23-36.
34. SOUTO, Marcos Juruena Villela. Responsabilidade extracontratual das empresas prestadoras de serviços públicos, p. 279-290.
35. Este autor trata melhor desse tema no seu: Direito administrativo regulatório. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
36. CABRAL, Fernando Marques de Campos. Breves anotações sobre a responsabilidade da Administração Pública, p. 119-120.
37. DE PLÁCIDO E SILVA. Dicionário jurídico, p. 442.
38. CRETELLA JÚNIOR, José. Op. cit., p. 367.
39. "Art. 37. (...).
- § 3.º. A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:
- I – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;
- II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5.º, X e XXXIII.
40. HARGER, Marcelo. Princípios constitucionais do processo administrativo, p. 141.
41. "Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) § 3.º. As vedações do inciso VI, a, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel."
42. "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: (...).
- II – os direitos dos usuários."
43. DE PLÁCIDO E SILVA. Op. cit., p. 341.
44. HARGER, Marcelo. A discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados, p. 11-36.

45. "Código de Defesa do Consumidor. Acidente aéreo. Transporte de malotes. Relação de consumo. Caracterização. Responsabilidade pelo fato do serviço. Vítima do evento. Equiparação a consumidor. Art. 17 do CDC. I – Resta caracterizada relação de consumo se a aeronave que caiu sobre a casa das vítimas realizava serviço de transporte de malotes para um destinatário final, ainda que pessoa jurídica, uma vez que o art. 2.º do CDC não faz tal distinção, definindo como consumidor, para os fins protetivos da lei, '(...) toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final'. Abrandamento do rigor técnico do critério finalista. II – Em decorrência, pela aplicação conjugada com o art. 17 do CDC, cabível, por equiparação, o enquadramento do autor, atingido em terra, no conceito de consumidor. Logo, em tese, admissível a inversão do ônus da prova em seu favor. Recurso especial provido" (STJ, REsp 540.235/TO, j. 07.02.2006, rel. Min. Castro Filho, DJ 06.03.2006).

"Processual civil. Ação civil pública. Explosão de loja de fogos de artifício. Interesses individuais homogêneos. Legitimidade ativa da Procuradoria de Assistência Judiciária. Responsabilidade pelo fato do produto. Vítimas do evento. Equiparação a consumidores. I – Procuradoria de assistência judiciária tem legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando indenização por danos materiais e morais decorrentes de explosão de estabelecimento que explorava o comércio de fogos de artifício e congêneres, porquanto, no que se refere à defesa dos interesses do consumidor por meio de ações coletivas, a intenção do legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimação ativa, conforme se depreende do art. 82 do CDC e incisos, bem assim do art. 5.º, XXXII, da CF/1988, ao dispor expressamente que incumbe ao 'Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor'. II – Em consonância com o art. 17 do CDC, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas que, embora não tendo participado diretamente da relação de consumo, vem a sofrer as conseqüências do evento danoso, dada a potencial gravidade que pode atingir o fato do produto ou do serviço, na modalidade vício de qualidade por insegurança. Recurso especial não conhecido (STJ, REsp 181.580/SP, j. 09.12.2003, rel. Min. Castro Filho, DJ 22.03.2004).

46. Especialmente para a ciência jurídica. André-Jean Arnaud salienta, ao tratar do Direito "moderno", a "crença universal das soluções jurídicas, e nas benfeitorias da lei toda-poderosa. (...) Desde então, fala-se de um Direito singular. (...) Aprendemos muito rápido que os sonhos da época moderna não eram senão ilusões" (O direito traído pela filosofia, p. 246-247).

47. Tratamos deste tema com mais vagar anteriormente: Gomes, Rogério Zuel. A nova ordem contratual: pós-modernidade... cit., p. 180-223.

48. Azevedo, Antonio Junqueira de. Teoria geral do direito, p. 55-56.

49. Destaque-se que o Código de Defesa do Consumidor no conceito padrão de consumidor (art. 2.º, caput, do CDC) contempla tanto o usuário, quanto o mero utente do produto ou serviço.