

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO**

VIVIANE PEREIRA ROCHA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS
CONCESSIONÁRIAS E PERMISSIONÁRIAS DE
SERVIÇOS PÚBLICOS**

**Fortaleza
2009**

VIVIANE PEREIRA ROCHA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS
CONCESSIONÁRIAS E PERMISSIONÁRIAS DE
SERVIÇOS PÚBLICOS**

Monografia submetida à Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Ceará,
como requisito parcial para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.
Orientadora: Maria José Fontenelle
Barreira

Fortaleza

2009

VIVIANE PEREIRA ROCHA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CONCESSIONÁRIAS E PERMISSIONÁRIAS
DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

Monografia submetida à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: 27/05/2009.

BANCA EXAMINADORA

Maria José Fontenelle Barreira (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará - UFC

Francisco de Araújo Macêdo Filho
Universidade Federal do Ceará - UFC

Ana Karmen Fontenele Guimarães Lima
Universidade Federal do Ceará - UFC

CONCEITO FINAL: _____

À minha mãe, a quem devo tudo o que sou e tudo que serei.

AGRADECIMENTOS

A Deus, fonte inesgotável de energia, por estar sempre presente na minha vida;

A todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a elaboração deste trabalho, principalmente meus mestres da Universidade Federal do Ceará e mestres das atividades práticas de estágio da Procuradoria da República (MPF), Procuradoria da União (AGU), Procuradoria Fiscal (PGE) e Procuradoria Patrimonial(PGM) ;

À minha orientadora, Professora Maria José, por aceitar a orientação deste estudo, pela paciência, carinho e atenção despendida nesta jornada;

Aos membros da banca examinadora, Professor Francisco Macêdo e Ana Karmen, mestranda, pela receptividade com que aceitaram o meu convite;

Aos meus familiares e amigos, por formarem meu alicerce na vida sempre;

Com carinho, ao meu namorado e eterno amigo, Tião, pelo apoio incondicional;

“Há pessoas que transformam o Sol em uma mera mancha amarela; Mas há pessoas também que fazem de uma mera mancha amarela o próprio Sol”

(Pablo Picasso)

RESUMO

O Brasil, desde meados dos anos 90, iniciou uma fase de desestatização que promoveu a transferência de inúmeros serviços públicos para o setor privado, através de concessões e permissões. O Estado deixou de ser prestador de serviços para se tornar um regulador destes serviços, inclusive criando as Agências Reguladoras. As concessionárias e permissionárias exploram economicamente estes serviços públicos e diante deste quadro, este trabalho monográfico procura analisar como será a responsabilidade das concessionárias pelos prejuízos causados a terceiros, em razão do exercício da atividade, uma vez que atuam fazendo formalmente as vezes do próprio Estado. Para analisar este instituto, é necessário estudar a essência dos serviços públicos, como eles podem ser prestados e examinar o instituto da concessão de serviços públicos. Após este quadro preliminar, estuda-se a responsabilidade das concessionárias dos serviços públicos, à luz da Constituição, do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, analisando também o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a questão, que limita a responsabilidade objetiva das concessionárias apenas aos usuários dos serviços.

Palavras-chave: serviços públicos, concessionárias, permissionárias, responsabilidade civil.

ABSTRACT

Brazil, since the mid-90's, began a phase of privatization that promoted the transfer of many public services to the private sector through concessions and permissions. The state is no longer a service provider to become a regulator of services, including creating regulatory agencies. The concession and permission economically exploit these public and before this table, this monographic work seeks to analyze how the responsibility is of the concessionaires for damage to third parties by reason of the exercise of activity, since the times formally act as the state itself. To examine this Institute to study the essence of public services, as they can be provided and examine the institution of the award of public services. After this preliminary framework, studies are the responsibility of the concessionaires of public services in light of the Constitution, the Civil Code and the Code of Consumer Protection, analyzing also the understanding of the Supreme Court on the issue, which limits the liability of the objective concessionaires only to users of services.

Keywords: public services, concessions, permission, civil liability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 LINHAS GERAIS SOBRE SERVIÇOS PÚBLICOS	14
1.1 Conceito e elementos característicos	14
1.2 Princípios norteadores dos serviços públicos	18
1.3 Classificação dos serviços públicos	20
1.4 Competência para prestação dos serviços públicos	22
1.5 Formas de prestação dos serviços públicos	23
1.6 A desestatização e o Estado Regulador	24
2 CONCESSIONÁRIAS E PERMISSIONÁRIAS DOS SERVIÇOS PÚBLICOS	29
2.1 Conceito, natureza jurídica e noções gerais	29
2.2 Regime Jurídico	31
2.2.1 Relação Contratual: Supremacia do Poder Concedente	32
2.2.2 Obrigatoriedade de licitação	33
2.2.3 Política Tarifária	34
2.2.4 Cláusulas essenciais e Relação triangular	35
3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CONCESSIONÁRIAS E PERMISSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO	38
3.1 Noções Gerais de Responsabilidade e evolução do instituto	38
3.2 Fundamentos da responsabilidade do Estado	42
3.3 A extensão da Responsabilidade Objetiva às concessionárias e permissionárias de serviços públicos	45
3.3.1 O entendimento do Supremo Tribunal Federal: responsabilidade objetiva apenas para os usuários	49
3.3.2 A visão doutrinária acerca da limitação da responsabilidade objetiva aos “usuários”	55
3.3.3 A responsabilidade das concessionárias de serviços públicos na Lei n. 8.987/95 e os institutos da responsabilidade na subcontratação e na subconcessão	58
3.3.4 A responsabilidade das concessionárias e permissionárias de serviço público no Código de Defesa do Consumidor	61
3.3.5 A responsabilidade das concessionárias e permissionárias de serviços públicos no Código Civil e questões relativas à indenização	63
3.3.6 Responsabilidade Subsidiária do Poder Concedente	67

CONCLUSÃO

71

REFERÊNCIAS

73

INTRODUÇÃO

Serviço Público é uma atividade estatal por excelência, consiste nas necessidades básicas e imprescindíveis para a coletividade, justamente por isto, o Estado as assume como próprias. O Estado pode promover a sua execução centralizadamente ou descentralizadamente, por meio de entidades da Administração Indireta ou por particulares.

O Brasil, seguindo a tendência da França, iniciou na década de 90 um processo de desestatização, sob a justificativa de adaptar-se à modernização, pautando-se no argumento de maior eficiência do setor privado.

Deste modo, o País passou a viver uma nova realidade, com a transferência da gestão de serviços públicos para a entidade privada, sob o regime de concessão, permissão ou autorização.

O Estado deixou de ser prestador de serviços e passou a ser mero fiscalizador, regulador, resultando na criação das agências reguladoras que, inspiradas no modelo norte-americano, atuam na regulação e fiscalização dos serviços públicos prestados pelas entidades privadas.

Diante deste quadro, surgem dúvidas e indagações sobre como será a responsabilidade civil destas entidades privadas na reparação dos danos causados a terceiros, em razão do exercício da atividade. Responderiam como o Estado ou responderiam como uma entidade privada?

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, trouxe uma grande novidade no instituto da responsabilidade, na medida em que equiparou as pessoas jurídicas de Direito Público e as pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviços públicos no que diz respeito à responsabilidade, determinando que ambas respondem objetivamente, independente de dolo e culpa.

O que o constituinte frisou como importante foi o fato da prestação de serviço público, que embora possa ser exercido por pessoas jurídicas de Direito Privado, são atividades eminentemente estatais.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal,¹ não obstante reconhecer a responsabilidade objetiva às concessionárias e permissionárias prestadoras de serviços públicos, limitou substancialmente esta responsabilidade, entendendo que seria restrita aos “usuários” do serviço, devendo os terceiros não usuários, para serem indenizados, em razão de danos na prestação do serviço, comprovarem o dolo ou culpa.

À título de ilustração, no caso de um avião que cair em uma propriedade, só haverá responsabilidade objetiva para as vítimas que estavam dentro do avião, devendo os familiares das vítimas que faleceram dentro da propriedade terem que comprovar a culpa ou dolo da concessionária.

Como se pode ver, este posicionamento do Supremo Tribunal Federal pode levar a situações desarrazoadas, ferindo não apenas o princípio da igualdade, como também proporcionalidade e razoabilidade. E, apesar do Brasil não ter adotado o princípio norte-americano do *stare decisis*, da força dos precedentes da *supreme court* em questões constitucionais, é inegável a influência do Supremo Tribunal Federal nas decisões proferidas pelas instâncias inferiores.

Em razão deste entendimento, o presente trabalho monográfico se propõe a analisar criteriosamente a responsabilidade civil das concessionárias e permissionárias dos serviços públicos. Para tanto, separou-se o estudo em três capítulos.

No primeiro capítulo, estudam-se os serviços públicos, sua classificação, princípios norteadores, formas de prestação dos serviços e, ao final, explicando sucintamente as profundas alterações ocorridas no País com o processo de desestatização.

No segundo capítulo, analisa-se o instituto jurídico da concessão e permissão dos serviços, no que diz respeito à sua natureza jurídica, seu regime jurídico e aspectos da relação triangular, formada pelo Poder Concedente, concessionário e usuário.

No terceiro capítulo, faz-se, inicialmente, uma breve digressão sobre a responsabilidade civil do Estado, sua evolução e seus fundamentos, para adiante estudar a questão da responsabilidade civil das concessionárias e permissionárias

¹Este foi o entendimento adotado, por exemplo, no RE 262.651-1-SP, RE 370272- PR, RE 30222-MG e RE 302.622-4-MG.

dos serviços públicos à luz da Constituição Federal, do Código de Defesa do Consumidor, do Código Civil e da Lei que rege o instituto da concessão e permissão (Lei 8.987/95), em paralelo ao entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

Buscou-se abordar neste trabalho reflexões amplas sobre esta questão da responsabilidade civil das concessionárias e permissionárias dos serviços públicos, mas sem a pretensão de exaurir o tema, seja em razão da sua complexidade, seja em razão dos tribunais e doutrinadores não possuírem uma visão definida em alguns aspectos.

1 LINHAS GERAIS SOBRE SERVIÇOS PÚBLICOS

1.1 Conceito e elementos característicos

Não se deve confundir serviços públicos com atividades administrativas. Esta expressão, mais ampla, engloba a anterior e consiste nas variadas atividades desempenhadas pelo Poder Público para a realização do interesse público.

Para facilitar o exame destas atividades, os doutrinadores as dividem em categorias. Segundo Marçal Justen Filho, as atividades administrativas estão classificadas em: atividades conformadoras ou ordenadoras, que são aquelas que limitam as liberdades e direitos individuais, que costumam ser designadas de “poder de polícia”²; as atividades prestacionais destinadas à satisfação das necessidades da coletividade, que englobam os serviços públicos e também a intervenção do Estado no domínio econômico e por fim, as atividades regulatórias, que condicionam o comportamento dos administrados, por meio de incentivos ou desincentivos.

Celso Antônio Bandeira de Mello, por seu turno, separa estas atividades em: serviços públicos destinados a satisfazer necessidades ou comodidades do todo social, consideradas como fundamentais; intervenção do Estado no domínio econômico e social, quando o Estado atua como “protagonista do mundo empresarial” e interfere na esfera social, com serviços públicos sociais ou fomento no setor desenvolvido por particulares; limitações administrativas à liberdade e à propriedade, que são condicionamentos destinados a evitar comportamentos danosos ao conjunto social; imposição das sanções previstas para as infrações administrativas, quando o Estado atua intimidando condutas que atentem contra a boa ordem e em vista desta desobediência às normas, aplica sanções; sacrifícios de direitos, quando a administração restringe ou elimina direitos para realizar o interesse público, ressalvando o direto à indenização pelos agravos sofridos e por fim, gestão dos bens públicos, que dirige os bens públicos, suas formas de aquisição e de utilização.

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro distingue em: serviço público, poder de polícia, fomento e intervenção.

² Celso Antônio Bandeira de Mello adverte que o *nomem júris* “poder de polícia” é objeto de críticas e que já está em desuso em alguns países.

Como se pode observar, o serviço público é apenas uma das espécies do gênero atividades administrativas e, por isso, deve-se defini-lo, vez que a partir de tal demarcação, vislumbra-se o campo de deveres do Estado perante a população, suas necessidades essenciais e fundamentais, que por tais características são incumbências do Estado.

Nesta esteira, conceituar serviço público passa a ser uma tarefa difícil, devido a sua relevância no papel do Poder Público de contraprestação de serviços aos administrados e pelo fato de o Estado assumir diversas facetas, ora como mínimo, não intervencionista- Estado Liberal-, ora como máximo, eminentemente intervencionista-Estado do bem estar social.

Tal conceito já considerado, na França, como “pedra angular do Direito Administrativo”³, sofre transformações no decurso do tempo, pelas variações decorrentes das mudanças das funções do Estado e da variação do conceito de interesse coletivo, este por possuir índole essencialmente política é instável, além de sofrer alterações no espaço, pela legislação de cada país.

Diante de tal imperativo, os doutrinadores arriscaram definições sobre serviços públicos. As primeiras noções de serviço público surgiram na França, na chamada Escola do Serviço Público e primordialmente, abrangiam todas as atividades do Estado. Assim, Leon Duguit, que capitaneou a referida “Escola do Serviço Público”, e também Roger Bonnard, consideravam serviços públicos como atividade ou organização, englobando todas as funções do Estado, dando sentido amplo à expressão.

Em sentido estrito, a expressão significaria as atividades exercidas pela Administração Pública excluída destas as funções legislativas, jurisdicionais e também as que integram o poder de polícia do Estado.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, os autores para definir os serviços públicos sempre se valiam de três critérios: o subjetivo, voltado para a pessoa jurídica prestadora da atividade, sendo o serviço público prestado pelo Estado; o material, que considera a atividade exercida e o formal, que considera o regime jurídico.

³ Jean Rivero(Droit Administratif,2ed.,Paris, Dalloz, 1962,p.146) afirmou que a Escola do Serviço Público acreditava poder explicar todas as particularidades do Direito Administrativo pelas necessidades do serviço público. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007,p.651.

A estudiosa afirma, ainda, que se chegou a falar até em “crise da noção do serviço público”, pois os elementos utilizados normalmente para conceituar, tornaram-se dispensáveis e a combinação deles ficou menos freqüente.

Isto porque, inicialmente, o Estado liberal foi assumindo contornos de Estado Social e alargando o campo das atividades próprias, como serviços públicos. Mas, paralelamente, o Estado viu que não conseguia prestar todos estes serviços de forma satisfatória, passando, então, a delegar sua execução aos particulares ou às pessoas jurídicas de direito privado criadas para este fim (empresas públicas e sociedade de economia mista). Afastando-se, destarte, o elemento subjetivo e, em parte, o formal.

Finalmente, para definir expressão “serviço público”, a doutrinadora valeu-se dos seguintes elementos: o subjetivo, baseado no artigo 175 da Constituição Federal de 1988, diz que o serviço público é sempre incumbência do Estado, que o faz diretamente ou indiretamente, por meio de pessoas jurídicas criadas pelo Estado com esta finalidade ou por pessoas jurídicas de direito privado, através de concessões ou permissões⁴. O elemento formal distingue os tipos de serviços como comerciais ou industriais e os que não são de tais categorias. Os não comerciais e não industriais possuem o regime jurídico de direito público, definido por lei, que impõe que os agentes são estatutários, os bens são públicos e a responsabilidade é objetiva, entre outros aspectos. Os demais, não inseridos nestas categorias possuem regime jurídico de direito comum (civil e comercial), mas derrogados parcialmente pelo direito público e, não obstante estas derrogações, a vigente Constituição Federal atribuiu a estes a responsabilidade objetiva⁵. O elemento material, por sua vez, liga-se à atividade de interesse público relevante, que a lei atribui ao Estado por visar atender às necessidades públicas. Definindo, então: “*toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime total ou parcialmente público.*”

Celso Antônio Bandeira de Mello, de modo mais dinâmico e enfatizando o regime jurídico de Direito Público, conceituou como⁶:

⁴ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação a prestação dos serviços públicos.”

⁵ Conforme artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal de 1988.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.650.

[...] toda a atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime jurídico de Direito Público- portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais-, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.⁷

Hely Lopes Meirelles, de modo objetivo, define:

Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniência do Estado⁸

Nesta mesma linha, de modo simples e objetivo, José do Santos Carvalho Filho conceitua: “*toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob o regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade*”⁹

Deste modo, como nem a Constituição, nem a legislação infraconstitucional conceituaram o sentido de serviços públicos, os autores tentam cumprir tal tarefa mesclando os elementos definidores e as correntes: essencialista (que considera serviço público em razão de sua natureza, ou seja, por serem atividades reputadas como imprescindíveis, o Estado as assume como próprias) e formalista (o que a Constituição ou as leis afirmam ser público).

O que se deve sempre ter em mente, todavia, é que tais atividades definidas como serviços públicos constituem um campo de deveres do Estado perante a coletividade, são as necessidades básicas da sociedade, constituindo relevante interesse coletivo e, por isto, regulado sob o regime de direito público, incompatível com a livre iniciativa e auto-regulamentação do mercado. Em suma, o regime de Direito Público não pode ser postergado pelo regime de economia privada.

⁷ Di Pietro critica esta noção, porque a expressão “fruível diretamente pelos administrados”, restringe muito o sentido de serviços públicos, excluindo atividades que, embora não usufruidas diretamente, de modo indireto, beneficiam toda a coletividade como os serviços diplomáticos, os trabalhos de pesquisa científica, entre outros.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.333.

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris Editora, 2007, p.281.

1.2 Princípios norteadores dos serviços públicos

A doutrina francesa utiliza-se basicamente de três princípios norteadores do serviço público, quais sejam, mutabilidade, continuidade e igualdade.¹⁰

No Brasil, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Diógenes Gasparini seguem estes princípios da doutrina francesa. Hely Lopes Meirelles acrescenta, ainda, o da modicidade das tarifas e o da cortesia.¹¹ Seguindo José dos Santos Carvalho Filho esta mesma linha de Hely Lopes Meirelles, excluindo apenas o princípio da cortesia. Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, faz uma mesclagem entre os princípios consagrados pela doutrina francesa com os demais princípios do regime jurídico administrativo.¹²

Deste modo, o ponto comum entre os doutrinadores são os princípios já mencionados da doutrina francesa, os quais se passa a dissertar.

O princípio da continuidade vela por uma prestação de serviços contínua, sem interrupções, decorrente da relevância e nível de essencialidade de tais serviços, sendo um direito fundamental dos administrados a sua não suspensão ou interrupção. Rizzato Nunes assim disserta “*em medida amplíssima todo serviço público, exatamente pelo fato de sê-lo (público), somente pode ser essencial.*”¹³

No nosso sistema jurídico, a Lei de Greve (Lei nº 7.783/89) definiu os serviços públicos essenciais e urgentes, mostrando a preocupação do legislador com a continuidade deste serviços, por ocasião de greve, *verbis*:

Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:
 I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;
 II - assistência médica e hospitalar;
 III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;
 IV - funerários;
 V - transporte coletivo;
 VI - captação e tratamento de esgoto e lixo;
 VII - telecomunicações;

¹⁰ René Chapus (Droit Administratif General, 6^a ed., t.I, ed. Montcherstien, 1992, pp. 451 e ss.) , Jean Rivero e Jean Waline (Droit Administratif, 14^a ed., Dalloz, pp. 388-389) In : MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

¹¹ Ressalta-se que o autor, embora mencione a nomenclatura permanência, generalidade e eficiência, equivale especificamente à continuidade, igualdade e mutabilidade.

¹² Celso Antônio Bandeira de Mello enumera os seguintes princípios: 1) dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação; 2) princípio da supremacia do interesse público; 3) princípio da adaptabilidade; 4) princípio da universalidade; 5) princípio da impensoalidade; 6) princípio da continuidade; 7) princípio da transparência; 8) princípio da motivação; 9) princípio da modicidade das tarifas.

¹³ NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 328.

- VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;
- IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;
- X - controle de tráfego aéreo;
- XI compensação bancária.

Estes serviços se relacionam com o mínimo existencial, necessários à uma vida sadia e por isto, devem ser contínuos, em respeito à dignidade da pessoa humana.

O princípio da continuidade relaciona-se, substancialmente, com os contratos administrativos e com o exercício da função pública¹⁴. A Administração, nos contratos administrativos possui algumas prerrogativas, com traços característicos que satisfazem esta permanência exigida. Assim, é possível a encampação, utilização compulsória de recursos materiais e humanos para não ocorrer interrupção, bem com a inoponibilidade da cláusula *exceptio non adimpleti contratus contra a administração*¹⁵. Ressalte-se que não caracteriza a descontinuidade, o caso de suspensão por razão de ordem técnica, devidamente justificada e com aviso prévio, bem como a interrupção em situação de emergência e no caso em que o concessionário suspende o serviço pelo não pagamento da tarifa por parte do usuário, consoante o entendimento do STJ,¹⁶ pautado na Lei nº 8.987/95, art. 6º, § 3º, inciso II.¹⁷

José dos Santos Carvalho Filho faz ainda a distinção entre serviços facultativos e compulsórios, considerando que os primeiros podem ser suspensos no caso de não pagamento, o que ocorre com os serviços prestados pelas concessionárias autorizados pela Lei nº 8987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos. Já em relação aos serviços compulsórios, não é admitida a suspensão, em caso de inadimplemento, pelo fato de o Estado impor coercitivamente a contraprestação e, ainda, pelo fato da

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.99.

¹⁵ Ressalva-se o caso do art. 78, inciso XV da Lei 8.6660/93 que permite ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações, caso haja atraso superior a 90 dias dos pagamentos devidos pela Administração.

¹⁶ O STJ já admitiu a interrupção do fornecimento decorrente do inadimplemento do usuário, entendendo que deveria ser aplicado o art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8987/95, sendo afastada a norma constante no art. 22 do Código de Defesa do Consumidor no Resp nº 337.965-MG, 2ª Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, julgado em 2-9-2003 (Informativo STJ nº182).

¹⁷ “Art. 6º[...]§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após aviso prévio, quando: I-motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; II-por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.”

Fazenda ter privilégios na cobrança de dívidas, especialmente taxa de incêndio, taxa judiciárias, entre outros.

O princípio da mutabilidade autoriza alterações no regime de execução do serviço para atualizá-lo em relação às modernidades técnicas e também para conservá-lo e até expandi-los, tendo em vista sua máxima eficiência e atendimento aos interesses públicos.

O princípio da igualdade veda o tratamento desigual entre os administrados que estejam na mesma situação e preencham os requisitos necessários. Assim, não pode haver distinções de caráter pessoal, não sendo permitidas preferências arbitrárias.

Ainda que alguns autores coloquem separadamente o princípio da modicidade das tarifas, este princípio, em última análise, está inserido no princípio da igualdade, vez que colocando um valor exorbitante das tarifas, estar-se-ia prestigiando a desigualdade, pois boa parte da população não teria recursos suficientes para usufruir o serviço. Acerca da discussão é oportuno colacionar a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] se o Estado atribui tão assinalado relevo à atividade a que conferiu tal qualificação por considerá-lo importante para o conjunto dos membros do corpo social, seria rematado dislate que os integrantes desta coletividade a que se destinam devessem para desfrutá-lo, pagar importâncias que os onerassem excessivamente e, pior que isto, que os marginalizassem. Dessarte, em um país como o Brasil, no qual a esmagadora maioria do povo vive em estado de pobreza ou miserabilidade, é óbvio que o serviço público, para cumprir sua função jurídica natural terá de ser remunerado por valores baixos, muitas vezes subsidiados.¹⁸

Deste modo, o valor da tarifa deve favorecer um equilíbrio que proporcione um serviço com possibilidade de acesso a todos e uma margem de lucro razoável que permita o autofinanciamento da empresa prestadora do serviço.

1.3 Classificação dos serviços públicos

Os doutrinadores pátrios divergem acerca da classificação dos serviços públicos. Em apertada síntese, expõe-se uma classificação mais prática e dinâmica.

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p.657.

Os serviços públicos dividem-se em delegáveis e indelegáveis.¹⁹ Os primeiros, ou por determinação do ordenamento jurídico ou por sua própria natureza, podem ser executados diretamente pelo Estado ou delegados a particulares, os concessionários, permissionários ou autorizados. É o caso dos serviços de energia elétrica e transporte coletivo. Os indelegáveis só podem ser prestados diretamente pelo Estado, por meio de seus órgãos e agentes, como fiscalização de atividades, defesa interna.

No que diz respeito ao objeto, podem ser classificados em administrativos, comerciais (ou industriais) e sociais.²⁰

Os serviços administrativos são aqueles destinados a uma melhor organização e funcionamento da máquina administrativa. É o caso da imprensa oficial, centros de pesquisa.

Os serviços sociais visam atender as necessidades coletivas essenciais, juntamente com os setores privados. Exemplo dos serviços de saúde, educação, previdência, entre outros.

Em relação aos serviços comerciais ou industriais, é necessário distinguir que a Constituição, ao tratar do tema no art. 173, refere-se à intervenção no domínio econômico, em que o Estado só pode executar estes serviços em caso de relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional e, também, que algumas atividades econômicas são monopolizadas pelo Estado, como é o caso da exploração de petróleo, minas e jazidas.

Assim, só serão efetivamente serviços públicos, tidos como comerciais ou industriais, os definidos no art. 175 da CF/88 como transportes, energia elétrica e telecomunicação e outros serviços que o Estado pode prestar diretamente ou indiretamente.

Quanto à satisfação do interesse por parte da coletividade, podem ser classificados em serviços *uti singuli* ou *uti universi*. Aqueles fruíveis individualmente e diretamente pelos cidadãos, como energia domiciliar, uso de linha telefônica e transporte. Estes usufruídos pela coletividade, prestados aos indivíduos de modo indeterminado, como pavimentação das ruas e iluminação pública.

¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**.17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.p.283.

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008,p.101-102.

1.4 Competência para prestação dos serviços públicos

O Brasil constitui-se como forma de Estado Federado, formado pela União, Estados e Municípios como entidades federativas autônomas, que ocupam o mesmo plano hierárquico.

A Constituição Federal de 1988, adotando o critério da predominância de interesses, ou também chamado de extensão territorial de interesses, atribuiu a alguns entes a competência privativa para o desenvolvimento de determinados serviços públicos, de modo que as entidades federativas só possam desenvolver suas atividades nos campos que lhes foram reservados²¹ e nos outros serviços situados na esfera comum.

Assim, o art. 21 da Constituição Federal determinou os serviços de competência privativa da União, como, por exemplo, a emissão de moedas, a manutenção do serviço postal e correio aéreo nacional, bem como energia elétrica.

No art. 25, §1º, atribuiu a competência remanescente aos Estados e também a competência para exploração de gás canalizado.

Aos Municípios (art. 30), atribuiu a competência para serviços de transportes coletivos urbanos, coleta de lixo, entre outros.

Cabe ressaltar que o Distrito Federal deve prestar os serviços do Estado e cumulativamente dos Municípios.

Em relação aos serviços da competência comum, cabe a todos os entes federados conservar o patrimônio público, proteger meio ambiente, combater a poluição, dentre outros serviços elencados no art. 23 da CF/88. A Constituição estabelece inclusive a possibilidade de edição de leis complementares para definir formas de cooperação recíproca.

Cabe destacar que esta enumeração feita pelo constituinte, não é exaustiva, podendo outros serviços tornarem-se públicos, em um dado momento, conforme critérios e padrões vigentes em dada época e sociedade²². Importante também realçar que, neste campo, apenas alguns serviços o Estado não detém a titularidade exclusiva como saúde, educação, previdência social e assistência social,

²¹ CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2008, p.799.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.682.

que podem ser prestados pelos particulares, independente de concessão ou permissão.

1.5 Formas de prestação dos serviços públicos

Os serviços públicos podem ser prestados centralizadamente pelo Estado, através da Administração Pública Direta ou descentralizadamente, por meio de entidades da Administração Indireta ou por particulares.

Quando o serviço é prestado centralizadamente, ocorre o fenômeno da “desconcentração”, ou seja, distribuição de poderes dentro da mesma pessoa jurídica (normalmente por órgãos administrativos despersonalizados), conhecido na Itália como “desconcentração burocrática” ou “hierárquica.”²³

Na descentralização, a prestação do serviço pelo Estado é indireta, atuando por meio de outras pessoas jurídicas, rompe-se, portanto, a unidade personalizada. Pode ocorrer por dois institutos distintos, a outorga e a delegação.

A outorga é caracterizada como a transferência da titularidade e execução do serviço. Em virtude da drasticidade da medida, vez que há uma transferência da titularidade, a outorga só pode ser efetuada por meio de lei, que cria uma dada entidade autárquica, ou seja, pessoa de Direito Público, sendo, portanto, uma exclusividade das entidades da Administração Indireta de Direito Público, composta por autarquias e fundações públicas de Direito Público. A delegação, por seu turno, é apenas a transferência da execução do serviço e, por não receber a titularidade dos serviços, mas apenas a qualificação para a prestação do serviço, pode ser feita por meio de lei para a Administração Indireta de Direito Privado ou por contrato administrativo para particulares, conhecidos como concessionários e permissionários do serviço público.

Por meio deste entendimento, Celso Antônio Bandeira de Mello considera que só pode haver transferência do exercício e da titularidade do serviço público para pessoas de Direito Público. Deste modo, as sociedades de economia mista e empresas públicas prestadoras de serviços públicos não são titulares de tal

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.156.

atividade, vez que são pessoas jurídicas de Direito Privado e possuem apenas a qualificação jurídica para o exercício do serviço público.²⁴

José dos Santos Carvalho Filho assevera que existem duas formas básicas que o Estado efetiva a descentralização: por meio de lei (delegação legal) ou por meio de negócio jurídico de direito público (delegação negocial). O autor rejeita a classificação anterior, pois defende que a descentralização transfere apenas a execução do serviço (delegação) e, no caso da outorga, anteriormente comentada, há transferência da própria titularidade do serviço.²⁵

1.6 A desestatização e o Estado Regulador

Na década de 80, a França passou por sucessiva liberação e privatização dos serviços públicos tradicionais²⁶, implicando mudanças de fundo como: mercadorização dos serviços públicos (prestações disponíveis no mercado por um preço); transformação dos utentes de serviço público em consumidores ou clientes e a liberdade de escolha de fornecedor ou prestador de serviços.²⁷

Seguindo esta tendência, o Brasil²⁸, na justificativa de adaptar-se à modernização, prestando serviços mais eficientes, com menor dispêndio de verba pública, procurou novas formas de prestação de serviços. Dentre estas formas encontra-se a Gestão Associada, que atua através de convênios de cooperação e consórcios públicos²⁹, pautados na idéia de federalismo de cooperação ou de equilíbrio; as Terceirizações, quando o Estado contrata externamente a execução dos serviços, ou seja, contrata terceiros; os Regimes de Parceria, que são entidades privadas que desempenham funções públicas, como Organizações Sociais,

²⁴ Maria Sylvia Zanella Di Pietro adverte que não se pode considerar, tecnicamente, as empresas públicas e sociedades de economia mista que exercem atividade econômica como entidades da Administração Indireta.

²⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**.17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007,p. 297.

²⁶ A expressão serviço público se transformou em serviço de interesse econômico geral, citada no art. 86º do Tratado de Roma, de 1957.

²⁷ MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Européia. Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte: Fórum, ano I, nº 2,jul-set, 2003. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008,p.97.

²⁸ O movimento de desestatização começou com o Presidente Fernando Collor, inclusive nesta época a lei nº 8.031-90 instituiu o Programa Nacional de Desestatização. Continuou timidamente com Itamar Franco, sendo revitalizado com o Presidente Fernando Henrique Cardoso.

²⁹ Os consórcios públicos foram instituídos pela Lei nº 11.107, de 6.4.2005 e possuem diferenças em relação aos consórcios anteriores, vez que podem se formalizar por meio de pessoas jurídicas.

Organização da Sociedade Civil de Interesse Público e, agora, as parcerias público-privadas³⁰ e por fim, as formas de desestatização e privatização.

Inicialmente, importante frisar a distinção dos termos desestatizar e privatizar. O primeiro significa retirar do Estado certo setor de atividades, enquanto o segundo quer dizer converter algo em privado.³¹

No primeiro caso, o termo desestatizar propõe um processo de aumento das delegações dos serviços públicos, ou seja, ampliar as formas de prestação indireta, havendo apenas uma transferência da execução do serviço e não titularidade. Já na privatização, não há uma delegação, o Estado se retira inteiramente da prestação do serviço, tanto da execução, quanto da titularidade. Como o interesse público é indisponível, o vocábulo desestatizar é mais apropriado para o fenômeno de transferência da prestação de serviços públicos.

A Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, inaugurou o processo de desestatização, com a instituição do Programa Nacional de Desestatização, posteriormente revogada pela Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997, que manteve os fundamentos do programa, alterando procedimentos apenas.³²

Conforme o art. 1º do Programa, seu objetivo primordial é reordenar a posição do Estado na economia, reestruturando o setor público, de modo que ao Estado somente caberá o exercício de atividades fundamentais para a consecução dos fins nacionais, transferindo para o setor privado as atividades “indevidamente” prestadas pelo Estado. E, em consequência, modernizando a infra-estrutura e parque industrial do País, além de contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais.³³

³⁰ Instituídas pela Lei nº 11.079, de 30.12.2004.

³¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**.17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007,p. 301.

³² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. Cit, p. 300.

³³ Art. 1º O Programa Nacional de Desestatização – PND tem como objetivos fundamentais:I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; II - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida;III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito; V - permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrarem o Programa.

Poderão se submeter à desestatização, conforme o art. 2º do programa, as empresas, inclusive, instituições financeiras, controladas direta ou indiretamente pela União, instituídas por lei ou ato do Poder Executivo (I); empresas criadas pelo setor privado e que, por qualquer motivo, passaram ao controle direto ou indireto da União (II); serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização (III); instituições financeiras públicas estaduais que tenham sofrido desapropriações de ações de seu capital social (IV) e bens móveis e imóveis da União (V)³⁴.

Sendo uma das formas pelas quais se processa as desestatizações, como se pode ver, a concessão, permissão e autorização de serviços públicos.

Ainda sob tais formas de desestatização, cumpre ressaltar que a Lei nº 9.074/95 fez uma nova exigência, condicionando as novas delegações por meio de concessão ou permissão à prévia lei autorizativa, *verbis*:

Art. 2º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão ou permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observados, em qualquer caso, os termos da Lei nº 8.987, de 1995.

Nesta nova fase de desestatização, o Estado transfere a prestação dos serviços públicos aos particulares, deixando de ser Estado “Executor”, para ser Estado “Fiscalizador”,³⁵ “Regulador,”³⁶ promovendo a fiscalização e regulação dos

³⁴ Incluído pela Medida Provisória nº 2.161-35, de 2001.

³⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello ao longo da sua obra demonstra claramente sua aversão por tal processo de retirada do Estado dos serviços públicos: “ Em abono destas concessões alega-se, muitas vezes, que o Estado é mau prestador de serviços, ao contrário do particular. Esquece-se, entretanto, de atentar para o fato de que o Estado é muito pior fiscalizador ou “controlador” do que prestador de serviços. Assim, dando em concessão ou permissão bem se pode imaginar que os interesses públicos serão facilmente postergados sem que o Poder Público o defenda como teria de fazê-lo. Bem por isto, os serviços públicos, depois de concedidos, tornam-se muito mais caros do que ao tempo em que o Estado os prestava por meio de empresas estatais e sua qualidade, ao menos em alguns setores decaiu visivelmente.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.657.

³⁶ Como bem adverte Paulo Modesto, o Estado Regulador não é um Estado irresponsável com as necessidades sociais, deve haver uma parceria entre o Poder Público e as empresas responsáveis por tais serviços: “Não prover diretamente o serviço não quer dizer tornar-se irresponsável perante essas necessidades sociais básicas. Não se trata de reduzir o Estado a mero ente regulador. O Estado apenas regulador é o Estado Mínimo, utopia conservadora insustentável ante as desigualdades das sociedades atuais. Não é este o Estado que se espera resulte das reformas em curso em todo mundo. O Estado deve ser regulador e promotor dos serviços sociais básicos e econômicos estratégicos. Precisa garantir a prestação de serviços de saúde de forma universal, mas não deter o domínio de todos os hospitais necessários; precisa assegurar o oferecimento de ensino de qualidade aos cidadãos, mas não estatizar todo o ensino. Os serviços sociais devem ser fortemente financiados pelo Estado, assegurados de forma imparcial pelo Estado, mas não

serviços concedidos para ajustá-los aos ditames da justiça social. Deste modo, a execução dos serviços passa para a iniciativa privada, que atuam como “*longa manus*” do poder estatal.

Com esse processo de retirada do Estado e, paralelamente, sua função regulatória, surgiram as chamadas “Agências Reguladoras”, que, inspiradas no modelo norte-americano³⁷, foram criadas para fazer “as vezes” (diretamente e com maior eficiência) do Poder Público concedente, atuando na regulação e fiscalização dos serviços públicos prestados pelas entidades privadas, com o intuito de normatizar e equilibrar as relações entre o Estado, usuários e delegatários.

Tais agências reguladoras foram constituídas como autarquias de “regime especial”, diferente das demais autarquias por maior autonomia em relação à Administração Direta, com ausência de subordinação (tornando-as isentas de pressões políticas); estabilidade de dirigentes, com mandatos com prazo determinado, não podendo haver demissão *ad nutum*; caráter final de suas decisões, em relação aos outros órgãos da Administração e também sua autonomia financeira, pois recursos humanos e infra-estrutura são fixados em lei e há previsão de dotações no orçamento da União, créditos especiais, além de transferências.

O fundamento da criação destas agências encontra-se primordialmente na qualificação técnica e possibilidade de especificação. Assim há uma especialização de cada agência em relação à sua atribuição técnica e, por isso, a possibilidade de criação de normas, em harmonia com suas peculiaridades técnicas.³⁸

Além das atribuições mencionadas acima, cabe ainda a regulamentação da prestação de serviços, com a fixação de tarifas, bem como controle destas atividades, recebendo denúncias e procedendo as investigações necessárias, solucionando conflitos e, conforme o caso, aplicando as sanções pertinentes.

necessariamente realizados pelo aparato do Estado.” (MODESTO, Paulo. **Reforma do marco Legal do Terceiro Setor no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 37, dez. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=474>>. Acesso em: 27 setembro 2008.

³⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro enfatiza a importância de tais agências nos Estados Unidos: “nos Estados Unidos toda a organização administrativa se resume em agências (vocabulário sinônimo de ente administrativo em nosso direito), a tal ponto que se afirma que o direito administrativo norte-americano é o direito das agências”.

³⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta que este poder normatizante não pode invadir a competência legislativa, devendo estar em total consonância com aspectos de índole técnica, adequando-se ao princípio de separação dos poderes. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.165.

Nesta linha foram criadas agências reguladoras como a ANEEL- Agência Nacional de Energia Elétrica (Lei nº 9.427/96); a ANATEL- Agência Nacional de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97); a ANTT- Agência Nacional de Transportes Terrestres e a ANTAQ- Agência Nacional de Transportes Aquaviários (criadas pela Lei nº 10.233/01) e ANAC- Agência Nacional de Aviação Civil (Lei nº 11.18/05).

Em decorrência de tais mudanças, chega-se a falar no surgimento de um novo ramo no direito, o Direito Regulatório, que contém regras de direito público, baseados em diretrizes do direito administrativo, constitucional e econômico.³⁹

Apesar de não caber, precipuamente, neste trabalho manifestação acerca de vantagens e desvantagens de tal processo de desestatização, cumpre enfatizar a necessidade de preservação das garantias dos cidadãos que não podem ser atingidos, negativamente, por este processo, como bem retrata Romeu Felipe Bacellar Filho:

Os sucessivos governos, desde a edição da Carta de 1988, parecendo assumir um descompromisso com as determinantes existenciais da Administração Pública, vêm promovendo um verdadeiro *strip tease* de suas atribuições, repassando à iniciativa privada funções que, até pelo bom senso, deveriam ser exercidas pela máquina estatal, esta seguramente compromissada com os interesses sociais. Não é demais lembrar que a iniciativa privada, por essência, tem compromisso com o lucro.⁴⁰

Cumpre ressaltar ainda o fato de que as Agências Reguladoras devem exercer com eficiência suas funções, caso contrário este fenômeno da desestatização se tornará um paradoxo, sem eficiência em relação aos custos, pois o Estado transferiu o exercício dos serviços, mas acabou tendo que disponibilizar igual quantidade de recursos públicos para a criação destas autarquias com regime especial⁴¹.

Desta forma, ainda que o Estado e a sociedade optem pela desestatização e transferência dos serviços públicos aos particulares, tais delegatários dos serviços públicos devem ter consciência de seu papel social.

³⁹COIMBRA, Márcio Chalegre. **O Direito Regulatório Brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 51,out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2076>>. Acesso em: 04.ago.2008.

⁴⁰BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A segurança jurídica e as alterações no regime jurídico do servidor público. In: ROCHA, Cármem Lúcia Antunes (Coord.).**Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 199.

⁴¹ Celso Antônio Bandeira de Mello faz severas críticas em seu livro às agências reguladoras, no sentido de que supostamente foram criadas para defender os interesses dos usuários, mas que na realidade defendem os interesses dos concessionários, mencionando as situação dos serviços aéreos e comunicações telefônicas como justificantes desta posição. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.p.665.

2 CONCESSIONÁRIAS E PERMISSIONÁRIAS DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

2.1 Conceito, natureza jurídica e noções gerais

A concessão, a autorização e a permissão de serviços públicos são formas de descentralização, especialmente na modalidade de delegação (ou delegação negocial, como prefere José dos Santos Carvalho Filho), em que o Estado transfere aos particulares a execução de serviços públicos⁴², recebendo o influxo de normas de direito público, em virtude da finalidade a que se destinam: o atendimento das demandas primárias e secundárias da coletividade e do próprio Estado.⁴³

A concessão, forma mais importante de delegação, pode ser conceituada, na precisa lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, como:

[...] instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.⁴⁴

As concessões podem ser classificadas em comuns, aquelas que não recebem qualquer contrapartida do Poder Concedente e em especiais, que recebem esta contrapartida.

As concessões comuns se subdividem ainda em duas modalidades: a concessão de serviços públicos simples e a concessão de serviços públicos precedida⁴⁵ de execução de obra pública,⁴⁶ em que o concessionário executa

⁴² Ressalta-se que a atividade deve ser serviço público, como energia elétrica, transporte coletivo, e não atividade meramente econômica.

⁴³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 315.

⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 680.

⁴⁵ Apesar da expressão “precedida”, a execução da obra também pode ser simultânea a prestação de serviços, como no caso de conservação de rodovias, em que há conservação concomitantemente com o pagamento de pedágio.

⁴⁶ O termo “execução de obra pública” também abrange a conservação, reforma, ampliação e melhoramento (art. 2º, III, Lei nº 8987/95).

determinada obra, obtendo depois o direito de explorar o serviço decorrente desta obra, por certo prazo.

Já as concessões especiais, em que há contrapartida do Poder Concedente, subdividem-se em concessão patrocinada (adicionalmente à tarifa cobrada aos usuários, há a contraprestação) e concessão administrativa (a Administração Pública é usuária direta ou indireta). Por tais formas pode se dar o contrato das parcerias público-privadas, regido pela Lei nº 11.079/04.

Deste modo, a concessão possui natureza jurídica de contrato administrativo, tendo este contrato a característica da bilateralidade (gera direitos e obrigações para ambos os contratantes), comutatividade (as partes possuem obrigações equivalentes), sendo ainda *intuito persona* e formal.

Antes, havia distinção entre as concessionárias e permissionárias, visto que as primeiras eram contratos administrativos e as segundas, atos administrativos. Ocorre que, a Constituição, ao tratar do tema, previu licitação para ambas as modalidades e a Lei 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, na mesma linha da Cf/88, previu expressamente a modalidade de contrato de adesão,⁴⁷ o que ocasionou inevitavelmente a aproximação dos dois institutos, inexistindo efetivamente distinção entre ambos, salvo o fato da permissão ser contrato de adesão, só poder ser firmada com pessoa física ou jurídica e ser dotada de precariedade, enquanto a concessão é contrato administrativo, não precário e só pode ser contratada com pessoa jurídica ou consórcio de empresas. Logo, não existe concessão com pessoa física, nem permissão com consórcio de empresas.⁴⁸

Em relação à autorização, a Constituição Federal menciona o termo no art. 21,⁴⁹ quando trata da exploração por terceiros, mas no art. 175,⁵⁰ ao definir que incumbe ao Poder Público a prestação de serviços públicos diretamente e também indiretamente, trata somente das formas de concessão e permissão, o que se pode

⁴⁷ 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.

⁴⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**.17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007,p. 357.

⁴⁹ Art. 21. Compete à União: XI- explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações [...]

⁵⁰ Art. 175 Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

concluir que só será autorização, no caso de uma situação emergencial até a conclusão dos procedimentos para concessão ou permissão, quando se tratar de serviço público, ou ainda, nos outros casos tratados na CF (art. 21, XI e XII), em que o termo autorização expressa na realidade o ato de “pólicia administrativa”, pois tais serviços são da iniciativa privada, mas dependem de manifestação aquiescente por parte da Administração.⁵¹

Importante elucidar o fato de que serviço público é *res extra commercium* e, portanto, não pode ser negociado. Deste modo, na concessão não há transferência da titularidade do serviço público, o Estado continua com a titularidade e, em consequência, total poder de disposição sobre ele, então, como menciona Celso Antônio Bandeira de Mello, “o concessionário o desempenhará se, quando, como e enquanto conveniente ao interesse público”.⁵²

Nesta linha, deve-se ter em mente que as concessionárias e permissionárias servem ao Estado e a coletividade, sendo, na realidade, instrumentos de atuação do Estado para a consecução dos serviços públicos. Por isso, a prestação dos serviços por tais pessoas envolve interesses que transcendem contornos meramente privados. Logo, apesar de explorarem os serviços públicos concedidos visando inclusive o lucro, estes devem ser prestados sob o influxo de normas de Direito Público, atendendo ao interesse público que justificou a delegação.

2.2 Regime Jurídico

A Constituição Federal de 1988 determina em seu artigo 175, sobretudo pela relevância do tema, os princípios norteadores de tais modalidades de descentralização de serviços públicos, *ipsis litteris*:

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:

⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 669.

⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. Cit., p.699.

- 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.

Deste modo, disserta-se adiante sobre os pontos relevantes referentes a este dispositivo constitucional.

2.2.1 Relação Contratual: Supremacia do Poder Concedente

Os contratos de concessão e de permissão, por serem contratos administrativos, submetem-se ao regime jurídico de direito público, com todas as suas peculiaridades. Assim, a despeito de serem contratos, que na essência do termo pressupõe um acordo entre partes com igualdade de condições, as concessões se sujeitam a um conjunto de regras de caráter regulamentar, que podem ser unilateralmente modificadas pela Administração, e regras contratuais, como as que tratam de disposições financeiras e garantem o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos (já estas últimas, por sua essência econômica, não podem ser modificadas unilateralmente pelo poder concedente).

Deste modo, evidencia-se que tais modalidades também se submetem às regras gerais dos contratos administrativos, dentre as quais estão a supremacia do poder concedente e, nos contratos de concessão e permissão, com maior razão, haja vista o fato da coletividade ser destinatária de tais serviços, que precipuamente deveriam ser prestados pelo Estado, e, além do que, há o pagamento de tarifas por parte dos administrados.

Destarte, em tais contratos existem cláusulas exorbitantes como a possibilidade de retomada do serviço por encampação, por motivo de interesse público,⁵³ alteração unilateral por parte da administração, poder de extinguir a concessão antes de findo o prazo inicialmente estabelecido (declaração de caducidade), possibilidade de fiscalizar e aplicar penalidades, entre outros.

⁵³“Art. 37. Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior.” Lei nº 8987/95.

2.2.2 Obrigatoriedade de licitação

Da leitura do art. 175 da Constituição Federal, “*sempre através de licitação*”, pode-se inferir a obrigatoriedade do certame, sendo, ainda, imperiosa a observância dos princípios pertinentes, quais sejam, legalidade, publicidade, moralidade, igualdade, julgamento objetivo e vinculação ao instrumento convocatório.

O Poder Público não possui a prerrogativa de escolher livremente quem irá prestar o serviço público, devendo ser vencedor aquele que melhor atender aos critérios objetivos previamente fixados.

A Lei nº 8.987/95, que trata das concessões e permissões de serviços públicos da prestação de serviços públicos, fixou a modalidade de concorrência,⁵⁴ sendo esta também de observância obrigatória para os demais entes federativos, por se tratar de norma federal, que traça as normas principiológicas, além das regras gerais fixadas na Lei nº 8.666/93.

Na elaboração do edital, o poder concedente, além do disposto na lei 8.666/93, deverá atender às peculiaridades fixadas pela Lei nº 8.987/95, como o prazo da concessão (segundo o art.18, I, o prazo deve ser determinado, pois se fosse indeterminado, burlaria a exigência de licitação), descrição das condições necessárias à prestação adequada do serviço (inciso II), exigência de documentos para a aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica e fiscal (inciso V), critérios de reajuste e revisão da tarifa (inciso VIII), a minuta do contrato, com fixação de direitos e obrigações do concedente e concessionário, além de outras peculiaridades do certame.

Como critério de julgamento, é preciso ter em mente as características do serviço prestado, mas, primordialmente, deve-se escolher aquele que apresentar o menor valor da tarifa do serviço a ser prestado, beneficiando o usuário. Em caso oposto, se o concessionário é quem tem que pagar ao concedente, deve-se escolher o que oferecer maior preço, além de combinação de melhor técnica com preço,

⁵⁴ Art. 2º, II e III da Lei nº 8987/95. Vale ressaltar que a Lei nº 9.074-95 previu a modalidade leilão das quotas e ações das pessoas administrativas sob controle da União, em situação de privatização.

dentre outros fixados no art. 15 da Lei nº 8.987/95. Sendo as propostas consideradas inexequíveis, material e financeiramente, desclassificadas.

Outro ponto peculiar é que, assim como o disposto na Lei do Pregão (Lei nº 10.520/02), o edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento.

2.2.3 Política Tarifária

Nos contratos de concessão e permissão de serviços públicos, pela execução de tais serviços, nasce para o concessionário o direito subjetivo de ser remunerado pela prestação do mister adequadamente, que se dá, em geral, pela cobrança de tarifa, ou também conhecida como preço público, a ser paga pelos usuários.

A Constituição Federal de 1988, ainda que não expressamente, admitiu a cobrança de tarifa ao tratar no art. 175 da política tarifária e juntamente da prestação adequada dos serviços.

Mas a atual Constituição, diferentemente da anterior,⁵⁵ não tratou mais detalhadamente do tema, cabendo à Lei nº 8.987/95 regular a matéria, prevendo em seu corpo o reajuste (tarifa é apenas atualizada, substancialmente não muda) e revisão (mudança da tarifa devido à ocorrência de fatores supervenientes) da tarifas, de modo a assegurar o equilíbrio.

José dos Santos Carvalho Filho adverte que o equilíbrio econômico-financeiro deve ser mantido, para evitar enriquecimento indevido e desproporcional do concessionário, ou prejuízo para o mesmo.

Deste modo, as tarifas devem incluir o necessário para a prestação de serviço adequado, abrangendo custos de suas manutenções e expansões, bem como os riscos⁵⁶ inerentes à prestação, além de um valor que proporcione uma

⁵⁵ O art. 167 da CF/67 determinava que as tarifas deveriam proporcionar ao concessionário a justa remuneração do capital, a melhoria e expansão dos serviços e a observância da adequação econômico-financeira dos contratos.

⁵⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello seguindo a doutrina francesa ao tratar dos riscos, classifica a álea em ordinária, que são os riscos normais suportados pelos concessionários e álea extraordinária, que se divide em administrativa (que corre por conta do concedente) e econômica(que são os riscos partilhados pelo concedente e concessionário decorrente de acidentes naturais, crises econômica, etc.).

margem de remuneração. E, ainda assim, é importante enfatizar que tais tarifas devem ser módicas, pois o serviço público corresponde a uma necessidade ou conveniência básica dos membros da coletividade, sendo um verdadeiro consenso a sua onerosidade.

Ainda no intuito de prestigiar a modicidade das tarifas, a lei que regula as concessões, previu no art. 11, a possibilidade de receitas “alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados”, como no caso de explorar o espaço adjacente ou subsolo com empreendimentos comerciais, estacionamentos etc.⁵⁷

Ademais, é cabível a diferenciação das tarifas por segmentos de usuários de serviços, prestigiando o princípio da isonomia, que possui como fundamento básico tratar diferentemente os desiguais.

A Lei nº 8.987/95 versou sobre isto, no art.13, quando dispôs que “As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários” e também a Lei 11.445/2007, que trata acerca do saneamento básico, previu a diferenciação em razão da categoria dos usuários, faixas ou quantidades crescentes de utilização ou de consumo (art. 30, I).⁵⁸

Nesta mesma linha, há a questão controversa acerca da tarifa mínima a ser paga, mesmo que sem a utilização do serviço, que os tribunais vêm aceitando⁵⁹, na justificativa de ser cabível, pela tão só disponibilização do serviço.

2.2.4 Cláusulas essenciais e Relação triangular

Conforme assevera Caio Tácito⁶⁰, “na concessão de serviço público há situações jurídicas sucessivas, que lhe imprimem um caráter triangular”, ou seja, na concessão há uma tríplice participação de sujeitos, concedente, concessionário e usuário, em que entre eles, há direitos e deveres mútuos.

⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007,p. 697.

⁵⁸Os consumidores de energia elétrica, por exemplo, são classificados em categorias distintas, conforme a finalidade e qualidade do uso, como residencial, industrial, comercial, rural, poderes públicos e consumo próprio.

⁵⁹ STJ, Resp nº 20.741-DF, 2^a Turma, Rel. Min.Ari Pargendler.

⁶⁰ TÁCITO,Caio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 251.

Em tais contratos, existem cláusulas que fixam o termômetro dos direitos e obrigações dos pactuantes⁶¹ e por serem imprescindíveis no ajuste, dado o caráter relevante de regular a prestação do serviço público, são tidas como essenciais, podendo a sua ausência ou inobservância, eivar de invalidade o contrato.

Estas cláusulas essenciais estão previstas no art. 23, do estatuto das concessões e constituem cláusulas referentes ao serviço, como objeto, modo de prestação, prazo e critérios indicadores da qualidade, referentes aos direitos e obrigações do poder concedente, da concessionária e também dos usuários, além da questão da fiscalização, aplicação de sanções e ainda, prestação de contas e caso de extinção da concessão entre outros.

Deste modo, face à relação triangular, existem encargos para o concedente, para o concessionário e para o usuário, do mesmo modo que existem direitos.

Os encargos do concedente podem ser exemplificados como fiscalização e conseqüente aplicação de sanções quando cabíveis; intervenção na propriedade privada, quando os bens forem necessários à execução da atividade de prestação de serviço público; além de incentivos a competitividade, etc.

Já os encargos do concessionário dizem respeito, basicamente, à prestação adequada do serviço, com observância dos mandamentos legais, dentre os quais situam como serviço adequado, aquele que satisfaz às condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação e modicidade das tarifas.⁶² No mais, com menos importância, é necessária a prestação de contas ao concedente, a contratação de seguro dos bens e equipamentos, entre outros.

Os concessionários, apesar dos encargos, podem explorar economicamente os serviços públicos e possuem, para tanto, algumas prerrogativas como de promover desapropriações, instituir servidões, gerir recursos públicos utilizados na prestação de serviços, exercer o poder de polícia sobre os bens objeto da concessão, entre outros.

⁶¹CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**.17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 334.

⁶² A Lei nº 8.987/95, em seu art. 6º, parágrafo 1º, definiu serviço adequado como sendo aquele que “satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.

Os usuários, entendidos como aqueles que estão efetivamente utilizando o serviço, bem como os que poderão utilizá-los (usuários em potencial), têm direito ao serviço e, ao mesmo tempo, o Poder Público tem a obrigação de prestá-lo, seja diretamente, seja por delegação.

Assim, pelo fato de serem usuários dos serviços prestados, regem-se não só pelo disposto na Lei nº 8.987/95, mas também pela Lei nº 8.078/90, intitulada de Código de Defesa do Consumidor, que estabelece direitos aplicáveis a estas relações.

Como direitos dos usuários pode-se destacar o direito ao serviço adequado, sendo, paralelamente, um encargo do concessionário, anteriormente demonstrado. Ainda há o direito, estabelecido pela Lei nº 8.987/95, de pode escolher dentro do mês de vencimento no mínimo seis datas para pagamento e ainda, conforme estabelecido na Lei nº 9.074/95, o direito de participar na fiscalização dos concessionários, tendo também direitos a informações periódicas acerca dos serviços executados.

Ao lado de tais direitos, existem encargos como o de colaborar com o poder concedente na fiscalização dos concessionários, não podendo quedar-se inerte diante de irregularidades, contribuindo simultaneamente para melhoria e regularidade dos serviços, dever de zelar pelas boas condições dos bens empregados para a execução do serviço, além do respectivo pagamento das tarifas.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CONCESSIONÁRIAS E PERMISSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO

3.1 Noções Gerais de Responsabilidade e evolução do instituto

O termo responsabilidade deriva do verbo em latim *respondere*, que significa responder, replicar, no sentido de que quem por algum fato causar um dano a outrem deve responder.

Esta responsabilidade varia de acordo com a natureza da norma jurídica e pode ser penal, civil e administrativa, todas autônomas e independentes entre si. A responsabilidade civil pode, ainda, ser divida em contratual ou extracontratual (também chamada de aquiliana), conforme a existência, ou não, de pactuação contratual. Adianta-se ser o objeto de estudo do presente trabalho, tão só, a responsabilidade civil do Estado e das concessionárias e permissionárias dos serviços públicos.

Sabe-se que o Estado, por suas atividades desempenhadas, pode gerar danos aos particulares, seja no desempenho da atividade executiva, seja na legislativa ou judiciária.

Quando se versa sobre responsabilidade civil do Estado, tal abordagem tende a limitar-se preponderantemente a responsabilidade derivada do exercício da atividade administrativa, por ser esta que, sem dúvida, causa maiores danos à sociedade nas relações extracontratuais.

Do mesmo modo, quando se alude à responsabilidade civil do Estado pelos atos administrativos, o sentido da expressão dá a entender que a responsabilidade da Administração Pública estaria regida eminentemente pelo Direito Civil, de índole privada.

Ocorre que, ao estudar o tema, percebe-se que tal instituto está agasalhado por regras de direito público, em especial o Direito Administrativo, sendo a aplicação das regras privadas apenas de modo secundário, conforme trata do tema Romeu Felipe Bacellar Filho:

[...] a adoção do termo “responsabilidade civil” poderia levar à suposição de que a responsabilidade civil da Administração Pública estaria regida pelo Direito Civil, quando a incidência do Direito Privado é meramente subsidiária. Aliás, este equívoco, arraigado em nossa tradição, tem levado à

inserção de tratativa do tema -responsabilidade do Estado- no Código Civil (art. 15, do Código Civil de 1916 e art.43 do novo Código Civil de 2002) quando a matéria não integra o Direito Civil e, sim, o Direito Administrativo.⁶³

Compartilha com este entendimento José dos Santos Carvalho Filho:

No ordenamento jurídico vigente, existem dois planos de responsabilidade civil: a responsabilidade civil de direito privado, cujas regras se encontram no Código Civil, fundada na teoria da responsabilidade subjetiva, e a responsabilidade de direito público, prevista no art. 37, § 6º, da CF (e agora também no art. 43 do novo Código Civil), que consagra a teoria da responsabilidade objetiva.⁶⁴

Daí porque os autores não mais utilizarem a expressão “Responsabilidade Civil do Estado”, utilizando “Responsabilidade Patrimonial Extracontratual do Estado por Comportamentos Administrativos”, a exemplo de Celso Antonio Bandeira de Mello ou “Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública”, como prefere Romeu Felipe Bacellar Filho, entre outros termos.

Não obstante esta preferência dos autores, o presente trabalho continuará designando pela maneira clássica do instituto, mas com a ressalva que se trata de normas de cunho público, administrativo e não, privado.

Neste sentido, quando se traz à baila a responsabilidade civil do Estado, procura-se inferir quando o Estado é responsável por danos que seus agentes causem a terceiros, pois, apesar do Estado ser um ente fictício e intangível, não podendo, por si, causar danos, é certo que pelo exercício de suas atividades emprestadas pelos seus órgãos pode-se causar danos e isto já é reconhecido por todas as nações, em seus respectivos ordenamentos jurídicos, como adverte Celso Antônio Bandeira de Mello:

Todos os povos, todas as legislações, doutrinas e jurisprudências universais, reconhecem, em consenso pacífico, o dever estatal de ressarcir as vítimas de seus comportamentos danosos. Estados Unidos e Inglaterra, últimos refratários à tese, acabariam por assumi-la em 1946 e 1947[...]⁶⁵

⁶³ BACELAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 195.

⁶⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 445.

⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 200, p. 957.

É evidente que houve uma evolução e mudança de mentalidade para atingir tal nível. Inicialmente, nos regimes absolutistas, o Estado personificado na figura do Rei não respondia pelos danos que causassem a terceiros, pois, o Rei não errava (“The King can do no wrong” ou “Le roi ne peut mal faire”) e seus agentes, como representantes, também não cometiam equívocos.

Em um segundo momento, com a Teoria da Responsabilidade com Culpa (também chamada de Doutrina Civilista da Culpa), procurava-se equiparar o Estado ao indivíduo, de forma que aquele, tal com este, passasse a responder subjetivamente, ou seja, comprovando culpa ou dolo do agente estatal. Assim, o Estado deveria responder pelos atos de gestão, quando comprovasse a culpa da Administração, mas não responderia pelos atos de império, decorrentes de seu poder soberano.

Mas, em virtude da dificuldade em separar os atos de gestão dos de império, esta teoria causou grande inconformismo, advindo a teoria da Culpa Administrativa, em que o Estado responderia pelos danos causados aos administrados quando restasse comprovado o mau funcionamento do serviço, ou seja, a atuação culposa (ainda presente o elemento culpa) do Estado em caso de inexistência, má execução ou retardamento do serviço.

Por fim, sobreveio a Responsabilidade Objetiva, pautada na Teoria do Risco Administrativo, em que não se faz mais necessário a comprovação do elemento culpa, apenas da conduta, nexo causal e do dano.

No Brasil, a referida responsabilidade objetiva foi primeiramente constitucionalizada na Carta de 1946, que preceituava no art. 194:

Art. 194. As pessoas jurídicas de Direito Público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único- Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

Tal sentido persistiu na Constituição de 1967 e na Emenda n. I de 1969, sendo que a atual Constituição, em face dos acontecimentos sociais, foi mais abrangente, por se referir às pessoas jurídicas de “Direito Privado prestadoras de serviços públicos”, *verbis*:

Art. 37- § 6º- As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus

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

Sendo este, portanto, o ponto da responsabilidade civil do Estado mais evoluído, pois além da responsabilidade ter sido consagrada como objetiva, a Constituição foi além, atribuindo-a também aos particulares que, na essência de suas atividades, desempenham serviços eminentemente públicos, que são, primariamente, atribuídos ao Estado.

É importante ressaltar que no caso de danos provocados pela omissão do Estado, como ocorre quando o serviço não funcionou, funcionou tarde ou ineficientemente, a doutrina e a jurisprudência atual defendem a aplicação da responsabilidade subjetiva. Nestas hipóteses, seria necessária a prova da culpa, demonstrando que o Estado incorreu em ilicitude, agindo com imprudência, negligência ou imperícia no desempenho de suas funções. Neste sentido, destaca-se os seguintes julgamentos:

EMENTA:CONSTITUCIONAL.ADMINISTRATIVO. CIVIL.RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS PÚBLICAS. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: LATROCÍNIO PRATICADO POR APENADO FUGITIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º. I. - **Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência**, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. - A falta do serviço - faute du service dos franceses - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. - Latrocínio praticado por quadrilha da qual participava um apenado que fugira da prisão tempos antes: neste caso, não há falar em nexo de causalidade entre a fuga do apenado e o latrocínio. Precedentes do STF: RE 172.025/RJ, Ministro Ilmar Galvão, "D.J." de 19.12.96; RE 130.764/PR, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 143/270. IV. - RE conhecido e provido.(STF, RE 369820 / RS, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 04-11-2003, DJ 27-02-2004).(grifou-se)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO. NAUFRÁGIO DE EMBARCAÇÃO MUNICIPAL. ILEGITIMIDADE DA UNIÃO.

1. Hipótese em que se discute a legitimidade de a União integrar o pólo passivo de ação por reparação de danos, decorrente de naufrágio de embarcação municipal.

2. A responsabilidade do Estado, nos casos de omissão, é subjetiva. Precedentes do STJ e do STF.

3. In casu, não se comprovou que a União, notadamente no seu dever fiscalizatório, tenha contribuído de alguma forma para a ocorrência do evento danoso.

4. Recurso Especial provido.(STJ, RESP 1059562, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 02-10-2008, DJ 09-03-2009). (grifou-se)

Mesmo que existam entendimentos contrários, no sentido de que a responsabilidade também seria objetiva na omissão, Celso Antônio Bandeira de Mello adverte que, até nestes casos, o fundamento é sempre em uma culpa, por negligência ou imprudência do Poder Público. O autor alerta, ainda, que o Estado não pode ser encarado como um “segurador universal”.

3.2 Fundamentos da responsabilidade do Estado

A responsabilidade do Estado possui raízes no Princípio Republicano, no Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da CF)⁶⁶ e no Princípio da Repartição de Encargos, ou da Solidariedade.

A república é uma forma de governo em que, contrariamente à monarquia, o poder pertence a todo o povo, sendo a *res publica* de todos e para todos⁶⁷, tendo como fundo a igualdade “formal” das pessoas, vez que todos possuem, ante o ordenamento jurídico, direitos e deveres iguais.

O Estado Democrático de Direito, por sua vez, é mais que uma reunião meramente formal⁶⁸ do Estado de Direito (submissão de todos, inclusive do Estado, à lei) com o Estado Democrático (noção de governo do povo, pelo povo e para o povo).

Trata-se de um Estado em que todo poder emana do povo e em prol deste, em que todos se submetem à Constituição e aos princípios basilares do ordenamento jurídico, sobretudo o da dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, se o cidadão é obrigado por lei a ressarcir os danos que cause a terceiros, por maior razão deve a Administração fazer o mesmo, quando provoque um dano a algum cidadão no desempenhar de suas atividades de interesse de todos. Deve, portanto, haver solidariedade entre todos os cidadãos

⁶⁶ BACELAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 197.

⁶⁷ CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPODIVM,2008.p.488.

⁶⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.17 ed. São Paulo: Malheiros,2000, p. 116.

(princípio da igualdade de todos perante os encargos públicos), vez que quando o Estado responde, em última análise, está respondendo toda a sociedade, pois os valores indenizatórios são provenientes de contribuições feitas por todos, como adverte Celso Antônio Bandeira de Mello:

Finalmente, é de se lembrar que os danos causados pelo Estado resultam de comportamentos produzidos a título de desempenhar missões no interesse de toda a Sociedade, não sendo equânime, portanto apenas algum arque com os prejuízos suscitados por ocasião de atividades exercidas em proveito de todos.⁶⁹

Ademais, já que o Estado possui mais poderes e prerrogativas que o administrado, não é justo que o indivíduo, verdadeiramente subordinado, arque com este ônus ou que tenha dificuldade em conseguir a reparação de danos, tendo, por exemplo, que comprovar a culpa ou dolo da conduta da Administração.

Parte-se do pressuposto que as atividades desempenhadas pelo Estado, por sua natureza, são potencialmente causadoras de riscos, sendo por isso um imperativo que o Estado responda objetivamente, devendo apenas comprovar a conduta da Administração, o dano e o nexo causal entre eles.

Tal justificativa é chamada pela doutrina de Teoria do Risco, especificamente na modalidade de Risco Administrativo, que se distingue da modalidade do Risco Integral, vez que esta, diferentemente daquela, não admite as chamadas excludentes de ilicitude, como força maior/caso fortuito, culpa exclusiva da vítima. Destarte, na modalidade do Risco Integral, que não é a mais aceita, o Estado teria que responder todo e qualquer prejuízo que cause ao indivíduo, ainda que não haja nexo causal, sendo considerada por alguns autores forma exagerada e absurda de responsabilidade.⁷⁰

Sobre a Teoria do Risco, encontram-se inúmeros julgados demonstrando o pacífico entendimento da Suprema Corte no sentido da modalidade do Risco Administrativo, em que é necessário demonstrar a conduta, o dano e o nexo de causalidade entre eles, ressaltando-se que este pode ser afastado pelo causa fortuito/força maior e culpa exclusiva da vítima:

⁶⁹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007,p.961.

⁷⁰ Diogenes Gasparini e Hely Lopes Meirelles adotam este entendimento. Apesar disso, boa parte da doutrina admite a Teoria do Risco Integral para as atividades nucleares.

EMENTA: - Recurso extraordinário. Indenização. Responsabilidade objetiva do Estado. [...] 5. Precedentes da Corte ao assentarem que "I - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa. II - Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público." RE n.º 178.086-RJ. 6. Inexiste, na espécie, qualquer elemento a indicar tenha a vítima concorrido para o evento danoso. 7. Recurso conhecido e provido para julgar procedente a ação.
(STF, RE 217389-SP, Rel. Min. Néri da Silveira, Segunda Turma, julgado em 02-04-2002, DJ 24-05-2002).

E M E N T A: INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS DE DETERMINAÇÃO DESSA RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO CAUSADO A ALUNO POR OUTRO ALUNO IGUALMENTE MATRICULADO NA REDE PÚBLICA DE ENSINO - PERDA DO GLOBO OCULAR DIREITO - FATO OCORRIDO NO RECINTO DE ESCOLA PÚBLICA MUNICIPAL - CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO - INDENIZAÇÃO PATRIMONIAL DEVIDA - RE NÃO CONHECIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. - A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. - Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 131/417). - O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior - ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 - RTJ 55/50). RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO POR DANOS CAUSADOS A ALUNOS NO RECINTO DE ESTABELECIMENTO OFICIAL DE ENSINO. - O Poder Público, ao receber o estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico, sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno. - A obrigação governamental de preservar a

intangibilidade física dos alunos, enquanto estes se encontrarem no recinto do estabelecimento escolar, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino. Descumpriida essa obrigação, e vulnerada a integridade corporal do aluno, emerge a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos causados a quem, no momento do fato lesivo, se achava sob a guarda, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários escolares, ressalvadas as situações que descharacterizam o nexo de causalidade material entre o evento danoso e a atividade estatal imputável aos agentes públicos.(STF, RE 109615 /RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 28-05-1996, DJ 02-08-1996).

Deste modo, ocorre, como abaliza José dos Santos Carvalho Filho,⁷¹ uma inversão do ônus da prova, vez que, após o particular demonstrar a conduta, o dano e nexo de causalidade, cabe ao Estado exercer a “contra-prova” no sentido da inexistência da conduta administrativa, inexistência de dano e ausência de nexo causal, bem como a prova de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior.

Consoante assevera o doutrinador francês, René Chapus,⁷² este tipo de responsabilidade (objetiva) possui a especialidade de ser mais favorável às vitimas do que as entidades públicas e delegatárias de serviços públicos, visto que tais danos decorrem dos riscos inerentes a atividade administrativa.

3.3 A extensão da Responsabilidade Objetiva às concessionárias e permissionárias de serviços públicos

Como já se afirmou outrora, a concessão e permissão de serviços públicos são formas de descentralização, em que o Estado transfere aos particulares a execução de serviços públicos, preservando, entretanto, sua titularidade.

Em razão do escopo a que tais concessionárias se propõem - o atendimento das necessidades essenciais da coletividade-, devem receber o influxo de normas de Direito Público, sendo cogente a aplicação da responsabilidade objetiva, tal como aplicada ao Estado, pelos danos causados a terceiros, pelo

⁷¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**.17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007,p. 484.

⁷² “La responsabilité sans faute est évidemment plus favorable aux victimes qu’aux personnes publiques ou entrepreneurs de travaux publics. Mais elle n'est pas sans intérêt pour eux, en ce sens que La reconnaissance de leur responsabilité n'implique aucun jugement de valeur sur leurs comportements dommageables, c'est-à-dire aucun blâme ou reproche.” (CHAPUS, René apud RE 262.651/SP, voto-vista Ministro Joaquim Barbosa).

simples fato de atuarem como *longa manus* do poder estatal, exercendo um serviço atribuído ao Poder Público. Conforme assevera o caput do artigo 175 da Constituição de 1988, já mencionado anteriormente, mas que cabe, novamente, sua transcrição: “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”.

Neste desiderato, a Constituição, ao tratar do tema de responsabilidade civil do Estado, não fez distinção entre Administração Direta e Indireta. O que o constituinte frisou como importante foi o fato da prestação de serviço público, que embora possa ser exercido por pessoas jurídicas de Direito Privado, são atividades típicas, por excelência, estatais. Impõe-se, assim, a responsabilidade objetiva àquelas que prestem serviços públicos, *verbis*:

Art. 37- § 6º- As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Com esta linha de raciocínio, expressada claramente pela Constituição, foi uníssona a doutrina em afirmar a responsabilidade objetiva das concessionárias e permissionárias de serviços públicos. Os professores José dos Santos Carvalho Filho, Maria Sylvia Zanella di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello, respectivamente, abordam o tema:

O que pretendeu o Constituinte foi tornar equiparados, para fins de incidência da responsabilidade objetiva, o Estado e as pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos, e isso porque, conforme já ensinava a doutrina mais autorizada, estas últimas são verdadeiras *longa manus* do Poder Público.⁷³

A responsabilidade do concessionário por prejuízos causados a terceiros, em decorrência da execução do serviço público, é objetiva, nos termos do art. 37, §6º, da Constituição vigente, que estendeu esta norma às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.⁷⁴[...] Como as concessionárias e a permissionária prestam serviço público, sua responsabilidade por danos causados a terceiros rege-se pelo art. 37,§6º, da Constituição Federal⁷⁵

O concessionário já foi visto- gere o serviço por sua conta, risco e perigos. Daí que incumbe a ele responder perante terceiros pelas obrigações

⁷³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.**17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007,p.336.

⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008.p.280.

⁷⁵DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas.4 ed.São Paulo: Atlas, 2002, p.92.

contraídas ou por danos causados. Sua responsabilidade pelos prejuízos causados a terceiros e ligados à prestação do serviço governa-se pelos mesmos critérios e princípios da responsabilidade do Estado, pois ambas estão consideradas conjuntamente no mesmo dispositivo constitucional, o art. 37, §6º[...] Isto significa, conforme opinião absolutamente predominante no Direito Brasileiro, que a responsabilidade em questão é objetiva, ou seja, para que seja instaurada, prescinde-se de dolo ou culpa da pessoa jurídica,⁷⁶ bastando a relação causal entre a atividade e o dano.

Como se pode inferir, as concessionárias e permissionárias, embora pessoas jurídicas de direito privado, estão afetadas às normas públicas, encontrando-se, por isso, parcialmente publicizadas,⁷⁷ precisamente pelo interesse público envolvido.

Outrossim, não caberia entendimento diverso, como da responsabilidade subjetiva, haja vista que o destinatário do serviço público, entendido como o cidadão contribuinte⁷⁸, deve ser beneficiado e não prejudicado com a prestação do serviço público mediante concessão, já que a própria essência do instituto é retirar algumas atividades do Estado com o intuito de serem desempenhadas de forma mais satisfatória por empresas privadas.

Sobre o tema, Romeu Felipe Bacellar Filho tece considerações no sentido da imposição constitucional da responsabilidade objetiva às concessionárias, por constituir uma verdadeira medida de justiça, *verbis*:

A lógica de tal imputação deve-se à circunstância de que a atividade é estatal e apenas foi transferida por delegação ou concessão conservando, porém, seu caráter originário. Não constituiria medida de justiça, é certo, que a simples delegação de serviço, por si só, eliminasse a responsabilidade objetiva do Estado.

Se tal sucedesse, estar-se-ia diante de verdadeira fraude à Constituição, pois a transferência do serviço público para um particular, bastaria para que o poder público se esquivasse do cumprimento do comando constitucional. Além de seria ofensa ao princípio da legalidade, constituiria em gravame ao direito subjetivo do cidadão à reparação pelos prejuízos a si causados em face de uma atividade própria do poder público.⁷⁹

Neste mesmo sentido, vale transcrever o pensamento de Helly Lopes Meirelles:

⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.728-729.

⁷⁷ FREITAS, Juarez apud BACELAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.247.

⁷⁸ BACELAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.247.

⁷⁹ BACELAR FILHO, Romeu Felipe. Op. Cit, p.246.

[...] não é justo nem jurídico que a só transferência da execução de uma obra ou de um serviço originariamente público a particular descaracterize sua intrínseca natureza estatal e libere o executor privado das responsabilidades que teria o Poder Público se o executasse diretamente, criando maiores ônus de prova ao lesado⁸⁰

Em termos claros, o que o constituinte originário quis evitar foi o descalabro da situação em que o Estado não apenas se desveste de suas atribuições e de atividades eminentemente públicas, como os serviços públicos, assim classificados pela imprescindibilidade para a sociedade e por esta razão, ônus do Estado, como também se esquiva da responsabilidade objetiva, pela simples transferência ao particular.

No sentido defendido, entende o Superior Tribunal de Justiça, consoante se extrai das ementas abaixo:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DESABAMENTO DE POSTE. VÍTIMA FATAL. MÁ CONSERVAÇÃO. AÇÃO PROCEDENTE.

Hipótese em que comprovado de maneira cabal o estado de má conservação do poste de iluminação. Culpa reconhecida da ré.

Ademais, segundo a Constituição Federal (art. 37, § 6º), a responsabilidade da empresa de energia elétrica, concessionária de serviço público, é objetiva. Recurso especial não conhecido.

(STJ, Resp 246758, Rel. Min. Barros Monteiro, 4 T., julgado em 05-10-2000, DJ 27-11-2000)

RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCESSIONÁRIA DE TELEFONIA. SERVIÇO PÚBLICO. INTERRUPÇÃO. INCÊNDIO NÃO CRIMINOSO. DANOS MATERIAIS. EMPRESA PROVEDORA DE ACESSO À INTERNET. CONSUMIDORA INTERMEDIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA CONFIGURADA. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE NÃO CARACTERIZADA. ESCOPO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL DO PROCESSO. RECURSO NÃO CONHECIDO.

2. A recorrida, pessoa jurídica com fins lucrativos, caracteriza-se como consumidora intermediária, porquanto se utiliza dos serviços de telefonia prestados pela recorrente com intuito único de viabilizar sua própria atividade produtiva, consistente no fornecimento de acesso à rede mundial de computadores (internet) e de consultorias e assessoramento na construção de homepages, em virtude do que se afasta a existência de relação de consumo. Ademais, a eventual hipossuficiência da empresa em momento algum foi considerada pelas instâncias ordinárias, não sendo lícito cogitar-se a respeito nesta seara recursal, sob pena de indevida supressão de instância.

3. Todavia, in casu, mesmo não configurada a relação de consumo, e tampouco a fragilidade econômica, técnica ou jurídica da recorrida, tem-se que o reconhecimento da **responsabilidade civil da concessionária de telefonia permanecerá prescindindo totalmente da comprovação de culpa, vez que incidentes as normas reguladoras da responsabilidade dos entes prestadores de serviços públicos, a qual, assim como a do fornecedor, possui índole objetiva** (art. 37, § 6º, da CF/88), sendo

⁸⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 535.

dotada, portanto, dos mesmos elementos constitutivos. Neste contexto, importa ressaltar que tais requisitos, quais sejam, ação ou omissão, dano e nexo causal, restaram indubitavelmente reconhecidos pelas instâncias ordinárias, absolutamente soberanas no exame do acervo fático-probatório. (STJ, Resp 660026, Min. Rel. Jorge Scartezzini, 4 T, julgado em 03-05-2005, DJ 27-06-2005) (grifou-se)

Da mesma forma como ocorre com o Estado, a responsabilidade civil das concessionárias por ato omissivo, quando tiver o dever de agir, por estar legalmente obrigada a impedir a ocorrência do evento danoso e se omitir, será subjetiva, exigindo-se o elemento culpa, consoante o entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário, anteriormente já destacado.

3.3.1 O entendimento do Supremo Tribunal Federal: responsabilidade objetiva apenas para os usuários

Não obstante reconhecer a responsabilidade objetiva às concessionárias e permissionárias prestadoras de serviços públicos, o Supremo Tribunal Federal em seus julgados, de modo ininteligível, limitou substancialmente esta responsabilidade objetiva pelos danos causados em razão da atividade, entendendo estar restrita aos “usuários” do serviço, reputados como aqueles que oferecem contraprestação. Não fazendo, portanto, jus a esta modalidade objetiva, os terceiros não usuários, que apenas seriam indenizados comprovando dolo ou culpa, conforme se depreende da ementa abaixo transcrita do Recurso Extraordinário 262.651-1-SP:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICO. CONCESSIONÁRIO OU PERMISSIONÁRIO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO.C.F., art. 37,§6º.

A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é **objetiva relativamente aos usuários do serviço, não se estendendo a pessoas outras que não ostentem a condição de usuário.** Exegese do art.37, §6º, da CF. R.E. conhecido e provido. (STF, RE 262.651-1-SP, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma,julgado em 16-11-2005, DJ 06-05-2005)(grifou-se)

Seguindo o entendimento do julgado acima, os acórdãos RE 370272- PR, RE 30222-MG e RE 302.622-4-MG, em que o Supremo limita a responsabilidade objetiva aos usuários.

Apesar de o Brasil não ter adotado o princípio norte-americano do *stare decisis*, segundo o qual os órgãos jurisdicionais devem dar o devido valor ao precedente, assim uma questão analisada e julgada deve ser adotada sem novas considerações e também não adotar o princípio do *binding effect*, isto é, da eficácia vinculante vertical das decisões da *supreme court*, e da força dos seus precedentes em questões constitucionais, é inegável a forte influência do Supremo Tribunal Federal em todas as decisões proferidas pelas instâncias inferiores. Dessa forma, muitos órgãos jurisdicionais inferiores já estão corroborando com este entendimento, que não é aceito pela doutrina, nem encontra respaldo no ramo do Direito Público, nem no ramo do Direito Privado, notadamente nas relações consumeristas, regulada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90).

No mencionado RE 262.651-1-SP, a Terceira Câmara Especial de Julho/94 do Primeiro Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo deu provimento a apelação interposta por Elias Farah em face da concessionária de transporte coletivo, Auto Viação Urubupuná Ltda, reconhecendo a responsabilidade objetiva da concessionária por dano ocasionado de acidente automobilístico. Foi, então, a concessionária condenada a indenizar o proprietário do veículo particular que colidiu com o ônibus da empresa afetado ao serviço concedido, independente de comprovação de dolo ou culpa.

Vale destacar que da decisão, foram interpostos os recursos Especial e Extraordinário, que tiveram seguimento negado. Mesmo assim, a empresa recorrente impetrou agravo de instrumento, que também foi negado. Sendo, entretanto, no fim, o Agravo Regimental provido, para dar seguimento ao recurso extraordinário, com o fito de o Supremo Tribunal Federal apreciar a questão.

O relator, Sr. Ministro Carlos Velloso, em seu voto, dissertou que a doutrina ao tratar do tema responsabilidade civil das concessionárias e permissionárias dos serviços públicos, não se pronunciou sobre a discussão da extensão da responsabilidade objetiva aos não usuários do serviço, entendendo, assim, que esta extensão a não usuários dos serviços públicos prestados seria ir além da *ratio legis*:

Essa me parece, na verdade, a melhor interpretação do dispositivo constitucional, no concernente às pessoas privadas prestadoras de serviço público: o usuário do serviço público que sofreu um dano, causado pelo prestador do serviço, não precisa comprovar a culpa deste. Ao prestador de serviço é que compete, para o fim de mitigar ou elidir a sua

responsabilidade, provar que o usuário procedeu com culpa, culpa em sentido largo. É que, conforme lição de Romeu Bacellar, “é o usuário detentor do direito subjetivo de receber um serviço público ideal”. A ratio do dispositivo constitucional que estamos interpretando parece-me mesmo esta: porque o “usuário é detentor do direito subjetivo de receber um serviço público ideal”, não se deve exigir que, tendo sofrido dano em razão do serviço, tivesse de provar a culpa do prestador desse serviço.

Fora daí, vale dizer, estender a não-usuários do serviço público prestado pela concessionária ou permissionária a responsabilidade objetiva- CF, art. 37, §6º- seria ir além da ratio legis.

Do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, restabelecida, destarte, a conclusão da sentença de 1º grau.⁸¹

No entanto, é oportuno ressaltar que, na realidade, o relator não justificou o motivo pela exclusão dos não usuários do serviço, já que não há esta restrição no texto da Constituição. O voto limitou-se apenas a enfatizar a necessidade da responsabilidade ser objetiva em relação aos usuários, ou seja, aqueles que pagaram a tarifa, já que estes possuem direito subjetivo de receber um serviço público ideal, conforme salientou o Ministro.

Destaca-se, ainda, que, no bojo do referido voto, o Sr. Ministro Relator afirma que escreveu uma carta à Celso Antônio Bandeira de Mello, pedindo seu posicionamento a respeito, que se manifestou no sentido de que a Constituição não exige que sejam usuários, *verbis*:

[...]Quando o Texto Constitucional, no §6º do art.37, diz que as pessoas `de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes nesta qualidade causarem a terceiros', de fora parte a indispensável 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) 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 serviços público [...]

Em seus posicionamentos recentes, em edições mais atualizadas do livro *Curso de Direito Administrativo*, Celso Antônio Bandeira de Mello enfatiza que o concessionário gere o serviço *por sua conta, risco e perigos*, devendo, em virtude da prestação de serviços públicos, conduzir-se pelas mesmas regras e princípios da responsabilidade do Estado, uma vez que a Constituição oferece tratamento idêntico às pessoas jurídicas de Direito Público e as pessoas jurídicas de Direito Privado

⁸¹ Transcrição de trecho do voto do Relator Min. Carlos Velloso no RE 262.651-1-SP.

prestadoras de serviços públicos. Deste modo, não há que se falar em qualquer limitação à responsabilidade das concessionárias, pois que esta restrição não poderia jamais ser aplicada à Responsabilidade do Estado.

Ruth Helena Pimentel de Oliveira que, na mesma linha de Celso Antônio, não concordou com a limitação da responsabilidade objetiva apenas aos usuários, assevera que: *“a responsabilidade do concessionário e do permissionário de serviço público é objetiva e direta diante dos usuários e terceiros, informada pela teoria do risco, tal como a responsabilidade do Estado”*.⁸²

Assim, não obstante o Sr. Ministro Carlos Velloso ter colacionado em seu voto o pensamento dos doutrinadores acima transcritos, votou no sentido inverso, dando provimento ao Recuso Extraordinário.

O Ministro Joaquim Barbosa, após o voto do Ministro Relator, pediu vista, proferindo, posteriormente, seu voto, contrário ao do Relator, no sentido de negar provimento ao recurso. Para ele, não cabe esta distinção de usuários e não usuários, pois a responsabilidade é objetiva em razão da natureza pública do serviço prestado e, assim, ao fazer tal diferenciação, estar-se-ia enfraquecendo o princípio da responsabilidade objetiva, cujo alcance deve ser o mais vasto possível.

Pela propriedade e acuidade do voto, vale transcrever alguns trechos:

[...]quando o Estado mediante contrato administrativo, transfere ao particular uma parcela das 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 lhes são próprias, ou seja, as de um típico serviço público, do qual a coletividade como um todo se beneficia? Penso que não. Em primeiro lugar, porque **o serviço público, quando delegado ao particular não deixa de ser público**. A administração continua deter sua titularidade. [...] nas mesmas circunstâncias em que produzido o dano, caso estivesse envolvida não uma concessionária, mas a própria Administração, estaria a vítima legitimada a receber indenização? Se positiva a resposta, o dever de indenizar é imperativo. Isso porque, como já dito, é a **natureza da atividade causadora do dano, isto é, em prol da coletividade, que conduz à obrigação de indenizar o particular**. Ora, o fato de a **prestação do serviço ser transferida temporariamente a uma empresa privada concessionária não tira da atividade sua natureza eminentemente público estatal**. Na concessão, é bom não esquecer, o particular concessionário apenas “faz as vezes do Estado”, isto é, ele “*agit pour compte de l’Etat*”, como bem diz René Chapus.[...].

⁸² OLIVEIRA, Ruth Helena Pimentel de. **Entidades prestadoras de serviços públicos e Responsabilidade Extracontratual**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 205.

Penso, pois, que introduzir uma distinção adicional entre usuários e não-usuários do serviço significa um perigoso enfraquecimento da responsabilidade objetiva[...].

Em síntese, minha divergência decorre dos seguintes fundamentos:

Tendo a Constituição Brasileira optado por um sistema de responsabilidade objetiva baseado na teoria do risco, mais favorável às vítimas do que às pessoas públicas ou privadas concessionárias de serviço público, no qual a simples demonstração do nexo causal do nexo causal entra a conduta do agente público e o dano sofrido pelo administrado é suficiente para desencadear a obrigação do Estado de indenizar o particular que sofre o dano, deve a sociedade como um todo compartilhar os prejuízos decorrentes dos riscos inerentes a atividade administrativa, em face da isonomia de todos perante os encargos públicos.

Dessa forma, parece-me **imprópria a indagação acerca dessa ou daquela qualidade intrínseca da vítima para se averiguar se no caso concreto está ou não está configurada hipótese de responsabilidade objetiva, já que esta decorre da natureza da atividade administrativa, a qual não se modifica em razão da simples transferência da prestação dos serviços públicos a empresas particulares concessionárias do serviço.** (grifou-se)

Não obstante as ponderações do Ministro Joaquim Barbosa, a turma por votação majoritária conheceu e deu provimento ao recurso, apenas acompanhando o ministro, o Presidente Ministro Celso de Mello, que negou provimento.

Na realidade, é lastimável que Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, restrinja a aplicação do texto constitucional, quando deveria confirmá-lo. Observe-se que o art. 37, §6º nem sequer fez diferenciação quanto às vítimas no que diz respeito à responsabilidade, tendo o Supremo entendido pela responsabilidade objetiva apenas aos usuários, em uma interpretação que vai de encontro à própria exegese constitucional.

Fere o Supremo princípio básico da hermenêutica, a que não cabe ao intérprete distinguir onde o legislador (constituinte) não distinguiu, tampouco autorizou distinção.

Injustificável, pois, este entendimento. O serviço, por sua natureza, continua sendo público, tendo apenas a sua execução delegada ao concessionário, por um prazo determinado, pertencendo a titularidade ainda ao Estado, que pode inclusive ser retomado pelo poder concedente, no caso de encampação, ou, ainda, declarar a caducidade ou decretar a intervenção, vez que recebe o influxo de normas de direito público.

Outro inconveniente deste entendimento é em relação à insegurança jurídica causada pelo termo “usuário”. Não há como definir ao certo quem seja usuário. O critério que o classifica como aquele que efetivamente remunera o

serviço, não pode ser adotado, visto que por se tratar de serviço público, assim considerado por se referir as necessidades básicas da coletividade, todos, sem exceção, ainda que não sejam usuários diretos, são usuários indiretos ou em potencial, pois, de alguma forma, estão sendo beneficiados por tais serviços, sejam ele *uti singuli* (fruíveis individualmente e diretamente pelos cidadãos, como energia domiciliar e uso de linha telefônica) ou *uti universi* (usufruídos pela coletividade, como pavimentação das ruas e iluminação pública).

É o caso, por exemplo, do serviço de transporte coletivo, em que se vislumbra os usuários diretos e os indiretos, porquanto ainda que uma pessoa não esteja dentro de um ônibus, sendo conduzida pelo mesmo, e, portanto, não se servindo diretamente deste serviço, se ela estiver dentro do seu carro particular estará tendo um benefício indireto, pois caso todos os cidadãos tivessem que se utilizar de veículo automotor próprio como meio de condução, não haveria espaço para tantos automóveis.

Desta forma, não há motivos para esta diferenciação e tratamento desigual entre os usuários (entendidos como aqueles que estão pagando as tarifas) e potenciais usuários (aqueles beneficiários indiretos e os que possam vir a usar tais serviços).

No caso, por exemplo, de um avião que cair em uma propriedade só haverá responsabilidade objetiva para as vítimas que estavam dentro do avião, devendo os familiares das vítimas que faleceram dentro da propriedade terem que comprovar a culpa ou dolo da concessionária?

Ou, então, em um acidente em que o ônibus de uma concessionária em serviço atropelar um pedestre. Deve este ter que provar a culpa ou dolo da empresa, que atua em uma atividade pública de risco? Em uma situação ainda mais esdrúxula, como no possível caso em este pedestre é atropelado no ponto de ônibus, sem ainda ter se aperfeiçoado o contrato de transporte. Ele poderá ser considerado um terceiro, não usuário?

Ou, ainda, no caso de uma fiação elétrica que leva energia para os domicílios se desprender e eletrocutar uma pedestre. Devem seus familiares ter que demonstrar o dolo ou culpa da concessionária, sabendo que no caso de um problema de energia que deprecie um aparelho doméstico, em decorrência de uma pane, o concessionário responderá objetivamente?

Cabe lembrar que o nosso ordenamento jurídico, assim como no direito francês, o Estado responde objetivamente no caso de algum dano causado pelo “funcionário de fato” a terceiros, na situação em que um particular, sem investidura, desempenha uma função pública em nome do Estado, em uma circunstância de calamidade. Deste modo, seria um verdadeiro *contra sensu* que a concessionária, agindo investida pelo Poder Público, atuando como *longa manus* do Estado, de modo mais lúcido, agindo formalmente como se o próprio Estado fosse, apenas responda objetivamente perante àqueles que lhe paguem o serviço.

Destarte, como se pode ver o julgamento do Supremo não é exatamente coerente e termina sendo ameaçador ao propósito constitucional de amparar o particular diante da prestação do serviço realizado por interposta pessoa, através daqueles que se comprometeram com a sua adequada prestação, seja por concessão, seja por permissão.

3.3.2 A visão doutrinária acerca da limitação da responsabilidade objetiva aos “usuários”

A doutrina também vem se demonstrando contrária a esta interpretação do STF, conforme se depreende da leitura dos trechos abaixo de José dos Santos Carvalho Filho, Celso Antônio Bandeira de Mello e Carlos Roberto Gonçalves:

No que tange ao sujeito lesado pelo dano, há o entendimento no sentido da inaplicabilidade da responsabilidade objetiva do concessionário, no caso de danos causados a terceiros, não usuários do serviço concedido. Em outras palavras, a responsabilidade objetiva só incidirá no caso de danos causados a usuários. Concessa vênia, dissentimos da decisão. **Na verdade, o texto constitucional não faz qualquer distinção a respeito, não cabendo ao intérprete fazê-lo.** Ao contrário, as pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos (como é o caso dos concessionários) estão mencionadas ao lado das pessoas jurídicas de direito público (art. 37, §6º, CF) para o efeito de se sujeitarem à responsabilidade objetiva. Deste modo, não há razão para admitir qualquer distinção. A admitir-se semelhante fundamentação, forçosa também teria que ser a distinção quando o próprio Estado causasse danos a terceiros e a usuários de alguns serviços, o que, é óbvio nunca foi sequer objeto de cogitação.⁸³ (grifou-se)

Ressalte-se que para a deflagração da responsabilidade pública tal como prevista no art. 37, §6º, o **Texto Constitucional não faz qualquer exigência no que concerne à qualificação do sujeito passivo do dano; isto é: não requer que os atingidos pelo dano o sejam a título de usuários.** Portanto, para a produção dos efeitos supostos na regra é

⁸³CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.**17 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007,p.336.

irrelevante se a vítima é usuário do serviço ou um terceiro em relação a ele. Basta que o dano seja produzido pelo sujeito na qualidade de prestador de serviço público. Também não se poderia pretender que, tratando-se de pessoa de Direito Privado, a operatividade do preceito só se daria quando o lesado houvesse sofrido o dano na condição de usuário, porque **o texto dá tratamento idêntico às “pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos”**. Assim, qualquer restrição benéfica a estes últimos valeria também para os primeiros, e ninguém jamais sufragaria tal limitação à responsabilidade do Estado.⁸⁴ (grifou-se)

Em relação a terceiros, como o dono do outro veículo abalroado, ou o pedestre atropelado, a responsabilidade do transportador é extracontratual (v. n. 7, retro). Não há vínculo contratual entre os personagens envolvidos. O fundamento da responsabilidade era, originariamente, o art. 159 do Código Civil de 1916, que consagrava a responsabilidade subjetiva. Entretanto, com o advento do art. 37, §6º, da Constituição Federal, tornou-se ela objetiva, na modalidade do risco administrativo, pois o referido dispositivo a estendeu às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. O transporte coletivo é serviço público, transferidos às empresas mediante concessão ou permissão.

Como o referido dispositivo constitucional prevê a responsabilidade objetiva das permissionárias de serviços públicos por danos que causarem a terceiros, entendendo-se por essa expressão os que não têm com elas relação jurídica contratual, a sua aplicação está restrita aos casos de responsabilidade extracontratual, só podendo ser afastada se o transportador provar caso fortuito ou força maior e culpa exclusiva da vítima, bem como fato de terceiros.⁸⁵ (grifou-se)

Neste mesmo sentido, Ruth Helena Pimentel de Oliveira, em seu livro “Entidades prestadoras de serviços públicos e Responsabilidade Extracontratual”, expôs que a responsabilidade é objetiva e direta aos usuários e aos terceiros, conforme já se transcreveu em momento anterior.⁸⁶

É necessário ressaltar que o informativo de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nº 458, de 5 a 9 de março de 2007, trouxe novamente à baila tal questão, no RE 459.749/PE, caso em que a recorrente, empresa privada concessionária de serviço público de transporte, foi condenada ao pagamento de indenização por dano moral a terceiro não-usuário, atropelado por veículo da empresa.

O Ministro Joaquim Barbosa, agora relator, na mesma linha de entendimento, negou provimento ao recurso por entender que a responsabilidade

⁸⁴MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.729.

⁸⁵GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 284.

⁸⁶OLIVEIRA, Ruth Helena Pimentel de. **Entidades prestadoras de serviços públicos e Responsabilidade Extracontratual**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 205.

civil das pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviço público é objetiva também relativamente aos terceiros não-usuários do serviço. O ministro, portanto, posicionou-se de modo coerente com o entendimento proferido em seu voto-vista no RE 262.651-1-SP, colacionado anteriormente.

Em tal recurso, vislumbrou-se uma nova chance do Supremo Tribunal Federal mudar seu entendimento, mas isto não ocorreu, tendo em vista que, ainda durante a tramitação, houve transação entre as partes, não chegando o Tribunal a decidir, desta vez, possivelmente de modo correto e zelando pelo texto constitucional, considerando-se que os Ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Britto e Cármem Lúcia acompanharam o voto do Relator.

Fica, então, admitido que o Supremo, ao invés de atuar pela efetividade da Constituição, retirou-lhe, em parte, sua eficácia, desarrazoadamente. Sendo esta, mais uma das situações em que o Egrégio Tribunal retira a força normativa da Constituição, contribuindo para a crise instalada no Brasil sobre a efetividade da Constituição Federal de 1988. Trata-se, na realidade, de uma decisão política, confirmando o argumento do doutrinador Paulo Bonavides,⁸⁷ no sentido de que o nosso constitucionalismo brasileiro é pautado na cultura política de clientelismo, em que o STF, preso pelo “cordão umbilical da gratidão” (na expressão do citado autor), atende mais aos interesses dos fortes grupos econômicos que a própria ordem constitucional.

A despeito deste entendimento do Supremo, espera-se em breve um novo posicionamento desta corte, no sentido de, cumprindo seu papel de guardião da Constituição Federal, aplicar adequadamente a interpretação do texto constitucional, para amparar com a responsabilidade objetiva, os terceiros, não usuários. De ser considerado caber tal atitude como medida de justiça, tendo em vista a própria natureza jurídica de tais serviços que, embora delegados, são eminentemente públicos.

⁸⁷ BONAVIDES, Paulo. O poder judiciário e o parágrafo único do art. 1º da Constituição do Brasil. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo (Coord.). **Estudos de direito constitucional**: em homenagem a José Afonso da Silva, p. 77-85.

3.3.3 A responsabilidade das concessionárias de serviços públicos na Lei n. 8.987/95 e os institutos da responsabilidade na subcontratação e na subconcessão

A Lei 8.987/95, que trata do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, tratou do seguinte modo o regime da responsabilidade:

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.** (grifou-se)

Ao utilizar a expressão “por sua conta e risco”, o legislador procurou deixar claro que se tratava de uma atividade de risco e em razão do serviço ser público, a responsabilidade seria objetiva. O intento, portanto, foi mais do que se referir aos riscos inerentes a todas as atividades econômicas empresariais, visto que trata-se de uma atividade de índole pública, já determinando a responsabilidade objetiva na reparação dos danos causados em razão da própria atividade.

O diploma legal, vale notar, aclarando a Constituição Federal em seu art. 37, § 6º, fez uma diferenciação em relação usuários e não usuários, mas, ao contrário do entendimento do STF, enfatizou a responsabilidade objetiva perante terceiros, ou seja, sem qualquer distinção. Observe-se:

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

Percebe-se, portanto, que o legislador infraconstitucional andou na esteira da Constituição, elucidando, inclusive, a norma constitucional, pois não fez qualquer limitação em relação ao usuário. Ademais, caso a lei fizesse esta delimitação, padeceria do vício de constitucionalidade.

Outro fenômeno importante a ser estudado é em relação à responsabilidade das empresas concessionárias de serviços públicos, no que diz respeito aos institutos da *subcontratação* e *subconcessão*.

A *subcontratação* está prevista no artigo 25, § 1º da Lei 8.987/95 que estabelece que a concessionária poderá contratar terceiros para o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados, sem necessidade de licitação ou autorização do Poder Concedente, sendo, no entanto, um imperativo que o subcontratado cumpra as normas regulamentares da modalidade do serviço concedido. É o caso, por exemplo, dos contratos de prestação de serviços ou de obras por terceiros, normalmente relacionados com a atividade meio, como vigilância e serviços de limpeza.

A lei define que esta relação concessionário e subcontratado será regida pelo Direito Privado e que o Poder Concedente não terá relação com o subcontratado, *in verbis*:

Art. 25.[...]

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

§ 2º Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.(grifou-se)

Em virtude desta disposição, pode-se concluir que o concessionário responderá exclusivamente pelos danos causados a terceiros em razão da atividade, não podendo alegar que o prejuízo foi causado do subcontratado, ainda que posteriormente se valha de uma ação regressiva.

Ora, se o dispositivo afirma que não há qualquer relação do Estado (Poder Concedente) com o subcontratado, os terceiros lesados, destinatários dos serviços públicos, também não a possuem, não podendo o concessionário se eximir da responsabilidade.

É possível ainda a *subconcessão*, prevista no art. 26 da referida lei. Tal instituto, vale lembrar, apenas é possível se expressamente autorizado pelo Poder Concedente, uma vez que o subconcessionário se sub-rogará em todos os direitos e obrigações do subconcedente, dentro dos limites da subconcessão, tendo, portanto, este contrato a mesma natureza pública do contrato de concessão.

Por conferir várias prerrogativas ao subconcessionário, a lei exigiu que a outorga desta subconcessão dependerá sempre de prévia realização de licitação na

modalidade concorrência, celebrando-se também um contrato administrativo, diferentemente da subcontratação que se perfaz por um contrato de direito privado.

Celso Antônio Bandeira de Mello adverte ainda que para ser admissível a subconcessão, esta possibilidade deve estar prevista no edital de licitação de escolha do concessionário, não podendo apenas estar contida apenas nos termos contratuais posteriormente celebrados.

A Lei nº 8.987/95 silenciou, entretanto, quanto a quem compete realizar o processo licitatório, se ao Poder Público ou se ao concessionário. Em razão disto, a doutrina diverge. Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que no momento que o Poder Concedente autoriza a subconcessão, ele já deve estabelecer quem irá realizar a licitação, podendo tanto reservar este poder para si, como também para o concessionário. Já para Celso Antônio Bandeira de Mello, a licitação deve ser realizada pelo Poder Concedente exclusivamente, motivo pelo qual a lei se referiu à modalidade concorrência, que é ato de Direito Público, realizado por entidades governamentais.⁸⁸

Esta segunda posição parece ser a mais correta, não apenas levando-se em conta o dispositivo literal da lei que fala em “concorrência”, como também verificando-se a maior harmonia com a natureza do instituto, haja vista que a subconcessão será regida nos termos da concessão, conferindo poderosas prerrogativas ao subconcessionário, não podendo, portanto, a escolha do subconcessionário, que prestará serviços públicos, ficar ao talante de uma empresa privada.

Em razão dos contornos deste regime, pode-se inferir que o subconcessionário responderá integralmente pelos danos causados a terceiros em razão de sua atividade, não se podendo cogitar em responsabilidade solidária do concessionário, vez que aquele se sub-roga em todos os direitos e obrigações. No entanto, entende-se que persiste a responsabilidade subsidiária do Poder Concedente, motivo este pelo qual fortalece o entendimento que o Poder Concedente é que deverá realizar a licitação.

⁸⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 712.

3.3.4 A responsabilidade das concessionárias e permissionárias de serviço público no Código de Defesa do Consumidor

A responsabilidade objetiva das concessionárias e permissionárias está prevista não apenas no art. 36, § 6º da Constituição Federal, já comentada anteriormente, mas também na Lei nº 8.078/90, denominada de Código de Defesa do Consumidor (CDC), pelo só fato de ser serviço.

Inicialmente, é necessário realçar o conceito de fornecedor de serviço. Para isto, o CDC conceituou em seu artigo 3º:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Pela presença das expressões pessoa jurídica pública ou “privada”, que desenvolve atividade de “prestação de serviço”, fatalmente neste conceito estão incluídas as concessionárias e permissionárias de serviços públicos.

Em relação à responsabilidade civil, o Código de Defesa do Consumidor atribui responsabilidade objetiva ao prestador ou fornecedor de serviços em seu artigo 14, *verbis*:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

A doutrina critica a redação deste artigo, pois o legislador utilizou a palavra “fornecedor” gênero, quando pretendia se referir especificamente ao “prestador” de serviços. Não obstante esta ressalva, o Código de Defesa do Consumidor estabelece que o prestador de serviços responde de forma objetiva pela reparação dos danos causados aos consumidores.

Estabelece, ainda, o diploma legal, no art. 22, que os órgãos da Administração Pública e toda e qualquer empresa, pública ou privada, que prestem serviços públicos, por via de contratação com a Administração Pública,⁸⁹ devem prestar serviços *adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos*.

⁸⁹ NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**.3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007,p.325.

Adiante, no parágrafo único, seguindo a esteira da Constituição Federal, estabelece a responsabilidade objetiva pelo descumprimento destes comandos e conseqüentes danos causados. Transcreve-se o artigo:

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.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

Deste modo, explicitando, aplica-se o CDC no caso de serviços públicos de fornecimento de água, energia elétrica, transporte, telefonia, entre outros, sejam concedidos ou não, e, como o artigo traz a expressão “na forma prevista neste Código”, a responsabilidade também será objetiva para os prestadores de serviço, especialmente concessionárias e permissionárias dos serviços públicos.

É oportuno ressaltar que o art. 17, deste mesmo diploma,⁹⁰ equipara como consumidores todas as vítimas do sinistro, assim todas as vítimas do evento danoso gozarão das garantias atribuídas pelo Código de Defesa do Consumidor, especialmente, no que diz respeito à responsabilidade objetiva para a reparação do dano.

Com esta equiparação, torna-se, também aí, sem efeito a distinção entre usuários e não-usuários estabelecida pelo entendimento do Supremo (RE 262.651-1-SP), mencionado no item 3.3.1, pois os danos causados pelas concessionárias aos terceiros, não usuários, serão equiparados aos consumidores, usuários e por isto, também terão o benefício da responsabilidade objetiva, sendo necessário comprovar apenas a conduta, o dano e o nexo de causalidade.

Ressalta-se mais uma vez que a Constituição não fez tal diferenciação (usuário-não usuário) e o Código de Defesa do Consumidor ainda realçou a responsabilidade objetiva mesmo nas relações não contratuais com o art. 17, neste sentido o ensinamento de Sérgio Cavalieri Filho:

Nada mudou o Código de Defesa do Consumidor quanto à natureza dessa responsabilidade porque já era objetiva a partir da Constituição de 1988; mudou, entretanto, a sua base jurídica. Não mais necessitamos agora do

⁹⁰ Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

mecanismo de responsabilidade pelo fato de terceiro porque o transportador não responde pelo fato do preposto (art. 1.521, III, Código Civil de 1916), mas sim por fato próprio- o defeito do serviço. E mais, na medida em que o Código do Consumidor, em seu art.17, equiparou ao consumidor todas as vítimas de acidente de consumo, ainda que estranhas a uma relação contratual, **ficou aqui superada a clássica dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual.**⁹¹(grifou-se)

Os tribunais pátrios já reconhecem esta responsabilidade objetiva das concessionárias e permissionárias. Á guisa de exemplo, transcreve-se a ementa abaixo:

RECURSO ESPECIAL. ACIDENTE EM ESTRADA. ANIMAL NA PISTA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES. Conforme jurisprudência desta Terceira Turma, **as concessionárias de serviços rodoviários, nas suas relações com os usuários, estão subordinadas à legislação consumerista.** Portanto, respondem, objetivamente, por qualquer defeito na prestação do serviço, pela manutenção da rodovia em todos os aspectos, respondendo, inclusive, pelos acidentes provocados pela presença de animais na pista.Recurso especial provido.(STJ, Resp. 647710, Min. Rel. Castro Filho, 3.T., julgado 30.06.2006) (grifou-se)

Diante deste quadro, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro dedicou atenção especial aos cidadãos que utilizam serviços públicos, pois além de estarem protegidos pela responsabilidade objetiva estabelecida na Constituição Federal, também estão resguardados pela legislação consumerista e até mesmo pelo Código Civil e leis específicas que discorreremos a seguir.

3.3.5 A responsabilidade das concessionárias e permissionárias de serviços públicos no Código Civil e questões relativas à indenização

O Código Civil no seu art. 927, parágrafo único, traz uma cláusula geral de responsabilidade objetiva quando estabelece que:

Art. 927.p.único- Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para o direito de outrem.

⁹¹CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 211.

O dispositivo, bastante polêmico no Código Civil, trata da responsabilidade pelo desempenho de atividade de risco e, em uma interpretação literal, a norma teria uma aplicação bastante extensa, podendo abranger casos absurdos, uma vez que situações corriqueiras do cotidiano são potencialmente causadoras de risco, como o simples fato de alguém colocar o seu automóvel particular em via pública, acarretaria, em uma interpretação precipitada, a responsabilidade objetiva.

Deste modo, não é toda e qualquer atividade de risco que gera responsabilidade objetiva. A questão bastante aberta, portanto, fica a cargo do preenchimento pelo juiz, como exímio aplicador do direito. No entanto, o que a maioria doutrinária considera é que em razão da expressão “atividade” e do advérbio “normalmente”, a conduta não pode ser isolada, deve ser reiterada, habitualmente exercida e organizada de modo empresarial para fins econômicos.⁹²

O dispositivo traduz a idéia de “risco proveito”, em que a responsabilidade objetiva se justifica na medida em que o causador do dano, visando auferir um proveito, submete a vítima a uma probabilidade de lesão maior que os demais membros da coletividade, conforme o enunciado número 38 da I Jornada de Direito Civil, realizada no período de 11 a 13 de setembro de 2002:

38 – Art. 927: a responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.

Diante de tal entendimento, inevitavelmente incluem-se as atividades de riscos desenvolvidas pelas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, especialmente no campo de transporte coletivo, como o ferroviário e também de o de energia elétrica.

No momento da elaboração do projeto do novo Código Civil na década de 70,⁹³ esclarece a doutrina, que o legislador visava regular as inúmeras atividades que, exploradas empresarialmente, trariam grandes riscos à sociedade e que poderiam causar dano maior a uma pessoa determinada do que aos demais membros, conforme já dito.

⁹² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** 6. ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 182.

⁹³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. Cit.p.181

No entanto, não obstante esta previsão legal no Novo Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, foi pioneiro ao tratar desta matéria, já em 1990, em seu artigo 14, estabelecendo a responsabilidade objetiva para a reparação de danos causados aos consumidores e aos equiparados. Deste modo, percebe-se que existem vários diplomas legais que protegem esta relação, cabendo ao lesado escolher aquele que melhor atende seus interesses.

Na mesma linha, o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/86) que disciplina o transporte aéreo realizado dentro do território nacional, observada a competência da União para explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão,⁹⁴ instituiu a responsabilidade objetiva, inclusive no que diz respeito as terceiros, que estão fora da aeronave, no art. 268, *verbis*:

Art. 268. O explorador responde pelos danos a terceiros na superfície, causados, diretamente, por aeronave em vôo, ou manobra, assim como por pessoa ou coisa dela caída ou projetada.

§ 1º Prevalece a responsabilidade do explorador quando a aeronave é pilotada por seus prepostos, ainda que exorbitem de suas atribuições.

§ 2º Exime-se o explorador da responsabilidade se provar que:

I - não há relação direta de causa e efeito entre o dano e os fatos apontados;

II - resultou apenas da passagem da aeronave pelo espaço aéreo, observadas as regras de tráfego aéreo;

III - a aeronave era operada por terceiro, não preposto nem dependente, que iludiu a razoável vigilância exercida sobre o aparelho;

IV - houve culpa exclusiva do prejudicado.

No entanto, é fato que o referido diploma perdeu em parte sua eficácia com a vigência da Constituição de 1988, pois não cabe mais qualquer limitação à responsabilidade objetiva, como previa o Código Brasileiro de Aeronáutica, no art. 269,⁹⁵ a indenização tarifada, conforme assevera Carlos Roberto Gonçalves:

O Art. 269 do Código Brasileiro de Aeronáutica, que limita a responsabilidade das empresas aéreas pelos danos causados a terceiros, perdeu eficácia a partir da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, que estendeu a responsabilidade objetiva atribuída ao Estado, às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, pelos

⁹⁴ Art.21. Compete à União: XII- explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

⁹⁵ Art. 269. A responsabilidade do explorador estará limitada: I - para aeronaves com o peso máximo de 1.000kg (mil quilogramas), à importânci a correspondente a 3.500 (três mil e quinhentas) OTN - Obrigações do Tesouro Nacional; II - para aeronaves com peso superior a 1.000kg (mil quilogramas), à quantia correspondente a 3.500 (três mil e quinhentas) OTN - Obrigações do Tesouro Nacional, acrescida de 1/10 (um décimo) do valor de cada OTN - Obrigaçõ do Tesouro Nacional por quilograma que exceder a 1.000 (mil). Parágrafo único. Entende-se por peso da aeronave o autorizado para decolagem pelo certificado de aeronavegabilidade ou documento equivalente.

danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros(art. 37, §6º), sem estabelecer qualquer limite para indenização. **Assim como não há limite para a responsabilidade civil do Estado, igualmente não há para a das concessionárias e permissionárias de serviços públicos, que emana da mesma fonte. A perda de eficácia do aludido dispositivo foi reafirmada com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor.**⁹⁶ (grifou-se)

Sobre esta questão do cálculo indenizatório, no Recurso Extraordinário nº 262.651-1/SP, a Ministra Ellen Gracie, em seu voto, levantou a questão da possibilidade do aumento das tarifas, caso a responsabilidade fosse estendida aos não usuários, tendo em vista o cálculo do risco na fixação do valor de tais tarifas, *verbis*:

[...] a delegação feita às empresas transportadoras é limitada a uma atividade ou a um determinado serviço público que é, então, executado de forma indireta. Por isso, os riscos correspondentes a essa atividade devem merecer exatamente a mesma limitação, até porque as empresas que assumem tais parcela de atividade estatal fazem o cálculo econômico dos riscos em que irão incorrer e estes estariam exageradamente ampliados se atribuíssemos leitura mais alargada ao §6º do art. 37 da CF[...].

No entanto, esta responsabilidade objetiva já é calculada para fixação do montante, porque faz parte do risco, decorrente da própria atividade da concessionária e justificar a não extensão aos não-usuários pela possibilidade de aumentar demasiadamente o preço, vai de encontro ao princípio da igualdade, pois uma pessoa arcaria severamente com o ônus de um serviço prestado à coletividade.

Reafirma-se, portanto, que a tarifa já possui em seu valor o cálculo que abrange as situações de riscos inerentes a atividade e o concessionário não pode aumentar este valor arbitrariamente, tanto em razão do princípio da modicidade das Tarifas, estabelece que estas não podem ter um valor que onere excessivamente o cidadão, como também levando-se em conta a necessidade de participação do Poder Público no processo de revisão das tarifas, até mesmo pelo fato da tarifa módica ser um dos critérios de escolha da empresa na licitação.

Deste modo, não cabe esta limitação da responsabilidade sob a justificativa do aumento do valor das tarifas, na realidade, as concessionárias devem prestar seus serviços com perspicácia e alto grau de especialização, além do rigor e controle na forma de sua prestação, evitando ao máximo estas situações desastrosas.

⁹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.p. 302.

Ademais, é importante ressaltar que, principalmente pelo interesse público envolvido, estas empresas são parcialmente publicizadas, como já afirmado anteriormente. A idéia de lucro, deste modo, embora presente, deve ser atenuada, visto que tais serviços públicos são essenciais e fundamentais para a sociedade.

Ressaltando-se que tais danos, decorrentes da atividade das concessionárias, fazem parte da álea ordinária a que estas pessoas jurídicas estão sujeitas, devendo, por isso, serem suportados, ainda que haja uma diminuição na sua estimativa de lucro. Sobre o tema colaciona-se o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Cumpre esclarecer que a garantia econômica do concessionário na concessão de serviço público não é, contudo, uma proteção total que lhe dá o concedente contra qualquer espécie de insucesso econômico ou diminuição de suas perspectivas de lucro.

Com efeito, uma vez que o concessionário exerce um serviço estatal, mas por sua conta, riscos e perigos, é natural que à moda de qualquer empreendimento comercial ou industrial, se sujeite a certa álea, a certo risco.⁹⁷

Além disto, caso a concessionária não tenha condições para arcar com a reparação do prejuízo, não será o usuário que será onerado em sua tarifa e sim o poder concedente terá que responder subsidiariamente, complementando a indenização, consagrando o Princípio da Repartição de Encargos, ou da Solidariedade, uma vez que toda a coletividade estará suportando tal ônus.

3.3.6 Responsabilidade Subsidiária do Poder Concedente

É um entendimento quase unânime dos doutrinadores pátrios a questão da responsabilidade subsidiária do Poder Concedente. Nesta linha de raciocínio adverte Romeu Felipe Bacellar Filho, realçando o motivo de tal responsabilidade subsidiária:

O exercício da atividade delegada rege-se por atos administrativos que a liga ao Poder Público ou por contratos estabelecendo cláusulas e obrigações entre as partes, sendo certo que, no caso, em havendo dano a ser reparado, a responsabilidade do Estado haverá de ser subsidiária.

⁹⁷MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 22 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.p. 714.

Convém asseverar que a **subsidiariedade deve-se ao fato da atividade delegada consistir em obrigação originária do Estado e, portanto, de responsabilidade deste, ainda que em última instância**. O particular não pode ver-se afrontado em seus direitos por ato de agente delegado e não ser indenizado, competindo ao Estado, e caso de insolvência deste, proceder a reparação.[...]

O Estado é detentor de suas potestades com o exclusivo fim da busca do bem comum e do interesse público, não podendo permitir ofensa a princípios basilares do ordenamento e da Constituição. A reparação deve ser efetuada, ainda que subsidiariamente. **Afinal, foi o Estado que repassou para o particular o exercício da atividade pública que lesionou o cidadão.**⁹⁸ (grigou-se)

A subsidiariedade, portanto, decorre do fato do serviço ser público, ou seja, eminentemente de titularidade do Estado que não pode se esquivar na situação em que o dano ao destinatário do serviço for maior que as forças econômicas da empresa concessionária. Mais uma vez, ressalta-se que o cidadão nunca será o prejudicado, no sentido de não ser reparado pelo seu prejuízo.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao tratar do tema, alerta ainda sobre a possibilidade de haver responsabilidade solidária:

O poder concedente responde subsidiariamente, em caso de insuficiência de bens da concessionária; mas essa responsabilidade subsidiária somente se aplica em relação aos prejuízos decorrentes da execução de serviço público; eventualmente, pode haver responsabilidade solidária, por má escolha da concessionária ou omissão quanto ao dever de fiscalização.⁹⁹

Neste desiderato, surge a questão da possibilidade de ação regressiva do poder concedente, caso tenha contribuído para a ocorrência do evento danoso, em razão sobretudo da falta do dever de fiscalização, por si próprio, ou por suas Agências Reguladoras. José dos Santos Carvalho Filho, assim trata a questão, *verbis*:

Desse modo, a melhor interpretação é a de que, embora a responsabilidade primária integral seja atribuída ao concessionário, pode este exercer seu direito de regresso contra o concedente, quando tiver havido ausência ou falha na fiscalização, porque nesse caso terá o concedente contribuído, juntamente com o concessionário, para a ocorrência do resultado danoso [...]

Além disso, é importante analisar outra hipótese, qual seja, aquela em que apenas o concessionário contribuiu para o prejuízo de terceiro, sem que tenha havido, por conseguinte, vulneração pelo concedente de sua obrigação fiscalizatória. Logicamente não haveria direito de regresso contra o concedente nessa hipótese, já que inexistiu por parte deste qualquer

⁹⁸ BACELAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.p. 244-248.

⁹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008.p. 280.

culpa concorrente. Não obstante, se, apesar disso, o concessionário não tiver meios efetivos para reparar os prejuízos causados, pode o lesado dirigir-se ao concedente, que sempre terá responsabilidade subsidiária pelo fato de ser concessionário um agente seu. Insolvente o concessionário, passa a não mais existir aquele a quem o concedente atribuiu a responsabilidade primária. Sendo assim, a reação jurídica indenizatória se fixará diretamente entre lesado e o Poder Público, de modo a ser a este atribuída a responsabilidade civil subsidiária.¹⁰⁰

Entender pela responsabilização do Estado, pelo só fato da má escolha ou falta de fiscalização das concessionárias, é ver o Estado como um “segurador universal”, além de ser uma situação bastante vantajosa para as empresas concessionárias. No entanto, é certo que o Estado deve responder subsidiariamente.

Sobre o tema, colaciona-se um trecho de uma decisão do Tribunal Regional da 4^a Região, que não reconheceu a responsabilidade exclusiva do Poder Público, representado pelo órgão da polícia rodoviária, em decorrência da omissão:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO E DA CONCESSIONÁRIA. RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DA POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL - INOCORRÊNCIA. CULPA DO CONDUTOR. VALOR DA INDENIZAÇÃO. TERMO A QUO DA CORREÇÃO MONETÁRIA.

Legitimas a Ecosul, pelo contrato de concessão, cabe a manutenção e a conservação da via em condições de trafegabilidade, e também lhe incumbe o dever de conservação e vigilância, sendo sua obrigação a manutenção em boas condições da via de rolamento, da condição de trafegabilidade, bem como da segurança e tranquilidade do usuário, e quanto à União, a sua legitimidade decorre de que cabe a ela manter a segurança das estradas, sem prejuízo da atuação da concessionária.

A obrigação da Polícia Rodoviária Federal no que se refere à circulação de animais na pista, suscitada pela concessionária, não afasta sua responsabilidade objetiva relativamente aos danos ocasionados aos usuários no trecho concedido, ante a invasão de animais na pista, cuja segurança de tráfego é sua obrigação de fornecimento (TRF 4^a Região, AC 20037110027938/RS, Rel. Edgard Antônio Lippmann Júnior, 4 T., julgado em 23.05.2007, DJU 11.06.2007) (grifou-se)

Afirma-se ainda que eventual responsabilidade da União nos casos de concessionárias, só poderia se dar em caso de omissão das agências reguladoras:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FECHAMENTO DOS POSTOS DE ATENDIMENTO PESSOAL. SUBSTITUIÇÃO PELO SERVIÇO DE 'CALL CENTER'. DEVER DE FISCALIZAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO.

- As agências reguladoras assumem atribuições inerentes ao Poder Executivo. In casu, foi atribuído à ANATEL o dever de fiscalização e a

¹⁰⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 17 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.336-337.

aplicação de penalidades relativas ao serviço de telecomunicações (art. 19, VI e XVIII, Lei nº 9.472/97).

- Eventual responsabilidade da União poderia surgir em face de indevida omissão pela ANATEL no cumprimento de suas obrigações. Todavia, conforme comprovam os documentos dos autos, a ANATEL instaurou o Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações - PADO (processo nº 53500004030/2000).

- Dessa forma, não ocorreu omissão no dever de fiscalização pela ANATEL. A demora na conclusão do procedimento é justificável pela complexidade das medidas a serem adotadas.

- Logo, merece ser reformada a sentença para fins de afastar a condenação da União, genericamente imposta para "exercer o dever de fiscalização sobre os serviços de telecomunicações" (fl. 1422), em face da sua ilegitimidade passiva ad causam.

- Apelação parcialmente provida. (TRF 4ª Região, AC 200370050002275-PR, Rel. Vânia Hack de Almeida, 3 T., julgado em 19.06.2006, DJU 04.10.2006)

Sobre esta questão da responsabilidade pelo não exercício do poder de fiscalização, entram em cena as agências reguladoras, que possuem o dever precípua de fiscalizar a execução dos serviços públicos, inclusive aplicando penalidades, em virtude de má prestação. Alguns doutrinadores entendem que estas autarquias por terem personalidade jurídica própria e patrimônio próprio, devem responder conjuntamente com os concessionários, em razão de sua conduta omissiva no controle e fiscalização, respondendo, deste modo, de forma subjetiva. No entanto, ainda não há um posicionamento neste sentido nos tribunais pátrios.

CONCLUSÃO

As concessões e permissões dos serviços públicos são formas de descentralização, em que o Estado transfere aos particulares a execução de serviços públicos, preservando, entretanto, a sua titularidade.

Em razão do escopo a que tais concessionárias se propõem - o atendimento das necessidades essenciais da coletividade-, devem receber o influxo de normas de Direito Público, encontrando-se, por isso, tais empresas parcialmente publicizadas, naquele seu desempenho particular de atividade.

Com esta linha de raciocínio, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a responsabilidade objetiva em relação aos danos ocasionados pelas pessoas jurídicas prestadoras de serviço público, sendo a doutrina uníssona em afirmar a responsabilidade objetiva das concessionárias e permissionárias dos serviços públicos.

Em relação à restrição desta responsabilidade objetiva apenas aos “usuários”, como quer o Supremo Tribunal Federal, não se encontrou nenhuma fundamentação legal ou doutrinária, reputando-se, assim, descabida.

A Constituição Federal não fez nenhuma distinção entre usuários e não usuários, ao contrário, referiu-se à expressão genérica “terceiros”. Deste modo, se o texto constitucional não fez qualquer limitação, não caberia seu intérprete fazer, até mesmo pelo fato do constituinte não ter feito qualquer exigência em relação ao sujeito passivo.

A Lei 8.987/95, que trata da concessão e permissão dos serviços públicos, definiu no art. 2º que a empresa prestadora de serviços públicos os desempenharia “por sua conta e risco”. Procurou, então, o legislador infraconstitucional deixar claro que, por serem serviços de risco, a responsabilidade destas empresas seria objetiva, não mencionando qualquer distinção entre usuário e não usuário.

Em relação aos institutos da subcontratação e subconcessão, estão previstos, respectivamente, nos art. 25 e 26 da Lei 8.987/95. Concluiu-se que a responsabilidade seria exclusiva do concessionário no caso de prejuízos causados a terceiros pela subcontratada, em razão de sua atividade, ainda que posteriormente

tenha direito à ação regressiva. É que, se não há relação entre o subcontratado e o Poder Concedente, também não há relação daquele com os administrados, destinatários dos serviços públicos. Situação oposta acontece na subconcessão, em que o subconcessionário deve responder integralmente, uma vez que se sub-roga em todos os direitos e obrigações do concessionário.

Os serviços públicos também foram tratados no Código de Defesa do Consumidor, estabelecendo este diploma, no art. 22, que as concessionárias e permissionárias prestadoras de serviços públicos serão compelidas a reparar o dano “na forma estabelecida neste Código”, ou seja, responderão objetivamente, consoante determina o art. 14.

O Código de Defesa do Consumidor ainda realçou a responsabilidade objetiva nas relações não contratuais, ou seja, em relação aos terceiros não usuários, pois equiparou a consumidores todas as vítimas do sinistro, superando questionamentos sobre a responsabilidade contratual e extracontratual.

O Código Civil também previu a responsabilidade objetiva em relação às atividades de risco, nas quais se encontram os serviços públicos. Mas, em relação a esta exigência de responsabilidade objetiva, a Constituição e o Código de Defesa do Consumidor foram mais enfáticos, abordando diretamente a responsabilidade na prestação dos serviços públicos.

Por fim, a doutrina afirma que o Estado continua tendo responsabilidade objetiva e subsidiária no caso de danos causados pelas prestadoras de serviços públicos, quando estas não tiverem meios efetivos para reparar os prejuízos causados. Afinal, a atividade delegada é obrigação originária do Estado, observando-se, apenas, que tenha repassado para o particular que causou prejuízos ao cidadão.

Destarte, conclui-se que a concessão de serviços públicos deve ser medida destinada a melhorar a qualidade das atividades prestadas, não cabendo qualquer limitação da responsabilidade, pois o cidadão contribuinte deve ser beneficiado e não prejudicado com esta concessão. O Estado, por sua vez, deverá fiscalizar esta prestação, seja diretamente, seja através das Agências Reguladoras, até mesmo pelo fato de responder subsidiariamente por eventuais danos causados pelas entidades privadas na realização da atividade.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BACELAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Controle das Concessões de Serviço Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COIMBRA, Márcio Chalegre. **O Direito Regulatório Brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina,ano5,n.51,out.2001.Disponívelem:<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2076>>.Acesso em: 04.ago.2008.

CUNHA JR., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPODIVM,2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____.**Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4.ed.São Paulo: Atlas, 2002.

FIGUEREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo (Coord.). **Estudos de direito constitucional**: em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MODESTO, Paulo. **Reforma do marco Legal do Terceiro Setor no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 37, dez. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=474>>. Acesso em: 27 setembro 2008.

MUKAI, Toshio. **Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, Ruth Helena Pimentel de. **Entidades prestadoras de serviços públicos e Responsabilidade Extracontratual**. São Paulo: Atlas, 2003.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.