

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CONCESSIONÁRIAS FRENTE A TERCEIROS

CIVIL LIABILITY OF CONCESSIONAIRES BEFORE THIRD PARTIES

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS CONCESIONÁRIAS ANTE TERCEROS

Anderson Catapan

Mestre em Contabilidade e Finanças pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), sócio-diretor da Catapan Contadores Associados, professor da Escola de Negócios da PUCPR.
anderson@catapancontadores.com.br

Daniel Ferreira dos Santos

Mestre em Administração pela PUCPR. danielsantos927@hotmail.com

Renato da Costa dos Santos

Mestrando em Administração na PUCPR e professor da FAESP. rrenatinho@yahoo.com.br

Claudimar Pereira da Veiga

Doutorando em Administração na PUCPR e Mestre em Engenharia de Produção pela PUCPR.
claudimar.veiga@gmail.com

RESUMO

O presente estudo faz uma análise a respeito da responsabilidade civil das concessionárias do serviço público frente a terceiros, usuários ou não desses serviços. As considerações percorrem o caminho da definição de serviços públicos e, na transferência de tal serviço para o particular, via contratual. Ou seja, por meio da concessão. O trabalho desenvolvido aborda também as noções da responsabilidade civil do Estado e sua teoria objetiva, o entendimento do Supremo Tribunal Federal e a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Destaca-se ainda a atribuição da responsabilidade às concessionárias de serviço público da mesma forma como seria do Estado, caso fosse este último o titular da prestação do serviço.

Palavras-chave: Responsabilidade. Estado. Concessionárias. Serviço Público. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The present study makes an analysis about the civil liability of public service concessionaires before third parties, users of these services or not. The considerations begin with the definition of public services, and the transfer of such service to a private company by a contract. In other words, by means of the concession. It is also discussed the notions of civil liability of the State and its objective theory, the understanding of the Federal Supreme Court and the applicability of the Consumer Defense Code. Emphasis is also given to the responsibility assignment to the public service concessionaires in the same way as it would be to the State, if the latter were the holder of the service provision.

Key words: Responsibility. State. Concessionaires. Public Service. Federal Supreme Court.

RESUMEN

El presente estudio hace un análisis sobre la responsabilidad civil de las concesionarias del servicio público ante terceros, usuarios o no de estos servicios. Las consideraciones siguen el camino de la definición de los servicios públicos, y en la transferencia de tal servicio para el particular, via contractual. Es decir, a través de la concesión. En el trabajo también se abordan los conceptos de la responsabilidad civil del Estado y su teoría tiene como objetivo, la comprensión de la Corte Suprema Federal y de la aplicabilidad del Código de la protección de los consumidores. O en otras palabras, a través de la subvención. En el trabajo también se analizan los conceptos de la responsabilidad civil del Estado y su teoría tiene como objetivo, la comprensión de la Corte Suprema Federal y la aplicabilidad del Código de protección de los consumidores. También se destaca la atribución de la responsabilidad a las concesionarias del servicio público de la misma manera como sería del Estado, si éste fuese el último el titular de la prestación del servicio.

Palabras-clave: Responsabilidad. Estado. Concesionarias. Servicio Público. Supremo Tribunal Federal.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente estudo é trazer à tona a discussão acerca da responsabilidade civil, por danos causados a terceiros, usuários ou não, das empresas concessionárias de serviços públicos.

Inicialmente o trabalho demonstrará que existem certas atividades consistentes na prestação de utilidade ou comodidade destinada a satisfazer as pessoas. São considerados serviços públicos e, por esta razão, o Estado assume pra si como atribuição.

Entretanto, existem casos que, por outros fatores, não é conveniente o Estado ter para si a responsabilidade direta, pois entende ser pertinente delegá-los por intermédio da concessão do serviço público, atribuindo o exercício a um particular, por meio de um contrato, tratando-se da transferência da titularidade de prestação.

Com essa transferência de titularidade do serviço público, a concessionaria passará a assumir os riscos e responsabilidades deles decorrentes. Este é o principal objeto do estudo.

A responsabilidade objetiva atribuída às concessionárias por força do contido no parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e os entendimentos do Supremo Tribunal Federal, modificaram-se com o tempo, atribuindo interpretações diversas ao texto constitucional em questão.

Este trabalho visa analisar os principais aspectos das três formas de prestação de serviços públicos por empresas privadas ou pessoas físicas, quais sejam: a concessão, a permissão e a autorização, sendo priorizada, a concessão de serviços públicos, no

aspecto responsabilidade civil frente a terceiros. É certo que a noção de serviço público mostra-se complexa, pois são inúmeras as teses que o definem e são encontradas na doutrina nacional e comparada.

Nesse trabalho, utilizaremos o conceito de serviço público, ditado por de Mello (2008). Segundo o autor, serviço público:

"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 de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo" (MELLO, 2008, p. 665).

Dessa conceituação, extraem-se inúmeras informações relativas ao serviço público. Entretanto, a que se verifica mais importante é o regime jurídico, o "regime de Direito Público".

Também conhecido como "regime administrativo", é o que confere caráter jurídico ao serviço público e, sendo assim, submete-se a alguns princípios que no entendimento de Meireles (2006) foram assim enumerados:

- a) o da permanência, que é o nome que atribui ao princípio da continuidade;
- b) o da generalidade, que corresponde ao princípio da igualdade;
- c) o da eficiência, que exige a atualização do serviço;
- d) o da modicidade, exigente de tarifas razoáveis; e
- e) o da cortesia. (MEIRELES, 2006, p. 334)

Tal submissão evidencia-se necessária, uma vez que a figura principal destes atos é o usuário (sociedade). Por esta razão é que se atribui ao serviço público o já citado "regime de direito público", pois possibilita garantir a sua prestação, independentemente de quem os tenha a seu cargo.

Todavia, não é qualquer atividade que pode ser considerada serviço público. É necessário que seja de grande relevância para a coletividade, considerando-a imprescindível para a sociedade.

Como o Estado retira estas atividades que considera de seu interesse, transferindo-a para o setor público, exclui, portanto, a ação livre dos particulares. O Estado presta estas *Ius Gentium - Curitiba, ano 7, n. 14, p. 113 - 122, jul/dez 2013*

atividades porque está obrigado a fazê-lo, conforme comando Constitucional. Tal assertiva caminha no mesmo sentido do entendimento de Ataliba (1999), ao afirmar: “por isso não lhes são aplicáveis os institutos, fórmulas e regime jurídico próprios das relações privadas”.

Em razão de os serviços públicos serem caracterizados como atividade especial, dada a sua natureza, é retirada do domínio privado e entregue ao poder público que deve prestá-lo a sociedade, exceção prevista em nossa Constituição.

Assim, as diferenças entre a titularidade do serviço público e a titularidade da prestação do serviço merecem ser abordadas, já que são realidades jurídicas intrinsecamente diversas.

O fato de o Estado ser titular de serviços públicos, ou seja, ser o detentor do “monopólio” sobre eles, na concepção de Mello (2008), não significa que devam ser obrigatoriamente prestados por si. “Inclusive, na grande maioria dos casos, estará apenas obrigado a discipliná-los e a promover-lhes a prestação, como é o caso da autorização, da permissão e da concessão”. (MELLO, 2008, p. 675).

Os institutos citados são a formalização do repasse da prestação dos serviços públicos pelo Estado às entidades diversas e passarão a ser analisadas com maior enfoque na concessão para, posteriormente, ser abordada responsabilidade das pessoas a quem são conferidas a titularidade da prestação do serviço público.

Anterior à análise da responsabilidade das empresas concessionárias perante terceiros, faz-se necessário tecer noções gerais sobre a concessão de serviços públicos.

Nesse caminho, cabe invocar a definição trazida por Mello (2008):

“Concessão de serviços públicos é o instituto através do qual o estado atribuiu 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 basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço”. (MELLO, 2008, p. 696)

Como se percebe, a remuneração do concessionário se dá pela própria exploração do serviço concedido. Isto em regra se faz por meio de tarifas cobradas dos usuários, permitindo ao concedente subsidiar parcialmente o concessionário.

Já para Di Pietro (2002), a concessão de serviços públicos está inserida num conceito amplo de privatização:

“Isto se justifica porque ela é um dos instrumentos de que o Poder Público pode utilizar-se para diminuir o tamanho do Estado, pela transferência de atribuições para o setor privado. Ainda que a concessão se faça por contrato administrativo, portanto, regido pelo direito público, e, ainda que o Poder Público conserve a plena disponibilidade sobre o serviço, exerça a fiscalização e cobre tarifa, a execução do serviço estará entregue a uma empresa privada, que atuará pelos moldes das empresas privadas, livre de procedimentos como concursos públicos, licitação, controle pelo Tribunal de Contas e outros formalismos que emperram hoje a atuação da Administração Pública Direta e Indireta.” (DI PIETRO, 2002, p. 70)

Em que pese às divergências acerca do instituto, é notória a sua utilização pelo Estado, inclusive com amparo da Constituição Federal, mas considerando que o comando Constitucional é uma norma de eficácia limitada, necessitou de outra legislação infraconstitucional para validar sua eficácia. Portanto, sobreveio a Lei 8.987, de 13.03.1995, publicada no dia subsequente, sendo alterada pela Medida Provisória 890 de 14.02.1995, convertida posteriormente na Lei 9.074 de 07.07.1995, após inúmeras Medidas Provisórias.

A lei 8.987/1995, além de conceituar o que seria a concessão de serviços públicos, também viera a regulamentar a sequência do procedimento para a concessão. Inicialmente determinou que a outorga devesse ser precedida de processo licitatório, admitindo-se a adoção do regime de exclusividades quando a primeira solução for inviável por imposição técnica ou econômica.

Escolhido o concorrente, após o processo licitatório citado, será firmado com o poder concedente o ato convencional da concessão, nominado na lei 8.987/95 como contrato, o qual deverá conter cláusulas essenciais, apontadas no artigo 23 do citado diploma legal, para início da prestação do serviço.

Superadas as fases necessárias para a formalização da concessão dos serviços públicos, inicia-se a prestação destes pela concessionária, que passa a atuar diretamente perante o usuário. Os fatos praticados pela concessionária e que eventualmente possam causar danos ao usuário ou a um terceiro não usuário, seriam responsabilidade do Estado ou da prestadora do serviço.

A responsabilidade civil é a obrigação de reparar um dano que se impõe ao causador de um ato ilícito. Tal obrigação é disciplinada pelo Código Civil, em seu artigo 927 que assim dispõe: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Não se pode passar ao largo de que o Poder Público, no exercício do seu poder-dever, pode causar danos aos particulares, ensejando a responsabilidade civil estatal. Esta também é a posição de Paula de Araújo Pinto Teixeira em seu trabalho científico:

A Administração Pública, no exercício de seu mister, pode causar danos aos particulares, ensejando a responsabilidade civil estatal. Esta responsabilidade é denominada extracontratual, tendo em vista que não se origina de uma relação contratual (ressalvados os casos de celebração de contrato administrativo), mas deriva das atividades estatais.

Alexandre de Moraes (2002, p. 898) assevera que “a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público ou privado, quando prestadoras de serviços públicos, baseia-se no risco administrativo, sendo desta forma objetiva”.

Portanto, a responsabilidade do Estado é baseada na teoria objetiva. Da mesma forma ocorre com as concessionárias de serviço público conforme será demonstrado.

É assente, na doutrina, que a responsabilidade das concessionárias de serviço público é objetiva e decorre do mesmo comando Constitucional aplicável ao Estado, conforme evidencia o artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal:

Artigo 37, parágrafo 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Observa-se que o artigo Constitucional em momento algum limitou sua abrangência nas pessoas de direito público; abarca também aquelas com personalidade jurídica de direito privado, estando prestando serviços públicos, ou seja, as empresas públicas e sociedade de economia mista.

Disciplinou a Constituição Federal então, que as concessionárias seguirão a mesma regra de responsabilização do Estado, pois, apesar de não integrarem a Administração Pública Direta ou Indireta, agem por delegação.

A situação significa que a responsabilidade pelos danos eventualmente causados a terceiros será objetiva, o que implica dizer que para ser instaurada prescinde-se de culpa ou dolo da pessoa jurídica.

Em relação à essa matéria, o Supremo Tribunal Federal firmou posicionamento consentâneo, conforme seu Informativo nº 557:

"No mérito, salientando não ter ficado evidenciado, nas instâncias ordinárias, que o acidente fatal que vitimara o ciclista ocorrera por culpa exclusiva deste ou em razão de força maior, reputou-se comprovado o nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público, e julgou-se tal condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado, nos termos do art. 37, § 6º, da CF ("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)."

Ricardo Lewandowski, Ministro do Supremo Tribunal Federal, ao se pronunciar a respeito, assim se manifestou:

Pelo entendimento atual, asseverou-se que não se poderia interpretar restritivamente o alcance do art. 37, § 6º, da CF, sobretudo porque a Constituição, interpretada à luz do princípio da isonomia, não permite que se faça qualquer distinção entre os chamados "terceiros", ou seja, entre usuários e não-usuários do serviço público, haja vista que todos eles, de igual modo, podem sofrer dano em razão da ação administrativa do Estado.

Em resumo, atualmente, seja para usuário, seja para não usuário, a responsabilidade da concessionária é sempre objetiva; não havendo limitação a esta regra no texto constitucional, não há por que distingui-la em razão dos sujeitos vitimados.

Ultrapassada a discussão acerca da responsabilidade objetiva para com terceiros não usuários, passamos à análise mais profunda sobre a responsabilidade da concessionária de serviços públicos para com os usuários.

Sob este prisma, é o Código de Defesa do Consumidor e a Lei 8.987/95 que regulam a responsabilidade da concessionária de serviços públicos. O Código de Defesa do Consumidor estipula que é objetiva a responsabilidade por danos causados ao consumidor.

Por este vértice, podemos classificar como consumidores os usuários dos serviços públicos delegados, o que implica estarem submetidos à toda legislação consumerista, em especial àquela relativa a responsabilidade fornecedor – cliente.

Determina o artigo nº. 14 da Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), in verbis:

Artigo 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.

Caminhando sob o texto legal, temos que, uma vez configurada a relação de consumo entre concessionárias (fornecedores) os usuários (consumidores), incidirá em toda a sua plenitude a aplicação da legislação consumerista.

Esta legislação, além de outras benesses, explora a hipossuficiência do consumidor em relação ao fornecedor, ou seja, busca maximizar a fraqueza do consumidor em relação ao consumidor, como a exemplo da inversão do ônus da prova.

A fim de consubstanciar a responsabilidade objetiva por parte das concessionárias, buscou-se o determinado no artigo nº. 25, da Lei nº. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, in verbis:

Artigo 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.

Como se percebe este texto legal, além de estabelecer a responsabilidade objetiva das concessionárias de serviços públicos frente aos usuários, também evidencia em relação aos não usuários, não importando, inclusive, se houve ou não fiscalização do poder concedente; sendo apenas necessário o nexo causal entre a ação e o dano.

Em relação à assunção deste encargo por parte da concessionária, busca-se o ensinamento de Sergio Cavalieri Filho: “quem tem o bônus deve suportar o ônus”. Em outras palavras, não basta usufruir das regalias e ou benesses oferecidas a quem, por

delegação, exerce a atividade estatal, mas deve também, suportar os riscos inerentes à atividade.

CONCLUSÕES

Diante da ocorrência da descentralização da prestação do serviço, deve-se considerar também a transferência não apenas do serviço em si, mas da responsabilidade objetiva, fazendo com que o recebimento do encargo passe para as mãos da empresa doravante contratada para a execução do serviço, a qual deverá respeitar os termos constantes no contrato de concessão. Já ao Estado cabe a fiscalização e o acompanhamento das obras a serem realizadas, bem como a observação dos termos previstos no contrato. Diante do exposto, cabe ressaltar que as empresas concessionárias de serviço público passam a ingressar na relação jurídica, geradora do dever de indenizar. Conclui-se que o sistema de responsabilidade adotado pelo ordenamento jurídico no Brasil, bem como pela doutrina, é de que a responsabilidade objetiva abrange a usuários e a não usuários em relação às concessionárias e, ainda, em relação aos usuários também é aplicada as normas do Código de Defesa do Consumidor.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, G. Hipótese de Incidência Tributária. 9 ed. São Paulo: Malheiros. 1999. p.142.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988/ coletânea organizada por Álvaro Lazzarini. 7.ed.atualizada até 02.01.2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BRASIL, Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil/coletânea organizada por Antonio Luiz de Toledo Pinto, Marcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 9ª.ed. atualizada e ampliada até 2010. São Paulo: Saraiva, 2010.

FILHO, S. C. Programa de Responsabilidade Civil. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MEIRELLES, Helly Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p.334.

MELLO, C. A. B. Curso de Direito Administrativo: São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p. 665.

MORAES, A. de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. São Paulo: Atlas, 2002.