

## **A responsabilidade civil das concessionárias de serviço público frente aos não usuários do serviço**

**André Guasti Motta**

Juiz da Vara de Único Ofício da  
Comarca de Boca da Mata

A responsabilidade civil ocorre quando há a violação de uma norma jurídica, pré-existente, gerando a necessidade daquele que causou o dano de reparar o prejuízo suportado pela vítima. É o que dispõe o Código Civil Brasileiro, em seus artigos 186 e 927.

A responsabilidade civil extracontratual exige a constituição de três elementos essenciais, quais sejam: i) conduta humana; ii) nexo de causalidade; e iii) dano. A conduta humana é o comportamento humano voluntário, designado a um fim, que cause um prejuízo a outrem, podendo ser positivo (ação) ou negativo (omissão). O nexo causal é o liame que une o resultado danoso à conduta do agente. O dano é a materialização do prejuízo decorrente dessa conduta civilmente ilícita, que pode ser de ordem material e/ou moral. Pressuposto indispensável para a responsabilidade civil é a ocorrência do dano, ou seja, “o sujeito só é civilmente responsável se sua conduta, ou outro fato, provocar dano a terceiro. Sem dano, inexistente responsabilidade civil”<sup>1</sup>.

A evolução da teoria da responsabilidade civil do Estado passou por diversos estágios, até chegar a atual configuração, prevista no texto constitucional de forma expressa. A teoria da culpa administrativa, terceira na escala evolutiva, consiste na responsabilidade advinda da demonstração da falta do serviço ou culpa anônima, que poderia se consumir pelo mau funcionamento do serviço, sua ausência ou demora. Era necessário, pois, demonstrar o elemento culpa. Atualmente, vigora a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, que dispensa a demonstração da culpa, o que favorece o lesado. A responsabilidade objetiva incide tanto nos atos estatais lícitos quanto os ilícitos<sup>2</sup>.

A teoria do risco administrativo está prevista no âmbito infraconstitucional no artigo 43 do Código Civil Brasileiro, que dispõe que “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”. A previsão do código civil seguiu a orientação do texto constitucional, pondo fim a antiga divergência doutrinária, baseada na interpretação do texto do Código Civil de 1916, que não era muito claro se objetiva ou subjetiva a responsabilidade do Estado.

---

<sup>1</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 22 ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009. p. 520.

<sup>2</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 17 ed., Malheiros: São Paulo. p. 441.

Retirando qualquer dúvida, a norma prevista no §6º do art. 37 da Constituição de 1988 consagra a teoria da responsabilidade objetiva, elevando-a ao patamar constitucional. A disposição expressa do texto constitucional impõe que o Estado repare o prejuízo, de ordem moral ou patrimonial, ocasionado pelos atos de seus agentes que agirem nessa qualidade, sem que possa alegar a inexistência de culpa no exercício da atividade.

O texto constitucional faz referência a duas pessoas distintas: i) as pessoas jurídicas de direito público; ii) as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. A inserção da segunda categoria de pessoas, as pessoas jurídicas de direito privado prestadora de serviços públicos, na seara da responsabilidade civil, tem gerado alguma divergência na doutrina e na jurisprudência. A maioria da doutrina entende que o dispositivo iguala as pessoas de direito público e as de direito privado, prestadoras de serviço público<sup>3</sup>.

Corroborando com essa doutrina, o art. 2º, II da Lei 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos e regulamenta o disposto no artigo 175 da Constituição da República, assim prescreve: “para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: [...] 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”. Ao prever que a prestação do serviço público se dará por espontaneidade própria das concessionárias e permissionárias, que assumirão o risco da sua prestação, é de se concluir, aliado à interpretação do art. 37, §6º, CRFB, que a responsabilidade destes entes segue a mesma sistemática da teoria do risco administrativo, ou seja, a responsabilidade é objetiva, não havendo o que se falar em comprovação de culpa. Este também é o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>4</sup> e Odete Medauar<sup>5</sup>.

No entanto, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 262.651/SP, de 16/11/04, em posição diametralmente oposta à maioria da doutrina, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que “a responsabilidade objetiva das prestadoras de serviço público não se estende a terceiros não-usuários, já que somente o usuário é detentor do direito subjetivo de receber um serviço público ideal, não cabendo ao mesmo, por essa razão, o ônus de provar a culpa do prestador do serviço na causação do dano”. A casuística envolvia um particular, que sofrera dano em seu veículo advindo de acidente com ônibus de concessionária de serviço público. Apesar do julgado se referir à concessionária de serviço público, todavia, na ementa do acórdão constou a expressão genérica “pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público”, o que fez com que os tribunais aplicassem esse precedente em todas as situações em que estivesse de um lado uma prestadora de serviço público por delegação e um não-usuário do serviço.

O posicionamento do Excelso Pretório citado acima é, a meu sentir, equivocado. Isto porque o §6º do art. 37 da Carta Magna de 1988 não fez nenhuma distinção na

---

<sup>3</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. op. cit. p. 526.

<sup>4</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. op. cit. p. 993.

<sup>5</sup> MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 8 ed. RT: São Paulo, 2004. p. 438.

abrangência da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço público, tampouco entre usuários diretos, indiretos ou não usuários do serviço público. Assim, não caberia ao intérprete fazer tamanha restrição. Além do mais, agindo por delegação, agem como se Estado fossem e este responde objetivamente nos dois casos.

Mais tarde, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 459.749/PE iniciado em 08.03.2007, o STF deu a entender que alteraria seu posicionamento. O Ministro Joaquim Barbosa, relator, negou provimento ao recurso por entender que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva também relativamente aos terceiros não-usuários do serviço. O referido julgamento já contava com 4 (quatro) votos favoráveis à tese do relator e nenhum contra, quando as partes, em 31.10.2007, informaram que houve acordo, requisitando sua homologação e a extinção do processo.

Quase dois anos se passaram até que a questão chegasse novamente ao STF que, através do Recurso Extraordinário n. 91874/MS, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski (julgado em 26.8.09), assim se manifestou: “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, seja ela realizada diretamente, seja por meio de pessoa jurídica de direito privado. Observou-se, ainda, que o entendimento de que apenas os terceiros usuários do serviço gozariam de proteção constitucional decorrente da responsabilidade objetiva do Estado, por terem o direito subjetivo de receber um serviço adequado, contrapor-se-ia à própria natureza do serviço público, que, por definição, tem caráter geral, estendendo-se, indistintamente, a todos os cidadãos, beneficiários diretos ou indiretos da ação estatal”.

Esta nova posição do Supremo reflete a melhor interpretação dada ao §6º do art. 37 da Constituição de 1988, tendo em vista que o julgador não poderia interpretar restritivamente uma norma que equipara as pessoas jurídicas de direito privado, na prestação de serviços públicos, ao próprio Estado. Favorece, sobremaneira, o usuário e/ou o consumidor, ainda que potencial ou beneficiário indireto.