

Responsabilidade Civil do Estado:

Tema: A RCE nas Concessões de Serviços Públicos e nas PPPs

PROF. DR. GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)
São Paulo (SP), primeiro semestre de 2017.



Sumário de aula

- 1. Algumas premissas necessárias;**
 - 2. Aspectos materiais e processuais envolvendo a relação jurídica entre o concessionário e o poder concedente;**
 - 3. Pontos de reflexão;**
 - 4. Caso prático.**
-

1. Algumas premissas necessárias

Premissas necessárias: situando as concessões nos âmbitos legislativo e doutrinário

CONSTITUIÇÃO

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

Parágrafo único. **A lei disporá sobre:**

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

II - **os direitos dos usuários;**

III - política tarifária;

IV - **a obrigação de manter serviço adequado.**

LEI DE CONCESSÕES

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;

LEI DE PPP

Art. 2º **Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.**

§ 1º **Concessão patrocinada** é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

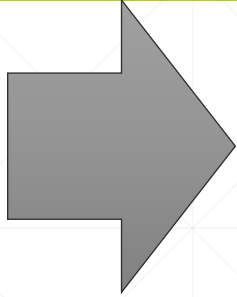
§ 2º **Concessão administrativa** é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

1. Algumas premissas necessárias

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS CONCESSIONÁRIOS

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.

PL412-2011
(Lei de RCE)



“As concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços públicos e outras pessoas privadas que, sob qualquer título, prestem serviços públicos, regem-se pelos preceitos desta Lei, quando os fatos geradores da responsabilidade se relacionarem com os serviços públicos que desempenham.” (§ 2º do art. 1º do PL 412-2011).



Concessionário não é empreiteiro de obra pública!



Obra pública por empreitada: Art. 10, II, Lei 8.666/1993.

Responsabilidade subjetiva: Art. 70 da Lei 8.666/1993 - O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.




“Não há como entender-se que a extensão da responsabilidade objetiva estatal para as pessoas jurídicas de direito privado (...) alcance também as demais pessoas jurídicas de direito privado que, de alguma forma, prestem serviço ou executem alguma obra mediante a celebração de contrato administrativo. (...). Eventual dano causado por tais pessoas jurídicas de direito privado, não concessionárias ou permissionárias, **deverá ser da responsabilidade direta e objetiva do Estado**” (FRANÇA, p. 144).

2. Aspectos materiais e processuais envolvendo a relação jurídica entre o concessionário e o poder concedente

Aspectos processuais: solidariedade, subsidiariedade, extracontratualidade e riscos da concessão

Responsabilidade solidária entre concessionário e poder concedente?




“Perante terceiros, tratando-se de concessão de serviço público, o Estado responde direta e solidariamente **desde que a causa do evento danoso tenha decorrido de falha na escolha ou na fiscalização do serviço prestado pelo concessionário**” (FRANÇA, p. 148).

**DANO
AMBIENTAL**

“A concessão é o meio pelo qual a Administração transfere a execução de alguns serviços que seriam por ela prestados a empresas públicas, **remanescendo ao Poder Público concedente a obrigação de fiscalizar a concessionária.** Assim, a relação de responsabilidade do concessionário se enquadra na teoria da responsabilidade objetiva do Estado, pois o Poder Público responde pelos atos danosos cometidos por seus concessionários na execução de um serviço delegado. **Outrossim, em se tratando de ação voltada à proteção do meio ambiente, a responsabilidade do poder concedente não é subsidiária, e sim solidária com o concessionário de serviço público, contra quem possui direito de regresso, com fulcro no art. 14 , § 1º , da Lei nº 6.938 /81.**” (TJSP. AP n. 0007229-81.2011.8.26.0048. Julg. em 20.03.14. Dje 26.03.2014).

2. Aspectos materiais e processuais envolvendo a relação jurídica entre o concessionário e o poder concedente

Responsabilidade subsidiária do poder concedente?



“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 o concessionário um agente seu.** Insolvente o concessionário, passa a não mais existir aquele a quem o concedente atribuiu a responsabilidade primária. Sendo assim, a relação jurídica indenizatória se fixará diretamente entre o lesado e o Poder Público, de modo a ser a este atribuída a responsabilidade civil subsidiária”. (CARVALHO FILHO, p. 299).

INSOLVÊNCIA

“Ao contrário do que aponta a sentença recorrida, **a responsabilidade do poder concedente** (no caso, o DER/MG) não é solidária, e sim, **subsidiária à responsabilidade da sociedade empresária que recebeu a concessão do serviço público.** De fato, à concessionária atribui-se o dever de responder de maneira integral e isolada pelos danos que causou, sem que o concedente, em um primeiro momento, possuísse qualquer obrigação nesse sentido, já que o contrato de concessão de serviço público pressupõe, de ordinário, a transferência dos riscos do empreendimento ao concessionário do serviço que, em contrapartida, auferes os benefícios econômicos da exploração da atividade transferida. **Somente com a ocorrência de fatos que determinem a insolvabilidade do concessionário é que passa a ser exigida a responsabilização do poder concedente.**” (STJ. REsp. n. 1.135.927. Julg. em 10.08.2010. Dje em 19.08.2010).

2. Aspectos materiais e processuais envolvendo a relação jurídica entre o concessionário e o poder concedente

Responsabilidade do concessionário por ato praticado por empresa subcontratada?

Art. 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 atenue essa responsabilidade.

§ 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.**



“Na hipótese de um empreiteiro, contratado pelo parceiro privado, ser o agente causador do dano a terceiro, **o parceiro privado responderá de forma direta e objetiva perante o terceiro prejudicado e, em ação de regresso, mediante comprovação de comportamento doloso ou culposos daquele, buscará o respectivo ressarcimento**”. (FRANÇA, p. 151).

2. Aspectos materiais e processuais envolvendo a relação jurídica entre o concessionário e o poder concedente

Os riscos da concessão e a responsabilidade civil objetiva

Lei de Concessões? Risco total.

Art. 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 atenuie essa responsabilidade.

Consequência: aumento das tarifas para os usuários e/ou dos custos do contrato.

Lei de PPP? Risco compartilhado.

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

VI - **repartição objetiva de riscos entre as partes;**

Consequência: modicidade das tarifas e/ou dos custos do contrato.

2. Aspectos materiais e processuais envolvendo a relação jurídica entre o concessionário e o poder concedente

Concessão de serviço público

Relação contratual

Responsabilidade civil do concessionário

Relação extracontratual

Embora todas as obrigações do concessionário estejam delimitadas em contrato, a delegação de serviço público o torna responsável por todas as **obrigações** do Estado, mas **não** detentor de todas as **prerrogativas públicas**.

Limites ao poder de concessão = Limites ao dever de responsabilização?

Concessionário: garantidor universal ou responsável proporcional?

“ (...) o concessionário de serviço público não pode, por si, determinar a construção de muros no entorno das estradas pedagiadas, de modo a evitar o acesso de pessoas e animais. A uma porque, via de regra, **o poder concedente não o obriga neste sentido.** A duas porque tal conduta está limitada pela competência estatal indelegável do poder de polícia: o agente privado pode apenas executar atos materiais de limitação à propriedade impostos pela Administração.” (BARROS FILHO, p. 72).

“**Sendo a outorga para particulares necessariamente limitada** (pois diz respeito apenas ao fornecimento dos serviços e preserva a sua titularidade e as decisões fundamentais na órbita estatal), segue daí **a impossibilidade de atribuir ao particular a responsabilidade plena e absoluta pelos diversos aspectos da prestação do serviço,** sob pena de afronta aos princípios republicano e da moralidade administrativa.” (REISDORFER, p. 157).

3. Pontos de reflexão

1. Na sua opinião, as responsabilidades do concessionário de serviço público estão delimitadas no contrato de concessão ou o agente delegado substitui integralmente o Poder Público em todas as suas obrigações, assumindo todos os riscos do serviço delegado?
 2. Caso se admita a plena responsabilização do agente público delegado, como se Estado fosse, ainda assim, diante das peculiaridades inerentes à relação contratual entre concessionário e poder concedente, poderia se pensar em maior força normativa do princípio da proporcionalidade para afastar, em certas situações, o dever de indenizar do parceiro privado quando este não tenha podido agir por conta de poderes limitados contratualmente?
-

4. Caso prático

Mévio, viajando rumo à São Paulo pela BR116 (rodovia administrada pela Concessionária NBB), próximo ao perímetro urbano da cidade de Registro colidiu brutalmente contra um animal equino de propriedade da Fazenda Instância Campestre.

Passados alguns dias do susto causado pelo acidente, Mévio ingressou na Justiça pleiteando reparação civil contra a concessionária de serviço público sob os seguintes argumentos: **a)** é obrigação da ré garantir a adequação do serviço público prestado, impedindo o ingresso de pessoas ou animais na rodovia; **b)** houve, por isso, omissão do dever de agir com diligência para evitar o dano; **c)** o atropelamento do equino causou ao autor prejuízos materiais comprovados de R\$ 25.000,00; **d)** nos termos do § 6º do art. 37 da CF, o concessionário responde objetivamente pelos danos comissivos ou omissivos causados a terceiros no exercício da prestação de um serviço público.

A Concessionária NBB, por sua vez, alegou em contestação o seguinte: **i)** a condição de prestadora privada de serviço público não a torna seguradora universal da via pedagiada; **ii)** as obrigações do parceiro privado estão previstas e delimitadas no contrato de concessão assinado com o poder concedente; **iii)** além de não ser responsabilidade própria sua, o agente delegado não possui poder de polícia para evitar o dano, desapropriando áreas ou impondo aos moradores próximos à rodovia a guarda própria de seus animais ou o cercamento adequado de suas propriedades; **iv)** ademais, a responsabilidade civil objetiva prevista no § 6º do art. 37 da CF admite excludentes do nexo de causalidade, havendo no presente caso ausência de reponsabilidade da ré por ato de terceiro (proprietário do animal), nos termos do art. 936 do CC; **v)** mesmo que assim não fosse, subsidiariamente houve a ocorrência de caso fortuito por ter sido impossível à ré prever e prevenir o acesso do animal equino na pista, nos termos do princípio da reserva do possível.

REFLITA: Na qualidade de Juiz sentenciante, quais seriam os argumentos eleitos por você para julgar procedente ou improcedente o pedido indenizatório do autor (Mévio)?

Referências

- BARROS FILHO, Wilson Accioli de. **A (ir)responsabilidade civil do concessionário de serviço público por animal na pista.** Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 17, n. 191, p. 66-77, jan. 2017.
- CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado.** 5ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. **Parcerias Público-Privadas: repartição objetiva dos riscos.** São Paulo. p. 170. 2011.
- REISDOFER, Guilherme Fredherico Dias. **Apontamentos sobre a responsabilidade civil dos concessionários de serviços públicos.** Interesse Público, Belo Horizonte: Fórum, ano 13, n. 68, jul./ago. 2011.