ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

R e DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 8 – novembro/dezembro – 2006 / janeiro - 2007 – Salvador – Bahia – Brasil

A RESPONSABILIDADE DAS PESSOAS PRIVADAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Prof. Clovis Beznos
Professor da Faculdade de Direito da PUC/SP, Mestre e Doutor em Direito do Estado pela mesma Faculdade.

O RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 262.651- 1 São Paulo

O RE n. 262.651-1 SP ostenta a seguinte Ementa:

> *"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 C.F."*

Esse Recurso Extraordinário veio a ser conhecido em razão do provimento dado ao Agravo de Instrumento n. 209.782-5 São Paulo, em que era Agravante a Auto Viação Urubupungá Ltda. e Agravado Elias Farah.

A questão fática da espécie consistiu em um acidente de veículos, envolvendo um ônibus da referida Auto Viação Urubupungá Ltda., concessionária de transportes coletivos de passageiros, e um automóvel de propriedade de Elias Farah.

Em razão dos danos sofridos em seu automóvel, Elias Farah ajuizou ação de ressarcimento de danos em face da aludida empresa, concessionária dos serviços públicos de transporte coletivo de passageiros, argüindo a responsabilidade objetiva da concessionária pelos danos sofridos, dispensando-se de comprovar culpa ou dolo do motorista preposto da mesma, limitando-se a comprovar os danos e o nexo causal com o acidente.

A empresa concessionária defendeu-se, sustentando que a responsabilidade objetiva que se pode inferir do artigo 37, § 6o , da Constituição Federal, ao que tange às pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de

serviços públicos, limita-se aos usuários dos serviços, e que eventuais danos causados a terceiras pessoas não usuárias dos serviços concedidos resolver-se-iam pelo direito comum, sendo necessária a comprovação da culpa ou dolo do preposto, para determinar-se a responsabilidade da empresa.

Em Primeira Instância foi a tese da empresa acolhida, julgando-se improcedente o pedido, pelo descumprimento do ônus probatório pelo autor.

Em sede de apelação, entretanto, foi o ***decisum*** reformado, pelo então existente, Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, acolhendo-se a tese de que é irrelevante a condição de usuário ou não da vítima dos danos, para reconhecer-se a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, pelos danos causados quando da execução dos serviços.

Foi então interposto Recurso Extraordinário pela empresa, argüindo a vulneração do artigo 37, § 6o, da Constituição Federal, ao argumento de que o termo "terceiros" contido no dispositivo teria referibilidade exclusiva aos usuários dos serviços públicos, e em conseqüência sua extensão aos não usuários implicaria vulneração ao dispositivo.

Negado seguimento ao Recurso, interpôs a empresa concessionária Agravo de Instrumento, que distribuído ao Ministro Marco Aurélio colheu despacho monocrático pela sua denegação.

Mediante Agravo Regimental foi a questão submetida à Segunda Turma da Corte Suprema.

O ilustre Ministro Relator, apreciando o Agravo Regimental, manteve o entendimento esposado em seu anterior despacho, como se colhe do seguinte tópico de sua reapreciação da ***quaestio***:

> *"Mais uma vez, saliente-se que a tese sustentada implica introduzir no § 6o do artigo 37 da Carta Política da República limitação nele não contida. Ora, sendo a pessoa jurídica de direito privado concessionária de serviço público e vindo a envolver-se, em razão da atividade desenvolvida, em acidente de trânsito, tem-se a incidência do preceito constitucional".*

O Ministro Nelson Jobim, entretanto, entendeu ocorrer uma situação curiosa na espécie, ao cogitar-se da culpa do terceiro, num acidente da espécie em trato, incidindo nesse passo em notório equívoco, ao supor que a ação de regresso prevista no dispositivo constitucional pudesse ter referibilidade a outra pessoa, que não fosse o agente das pessoas públicas ou privadas prestadoras de serviços públicos, quando tivesse agido com culpa ou dolo. Veja-se, com efeito, o que disse o Ministro:

> *"Ora, Sr. Presidente, se caminharmos na interpretação pretendida pelo eminente Marco Aurélio, de que "terceiros" incluiria, inclusive, aqueles com os quais ocorreu o acidente e não aqueles que eram transportados, teríamos uma situação curiosa. Se o terceiro se houve com culpa – o terceiro que foi referido, aqui, seria o causador também do acidente -, se o acidente foi causado pelo motorista, como pensar na ação de regresso contra ele, uma vez que ele mesmo está reclamando*

a responsabilidade objetiva na indenização? Criaríamos uma situação contraditória. Responderia, nesta ação, a prestadora de serviço por responsabilidade objetiva, depois entraria com ação contra o próprio autor dessa demanda para haver, por dolo ou culpa – porque ele teria se havido com dolo ou culpa..."

Inocuamente tentou o ilustre Relator esclarecer que na hipótese a ação de regresso prevista no § 6o dizia respeito ao preposto (o agente da concessionária, em caso de ter atuado com culpa ou dolo), porque o Ministro Jobim, prosseguindo, considerou a hipótese da culpa pelo evento ser de terceiro, e não do agente da pessoa jurídica de direito privado, prestadora de serviço público, para concluir que o objetivo do dispositivo consiste na salvaguarda do contratante do transporte, em caso de sofrer danos, para que seja indenizado, independentemente da disputa entre o prestador do serviço, e do eventual causador do acidente.

Diante dessa observação o Ministro Marco Aurélio ponderou que a responsabilidade objetiva, prevista no § 6o, do art. 37 da Constituição não exclui a possibilidade da Administração Pública ou da Concessionária, quando for o caso, provar a culpa do autor da ação, invertendo-se dessa forma o ônus da prova, isso porque, como então afirmou, a Constituição não adotou a teoria do **risco integral**, mas tão somente a teoria da **responsabilidade objetiva**.

Entretanto, não obstante tais ponderações, votou o Ministro Jobim pela subida do Recurso Extraordinário.

O Ministro Maurício Corrêa acompanhou o voto do Relator, enquanto os Ministros Carlos Velloso e Néri da Silveira, deram provimento ao recurso, decidindo pois a Colenda Segunda Turma do STF pela subida do Recurso Extraordinário.

Subindo o Recurso Extraordinário sob n. 262.651-1 – São Paulo, foi distribuído ao Ministro Carlos Velloso, que inicialmente lhe negou seguimento, para ao depois, diante da interposição de agravo regimental, com base no seu voto anterior já referido, dar-lhe provimento para o exame da matéria pela Turma.

Em seu voto o Ministro Carlos Velloso deu provimento ao Recurso Extraordinário, sustentando-se no voto do Ministro Nelson Jobim, ao julgamento do Agravo de Instrumento n. 209.782-5, supra referido, nos seguintes termos:

"Com propriedade disse o Ministro Nelson Jobim no voto que proferiu por ocasião do AI 209.782-AgR/SP, retro mencionado:'(...) a Constituição quer assegurar que os terceiros - contratantes do transporte – sejam indenizados, independente da disputa que possa haver entre o prestador do serviço e o eventual causador do sinistro. (...) a responsabilidade objetiva do § 6º, que foi constitucionalizada, porque dispositivo anterior no sistema do Direito Civil estabeleceu que, nos contratos de transporte, o transportado não tem o ônus de participar da disputa de quem for o culpado, se prestador de serviço ou um outro envolvido no acidente; esse é o sentido. Ou seja: Protege-se quem ? O titular, aquele que recebeu o serviço prestado pela administração pública. Agora, estender a responsabilidade objetiva é ir muito além e criar uma situação contraditória'. 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 do serviço é que compete, para o fim de mitigar ou elidir a sua responsabilidade, provar que o usuário procedeu com culpa, culpa em sentido lato. É que, conforme a lição de Romeu Bacelar, '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****".*

Destarte, o fundamento do voto do Ministro Relator se sustenta basicamente na afirmação de que o usuário tem um direito subjetivo à prestação de um serviço ideal, e por essa razão não precisa comprovar culpa do prestador do serviço, para ser indenizado, afastando com isso o não usuário da proteção da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos, pelos danos sofridos em decorrência dessa atividade.

Todavia, cumpre observar que, argüido o Ministro Relator pelo Ministro Joaquim Barbosa, se a distinção efetuada entre usuário e não usuário ocorreria igualmente quanto a dano causado diretamente pelo Poder Público, a resposta foi negativa, nos seguintes termos:

> *"A razão é a seguinte: O que está subjacente à teoria do risco é isso: se o funcionamento do serviço público causou dano ao indivíduo, a conseqüência deve ser suportada por todos. Isso, no caso de o serviço ser prestado pelo próprio Estado. Agora, se o serviço é prestado por concessionária, uma empresa de direito privado, a responsabilidade objetiva deve ocorrer relativamente ao usuário do serviço, vale dizer, aquele que pagou a tarifa ou o preço do serviço".*

Portanto, ao fundamento do voto do Ministro Relator há que agregar-se a sustentação que se infere do tópico acima, consistente em que: a responsabilidade objetiva das empresas privadas, prestadoras de serviço público, pelos danos causados, se limita aos usuários dos serviços, em decorrência do vínculo específico entre as partes, que surge com o pagamento do preço dos serviços, ao contrário do que ocorre quando o Estado é o prestador direto dos serviços, não incide o fundamento da igual distribuição dos encargos públicos, a embasar a responsabilidade objetiva, que ocorre quando o Erário público suporta o pagamento dos danos causados.

Após vista dos autos, o Ministro Joaquim Barbosa proferiu voto, pela denegação do recurso.

Em seu voto lembrou o Ministro que a responsabilidade objetiva se sustenta em dois fundamentos: o risco administrativo, decorrente da atuação da Administração, que ao intervir nos mais variados setores da vida social submete seus agentes e os administrados a inúmeros riscos, que são da essência da atividade administrativa e a igualdade de todos perante os encargos públicos.

Além disso, o Ministro Joaquim Barbosa manifesta o entendimento de que

a responsabilidade objetiva não desaparece pelo fato do Estado ter transferido a atividade do serviço público a particulares. Destarte, se o Estado, na mesma situação, prestando diretamente os serviços, tivesse que responder pelos danos causados, objetivamente, independentemente da qualidade de usuário da vítima, a concessão dos serviços não faz desaparecer a responsabilidade objetiva, que subsiste independentemente da qualificação da vítima.

Nesse sentido, afirma o Ministro:

> *"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 entre 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 à atividade administrativa, em face do princípio 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 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".*

Os Ministros Gilmar Mendes e Ellen Gracie acompanharam o voto do Ministro Carlos Velloso, Relator.

Como consta da ata, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal deu provimento ao Recurso Extraordinário, vencidos os Ministros Joaquim Barbosa e Presidente, que lhe negavam provimento.

Observação: *não obstante conste no extrato publicado da ata de julgamento, a Presidência do Ministro Celso de Mello bem como o voto do ilustre Ministro pela denegação do recurso, nas peças componentes do inteiro teor do acórdão, publicadas na "internet", não se localiza o voto do Ministro Celso de Mello.*

COMENTÁRIOS AO ACÓRDÃO

O artigo 37, § 6º da Constituição Federal parece equiparar as pessoas públicas e as pessoas privadas, prestadoras de serviços públicos, quanto à responsabilidade objetiva, pelos danos causados por seus agentes.

Entretanto, se o fundamento da responsabilidade objetiva reside na igualdade frente aos encargos públicos, que se realiza quando o erário compõe o prejuízo daquele que sofreu o dano especial e anormal, qual seria o fundamento da responsabilidade objetiva das pessoas privadas, prestadoras de serviços públicos, quando estas venham a suportar isoladamente o pagamento dos danos causados a terceiros, quando da prestação dos serviços públicos?

Por outro lado, na previsão constitucional em foco, quem são os terceiros que se encontram sob a proteção da responsabilidade objetiva pelos danos sofridos?

Estabelece o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal:

> "*As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa*".

Quando o Poder Público causa o dano a alguém especialmente, por intermédio de seus agentes, em hipótese da atuação comissiva, como conseqüência indireta de sua atuação, efeito colateral lesivo de direitos alheios, não objetivado pela atuação administrativa, a igual distribuição dos encargos públicos se constitui substancialmente no fundamento do dever de reparar o dano, sendo irrelevante, a não ser para o efeito da ação de regresso, ter o agente agido com culpa ou dolo1.

De outra parte, ao exame do dispositivo constitucional em foco, o termo "terceiros" em um primeiro exame parece ter pertinência a todos aqueles que, não tendo relação funcional com a Administração (agentes atuantes na prestação da atividade), ou relação de emprego com a pessoa privada prestadora de serviços públicos na situação causadora do dano, venham a sofrê-lo.

Destarte, ao que respeita à atividade de serviços públicos, numa interpretação puramente literal do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, o termo *terceiros* parece designar tanto *os usuários dos serviços*, como os *não usuários* que sofram danos decorrentes de *atividade comissiva2* da Administração, ou de quem lhe faça as vezes.

Nesse sentido, o § 6o do art. 37 da Constituição da República pode ser entendido como uma afirmação da persistência da responsabilidade objetiva, no

---

1 Nesse sentido leciona Celso Antônio Bandeira de Mello **in** "Curso de Direito Administrativo", 20ª ed. "Malheiros Editores", São Paulo, 2006, pág. 951: "Ao nosso ver o fundamento se biparte. No caso de comportamentos *ilícitos* comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, o dever de reparar o dano é a *contrapartida do princípio da legalidade*. Porém no caso de comportamentos ilícitos *comissivos*, o dever de reparar já é, além disso, imposto também pelo *princípio da igualdade*. b) No caso de comportamentos *lícitos*, assim como na hipótese de danos *ligados a situação criada pelo Poder Público* – mesmo que não seja Estado o próprio autor do ato danoso –, entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, por causa das atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito".

2 Acolhemos integralmente a sistematização de Celso Antônio Bandeira de Mello quando distingue os "danos por ação do Estado" dos "danos por omissão do Estado", para afirmar a responsabilidade objetiva quanto à primeira espécie, e a subjetiva quanto à segunda: "Se houve conduta estatal lesiva a bem jurídico garantido de terceiro, o princípio da igualdade – inerente ao Estado de Direito – é suficiente para reclamar a restauração do patrimônio jurídico do lesado. Qualquer outra indagação seria despicienda, por já haver configurado situação que reclama em favor do atingido o patrocínio do preceito da isonomia"(...) Quando o dano foi possível em decorrência de uma *omissão* do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade *subjetiva*. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor do dano, só cabe responsabilizá-lo caso esteja *obrigado a impedir* se *descumpriu dever legal* que lhe impunha obstar ao evento lesivo" (**in** ob. cit. Págs. 955 e 956/957)

sentido de que, não obstante a transferência da execução dos serviços públicos a empresas privadas, nem por isso deixa de existir a mesma espécie de responsabilidade, que teria a Administração Pública na prestação direta de serviços públicos, pelos danos causados a terceiros.

Além disso, é inquestionável que os usuários dos serviços públicos têm uma relação jurídica específica com as pessoas prestadoras dos serviços, e que, em se tratando de concessionárias, tal relação é contratual3, da qual se infere uma cláusula pressuposta, consistente na preservação da incolumidade do usuário.

Destarte, qualquer dano causado ao usuário, em decorrência da prestação dos serviços públicos deve ser composto pelo prestador da atividade, que recebe a contraprestação pelos serviços efetuados, consistente normalmente na tarifa, independentemente da aferição da culpa na prestação de serviços.

Aliás, esse entendimento de há muito já era acolhido pela doutrina e jurisprudência, bem anteriormente à previsão constitucional atual, em especial na área dos transportes coletivos de passageiros, considerando a culpa presumida do transportador, pelos danos causados aos passageiros, revelando-se irrelevante a incidência de culpa de terceiros, que viessem a dar causa a eventual acidente4.

Nenhuma dúvida incide quanto à responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras dos serviços, quanto aos danos sofridos pelos usuários dos serviços públicos.

Tal responsabilidade independe da apuração do elemento subjetivo culpa ou dolo, e somente é excluída ou minorada pela inexistência total ou parcial do nexo de causalidade.

A culpa exclusiva da vítima faz desaparecer o nexo etiológico entre a atuação do Poder Público ou da pessoa privada prestadora de serviços públicos e o dano, excluindo o dever de indenizar.

A culpa concorrente da vítima implica, por seu turno, na diminuição do ***quantum*** indenizatório.

---

3 Como anota com acuidade Antônio Carlos Cintra do Amaral, quando a prestação dos serviços se constitui em atribuição do Poder Público a relação com os usuários é tributária, constituindo-se em fato gerador de taxa, que nos termos do artigo 145, inciso II, da Constituição Federal incide pelos serviços prestados ou simplesmente postos a disposição do usuário, enquanto, quando os serviços são prestados por concessionários a relação é contratual, sendo remunerada por tarifa, apenas quando da efetiva prestação dos serviços (**in** Comentário nº 8, de 01/02/2000 do site de "CELC – Centro de Estudos sobre Licitações e Contratos", na *Internet*).

4 Cabe reproduzir a lição de Yussef Said Cahali, invocada pelo acórdão em exame, nos seguintes termos: “Em matéria de serviço de transporte coletivo concedido pelo Poder Público, permite-se afirmar que a regra do art. 37, § 6º, da Constituição de 1988 representa simples superfetação, pois já era entendimento assente que ‘a responsabilidade das empresas de serviço público, no transporte de passageiros, decorre da culpa presumida, não se podendo nela entrever qualquer cláusula liberatória, especialmente culpa de terceiros’ (TJSP, 6ª C., 20.02.89, RT 413/146), o que se compreende, seja considerando-se o transporte de passageiros simples obrigação de resultado, seja tendo em vista o disposto no art. 17 do Decreto 2.681, de 07.12.42, aplicável por analogia, quanto à culpa presumida do transportador. (Responsabilidade Civil do Estado”, Malheiros Ed., 2ª ed., 2ª tiragem, 1956, pág. 156)”.

É que a culpa exclusiva da vítima faz desaparecer o nexo de causalidade em relação ao dano, enquanto a culpa concorrente elimina parcialmente esse nexo.

Quanto aos não usuários a situação é diversa, pela inexistência de qualquer relacionamento anterior à incidência do dano com a pessoa pública ou privada prestadora de serviço público.

Em hipótese da prestação dos serviços públicos diretamente pelo Poder Público, como ocorre em qualquer atividade por ele executada, parece não existir dificuldade em se afirmar que a responsabilidade pelos danos causados tanto a usuários, como a não usuários dos serviços, é objetiva, com fundamento no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, e no princípio da isonomia, que informa a igual distribuição dos encargos públicos.

Entretanto, se a composição dos danos não houver de ser suportada pelo Erário Público, mas sim exclusivamente pelas arcas da empresa privada prestadora de serviços públicos, haveria essa repartição dos encargos públicos pela coletividade?

Poder-se-ia argumentar que a garantia da manutenção da equação econômico financeira do contrato de concessão, com a previsão de reajuste tarifário, ainda que de forma indireta, distribuiria os encargos suportados excepcionalmente pela concessionária.

Tal distribuição, todavia, sob a modalidade de reajuste tarifário, apenas afetaria os próprios usuários dos serviços.

De qualquer sorte, quando se pensa na isonomia, pela igual distribuição dos encargos públicos, não se tem em mente qualquer forma indireta de distribuição de encargos, mas diretamente pela carga sobre o Erário, que se constitui na *res publica* a suportar os danos.

Assim, nem mesmo a possibilidade da responsabilidade subsidiária do concedente ou permitente dos serviços, pelos danos decorrentes da prestação dos serviços, em casos de insolvência do concessionário ou permissionário, que uniformemente vem a doutrina sustentando5, abona o pressuposto da distribuição dos encargos públicos.

Ora, se a responsabilidade da pessoa privada prestadora de serviço público, quanto aos danos causados aos não usuários dos serviços, não pode ter por fundamento a isonomia, e igualmente não decorre de qualquer relação contratual, qual seria o seu fundamento?

Tal indagação enseja o exame do outro fundamento em que repousa a

---

5 Celso Antônio Bandeira de Mello, **in** ob. cit. Págs. 713 e 714; Lúcia Valle Figueiredo **in** "Curso de Direito Administrativo", 8ª ed. "Malheiros Editores", São Paulo, 2006, pág. 297; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, **in** "Direito Administrativo" 19ª edição, "Editora Atlas S.A.", São Paulo, 2006, página 300. A autora não obstante sustente a responsabilidade subsidiária do poder concedente, ressalva a hipótese da má escolha da concessionária ou omissão no dever de sua fiscalização, quando então afirma a responsabilidade solidária, para tais hipóteses.

responsabilidade objetiva do Estado: *o risco administrativo*, que se evidencia do fato da atividade administrativa submeter os administrados a situações de risco, e na possibilidade dessas atividades serem causadoras de danos especiais a alguém6.

O artigo 37, § 6º da Constituição da República preconizou a responsabilidade tanto das pessoas jurídicas de direito público, como das pessoas jurídicas de direito privado, pelos danos causados por seus agentes a terceiros. Tal responsabilidade inquestionavelmente é objetiva.

Quanto às pessoas jurídicas privadas, prestadoras de serviços públicos, não se podendo invocar o princípio da igualdade como o fundamento da responsabilidade objetiva como acima concluído, somente resta o entendimento de que seu fundamento repousa no *risco administrativo*, oriundo da prestação de serviços públicos.

Os terceiros que o dispositivo constitucional visa proteger são aqueles submetidos à situação de risco, criada pela ação administrativa, tanto pelas pessoas jurídicas de direito público, como pelas pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos.

Nesse passo, irrelevante se afigura o discrímen entre usuários e não usuários dos serviços, porque todos aqueles submetidos ao risco administrativo da prestação de serviços públicos recebem a proteção constitucional, consistente na garantia da argüição da responsabilidade objetiva, na busca da reparação dos danos sofridos em decorrência da prestação dos serviços.

Aliás, o Direito Privado acolheu essa mesma teoria do risco, uma vez que o Código Civil atual no parágrafo único do artigo 927 preconizou:

> *"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 os direitos de outrem".*

Entretanto, seja na esfera pública, seja na esfera privada por certo não se poderá considerar como terceiro submetido à situação de risco, quem concorra para a existência da situação de risco, ou dela participe com ação semelhante ou equivalente à ação do criador do risco.

---

6 Trata-se da teoria conhecida como "teoria do risco administrativo". Sobre ela escreve Hely Lopes Meirelles, **in** "Direito Administrativo Brasileiro", 15ª edição "Revista dos Tribunais", São Paulo, 1990, página 547: "Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no *risco* que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais". O Ministro Joaquim Barbosa em seu voto no acórdão em comento anota com precisão: "Por outro lado, e isto me parece decisivo, devemos sempre ter em mente que a responsabilidade objetiva do Estado repousa em dois fundamentos jurídicos irretocáveis. Primeiro, ao atuar nos mais diversos setores da vida social, a Administração submete os seus agentes e também o particular a inúmeros riscos (maneja objetos perigosos, cria situações perigosas etc.). Esses riscos são da essência da atividade administrativa e resultam da multiplicidade das suas intervenções, que soa indispensáveis ao atendimento das diversas necessidade da coletividade. O risco administrativo, portanto, não raro decorre de uma atividade lícita e absolutamente regular da Administração, daí o caráter objetivo desse tipo de responsabilidade, que faz abstração de qualquer consideração a respeito de eventual culpa do agente causador do dano. O segundo fundamento jurídico da responsabilidade objetiva repousa no princípio da igualdade de todos os cidadãos perante os encargos públicos".

Assim, viável se nos afigura afirmar-se o postulado no sentido de que: *a equivalência de situações elimina o risco*.

Suponha-se, no campo do direito privado, uma empresa que realize o transporte rodoviário de explosivos.

Certamente ninguém negará que tal atividade implica, por sua natureza, em um risco para os demais usuários da estrada de rodagem, por onde o veículo transportador dessa carga venha a trafegar.

Imagine-se, entretanto, o choque do veículo dessa empresa, carregado de explosivos, com um outro veículo igualmente carregado de explosivos, pertencente à outra empresa, dedicada à mesma atividade. Como aplicar-se a teoria do risco para determinar-se a responsabilidade de uma ou de outra empresa?

Certamente o caso suposto teria de ser solucionado à luz da responsabilidade subjetiva, determinando-se a responsabilidade do causador do acidente, uma vez que a equivalência de situações teria eliminado o risco, como fator determinante da responsabilidade.

O mesmo ocorre com as atividades públicas. Suponha-se o choque de dois veículos pertencentes a dois distintos Municípios, como aplicar-se a teoria do risco? Como determinar-se o dever de indenizar, se ambos teriam a invocar a responsabilidade objetiva do outro quanto aos danos causados.

Igualmente, nessa situação suposta outra solução não haveria senão a da apuração da responsabilidade subjetiva, para determinar-se o dever de indenizar, e isso porque *a equivalência de situações elimina o risco*, como fator determinante do dever de indenizar.

Aplicando-se tal teorização ao caso concreto, há que se ter presente o seguinte:

Ocorrendo dano verificado pelo choque de veículos, entre o veículo utilizado na prestação de serviço público por concessionária de serviço público, e o veículo dirigido por particular em estrada de rodagem, tendo em conta a equivalência de situações entre a atividade da prestação do serviço, e a ação do particular, em princípio não há razão para afirmar-se *a priori* a incidência de responsabilidade objetiva da concessionária.

De um lado, como se viu não caberia invocar-se o princípio da igualdade, para sustentar-se a responsabilidade objetiva, porque respondendo apenas as arcas da concessionária não ocorreria a distribuição dos encargos públicos pela comunidade, como ocorre quando o tesouro público recompõe os danos.

De outro lado, em se verificando a equivalência de situações, inviável seria invocar-se a teoria do risco administrativo, para sustentar a responsabilidade objetiva da concessionária, porque quando ambas as partes envolvidas efetivam condutas equivalentes, ainda que incida risco na atividade desenvolvida, não se pode *a priori* afirmar a responsabilidade objetiva apenas contra uma delas, porque

tal equivalência elimina o risco como fator determinante da responsabilidade.

Cabe considerar que a prestação do serviço público, nessa hipótese, não coloca a outra parte envolvida em situação de submissão ao risco da atividade, não se podendo ***ipso facto*** ser considerada como *terceira* quanto ao mesmo.

Assim, tendo em conta que o § 6º, do artigo 37, da Constituição Federal somente assegura a garantia da responsabilidade objetiva do causador do dano, ao *terceiro* submetido ao risco da atividade prestada, seja pelas pessoas jurídicas de direito público, seja pelas pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos, evidencia-se que não se pode considerar como terceiro aquele que concorra para a ocorrência do risco, ou se encontre em situação equivalente para produzi-lo.

Situação diversa é a de não usuário do serviço público concedido, que v.g. venha a ser eletrocutado por fios de alta voltagem, pendentes na via pública, pela queda de um poste.

Nessa hipótese, não obstante o ressarcimento pela concessionária não realize o princípio da igualdade de distribuição dos encargos públicos, conforme supra referido, incide o risco administrativo da atividade, que deve pender somente contra a concessionária, a uma, porque deve ser previsto em sua composição tarifária, e a duas, porque não há qualquer equivalência na atividade da vítima, que afaste *a priori* a responsabilidade da concessionária.

Em atividades dessa espécie existe uma situação de submissão equivalente de usuários e de não usuários ao risco administrativo, quanto à execução dos serviços, sendo pois todos considerados terceiros em relação ao risco da atividade do serviço, respondendo por isso objetivamente a concessionária.

Portanto, em hipóteses em que se possa afirmar a equivalência de situações das partes envolvidas, em relação ao risco, elimina-se o risco, amoldando-se a responsabilidade no tipo subjetivo, assentando-se seu fundamento na prática de ilícito, nos termos dos artigos 186 e 187 do Código Civil, combinados com o artigo 927 do mesmo Estatuto, ressalvadas as hipóteses do parágrafo único desse último artigo, nos termos supra examinados.

De outra parte, cabe ainda uma observação referente à responsabilidade do Poder Público, por ato de concessionário de serviços públicos.

Conforme supra referido, a doutrina uniformemente vem afirmando a responsabilidade subsidiária do Concedente, por danos causados pelo concessionário na execução dos serviços.

Todavia, cumpre notar que o concessionário, à luz do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal pode ser identificado sob dois diferentes aspectos, um deles, quando o Texto afirma sua responsabilidade pelos danos causados pelos seus agentes, e outro, quando ele mesmo se qualifica como agente do Poder Concedente, na qualidade de particular em cooperação com a Administração.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra "Apontamentos sobre Agentes e Órgãos Públicos", adotando a sistematização do Professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello traz a lume uma classificação dos agentes públicos, agrupando-os em agentes políticos; servidores públicos e particulares em atuação colaboradora com o Poder Público.

Sobre esses agentes públicos, pertencentes ao terceiro grupo referido, os particulares que atuam em colaboração com o Poder Público, refere o ilustre Professor:

> *"Além das categorias mencionadas (agentes políticos e servidores públicos) há que se cogitar, ainda, de uma terceira classe de pessoas que prestam serviços ao Poder Público. São os particulares que cumprem uma função pública, por: a) requisição do Estado (como os convocados para prestar serviço militar, os jurados, os membros de mesa receptora ou apuradora de votos em época eleitoral etc.), sem caráter profissional, ou que; b) sponte propria, assumem a gestão da coisa pública em momentos de emergência (gestores de negócios), ou, ainda que; c) com a concordância do Poder Público, sem relação de dependência, desempenham por conta própria, embora em nome do Estado, uma função pública. É o caso dos contratados através de locação civil de serviços, dos concessionários, permissionários ou delegados de função, ofício ou serviço público (tabeliães e titulares de serventias públicas não oficializadas, bem como diretores de faculdade e outras pessoas que praticam certos atos dotados de força oficial)"7.*

Assim, são os concessionários e permissionários, nessa classificação, *agentes públicos* da categoria – particulares em colaboração com o Poder Público. De qualquer forma são agentes.

Ora, se são agentes públicos, emerge também a responsabilidade direta do Poder Concedente ou Permitente pelos danos causados a terceiros por esses agentes, a teor do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

Isso porque, segundo entendemos, o fato de ser fixada pelo dispositivo constitucional a responsabilidade das pessoas privadas, prestadoras de serviços públicos, pelos danos causados por seus agentes, não anula a qualidade de agentes públicos das mesmas, emergindo em decorrência disso a possibilidade de argüir-se diretamente do Poder Concedente, a responsabilidade pelos danos causados por suas concessionárias, no desempenho dos serviços públicos concedidos.

Significa isso, que a responsabilidade do Poder Público pelos danos causados por concessionários ou permissionários de serviços públicos não é apenas subsidiária, ocorrendo apenas em hipótese da insolvência das mesmas, eis que existe, quanto a elas, um outro tipo de responsabilidade direta do Estado, pelos danos causados.

É claro que ocorrendo a responsabilização do Estado nesses moldes supra, em hipótese de culpa ou dolo, tem o Poder Público ação regressiva em

---

7 **In** "Apontamentos sobre os Agentes e Órgãos Públicos", edição "Revista dos Tribunais" São Paulo, 5ª Tiragem, 1987, págs. 8 e 9.

face de seus concessionários ou permissionários, como prescreve o § 6º em exame.

São essas as ponderações que o exame do acórdão em foco nos suscitou.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

BEZNOS, Clovis. A Responsabilidade das Pessoas Privadas Prestadoras de Serviços Públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 8, nov/dez - 2006/ jan de 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site **direitodoestado.com.br**

Publicação Impressa:

Informação não disponível