

[Identificação do processo] Nº 19.16.1702.0041032/2022-39/ 2022

Parecer nº 05/2022 - PGJMG/PROCON-MG/SECP/ASJUP

## 1. RELATÓRIO

Trata-se o Formulário (2744282) de solicitação de apoio, encaminhado pela 1ª Promotoria de Justiça de Caratinga, em procedimento que investiga o Município de Caratinga e a Viação Rio Doce Ltda., por suposta violação ao “art. 21, III, item 5, da Resolução PGJ nº 14/2019” (art. 22 da Lei Federal 8.078/1990. Código de Defesa do Consumidor): **deixar de fornecer serviços públicos adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.**

Conforme se extrai da Portaria (2868534) o Processo Administrativo - Procon n.º MPMG0134.21.001807-0 foi instaurado para apurar possível prática infrativa pela Viação Rio Doce e, o município de Caratinga, **por omissão em seu dever fiscalizatório.**

Em novembro de 2021, foi recebida, na respectiva PJDC, Notícia de Fato na qual a consumidora relata **a falta de ônibus no bairro Santa Rita e em outros bairros de Caratinga**, e que, encaminhado ofício para os responsáveis da empresa Rio Doce, esses a trataram com desdém, informando-lhe que o ônibus só voltaria a circular caso abolissem os carros de aplicativos na cidade.

Tanto o Município quanto a empresa foram oficiados pela PJDC a prestar esclarecimentos pela inadequação do serviço.

A Viação Rio Doce Ltda. informou que a paralisação decorreu do advento da pandemia, e, apesar de retornarem aos horários/serviços de forma gradativa, não foi possível o retorno em sua íntegra. Alegou ainda que: os transportes de aplicativo (em grande escala) e moto-táxi têm dificultado a prestação dos serviços, por estacionarem nos pontos de ônibus; a ausência de reajuste no preço da passagem, desde 2019, combinado com aumento dos valores de insumos, principalmente do diesel, inviabilizam a operação. Por fim, alegou ainda que a gratuidade dada aos estudantes e idosos impactam no custo do serviço urbano.

Foi juntada à defesa expediente encaminhado ao Prefeito, em 05/02/2021, informando que “a continuidade dos serviços em níveis que possam manter o equilíbrio econômico-financeiro do prestador de serviço, demandaria aumento no preço da tarifa”. Assim, pela falta de demanda, informou o representado no referido documento, sobre a necessidade de realizar uma mudança no quadro de horários dos ônibus, bem como apresentou quais linhas realizaram a alteração.

A Viação Rio Doce Ltda. apresentou também uma contranotificação extrajudicial enviada à prefeitura (a notificação foi enviada em 11/02/2021), onde foi relatada situação de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato e solicitadas providências. Alegou, por fim, que não cometeu infrações ou expôs os usuários à indisponibilidade de meios essenciais de transporte público, vez que não houve paralisação dos serviços.

A Prefeitura, por sua vez, não informou as providências tomadas.

Nesse sentido, os esclarecimentos jurídicos requeridos a essa assessoria versam sobre:

“Possibilidade de autuação e aplicação de multa contra o ente público por omissão em seu dever de fiscalizar a concessionária de serviço público. O único precedente que achei na Junta Recursal sobre o tema foi o Recurso n.º 13.634/2016 (Processo Administrativo n.º 0702.15.000984-4/001), da Comarca de Uberlândia, no qual a Junta manteve a condenação do município. Todavia, no citado acórdão, não há informações sobre os parâmetros utilizados para a fixação da multa.

Caso haja essa possibilidade, como se dará o cálculo da multa, já que para Pessoas Jurídicas de Direito Privado, a Resolução PGJ nº 14/2019 prevê a utilização da DRE como parâmetro para se chegar à pena base?”

É o breve relato. Passa-se à análise da questão.

## 2. FUNDAMENTAÇÃO

### 2.1. Titularidade e prestação dos serviços públicos (direta ou delegada)

A Administração Pública, detentora da titularidade dos serviços públicos, pode prestá-los diretamente ou delegá-los à entidade da própria administração, ou ainda à empresa particular (salvo se indelegável<sup>1</sup>). Tal delegação poderá ser feita por concessão (art. 175 da Constituição Federal de 1988, disciplinada pela Lei nº 8.987/1995)<sup>2</sup>, ou por permissão de serviço público (art. 2º, IV, da Lei de Concessões), por exemplo.

A concessão, regulada pelo inciso II do art. 2º da Lei 8.987/1995, é definida como “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”.

Conceito de concessão dado por Celso Antônio Bandeira de Mello é:

**Concessão de serviço público** é o instituto através do qual o Estado atribui o **exercício de um serviço público a alguém que aceite prestá-lo em nome próprio**, e 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, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 652, grifos do autor).

A **concessão será própria** quando o responsável pela execução do serviço público continua sendo o Poder Público, ou seja, o próprio titular da atividade é quem irá prestá-la. Já a **concessão imprópria** não especifica quem pode ser o concessionário, dizendo apenas que será empresa que tenha condições de prestar o serviço, não fazendo distinção entre empresa estatal e privada.

Cumpra lembrar que funções, serviços e poderes são obrigações da pessoa jurídica pública do Estado, sendo essas intransferíveis. O que pode, por outro lado, ser delegado às pessoas jurídicas de direito privado são o exercício correspondente às funções e poderes.

Assim, pela titularidade do serviço, o Poder Público não poderá (regra geral) ser excluído da responsabilidade, eximindo-se frente ao usuário.

Talvez, por isso, a lei de concessões enumera os encargos do poder concedente, entre eles, a obrigação de regulamentar e fiscalizar o serviço.

**Art. 3º** As concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários.

**Art. 29.** Incumbe ao poder concedente:

**I** - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação; (grifo nosso). (Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Lei de Concessão e Permissão)

A concessão é ofertada mediante licitação, complexa e com prazo determinado, e, no decorrer do contrato, o pacto pode ser ajustado pelo concedente visando alcançar o equilíbrio financeiro e a efetividade na prestação do serviço. Não existe colaboração direta pecuniária do Estado para os executores. Esses executarão os serviços suportando os riscos da atividade e sendo remunerados exclusivamente pelos usuários dos serviços, embora possa haver incentivos fiscais ou compensação financeira, os quais são disciplinados em legislações específicas.

**Art. 2º. II** - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

**Art. 6º.** Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

**Art. 9º** A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. [...]

**§2º** Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro. (Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Lei de Concessão e Permissão)

Para manter o equilíbrio financeiro e a efetiva prestação de serviços, o poder concedente poderá prever o **reajuste e/ou revisões na tarifa**. Isto são mecanismos de atualização **previstos na lei e, consequentemente, nos contratos de concessão**, que visam preservar o equilíbrio econômico-financeiro das concessionárias.

## 2.2 - Reajuste e Revisão de Tarifas

**O valor do serviço público de transporte coletivo pode ser reajustado ou revisto.**

No caso do **reajuste tarifário**, leva-se em consideração o repasse dos custos não gerenciáveis, bem como variações de índices inflacionários, os custos gerenciáveis das distribuidoras (pessoal, material, serviços) e etc. O reajuste tarifário anual pretende, no período entre revisões tarifárias, manter o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, sem que sofra a corrosão do processo inflacionário.

A **revisão tarifária**, por sua vez, consiste no **processo de reordenamento dos valores das tarifas cobradas dos consumidores pelas concessionárias**. O valor dessas tarifas pode ser alterado para mais ou para menos, a depender das mudanças ocorridas nos custos e no mercado. Seu objetivo é garantir uma tarifa justa tanto para os consumidores quanto para os prestadores, estimulando o aumento da eficiência e da qualidade do serviço.

Elas podem ser classificadas como revisões ordinárias (também chamadas de periódicas) ou revisões extraordinárias. As ordinárias ocorrem em períodos pré-definidos, e têm por objetivo restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro da concessão. **A revisão extraordinária pode ser solicitada a qualquer tempo pelas concessionárias sempre que algum evento provocar significativo desequilíbrio econômico-financeiro da concessão.**

Conforme informações apresentadas no procedimento instaurado pela Promotoria de Justiça consulente, não há notícias sobre ações da Prefeitura de Caratinga no sentido de resolver ou mitigar a situação.

## 2.2. Do dever de fiscalizar

Para além das cláusulas contratuais que determinem a fiscalização por parte do concedente, a lei também a obriga, não se tratando de mera discricionariedade, mas obrigação legal, **sendo um poder-dever do ente**. Conforme ensina Justen Filho:

Destaque-se que a fiscalização apresenta contornos de dever-poder para o Estado. **Não se trata de uma faculdade do poder concedente, exercitável apenas se for julgado necessário**. O poder concedente não dispõe de liberdade para escolher entre fiscalizar e não fiscalizar. Está jungido ao dever de **adotar providências rotineiras, permanentes e contínuas** de acompanhamento da atividade do concessionário. (JUSTEN FILHO, Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2002. p. 323)

A Administração Pública, através de instrumentos contratuais e disposições legais, regula a forma de aquisição, execução, administração e remuneração das atividades, durante toda a vigência da concessão. Como explica Hely Lopes Meirelles:

O poder de regulamentar as concessões é inerente e indispensável do concedente. Cabe ao Executivo aprovar o regulamento do serviço e determinar a fiscalização de sua execução, pela forma conveniente. A fixação e a alteração de tarifas são também atos administrativos, do âmbito regulamentar do Executivo, não dependendo de lei para sua expedição. Nos poderes de regulamentação e controle se compreende a faculdade de o Poder Público modificar a qualquer tempo o funcionamento do serviço concedido, visando à sua melhoria e aperfeiçoamento técnico, assim como a de aplicar penalidades corretivas ao concessionário (multas, intervenção no serviço) e afastá-lo definitivamente da execução (cassação da concessão e rescisão do contrato), uma vez comprovada sua incapacidade moral, financeira ou técnica para executá-lo em condições satisfatórias (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 42. Ed. – São Paulo : Malheiros, 2016. p. 488)

Esse poder de fiscalização de que trata a doutrina e a Lei de Concessões nada mais é do que o **poder de polícia administrativa**. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “não há delegação de ato jurídico de polícia a particular e nem a possibilidade de que este o exerça a título contratual”<sup>3</sup>, salvo raras exceções.

Tal controle deve atentar-se à averiguação de que o serviço por parte do concessionário **está de acordo com o estipulado** em contrato, e em consonância às garantias fundamentais previstas.

Sendo, normalmente, as concessões de serviços essenciais, de relevante importância econômica e social, caracterizando como serviço de utilidade pública, como o transporte público, saneamento básico, e etc., **o poder público deve analisar sua estrutura, e todos os demais aspectos necessários em relação ao concessionário**, visando o equilíbrio contratual e o acesso igualitário dos usuários aos serviços de utilidade pública.

**Art. 30.** No exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária.

**Parágrafo único.** A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários (Lei 8.987/1995. Lei de Concessões).

Assim, cabe ao poder público verificar se os encargos estão sendo cumpridos, devendo a fiscalização ser contínua e permanente, porque, **apesar do serviço ser delegado, continua a ser um serviço público.**

No caso em tela, o controle, no que diz respeito ao valor da tarifa, é do poder concedente e é estipulado na licitação, que ganhará aquele que ofertar o menor preço. Porém, em caso de modificação contratual, o equilíbrio econômico-financeiro pode variar. Nesse momento, o poder concedente **tem o dever de verificar se realmente houve desequilíbrio e se o valor cobrado de tarifa não suprirá tal impasse.**

De toda sorte, este controle, também chamado “controle interno”, deve ser exercido na medida que o dever-poder de garantir a prestação adequada atenda o interesse público, pois é isso que se espera.

**Art. 58.** O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: (...)

**IV** - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;” (Lei nº 8666, de 1993)

**O poder concedente não tem a faculdade de deixar de fiscalizar ou de aplicar as sanções cabíveis ao concessionário que não cumpre o seu dever.** Ele detém poderes necessários para controlar as atividades delegadas, e deles deve se utilizar, de maneira que assegure o interesse da coletividade.

### **2.3. Responsabilidade por vício ou adimplemento imperfeito**

A omissão em fiscalizar gera consequências ao poder concedente, o qual poderá ser responsabilizado, se o lesado demonstrar os prejuízos sofridos e o nexo com o ato ensejador do dano.

Além disso, mesmo que não ocorra dano, o poder concedente será responsabilizado pela omissão na fiscalização. Tal omissão é ato ilícito e independente da concretização de qualquer falha.

Isto é, o poder concedente responde subsidiariamente em caso de falha/prejuízo na execução do serviço público, mas responderá diretamente, quanto à omissão do dever de fiscalizar.

Isto porque, ao ocasionar dano, ou má qualidade do serviço público concedido, não há o efetivo cumprimento da prestação a qual se pretende, não adimplindo o poder público com sua obrigação. Aplica-se ao caso, o que Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero denominam de "Tutela específica do adimplemento". Nos termos dos autores:

"Além de o inadimplemento poder ser total ou parcial, o adimplemento pode ser imperfeito. As duas primeiras hipóteses dizem respeito, respectivamente, ao não cumprimento da obrigação na sua totalidade e em parte, enquanto a última se refere ao cumprimento imperfeito da obrigação, isto é, ao cumprimento realizado com vícios. Quando a obrigação é cumprida de modo imperfeito, surge ao credor o direito de exigir a correção do defeito no cumprimento (a sanção do vício, a complementação do peso ou medida, a substituição do produto ou a reexecução do serviço – arts. 18, 19 e 20, CDC). O direito a essa tutela se funda na própria obrigação, ou melhor, na garantia de qualidade a ela inerente. Nos casos de inadimplemento total e parcial, assim como nos de adimplemento com vícios de quantidade e qualidade, há direito à tutela do adimplemento na forma específica, seja com o fim de obrigar ao adimplemento – diante de inadimplemento total ou parcial –, seja com o objetivo de permitir a sanção do vício, que pode se dar até mesmo mediante a substituição do produto ou a reexecução do serviço. (...) O inadimplemento ou adimplemento imperfeito são pressupostos da tutela específica do adimplemento. Se o inadimplemento ou o adimplemento imperfeito causarem dano, o credor-lesado poderá exigir, ao lado da tutela específica do adimplemento, a tutela ressarcitória pelo dano" (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 4ª. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018 comentário 5 ao art. 49).

Para averiguar se o adimplemento fora imperfeito, ou não integral, é necessário verificar se a concessionária, ou o ente competente, alcançou ou não a função que deveria ser desempenhada pelo negócio jurídico em concreto.

#### **2.3.1. Do dano**

A Constituição Federal de 88 estabelece, no parágrafo 6º do artigo 37, a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviços públicos diante dos danos que seus agentes causarem a terceiros.

Além disso, a responsabilidade estatal recai também sobre as entidades da administração indireta, tais como empresas públicas, sociedades de economia mista, autarquias, e as concessionárias ou permissionárias. Assim, se qualquer uma destas causar danos a outrem, o estado será responsabilizado, independente de contrato, vez que, decorre em consequência da atividade estatal, gerando a obrigação de indenizar danos causados a alguém.

Senão porque, quando o Poder Público escolhe particular para delegar a prestação do serviço público, havendo danos, a culpa será “in vigilando”, isto é, decorrente da falta de atenção com o procedimento de outrem, cujo ato ilícito o responsável deve pagar, cujo fundamento está previsto no artigo 932 do Código Civil.

### **2.3.1.1. Responsabilidade subsidiária e objetiva**

**Regra geral, será subsidiária a responsabilização do Estado**, e pode ela surgir quando comprovada a incapacidade da concessionária arcar com a reparação devida. Nesses casos, o poder público assume a obrigação principal de indenizar ou reparar o dano (**REsp 1.135.927**).

Sempre que a ação natural praticada pelo Estado ou por seus concessionários/permissionários (**ato comissivo**) causar de per si mudanças no mundo natural, ou seja, dano a alguém, estaremos diante da responsabilidade do ente público, como explica Celso Mello:

Deveras, já se referiu que a noção de Estado de Direito reclama a de Estado responsável. Mencionou-se, outrossim, a verdade cediça de que as condições em que o Poder Público pode produzir dano são muito distintas das que ocorrem nas relações entre particulares. O Estado detém o monopólio da força. O Estado dita os termos de sua presença na coletividade, sem que os administrados possam esquivar-se. O Estado frui do poder de intervir unilateralmente na esfera jurídica de terceiros. O Estado tem o dever de praticar atos em benefícios de todos, os quais, todavia, podem gravar especialmente a algum ou alguns dos membros da coletividade. Por tudo isso, não há cogitar culpa, dolo ou infração ao Direito quando comportamento estatal comissivo gera, produz, causa, dano a alguém. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Custo de Direito Administrativo*. 33a Edição. Editora Malheiros. 2016. p. 1043).

A **exemplo**, as empresas que firmam contratos para a execução de serviços como fornecimento de água ou energia, ou construção e conservação de rodovias, são responsabilizadas pelos possíveis danos na mesma proporção do poder público executando os mesmos serviços. Para o STJ, é aplicada a **teoria do risco administrativo do negócio**.

Quanto à ré, concessionária de serviço público, é de se aplicar, em um primeiro momento, as **regras da responsabilidade objetiva da pessoa prestadora de serviços públicos**, independentemente da demonstração da ocorrência de culpa. Isso porque a recorrida está inserta na Teoria do Risco, pela qual se reconhece a obrigação daquele que causar danos a outrem, em razão dos perigos inerentes a sua atividade ou profissão, de reparar o prejuízo”. (STJ. T3 - Terceira Turma. RECURSO ESPECIAL Nº 1.330.027 - SP (2012/0048766-0). RELATOR : MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Data do Julgamento: 06 de novembro de 2012)

Por outro lado, o Estado poderá ser responsabilizado objetiva e solidariamente com a concessionária em se tratando de dano direto ao consumidor/usuário, se o lesado demonstrar os prejuízos sofridos, e o nexo com o ato ensejador do dano. **Nesse caso, poderá responder inclusive no âmbito consumerista.**

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - ACIDENTE DE TRÂNSITO EM RODOVIA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CONCESSIONÁRIA. À luz do art. 37, § 6º da CR/88, é objetiva a responsabilidade da concessionária de serviço público, sendo prescindível, pois, a aferição da culpa, limitando-se a análise da responsabilidade civil à ocorrência do dano e do nexo causal. Tem a concessionária o dever de zelar pela segurança, respondendo objetivamente sempre que esta venha a falhar e cause algum dano aos usuários. (TJMG. 13ª CÂMARA CÍVEL. Processo: AC 5000703-41.2019.8.13.0647 MG. Data Publicação: 23/09/2021. Data do Julgamento: 23 de Setembro de 2021. Relator: Maria das Graças Rocha Santos (JD Convocada).

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RESSARCIMENTO - RESPONSABILIDADE CIVIL - CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO - APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. Nos termos do art. 37, § 6º, da CR/88, a responsabilidade das concessionárias de serviço público, é objetiva. A concessionária de serviço público responde objetivamente pelos danos causados aos consumidores, independentemente de culpa, bastando a comprovação nos autos do efetivo prejuízo e do nexo de causalidade nos termos do art. 14, do CDC. Ausente a comprovação, ao menos mínima, dos fatos constitutivos de seu direito, conforme determina o artigo 373, inciso I, do CPC, improcede o pedido indenizatório. (TJMG. 3ª CÂMARA CÍVEL. Processo: AC 5133310-73.2021.8.13.0024 MG. Relator: Alberto Diniz Júnior. Publicação: 12/04/2022. Julgamento: 7 de Abril de 2022).

Por exemplo, a responsabilidade do Estado nos casos de acidente de trânsito causado aos usuários de transporte público é, via de regra, objetiva. Ou seja, nos termos do artigo 37 parágrafo 6º da Constituição Federal, as vítimas deverão ser indenizadas por qualquer dano sofrido no transporte público.

**Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

**§ 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. (Constituição Federal de 1988)

O Código Civil também traz expressa essa responsabilidade no artigo 43: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado o direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

A responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público (Estado) é, em regra, objetiva<sup>4</sup>. Com isso, há o dever de **reparar os danos** causados aos usuários do transporte público, independente de culpa. Isto é, o particular está dispensado de demonstrar a culpa do agente, cabendo-lhe provar o dano e o nexo causal, entre esse dano e a ação ou omissão do agente público, vez que a responsabilidade do Estado se assenta na **Teoria do Risco Administrativo**.

### ***2.3.1.2. Responsabilidade solidária e subjetiva.***

Excepcionalmente, a **responsabilidade também poderá ser solidária**, por exemplo, há no STJ julgamento citado como paradigma em que se afirma que não é possível excluir/afastar a possibilidade de responsabilização solidária do município, ainda que concedido integralmente o serviço público. Trata-se de decisão proferida pelo colegiado (segunda Turma do STJ), em razão da análise de um caso de danos ambientais decorrentes da poluição de rios no estado de São Paulo em que há convênio firmado para serviços de água e esgoto com uma empresa. De acordo com referida decisão, se houve falha, houve omissão na fiscalização por parte do poder público (REsp 28.222)<sup>5</sup>.

“O município é responsável, solidariamente, com o concessionário de serviço público municipal, com quem firmou convênio para realização do serviço de coleta de esgoto urbano, pela poluição causada no Ribeirão Carrito, ou Ribeirão Taboãozinho”, afirmou na ocasião a ministra Nancy Andrighi, relatora para o acórdão.

DIREITO ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. ARTIGOS 23, INCISO VI E 225, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO. SOLIDARIEDADE DO PODER CONCEDENTE. DANO DECORRENTE DA EXECUÇÃO DO OBJETO DO CONTRATO DE CONCESSÃO FIRMADO ENTRE A RECORRENTE E A COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SABESP (DELEGATÁRIA DO SERVIÇO MUNICIPAL). AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO POR ATO DE CONCESSIONÁRIO DO QUAL É FIADOR DA REGULARIDADE DO SERVIÇO CONCEDIDO. OMISSÃO NO DEVER DE FISCALIZAÇÃO DA BOA EXECUÇÃO DO CONTRATO PERANTE O POVO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA RECONHECER A LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO. I - O Município de Itapetininga é responsável, solidariamente, com o concessionário de serviço público municipal, com quem firmou "convênio" para realização do serviço de coleta de esgoto urbano, pela poluição causada no Ribeirão Cairito, ou Ribeirão Taboãozinho. II - Nas ações coletivas de proteção a direitos metaindividuais, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a responsabilidade do poder concedente não é subsidiária, na forma da novel lei das concessões (Lei n.º 8.987 de 13.02.95), mas objetiva e, portanto, solidária com o concessionário de serviço público, contra quem possui direito de regresso, com espeque no art 14, § 1º da Lei n.º 6.938/81. Não se discute, portanto, a liceidade das atividades exercidas pelo concessionário, ou a legalidade do contrato administrativo que concedeu a exploração de serviço público; o que importa é a potencialidade do dano ambiental e sua pronta reparação. (STJ. T2 - SEGUNDA TURMA. RECURSO ESPECIAL Nº 28.222 - SÃO PAULO (1992/0026117-5). RELATORA : MIN. ELIANA CALMON. Data do Julgamento: 15 de fevereiro de 2000)

Neste caso, não seria possível excluir a responsabilidade do município porque ele é o "fiador" da regularidade da prestação dos serviços concedidos. Assim, se houve falha, houve omissão na fiscalização por parte do poder público. Nas palavras de Celso Mello:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de se 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, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar o evento lesivo. MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Custo de Direito Administrativo*. 33ª Edição. Editora Malheiros. 2016. p. 1045).

Aqui, a responsabilidade civil subjetiva<sup>6</sup> do Estado diverge da responsabilidade objetiva, sendo desnecessária a comprovação de culpa. A base da responsabilidade subjetiva é a **Teoria da Culpa Administrativa**, onde se deve demonstrar, para além do nexo causal, a culpa e o dolo. Assim o autor explica:

Inexistindo obrigação legal de impedir um certo evento danoso (obrigação, de resto, só cogitável quando haja possibilidade de impedi-lo mediante atuação diligente), seria um verdadeiro absurdo imputar ao Estado responsabilidade por um dano que não causou, pois isto equivaleria a extrai-la do nada; significaria pretender instaurar-la prescindindo de qualquer fundamento racional ou jurídico. Cumpro que haja algo mais: **a culpa por negligência, imprudência ou imperícia no serviço, ensejadoras do dano, ou então o dolo, intenção de omitir-se, quando era obrigatório para o Estado atuar e fazê-lo segundo um certo padrão de eficiência capaz de obstar ao evento lesivo.** Em uma palavra: é necessário que o Estado haja incorrido em ilicitude, por não ter acordado para impedir o dano ou por haver sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Custo de Direito Administrativo*. 33ª Edição. Editora Malheiros. 2016. p. 1045-1046)

Vejamos jurisprudência neste sentido:

PROCESSO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ERRO MÉDICO EM HOSPITAL PÚBLICO. REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL. CULPA DA EQUIPE MÉDICA VERIFICADA. IMPERÍCIA E OMISSÃO. NEXO DE CAUSALIDADE. ÓBITO DO FILHO DOS AUTORES DECORRENTE DO PROCEDIMENTO ADOTADO PREVIAMENTE AO PARTO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DEVIDA. QUANTUM. RAZOABILIDADE DA FIXAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFENSORIA PÚBLICA. CONFUSÃO ENTRE CREDOR E DEVEDOR. VIGÊNCIA DO ENUNCIADO DE SÚMULA Nº 421/STJ. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA NÃO VERIFICADA. VALOR MERAMENTE ESTIMATIVO DOS DANOS MORAIS. 1. A responsabilidade civil do Estado por danos causados por seus agentes a terceiros, em regra, é objetiva, na forma do artigo 37, §6º, da CF, aplicando-se a teoria do risco administrativo, segundo o qual são necessários a demonstração do dano sofrido pelo administrado, o nexo de causalidade entre o evento e a ação do agente público, oficialidade da conduta lesiva e a ausência de excludentes da responsabilidade, não se perquirindo a respeito da existência de culpa. 2. Em se tratando de suposto erro médico por faute du servisse ou falha do serviço, respaldada pela omissão administrativa, a responsabilidade civil do Estado passa a ser subjetiva, hipótese em que, a par dos demais pressupostos, é necessária a comprovação de negligência, imperícia ou imprudência do agente estatal, ou seja, deve a parte ofendida demonstrar que o dano é consequência direta da culpa no mau funcionamento ou inexistência de um serviço afeto à Administração Pública. Precedentes. 3. O i. Expert Judicial apurou que a morosidade na conduta da equipe médica prejudicou o diagnóstico da condição do feto e a tomada das medidas adequadas para reverter a situação, tendo em vista que o procedimento de cesárea era o mais adequado, concluindo pela imperícia e negligência dos agentes estatais. 4. Constatada a ausência de conduta profissional diligente, que ocasionou o óbito do feto na 40ª semana de desenvolvimento gestacional, fato sobejamente esclarecido mediante prova pericial legítima e conclusiva, impõe-se a condenação do Distrito Federal em indenizar moralmente os genitores ofendidos. (Acórdão 1248963, 00342086220158070018, Relator: ARQUIBALDO CARNEIRO PORTELA, 6ª Turma Cível, data de julgamento: 13/5/2020, publicado no PJe: 2/6/2020)

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CEB. CHOQUE ELÉTRICO. MORTE. NEXO DE CAUSALIDADE. AUSÊNCIA. OMISSÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. CÓDIGO DE EDIFICAÇÕES DO DF. INOBSERVÂNCIA. CONSTRUÇÃO EM PARCELAMENTO IRREGULAR DE ÁREA RURAL. 1. A responsabilidade civil do Estado e das concessionárias de serviço público por omissão genérica é subjetiva e exige a comprovação do dano, o nexo de causalidade entre este e a negligência, imperícia ou imprudência do Poder Público. 2. A concessionária de energia elétrica não tem o dever de fiscalizar as edificações erigidas abaixo de sua rede de distribuição de energia elétrica, instalada em momento anterior ao parcelamento irregular do solo, principalmente quando o lote em questão não utiliza regularmente os serviços prestados e obtém energia por meio de ligações clandestinas ("gambiarras"). 3. O Código de Edificações do DF, vigente à época, estabelece que é dever do proprietário providenciar que as obras no imóvel sejam feitas sob a responsabilidade de profissional habilitado, a fim de se garantir o atendimento de padrões técnicos que preservem a segurança dos moradores. 4. Ausente a comprovação de qualquer omissão por parte da concessionária de serviço público, esta não pode ser responsabilizada pelo acidente fatal em razão unicamente do fato de ter acontecido em rede de distribuição de sua propriedade. 5. Recurso conhecido e não provido. (Acórdão 1261320, 07100482420188070018, Relator: DIAULAS COSTA RIBEIRO, 8ª Turma Cível, data de julgamento: 1/7/2020, publicado no DJE: 14/7/2020)

Celso Antônio Bandeira de Mello ensinou que tal responsabilidade será caracterizada pela “obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento contrário ao Direito – Culposo ou Doloso – consistente em causar um dano a outrem ou em deixar de impedi-lo quando obrigado a isto”.

Além disso, fala-se ainda na **falha de serviço**, que pode ser dividida em três modalidades: inexistência do serviço, mau funcionamento do serviço ou retardamento do serviço. Ainda nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, “a ausência do serviço devido ao seu defeituoso funcionamento, inclusive por demora, basta para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes em agravo dos administrados”.

De toda sorte, tanto na responsabilidade objetiva quanto na subjetiva, seja no dever de indenizar de forma solidária ou subsidiária, é necessário **que a falha resulte em dano**, sendo este toda lesão a um bem juridicamente protegido, que cause **prejuízo de ordem patrimonial ou extrapatrimonial**. Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 25ª Ed., 2008, Editora Malheiros).

### 2.3.2 Da seara consumerista:

O art. 3º da Lei Federal nº 8.078/90, ao conceituar o termo “Fornecedor” como sendo “toda pessoa física ou jurídica, **pública ou privada**, nacional ou estrangeira, também entes despersonalizados que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”, **equipara as pessoas jurídicas de direito público como espécies de fornecedores**, podendo, conseqüentemente, figurar no polo passivo da relação de consumo, também, no polo passivo em eventual relação de responsabilidade.

É inegável que o acesso a um serviço público eficaz e adequado consiste em direito básico de todo consumidor, consoante art. 6º, X, da Lei 8.078/90. Nesse sentido, entende-se que o serviço público que se caracteriza como relação de consumo, portanto, apto a incidir as normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, são somente aqueles pagos, **isto é, mediante remuneração, e nessa qualidade caracterizam uma relação de consumo**.

A remuneração poderá também ser direta ou indireta, sendo a primeira aquela em que há cobrança de tarifas (concessão), enquanto o segundo tem imagem de gratuidade, onde o consumidor não sofre um minus do seu patrimônio, de forma direta (porque o nenhum serviço público pode ser considerado efetivamente gratuito, já que todos são criados, mantidos e oferecidos a partir da receita advinda da arrecadação dos tributos).

Transportes, energia elétrica, gás, telefone, serviços de saúde e segurança, formam uma gama variada de oportunidades nas quais o Estado se relaciona com os seus cidadãos ou entidades organizadas, na qualidade de fornecedor.

Nesta toada, o CDC distingue dois modelos claros de responsabilidade: a) por danos causados aos consumidores, e b) por vícios de qualidade ou quantidade dos produtos ou dos serviços prestados aos consumidores.

**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. (Lei nº 8.078/1990)

Na esfera consumerista, a responsabilidade civil do Estado ganha vertente própria, pois, tratando-se de reparação dos danos (**restauração do estado anterior à lesão**), o Estado deverá ser responsabilizado independentemente **da existência de culpa (objetiva)**, conforme preceitua o art. 14 do CDC. Fica clara, portanto, a escolha da chamada **Teoria do Risco Administrativo** por parte do legislador nas relações de consumo.

Nesse sentido, o entendimento de que o Estado é responsável por suas condutas, **comissivas ou omissivas, que vierem a causar quaisquer espécies de danos aos consumidores**, porém, deve sempre haver o verdadeiro nexo de causalidade entre a conduta estatal e o dano.

**O dano é um dos pressupostos da responsabilidade objetiva.** Sem ele não se pode falar em responsabilização.

Assim, se foi definida pelo legislador a objetividade da responsabilidade consumerista, e esta pressupõe a existência de dano, a simples omissão em fiscalizar, sem que efetivamente caracterizado a diminuição do bem jurídico de outrem, poderá ser sancionado, mas não no âmbito do direito do consumidor.

Ressalta-se entretanto que, a despeito da possibilidade de incidência do CDC na atividades desenvolvidas pelo Estado, não há determinação direta e específica das espécies de serviços que estão sujeitas ou não à aplicação das normas consumeristas. Isto é, nem todas as relações em que figuram o Estado como fornecedor e o usuário deste serviço, se caracterizará na esfera consumerista. É o caso, por exemplo, dos serviços públicos não remunerados, ou uti universi. Para tanto é necessário: i) verificar se é possível enquadrar o usuário no conceito de consumidor; ii) avaliar se a administração pública ou suas concessionárias e permissionárias se enquadram no conceito de fornecedor; iii) - Garantir que o serviço público se enquadre no conceito de serviço.



### 2.3.3. Da omissão do dever de fiscalizar:

Se tratar, porém, da simples omissão de fiscalizar, sem a ocorrência de dano a terceiro, ainda sim estamos diante de uma infração do ente público: **a de fiscalizar**.

De acordo com o Caderno de Logística - Sanções Administrativas, de 2015, do Governo Federal<sup>7</sup>:

De acordo com a atual jurisprudência do Tribunal de Contas da União<sup>6</sup>, trata-se de instrumento de controle da execução contratual, de aprimoramento da atividade administrativa e do comportamento dos gestores, sempre visando preservar o interesse público. Considerando-se os pressupostos que regem os procedimentos de aplicação das sanções, é proibido ao gestor abster-se de aplicar as medidas previstas em Lei e no contrato, devendo sopesar a gravidade dos fatos e as justificativas da contratada quanto à não execução ou execução irregular, para decidir quanto à proporcionalidade das penas exigidas nos arts. 86 e 87 da Lei nº 8.666, de 1993, as quais devem estar previstas no instrumento convocatório, observado o devido processo legal.

Assim, será possível autuar também o ente concedente, quando da não fiscalização do serviço. Tal atuação, entretanto, haja vista estar relacionada com poder de polícia administrativa, será feita no âmbito do controle do contrato firmado entre concedente e concessionária, que, via de regra, é fiscalizado pelo Tribunal de Contas.

A atuação dos Tribunais de Contas no controle da execução de contratos, está prevista na Lei das Concessões, Lei Federal nº 8.666/93:

**Art. 113.** O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto. (Lei das Concessões, Lei Federal nº 8.666/93)

A responsabilidade de demonstrar a regularidade da execução contratual é de obrigação dos órgãos fiscalizados, não se inserindo na esfera de discricionariedade do poder público a decisão de realizar ou não a fiscalização. Ainda que este contrato administrativo tenha sido formal e materialmente legal, ainda assim pode haver ilegalidade no momento da execução.

Nesse sentido o caderno de Logística do governo também estabelece:

Dessa forma, diante de indícios de infração administrativa do licitante ou contratado, a não autuação injustificada de processo administrativo específico poderá resultar na aplicação de sanções a seus gestores, conforme previsto no art. 82 da Lei nº 8.666, de 1993, bem como representação por parte TCU com supedâneo no art. 71, inciso XI, da Constituição Federal c/c art. 1º, inciso VIII, da Lei nº 8.443, de 1992.

Em outra oportunidade, o TCU se manifestou orientando que, na análise do caso em concreto, se houver situações em que o gestor tenha motivos para deixar de aplicar as sanções, tal situação deve ser devidamente justificada nos autos do processo (DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010)

Vejamos as legislações mencionadas:

**Art. 82.** Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar (Lei nº 8.666, de 1993)

**Art. 71.** O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

**XI** - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados. (Constituição Federal de 1988)

**Art. 1º** Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei:

**VIII** - representar ao poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados, indicando o ato inquinado e definindo responsabilidades, inclusive as de Ministro de Estado ou autoridade de nível hierárquico equivalente (Lei nº 8.443, de 1992)

Um exemplo desta atuação, está no processo TC 006.931/2002-0<sup>8</sup> do Tribunal de Contas da União, em que se discutia a legalidade na execução contratual da Concessionária Rio-Teresópolis e foi apontado que o interesse estatal na adequada execução deste contrato era **“a prestação de um serviço adequado, o cumprimento do programa de investimento apresentado na licitação e a preservação da modicidade tarifária”**.

Além disso, fora ressaltado que:

O TCU deve atuar de forma complementar à ação das entidades reguladoras no que concerne ao **acompanhamento da outorga e da execução contratual dos serviços concedidos**. Afinal, o fato de o Poder Concedente deter competência originária para fiscalizar a atuação das concessionárias não impede a atuação cooperativa e suplementar do TCU, que pode, assim, fiscalizar a prestação dos serviços públicos delegados. Por outro lado, a Corte de Contas não pode substituir o órgão regulador, sob pena de atuar de forma contrária à Constituição Federal. Nesse sentido, cumpre reiterar que a fiscalização do Tribunal deve ser sempre de segunda ordem, sendo seu objeto a atuação das agências reguladoras como agentes estabilizadores e mediadores do jogo regulatório. Logo, essa fiscalização não deve versar sobre o jogo regulatório em si mesmo considerado.” Portanto, vemos nesta decisão um dos limites na atuação dos Tribunais de Contas, a atuação dos Tribunais de Contas frente às agências reguladoras. (grifo nosso) (TCU. TC 006.931/2002-0. Acórdão nº 182 de 2001. Relator: Ministro Marcos Vilela)

Isto é, a Corte de Contas, ao fiscalizar os contratos públicos de concessão, deve se basear nos itens estabelecidos pela Lei Federal nº 8.987/1995, a qual determina em seus artigos 23 a 28 os elementos essenciais a este tipo de negócio jurídico. Cabe ao Tribunal de Contas avaliar se estão presentes no contrato, por exemplo, os indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço, o preço do serviço e os critérios para o reajuste de tarifas, a forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos e das práticas para a boa execução do serviço, os casos de extinção da concessão e as penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária, assim como seu dever de transparência financeira.

Neste caso, há o vício de qualidade ou adimplemento imperfeito (art. 20, caput e § 2º, da Lei Federal 8.078/190), **que não é concebido como uma hipótese de vício, mas sim de inadimplemento contratual**.

Há a responsabilidade do fornecedor por descumprimento e não por vício, em cujo mérito é complicado adentrar.

### **3. DA AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO DO TRANSPORTE PÚBLICO DO MUNICÍPIO DE CARATINGA.**

Têm-se então 3 (três) formas de responsabilização do Estado em relação aos serviços prestados pela concessionária de serviços de transporte público, Viação Rio Doce Ltda.:

**1ª.** O vício de qualidade ou adimplemento imperfeito (art. 20, caput e §2º, da Lei Federal 8.078/190) geralmente não é concebido como uma hipótese de vício, mas sim de inadimplemento contratual. Nesse caso, há a responsabilidade do fornecedor por descumprimento e não por vício, em cujo mérito é complicado adentrar. Sendo certo afirmar que o inadimplemento é o ponto no qual o Direito do Consumidor em regra se detém em relação aos contratos de concessão de serviços públicos. Nesse caso a responsabilidade do município é objetiva, portanto, deve o ente público figurar no polo passivo da ação administrativa, em solidariedade com a empresa concessionária.

Nesse sentido, dispõe o CDC que:

**Art. 20.** O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

(...)

**§ 2º** São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.

**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. (Lei nº 8.078/1990)

Sobre o tema, diz o art. 20, o Decreto Federal nº 2.181/97 que: **"Sujeitam-se à pena de multa os órgãos públicos que, por si ou suas empresas concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, deixarem de fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos."**

**2ª** Pode também o ente público ser responsabilizado pela não prestação de um serviço adequado, pelo descumprimento do programa de investimento apresentado na licitação e por não preservar a modicidade tarifária, por meio do Tribunal de Contas respectivo. O que parece se amoldar com a tentativa de responsabilização do Município de Caratinga, no bojo desta consulta;

**3ª.** Cabe ressaltar a possibilidade de atuação da PJDC, em havendo omissão dos mencionados órgãos no dever de fiscalização, por meio da Promotoria de Patrimônio Público.

Ressalte-se que, consultada sobre eventuais precedentes sobre o tema, a Junta Recursal confirmou haver apenas o Recurso/Remessa Oficial à Junta Recursal do Procon-MG nº 13.634/16 (2868539), cuja decisão administrativa também foi juntada a este SEI (2868535). Nesse caso de Uberlândia, **a falha gerou acidente - um ônibus atropelou um usuário que atravessou entre as plataformas de embarque e desembarque, que veio a óbito (DANO)**. No caso, não havia sinalização, cerca ou algo do tipo que impedisse o consumidor de atravessar a pista, embora houvesse previsão contratual para que a concessionária que administrava o terminal implementasse essas obras de proteção. Assim, apenas o município foi responsabilizado.

Entretanto, caso a autoridade administrativa ainda entenda pela possibilidade de autuação e aplicação de multa em face do ente público por omissão em seu dever de fiscalizar, tem-se que deve ser solicitado ao respectivo ente público, documento hábil com informações sobre receita bruta referente ao ano anterior à infração, conforme art. 24 da Resolução PGJ nº14/2019.

#### 4. CONCLUSÃO

Ante o exposto, ressalta-se que o objeto deste estudo e suas conclusões se amoldam a questões similares, mas que envolvam outros serviços públicos, principalmente aqueles realizados por meio de concessões, nos quais se incluem, por exemplo, rodovias, serviços de saneamento, aeroportos, portos, serviço de transporte, saúde pública, entre outros, em especial os essenciais elencados pelo art.10º, Lei nº 7.783 de 1989 (Lei de Greve).

#### Por fim, conclui-se que:

**a.** considerando que a fundamentação citada para a prática infrativa foi o art. 21, III, item 5, da Resolução PGJ nº 14/2019, convém ressaltar, que tal dispositivo deve ser usado somente para o enquadramento da prática infrativa para fins de apuração de sua gravidade e consequente cálculo e dosimetria da multa administrativa. A fundamentação que se amolda ao caso é o art. 22 da Lei Federal nº 8.078/90 (CDC), citado no referido inciso: “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.”

**b.** caso o Promotor de Justiça responsável pelo feito, em razão de sua independência funcional, acate o entendimento exarado nesse parecer, há duas opções:

**1ª)** Ratificar a Portaria do PA instaurado modificando o objeto para: vício de qualidade ou adimplemento imperfeito (art. 22, §2º, do CDC) OU inadimplemento contratual.

**a.** no primeiro caso, vício de qualidade ou adimplemento imperfeito, município e concessionária Viação Rio Doce Ltda. deverão integrar o polo passivo da ação, pois a responsabilidade do ente público é subjetiva e, portanto, solidária. Trata-se de relação de consumo (art. 22, §2º, CDC);

**b.** no segundo caso, inadimplemento contratual, apenas a Viação Rio Doce Ltda. integra o polo passivo da ação, pois busca a apuração do descumprimento do firmado em contrato entre o ente público e a concessionária de serviço público. Não caracteriza relação de consumo, a princípio. Diferente é o caso de contrato com cláusulas abusivas (art. 51, CDC), caso que envolve a atribuição dos órgãos de defesa do consumidor.

**Obs.:** A questão é que a competência seria da PJ do Patrimônio Público<sup>9</sup> (MPMG como fiscal da lei), mas não do Procon-MG, a não ser nas hipóteses em que há falha do serviço prestado a atingir diretamente o consumidor (dano)<sup>10</sup> e o município (poder concedente) negligência seu dever de fiscalizar e de impor as sanções contratualmente previstas. Nesse último caso, falha na prestação do serviço (dano), há solidariedade do ente público e da concessionária e é relação de consumo - é esse o caso do PA de Uberlândia - Recurso/Remessa Oficial à Junta Recursal do Procon-MG nº 13.634/16 (2868539) e decisão administrativa (2868535).

Ainda, nesse sentido, de toda sorte, sugere-se o encaminhamento à respectiva Promotoria de Justiça de Patrimônio Público, haja vista a expertise desses para orientação, tendo em vista suas atribuições na área de defesa do patrimônio público, principalmente no que

tange à ineficiência de serviços públicos para com o cidadão; desrespeito dos Poderes Públicos e serviços de relevância pública aos direitos assegurados pela Constituição.

Aqui, neste caso, é imperioso que se observe, no contrato de concessão, as cláusulas que prevêm o reajuste e/ou revisões na tarifa para, em sendo o caso, caracterizar a omissão do estado no cumprimento de cláusula contratual essencial à manutenção do equilíbrio-econômico do contrato. Isto é, a partir da análise do contrato e respectiva perícia financeira deve ser analisada/confirmada a necessidade de reajuste/revisão das tarifas.

Outrossim, tratando-se de matéria complexa que atinja mais de uma área de atuação do Ministério Público é recomendável, conforme o art. 8º da Resolução PGJ nº 4/2019<sup>11</sup>, a participação multidisciplinar de Coordenadorias.

2º) Salvo em decorrência de dano, não se enquadra como relação de consumo a apuração de eventual omissão do dever de fiscalização do ente público. Sugere-se, nesse caso, a remessa do expediente para ciência e providências cabíveis pelo Tribunal de Contas, órgão responsável por acompanhar a outorga e execução contratual dos serviços concedidos.

Ressalte-se que, caso a fundamentação para a apuração dos fatos seja diferente para o ente público e a concessionária, deverá o procedimento ser desmembrado.

<sup>1</sup> São aqueles que somente podem ser prestados pela Administração, ou seja, não admitem delegação de sua execução a terceiros, em razão de estarem relacionados com as atividades inerentes do Poder Público. Ex: serviço de segurança.

<sup>2</sup> Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

<sup>3</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 737;

<sup>4</sup> A responsabilidade civil objetiva é aquela que acontece independentemente de culpa ou dolo. Aqui, portanto, os elementos que devem estar presentes são: ato ilícito, nexo de causalidade, dano.

<sup>5</sup> A responsabilidade subjetiva é o dever de indenizar os danos causados diante de uma ação ou omissão, dolosa ou culposa

<sup>6</sup> [https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-11-19\\_08-00\\_A-responsabilidade-do-Estado-e-das-concessionarias-de-servicos-publicos.aspx#:~:text=Em%20determinados%20casos%2C%20mesmo%20a,para%20responder%20pelos%20poss%C3%ADveis%20danos.](https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-11-19_08-00_A-responsabilidade-do-Estado-e-das-concessionarias-de-servicos-publicos.aspx#:~:text=Em%20determinados%20casos%2C%20mesmo%20a,para%20responder%20pelos%20poss%C3%ADveis%20danos.)

<sup>7</sup> [https://www.gov.br/compras/pt-br/agente-publico/cadernos-de-logistica/midia/servicos\\_transportes.pdf](https://www.gov.br/compras/pt-br/agente-publico/cadernos-de-logistica/midia/servicos_transportes.pdf)

<sup>8</sup> São inúmeros os julgados da Corte de Contas, podendo ser citados os seguintes: TCU Acórdão 1632/2009; TCU AC nº 3.738/2007; TCU AC nº 1.793/2011.

<sup>9</sup> Em contato com o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público de Minas Gerais (CAOPP), de maneira informal, foi informado que algumas manifestações com teor semelhante já foram alcançadas pelo órgão (como fiscalização de cláusulas contratuais, ou tarifas de transporte público)

<sup>10</sup> Recurso/Remessa Oficial à Junta Recursal do Procon-MG nº 13.634/16 (2868539) e decisão administrativa também foi juntada a este SEI (2868535).

<sup>11</sup> RESOLUÇÃO PGJ N.º 4, DE 8 DE FEVEREIRO DE 2019 - Art. 8º Quando o objeto do PAAF envolver questões que atinjam mais de uma área de atuação do Ministério Público, é recomendável a participação multidisciplinar de Coordenadorias, evitando-se, assim, orientações conflitantes e facilitando-se o prévio diálogo e a unidade garantida constitucionalmente na atuação dos órgãos e respectivas unidades da Instituição.

Belo Horizonte - MG, na data da assinatura digital.

Regina Sturm  
Assessora Jurídica do Procon-MG  
(Elaboração)

Thainá de Oliveira Lage Cardoso  
Estagiária de Pós Graduação em Direito do Procon-MG  
(Elaboração)

Christiane Pedersoli  
Coordenadora da Assessoria Jurídica do Procon-MG  
(Revisão)

Ricardo Amorim  
Assessor Jurídico do Procon-MG  
(Revisão)



Documento assinado eletronicamente por **CHRISTIANE VIEIRA SOARES PEDERSOLI, COORDENADOR I**, em 03/06/2022, às 14:36, conforme art. 22, da Resolução PGJ n. 27, de 17 de dezembro de 2018.



Documento assinado eletronicamente por **REGINA STURM VILELA, ASSESSOR II**, em 03/06/2022, às 14:43, conforme art. 22, da Resolução PGJ n. 27, de 17 de dezembro de 2018.



Documento assinado eletronicamente por **THAINA DE OLIVEIRA LAGE CARDOSO, ESTAGIARIO**, em 03/06/2022, às 14:45, conforme art. 22, da Resolução PGJ n. 27, de 17 de dezembro de 2018.



Documento assinado eletronicamente por **RICARDO AUGUSTO AMORIM CESAR, ASSESSOR II**, em 03/06/2022, às 17:25, conforme art. 22, da Resolução PGJ n. 27, de 17 de dezembro de 2018.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <http://www.mpmg.mp.br/sei/processos/verifica>, informando o código verificador **2902294** e o código CRC **DDBD58C3**.