



**Centro Universitário de Brasília – Uniceub
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais**

JOELMA MARIA COSTA BARBOSA

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

**Brasília
2012**

JOELMA MARIA COSTA BARBOSA

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Monografia apresentada para obtenção
do diploma de graduação em Direito pelo
Centro Universitário de Brasília - Uniceub.
Orientador: **Prof. JOÃO FERREIRA
BRAGA**

**Brasília
2012**

JOELMA MARIA COSTA BARBOSA

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS AGÊNCIAS REGULADORA

Monografia apresentada para obtenção
do diploma de graduação em Direito pelo
Centro Universitário de Brasília - Uniceub.
Orientador: **Prof. JOÃO FERREIRA
BRAGA**

Brasília-DF, 30 de setembro de 2012

BANCA EXAMINADORA

Prof.: João Ferreira Braga

Prof.: João Rezende

Prof.: Salomão A. Barbosa

*“A Deus, força que me sustenta em todos os momentos;
minha luz, quando a escuridão se torna maior;
meu caminho, quando me sinto perdida;
minha fonte, quando a vida resseca;
minha sabedoria, quando o coração anda à deriva;
minha esperança, quando as portas não se abrem;
minha paz, quando estou em conflito;
meu canto, quando as palavras me faltam;
minha alegria, quando a tristeza sorri de mim;
minha vitória, quando tenho de lutar;
meu TUDO, quando a vida se torna um nada.”*

AGRADECIMENTO

A minha saudosa, amiga e amável mãe, Dona Maria Lopes que, não está mais presente para prestigiar a mais essa Vitória da sua caçula. Tenho certeza que está muito orgulhosa de sua filha!

Ao meu paizinho querido, exemplo de homem, que soube com muita responsabilidade e coragem criar seus nove filhos.

A Josedna, mulher admirável pela sua coragem de simplesmente, querer viver, de encarar a vida, um tanto injusta, mas, que com bom humor encara todas as barreiras que lhe é imposta.

A minha irmãzinha do meio, Joselma, minha conselheira e companheira, presente em todas ou quase todas as horas!

Ao meu irmão mais velho, Beca, exemplo de um verdadeiro homem, só essas palavras já demonstram seu valor!

Ao Má e ao Ivan, irmãos admiráveis pela luz que transmitem!

Aos meus irmãos gêmeos, Paulinho e Pedrinho, “crianças” crescidas que amo de paixão e

Ao meu irmãozinho caçula, Kim, a raspinha do tacho de uma família unida, guerreira e cheia de luz!

Amo vocês e obrigada por serem o alicerce da minha vida.

RESUMO

A Administração Pública no Brasil, nos últimos anos, tem passado por grandes e profundas mudanças, advindas, inicialmente, com a Constituição Federal de 1988 e posteriormente com a publicação de leis infraconstitucionais que vieram tratando do tema da reforma do aparelho do Estado ao longo dos anos, entre elas a Lei nº 9.491 de 09/09/1997, que instituiu o Plano Nacional de Desestatização, ocasião em que a Administração deu um grande passo na tentativa de sanear os gastos públicos, transferindo para a iniciativa privada a execução de serviços que antes ficavam a cargo do Estado. Foi nesse cenário de mudanças que surgiu a figura das Agências Reguladoras, autarquias em regime especial, incumbidas de disciplinar e controlar certas atividades que antes eram executadas diretamente pelo Estado e que passaram a ser desempenhadas pelo setor privado, necessitando, por isso mesmo, da presença do Estado como ente regulador. O presente estudo pretende abordar o instituto da responsabilidade civil desta espécie de autarquia, tratando como a responsabilidade civil e os seus elementos dano, nexos de causalidade e culpa se aplicam a essa nova figura jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, assim como também qual tipo de responsabilidade (solidária ou subsidiária) são aplicáveis a ela, tendo como pressuposto as funções institucionais para as quais foram criadas.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Administração Pública. Agência Reguladora. Responsabilidade Civil.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
CF	Constituição da República Federativa do Brasil
CC	Código Civil
PND	Programa Nacional de Desestatização
TELEMAR	Telecomunicações do Maranhão S/A

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1 AGÊNCIAS REGULADORAS.....	11
1.1 Surgimento das Agências Reguladoras no cenário jurídico-administrativo brasileiro.....	11
1.2 Conceito e Natureza Jurídica das Agências Reguladoras.....	14
1.3 Funções precípua das Agências Reguladoras.....	23
1.4 A Concessão Pública como instrumento de trabalho das Agências Reguladoras.....	26
1.4.1 <i>Conceito e Natureza Jurídica das Concessões Públicas.....</i>	<i>27</i>
1.4.2 <i>Concessões Públicas e as Agências Reguladoras.....</i>	<i>29</i>
2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	34
2.1 Noções preliminares do Instituto da Responsabilidade Civil.....	34
2.2 Origem e Evolução da Responsabilidade Civil do Estado.....	38
2.3 A Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras.....	47
2.3.1 <i>Responsabilidade Civil Solidária versus Responsabilidade Subsidiária: casos em que se aplicam às Agências Reguladoras.....</i>	<i>49</i>
3 ANÁLISE DE PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.....	56
CONCLUSÃO.....	66
REFERÊNCIAS.....	68

INTRODUÇÃO

Administração Pública no Brasil, e no mundo de um modo geral, passou e vem passando por inúmeras transformações, tanto na forma de administrar o Estado e os seus governados quanto na forma de se ver o Estado na condição de prestador de serviços públicos e na condição de concedente desses mesmos serviços para pessoas alheias à esfera estatal propriamente dita.

No entanto, para que essas inúmeras transformações pudessem ocorrer, houve a necessidade de o Estado passar por amplas reformas administrativas. No Brasil, a reforma do aparelho do Estado deu-se na década de 1990, por meio do Plano Nacional de Desestatização, instituído pela Lei nº 8.031, de 12/4/1990, posteriormente revogada pela Lei nº 9.491, de 9/9/97. Naquela ocasião, a Administração Pública deu passos largos em direção ao saneamento dos gastos públicos, haja vista que se mostrou propensa a instituir a transferência da execução de serviços públicos para a iniciativa privada, desafogando, assim a máquina pública que passaria a se ocupar da infraestrutura básica do Estado.

Com isso, e com a edição do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado no ano de 1995, vislumbrou-se de forma concreta a necessidade e a instituição de órgãos reguladores na estrutura do aparelho de Estado, de molde a exercer a regulação, a fiscalização e o controle dos serviços públicos cuja a execução fora delegada a particulares, ditos concessionários.

Para tanto, criou-se, na estrutura do Estado, o instituto da concessão pública, instituto esse responsável por delegar à iniciativa privada a execução de diversos serviços públicos que antes ficavam a cargo do Estado. Ocorre, porém, que o Estado, para bem assegurar a prestação desses serviços, necessitou regular essa prestação.

Surgiu, então, na estrutura do Estado, a figura das Agências Reguladoras, pessoa jurídica de direito público, autarquias em regime especial, cuja a função precípua se resume em regular, fiscalizar e controlar o mercado de serviços públicos delegados, a fim de manter a qualidade, a presteza e a modicidade na prestação desses serviços, haja vista que a titularidade de tais serviços continua sendo do Estado, que apenas transferiu a sua execução.

Para tanto, essas Agências Reguladoras já nasceram detentoras de diversas prerrogativas ou poderes especiais com a finalidade de lhes dar a legitimidade necessária e suficiente para assegurar o exercício de suas funções precípua. São elas: poder normativo técnico, autonomia decisória, independência administrativa e autonomia econômico-financeira, que lhes asseguram o exercício de suas funções executiva; normativa; julgadora e sancionadora.

Ocorre, porém, que, ao exercer essas funções, essas agências reguladoras podem incorrer em falta que impliquem prejuízos aos terceiros usuários dos serviços públicos delegados, tendo-se aí a possibilidade de responsabilização dessas autarquias pelos danos que porventura tenham causado a esses usuários prejudicados.

A responsabilidade civil das Agências Reguladoras surge justamente deste dever do Estado de fiscalizar a delegação e a execução desses serviços, que quando ausente, essa fiscalização, ou quando feita de forma não contundente, pode acarretar danos aos terceiros beneficiários desses serviços, cabendo a estes últimos o direito à indenização por parte do concessionário e em última instância por parte do próprio Estado que não desempenhou com afinco e acuidade seu dever de zelar pela prestação dos serviços públicos delegados.

No decorrer desse trabalho buscar-se-á verificar se essas agências reguladoras como pessoas jurídicas de direito público que são, autarquias em regime especial, se submetem também à responsabilidade civil objetiva por danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros, por negligência ou omissão na fiscalização dos serviços que lhes são afetos, conforme o grau de

responsabilidade existente entre o dano e a ação ou omissão do agente público incumbido de tal função.

O tema será tratado com pesquisas e consultas junto à melhor doutrina sobre o assunto no presente momento e tempos mais longínquos a fim de balizar o estudo no que se refere à responsabilidade civil envolvendo as concessões de serviços públicos, objeto de atuação das Agências Reguladoras. O tema será também tratado conforme o disposto no art. 37, §6, ou seja, as concessionárias de serviços públicos respondem de forma direta e objetiva perante os usuários dos serviços postos à sua disposição, na medida de sua responsabilidade, cabendo ao poder concedente, no caso as Agências Reguladoras, responder subsidiariamente pelos prejuízos porventura advindos da atuação de suas concessionárias?

Com esse tipo de questionamento e com outros como no caso de concessionário de um serviço público, quando de sua execução, causar dano a terceiro usuário do serviço, a responsabilidade do Estado, poderá ocorrer também de forma solidária? E Quando for verificado e comprovado que houve omissão do poder concedente no controle, fiscalização ou mesmo má regulação do serviço concedido, podendo ser verificado também se houve falha na escolha do concessionário do serviço, as Agências Reguladoras serão responsabilizadas de que maneira? Em todos esses casos, a responsabilidade do Estado, sob a forma de agências reguladoras, pode-se dar de forma solidária com o agente concessionário do serviço regulado? A forma como se dá a responsabilidade subsidiária e a responsabilidade solidária das Agências Reguladoras é o que será desenvolvido no âmbito do presente estudo.

1 AGÊNCIAS REGULADORAS

1.1 Surgimento das Agências Reguladoras no cenário jurídico-administrativo brasileiro

Nos últimos anos o Estado tem passado por grandes transformações advindas de novas necessidades surgidas naturalmente com o novo modelo de Administração Pública que veio se desenhando pelos países mundo a fora, tendo como precursores países como a Inglaterra, Suécia, Nova Zelândia, Estados Unidos e França.

No Brasil, a reforma teve seu primeiro grande passo a partir de 1990, com a edição do Plano Nacional de Desestatização, instituído pela Lei nº 8.031, de 12/4/1990, posteriormente revogada pela Lei nº 9.491, de 9/9/97, ocasião em que a Administração deu um grande passo na tentativa de sanear os gastos públicos, transferindo para a iniciativa privada a execução de serviços que antes ficavam a cargo do Estado. Mas, foi com a edição do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado no ano de 1995 que surgiu de forma mais concreta, no cenário jurídico-administrativo, a necessidade da instituição de entidades com funções típicas de regulação e de controle.

A esse respeito, Ferreira Motta (2003, p.6) tece as seguintes considerações:

“Com a lei n. 8.031, de 12 de abril de 1990, estava criado o Programa Nacional de Desestatização, que pretendia a reordenação da posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; visando reduzir a dívida pública, concorrendo para o financiamento das finanças do setor público e a retomada de investimentos nas empresas e atividades que viessem a ser transferidas à iniciativa privada, com a modernização do parque industrial do País, ampliando a sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia; permitindo que a Administração Pública concentrasse seus esforços nas atividades em que a presença do Estado fosse fundamental para a consecução das prioridades nacionais, bem como para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da

democratização da propriedade do capital das empresas que viessem a integrar o Programa.

[...] A partir de 1996, com a implementação das leis sobre a *Reforma do Estado*, são criadas no Direito Brasileiro, na esfera federal, as agências reguladoras.”

Para Brito Rodrigues Cal (2003, p.13):

“A partir dessa nova concepção de Administração Pública é que foram sendo introduzidas algumas *figuras jurídicas*, através da Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998, para dar uma maior agilidade à Administração e buscar, finalmente, a eficiência tão desejada. A principal dessas figuras, são as Agências Reguladoras [...].”

É o que preconiza Carvalho Filho (2011, p. 322):

“[...] Esse é o sentido atual de desestatização: o Estado depois de abraçar por vários anos a execução de muitas atividades empresariais e serviços públicos, com os quais sempre teve gastos infundáveis e pouca eficiência quanto aos resultados, resolveu imprimir nova estratégia governamental: seu afastamento e a transferência das atividades e serviços para a sociedade e grupos empresariais. ”

Na opinião de Guerra (2004, p. 10), o Programa Nacional de Desestatização traz consigo alguns objetivos:

“Os objetivos fundamentais do Programa Nacional de Desestatização – PND adotado no Brasil consistem no reordenamento da posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público, bem como na contribuição para a redução da dívida, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público.

Diante do quadro antes exposto, deve-se ter em vista que os objetivos contidos expressamente no Programa Nacional de Desestatização se harmonizam com os princípios constantes do capítulo da ordem econômica da Constituição Federal de 1998, notadamente no período pós-Emendas Constitucionais de 1995 (ns. 5, 6, 7, 8 e 9), que não se coaduna com o intervencionismo estatal vivido em toda a era republicana brasileira.”

Verifica-se, pois, que as reformas ocorridas com o processo de modernização do Estado trouxeram consigo a transferência da execução de certas atividades para o setor privado, nascendo daí a necessidade de o Estado possuir na sua estrutura órgãos reguladores e de fiscalização de mercados, conforme passou a constar na Constituição de 1988:

“ Art. 21. Compete à União:

[...]

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº8, de 15/08/1995). “

Corroborando com o disposto na CF/88 a afirmação de Carvalho Filho (2011, p. 323):

“[...] Corolário do Programa de Desestatização, e particularmente em razão da transferência de atividades a empresas da iniciativa privada, têm sido criadas as agências autárquicas (também denominadas de agências reguladoras ou agências governamentais), sob a forma de autarquias, cuja função básica reside especificamente em exercer o controle sobre tais empresas, visando a mantê-las ajustadas aos postulados fundamentais do Programa e aos ditames do interesse público e prevenindo qualquer tipo de comportamento empresarial que reflita abuso de poder econômico.”

Também discorrendo sobre o tema Araújo Willeman (2011, p.52) afirma que:

“[...] tais entidades foram introduzidas no direito brasileiro a partir da década de 90, e, como dito, sob a forma de autarquias em regime especial, razão por que são pessoas jurídicas de direito público e, por isso, gozam de todas as prerrogativas e benefícios concedidos ao Ente federativo que as criou.

O regime especial conferido às Agências consiste na atribuição a estas entidades de uma maior independência e autonomia administrativa e financeira frente ao Poder Executivo Central responsável por sua criação.”

Surgiram, então, as entidades com função típica de controle, autarquias em regime especial, sob a denominação de Agências Reguladoras. Pode-se citar como exemplos dessas figuras jurídicas a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, instituída pela Lei nº 9.427, de 26/12/1996; a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, pela Lei nº 9.472, de 16/7/1997; a ANP – Agência Nacional do Petróleo, pela Lei nº 9.478, de 6/8/1997, a ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres e a ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários, pela Lei nº 10.233, de 5/6/2001.

Conforme dispõe Carvalho Filho (2011, p. 447):

“[...] A essas autarquias reguladoras foi atribuída a função principal de controlar, em toda a sua extensão, a prestação de serviços públicos e o exercício de atividades econômicas, como a própria atuação das pessoas privadas que passaram a executá-las, inclusive impondo sua adequação aos fins colimados pelo Governo e às estratégias econômicas e administrativas que inspiraram o processo de desestatização.”

No entanto, no entendimento de Bandeira de Melo (2011, p. 172), as agências reguladoras não constituem em si novidade no ordenamento jurídico-administrativo brasileiro, a não ser pela utilização do termo “agências” como adiante se percebe:

“Em rigor, autarquias com funções reguladoras não se constituem em novidade alguma. O termo com que hora foram balizadas é que é novo no Brasil. Apareceu ao ensejo da tal “Reforma Administrativa”, provavelmente para dar sabor de novidade ao que é muito antigo, atribuindo-lhe, ademais, ao suposto prestígio de ostentar uma terminologia norte-americana (“agência”). [...]”

Ainda nas palavras de Bandeira de Melo (2011, p. 171), “[...] as agências reguladoras são *autarquias sob regime especial*, ultimamente criadas com a finalidade de *disciplinar e controlar certas atividades*.”

E assim surgiram no ordenamento jurídico nacional as Agências Reguladoras, com o sentido mesmo de regular os mercados e as atividades originariamente criadas sob a tutela do Estado.

1.2 Conceito e Natureza Jurídica das Agências Reguladoras

Como se pôde observar no subitem precedente, as agências reguladoras são criadas sob a égide de autarquias em regime especial e, por isso, não são tidas como autarquias comuns. Mas, o que vem a ser uma autarquia?

O Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, que trata da organização da Administração Federal direta e indireta, define autarquia nos seguintes termos:

“Art. 5. Para os fins desta Lei, considera-se:

I – Autarquia - o serviço autônomo criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública que requeiram, para o seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.”

Neste mesmo sentido, Lopes Meirelles (2012, p.391) afirma que :

“Autarquias são entes administrativos autônomos, criados por lei específica, com personalidade jurídica de Direito Público interno, patrimônio próprio e atribuições estatais específicas. São entes autônomos, mas não autonomias. Inconfundível é autonomia com autarquia: aquela legisla para si; esta administra-se a si própria, segundo as leis editadas pela entidade que a criou.

O conceito de autarquia é meramente administrativo; o de autonomia é precipuamente político. Daí estarem as autarquias sujeitas ao controle da entidade estatal a que pertencem, enquanto as autonomias permanecem livres desse controle e só adstritas à atuação política das entidades maiores a que se vinculam, como ocorre com os Municípios brasileiros (autonomias), em relação aos Estados-membros e à União.”

Para Bandeira de Melo (2011, p. 163) entidades autárquicas:

“[...] gozam de liberdade administrativa nos limites da lei que as criou; não são subordinadas a órgão algum do Estado, mas apenas controladas, como ao diante melhor se esclarece. Constituindo-se em centros subjetivados de direitos e obrigações distintos do Estado, seus assuntos são assuntos próprios; seus negócios, negócios próprios; seus recursos, não importa se oriundos de trespasse estatal ou hauridos como produto da atividade que lhes seja afeta, configuram recursos e patrimônio próprios, de tal sorte que desfrutem de autonomia financeira, tanto como administrativa; ou seja, suas gestões administrativa e financeira necessariamente são de suas próprias alçadas – logo, descentralizadas.”

Então, como espécie de autarquias, é possível afirmar que as Agências Reguladoras são pessoas jurídicas de Direito Público destinadas ao desempenho de atividades típicas de Estado, possuindo, porém, em sua constituição algumas particularidades advindas do regime especial sob o qual são constituídas.

Nas palavras de Lopes Meirelles (2012, p. 399), Agências Reguladoras, como autarquias em regime especial

“[...] é toda aquela a que a lei instituidora conferir privilégios e aumentar sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns, sem infringir os

preceitos constitucionais pertinentes a essas entidades de personalidade pública.”

Para Caio Tácito (1981 apud LOPES MEIRELLES, 2012, p. 399), em ano tão longínquo, ao analisar o conceito de autarquias no Decreto Lei 200/67, já chegava à conclusão de que “[...] não se qualificou, porém, nessa lei orgânica da Administração Pública Federal, ou qualquer outra, diferenciação entre autarquias comuns e autarquias de regime especial”.

Ainda nas palavras de Lopes Meirelles (2012, p. 400):

“O que posiciona a autarquia como de regime especial são as regalias que a lei criadora lhe confere para o pleno desempenho de suas finalidades específicas, observadas as restrições constitucionais.”

Para Zanella Di Pietro (2012, p. 527):

“O regime especial vem definido nas respectivas leis instituidoras, dizendo respeito, em regra, à maior autonomia em relação à Administração Direta; à estabilidade de seus dirigentes, garantida pelo exercício de mandato fixo e ao caráter final de suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública.”

Posto isto e conforme se observou no item precedente, a criação desses novos entes autárquicos deveu-se pela necessidade de controle, de normatização e de fiscalização na busca do equilíbrio na relação entre o Estado, os usuários dos serviços e os prestadores desses serviços regulados na medida em que são concedidos, necessitando para tanto de essencial neutralidade e independência para bem desempenharem esse novo papel de ente regulador de interesses extremos entre si, destacando-se em especial os interesses do Estado. (MACIEL VIDIGAL, 2009, p. 33).

Para Alexandre Santos de Aragão (2003, p. 9), o desempenho desse novo papel dado às recém criadas agências reguladoras está essencialmente ligado à independência a ser dispensada a esses novos entes, haja vista que se trata de atividades que antes eram tradicionalmente desempenhadas pela Administração Pública direta e que passaram a ser atribuições tanto da Administração Pública

indireta, como ente regulador, quanto do setor privado, como executor das atividades reguladas:

“Entendemos que a independência das agências reguladoras deve ser tratada sem preconceitos ou mitificações de antigas concepções jurídicas que, no mundo atual, são insuficientes ou mesmo ingênuas. Com efeito, limitar as formas de atuação e organização estatal àquelas do século XVIII, ao invés de, como afirmado pelos autores mais tradicionais, proteger a sociedade, retira-lhe a possibilidade de regulamentação e atuação efetiva de seus interesses.”

Ainda segundo Aragão (2003, p. 274), as agências, no cenário jurídico brasileiro, podem ser denominadas autarquias especiais tanto formalmente considerando, haja vista que as próprias leis de criação assim as determinam, quanto materialmente considerando, haja vista as atividades que desempenham na linha de atuação de cada uma delas:

“[...] são asseguradas diversas prerrogativas que aumentam consideravelmente a sua autonomia em comparação com as demais autarquias, em especial, a vedação de exoneração *ad nutum* dos membros de seu colegiado dirigente, nomeados por prazo determinado.”

Como se pode observar, para que as agências reguladoras possam desempenhar suas atividades conforme a finalidade para a qual foram criadas, é primordialmente necessário que estejam imbuídas de certas peculiaridades ou prerrogativas, que alguns denominam de “poderes especiais”, já que têm por objetivo dar a tais autarquias a independência necessária para o fortalecimento de sua missão institucional. (MACIEL VIDIGAL, 2009, p. 52). São eles: poder normativo técnico, autonomia decisória, independência administrativa e autonomia econômico-financeira. Tais elementos se completam e se relacionam entre si, como adiante explicitado.

O Poder normativo técnico nada mais é do que um dos pilares da missão institucional das agências reguladoras, haja vista que por meio dele é que editam normas técnicas que regulam o mercado de serviços delegados. Nas palavras de Carvalho Filho (2011, p. 436) :

“O poder normativo técnico indica que essas autarquias recebem das respectivas leis delegação para editar normas técnicas (não as normas básicas de política legislativa) complementares de caráter geral, retratando poder regulamentar mais amplo, porquanto tais normas se introduzem no ordenamento jurídico como direito novo (*ius novum*). [...]”

Também compartilha desse pensamento Aragão (2003, p. 380) ao afirmar que essa prerrogativa dada às autarquias especiais constitui uma necessidade de descentralização normativa ao passo que permite a atuação desses entes de forma mais contundente frente aos concessionários de serviços delegados:

“A necessidade de descentralização normativa, principalmente de natureza técnica, é a razão de ser das entidades reguladoras independentes, ao que podemos acrescentar o fato de a competência normativa, abstrata ou concreta, integrar o próprio conceito de regulação.”

Esse fenômeno, por vezes, tem sido denominado de deslegalização ou deslegificação por algumas autores, haja vista que as normas técnicas oriundas desse poder normativo das agências reguladoras advêm das respectivas leis de criação, o que para alguns doutrinadores, dentre eles Paulo Roberto Ferreira Motta, e Marcelo Figueiredo (BANDEIRA DE MELO, 2011, p. 173), constitui uma usurpação ao poder legiferante, função essa pertencente ao poder legislativo.

Quanto a este aspecto, como pôde ser observado nos parágrafos precedentes, as agências reguladoras de forma alguma usurpam da função legislativa, já que se trata de normas eminentemente técnicas das quais dependem essencialmente sua missão institucional.

Na opinião de Carvalho Filho (2011, p. 437):

“Na verdade, não há, como supõem alguns estudiosos (equivocadamente, ao nosso ver), transferência do poder legiferante a órgãos ou pessoas da Administração, mas tão somente o poder de estabelecer regulamentação sobre matéria de ordem técnica, que, por ser extremamente particularizada, não poderia mesmo estar disciplinada na lei. [...]”

Discute-se, no entanto, que a problemática maior que as agências reguladoras enfrentam é definir qual o limite que por elas deve ser respeitado no sentido de saber até que ponto podem regular algo novo, sem invadir a competência

legislativa. Para Bandeira de Melo (2011, p. 172) a resposta não constitui algo de difícil argumentação:

“Dado o princípio constitucional da legalidade, e conseqüente vedação a que atos inferiores inovem inicialmente na ordem jurídica [...], resulta claro que as determinações normativas advindas de tais entidades hão de se cifrar a *aspectos estritamente técnicos*, que estes, sim, podem, na forma da lei, provir de providências subalternas [...]. Afora isto, nos caso em que suas disposições se voltem para concessionários ou permissionários de serviço público, é claro que podem, igualmente, expedir as normas e determinações da alçada do poder concedente (cf. Capítulo XII, ns.40-44) ou para quem esteja incluso no âmbito doméstico da Administração. Em suma: cabe-lhes expedir normas que se encontrem abrangidas pelo campo da chamada “supremacia especial” (cf. Capítulo XIV, ns. 12 a 15).”

Para Carvalho Filho (2011, p. 437):

“[...] Por conseguinte, nenhuma ofensa estará sendo perpetrada ao princípio da reserva legal contemplado em âmbito constitucional. Em nosso entender, trata-se de exigência dos tempos modernos e, por refletir inovação, não surpreende a reação oposta por alguns setores jurídicos, costumeiramente em semelhantes situações. O que se exige, isto sim, é que as escolhas da Administração regulatória tenham suporte em elementos concretos e suscetíveis de aferição.”

Zanella Di Pietro (2012, p. 530) trata essa questão da seguinte forma:

“[...] a função normativa dos órgãos e entes da Administração Pública estaria adstrita, apenas e tão somente, aos aspectos puramente técnicos, sendo que tudo o mais que desbordasse seria, para utilizar a linguagem consagrada pelo direito constitucional, reserva da Lei. [...]”

De toda essa discussão, pode-se inferir que a essas autarquias em regime especial, foi-lhes incumbida a função de agir com acuidade, presteza e força nas áreas de sua atuação, impedindo que pessoas da iniciativa privada pratiquem abuso de poder econômico, com práticas abusivas de tarifas, lucros exorbitantes e serviços não adequadas ao fim colimado pelo Estado, sendo primordialmente necessário o poder normativo concedido a elas na sua própria lei de instituição.

Com relação à autonomia decisória, essa prerrogativa das agências reguladoras significa que elas foram contempladas com a capacidade de tomar decisões e dirimir conflitos no seu âmbito de atuação, sem a interferência do Poder Central ou dos Ministérios aos quais são vinculadas, porém não subordinadas.

Conforme preconiza Carvalho Santos (2011, p. 437), autonomia decisória:

“Significa que os conflitos administrativos, inclusive os que envolvem as entidades sob seu controle, se desencadeiam e dirimem através dos próprios órgãos da autarquia. Em outras palavras, o poder revisional exaure-se no âmbito interno, sendo inviável juridicamente eventual recurso dirigido a órgãos ou autoridades da pessoa federativa à qual está vinculada a autarquia.”

Na opinião de Mendes (2002, p. 130), a prerrogativa de dirimir conflitos das agências reguladoras nas suas áreas de atuação está sob o manto da legalidade, haja vista o seu caráter de tecnicidade inerente à função dessas autarquias:

“[...] costuma-se abordar na doutrina norte-americana conceitos de “quase-judicialidade” ou de “discricionariedade técnica”. Com esses conceitos procura-se introduzir a noção de que o poder de dirimir conflitos das agências, por ser eminentemente de caráter técnico, não admite a ingerência do controle judicial no mérito ou atividade fim, estando este controle das agências adstrito ao crivo da legalidade.”

Ainda sobre a autonomia decisória, Valle Figueiredo (2003, p. 127) tece as seguintes considerações:

“O controle das autarquias, por parte do ente criador, não poderá interferir diretamente na vida da autarquia, sob pena de desconhecimento de que sua criação por lei lhe outorga uma série de direitos e deveres. Direitos e deveres, esses, a serem respeitados, inclusive – e principalmente – pelo ente que a criou.”

Já no que se refere à independência administrativa, para alguns autores, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Melo, essa prerrogativa se resume na qualidade de os dirigentes das agências reguladoras serem nomeados pelo Presidente da República por determinado período de tempo, prazo em que exercem suas atribuições de forma independente, evitando, desta forma a descontinuidade na aplicação de políticas públicas desenvolvidas para serem aplicadas num planejamento a médio ou longo prazo, assim como também dar maior credibilidade e sustentação dos dirigentes perante o mercado regulado, já

que não se subordinam, em tese, às determinações de caráter técnico, porventura, advindas dos Ministérios pelos quais são supervisionadas.

É o que também leciona Carvalho Filho (2011, p. 438):

“Quanto à independência administrativa, assim se entende o fato de que alguns de seus dirigentes têm investidura a termo, ou seja, são nomeados para prazo determinado fixado na lei, não a mercê de critério político do Ministério supervisor, nem da usual e condenável prática de descontinuidade administrativa, tão prejudicial às metas que as instituições buscam alcançar. Assim, eles têm alguma estabilidade em seus cargos, sobretudo porque são nomeados pelo Presidente da República, mas sua investidura depende de aprovação do Senado Federal.”

Corroborando com entendimento acima explicitado o pensamento de Zanella Di Pietro (2012, p.527), para quem a independência administrativa das agências reguladoras está preconizado no regime especial ao qual estão subordinadas,

“[...] dizendo respeito [...] à estabilidade de seus dirigentes, garantida pelo exercício de mandato fixo, que eles somente podem perder nas hipóteses expressamente previstas, afastada a possibilidade de exoneração *ad nutum*; ao caráter final de suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração pública.”

Sobre a Independência das Agências Reguladoras, é a opinião de Joaquim B. Barbosa Gomes, Ministro do Supremo Tribunal Federal, (2002 p.106),

“A ideia fundamental que norteou o surgimento das agências reguladoras foi a de se criar um ente administrativo técnico, altamente especializado e sobretudo impermeável às injunções e oscilações típicas do processo político, as quais, como se sabe, influenciam sobremaneira as decisões dos órgãos situados na Cadeia Hierárquica da Administração. Para tanto, concebeu-se um tipo de entidade que, embora mantendo algum tipo de vínculo a Administração Central, tem em relação a ela um acentuado grau de autonomia.”

Ainda nas palavras de Joaquim B. Barbosa Gomes, Ministro do Supremo Tribunal Federal, (2002, p.107) acerca da independência administrativa das Agências Reguladoras,

“Advirta-se, contudo, que não basta conferir estabilidade aos dirigentes de uma agência para que ela automaticamente passe a ser “independente”. Mesmo nos EUA, onde o Congresso exerce com zelo implacável a atribuição hoje crucial de todo órgão legislativo (a fiscalização e o controle), e em que o sistema de *checks and balances* funciona com razoável eficiência, não são raras as críticas de que as agências, ao invés de atuarem em busca do cumprimento do interesse público, procuram preferencialmente atingir seus próprios interesses e os *lobbies* eficazmente incrustados e com atuação concertada, tanto nos comitês do Congresso incumbido de supervisioná-las, quanto no âmbito das atividades privadas que lhes incumbe regulamentar e fiscalizar. Noutras palavras, é sério o risco de, ao se retirar as agências do âmbito de influência da Política, submetê-las ao jugo de forças econômicas poderosas.”

Já quanto à autonomia econômico-financeira, esta prerrogativa nada mais é do que a demonstração de que as agências reguladoras são entes independentes também no aspecto econômico-financeiro, algumas delas se mantendo, inclusive, com recursos próprios, exercendo toda gestão própria de seus recursos com o objetivo de atingir os fins colimados pelo Estado no desenvolvimento de suas funções.

É o que assevera Carvalho Filho (2011, p. 439), quando afirma

“que a autonomia administrativa demonstra que essas autarquias têm recursos próprios e recebem dotações orçamentárias para a gestão por seus próprios órgãos, visando aos fins a que a lei as destinou”.

Como é possível constatar, a natureza jurídica das agências reguladoras determina que elas sejam imbuídas de certas prerrogativas que lhes possibilitem exercer suas atividades precípuas e atingir os fins colimados pelo Estado, conforme previstos na lei de instituição de cada uma delas, haja vista que sem essas prerrogativas advindas do regime especial sob o qual estão sedimentadas, perderiam, de certo, o seu caráter independente e inovador, restando viciada a sua atuação frente aos concessionários e permissionários dos serviços públicos por elas regulados.

1.3 Funções Precípua das Agências Reguladoras

Como já explicitado anteriormente, as agências reguladoras criadas sob o manto de autarquias em regime especial, são, por isso mesmo, pessoas jurídicas de direito público, criadas para desempenhar atividades de controle, regulação e fiscalização sobre determinados serviços que originariamente deveriam ser executadas pelo Estado, mas que, com a modernização da Administração Pública, passaram a ser desempenhados por entes privados por meio do instituto da delegação.

A esse respeito e apenas para ratificar outros entendimentos já citados nesse trabalho, Freire (2002, p. 17), em sua obra, deixa claro que a função precípua dessas autarquias em regime especial é o controle a ser exercido sobre a prestação de serviços públicos delegados aos particulares:

“A função principal dessas agências reguladoras é a de controlar a prestação de serviços públicos e o exercício das atividades econômicas, assim como a atuação das pessoas privadas que passam a executar tais serviços públicos sob o regime de concessão, inclusive sua adequação aos fins pretendidos pelo governo e às estratégias econômicas e administrativas que inspiraram o processo de desestatização.”

Nas palavras de Zanella Di Pietro (2012, p. 529):

“As **atribuições** das agências reguladoras, no que diz respeito à concessão, permissão e autorização de serviço público resumem-se ou deveriam resumir-se às funções que o poder concedente exerce nesses tipos de contratos ou atos de delegação: regulamentar os serviços que constituem objeto da delegação, realizar o procedimento licitatório para a escolha do concessionário, permissionário ou praticar ato unilateral de outorga da autorização, definir o valor da tarifa e de sua revisão ou reajuste, controlar a execução dos serviços, aplicar sanções, encampar, decretar a caducidade, intervir, fazer a rescisão amigável, fazer a reversão de bens ao término da concessão, exercer o papel de ouvidor de denúncias e reclamações dos usuários, enfim exercer todas as prerrogativas que a lei outorga ao poder público na concessão, permissão e autorização.

Isto significa que a lei, ao criar a agência reguladora, está tirando do Poder Executivo todas essas atribuições para coloca-las nas mãos da agência.”

Para tanto, as agências reguladoras necessitam desempenhar 3 (três) funções para bem executar sua missão institucional, quais sejam, as funções normativa, executiva e judicante, como bem expôs Araújo Willeman (2011, p.58):

“Analisados o conceito, a natureza jurídica, o regime jurídico, as principais características e a forma de instituição das Agências Reguladoras no direito brasileiro, impõe-se reafirmar que a sua atuação regulatória ocorrerá, basicamente, mediante o exercício de três funções a saber: i) a função executiva; ii) a função normativa; e iii) a função julgadora e sancionadora.”

Por meio da função executiva, as agências desempenham o papel de fiscalização das atividades reguladas e executadas pelos concessionários, no exercício do seu poder de polícia. Como bem expôs Guerra (2004, p.41):

“As funções executivas detidas pelas Agências Reguladoras se assemelham às atribuições dos órgãos da Administração pública direta, no exercício do poder de polícia estatal.

Por meio dessas funções as Agências Reguladoras concedem, permitem e autorizam reajustes e revisão ordinária e extraordinária de tarifas de serviços públicos para manter o equilíbrio econômico e financeiro das concessões.

Ademais disso, por meio das funções executivas, as Agências Reguladoras fiscalizam o exercício das atividades econômicas, de modo à sua conformação aos parâmetros dos atos que consentiram o ingresso dos agentes regulados no mercado.”

Corroborando com esse entendimento, Carvalho Santos (2011, p. 363) afirma que as agências reguladoras foram instituídas com o objetivo institucional consistente

“[...] na função de controle de pessoas privadas incumbidas da prestação de serviços públicos, em regra sob a forma de concessão ou permissão, e também na de intervenção estatal no domínio econômico, quando necessário para evitar abusos nesse campo, perpetradas por pessoas da iniciativa privada.”

No que se refere ao desempenho das funções normativas por parte das Agências Reguladoras, essa missão nada mais é senão a expedição de atos normativos técnicos com a finalidade de bem exercer sua missão regulatória, sem com isso usurpar da competência legiferante do Poder Legislativo, como já exposto

no subitem anterior. Sobre essa função normativa das Agências Reguladoras, Guerra (2004, p. 41-42) faz a seguinte explicação:

“As Agências Reguladoras brasileiras vêm editando uma série de normas com vistas a traduzir, por critérios técnicos, os comandos previstos na Carta Magna e na legislação infraconstitucional acerca do subsistema regulado.

[...]

Pelas normas regulatórias se permite o exercício da capacidade técnica dessas entidades descentralizadas (tecnicismo) para dispor, com maior densidade, sobre as matérias que lhe competem para equilibrar o subsistema regulado, diversamente das leis que, editadas pelo Poder Legislativo, assumem caráter genérico e sem concretude.”

Já no tange à função judicante, a atuação das Agências Reguladoras se converge para a solução de conflitos, conforme nos ensina Araújo Willeman (2011, p. 167):

“Consiste na função julgadora das Agências Reguladoras na possibilidade que estas autarquias possuem de analisar conflitos de interesses envolvendo as empresas que compõem o segmento regulado, quer quando se trate de regulação de atividade econômica ou social, quer quando se estiver a regular serviços públicos descentralizados para a execução por particulares. Neste último caso, caberá à Agência Reguladora a possibilidade de julgar conflitos envolvendo o Poder Concedente e os concessionários, entre os próprios concessionários, bem como aqueles porventura suscitados entre usuários de serviços públicos e concessionários.”

Observa-se, assim, que as agências reguladoras têm como funções institucionais controlar, fiscalizar e regular os mercados sujeitos a suas áreas de atuação de molde a assegurar que os serviços prestados à coletividade sejam dispostos dentro de padrões razoáveis de qualidade e aceitabilidade, inibindo, dessa forma, qualquer prática abusiva que vise somente ao lucro por parte dos concessionários e permissionários dos serviços delegados em detrimento dos seus usuários, haja vista que esses serviços continuam sendo de natureza pública, porém prestados por entidades privadas.

1.4 As Concessões Públicas como instrumento de trabalho das Agências Reguladoras

Para adentrar no breve estudo sobre o instituto das concessões públicas, cabem aqui as palavras de Vernalha Guimarães (2005, p. 107):

“O Estado nacional experimenta, nos tempos que correm, verdadeiro surto de transferência de gestão de serviços públicos à esfera privada, por conta do tão em evidência processo de redução das dimensões estatais. O modelo de Administração Pública que exsurge, fundado sobretudo na substituição da responsabilidade de execução de tarefas públicas por uma responsabilidade-garantia, tem realçado o exercício de competências de programação, orientação e regulação das entidades privadas, às quais se passa a confiar a prestação dos serviços públicos.”

Verifica-se, com isso, que o Estado, não obstante essas grandes mudanças institucionais, ainda tem a seu cargo diversos serviços que executa em prol da coletividade. Tem-se, com isso, que o Estado exerce gestão direta desses serviços.

No entanto, o Estado, acompanhando o novo modelo de gestão pública, tem transferido aos particulares a execução de certos serviços, ocorrendo, nesse caso, uma descentralização na execução, estando presente aqui o instituto da delegação, que de acordo com Carvalho Filho (2011, p. 335):

“Quando se trata de pessoas integrantes da própria Administração, a descentralização enseja a *delegação legal*, ao contrário do que acontece quando a execução dos serviços é transferida a pessoas da iniciativa privada através de atos e contratos administrativos, hipótese que constitui a *delegação negocial*.”

A delegação negocial se materializa por meio dos institutos da concessão e da permissão, estando presente na própria Constituição Federal de 1988, no seu art. 175: “*Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.*”

E esse mesmo art. 175 da Constituição Federal de 1988, no seu parágrafo único, preceitua que:

“Parágrafo único: A lei disporá sobre:

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

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado. “

Esses dois institutos também têm fonte infraconstitucional, qual seja a Lei nº 8.987, de 13/2/1995, que, tal como disposto na Constituição Federal de 1988, traz em seu bojo as tratativas dos regimes de concessão e de permissão. Esta lei estabelece normas gerais tanto para a União quanto para os outros entes federados, estados, municípios e Distrito Federal.

1.4.1 Conceito e Natureza Jurídica das Concessões Públicas

Após os breves apontamentos acima explicitados, tem-se, pois, que concessão pública dá-se por meio de contrato administrativo em que ocorre a transferência da execução de certos serviços de competência do Estado para o particular, segundo dispõe o autor Carvalho Filho (2011, p. 338):

“Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere à pessoas jurídicas ou a consórcio de empresas a execução de certa atividade de interesse coletivo, remunerado através de sistema de tarifas pagas pelos usuários. Nessa relação jurídica, a Administração Pública é denominada de concedente, e, o executor do serviço, de concessionário.”

Nas palavras de Bandeira de Melo (2011, p. 709):

“Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o *exercício* de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela *própria exploração do serviço*, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.”

Para Lopes Meirelles (2012, p. 434):

“O Poder Público pode realizar centralizadamente seus próprios serviços, por meio dos órgãos da *Administração direta*, ou prestá-los descentralizadamente, através das entidades *autárquicas, fundacionais e empresas estatais que integram a Administração indireta* (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público), ou ainda, por meio de *entes paraestatais de cooperação* que não compõem a Administração direta nem a indireta (serviços sociais autônomos e outros) e, finalmente, por empresas privadas e particulares individualmente (concessionários, permissionários e autorizatários; CF, arts.21, XII, e art. 175).”

Ainda segundo Lopes Meirelles (2012, p. 434):

“[...] quando a Administração Pública executa seus próprios serviços, o faz como titular dos mesmos; quando os comete a outrem, pode transferir-lhes a titularidade ou simplesmente a execução. A transferência da titularidade do serviço é outorgada por lei e só por lei pode ser retirada ou modificada; a transferência da prestação do serviço é delegada por ato administrativo (bilateral ou unilateral) e pela mesma forma pode ser retirada ou alterada, exigindo apenas, em certos casos, autorização legislativa.”

O Estado, assim, por meio das concessões, transfere a execução de determinados serviços para a iniciativa privada, logicamente que dentro das condições e parâmetros estabelecidos pelo Poder Público em consonância com disposto no ordenamento jurídico e adequado aos padrões de qualidade a serem ofertados aos usuários desses serviços, tendo em contrapartida a remuneração por meio de tarifas cobradas desses mesmos usuários.

Bandeira de Melo (2011, p. 716) salienta que: “Só se tem concessão de *serviço público*, e o próprio nome do instituto já o diz, quando o objetivo do ato for o de ensejar uma exploração de *atividade a ser prestada universalmente ao público em geral*”.

Neste mesmo sentido, Zanella de Pietro (2012, p. 298), salienta que :

“[...] pode-se definir concessão, em sentido amplo, como o **contrato administrativo** pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de **serviço público**, de **obra pública** ou de **serviço de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta**, ou lhe cede o **uso de bem público**, para que o explore pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais.”

Tem-se, então, que o instituto da concessão veio de fato substituir a figura do Estado na prestação de determinados serviços à coletividade de forma que necessita o Estado desenvolver mecanismos de controle no sentido de possibilitar que estes serviços sejam ofertados à sociedade na forma prevista em lei e nos instrumentos contratuais desenvolvidos para este fim, tendo em vista que, em conformidade com o Corrêa Bittencourt (2006, p.14),

“[...] o serviço enquanto público é irrenunciável pelo Estado, não podendo ser transferida sua titularidade para a iniciativa privada, mas apenas se transferindo sua execução. O Poder Público mantém, dessa forma, permanentemente, a total disponibilidade sobre o serviço público delegado.”

Como esses serviços são em prol da coletividade e, que, portanto, é dever do Estado coloca-los à disposição de todos, mas decide transferir tal incumbência à iniciativa privada, por óbvio que fica a cargo dele, do Estado, por meio de suas autarquias reguladoras, exercer o controle e a fiscalização desses serviços delegados, haja vista que a concessão de serviço público, segundo Zanella Di Pietro (2012, p. 302):

“[...] vem, pois, acompanhada das cláusulas exorbitantes que conferem ao concedente os poderes de alterar e rescindir unilateralmente o contrato, fiscalizar sua execução, aplicar penalidades; tem a mesma característica da mutabilidade, aplicando-se-lhes as teorias do fato do príncipe e da imprevisão. Aliás, foi a propósito da concessão de serviço público que se elaboraram originalmente essas teorias.”

1.4.2 Concessões Públicas e as Agências Reguladoras

Conforme consta do subitem precedente, a Administração Pública, ao delegar os serviços a serem prestados à sociedade aos particulares, toma para si a incumbência de exercer o controle sobre essas atividades e sobre o próprio concessionário, de forma a assegurar que esses serviços sejam prestados em conformidade com a lei e os princípios que regem o Direito público e com a presteza de que necessita a coletividade.

Para Caio Tácito (2000, p. 2), esse processo de modernização da Administração Pública tem reflexos importantes no Direito Administrativo brasileiro na medida em que “[...] o direito administrativo brasileiro reflete, historicamente, a

sucessão de períodos nos quais a presença do Estado se harmoniza com a participação do capital privado.”

Nesse sentido, Ferreira Motta (2004, p.31) afirma que:

“Neste processo desestatizante, a figura-chave é a da concessão de serviço público, constituída por um triângulo de interesses, os econômicos do concessionário, que é um investidor perseguindo lucros, os políticos do poder concedente, que como Estado deve, ao menos em tese, assegurar o interesse público, traduzidos pelas expressões *serviço adequado e tarifa módica*, e os do usuário, também marcadamente econômicos, e nem sempre levados em consideração.”

Carvalho Filho (2011, p. 363) tem o seguinte posicionamento:

“Não há propriamente forma especial para que o Poder Público exerça a fiscalização sobre os concessionários. No entanto a fiscalização só pode ter eficácia se a Administração destinar órgão centralizado específico para esse controle, agindo com zelo e severidade em tudo quanto possa proteger a coletividade beneficiária do serviço.”

Fica claro que, embora a prestação de determinados serviços seja delegada aos concessionários, a titularidade desses serviços continua a ser do Estado, e é por isso que o Estado é imbuído de poderes que se manifestam por meio de fiscalização e controle sobre a concessão e a prestação desses serviços.

Nas palavras de Bandeira de Melo (2011, p. 736):

“Sendo a concessão um instituto oriundo da necessidade de satisfazer pelo melhor modo possível o interesse público, dispõe o concedente de todos os meios necessários para adequá-la ao alcance deste propósito. O concedente não se despoja – nem poderia fazê-lo – dos poderes requeridos para impor a realização mais conveniente do interesse coletivo.”

Corroborando com o posicionamento acima explicitado, Alexandrino e Vicente (2010, p. 646) salientam que:

“Cumprir notar que, quando o serviço público é prestado pela própria administração pública, ele está sujeito aos controles usuais aplicáveis a todas as atividades administrativas, derivados do poder de autotutela e da denominada tutela administrativa (esta no caso de prestação por entidades da administração indireta). Deve ser um controle particularmente rigoroso, pois que se trata de atividades as quais a Constituição dispensa especial

atenção, por interessarem diretamente à população, sendo mesmo algumas delas consideradas essenciais à subsistência da coletividade.”

E continuam os autores Alexandrino e Vicente (2010, p. 646):

“Quando o serviço público tem sua prestação delegada a particulares – mediante contrato de concessão ou de permissão de serviço público, ou, nas hipóteses em que seja admitido, mediante ato administrativo de autorização de serviço público - , a administração pública exerce sobre a atividade do particular delegatário um controle ainda rigoroso, em razão do fato de a titularidade do serviço permanecer com o poder público, a quem, em última análise, incumbe assegurar a sua adequada prestação. Por esse motivo, o ordenamento jurídico-administrativo confere ao poder concedente prerrogativas especiais, tais quais a possibilidade de alteração unilateral das cláusulas contratuais, de intervenção na concessão ou permissão, de encampação, de decretação de caducidade e outras [...]”

Como se pode perceber, o Estado detém certos poderes que se tornam necessários para que a regularidade e a adequação dos serviços concedidos sejam mantidos de forma a atender plenamente as necessidades da coletividade, embora não execute diretamente esses serviços.

Para Bandeira de Melo (2011, p. 736), os poderes do concedente se resumem nos seguintes:

“a) poder de inspeção e fiscalização; b) poder de alteração unilateral das cláusulas regulamentares; c) poder de extinguir a concessão antes de findo o prazo inicialmente estatuído; d) poder de intervenção; e) poder de aplicar sanções ao concessionário inadimplente.”

Já para Lopes Meirelles (2012, p. 444), esses poderes do concedente dar-se-ão nos seguintes moldes:

“[...] Para assegurar esses requisitos, indispensáveis em todo serviço concedido, reconhece-se à Administração Pública o direito de fiscalizar as empresas, com amplos poderes de verificação de sua administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros, principalmente para conhecer a rentabilidade do serviço, fixar as tarifas justas e punir as infrações regulamentares e contratuais.”

O poder de inspeção e fiscalização deriva da necessidade de atender ao interesse coletivo, dispondo a Administração Pública de todos os meios admitidos para que o contrato de delegação seja cumprido nos moldes traçados pelo Estado.

Para alcançar esse fim, a fiscalização e a inspeção vão desde as instalações físicas do concessionário à prestação do serviço propriamente dito.

Nas palavras de Lopes Meirelles (2012, p. 444):

“A fiscalização do serviço concedido cabe ao Poder Público concedente, que é o fiador de sua regularidade e boa execução perante os usuários. Já vimos que serviços públicos e serviços de utilidade pública são sempre *serviços para o público*. Assim sendo, é dever do concedente exigir sua prestação em caráter geral, permanente, regular, eficiente e com tarifas módicas (art. 6º, § 1º da Lei n. 8.987 de 13/2/1995).

[...]

A fiscalização será feita por órgão técnico da Administração concedente ou por entidade com ela conveniada. Paralelamente, o regulamento do serviço deverá prever a constituição de comissão integrada por representantes do poder concedente, do concessionário e dos usuários, a fim de que colabore na fiscalização.”

Para Ferreira Motta (2004, p. 32), essa ligação entre as três pontas (poder concedente, concessionários e usuários) se dá nos seguintes moldes:

“A figura geométrica utilizada encerra uma síntese: os interesses econômicos do concessionário e os do usuários são antagônicos. Este conflito de interesses privados e coletivos poderá ser resolvido pela implementação dos interesses políticos do Estado, mediante o atuar das **agências reguladoras**, garantindo, ao menos em teoria, o equilíbrio das três partes. Na prática, tal equilíbrio dependerá da eficiência destes entes.

Fixe-se, desde já, que as agências reguladoras existem no sistema de tipo capitalista, onde é possível a **intervenção estatal reguladora da atividade econômica**.[...] “ (grifo nosso).

Sobre este aspecto, Zanella Di Pietro (2012, p. 526) faz uma explanação muito interessante acerca do papel das concessões públicas dentro das atribuições exercidas pelas Agências Reguladoras:

“Sabe-se que todo contrato de concessão (como os contratos administrativos em geral) possui um duplo aspecto: o que diz respeito ao seu **objeto**, referente à execução da atividade delegada ao particular; o que diz respeito ao **aspecto financeiro**, referente aos direitos do contratado, que é, em regra, empresa capitalista que objetiva o lucro; disso resulta presença, na concessão, de **cláusulas regulamentares**, que visam garantir que o serviço seja prestado pela forma mais adequada ao interesse público, e de **cláusulas contratuais**, que objetivam garantir o direito da concessionária ao equilíbrio econômico-financeiro.

Do primeiro aspecto resultam características da concessão, como o reconhecimento de poderes à Administração concedente, em especial os de fixar e alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares, os de encampação, intervenção, uso compulsório de recursos humanos e materiais da empresa concessionária, poder de direção e controle sobre a execução do serviço, poder sancionatório, poder de decretar a caducidade e de fazer a reversão de bens da concessionária ao término da concessão.

Todos esses poderes são exercidos tradicionalmente pela própria Administração Pública Direta; atualmente, à medida que vão sendo instituídas as chamadas **agências reguladoras**, vêm as mesmas assumindo esses poderes.”

A responsabilidade civil surge justamente desse dever do Estado de fiscalizar a delegação e a execução desses serviços, que quando ausente, essa fiscalização, ou quando feita de forma não contundente, pode acarretar danos aos terceiros beneficiários desses serviços, cabendo a estes últimos o direito à indenização por parte do concessionário e em última instância por parte do próprio Estado que não desempenhou com afinco e acuidade seu dever de zelar pela prestação dos serviços públicos delegados.

Observa-se, assim, a importância que desempenha o instituto das concessões públicas nas prerrogativas estabelecidas constitucionalmente e em leis específicas para as agências reguladoras.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Para se adentrar na responsabilidade civil do Estado e mais precisamente na responsabilidade civil das Agências Reguladoras em si, faz-se necessária uma breve explanação acerca do instituto da responsabilidade civil no campo paralelo do direito civil, haja vista que tal instituto surgiu e se desenvolveu primeiramente nesse ramo do Direito.

2.1 Noções preliminares do Instituto da Responsabilidade Civil

Pois bem, o instituto da responsabilidade civil é um tema que, sem dúvida, vem crescendo demasiadamente nos últimos tempos, em parte pelo maior interesse da sociedade pelo instituto, buscando cada mais vez defender seus interesses e seus direitos por meio dele e, em parte, inclusive como consequência disso, os estudiosos do Direito estão buscando também se aprofundar no tema, haja vista que tanto mais ações em juízo são interpostas tanto mais modalidades diferentes de reparação de danos surgem no ordenamento jurídico nacional e de acordo com as necessidades advindas singularmente de cada caso concreto a ser analisado e julgado.

Segundo Nader (2010, p. 3),

“Um dos temas jurídicos de importância crescente, no limiar do atual século, é a responsabilidade civil, que atrai, cada vez mais, a atenção dos juristas, induzindo-os à intensa produção científica. Os tribunais, a cada dia, reconhecem diferentes modalidades de danos patrimoniais e morais, enquanto as pessoas se conscientizam de seus direitos, criando o hábito de postulação em juízo. Por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor e os tribunais populares de pequenas causas facilitam e estimulam a busca da prestação jurisdicional.”

Como se pode observar, à medida que a sociedade se torna mais evoluída e conseqüentemente mais complexa, aumenta mais a probabilidade de demanda por reparação de danos, haja vista que a sociedade se torna mais exigente na busca por melhores serviços e na qualidade de vida entre seus pares. Noutra ponta, cabe ao Direito evoluir e alcançar a complexa evolução da sociedade

e a complexa evolução de danos que surgem de forma geométrica diante de necessidades que outrora não existiam.

Para Nader (2010, p. 5), o instituto da responsabilidade civil rodopia em torno de problemas sociais que se desenvolvem no ceio da sociedade. São suas palavras:

“[...] a responsabilidade civil gira em torno das mazelas da sociedade, ou seja, da prática de atos ilícitos, do descumprimento das obrigações negociais. Inclusive por sua função preventiva, a responsabilidade civil se alimenta nos danos materiais e morais. Ainda que as sociedades se aperfeiçoam, técnica e moralmente, o instituto da responsabilidade civil se revela irreversível. [...]”

Para Antônio Chaves, em sua obra Tratado de Direito Civil (1985 p. 1):

“[...] uma vida em sociedade sem desarmonias, sem choques é um ideal utópico, inatingível. Por mais civilizado que seja um grupo social, por mais requintada que seja sua cultura, existirá sempre uma infinita variedade de atos causadores de prejuízos [...]”

Um aspecto importante a ser considerado no estudo do instituto da responsabilidade civil é a configuração dos danos morais e materiais que, uma vez constatados, garantem o direito à indenização e por conseguinte fica caracterizada a responsabilidade civil, sendo de fundamental importância, neste contexto, que o causador do dano seja identificado para que seja provocado a reparar o dano que causou à vítima. É o que ensina Nader (2010, p. 5):

“[...] O a priori lógico ao entendimento da matéria forma-se pelo conceito e elementos da responsabilidade civil. A configuração dos danos materiais e morais é objeto de singular importância, pois sem estes inexistente direito à indenização. Constatado o dano e caracterizada a responsabilidade civil, fundamental é a indenização do responsável, ou seja, a indicação de quem deverá satisfazer a vítima ou seus dependentes.”

Nesse contexto, é possível conceituar o instituto da responsabilidade civil, nas palavras de Colin e Capitant (1953, apud NADER, 2010, P. 7), como o termo que “[...] designa a obrigação de reparar o dano causado a outrem, seja por um fato pessoal, falta de certas pessoas ou por fato de uma coisa da qual se é proprietário ou guardião.”

Para Cretella Júnior (2002, p. 8), a reponsabilidade civil decorre sempre de um prejuízo:

“Não há responsabilidade sem prejuízo. O prejuízo ocasionado é o dano. Em nenhum caso, a responsabilidade das pessoas físicas ou jurídicas pode prescindir do evento danoso. A ilegitimidade ou irregularidade da ação, sem dano algum a terceiros, não é suficiente para empenhar responsabilidade, mas, tão só, quando for o caso, a invalidade do ato.”

Nesse mesmo sentido, Theodoro Júnior (2011, p. 18) faz a seguinte exposição:

“[...] quando se cogita de responsabilidade civil, o que se tem em mira é a violação do dever geral de não lesar o patrimônio alheio, em seus aspectos econômicos e morais. Em Roma, falava-se no dever de não prejudicar, expressando-o na máxima do *neminem laedere*.”

Para Humberto Theodoro Júnior (2011, p. 19), o alicerce da responsabilidade civil está no não cumprimento de dever que alguém assume perante outra ou outras pessoas, de forma que o seu não cumprimento gera como consequência um ato ilícito e o dever de reparar os danos causados pelo descumprimento daquele dever.

“À base da responsabilidade civil encontra-se o descumprimento de um dever, que, sendo conscientemente violado, configura um ilícito (um *delito civil*). A sanção jurídica imposta ao agente desse ilícito civil é a obrigação de reparar o prejuízo acarretado à vítima.”

O autor Cretella Júnior (2002, p.8) ratifica o entendimento acima explicitado nos seguinte termos:

“[...] Por esse motivo, no campo jurídico, a responsabilidade pressupõe: a) aquele que infringe a norma; b) a vítima da quebra; c) o nexo causal entre o agente e a irregularidade, e d) o prejuízo ocasionado – o dano – a fim de que se proceda à reparação, ou seja, tanto quanto possível, ao reingresso do prejudicado no *status* econômico anterior ao da produção do desequilíbrio patrimonial.”

Pode-se inferir, então, que a responsabilidade civil é a obrigação de alguém de reparar o dano causado a outrem, quando esse alguém tinha a obrigação de agir de outra forma.

Sendo assim, é importante ressaltar o que o Código Civil, em seu art. 927, dispõe sobre o assunto:

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. 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.”

Salvo de Sílvio Venosa (2008, p.16), ao tratar da responsabilidade civil objetiva disposta no Código Civil de 2002, discorre que:

“Qualquer que seja a qualificação do risco, o que importa é sua essência: em todas as situações socialmente relevantes, quando a prova da culpa é um fardo pesado ou intransponível para a vítima, a lei opta por dispensá-la. O princípio do risco repousa na necessidade de segurança jurídica. Sob esse prisma, deve existir uma imputação ao agente, quer responda ele por culpa, na responsabilidade subjetiva, quer responda pelo risco de sua atividade, na responsabilidade objetiva. Sem imputação da responsabilidade não haverá indenização.”

A exposição acima inspirou o legislador quando da elaboração do art. 927 do Código Civil de 2002, em conformidade com as palavras de Miguel Reale, quando supervisor do projeto que se tornou o atual código (THEODORO JÚNIOR, 2011, p.39):

“Na realidade, as duas formas de responsabilidade se conjugam e se dinamizam. Deve ser reconhecida, penso eu, a responsabilidade subjetiva como norma, pois o indivíduo deve ser responsabilizado, em princípio, por sua ação ou omissão, culposa ou dolosa. Mas isto não exclui que, atendendo à estrutura dos negócios, se leve em conta a responsabilidade objetiva. Este é um ponto fundamental.”

E continua Theodoro Júnior, em conclusão, que (2011, p. 39):

“[...] quando a estrutura ou natureza de um negócio – como o de transporte, ou de trabalho, só para lembrar os exemplos mais conhecidos – implica a

existência de riscos inerentes à atividade desenvolvida, impõe-se a responsabilidade objetiva de quem dela tira proveito, haja ou não culpa.”

Para Theodoro Júnior (2011, p. 39), essa sistemática, trazida pelo novo Código Civil de 2002, possibilita ao Judiciário um espectro maior na sua área de atuação no que se refere aos casos de dano indenizável, respeitados, por óbvio, os devidos limites trazidos pela lei e pela análise dos respectivos casos concretos:

“A inovação, sem dúvida, possibilita ao Judiciário uma ampliação dos casos de dano indenizável. Não se trata de uma abertura ilimitada ao poder discricionário dos juízes. A responsabilidade civil, entre outros parâmetros, encontra limite, primeiro, na aplicação restrita às empresas ou negócios que, por natureza, exercem atividade geradora de riscos para terceiros; e segundo, não se trata de uma responsabilidade pelo risco integral, de modo que pode ser mitigada ou excluída pelas cláusulas legais de eliminação da responsabilidade civil, como *v.g.*, o caso fortuito ou a força maior e a culpa da vítima.”

2.2. Origem e Evolução da Responsabilidade Civil do Estado

Com essa breve exposição acerca do instituto da responsabilidade civil no direito privado, e antes de adentrar no estudo da responsabilidade civil das agências reguladoras propriamente dito, faz-se necessário alguns comentários acerca da origem e evolução da responsabilidade civil do Estado.

Ao se iniciar o estudo do tema referente à responsabilidade civil do Estado, constata-se a existência de aspectos referentes à responsabilidade contratual e extracontratual do Estado.

A responsabilidade civil contratual decorre de infrações às normas vinculadas a um contrato e é regida por princípios e regras próprias e intrínsecas aos contratos administrativos. Em outras palavras a responsabilidade contratual ocorre “quando deriva do inadimplemento, pela Administração, das obrigações decorrentes de um contrato, matéria ligada aos contratos administrativos [...]”. (CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 23).

Ocorre, porém, que o que interessa mais diretamente a esse estudo, é a responsabilidade civil extracontratual do Estado, haja vista que possui fundamento

constitucional e abrange toda a atuação do Estado, nos três poderes e nas três esferas administrativas e “[...] deriva da infração do princípio geral do *neminem laedere* [...], pois quem desempenha uma atividade deve suportar-lhe os riscos e perigos, as vantagens e as desvantagens (*ubi commoda, ibi incommoda*) [...]. (CRETELLA JÚNIOR, 2002, p.23).

Nesse diapasão, Cretella Júnior, em sua obra intitulada O Estado e a Obrigação de Indenizar (2002, p. 24), conceitua a responsabilidade civil extracontratual do Estado nos termos seguintes:

“A *responsabilidade extracontratual*, responsabilidade fora do contrato ou responsabilidade aquiliana é, regra geral, direta, o que quer dizer que a Administração responde, por fato próprio, pelas atividades não só lícitas e legítimas, como também pelas ilegítimas e ilícitas geradas por seus órgãos, vistos que os entes públicos, em geral, só podem querer e agir por meio das pessoas físicas prepostas aos cargos, de tal modo que a vontade e a ação dos órgãos é vontade e ação daqueles entes, numa verdadeira relação de imanação ou identificação orgânica [...].”

Constata-se, com isso, que a responsabilidade civil extracontratual do Estado ocorre em decorrência da atuação dos seus agentes públicos que causem danos a terceiros, em qualquer dos poderes do Estado, inclusive os causados pelos particulares quando no exercício de atribuições próprias do Estado em regime de delegação.

Discorrendo sobre o tema, Di Pietro (2012, p.698) leciona que:

“A responsabilidade civil extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis ao agentes públicos.”

Tem-se, pois, que o Estado responde por seus atos na medida da sua responsabilidade nos danos causados a terceiros, é a chamada responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado, em conformidade também com o entendimento de Bandeira de Melo (2011, p. 1001):

“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.”

Dados esses conceitos iniciais, observou-se, porém, que o instituto da responsabilidade civil do Estado não recebeu tratamento uniforme no decorrer do seu surgimento até a atualidade, sendo envolvido por diversas teorias ao longo do tempo.

Nessa medida, Zanella Di Pietro (2012, p. 698) revela que:

“O tema da responsabilidade civil do Estado tem recebido tratamento diverso no tempo e no espaço: inúmeras teorias têm sido elaboradas, inexistindo dentro de um mesmo direito uniformidade de regime jurídico que abranja todas as hipóteses. Em alguns sistemas, como o anglo-saxão, prevalecem os princípios de direito privado; outros, como o europeu-continental, adota-se o regime publicístico. A regra adotada, por muito tempo, foi a da **irresponsabilidade**; caminhou-se, depois, para a **responsabilidade subjetiva**, vinculada à culpa, ainda hoje aceita em várias hipóteses; evoluiu-se, posteriormente, para a teoria da **responsabilidade objetiva**, aplicável, no entanto, diante de requisitos variáveis de um sistema para o outro, de acordo com as normas impostas pelo direito positivo.”

A teoria da irresponsabilidade tem origem nos estados absolutistas, onde a responsabilidade civil do Estado era negada em seu sentido mais remoto: “sob o domínio dos Governos absolutos negou-se a responsabilidade do Estado, secularizada na regra inglesa da infalibilidade real – ‘The King can do no wrong’-, extensiva aos seus representantes [...]”. (Lopes Meirelles, 2012, p. 713).

Nesse sentido, a explanação de Zanella Di Pietro (2012, p. 699) se faz necessária:

“A teoria da irresponsabilidade foi adotada na época dos Estados absolutos e repousava fundamentalmente na ideia de soberania: o Estado dispõe de autoridade incontestável perante o súdito; ele exerce a tutela do direito, não podendo, por isso, agir contra ele; daí os princípios de que o rei não pode errar (*the king can do no wrong; ler oi ne peut mal faire*) e o de que “aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei” (*quod principi placuit habet legis vigorem*). Qualquer responsabilidade atribuída ao Estado significaria colocá-lo no mesmo nível que o súdito, em desrespeito a sua soberania.”

De acordo com Nader (2010, p. 318):

“No passado longínquo, o Estado, além de não assumir a sua condição de mentor da justiça nos casos de danos interindividuais, entregues à reação instintiva das vítimas, não reconhecia a responsabilidade própria. A visão estreita de soberania impedia a compreensão da compatibilidade entre a função de reger a vida jurídica, instituindo leis e aplicando-as, e a condição de titular de obrigações.”

Essa teoria, porém, restou superada tão logo surgiram os primeiros embriões de um Estado de Direito, haja vista se tratar de uma teoria que mantinha impune o Estado por danos que outrora causava aos seus governados, sendo totalmente desprovida, portanto, da razoável e nobre presença do espírito de justiça.

Nesse mesmo propósito, Nader (2010, p. 318) afirma que:

“O instituto da responsabilidade civil, em seu desenvolvimento histórico registra uma constante mutação, um aperfeiçoamento contínuo, ditado pela crescente consciência da dignidade da pessoa natural, dos deveres inerentes ao Estado, e de uma sensibilidade maior quanto à perene fórmula do justo: *suum cuique tribuere*.”

Essa teoria da irresponsabilidade deu lugar à teoria da responsabilidade subjetiva ou teoria da culpa civil, baseada na distinção de dois tipos de atuação do Poder Público: atos de império e atos de gestão. Desta distinção, caberia a responsabilização ou irresponsabilização do Estado pelos atos praticados. Explicando melhor, se ficasse provado que o Estado praticou atos de império, não havia falar em responsabilização, de outro modo, se restasse provado que o Estado praticou atos de gestão, poder-se-ia falar em responsabilização pelos atos assim praticados.

Nas palavras de Carvalho Filho (2011, p. 502), com o abandono da teoria da irresponsabilidade do Estado:

“[...] passa-se a adotar, desse modo, a doutrina civilista da culpa. Entretanto, procurava distinguir-se, para esse fim, dois tipos de atitude: os atos de império e os atos de gestão. Aqueles seriam coercitivos porque decorrem do poder soberano do Estado, ao passo que estes mais se aproximariam com os atos de direito privado. Se o Estado produzisse um ato de gestão, poderia ser civilmente responsabilizado, mas se fosse a hipótese de ato de império não haveria responsabilização, pois que o fato seria regido pelas normas tradicionais de direito público, sempre protegidas da figura estatal.”

Essa teoria, que surgiu como forma de mitigar a irresponsabilidade total do Estado, logo ficou superada, haja vista a dificuldade do particular de demonstrar que a atuação do Estado era de gestão ou de império.

Nas palavras de Zanella Di Pietro (2012, p. 700):

“Surgiu, no entanto, grande oposição a essa teoria, quer pelo reconhecimento da impossibilidade de dividir-se a personalidade do Estado, quer pela própria dificuldade, senão impossibilidade, de enquadrar-se como atos de gestão todos aqueles praticados pelo Estado na administração do patrimônio público e na prestação de seus serviços.”

No mesmo sentido, Carvalho Filho (2011, p. 503):

“Essa forma de atenuação da antiga teoria da irresponsabilidade do Estado provocou grande inconformismo entre as vítimas de atos estatais, por que na prática nem sempre era fácil distinguir se o ato era de império ou de gestão. Ao mesmo tempo, a jurisprudência procurava distinguir, de um lado, as faltas do agente atreladas à função pública e, de outro, as faltas dissociadas de sua atividade. Logicamente, tais critérios tinham mesmo que proporcionar um sem-número de dúvidas e confusões.”

Surgiram, então, as teorias de cunho publicistas, que tiveram como ponto de partida o “famoso caso Blanco” ocorrido na França no ano de 1873. São elas: “teoria da culpa do serviço ou da culpa administrativa e teoria do risco, desdobrada, por alguns autores, em teoria do risco administrativo e teoria do risco integral.” (Zanella Di Pietro, 2012, p. 701).

Resumidamente, tem-se que, segundo Lopes Meirelles (2012, p.714):

“A *teoria da culpa administrativa* representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu, pois leva em conta a *falta do serviço* para dela inferir a responsabilidade da Administração. É o estabelecimento do binômio *falta do serviço/culpa da Administração*. Já aqui não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro. Exige-se, também, uma culpa, mas uma culpa especial da Administração, a que se convencionou chamar de *culpa administrativa*.”

Ainda sobre a teoria da culpa administrativa, cabe acrescentar que ao lesado era dado o ônus de provar que o Estado agiu culposamente, ou seja, o

lesado teria que demonstrar o elemento culpa na relação processual sob pena de não obter a indenização pelos danos sofridos.

Como fundamentos da Teoria da Responsabilidade Objetiva do Estado, temos a teoria do risco administrativo, que segundo Lopes Meirelles (2012, p.714):

“[...] faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem concurso do lesado. Na teoria da culpa administrativa exige-se a falta do serviço; na teoria do risco administrativo exige-se, apenas, o fato do serviço. Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta, é inferida do fato lesivo da Administração.”

Assim, verifica-se, que o Estado, não obstante sua posição de supremacia face aos seus subordinados, pode se encontrar em determinadas situações em que lhe cabe responder por seus atos, de forma a ser responsabilizado pelos danos que porventura tenha causado aos terceiros usuários dos serviços sobre os quais detém a titularidade da sua prestação, bastando ao lesado que demonstre o nexo de causalidade entre o fato que lhe ocasionou o prejuízo e o prejuízo por ele suportado.

Já a teoria do risco integral é a forma mais exacerbada da teoria do risco administrativo, haja vista não se cogitar de qualquer culpa ou responsabilidade por parte do terceiro prejudicado, devendo o Estado ser responsabilizado integralmente ainda que o dano causado tenha tido a participação do terceiro prejudicado. Nas palavras de Lopes Meirelles (2012, p. 715):

“A teoria do risco integral é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima. Daí por que foi acoidada de brutal, pela graves consequências que haveria de produzir se aplicada na sua inteireza.”

Verifica-se, pois, no ordenamento jurídico brasileiro, a adoção da teoria da responsabilidade civil objetiva do Estado como corolário da teoria do risco administrativo. Tanto que a responsabilidade civil do Estado é dita, atualmente, como objetiva, baseada no risco administrativo, ou seja, quando não importa a culpa do

agente no dano sofrido pela vítima, mas sim o nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente. (NADER, 2010, p. 326).

Acerca da teoria da responsabilidade objetiva do Estado, Zanella Di Pietro (2012, p.701), afirma o seguinte entendimento:

“Nessa teoria, a ideia de culpa é substituída pela de **nexo de causalidade** entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. É indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular. Constituem pressupostos da responsabilidade objetiva do Estado: (a) que seja praticado um ato lícito ou ilícito, por agente público; (b) que esse ato cause **dano específico** (porque atinge apenas um ou alguns membros da coletividade) e **anormal** (por que supera os inconvenientes normais da vida em sociedade, decorrentes da atuação estatal); (c) que haja um nexo de causalidade entre o ato do agente público e o dano.”

O ordenamento jurídico nacional trata da reponsabilidade civil do Estado tanto na Constituição Federal de 1988 quanto no atual Código Civil, seguem os artigos:

“CF/88 - Art.37 [...] § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Código Civil/2002 - Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.”

Esta linha de pensamento, na concepção de Bandeira de Melo (2011, p.1000), é uma ideia que vem se difundindo e se concretizando em todo mundo, nas civilizações modernas. E não poderia ser diferente, haja vista que a própria supremacia natural do Estado já deixa o terceiro prejudicado em posição duplamente inferior de ter seus direitos respeitados na busca de serviços adequados a toda a coletividade.

São as palavras de Bandeira de Melo (2011, p.1001):

“Esta noção é, hoje, curial no Direito Público. Todos os povos, todas as legislações, doutrina e jurisprudência universais, reconhecem, em consenso pacífico, o dever estatal de ressarcir as vítimas de seus comportamentos

danosos. Estados Unidos e Inglaterra, últimos refratários à tese, acabariam por assumi-la em 1946 e 1947, respectivamente, embora sem a extensão que seria de desejar, posto que ainda apresenta caracteres algo restritivos.”

E continua Bandeira de Melo (2011, p.1005):

“Ademais, impende observar que os administrados não têm como se evadir ou sequer minimizar os perigos de dano provenientes da ação do Estado, ao contrário do que sucede nas relações privadas. Deveras: é o próprio Poder Público quem dita os termos de sua presença no seio da coletividade e ele quem estabelece o teor e a intensidade de seu relacionamento com os membros do corpo social.”

Constata-se, pois, que a sujeição de todas as pessoas, física, jurídica, pública ou privada ao Estado democrático de Direito e ao ordenamento jurídico vigente constitui um dos alicerces que sustentam o moderno Direito Constitucional, e Administrativo, e, por conseguinte, a atual ordem jurídica.

Discorrendo sobre o tema Zanella Di Pietro, em sua obra intitulada Responsabilidade Civil Contemporânea – Responsabilidade Civil do Estado (2011, p.401), assevera que:

“[...] Vale dizer que, atualmente, tanto no direito administrativo como no direito privado, as atividades que impliquem risco para terceiros, quando causarem prejuízo, criam a obrigação de indenizar independentemente de culpa; aplica-se, no caso, a teoria da responsabilidade objetiva.”

Ainda discorrendo sobre o tema, a responsabilidade civil objetiva, nas palavras de Bandeira de Melo (2011, p. 1014) é:

“[...] a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outros. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano.”

Segundo Zanella Di Pietro (2011, p.403), em conformidade com dispositivo constitucional supracitado (art. 37, § 6º), são requisitos necessários para que o Estado responda objetivamente pelo dano:

“(a) que o ato lesivo seja praticado por agentes de pessoa jurídica de direito público ou pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público; (b) que o dano seja causado a terceiros; (c) que o dano

seja causado por agente das aludidas pessoas jurídicas; (d) que o agente, ao causar o dano, esteja agindo nessa qualidade.”

A responsabilidade civil, então, como já dito anteriormente, tem como função restabelecer uma situação jurídica anterior, por meio da indenização em dinheiro ou outro bem, que possibilite à vítima do dano ser ressarcida no seu direito violado.

Não obstante a negativa efetividade da utilização da teoria do risco integral no direito brasileiro, acerca da sua aplicação no ordenamento jurídico nacional, com objetividade, Zanella Di Pietro (2011, p. 402), faz a seguinte explanação:

“Ocorre que, em decorrência de normas constitucionais e legais, surgiram hipóteses em que se aplica a teoria do risco integral, no sentido em que lhe atribuiu Hely Lopes Meirelles, tendo em vista que a responsabilidade do Estado incide independentemente da ocorrência das circunstâncias que normalmente seriam consideradas excludentes da responsabilidade. É o que ocorre nos casos de danos causados por acidentes nucleares, conforme art. 21, XXIII, d, da Constituição da República, segundo o qual “a responsabilidade civil por danos nucleares independente da existência de culpa.” É também a hipótese de danos decorrentes de atos terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras, conforme previsto nas Leis ns. 10.309, de 22-11-2001, e 10.744, de 9-10-2003. Também o Código Civil prevê algumas hipóteses de risco integral nas relações obrigacionais, conforme os arts. 246, 393 e 399.”

No entanto, na opinião de Carvalho Filho (2011, p. 506), a aplicação do risco integral não tem correspondência no sistema jurídico nacional, mesmo quando se refere ao disposto no art. art. 21, XXIII, d, da Constituição da República:

“[...] não se pode esquecer de mencionar o art. art. 21, XXIII, d, da Lei Fundamental, segundo o qual, competindo a União Federal explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer tipo, exercendo monopólio sobre a pesquisa, lavra, enriquecimento e reprocessamento, industrialização e comercialização de minérios nucleares e derivados, assevera que a “*a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa*”. A norma reforça a sujeição do Poder Público à responsabilidade objetiva, tendo como fundamento a *teoria do risco administrativo*, de modo que, se a União ou outra pessoa de sua Administração causarem qualquer tipo de dano no desempenho de tais atividades, estarão inevitavelmente sujeitas ao dever de reparar os respectivos prejuízos através de indenização, sem que possam trazer em sua defesa o argumento de que não houve culpa no exercício da atividade. Haverá, pois, risco administrativo natural nas referidas tarefas, bastando, assim, que o lesado comprove o fato, o dano e o nexo causal entre o fato e o dano que sofreu.”

Ressalta, porém, o mesmo autor, que alguns doutrinadores entendem que o aludido preceito constitucional traz em si a aplicação da teoria do risco integral: “Alguns estudiosos entendem que a responsabilidade por danos nucleares decorre da teoria do risco integral, tendo em vista a desnecessidade do nexos causal e a possibilidade de culpa da própria vítima.” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 507).

Tem-se, pois, com isso, a finalização da breve explanação acerca da origem e evolução da responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico nacional. Passe-se agora ao estudo da responsabilidade civil das Agências Reguladoras.

2.3. A Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras

Como já dito anteriormente, a responsabilidade civil do Estado é dita hoje como objetiva, baseada no risco administrativo, ou seja, quando não importa a culpa do agente no dano sofrido pela vítima, mas sim o nexos de causalidade entre o dano e a conduta do agente. (NADER, 2010, p. 325)

Conforme ditado por Araújo Willeman (2011, p.18):

“[...] a responsabilidade civil objetiva estatal encontra fundamento na teoria do risco administrativo, eis que deve prevalecer a máxima que conduz ao dever de indenizar a “sociedade” em razão da atividade estatal que a ela, embora de risco, traz, na maioria das vezes, benefícios. Quer-se dizer que se a sociedade tira proveito de determinada atividade estatal que, por sua vez, gera risco de dano a terceiros que compõem o próprio corpo social, deve ela (sociedade) arcar (e repetir) o ônus de indenizar os prejuízos causados, independentemente da existência (e não da prova) do elemento culpa, isto é, da conduta negligente, imperita ou imprudente.”

Observado esse ponto, e como já demonstrado anteriormente, verifica-se que as Agências Reguladoras, pessoas jurídicas de direito público, criadas com a função precípua de regular os mercados cuja execução de atividades está a cargo de particulares, desenvolve tal missão institucional por meio de 3 (três) funções específicas, quais sejam: a função executiva, a função normativa e a função julgadora e sancionadora (judicante), conforme já explanado anteriormente no subitem 1.3, inserto no primeiro capítulo do presente estudo.

Sendo assim, Carvalho Santos (2011, p.448) faz a seguinte afirmação sobre as agências reguladoras no exercício de suas missões institucionais:

“[...] Pode-se mesmo afirmar-se, sem receio de errar, que tais autarquias deverão ser fortes e atentas à sua área de controle. Sem isso, surgirá o inevitável risco de que pessoas privadas pratiquem abuso de poder econômico, visando à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência, provocando aumento arbitrário de seus lucros. A Constituição já caracterizou essas formas de abuso (art. 173, § 4º), cabendo dessa maneira, às novas agências autárquicas a relevante função de controle dos serviços e atividades exercidas sob o regime de concessão.”

Nesse sentido, quando as agências reguladoras desempenham mal ou mesmo deixam de desempenhar o seu papel, poderão advir consequências desagradáveis e até mesmo desastrosas aos terceiros de boa fé, usuários dos serviços públicos delegados. Nas palavras de Araújo Willeman (2011, p.58): “[...] por certo, o exercício de tais funções poderá causar danos ao segmento regulado ou a terceiros, impondo à agência reguladora o dever de indenizar.” Advindo daí a aplicação do instituto da responsabilidade civil às agências reguladoras.

Constata-se, então, que as agências reguladoras como pessoas jurídicas de direito público que são, autarquias em regime especial, se submetem também à responsabilidade civil objetiva por danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros, por negligência ou omissão na fiscalização dos serviços que lhes são afetos, conforme o grau de responsabilidade existente entre o dano e a ação ou omissão do agente público incumbido de tal função.

Ocorre, porém, que as agências reguladoras, como são constituídas sob o manto de autarquias em regime especial, deve-se levar em conta, ao analisar a aplicação do instituto da responsabilidade civil a essas entidades, a sua natureza e as especificidades de sua missão institucional. Tal entendimento se coaduna, ao menos em parte, com a posição de Said Cahali (2007, p. 127) ao tratar do tema relacionado à responsabilidade civil das autarquias:

“Reconhecemos que seria extremado imputar-se às autarquias a responsabilidade objetiva da regra constitucional em função exclusiva da sua natureza de pessoa jurídica de direito público, sem qualquer consideração a respeito de suas finalidades ou de seu campo de atuação; embora, a rigor, fosse defensável esse entendimento, por enquadrável a

entidade autárquica na primeira parte do art. 37, § 6 (pessoa jurídica de direito público), de modo que, distorcia aquela em suas finalidades, o particular lesado teria de ser indenizado com base na responsabilidade civil objetiva.

Parece-nos, porém, mais razoável, especialmente considerando a falta de estrutura científica que vem caracterizando a descentralização do Estado, que as atividades tipicamente de natureza privada desempenhadas pelas autarquias, como sendo aquelas despidas de qualquer conotação de serviço público no seu sentido técnico, melhor identificadas como atividade empresarial privada, como atividade econômica de finalidade especulativa, devem ser examinadas da perspectiva da responsabilidade civil do direito comum, e não da responsabilidade objetiva da regra constitucional.

Em tais casos, para definição da responsabilidade indenizatória, prevalece a definição quanto ao conteúdo da atividade ou do serviço prestado, o que, de alguma forma, não é incompatível com o texto constitucional, que, na sua segunda parte, deslocou o eixo da responsabilidade objetiva para a prestação do serviço público.”

Tal pensamento, no entanto, não se aplica ao ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que a aplicação do instituto da responsabilidade civil do Estado se desenvolveu ao longo do tempo até se chegar nos moldes em que está, considerando a posição de supremacia do Estado em face da posição de hipossuficiência ocupada pelos governados noutra extremidade.

Nesse sentido, sobre o entendimento de Yussef Said Cahali, Bernardes Rocha (2009, p. 230), faz a seguinte interpretação:

“Tal posição, não obstante ter sua lógica, não pode ser aplicada nas relações em que o Poder Público atua, ainda que de forma indireta, como ocorre nas autarquias, pois não deve esquecer que a responsabilidade civil do Estado teve a finalidade não só de moralizar a atuação estatal, mas, também, de não permitir que a parte mais fraca, o administrado, fosse lesado na prestação de um serviço que cabe ao Estado executar, ainda que indiretamente.”

2.3.1. Responsabilidade Civil Solidária *versus* Subsidiária: casos em que se aplicam às Agências Reguladoras

Segundo entendimentos já citados nesse estudo, no que se refere à responsabilidade civil envolvendo as concessões de serviços públicos, objeto de atuação das Agências Reguladoras, o tema é tratado conforme o disposto no art. 37, §6, ou seja, as concessionárias de serviços públicos respondem de forma direta e

objetiva perante os usuários dos serviços postos à sua disposição, na medida de sua responsabilidade, cabendo ao poder concedente, no caso as Agências Reguladoras, responder subsidiariamente pelos prejuízos porventura advindos da atuação de suas concessionárias. (ZANELLA DI PIETRO, 2012, p. 305)

Isto ocorre, visto que as Agências Reguladoras quando no desempenho das suas atividades específicas, tais como a regulação e a fiscalização, estabelecem regras de conduta e de controle aos concessionários dos serviços públicos regulados. Neste sentido, esses concessionários ao agirem com negligência ou omissão no exercício dessas atividades, estão sujeitos às mesmas regras da responsabilidade civil impetrada à Administração Pública direta e indireta (pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito Privado prestadoras de serviços públicos).

Não há falar, nesse caso, de responsabilidade subsidiária das agências reguladoras, mas em responsabilidade direta e solidária com o concessionário responsável pela execução direta do serviço concedido. (BANDEIRA DE MELO, 2011, p. 765).

Nesse sentido, Bernardes Rocha (2009, p.230):

“No caso das concessões dos serviços públicos, a concessionária responde diretamente ao usuário do serviço, já que é executora da atividade, portanto, terá responsabilidade objetiva, nos termos do citado art. 37, da Carta Magna. A Agência, poder concedente, responderá subsidiariamente pelos prejuízos eventualmente causados pela concessionária.”

Sobre este aspecto da responsabilidade subsidiária aplicável às agências reguladoras no caso de concessão de serviços públicos, alguns autores divergem quanto a essa responsabilidade ser solidária ou mesmo subsidiária, como abaixo explicitado.

Em primeiro lugar, cabe aqui citar a explanação de Carvalho Filho (2011, p.520) acerca do tema envolvendo a responsabilidade primária, subsidiária e

solidária do Estado, na pessoa das Agências Reguladoras, que merece ser transcrita em seu inteiro teor:

“Tema que tem merecido muitas considerações por parte dos especialistas é relativo à responsabilidade primária e subsidiária no que toca às condutas estatais. A responsabilidade é primária quando atribuída diretamente à pessoa física ou à pessoa jurídica a que pertence o agente autor do dano. Será subsidiária a responsabilidade quando sua configuração depender da circunstância de o responsável primário não ter condições de reparar o dano por ele causado.

Em consequência, a responsabilidade do Estado será primária quando o dano tiver sido provocado por um de seus agentes. Assim, se um servidor, ou qualquer outro agente, estiver atuando em nome da União, do Estado, do Município, do Distrito Federal ou de uma autarquia ou fundação autárquica, o dano que causar será atribuído, primariamente, à pessoa jurídica estatal a cujo quadro pertencer.

Nem sempre, entretanto, a responsabilidade do Estado será primária. Como já vimos anteriormente, há muitas pessoas jurídicas que exercem sua atividade como efeito da relação jurídica que as vincula ao Poder Público, podendo ser variados os títulos jurídicos que fixem essa vinculação. Estão vinculadas ao Estado as pessoas de sua Administração Indireta, as pessoas prestadoras de serviços públicos por delegação negocial (concessionários e Permissionários de serviços públicos) e também aquelas empresas que executam obras e serviços públicos por força de contratos administrativos.

Em todos esses casos, a responsabilidade primária deve ser atribuída à pessoa jurídica a que pertence o agente autor do dano. Mas, embora não se possa atribuir responsabilidade direta ao Estado, o certo é que também não será lícito eximi-lo inteiramente das consequências do ato lesivo. Sua responsabilidade, porém, será subsidiária, ou seja, somente nascerá quando o responsável primário não mais tiver forças para cumprir a sua obrigação de reparar o dano.

Por conseguinte, não abonamos o pensamento de que o Poder Público tem responsabilidade solidária pelos danos causados por pessoa privada à qual compete prestar determinado serviço público, só pelo fato de ter havido delegação do serviço. Trata-se, a nosso ver, de conclusão tipicamente passional, de caráter radical e afastada dos cânones jurídicos que regem a matéria. O Poder Público não é, repita-se, o segurador universal de todos os danos causados aos administrados. O que é importante é verificar a conduta administrativa. Se a Administração concorreu com a pessoa responsável para o resultado danoso (o que ocorre algumas vezes por negligência e omissão administrativa) haverá realmente solidariedade; a Administração terá agido com culpa *in omittendo* ou *in vigilando*, podendo ser demandada juntamente com o autor do dano. Contudo, se a culpa é exclusiva da pessoa prestadora do serviço, a ela deve ser imputada a *responsabilidade primária* e ao Poder Público a *responsabilidade subsidiária*. Resulta, pois, nessa hipótese, que eventual demanda indenizatória deve ser dirigida em face exclusivamente do causador do dano, sendo a Administração parte ilegítima *ad causam* na referida ação.”

O estudo de José dos Santos Carvalho Filho demonstra que, no caso de concessionário de um serviço público, quando de sua execução, causar dano a terceiro usuário do serviço, a responsabilidade do Estado, neste caso, pode ocorrer de forma solidária, e não de forma subsidiária, quando for verificado e comprovado que houve omissão do poder concedente no controle, fiscalização ou mesmo má regulação do serviço concedido, podendo ser verificado também se houve falha na escolha do concessionário do serviço. Em todos esses casos, a responsabilidade do Estado, sob a forma de agências reguladoras, pode-se dar de forma solidária com o agente concessionário do serviço regulado.

As agências reguladoras respondem, então, subsidiariamente pelos danos que seus fiscalizados causarem aos terceiros usuários dos serviços públicos delegados aos concessionários que não cumprirem com o disposto nos contratos, ou cumprirem de forma não adequada aos terceiros de boa fé. (BANDEIRA DE MELO, 2011, p. 765)

Dessa forma, ao se exaurir o patrimônio da entidade responsável pelo dano, o Estado, no caso a Agência Reguladora, é chamado para responder de forma subsidiária perante o terceiro prejudicado, pois, segundo discorre Zanella Di Pietro (2011, p.409),

“[...] as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público respondem objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. Isso significa que a vítima, ao pleitear reparação dos prejuízos sofridos, deve acionar diretamente a pessoa jurídica em cujo nome o agente praticou o ato lesivo.

No entanto, quando se exaure o patrimônio da entidade responsável, o Estado pode ser chamado a responder subsidiariamente.

[...] A ideia aplica-se não só às sociedades de economia mista, mas a todas as hipóteses em que o Poder Público, a qualquer título, delega ou outorga a uma entidade pública ou privada a prestação de um serviço que, por definição legal, é de sua titularidade. Ora, se a entidade presta serviço público, é porque houve um processo de descentralização administrativa, que envolve a delegação de atribuição estatal ou de sua execução para outra entidade (pública ou privada), que vai desempenhá-la sob a supervisão da pessoa política titular do serviço. [...] ele (*o Estado*) é, em última instância, o responsável pela execução das atividades estatais. O fato de optar por uma das formas de descentralização possíveis não o

exonera do dever de responder, perante terceiros prejudicados, quando a entidade descentralizada não tiver recursos suficientes para fazê-lo.”

Ainda na opinião de Zanella Di Pietro (2012, p.305):

“A responsabilidade do concessionário por prejuízos causados a terceiros, em decorrência da execução de serviço público, é objetiva, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição vigente, que estendeu essa norma às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos; o poder concedente responde subsidiariamente, em caso de insuficiência de bens da concessionária; mas essa responsabilidade subsidiária somente se aplica em relação aos prejuízos decorrentes da execução do serviço público; eventualmente, pode haver responsabilidade solidária, por má escolha da concessionária ou omissão quanto ao dever de fiscalização.”

É esse também o entendimento de Bandeira de Melo (2011, p. 1017), no que se refere à forma de responder do ente concedente quando da malfadada execução de serviços públicos delegados:

“Ademais, para fins de responsabilização subsidiária do Estado, incluem-se, também as demais pessoas jurídicas de Direito Público auxiliares do Estado, bem como quaisquer outras, inclusive de Direito Privado, que, inobstante alheias à sua estrutura orgânica central, desempenham cometimentos estatais sob concessão ou delegação explícitas (concessionárias de serviço público e delegados de função pública) ou implícitas (sociedades mistas e empresas do Estado em geral, quando no desempenho de serviço público propriamente dito). Isto porque não faria sentido que o Estado se esquivasse a responder subsidiariamente – ou seja, depois de exaustas as formas da pessoa alheia à sua intimidade estrutural – se a atividade lesiva só foi possível porque o Estado lhe colocou em mãos o desempenho da atividade exclusivamente pública geradora do dano.”

Para Said Cahali (2007, p. 150), o Estado, nos casos de serviços públicos delegados, deveria ser responsável de maneira solidária e não subsidiariamente, são suas palavras:

“A exclusão da responsabilidade objetiva e direta do Estado (da regra constitucional) em reparar os danos causados a terceiros pelo concessionário (como também o permissionário e o autorizatário), assim admitida em princípio, não afasta a possibilidade do reconhecimento de sua responsabilidade indireta (por fato de outrem) e solidária, se, em razão da má escolha do concessionário a quem a atividade diretamente constituída do desempenho do serviço foi concedida, ou de desídia na fiscalização da maneira como este estaria sendo prestado à coletividade, vem a concorrer por esse modo para a verificação do evento danoso.”

Cabe ainda destacar que a responsabilidade pública, em consonância com a opinião de Bandeira de Melo (2011, p. 1016), para ser caracterizada como tal, é imprescindível que a conduta lesiva tenha derivado de um agente público, seja ele oriundo diretamente do Estado ou indiretamente por meio das Pessoas Jurídicas de Direito Público ou Privado, prestadoras de serviços públicos.

Por fim, em relação à responsabilidade subsidiária *versus* responsabilidade solidária do Estado, vale ressaltar que para alguns autores, como Bandeira de Melo (2011, p. 765), a responsabilidade subsidiária do concedente somente se dará nestes moldes, caso o dano seja resultado da própria atuação do serviço público objeto da concessão, caso contrário, ou seja, caso o dano seja em decorrência da atuação de terceiros ou mesmo no caso de insolvência do concessionário, não caberá a responsabilidade subsidiária e em menor grau a solidária por parte do Poder Concedente.

Eis a explanação de Bandeira de Melo (2011, p. 765), em contribuição às discussões dispostas no presente estudo:

“Pode dar-se o fato de o concessionário responsável por comportamento danoso vir a encontrar-se em situação de insolvência. Uma vez que exercia atividade estatal, conquanto por sua conta e risco, poderá ser lesado terceiros por força do próprio exercício da atividade que o Estado lhe pôs em mãos. Isto é, os prejuízos que causar poderão ter derivado diretamente do exercício de um poder cuja utilização só lhe foi possível por investidura estatal. Neste caso, parece indubitável que o Estado terá que arcar com o ônus daí provenientes. Pode-se, então, falar em responsabilidade subsidiária (não solidária) existente em certos casos, isto é, naqueles – como se expôs – em que os gravames suportados por terceiros hajam procedidos do exercício, pelo concessionário, de uma atividade que envolveu poderes especificamente do Estado.

É razoável, então, concluir que os danos resultantes de atividade diretamente constitutiva do desempenho do serviço, ainda que realizado de modo faltoso, acarretam, no caso de insolvência do concessionário, responsabilidade subsidiária do poder concedente.

O fundamento dela está em que o dano foi efetuado por quem agia no lugar do Estado e só pôde ocorrer em virtude de estar o concessionário no exercício de atividade e poderes incumbentes ao concedente.

Exauridas as forças do concessionário, desaparece o intermediário que, por ato do concedente, se interpunha entre o terceiro prejudicado e o próprio concedente. Este, por conseguinte, emerge espontaneamente na arena

jurídica, defrontando-se diretamente com o lesado, para saldar compromissos derivados do exercício de atuação que lhe competiria.

Já, os prejuízos de terceiros oriundos de comportamentos do concessionário alheios à própria prestação do serviço – ainda que assumidos a fim de se instrumentar para a prestação dele – não são suportáveis pelo concedente no caso de insolvência do concessionário. Quem contrata ou se relaciona com este, tanto como em suas relações com qualquer outra pessoa, deve acautelar-se com respeito às condições de solvência da outra parte. Não pode, em suma, contar antecipadamente com que o Estado respalde economicamente o concessionário, pois tal não se dá. O concessionário, pessoa de Direito Privado, de objetivos econômicos, está, ao agir nesta qualidade, sujeito, como qualquer empresa, aos percalços naturais da atividade empresarial; terceiros não podem deixar de levar em consideração este fato.”

Com isso, findam-se as discussões no âmbito do presente estudo acerca da aplicação do instituto da responsabilidade civil do Estado às Agências Reguladoras, entidades autárquicas, de regime especial, que têm como função precípua desempenhar atividades de controle, regulação e fiscalização sobre determinados serviços que originariamente deveriam ser executadas pelo Estado, mas que com a modernização da Administração Pública passaram a ser desempenhados por entes privados por meio do instituto da delegação, ficando, por isso mesmo, sujeitas às normas que regem a responsabilização pelos danos que porventura venham a causar aos terceiros usuários dos serviços públicos delegados.

3. ANÁLISE DE PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS

A demonstração e a análise de alguns casos abaixo tratados na jurisprudência têm por objetivo subsidiar o presente estudo, procurando expor de que forma ocorre a subsunção do fato à norma que precede todo o trabalho aqui realizado por meio de posicionamentos trazidos pela doutrina.

3.1. AC 2003.33.00.033631-6/BA; APELAÇÃO CIVEL; Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA; Órgão Julgador: QUINTA TURMA; Publicação: e-DJF1 p.174 de 04/10/2010; Data da Decisão: 22/09/2010

A presente apelação cível foi interposta pelos autores, comerciantes do setor de varejista de combustíveis, com a finalidade obterem indenização por danos morais ocasionados em função da fiscalização realizada pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, instituída pela Lei n. 9.847/99.

A ANP fora demandada por que a realização de suas atividades de intervenção e fiscalização junto ao comércio varejista de combustíveis inclui a publicidade de seus atos que são divulgados oficialmente em sites destinados a esse fim, tendo os autores se sentido constrangidos ao se depararem com seus nomes incluídos em lista de postos revendedores autuados ou interditados pela Agência por problemas de qualidade de combustíveis.

O pedido foi julgado improcedente, tendo em vista que “não há como se impingir a ANP dever de reparar eventual dano quando não há indícios de excesso ou desvio de poder” por parte da agência que legitimamente agiu no estrito cumprimento de sua missão institucional.

Eis a citação da ementa do julgado ora explicitado:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INCLUSÃO DOS NOMES DE POSTOS DE COMBUSTÍVEIS EM LISTA OFICIAL DE INTERDIÇÃO POR VENDA DE PRODUTOS DE MÁ QUALIDADE. DANOS MORAIS NÃO CARACTERIZADOS.

1. A Lei n. 9.847/99, que dispõe sobre a fiscalização do abastecimento nacional de combustíveis, atendendo ao princípio da legalidade, definiu as infrações e as sanções cabíveis no setor e determinou que a fiscalização compete à ANP.

2. Cabe à ANP garantir a qualidade dos combustíveis comercializados, na forma da legislação vigente, cabendo a ela, no exercício do poder de polícia, instaurar procedimento administrativo para apuração de irregularidade da atividade do particular, nada obstando que dê publicidade ao respectivo ato.

3. A supremacia do interesse social, justificada pela natureza da atividade exercida pelos autores (comércio varejista de combustíveis), legitima a intervenção/fiscalização do órgão público, que, por sua vez, tem o dever de divulgar oficialmente seus atos, em face do princípio constitucional da publicidade. Não há como se impingir a ANP dever de reparar eventual dano quando não há indícios de excesso ou desvio de poder, eis que o exercício da atividade fiscalizadora independe do resultado final do procedimento administrativo. A informação divulgada no site oficial se restringe a dar publicidade ao resultado das ações fiscalizadoras da ANP, relacionando 'os postos revendedores autuados ou interditados pela Agência por problemas de qualidade de combustíveis'.

4. Caberia aos autores/apelantes reverterem a situação de constrangimento que alegam passar, no âmbito do processo administrativo instaurado, mediante a demonstração de que agiram corretamente e venderam combustível dentro dos padrões normais, o que não foi feito em momento algum.

5. Não restou configurado o dano moral, eis que os autores não lograram se desincumbir do ônus de provar que a conduta da ANP tenha ultrapassado os limites da razoabilidade e atingido o abuso e o arbítrio no exercício de suas funções.

6. Apelação dos autores improvida.”

(Processo: AC 2003.33.00.033631-6/BA; APELAÇÃO CIVEL; Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA; Órgão Julgador: QUINTA TURMA; Publicação: e-DJF1 p.174 de 04/10/2010; Data da Decisão: 22/09/2010; Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação dos autores).

Após breve exposição do julgado, verifica-se que o não provimento à apelação dos autores, comerciantes do setor varejista de combustíveis, deveu-se à falta de nexo de causalidade do suposto dano moral alegado pelos autores devido à atividade de fiscalização realizada pela ANP por meio de procedimento administrativo que inclui, em respeito ao princípio constitucional da publicidade, divulgação de seus atos nos sites oficiais e desenvolvidos também para essa finalidade. Entendendo, o relator, que o dano alegado não ficou configurado pela conduta dos agentes públicos responsáveis por exercer as atividades decorrentes

das funções atreladas à ANP, a quinta turma do STJ, julgou pelo não provimento à presente apelação. Com toda razão, conforme o pronunciamento da relatora a Exma. Sra. Desembargadora Federal Selene Maria De Almeida, em seu voto:

“Assim sendo, pelo que dos autos consta, não vejo configurado o dano moral, eis que os autores não lograram se desincumbir do ônus de provar que a conduta da ANP tenha ultrapassado os limites da razoabilidade e atingido o abuso e o arbítrio no exercício de suas funções.

De igual modo, quanto ao outro pedido formulado nestes autos, consistente na obrigação de fazer, entendo que também não procede, por entender que os autores não comprovaram a ilicitude dos atos da ANP.”

3.2. AC 2001.40.00.004020-8/PI; APELAÇÃO CIVEL; Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA; Órgão Julgador: QUINTA TURMA; Publicação: e-DJF1 p.580 de 22/09/2009; Data da Decisão: 26/08/200

A apelação cível em epígrafe tem por objeto a reparação de danos em face da Telecomunicações do Piauí S/A - TELEMAR e, ainda, em face da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL.

À apelação foi negado provimento em face da ANATEL, haja vista que “a fiscalização exercida pela agência é genérica; não tem em vista (e nem teria condições materiais para isso) casos específicos, individuais”, como o aqui alegado pela autora, decidindo, outrossim, que não ocorrência do nexos causal entre a conduta da agência em referência e os danos alegados pela autora.

Segue a ementa:

“CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CÚMULO DE AÇÕES. RÉ NÃO ELENCADE NO ROL DO ART. 109 DA CONSTITUIÇÃO. CONEXÃO. IMPOSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO DA COMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA FEDERAL. SENTENÇA PARCIALMENTE ANULADA. APELAÇÃO DA TELEMAR PREJUDICADA. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE DA ANATEL. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO APTA A CAUSAR O SUPOSTO DANO.

1. O autor cumulou pedidos cominatórios de obrigação de fazer em face de Telecomunicações do Piauí S/A - TELEMAR com pedido de indenização em

face da mesma ré e ainda da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL. Não se trata da cumulação permitida pelo art. 292, caput, do Código de Processo Civil, porquanto são pedidos distintos contra réus distintos.

2. À luz do art. 109 da Constituição, a Justiça Federal não é competente para o processo e julgamento dos pedidos formulados em face da TELEMAR. Irrelevante para o caso a conexão entre as diversas ações, pois "a competência absoluta não pode ser modificada por conexão ou continência", não sendo "possível reunir ações, sob o fundamento de que o fato que as originou é o mesmo, se para uma delas a competência do Juízo é absoluta" (REsp 48609).

3. O pedido de indenização é fundado em suposta responsabilidade solidária entre a empresa de telefonia e a ANATEL. Ocorre que, ainda que se tratasse de solidariedade, o credor teria "direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum" (Código Civil, art. 275). Não seria, pois, caso de litisconsórcio necessário (Código de Processo Civil, art. 47).

4. O Superior Tribunal de Justiça "tem jurisprudência firme no sentido da inexistência de litisconsórcio necessário, uma vez que, havendo obrigação solidária, cabe ao autor a escolha de contra quem demandar. O mesmo se dá com relação ao pedido cominatório de obrigação de não fazer" (AG 116193/RJ).

5. Na sentença, a ANATEL foi condenada subsidiariamente ao pagamento de indenização por danos morais. De fato, de acordo com a doutrina, a responsabilidade da entidade concedente é, em princípio, subsidiária. Será solidária apenas em caso de má escolha do particular prestador de serviço ou por ausência ou falha na fiscalização, mas "desde que se comprove o nexo causal entre essa conduta e o dano" (Odete Medauar).

6. Ocorre que, em primeiro lugar, a responsabilidade subsidiária depende do reconhecimento da responsabilidade principal, questão para o julgamento da qual, como visto, é incompetente a Justiça Federal.

7. De outra parte, não há nexo causal entre ação ou omissão da ANATEL e os danos morais alegados. O autor alega que sofreu dissabor e constrangimento em face do bloqueio do recebimento de chamadas e que o bloqueio foi ocasionado pela falta de pagamento das faturas, pagamento que, no seu entender, não é devido, porquanto apurado em procedimentos abusivos. A ANATEL não tinha competência para determinar diretamente à empresa de telefonia sustação de cobrança de serviços na fatura ou impor concessão de descontos ou devolução de valores. Ainda que provocada pelo usuário, sua eventual intervenção não teria, pois, o condão de evitar a ocorrência dos alegados danos.

8. A fiscalização exercida pela agência é genérica; não tem em vista (e nem teria condições materiais para isso) casos específicos, individuais.

9. Anulada, de ofício, a sentença, na parte em que foram julgados os pedidos de obrigação de fazer e de indenização em face de Telecomunicações do Piauí S/A - TELEMAR. Prejudicada Apelação da TELEMAR. Provimento à apelação da ANATEL e à remessa oficial (tida por interposta) e negado provimento à apelação do autor."

(Processo: AC 2001.40.00.004020-8/PI; APELAÇÃO CIVEL; Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA; Órgão Julgador: QUINTA TURMA; Publicação: e-DJF1 p.580 de 22/09/2009

Data da Decisão: 26/08/2009; Decisão: A Turma, por unanimidade, anulou parcialmente, de ofício, a sentença; declarou prejudicada a apelação da TELEMAR; deu provimento à apelação da ANATEL e à remessa oficial; negou provimento à apelação do autor).

Constata-se, pela análise do presente julgado, que não restou presente o nexo causal entre o suposto dano sofrido pela autora e a ação ou omissão atribuídas à atividades exercidas pela ANATEL no âmbito de sua área de atuação, haja vista que não restou caracterizada nem a responsabilização subsidiária, já que não houve o reconhecimento da responsabilidade principal em face da TELEMAR, nem a responsabilização solidária por parte da Agência, vez que não houve como demonstrar o elo de ligação entre a atuação da entidade autárquica e o dano alegado pela autora. Correto o julgamento, conforme demonstrado no voto do relator, Exmo. Sr. Desembargador Federal João Batista Moreira:

“Não há que se cogitar de responsabilidade solidária da concessionária (BHTRANS), diante da ausência de demonstração do nexo de causalidade, seja comissivo ou omissivo, entre a conduta e o dano. Também não há falar em responsabilidade subsidiária, uma vez que a subconcessionária não demonstrou insuficiência financeira para arcar com os danos causados à Autora.

O entendimento do voto do relator se coaduna com o estudo realizado no presente trabalho, no que refere ao nexo de causalidade, a ação ou a omissão e o resultado, supostamente, sofrido pela vítima.

3.3. AC 2007.33.00.017242-5/BA; APELAÇÃO CÍVEL; Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAGUNDES DE DEUS; Convocado: JUIZ FEDERAL PEDRO FRANCISCO DA SILVA (CONV.); Órgão Julgador: QUINTA TURMA; Publicação: e-DJF1 p.296 de 29/01/2010; Data da Decisão: 29/06/2009

A apelação cível em epígrafe tem por objeto a responsabilização da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, por atos que seus agentes públicos, nessa qualidade, causaram aos autores por lhes imputarem atuação com base em legislação revogada, causando-lhes danos nas esferas cível, administrativa e penal.

Segue a ementa do caso em questão:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL.
RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INDENIZAÇÃO POR DANOS

MATERIAIS E MORAIS. SUPOSTA ADULTERAÇÃO DE COMBUSTÍVEL. ABSOLVIÇÃO ADMINISTRATIVA E CRIMINAL. AUTO DE INFRAÇÃO TEMERÁRIO. DANOS MORAIS E MATERIAIS CARACTERIZADOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Ilegitimidade passiva da União. O encaminhamento da notícia criminis pelo Ministério Público Federal ao Parquet estadual, não constitui conduta capaz de ensejar o dano, notadamente porque o MPF não efetuou qualquer juízo de valor quando da remessa, limitando-se a afastar a sua competência para a matéria. Ademais, não se exige, necessariamente, o término do processo administrativo para a instauração do processo penal, haja vista a independência das duas esferas de apuração.

2. São devidos honorários advocatícios em decorrência da exclusão da União do polo passivo da ação.

3. A Responsabilidade objetiva do Poder Público baseia-se na teoria do risco administrativo, de modo que basta a prova da ação, do dano e de um nexo de causalidade entre ambos. É possível, porém, excluir a responsabilidade da Administração Pública em caso de culpa exclusiva da vítima, de terceiro ou ainda em caso fortuito e força maior.

4. Hipótese na qual a Agência Nacional de Petróleo – ANP laborou em equívoco ao efetuar autuação com base em legislação revogada. Com efeito, no momento da coleta da amostra de gasolina, realizada no posto de propriedade dos Autores (08/05/2001), já estava em vigor a Lei 10.203/2001, que fixou em 22% o percentual obrigatório de adição de álcool etílico anidro à gasolina. 5. Não poderia, por isso, a fiscalização da ANP autuar o estabelecimento comercial dos Autores, já que o percentual encontrado foi de 23%, estando, portanto, dentro dos padrões de tolerância fixados pela mencionada Lei, qual seja, variação de 1% para mais ou menos no momento da aferição (art. 9º, §2º). Ademais, o Auto de Infração foi julgado insubsistente (fls.73/74) e os Autores absolvidos na ação penal promovida pelo Ministério Público Estadual (fls.69/72).

6. O dano moral advém do abalo psíquico e transtornos gerados pela injusta autuação, que levou seis anos para ser rechaçada no plano administrativo. Não bastasse isso, os Autores ainda foram indiciados em inquérito policial e posteriormente denunciados por fatos que não constituem infração penal (art. 386, III, CPP), conforme resultou da sentença penal absolutória.

7. Nessa linha de cognição, o dano moral experimentado pelos Autores é originário da conduta temerária dos agentes da fiscalização da ANP que, realizando autuação com fulcro em legislação revogada, deram ensejo aos demais desdobramentos relatados nos autos. 8. Danos materiais comprovados, em decorrência de despesas com contratação de advogado para promoção de defesa em função de procedimentos administrativo e judicial temerários, no valor de R\$15.000,00 (quinze mil) reais para cada autor.

9. Tratando-se de ação condenatória, os honorários advocatícios devem ser calculados sobre o valor da condenação na forma do artigo 20, §3º, caput, do CPC. Assim, a sentença deve ser reformada nesse ponto, pois fixou a verba honorária de sucumbência em 10% sobre o valor corrigido da causa.

10. Pela exclusão da União da lide, a sentença estabeleceu a verba honorária em R\$1.000,00 para cada Autor. Contudo, em apreciação equitativa, levando-se em conta a razoável complexidade da questão posta em juízo, o tempo despendido pelo procurador público desde o início até o término da ação, o lugar de prestação do serviço (CPC, art. 20, § 3º, alíneas a, b e c), considero adequado a majoração desse percentual, de modo que arbitro os honorários advocatícios em R\$ 4.000,00(cinco mil reais), a serem suportados pelos Autores na proporção de ½ (metade) para cada um.

11. Apelação da ANP desprovida. Apelação dos Autores e da União parcialmente provida.”

(Processo: AC 2007.33.00.017242-5/BA; APELAÇÃO CIVEL; Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAGUNDES DE DEUS; Convocado: JUIZ FEDERAL PEDRO FRANCISCO DA SILVA (CONV.); Órgão Julgador: QUINTA TURMA; Publicação: e-DJF1 p.296 de 29/01/2010; Data da Decisão: 29/06/2009; Decisão: A Turma, por maioria, negou provimento à apelação da ANP e deu parcial provimento à apelação da União e dos Autores.)

Pela análise do supracitado julgado, observou-se que ficou comprovado o nexo de causalidade entre a conduta dos agentes públicos no exercício das suas atividades de fiscalização que lhe competem, dentro da área de atuação que cabe à ANP, e os danos sofridos pelos autores, que se viram anos a fio tentando contornar uma autuação realizada com base em legislação que se encontrava revogada no momento da fiscalização. Portanto, os danos morais e materiais foram comprovados pelos autores em decorrência do exercício das atividades desempenhadas pelos agentes públicos vinculados à ANP, julgada procedente a ação neste quesito.

3.4. AC 2004.34.00.022796-1/DF; APELAÇÃO CIVEL; Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE; Órgão Julgador: SEXTA TURMA; Publicação: e-DJF1 p.165 de 23/06/2008; Data da Decisão: 09/05/2008

O presente julgado trata de apelação interposta por comerciantes de setor varejista de combustíveis, alegando prejuízos/danos sofridos pela inclusão do nome dos autor na lista de "Postos Revendedores Autuados e/ou Interditados por Qualidade de Combustíveis", em face da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, quando do exercício de suas atividades.

Segue o ementário que trata do caso em questão:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO - ANP. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. INCLUSÃO EM "LISTA NEGRA" ELABORADA PELA ANP, ONDE CONSTAM OS NOMES DE EMPRESAS QUE COMERCIALIZAM COMBUSTÍVEIS "NÃO-CONFORMES" E/OU "ADULTERADOS", PUBLICADA NA REDE INTERNACIONAL DE COMPUTADORES (INTERNET). LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO DA AGÊNCIA REGULADORA. EXERCÍCIO REGULAR DO SEU PODER-DEVER DE FISCALIZAÇÃO E DE INFORMAÇÃO AOS CONSUMIDORES.

I - Não demonstrada a ocorrência de qualquer prejuízo ao autor, em razão do julgamento antecipado da lide, resta afastado, na espécie, o alegado cerceamento de defesa.

II - Na hipótese dos autos, afigura-se legítima a atuação da ANP, visto que realizada no raio de sua competência legal e no exercício regular do seu poder-dever de fiscalização e de informação aos consumidores do produto fiscalizado. III - Ademais, o direito à reparação por dano moral sob o fundamento de que se afigura indevida a inclusão do nome do autor na lista de "Postos Revendedores Autuados e/ou Interditados por Qualidade de Combustíveis", publicada na rede internacional de computadores (internet), reclama a comprovação do efetivo prejuízo sofrido pela empresa apelante, hipótese não caracterizada na hipótese dos autos, em que o suplicante se limitou a anexar e-mail noticiando a existência de lista de postos autuados por vender gasolina adulterada. IV - Apelação desprovida."

(Processo: AC 2004.34.00.022796-1/DF; APELAÇÃO CIVEL; Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE; Órgão Julgador: SEXTA TURMA; Publicação: e-DJF1 p.165 de 23/06/2008; Data da Decisão: 09/05/2008; Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento à apelação).

A análise do presente caso revela a falta de comprovação de danos sofridos pelo autor e, portanto, a não responsabilização da ANP, haja vista que para que a referida agência seja cogitada a ser responsabilizada por quaisquer danos que seus agentes porventura tenham causado aos autores, no exercício de suas funções, há que ser comprovado não o só dano, mas também o nexo causal existente entre o dano sofrido e a atuação dos agentes públicos envolvidas na questão. Portanto, correto a negativa de provimento à presente apelação por unanimidade. Isso ficou demonstrado no voto do relator, Exmo. Sr. Desembargador Federal Desembargador Federal Souza Prudente:

"Assim, afigura-se-me legítima a atuação da ANP, na espécie dos autos, eis que realizada no raio de sua competência legal e no exercício regular do seu poder-dever de fiscalização.

Por outra vertente, embora o entendimento jurisprudencial sumulado pelo colendo STJ seja no sentido de que a 'pessoa jurídica pode sofrer dano moral' (Súmula 227), há de ser demonstrado o efetivo prejuízo sofrido pela apelante, que, no caso, limitou-se a anexar o e-mail de fls. 80/81, noticiando a existência de lista de postos autuados por vender gasolina adulterada, o que se mostra insuficiente para comprovar os alegados abalos morais sofridos, afastando, também, por este prisma, o direito à almejada reparação."

O supracitado pronunciamento está em conformidade com o demonstrado ao longo do presente estudo por meio de extensa doutrina consultada e acolhida pelo ordenamento jurídico nacional no que se refere à responsabilidade civil aplicada às agências reguladoras.

3.5. AC 0032720-96.2003.4.01.3800/MG; APELAÇÃO CIVEL; Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS OLAVO; Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA; Publicação: e-DJF1 p.49 de 13/04/2010; Data da Decisão: 09/12/2009

O julgado em questão trata de apelação cível movida pelos autores em face da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, tendo por objeto a indenização por omissão legislativa.

O pedido foi julgado improcedente por unanimidade pela primeira turma do STJ, nos termos do voto do relator, haja vista que a questão trazida à baila no julgado trata de matéria adstrita ao chefe do Poder Executivo Federal.

A decisão foi assim ementada:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REVISÃO GERAL E ANUAL DOS VENCIMENTOS. ART. 37, X, DA CRFB/88. NECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA DE INICIATIVA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. OMISSÃO. INDENIZAÇÃO POR OMISSÃO LEGISLATIVA. DANOS MATERIAIS. ANEEL: ILEGITIMIDADE PASSIVA.

1. Em que pese a Agência Nacional de Telecomunicações - ANEEL possuir personalidade jurídica própria e autonomia administrativa e orçamentária, nesta demanda os autores postulam indenização por omissão legislativa, responsabilidade que não pode ser atribuída aos seus dirigentes.

2. O art. 37, X, da CF/88, com redação fornecida pela EC n. 19/98, garantiu aos servidores públicos o direito à revisão geral anual das suas remunerações, a ser promovida mediante lei específica de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo. Precedentes do STF.

3. A legitimidade ad causam, como uma das condições da ação (art. 267, VI, CPC), deve ser conhecida de ofício (art. 301, § 4º, CPC) e em qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 267, § 3º, CPC).

4. Ao proclamar a ilegitimidade passiva do réu, não pode o juiz, de ofício, determinar a inclusão no processo de quem, segundo o seu entendimento, é parte legítima passiva para a ação proposta. (STJ, CC 33.045/RS, Rel.Min. CASTRO FILHO, Segunda Seção, DJ de 22/09/2003, p. 255). Precedentes desta Corte.

5. Apelação não provida.

(Processo: AC 0032720-96.2003.4.01.3800/MG; APELAÇÃO CIVEL; Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS OLAVO; Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA; Publicação: e-DJF1 p.49 de 13/04/2010; Data da Decisão: 09/12/2009; Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do voto do Relator.).

O caso em questão trata de pedido de indenização por responsabilização da ANEEL por fato de omissão legislativa que os autores

atribuíram à referida autarquia, na pessoa de seus dirigentes máximos. O Relator, no caso, considerou a ilegitimidade passiva da agência, haja vista que a matéria, objeto da omissão legislativa é de competência privativa do Chefe do Poder Executivo Federal, nos termos do art. 37, X, da CF/88. Decisão tomada por unanimidade, sem discussão. Não coube aqui responsabilizar a referida agência por omissão no exercício de suas atividades, haja vista que, caso exercesse a função legiferante a qual alegou pela autora, estaria exorbitando de suas funções originariamente lhe concedida por meio de lei.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, verifica-se que não obstante o Estado ter transferido a execução de certos e determinados serviços públicos, por meio do instituto da delegação, a pessoas jurídicas de direito privado, ditas concessionárias, a titularidade desses serviços continua sendo do Estado. Por isso cabe a ele (ao Estado) garantir que esses serviços sejam colocados à disposição dos usuários com adequação às normas de qualidade, segurança, eficiência e modicidade.

Para tanto, o Estado dispõe, em sua estrutura, de entidades autárquicas, denominadas Agências Reguladoras, cuja finalidade precípua reside em regular, fiscalizar e controlar o mercado de serviços públicos delegados a fim de manter a continuidade e a qualidade da prestação desses serviços, impedindo, com isso, qualquer prática de abuso de poder econômico sobre os usuários desses serviços públicos delegados.

Nesse sentido, e como ficou demonstrado no decorrer desse estudo, quando as agências reguladoras desempenham mal ou mesmo deixam de desempenhar o seu papel, poderão advir consequências desagradáveis e até mesmo desastrosas aos terceiros de boa fé, usuários dos serviços públicos delegados, nascendo aí a responsabilização dessas autarquias perante esses usuários, podendo-se dar de forma subsidiária ou de forma solidária com o concessionário, prestadores diretos dos serviços postos à disposição da coletividade, dependendo do grau de culpa e do nexo de causalidade existente entre a atuação das entidades reguladoras no exercício de sua missão institucional e o dano sofrido por esses terceiros de boa fé.

Essa responsabilização civil do Estado, na figura de seus entes reguladores, é necessária, tendo em vista que garante o cenário proposto pelo Estado Democrático de Direito em que estão presentes o senso de justiça e equidade entre as partes numa relação em que a própria supremacia natural do

Estado já deixa o terceiro prejudicado em posição inferior quando busca ter seus direitos respeitados na prestação de serviços adequados a toda a coletividade.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARAÚJO WILLEMANN, Flávio. *Responsabilidade civil das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Controle das concessões de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BRASIL. Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2012.

_____. Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm> Acesso em 05 out. 2012.

_____. Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/Leis/L9427.htm>>. Acesso em 28 set. 2011.

_____. Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997. Institui Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/Leis/L9478.htm>>. Acesso em 28 set. 2011.

_____. Lei n. 9.782, de 26 de janeiro de 1996. Institui a Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/Leis/L9427.htm>>. Acesso em 28 set. 2011.

_____. Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/Leis/L9427.htm>>. Acesso em 28 set. 2011.

_____. Lei n. 9.984, de 17 de julho de 1996. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/Leis/L9984.htm>>. Acesso em 28 set. 2011.

_____. Lei n. 10233, de 05 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/Leis/L10233.htm>>. Acesso em 28 set. 2011.

_____. Lei n. 11.182, de 27 de setembro de 2005. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/Leis/L11182.htm>>. Acesso em 28 set. 2011.

_____. Tribunal de Contas da União. *Regulação de serviços públicos e controle externo*. Brasília: TCU, 2008.

CAL, Arianne Brito Rodrigues. *As agências reguladoras no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *A metamorfose do Estado e da democracia: uma reflexão do direito constitucional e comparado*. Revista de direito da associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XI – Direito da Regulação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 106-107, 2002.

GUERRA, Sérgio (Coord.). *Temas de direito regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

GUERRA, Sérgio. *Controle Judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GUERRA, Sérgio. *Introdução ao direito das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

KRAUSE, Eduardo Battaglia. *Agências reguladoras no cenário brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A nova regulação estatal e as agências reguladoras*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011.

MAZZA, Alexandre. *Agências reguladoras*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

- MENDONÇA, Fabiano André de Souza. *Limites da responsabilidade do Estado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.
- MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego. *Problemas da responsabilidade civil do Estado*. Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC. Rio de Janeiro, v.3, nº 11, jul./set.2002.
- MORAIS, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Agências administrativas, poder regulamentar e o Sistema Financeiro Nacional*. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 218, out./dez. 1999.
- MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras*. 1. ed. Barueri: Manole, 2003.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Responsabilidade civil do Estado por atos legislativos (Revivescimento de uma antiga questão)*. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v.231, jan./mar.2003.
- OLIVEIRA, Cláudio Eduardo Regis de. *Administração gerencial e a reforma administrativa no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2002.
- OLIVEIRA, Ruth Helena Pimentel de. *Entidades prestadoras de serviços públicos e responsabilidade extracontratual*. São Paulo: Atlas, 2003.
- PAULO, Vicente & ALEXANDRINO, Marcelo. *Agências reguladoras*. Rio de Janeiro. Impetus. 2010, (Série Coleção Síntese Jurídica, nº 2).
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1996.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser e SPINK, Peter Kevin (Org.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Construindo o Estado republicano: democracia e reforma da gestão pública*. 1. ed. São Paulo: Ed. 34; Brasília: Enap, 1998.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2009.
- QUADROS, Fausto de. *Responsabilidade civil extracontratual da administração pública*. Coimbra - Portugal: Almedina, 1995.
- RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. *Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais*. São Paulo: Ltr, 2002.
- ROCHA, Regina Bernardes. *Órgãos reguladores no Brasil*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA, Roberto de Abreu e. *A falta contra a legalidade constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

SOARES, Orlando. *Responsabilidade Civil no direito brasileiro: teoria, prática forense e jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

TÁCITO, Caio. Agências reguladoras da administração. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 221, p.1-5, jul./set. 2000.

VANDRAMEL, Aparecida. *Responsabilidade extracontratual do Estado*. 1.ed. São Paulo: Themis, 1999.