

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 40 • nº 159

julho/setembro – 2003

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Responsabilidade civil do Estado e as Agências Reguladoras

Daisy de Asper y Valdés

Introdução. A centenária experiência americana. Agências Reguladoras: aspectos relevantes. Papel das Agências no contexto atual. Responsabilidade civil da Administração Pública: evolução doutrinária e jurisprudencial. Teorias civilistas. Teorias publicistas. Excludentes da responsabilidade civil da Administração Pública. O caso fortuito ou força maior. Culpa da vítima: exclusiva e concorrente. Atos de terceiros e fenômenos da natureza. Da reparação do dano. A responsabilidade civil no novo Código Civil (Lei 10.406/2002, art. 43) e na Constituição Federal (§ 6º do art. 37). A responsabilidade do Estado pelos atos das agências reguladoras. Responsabilidade da Agência por atos comissivos e omissivos da Administração. Conclusão.

Introdução

A *Responsabilidade Civil do Estado* refere-se à imposição sobre o Poder Público de reparar danos causados a terceiros em decorrência de suas ações ou omissões. Deflui, atualmente, de dispositivo inscrito da Lei Magna, que no art. 37, § 6º, diz expressamente: “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” (BRASIL, 2002).

Cogita-se, ao se tratar da responsabilidade estatal, de três tipos de funções pelas

Daisy de Asper y Valdés é subprocuradora-geral da República, aposentada, professora de Direito Administrativo da UPIS e AEUDF e coordenadora do Curso de Pós-Graduação em Direito Público do ICAT/AEUDF.

quais se reparte o poder estatal: a administrativa, a legislativa e a judicial. Atualmente, a crescente turbulência do processo de redefinição das funções do Estado na economia, em curso desde meados dos anos 90, centra-se na responsabilidade resultante da atuação da Administração Pública, já que com relação aos demais poderes essa responsabilidade incide em casos especiais. Para os atos administrativos, a regra constitucional é, pois, a responsabilidade objetiva da Administração. Quanto aos atos legislativos e judiciais, o erário só responde quando comprovada a culpa na sua expedição, de modo ilegítimo ou lesivo. Observe-se que o texto constitucional refere-se aos “agentes administrativos” e não aos “agentes políticos”, membros dos Poderes do Estado.

Limita-se o presente estudo à responsabilidade civil do Estado resultante da atuação das Agências Reguladoras. Moldadas na experiência norte-americana, representam um marco na transição do paradigma de Estado intervencionista para o Estado regulador. Setores inteiros da produção, antes monopólios estatais, foram privatizados. Criaram-se, e ainda se criam, agências e regimes regulatórios para administrar mercados novos em telecomunicações, energia, petróleo, distribuição de água, transportes, entre outros. Assumem as agências reguladoras funções executivas, legislativas e judiciárias que caracterizam a criação de um Estado dentro do próprio Estado.

É interessante tentar resumir o extenso escopo de atuação a partir das diferentes competências que cabem às agências autônomas neste novo arranjo institucional. É um órgão executor, na medida em que implementa o sistema nacional de gerenciamento. É também um órgão regulador clássico, uma vez que lhe compete, por um lado, regular no sentido clássico a oferta e a demanda e, por outro lado, fiscalizar os usos dos recursos, inclusive mediando os conflitos e dispondo de poder de polícia. Muitas surgiram no quadriênio 1995-98, quando se

concebeu a criação de agências reguladoras para aqueles setores em que as condições de monopólio natural vigoravam. A busca por maior competição e, portanto, o ingresso de novos capitais nesses setores permitiria a simultânea expansão da oferta e queda de preço. Assim, foram criadas a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), a Agência Nacional do Petróleo (ANP) e a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

A centenária experiência americana

Aperfeiçoadas e reformadas ao longo do tempo, as agências americanas têm um século de existência. A primeira agência reguladora surgiu em 1887 – Comissão de Comércio Interestadual (ICC) – para regular preços e impedir concentração excessiva no setor ferroviário. Com o New Deal, no governo Roosevelt, na década de 30, dezenas de agências foram criadas para regular a economia e vencer a depressão. Dotadas de amplos poderes, passaram a ser conhecidas, nessa época, como “o quarto poder”.

Na década de 60, a evolução da legislação concentrou-se na proteção ao meio ambiente, à saúde pública e ao consumo, preocupando-se com o bem-estar social, e na correção das falhas do mercado.

Nos anos 70, organizações não-governamentais e grupos de interesse exerceram forte influência na agenda regulatória: novas diretrizes, metas e prazos rígidos lhes foram impostos. O excesso de regulamentação passou a ser criticado como fonte de ineficiência empresarial, manutenção de preços altos e atraso tecnológico.

Na década de 80, com a onda de desregulamentação e privatização encetada pelo governo Reagan, setores inteiros foram liberados: telecomunicações, seguros, rodovias, ônibus, TV a cabo, petróleo, gás e energia. Entretanto, o Governo Clinton, de maioria democrata, reafirmou o mandato das agências, mantendo o sistema de regulação social nos moldes clássicos. Segundo o Índice

Regulatório Federal, em 2000, os Estados Unidos gastaram 721 bilhões de dólares em financiamento e salários para as agências reguladoras (EXAME, 2002, p. 44).

Agências Reguladoras: aspectos relevantes

No Brasil, a mudança do perfil do Estado-Providência, titular e executor dos serviços públicos, para o atual modelo neoliberal processou-se por meio das Emendas Constitucionais, particularmente a Emenda nº 19/98, que tratou especificamente da Reforma Administrativa. Esse modelo está expressamente evidenciado no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, que estabeleceu as diretrizes de atuação político-institucional do governo Fernando Henrique Cardoso. Entre as inovações trazidas ao mundo jurídico, destacam-se as agências executivas e reguladoras.

Partindo do pressuposto do exaurimento do Estado interventor, diretamente envolvido no setor produtivo, postula-se uma ampla reformulação das bases da Administração Pública. Deixa o Estado de ser executor para se tornar regulador, enfrentando, desse modo, os novos desafios do mundo globalizado. Entre outras tarefas e funções, compete-lhe promover maior aproximação com a sociedade e impulsionar o desenvolvimento econômico. Entretanto, as mudanças requeridas pelo Estado não se reduzem à imposição de reformas administrativas. De fato, vão mais além, na medida em que atingem valores, paradigmas e a própria cultura organizacional, buscando a construção de espaços de relacionamento entre a ação do governo e o cidadão. Transforma-se, principalmente, a ideologia, a forma de conceber o Estado e a Administração Pública (DI PIETRO, 2000).

Não há, nessa nova visão, espaço para o Estado prestador de serviços, para o assistencialismo. Estimula-se, agora, a participação ativa do cidadão, deliberando, atuando para a melhoria na qualidade da prestação

desses serviços. Substitui-se o desgastado modelo burocrático, rígido, burocratizado, por um modelo flexível, participativo, eficiente. Não se busca o encolhimento do papel do Estado, mas sim um Estado melhor, verdadeiramente voltado para o cidadão como destinatário final daquela prestação.

Nesse cenário, é fenômeno atual, de rápida expansão, as agências executivas. Parte integrante das chamadas agências autônomas, têm elas como meta a busca de excelência na implementação de políticas públicas. São as autarquias e fundações que realizam contrato de gestão com órgão da Administração Direta, a que se acha vinculada, para redução de custos e melhoria na qualidade do serviço. Outra das chamadas agências autônomas, a agência reguladora, com maior atuação no mercado do que a agência executiva, surgiu da necessidade de intervenção em determinados setores da economia, fruto do processo de privatização, que extinguiu total ou parcialmente os monopólios de alguns setores públicos, competindo-lhes a função de fiscalização e controle.

A Constituição Federal de 1988 dispôs no art. 174 que, “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”. Logo, para fazer atuar esse dispositivo, atribui-se especial relevo às agências reguladoras.

Segundo SILVA (2000, p. 217), planejamento “é um processo técnico instrumentado para transformar a realidade existente no sentido de objetivos previamente estabelecidos.”

Consiste, assim, o planejamento econômico em um processo de intervenção estatal com vistas a organizar atividades econômicas para obter resultados previamente estabelecidos.

O planejamento envolve decisão política. Às agências reguladoras cabe a implementação de tais políticas, elaborando pro-

jetos, desenvolvendo incentivos, visualizando o usuário como destinatário final de todo esse processo. Deve, pois, responder por decisões equivocadas, pela imprudência na elaboração do planos e pelos danos causados aos atores econômicos atingidos, ainda que de modo reflexo, por sua atividade regulatória.

Do mesmo modo, a Administração Pública tem o privilégio de modificar unilateralmente os contratos administrativos, e, por isso, deve o particular que com ela contrata ter seus direitos resguardados. A Constituição Federal, no art. 37, inc. XXI, garante o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, garantindo que serão mantidas as condições efetivas da proposta. Logo, as agências reguladoras, como poder concedente, não poderão alterar unilateralmente os contratos de concessão se romperem essa garantia do equilíbrio econômico-financeiro. Isso ocorrendo, deverão ressarcir as concessionárias de serviço público pelos prejuízos causados a estas (SAAD, 1994).

Papel das Agências no contexto atual

As agências reguladoras integram a Administração Pública Indireta e guardam a natureza jurídica de autarquias especiais. Vinculam-se, nesse controle finalístico, ao Ministério competente para tratar da respectiva atividade. Têm seus diretores nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal.

Caio TÁCITO (1999, p. 6) destaca características comuns das agências reguladoras brasileiras. São constituídas como autarquias especiais. Estão afastadas da hierarquia tradicional dos ministérios e da influência política do governo, pois são dotadas de autonomia financeira e administrativa. Podem exercitar poderes normativos complementares à legislação, com amplos poderes de fiscalização. Atuam, dentro dessas características, como instância administrativa final nos litígios que envolvam assun-

tos de suas áreas de competência e respondem pelo cumprimento de metas fixadas e pelo desempenho das atividades dos prestadores de serviço.

Diverge-se, na doutrina, quanto ao poder normatizador das agências reguladoras, afirmando parte da doutrina que podem exercitá-lo, desde que respeitados os limites legais estabelecidos na lei que as instituiu. Compete-lhes, entretanto, a regulamentação da prestação de serviços entre prestadores e usuários. Segundo a Lei 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo – LAP), têm essas agências o poder de aplicar sanções às empresas privatizadas, desde que respeitado o devido processo legal, administrativo.

Responsabilidade civil da Administração Pública: evolução doutrinária e jurisprudencial

Segundo MEIRELLES (2001, p. 609), a doutrina da responsabilidade civil da Administração Pública evoluiu do conceito de *irresponsabilidade* para o de *responsabilidade com culpa*, daí para o da *responsabilidade civilística* e desta para a atual fase de *responsabilidade pública*.

No Absolutismo a regra era a irresponsabilidade do Estado, ínsita na regra que via o Soberano como encarnação da divindade na Terra – “The king can do no wrong” –, a infalibilidade real era a regra. Com a revolução liberal do século XVIII, o Estado assemelhou-se ao indivíduo, para que pudesse ser responsabilizado por atos culposos de seus representantes. Chega-se aos dias atuais em que é atribuída ao Poder Público uma responsabilidade especial, regida pelo Direito Público, fora do conceito civilístico de culpa.

A doutrina da irresponsabilidade foi sustentada pela Inglaterra e Estados Unidos até meados da década de 40, e abandonada por legislação especial, respectivamente, o *Crown Proceeding Act* de 1947 e pelo *Claims Act* de 1946.

No Brasil, nem mesmo a Constituição Imperial de 1824 esposou a tese da irresponsabilidade do Estado quanto a atos decorrentes da Administração Pública. Em seu artigo 178, n. 29, dispunha que: “Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos”.

Embora o texto ressaltasse que o Imperador não estava sujeito a qualquer responsabilidade, nos termos do art. 99 da referida Constituição, entendia-se, doutrinariamente, que a norma do art. 178, n. 29, traduzia uma responsabilidade solidária entre o Estado e seus agentes. Ainda que essa concepção de responsabilidade fosse aquiliana, exigindo a prova da culpa do funcionário para a sua caracterização, jamais se interpretou esse dispositivo como consagrando apenas a responsabilidade pessoal do funcionário, enquanto declarava a irresponsabilidade estatal (MELLO, 2001). As Constituições de 1891 e 1934 seguiram o mesmo modelo com respeito à responsabilidade do Estado por ato do administrador.

Teorias civilistas

Ao se admitir, inicialmente, a responsabilidade do Estado, adotavam-se os princípios do direito civil, fundados na idéia de culpa. Distinguiam-se, nesse primeiro momento, para fins de responsabilidade, os atos de império e os atos de gestão. Os primeiros, praticados com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade, eram impostos unilateral e coercitivamente ao cidadão, regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque aos particulares não se admitiam atos semelhantes. Já os segundos seriam aqueles praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a gestão de seus serviços, ao qual se aplicava o direito comum.

A pessoa do monarca, que praticava atos de império, diferenciava-se da pessoa do

Estado, que praticava atos de gestão, por meio de seus prepostos.

A oposição a essa teoria fundou-se no reconhecimento da impossibilidade de se dividir a personalidade estatal, ou impossibilidade de se enquadrar como atos de gestão todos aqueles praticados pelo Estado na administração do patrimônio público e na prestação de seus serviços.

A doutrina civilista aceitava, pois, a responsabilidade estatal desde que demonstrada a culpa. Igualava a responsabilidade do Estado à do patrão ou comitente, pelos atos dos empregados ou prepostos. Serviu de inspiração ao art. 15 do Código Civil de 1919, que consagrou a Teoria da Responsabilidade Subjetiva do Estado.

De tendência individualista, o Código Civil Brasileiro, do início do século passado, consagrou a *teoria da culpa* como base da *responsabilidade civil do Estado*. Dispõe o referido art. 15: “As Pessoas Jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem dano a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando ao dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.”

Não admitia, pois, o referido artigo a responsabilidade sem culpa, exigindo sempre a demonstração desse elemento subjetivo para a responsabilização do Estado. Esse posicionamento doutrinário perdurou até a Constituição de 1946, que, com o disposto no art. 194, abandonou a culpa subjetiva e acolheu a *teoria objetiva do risco administrativo*, revogando em parte o art. 15 do C. Civil.

Na medida em que predominam as normas de Direito Público sobre as de Direito Privado, a *doutrina civilista ou da culpa civil comum* não é sustentável no âmbito da Administração Pública. Compatível com a relação de confiança que deve presidir as relações entre a Administração e o Administrado, resta, portanto, a *teoria da responsabilidade sem culpa*, segundo MEIRELLES¹ (2001, p. 610).

Teorias publicistas

Com o famoso caso Blanco, ocorrido em 1873, a jurisprudência francesa entendeu que a responsabilidade estatal não poderia reger-se pelos princípios subjetivos do Código Civil. Sujeita-se a regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a imposição de harmonizar os direitos do Estado com os direitos do cidadão².

Com esse propósito, desenvolveram-se três linhas de raciocínio, fundadas na responsabilidade objetiva do Poder Público: *Teoria da Culpa Administrativa*; *Teoria do Risco Administrativo* e *Teoria do Risco Integral*.

A *Teoria da Culpa Administrativa* considera como essencial para caracterizar o nexo de causalidade, responsabilizando a Administração, que ocorra a *falta do serviço*, para dela inferir a culpa da Administração. Nesse caso, não se questiona a culpa subjetiva do agente público, mas o nexo causal entre falta do serviço em si mesmo – fato gerador da obrigação de indenizar o dano a terceiro – e a culpa administrativa. É ônus, entretanto, da vítima comprovar a ocorrência da *falta de serviço* para obter indenização.

Essa *falta de serviço* pode apresentar-se sobre três modalidades: *inexistência do serviço*, *mau funcionamento do serviço* ou *retardamento do serviço*. O lesado, podendo comprovar a ocorrência de qualquer dessas disfunções do serviço público, caracteriza a *falta de serviço*, com a correlata obrigação de indenizar.

Para a *Teoria do Risco Administrativo*, surge o dever de indenizar tão-só pela ocorrência de dano à vítima causado pela Administração, sem o concurso do lesado.

A idéia da culpa é substituída pelo 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.

Na Culpa Administrativa exige-se a *falta de serviço*, na Teoria do Risco Administrativo exige-se, apenas, o *fato do serviço*. Naquela presume-se a falta havendo falha do

serviço; nesta o fato lesivo provocado pela Administração faz concluir a sua responsabilidade e necessidade de indenizar o lesado (RIVERO, p. 562).

Fundamenta-se, pois, no *risco* que a atuação da Administração Pública gera para os administrados, podendo causar dano a determinadas pessoas. Para restabelecer o equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário público.

O *risco*, representado pela simples existência da atividade administrativa, e a *solidariedade social*, no sentido de compensar aquele lesado por essa atividade, são as bases dessa teoria, que, pelo teor de justiça social que prega, tem sido adotada em diversos Estados modernos, e foi primeiro inscrita na Constituição Brasileira de 1946, no art. 194.

Excludentes da responsabilidade civil da Administração Pública

O caso fortuito ou força maior

A doutrina é unânime em afirmar que a responsabilidade objetiva do Poder Público subsiste uma vez demonstrado o nexo de causalidade entre o dano e a atividade do Estado. Exclui-se, ao se adotar a teoria objetiva, das discussões, a necessidade de provar a culpa, bastando o risco da própria atividade administrativa para justificar a responsabilização, uma vez evidenciado o nexo causal.

Logo, são excludentes de responsabilidade os eventos que, por sua imprevisibilidade e inevitabilidade, causem lesão ou dano sem culpa da Administração, como o caso fortuito ou força maior. Distinguem-se ambos apenas quanto à origem do evento. Força maior é o evento humano gerador de dificuldade intransponível de regular atuação da Administração. Assim, como adverte MEIRELLES (2001), uma greve que paralise os transportes é força maior, podendo deixar de sê-lo se não afetar totalmente a prestação do serviço. E caso fortuito seria o evento da natureza, como uma inundação ou um vendaval causando danos imprevisíveis.

Essa imprevisibilidade rompe o nexo de causalidade entre o dano e a atividade da agência. Não se trata de exclusão de culpa mas sim de rompimento do nexo de causalidade pela excludente.

Culpa da vítima: exclusiva e concorrente

Atenua-se a responsabilidade da Administração, entretanto, no caso de ser possível demonstrar a *culpa da vítima*, para excluir ou minorar seus encargos. Como adverte MEIRELLES (2001), a Teoria do Risco Administrativo não se confunde com a do Risco Integral – que prega a indenização em todo e qualquer caso de dano suportado pelo particular. Significa sim que a Administração pode provar a culpa total ou parcial do lesado na ocorrência, caso em que se eximirá do pagamento total ou parcial da indenização.

O constituinte estabeleceu para as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos, incluídas as agências autônomas, a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente de prova de culpa no cometimento da lesão. Firmou, portanto, o princípio objetivo da *responsabilidade sem culpa* pela atuação lesiva dos agentes públicos e de seus delegados. “Agente” foi o vocábulo utilizado pelo constituinte, de modo genérico, abrangendo, para fins de responsabilidade civil, todas as pessoas incumbidas da realização de algum serviço público, permanente ou transitório. O essencial é o “*fato do serviço*”, que o agente tenha praticado o ato ou a omissão administrativa no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las³.

MEIRELLES (2000) esclarece que evoluiu do entendimento anterior em que considerava excluídas da incidência nesse princípio as *peças físicas e jurídicas* que exercitavam funções públicas *delegadas*, sob a forma de empresas estatais ou de empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos, para a sua inclusão no princípio da responsabilidade objetiva. Ressal-

ta que “*não é justo nem jurídico que a só transferência da execução de uma obra ou serviço originariamente público a particular descaracterize sua intrínseca natureza estatal e libere o executor privado das responsabilidades que teria o Poder Público se o executasse diretamente, criando maiores ônus de prova ao lesado.*” (MEIRELLES, 2000, p. 615). *Serão, portanto, responsabilizadas na sua atuação como prestadoras de serviço público, não em sua atividade privada ou empresarial.*

No entanto, observe-se que o dano causado por obra pública, que é um *fato administrativo*, mas que deriva de um ato administrativo de quem ordena a execução, gera para a Administração a mesma responsabilidade objetiva estabelecida para o serviço público. Mesmo que seja confiada a empreiteiros particulares, a responsabilidade por danos oriundos do *fato da obra* é do Poder Público que ordenou a execução. O construtor particular só responde por atos lesivos resultantes de sua *imperícia, imprudência e negligência* na execução do projeto. A responsabilidade originária é da Administração, como *dona da obra*, mas pode ela haver do *executor culpado tudo quanto pagou à vítima*⁴.

Atos de terceiros e fenômenos da natureza

Mas o Constituinte só protegeu o indivíduo da atuação administrativa “pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros”, mas não por *atos de terceiros ou fenômenos da natureza*. Para a indenização de tais atos ou fatos naturais, permanece o princípio geral da *culpa civil*, nas suas modalidades de *imperícia, imprudência ou negligência* na realização do serviço público que possa ter ocasionado o dano. Logo, o dispositivo constitucional abraça somente a *atuação funcional do servidor público*, não contemplando, pois, os atos de terceiros ou fatos da natureza, como as enchentes, que venham causar dano ao administrado⁵.

Tratando-se de evento da natureza previsível e resistível, como por exemplo um planejamento correto contra as secas, não

haveria como imputar às agências competentes (ANA e ANEEL) responsabilidade pela crise energética. Evidentemente, se ocorreu a crise é porque não houve o devido planejamento para a utilização e aproveitamento dos recursos hídricos, bem como a previsão de outras fontes de energia. Nesse diapasão, se os efeitos da seca poderiam ser amenizados pela correta utilização dos recursos hídricos bem como no fomento de novas fontes de energia, caracterizou-se a falta do serviço.

Da reparação do dano

A ação de indenização é o meio judicial adequado para a reparação do dano que não for resolvido de maneira amigável, por acordo entre as partes. Após a indenização da vítima, a Administração Pública pode exigir do agente causador do dano ação regressiva para obter dele o ressarcimento daquilo que foi pago a título de indenização. É o que autoriza o § 6º do art. 37 da CF, pois, primordialmente, o Estado indeniza a vítima, e só então o agente culpado indeniza o Estado, por ação regressiva.

Enquanto para a Administração a responsabilidade independe de culpa, para o servidor a responsabilidade depende de culpa: aquela é objetiva, esta é subjetiva e se apura pelos critérios gerais do Código Civil.

Como ação civil, destinada à reparação patrimonial, a ação regressiva (Lei nº 8.112/90, art. 122, § 3º) transmite-se aos herdeiros e sucessores do servidor culpado, podendo ser instaurada mesmo após a cessação do exercício no cargo ou na função, por disponibilidade, aposentadoria, exoneração ou demissão.

A responsabilidade civil no novo Código Civil (Lei 10.406/2002, art. 43) e na Constituição Federal (§ 6º do art. 37)

O novo Código trata da responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público no art. 43, estabelecendo, diferentemente do

Código anterior, que: “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.”

Conclui-se, da análise de tal dispositivo, que há responsabilidade da Administração mesmo quando não houver culpa ou dolo por parte do agente público. Quando os causadores do dano agirem com culpa ou dolo, aplica-se a ação regressiva. Logo, a responsabilidade das agências reguladoras é objetiva em todos os casos. Desse modo, todos os danos conseqüentes à atividade comissiva ou omissiva das agências reguladoras estarão sujeitas ao regime de responsabilidade objetiva, cabendo à vítima demonstrar apenas a lesão e o nexo causal com a atividade estatal, no caso a agência reguladora que provocou o dano.

A responsabilidade do Estado pelos atos das agências reguladoras

As agências reguladoras identificam-se com as autarquias, conforme conceituadas no art. 5º, inc. I, do Decreto-lei nº 200/67. São elas também entes descentralizados da Administração Pública, com personalidade jurídica de direito público, com autonomia, inclusive no tocante à gestão administrativa e financeira, com patrimônio e receita próprios, destinados a normatizar, regular e fiscalizar setores de atividades de interesse público, em nome do Estado brasileiro.

Como autarquias de regime especial, diferem das autarquias comuns, pois a lei instituidora lhes confere privilégios específicos com vistas à ampliação de sua autonomia técnica, administrativa e financeira. Seus diretores possuem mandato fixo, o que lhes assegura independência e autonomia nas decisões.

Logo, como pessoas jurídicas de direito público, são sujeitos de direitos e obrigações. Podem, portanto, adquirir direitos e contra-

ir obrigações, inclusive as de indenizar pelos atos danosos, ainda que lícitos.

Portanto, não se justifica a propositura de ação indenizatória à pessoa jurídica de direito público interno a quem a agência esteja vinculada, com o fim de receber indenização pelos atos da agência reguladora. Como pessoa jurídica autônoma, tem capacidade para se fazer representar em juízo, para contrair obrigações e para responder por lesões causadas a terceiros. Em consequência, a responsabilidade do ente de direito público interno a quem a agência esteja vinculada somente será possível a título subsidiário, uma vez exauridos os recursos da agência reguladora causadora do dano.

O art. 37, § 3º, da CF/88, com redação determinada e incisos I a III acrescentados pela EC nº 19/98, prevê a elaboração de Lei, visando disciplinar as formas de participação do usuário na Administração Pública, no sentido de assegurar a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e avaliação periódica da qualidade dos serviços. Nesse sentido, é interessante observar a evolução jurisprudencial. Não tendo sido ainda elaborada a referida Lei, aplica-se o art. 22 do Código de Proteção ao Consumidor, que determina: “os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e quanto aos essenciais, contínuos.” No seu parágrafo único, dispõe que, “nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código.”

No RE nº 120.630/SP, o Rel. Min. José Delgado, tendo como Recorrida a SABESP – Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo, em decisão de 20/11/97, e arri-mado em decisão da Suprema Corte (RE nº 85.268, do Estado do Paraná) que assentou:

“SERVIÇO DE ÁGUA. É legítima a suspensão do fornecimento de água por falta de pagamento de conta apre-

sentada pela companhia de saneamento, de acordo com a Lei que a cria.” entendeu, com base nesse precedente, não haver qualquer possibilidade de ser conhecido o recurso do usuário, que objetivava o restabelecimento do fornecimento de água. No seu voto, sustentou a legitimidade da conduta jurisprudencial que impõe o seguinte entendimento:

“a) No que diz respeito à possibilidade de corte de água pela falta de pagamento, como se já não bastasse a autorização do Decreto nº 21.123/83 para tanto, é até intuitivo que não estaria a SABESP obrigada a continuar fornecendo a devedores da tarifa. Qualquer um sabe que a cobrança só será frutífera se o devedor tiver bens com os quais possa responder pelas dívidas. Em não tendo bens em tais condições, não há quem faça um devedor pagar o que quer que seja. A admitir-se a tese do impetrante, de que o fornecimento jamais poderia ser cortado por falta de pagamento, restando à concessionária a cobrança judicial, estaríamos albergando o locupletamento ilícito na sua forma mais perversa, vale dizer, obrigando a SABESP a fornecer água *in aeternum* a todos os maus pagadores para os quais teve, um dia, a infelicidade de fornecer” (Apelação Cível nº 201.554-11/7, C, 2ª Câmara Civil, Rel SILVEIRA PAULO, v. u., julg. em 21.12.93).

No ROMS 8915/MA (DJ 17/08/98, p.00023), o mesmo Relator, Ministro José Delgado, no “writ” impetrado por ausência de pagamento de tarifa de energia elétrica, assim se manifestou:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENERGIA ELÉTRICA. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DE TARIFA. CORTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. É condenável o ato praticado pelo usuário que desvia energia elétrica, sujeitando-se até a responder penalmente.

2. Essa violação, contudo, não resulta em reconhecer como legítimo o ato administrativo praticado pela empresa concessionária fornecedora de energia e consistente na interrupção do fornecimento da mesma.

3. A energia é, na atualidade, um bem essencial à população, constituindo-se serviço público indispensável subordinado ao princípio da continuidade de sua prestação, pelo que se torna impossível a sua interrupção.

4. Os artigos 22 e 42, do Código de Defesa do Consumidor, aplicam-se às empresas concessionárias de serviço público.

5. O corte de energia, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade.

6. Não há de se prestigiar atuação da Justiça privada no Brasil, especialmente, quando exercida por credor econômica e financeiramente mais forte, em largas proporções, do que o devedor. Afronta, se assim fosse admitido, aos princípios constitucionais da inocência presumida e da ampla defesa.

7. O direito do cidadão de se utilizar dos serviços públicos essenciais para a sua vida em sociedade deve ser interpretado com vistas a beneficiar a quem deles se utiliza.

8. Recurso improvido.”

Portanto, a interpretação das normas do Código do Consumidor aos usuários do serviço público evoluiu no sentido de respeito aos princípios constitucionais em prol do destinatário final desses serviços.

Responsabilidade da Agência por atos comissivos e omissivos da Administração

Como sujeitos de direitos e obrigações, as agências devem ser acionadas diretamente pelos prejuízos causados em decorrência

de suas ações. Nesse sentido o acórdão do Superior Tribunal de Justiça relatado pelo Min. Vicente Leal⁶:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIÇO FUNERÁRIO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. AUTARQUIA MUNICIPAL. AUTONOMIA ADMINISTRATIVA E FINANCEIRA.

O serviço funerário do Município de São Paulo, na qualidade de autarquia municipal dotada de autonomia administrativo-financeira, tem personalidade jurídica e capacidade processual para ser acionado em juízo nas ações que os seus servidores postulam reajuste de vencimentos, o que evidencia a ilegitimidade passiva *ad causam* do Município de São Paulo.”

Não há dúvidas de que responde a Pessoa Jurídica de Direito Público objetivamente pelos danos causados por suas ações, devendo ressarcir à vítima a integralidade dos prejuízos sofridos.

Discordam, entretanto, a doutrina e a jurisprudência quanto ao ato omissivo. Predomina a tese de que neste caso é necessária a comprovação de negligência do Poder Público, para caracterizar a responsabilidade subjetiva. MELO (1993, p. 430) afirma que a imputação de um dano decorrente de omissão estatal não pode ser realizada de forma imediata, uma vez que a inércia, por si, não é causadora de dano. A responsabilidade da Administração surge quando se comprove que estava legalmente obrigada a impedir a ocorrência do evento danoso e não o fez – trata-se, pois, de responsabilidade por ato ilícito, e, por isso, subjetiva.

Ressalte-se que *o dispositivo constitucional instituidor da responsabilidade objetiva do Poder Público (art. 37, § 6º, da CF vigente) refere-se aos danos causados pelos agentes públicos, e não aos danos não causados por estes*. A propósito, em decisão para firmar a responsabilidade do Estado por homicídio de presidiário pratica-

do por outro detento, assim concluiu o Relator, Ministro Carlos Mário Velloso: “o Poder Público, no caso, deve responder pela omissão, porque não atuou quando deveria atuar: cumpria-lhe colocar o preso em ‘cela segura’, diante da ameaça que existia contra a vítima e que lhe foi transmitida. O Poder Público foi, portanto, negligente, modalidade de culpa, a *faute du service* dos franceses⁷.”

Percebe-se, em se tratando de ato omissivo do Poder Público, que a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, mas ao serviço público, de forma genérica (teoria da culpa administrativa).

No mesmo sentido a decisão do TRF da 4ª Região, Rel. Marcelo de Nardi⁸:

“RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – FALTA DO SERVIÇO – CORRETORA DE VALORES MOBILIÁRIOS LIQUIDADADA EXTRAJUDICIALMENTE:

Os investidores clientes da corretora de valores mobiliários liquidada extrajudicialmente não têm direito a indenização por omissão da fiscalização a ser exercida pela CVM, pelo BACEN, ou pela Bolsa de Valores em que opera, quando essa empresa praticou fraudes, e apresentou balanço irregular. A responsabilidade do Estado, em casos de omissão de serviço de fiscalização, deve ser demonstrada com os requisitos do nexo de causalidade e da culpa.”

Logo, em se tratando de situações insuportáveis de prevenir, não há que se falar em responsabilidade objetiva do Estado. A responsabilidade por atos omissivos, nessa perspectiva, deve-se pela não-prestação de um serviço público, do qual tinha o dever legal de prestar.

Mas há também decisões que entendem ser objetiva a responsabilidade civil da Administração, mesmo em face de ato omissivo. Nesse caso, não obstante a não-compro-

vação de negligência dos funcionários do hospital, a indenização foi devida, pois demonstrado o nexo de causalidade.

“RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO CARÁTER OBJETIVO, QUER SE TRATE DE CONDUTA COMISSIVA, QUER OMISSIVA:

Responsabilidade civil do Estado - Interno de hospital municipal, com distúrbios mentais decorrentes de intoxicação, que foge e vem a ser atropelado e morto - Falha no dever de vigilância - Veículo atropelador também pertencente ao Município e que trafegava irregularmente – Procedência.”

Conclusão

Houve, doutrinária e jurisprudencialmente, louvável evolução no tema responsabilidade civil do Estado, partindo-se da teoria da irresponsabilidade até a teoria do risco administrativo, fundada na responsabilidade objetiva da Administração.

As agências reguladoras, conceituadas como autarquias especiais, pessoas jurídicas de direito público, têm autonomia técnica, administrativa e financeira e capacidade de adquirir direitos, celebrar contratos e contrair obrigações, inclusive as de indenizar.

A responsabilidade objetiva do Estado está consagrada pela teoria do risco administrativo, conforme previsto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988. O dispositivo prevê a responsabilização por atos comissivos dos agentes públicos, atuando nessa qualidade. Basta para sua caracterização a existência de nexo de causalidade, não se perquirindo quanto a culpa do Estado ou do agente administrativo.

Diverge-se, doutrinariamente, quanto à omissão da Administração. Rege-se pelo sistema da responsabilidade subjetiva, adotando a teoria da culpa administrativa, fundada na “falta do serviço” (inexistência, retardo ou mau funcionamento do serviço público) e não da culpa individualizada do

agente público. Mas também se entende ser objetiva a responsabilidade civil da Administração, mesmo diante do ato omissivo, ou seja independentemente da comprovação de culpa, uma vez demonstrado o nexo de causalidade.

Mas, com o advento do novo Código Civil, verifica-se, pelo seu art. 43, a unificação do sistema de responsabilidade do Estado, e, em consequência, das agências reguladoras. Desse modo, os atos e fatos causadores de danos, sejam eles comissivos ou omissivos, provocados pela ação ou omissão dos agentes públicos, são responsabilizados objetivamente.

São excludentes da responsabilidade, por não se caracterizar o nexo causal, o caso fortuito e a força maior quando imprevisíveis e inevitáveis, o fato da vítima, exclusivo ou concorrente, e o atos de terceiros, pois o Constituinte só protegeu o indivíduo da atuação administrativa “pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros”. Para a indenização de tais atos ou fatos naturais, permanece o princípio geral da *culpa civil* – nas suas modalidades de *imperícia, imprudência ou negligência* na realização do serviço público – que possa ter ocasionado o dano.

Logo, o dispositivo constitucional abraça somente a *atuação funcional do servidor público*, não contemplando, pois, o fato da vítima, os atos de terceiros ou fatos da natureza, como as enchentes, que venham a causar dano ao administrado.

Notas

¹ Como menciona esse autor, “a doutrina do *Direito Público* propôs-se a resolver a questão da responsabilidade civil da Administração por princípios objetivos, expressos na teoria da responsabilidade sem culpa ou fundados numa *culpa especial do serviço público* quando lesivos a terceiros”.

² “D’abord reconnue, em dehors même des cas où un texte précis la consacrait, pour les actes dits de gestion, qui ne mettaient pas en jeu la souveraineté de l’État, elle fut admise en principe par le célèbre arrêt Blanco (...) qui affirme: ‘La responsabilité qui

peut incomber à l’Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu’il emploie dans le service publique...n’est ni générale, ni absolue; elle a ses règles spéciales...’. Si restrictive que puisse paraître la formule, elle n’en consacre pas moins l’existence d’une responsabilité de la puissance publique, indépendamment de tout texte.” (RIVERO, 1990, p. 340).

³ DJU 22.04.91 – *detento assassinado por colega de cela*; RJTJSP 124/139 – (*morte causada por falta de tampa em bueiro*); BAASP 1.671, de 2.1.90 – *vítima atingida por projétil durante tiroteio*).

⁴ RTJ 140/136; RT 142/612; 229/130; 233/153; 236/95.

⁵ Por isso, a jurisprudência tem exigido a prova de culpa da Administração nos casos de depredações por multidões (RDA 49/198; 63/168, 211/189, 297/301).

⁶ Superior Tribunal de Justiça no Resp 249527 – SP – 6ª T. Rel. Min. Vicente Leal (DJU 14.02.2000, p. 87):

⁷ RE 179.147. STF, Rel. Min. Carlos Mario Velloso, 2ª Turma, DJ de 27.2.98, p.18.

⁸ Brasil, TRF 4ª Região. AC95.04.520.94-4-RS-3ª T. Rel. Juiz Marcelo de Nardi – DJU 05.05.1999.

Bibliografia

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

FEBRE reguladora. Exame, São Paulo, p. 44, 23 jan. 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

RIVERO, Jean. *Droit administratif*. Treizième éd. Paris: Dalloz, 1990.

SAAD, Renan Miguel. *O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado*: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TÁCITO, Caio. A reforma do Estado e a modernidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, p. 1-7, jan./mar. 1999.