

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – UNIRIO

ESDRAS BRUM ANDRADE RÉDUA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NAS OMISSÕES  
FISCALIZATÓRIAS DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

RIO DE JANEIRO

2015

ESDRAS BRUM ANDRADE RÉDUA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NAS OMISSÕES  
FISCALIZATÓRIA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

*"Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito".*

PROFESSORA ORIENTADORA: PATRÍCIA REGINA PINHEIRO SAMPAIO

RIO DE JANEIRO

2015

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, em um primeiro momento, ao meu bom Deus, que me deu toda a sabedoria e inteligência necessária para chegar onde estou, dando-me as forças para não desistir em qualquer momento de dificuldade.

Agradeço a minha esposa, Caroline, que nos momentos de conclusão do presente trabalho, mesmo recém-casados, abdicou de todo o seu tempo comigo para que eu pudesse reverter todas as minhas forças para, finalmente, conseguir finalizar esta monografia, sempre me falando palavras de ânimo quando me via cansado e desanimado.

Agradeço aos meus pais, Éber e Francinete, os quais foram e ainda são fundamento de tudo o que hoje sou, nunca abrindo mão de dar o ensinamento necessário, bem como me apoiando em todos os meus sonhos, mesmo os mais longínquos, e estando, em todos os momentos, bons ou ruins, ao meu lado, demonstrando que sempre pude e poderei contar com suas conselhos e advertências.

Agradeço ao meu irmão, Matheus, que de sua maneira peculiar sempre se alegrou com minhas conquistas, e esteve comigo em minhas quedas e fracassos, sendo um dos meus primeiros amigos.

Agradeço a todos os meus amigos, seja de profissão ou da vida, que sempre se preocuparam comigo, perguntando rotineiramente sobre o andamento da minha faculdade, bem como de minha conclusão da monografia e do curso de Direito.

E, finalmente, agradeço a minha orientadora, professora Patrícia Sampaio, que buscou, em todos os momentos, extrair tudo de melhor para a produção deste trabalho, sempre com intervenções muito pertinentes e conselhos afáveis, atenciosa e sempre pronta a ajudar seus orientandos.

## RESUMO

Este trabalho possui como tema o estudo da possibilidade de responsabilização das agências reguladoras por conta de sua omissão na fiscalização da prestação dos serviços públicos prestados por particulares. Trata-se de uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial com o objetivo de averiguar se a falha das agências reguladoras em seu dever de fiscalizar os serviços públicos tem o condão de responsabilizá-las pelos danos praticados pelos prestadores. Esta análise constatou que duas são as teorias que aceitam a responsabilização, uma que afirma ser esta solidária, eis que aplicável o Código de Defesa do Consumidor, e outra que defende a responsabilidade subsidiária, uma vez que, quando omissa em seu dever, a agência passa a fazer parte da cadeia de responsabilidade, substituindo o prestador na eventualidade deste não mais ter forças para cumprir com suas obrigações.

Palavras-chave: Ato omissivo. Dever legal. Omissão específica. Solidariedade. Subsidiariedade.

## **ABSTRACT**

The present study aims to show the possible liability of federal regulatory agencies due to omission behavior, or inaction at supervising and monitoring public service activities, even when not directly provided by the government. The research is based on major court precedents and legal doctrine, with the purpose of analyzing if the deficiencies and faults in regulatory agencies' duty of supervising public services operators may make them responsible for the damages caused by private parties that are under the scope of its surveillance. The analysis found out that there are two theories accepting this possibility; one stating that these situations would imply in a joint responsibility of the State along with the private party that directly caused the damages, based on Brazilian Consumers' Defense Code; and other stating that the State would be responsible only in subsidiary terms, integrating the liability chain, being demanded to repair and compensate damages as long as the private party no longer have resources to cover the damages and costs caused by its action.

Key words: Omission. Legal duty. Specific omission. State liability. Joint liability. Subsidiary liability.

## SUMÁRIO

|  |    |
|--|----|
| INTRODUÇÃO .....   | 6  |
| 1. AGÊNCIAS REGULADORAS.....   | 8  |
| 1.1    Conceito de Regulação.....  | 8  |
| 1.2    Criação e Extinção.....   | 10 |
| 1.3    Regime de Pessoal.....  | 11 |
| 1.4    Autonomia Patrimonial.....  | 13 |
| 1.5    Atividades Desempenhadas.....   | 14 |
| 1.6    Atividade Judicante.....  | 18 |
| 1.7    Responsabilidade Civil.....   | 20 |
| 2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E DO CONCESSIONÁRIO /<br>PERMISSIONÁRIO.....                             | 21 |
| 2.1    Conceito Geral de Responsabilidade Civil.....   | 21 |
| 2.2    Responsabilidade do Ente Público por Conta de sua Omissão.....  | 23 |
| 2.2.1    Diferença entre Ato Comissivo e Omissivo.....   | 23 |
| 2.2.2    Omissão Específica x Omissão Genérica.....  | 24 |
| 2.2.3    Divergência Doutrinária e Jurisprudencial sobre o Tema.....   | 25 |
| 2.2.4    Excludentes da Responsabilidade do Estado.....  | 29 |
| 2.3    Responsabilidade Civil dos Concessionários e Permissionários<br>Prestadores de Serviços Públicos..... | 31 |
| 3. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS POR<br>OMISSÃO FISCALIZATÓRIA.....                        | 37 |
| 3.1    Diferença entre Omissão Normativa e Omissão Fiscalizatória.....                                       | 37 |
| 3.2    Omissão na Fiscalização Realizada Pelas Agências Reguladoras.....                                     | 39 |
| 3.2.1    Responsabilidade Solidária x Subsidiária.....   | 47 |
| 3.3    Danos não Imputáveis às Agências Reguladoras.....   | 50 |
| CONCLUSÃO.....   | 53 |
| BIBLIOGRAFIA.....  | 57 |

## INTRODUÇÃO

No presente trabalho será tratada a questão dos danos causados por conta da omissão na fiscalização dos serviços públicos prestados pelos particulares, por parte das agências reguladoras, buscando-se averiguar se tal omissão é instrumento idôneo para gerar responsabilidade civil à agência reguladora, respondendo esta conjuntamente com a concessionária que causou diretamente o dano.

Com efeito, em um primeiro momento, buscar-se-á conceituar a atividade regulatória, bem como o caminho que se levou o Estado até o seu quase total distanciamento da intervenção direta na economia, lançando-se como Estado empreendedor, para chegar a uma intervenção indireta, funcionando por meio das agências reguladoras, as quais tem o dever de regulamentar, fiscalizar e sancionar o serviço ou atividade econômica de determinado setor.

Ato contínuo, serão tratadas as nuances das agências reguladoras, as quais fazem delas instituição única em nosso ordenamento jurídico. Pode-se citar como exemplo desta peculiaridade das agências a impossibilidade de exoneração de seus conselheiros pelo mero alvitre do chefe do Poder Executivo a que se vincula, dando-lhes maior estabilidade para gerir e direcionar a agência no caminho onde se busca chegar em um mercado regulado, sem escoras para a prática de abusos ou práticas anticoncorrenciais ou que gerem danos aos usuários dos serviços públicos.

Outra grande característica que norteia a peculiaridade das agências é a impossibilidade revisão de seus atos pelo órgão a que se vinculam, buscando, assim, garantir que sejam seguidas as diretrizes estabelecidas, sem qualquer interferência de agentes exteriores, dada a sua evidente importância para o bom andamento da sociedade.

No segundo capítulo, será tratada a controversa responsabilidade por omissão do Estado, esta, segundo afirmam alguns doutrinadores, de natureza exclusivamente subjetiva, sendo, contudo, conferido ao particular, nos casos em que o Estado tinha o dever legal de impedir o dano, a possibilidade da presunção da “falta do serviço”, onde cabe ao lesado comprovar tão somente que o serviço não foi

prestado, foi-o tardiamente, ou de modo precário, operando-se a inversão do ônus da prova, incumbindo ao Estado demonstrar a regular prestação do serviço para que seja eximido de indenizar o ofendido.

Noutra vertente, outros autores apresentam a dicotomia existente nessa matéria, esta consubstanciada na presença de duas possibilidades de omissão, a saber, omissão específica, na qual o Estado detinha o dever legal de impedir a ocorrência do dano; e omissão genérica, onde ao Estado cabia tão somente o dever genérico de prestar devidamente o serviço.

Assim, afirmam que, no caso da omissão específica, a responsabilidade é objetiva, sendo despidendo a comprovação da culpa; ao passo que a omissão genérica circunscreve-se a responsabilidade subjetiva, sendo imposto ao lesado demonstrar cabalmente a culpa do Estado no dano amargado.

Aqui será tratada também a questão das excludentes do nexo causal, as quais impediriam, via de regra, a configuração da responsabilidade civil do Estado, sendo elas: **(i)** culpa exclusiva da vítima; **(ii)** culpa exclusiva de terceiro; e **(iii)** caso fortuito ou de força maior.

Por fim, entrar-se-á no tema principal do presente trabalho, que depende da conjugação dos dois capítulos anteriores, averiguando-se a possibilidade de responsabilização da agência reguladora por conta de suas falhas no tocante a fiscalização da devida prestação, bem como das condições desta prestação, dos serviços públicos levados a efeito pelos concessionários e permissionários.

Aqui tentará se mostrar que, por se tratar a atividade fiscalizatória de dever legal específico da agência reguladora, quando se omite em tal exercício, incorre-se em omissão específica, devendo-se, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial, responder, seja solidária ou subsidiariamente, pelos danos perpetrados aos usuários advindos de sua falha na fiscalização.



## 1) AGÊNCIAS REGULADORAS

### 1.1) Conceito de Regulação

Conforme preleciona o artigo 174 da Carta Maior de 1988, o Estado, como agente normativo e regulador, exercerá função de fiscalização, planejamento e incentivo do mercado.<sup>1</sup>

Essa é a chamada intervenção indireta do Estado na economia, o qual, afastando-se da prestação efetiva de diversas atividades, transferindo-as ao particular, atém-se a fiscalizar e reprimir abusos realizados no mercado, bem como práticas que visem lesar a coletividade em geral.

Assim, o estado, anteriormente caracterizado pela grande atuação direta no mercado, passa a trabalhar sob o cunho da excepcionalidade da prestação direta, priorizando a competência regulatória, despendida a sociedade na pessoa das agências reguladoras.

Neste ponto, preciosas as palavras de Marçal Justen Filho, senão vejamos:

A regulação econômico-social consiste na atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais.<sup>2</sup>

Assentando tal entendimento, imperioso reconhecer que dois são os campos de incidência da atividade regulatória, a saber, a atividade econômica em sentido

---

<sup>1</sup>Art. 174. 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.

<sup>2</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 11ª ed.. Editora Revista do Tribunais, São Paulo, 2015,p. 663. Ainda nessa obra, este Autor dá considerável explicação para a mudança do foco do Estado para a regulação, afirmando: “A regulação consiste na opção preferencial do Estado pela intervenção indireta, puramente normativa. Revela a concepção de que a solução política mais adequada para obter os fins buscados consiste não no exercício direto e imediato pelo Estado de todas as atividades de interesse público. O Estado regulador reserva para si o desempenho material e direto de algumas atividades essenciais e concentra seus esforços em produzir um conjunto de normas e decisões que influenciem o funcionamento das instituições estatais e não estatais, orientando-as em direção de objetivos eleitos” (p. 665).

estrito, e os serviços públicos prestados, não se podendo olvidar que, muito embora trabalhe em regime de excepcionalidade, o Estado também se lança a iniciativa privada, sofrendo, outrossim, a incidência da fiscalização regulatória, eis que em paridade de armas com os empresários privados.

Com efeito, segundo entendimento de Luis Roberto Barroso, três seriam os poderes da atividade regulatória, quais sejam: **(i)** editar regras; **(ii)** assegurar sua aplicação, e; **(iii)** reprimir as infrações<sup>3</sup>. Em outras palavras, a atividade regulatória erige-se sobre o tripé normativo, fiscalizatório e sancionatório, onde a mesma entidade – agência reguladora – edita normas técnicas para o bom andamento do setor regulado, fiscaliza o cumprimento destas regras, e, por fim, penaliza aqueles que a violaram.

Neste ponto, boas as palavras de Alvaro Augusto Pereira Mesquita, vejamos:

A atuação do Estado regulador caracteriza-se pela intervenção indireta do Estado na ordem econômica, regulamentando e fiscalizando a prestação de determinado serviço, inclusive serviços públicos, como forma de equilibrar os interesses dos usuários ou consumidores e os de mercado, em prol do interesse público.<sup>4</sup>

Nesta esteira que se deflagrou o processo de criação das agências reguladoras, a saber, o distanciamento do Estado da atividade econômica propriamente dita, restringindo sua atuação apenas na manutenção da lisura e bom andamento do mercado.

Assim, agências reguladoras são pessoas jurídicas de direito público, dotadas de personalidade jurídica, fazendo parte da Administração Pública Indireta, vinculada a um dos entes federados.

---

<sup>3</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, Ordem Econômica e Agências Reguladoras*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, fevereiro, 2005, p. 11. Disponível em [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em 05 de novembro de 2015.

<sup>4</sup> PEREIRA MESQUITA, Alvaro Augusto. *O Papel e o Funcionamento das Agências Reguladoras no contexto do Estado brasileiro*. In Revista de Informação Legislativa: v.42, nº 166, p.23-39 (abr/jun 2005). Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/428>.

Possuem o mesmo regime jurídico que as autarquias, sendo, inclusive, nomeadas por alguns doutrinadores como “Agências Autárquicas Reguladoras”, e, nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, seu *“objetivo institucional consiste 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 intervenção estatal no domínio econômico, quando necessário para evitar abusos nesse campo, perpetrados por pessoas da iniciativa privada.”*<sup>5</sup>

Destarte, pode-se concluir que as Agências Reguladoras ostentam função de regular e fiscalizar as pessoas privadas nos serviços prestados a sociedade, buscando sempre garantir a lisura e excelência dos produtos e serviços oferecidos ao cidadão brasileiro.

## **1.2) Criação e Extinção**

Consoante preconiza o artigo 37, XI, da CRFB/88, imprescindível se faz, para a criação de pessoa jurídica de direito público inserta na Administração Pública indireta, a edição de lei específica, a qual, além de instituir a pessoa pública, ainda regulamenta sua atuação, sua organização e disciplina de seus atos. Assim, como a agência reguladora é entidade pública, imperioso concluir que, para sua criação, necessário se faz a edição de Lei específica, a qual, após aprovada pelo poder legislativo pertinente, dará início a agência reguladora.

Por sua vez, uma agência reguladora só pode ser extinta por meio de edição de Lei específica, a qual pormenorizará a forma de sua extinção, bem como, caso haja dívidas, como serão tais solvidas. Tal exigência se dá em cumprimento ao princípio da simetria, o qual preconiza que a pessoa pública só pode ser extinta por via do mesmo meio legal pelo qual foi criada.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 26ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 489.

<sup>6</sup> Resumindo bem o que ora se fala, boas as palavras de Luis Roberto Barroso: “As Agências reguladoras foram introduzidas no Brasil sob a forma de autarquias, e, conseqüentemente, com personalidade jurídica de direito público. Estão sujeitas, assim, ao mandamento do artigo 37, XIX da Constituição e sua criação somente poderá se dar mediante lei específica. O mesmo quanto à sua

### 1.3) Regime de Pessoal

Por se tratar, como já salientado acima, e muito embora algumas diferenças vislumbradas, as agências reguladoras são entidades autárquicas, possuindo, portanto, natureza de direito público. Nesta toada, imperioso concluir que seu regime de pessoal seguirá o do ente público a que está vinculado, sendo, em maioria esmagadora, regime estatutário, regidos pela mesma Lei que norteia os servidores da pessoa pública a que se vincula.

Contudo, no tocante à cúpula da Agência Reguladora – conselho administrativo -, tais apresentam diferença significativa em relação às autarquias por excelência. Isso porque, toda Agência Reguladora, nos termos do artigo 4º da Lei nº 9.986/00, é dirigida em regime de colegiado, composto por conselheiros ou diretores, sendo um deles o Presidente. Por sua vez, nos termos do artigo 5º do mesmo Diploma Legal, todos são empossados em seus respectivos cargos por indicação do Chefe do Executivo do ente a que é vinculado, passando pela sabatina do órgão pertinente – em seara federal a sabatina é realizada pelo Senado Federal -, e, nos termos do artigo 6º da Lei nº 9.986/00, serão contemplados com mandato fixo, o qual tem seu prazo fixado na lei específica instituidora da agência.

Ocorre que, por força do artigo 9º desta Lei, é vedada a sua retirada da função por questões estritamente políticas, demandando tal fato processo administrativo disciplinar, onde, caso configurado qualquer ato ilícito que se amolde a sanção de demissão, será o conselheiro retirado de sua função, vejamos:

Art. 9º Os Conselheiros e os Diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar.

Parágrafo único. A lei de criação da Agência poderá prever outras condições para a perda do mandato.

Tal prerrogativa, repise-se, tem como escopo imunizar o conselheiro das nuances e intempéries do setor político brasileiro, dando-lhe maior autonomia para realizar cabalmente seu trabalho, mesmo que isto importe em descontentamento do ente público<sup>7</sup>.

Explica-se. Como a Agência Reguladora tem como sua proeminente função a fiscalização e sanção aos prestadores de serviços existentes em seu setor regulado, fato é que precisa ser dotada de maior autonomia julgadora, eis que, como é cediço, o ente público também se lança diretamente no setor econômico – empresas públicas e sociedades de economia mista -, podendo, infelizmente, caso tenha ingerência sobre a perpetuação dos conselheiros da pertinente Agência reguladora, fazê-los de instrumento para ter vantagens no setor em que milita economicamente.

Cabe aqui trazer à colação as palavras deosé dos Santos Carvalho Filho, vejamos:

Neste passo, cabe reiterar o que acentuamos anteriormente: o sistema verdadeiro das agências reguladoras implica lhes seja outorgada certa independência em relação ao governo no que tange a vários aspectos de sua atuação. Se há interferência política do governo, o sistema perde sua pureza e vocação.

Assim, imperioso concluir que foi acertada a decisão do legislador ao consignar na Lei geral das Agências Reguladoras a impossibilidade de exoneração do conselheiro tão somente por questões políticas, atribuindo-lhe maior autonomia e segurança para prolatar decisões que possam ir de encontro aos interesses econômicos do ente público a que está vinculado.

---

<sup>7</sup> “No primeiro caso, nos termos da previsão legal, o Chefe do Poder Executivo escolhe o nome do dirigente e o submete para aprovação ao Poder Legislativo (na seara federal ao Senado Federal), que o sabatina e emite juízo de valor se o aprova ou não. Em caso de aprovação, o escolhido será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo para o exercício de um mandato fixo, não podendo ser exonerado *ad nutum*. O dirigente nomeado para o exercício do cargo em comissão na Agência Reguladora só poderá ser exonerado se cometer falta grave comprovada mediante processo administrativo que respeite o devido processo legal.” WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras*, 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p.58.

#### **1.4) Autonomia Patrimonial**

As Agências Reguladoras, como é cediço, possuem independência financeira, sendo dotadas de patrimônio e arrecadação próprios, consubstanciados na taxa regulatória cobrada ao setor regulado. Desta feita, possuem autonomia patrimonial, não dependendo da aprovação de verbas orçamentárias dos entes a que se vinculam para dispor de viabilidade financeira para efetivação de suas finalidades.

Por certo, esta autonomia pode ser configurada, outrossim, como mais um instrumento de ratificação da independência que as agências reguladoras exercem em relação aos entes públicos a que se vincula. Isso porque, em não dependendo que sejam revertidas verbas orçamentárias, a agência reguladora passa a não mais estar atrelada às rotineiras guerras políticas quanto ao orçamento do ente público.

Conforme entendimento de Marçal Justen Filho, a garantia de autonomia financeira por meio de receitas vinculadas – taxas regulatórias – possibilita a perpetuação da estrutura e do funcionamento das agências, independentemente de disputas políticas sobre verbas orçamentárias.<sup>8</sup>

Assim, forçoso reconhecer que, mais uma vez acertada a atribuição de autonomia econômico-financeira as agências reguladoras, eis que vai ao encontro de seu escopo, qual seja, atuar imparcialmente e independentemente no mercado, regulando todos que se aventurem no setor regulado, não guardando qualquer relação com as contingências e instabilidades das recorrentes brigas políticas evidenciadas em território nacional.

Não obstante, há que se reconhecer a reduzida autonomia das agências reguladoras no que toca ao Poder Legislativo. Isso porque, consoante entendimento de Alexandre dos Santos Aragão, sempre é possível a interferência do Legislativo,

---

<sup>8</sup> FILHO, Marçal Justen. Op. cit. p. 703.

seja alterando o regime jurídico da agência, seja extinguindo-a<sup>9</sup>, nos termos aduzidos no tópico sobre a criação e extinção das agências reguladoras.

### 1.5) **Atividades desempenhadas**

Nos dizeres de Alexandre dos Santos Aragão, há grande diversidade e amplitude das funções da agência reguladora, cabendo até o desafio do princípio da separação dos poderes, *ipsis litteris*:

Como conceito de regulação agrega o exercício de uma série de funções e poderes administrativos, é decorrência necessária que as agências reguladoras desempenhem uma série de distintas funções, o que chega mesmo a desafiar algumas formulações tradicionais da doutrina da separação dos poderes.<sup>10</sup>

Nesta toada, vislumbra-se que foi conferido às agências reguladoras vasto campo normativo, podendo esta editar normas, frise-se, sem inovar no ordenamento jurídico – matéria, em tese, exclusiva do poder legislativo -, bem como fiscalizar e, caso apurado algum ilícito, exercer seu poder de polícia sobre os seus regulados, aplicando-lhes sanções, tal como aconteceu há bem pouco tempo com três operadoras de telefonia móvel que foram impedidas de comercializar novas linhas por determinado espaço de tempo.<sup>11</sup>

Em um primeiro momento, dar-se-á maior atenção ao poder normativo das agências reguladoras, eis que, neste ponto, há verdadeira controvérsia entre abalizados doutrinadores quanto a esta possibilidade, erigindo-se tal discussão sobre o artigo 84, IV, da CRFB/88, onde é previsto que a competência para expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis é do Poder Executivo de cada ente.

Assim, consoante entendimento esposado por Maria Sylvia Zanella de Pietro, as agências reguladoras não possuem a competência de regulamentar leis, isso

---

<sup>10</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Econômico*, 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Gen, 2006, p. 316.

<sup>11</sup> Notícia disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,anatel-suspende-venda-de-chips-de-claro-oi-e-tim,119671e> – acessado em 11/11/2015.

porque “essa competência é privativa do Chefe do Poder Executivo, e, se pudesse ser delegada, essa delegação teria que ser feita pela autoridade que detém o poder regulamentador e não pelo legislador.”<sup>12</sup>

Para esta doutrinadora, as agências reguladoras poderiam editar normas tão somente para organização interna, ou para pormenorizar conceitos jurídicos indeterminados contidos em lei, sem, contudo, inovar na ordem jurídica.<sup>13</sup>

Com entendimento contrário, cabe aqui salientar os doutrinadores Marçal Justen Filho<sup>14</sup> e Alexandre Santos de Aragão<sup>15</sup>, defendendo estes que a competência para regulamentação das leis não está restrita ao Chefe do Poder Executivo, mas é distribuída, por motivos técnicos ou organizacionais, pelas entidades que compõem a Administração.

Neste ponto, precisas as palavras de Marçal Justen Filho, vejamos:

Por outro lado, a agência é investida na competência para editar normas regulamentares. A competência para editar regulamentos não é privativa do Presidente da República, mas se distribui entre as diversas entidades integrantes da Administração Pública. A redação do artigo 84, IV, da Constituição não significa uma reserva constitucional privativa para o Presidente da República editar regulamentos.

Acolher o argumento da impossibilidade de atribuição de competências normativas abstratas para outras autoridades administrativas acarretaria um verdadeiro caos para a atividade administrativa do Estado, pois seria impossível que o Presidente da República concentrasse em suas mãos a competência para editar todos os regulamentos administrativos.<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 580-581.

<sup>13</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *idem*.

<sup>14</sup> FILHO, Marçal Justen. *Op. cit.* p. 699-701.

<sup>15</sup> Alexandre dos Santos Aragão, em artigo denominado *O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito* afirma que “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”. Assim, não resta outra conclusão senão a de que é possível a edição de normas pelas agências reguladoras, tendo em vista sua indiscutível tecnicidade no setor que regula. In *Revista de Informação Legislativa*: v. 37, nº 148, p. 277-299 (out./dez. 2000), disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/646/r148-19.pdf?sequence=4>.

<sup>16</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.* p. 699.



Contudo, não se pode perder de vista que se trata de edição de normas infralegais, sendo defeso às agências reguladoras a inovação, repise-se, no ordenamento jurídico, uma vez que, via de regra, é vedada a expedição de regulamento autônomo no direito pátrio, sob pena de violação do princípio da separação dos três poderes.<sup>17</sup>

Esta a tese amparada pelo douto doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello, *in verbis*:

De toda sorte, ditas providências, em quaisquer hipóteses, sobre deverem estar amparadas em fundamentos legais, jamais poderão contrariar o que esteja estabelecido em alguma lei ou por qualquer maneira distorcer-lhe o sentido, maiormente para agravar a posição jurídica dos destinatários da regra ou de terceiros; assim como não poderão também ferir princípios jurídicos acolhidos em nosso sistema, sendo aceitáveis apenas quando indispensáveis, na extensão e intensidade requeridas para o atendimento do bem jurídico que legitimamente possam curar e obsequiosas à razoabilidade.<sup>18</sup>

Outra não poderia ser a conclusão final, eis que, como entidade da mais alta técnica sobre o assunto, imperioso concluir que compete a esta a expedição de regulamentos tendentes a, nas palavras de Alexandre dos Santos Aragão, “propiciar, em maior ou em menor escala, o desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com autonomia e agilidade, regular a complexa e dinâmica realidade social subjacente”.<sup>19</sup>

Noutra vertente, tem-se o poder fiscalizatório das agências reguladoras. Como se verá adiante, estes entes tem o dever de realizar a atividade fiscalizatória sobre seu setor regulado, sob pena de ser responsabilizado subsidiariamente pelas falhas apresentadas na prestação dos serviços, ou venda de produtos. No que tange a este ponto, e tão somente para dar uma pincelada no que ainda está por vir neste trabalho, vale aqui transcrever as palavras de Flávio de Araújo Willeman, vejamos:

---

<sup>17</sup> Sobre o poder normativo das agências reguladoras e o princípio da separação dos poderes, aconselha-se a leitura de ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *O Poder normativo das Agências Reguladoras Independentes e o Estado Democrático*. In Revista de Informação Legislativa, v. 37, nº 148, p. 275-299 (out./dez. 200). Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/646/r148-19.pdf?sequence=4>.

<sup>18</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 177.

<sup>19</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Op. cit. p. 406.

No que toca ao específico objeto deste estudo, **o dever de fiscalização do segmento regulado está inserto em todas as legislações que criaram as várias Agências Reguladoras** – de serviços públicos ou não – **razão por que ousamos afirmar que o eventual dever de indenizar da Agência, oriundo na falha ou ausência de fiscalização do segmento regulado, será regido pela teoria objetiva, inserta no artigo 37, §6º, da CRFB/88, com fundamento na teoria do risco administrativo.**<sup>20</sup>

Nesta esteira, como visto acima, a atividade fiscalizatória possui suma importância, sendo a principal função a ser exercida pelas agências reguladoras. Isso porque, não possui qualquer valia a regulamentação do setor regulado sem que haja a pertinente fiscalização quanto a observação de tais normas. Da mesma feita, não é possível impor sanções – atividade que se verá logo a seguir – sem que, por meio da fiscalização, a agência reguladora apure a violação a uma de suas normas regedoras do setor regulado.

Desta feita, imperioso reconhecer a proeminência da atividade fiscalizatória das agências reguladoras, eis que, diante de sua falta, desvirtua-se todo o sistema. Ante tal fato, não é outra a conclusão na direção de sua responsabilização pelas falhas evidenciadas no seu setor regulado por conta da inexistência, quiçá inutilidade de sua atividade fiscalizatória. Mas isso ainda é assunto para o próximo capítulo.

Ademais, a agência reguladora possui a atividade sancionatória, haja vista que, descumpridos os deveres e obrigações impostos ao setor regulado, deve possuir capacidade para sancionar, sob pena de desvirtuar toda sua função de agência reguladora, uma vez que, caso não seja possível a prática da sanção, a norma perde o caráter de coerção.

Tal atividade encontra esteio no poder de polícia atribuído às agências reguladoras, este consubstanciado na prerrogativa que tem o ente público de, em se vislumbrando ato ilícito praticado por um daqueles que fazem parte de seu setor regulado, tomar medidas para cessar tal afronta, bem como aplicar penalidades, colimando sempre a manutenção da lisura e bom andamento do setor a si afeto.

---

<sup>20</sup> WILLEMANN, Flávio de Araújo. Op. cit. p. 123.

### 1.6) Atividade judicante

Merecedora de item específico é a atividade judicante exercida pelas agências reguladoras. Isso porque, como grande diferencial em relação aos outros entes insertos na Administração Pública Indireta, tem-se a impossibilidade de interposição, contra as decisões finais das agências reguladoras, de recurso hierárquico impróprio, dirigido ao Ministro a que se vincula a respectiva agência.

Muito embora não haja expressa previsão legal apontando tal impossibilidade, a doutrina vem, em maioria esmagadora, corroborando tal conclusão. Com efeito, restaria um tanto quanto contraditório a criação de uma agência reguladora, a qual, como já visto anteriormente, goza de autonomia política, econômica e administrativa, sem que disponha de liberdade judicante.

Por óbvio, seria toda a sua liberdade lançada por terra quando, ao prolatar decisão contrária aos interesses do ente federado, vê-se a interposição de recurso hierárquico impróprio, com posterior reforma decisão. Este também o entendimento de Alexandre dos Santos Aragão, *ipsis litteris*:

Ademais, a admissão de recursos hierárquicos impróprios deitaria por terra todo o arcabouço institucional traçado pelo ordenamento jurídico para as agências reguladoras, tornando inócua, por exemplo, a vedação de exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes. O espírito da disciplina destas entidades, que é justamente o de afastá-las das injunções político-eleitorais fugazes e casuísticas [...], restaria totalmente corrompido se o Ministro ou o Presidente da República pudesse a qualquer momento impor caso a caso a sua vontade.”<sup>21</sup>

Por sua vez, Marçal Justen Filho explica que, ao passo que a competência administrativa para tratar de determinado assunto é atribuída a uma agência reguladora, fato é que tal é, imediatamente, retirada da competência da Administração centralizada. Assim, “isso significa que o Presidente da República, embora titular do mais alto posto do Estado, não poderá deliberar sobre assuntos de competência das agências.” Continua o autor: “Isso demonstra, inclusive, a ausência

---

<sup>21</sup>ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Op. cit. p. 349.

de revisibilidade ministerial dos atos praticados pelas agências. Não cabe 'recurso hierárquico' para o Ministério em relação às decisões praticadas pelas agências."<sup>22</sup>

Ademais, e sem poder se olvidar, tem-se que, como agência reguladora que é, forçoso seria concluir que é dotada de notório conhecimento técnico sobre a matéria afeta ao setor regulado. Assim, não existiria ente mais bem preparado para a resolução das lides ali evidenciadas do que a própria agência reguladora.

Assim, seja pela inexistência de expressa previsão legal de possibilidade de recurso hierárquico impróprio das decisões prolatadas pela agência reguladora, seja pelo desvirtuamento da atividade regulatória que tal previsão acarretaria, seja pela maior tecnicidade da agência quando comparada com o ente federado a que se vincula, fato é que tais entidade públicas ostentam soberania quanto a Administração Pública das decisões prolatadas em seu âmbito, não cabendo questioná-las junto ao Ministério a que esta atrelada.

Contudo, não se pode perder de vista que, mesmo possuindo soberania quanto a revisão por conta da Administração Direta, não ostenta tal qualidade em detrimento do Poder Judiciário. Com efeito, nos termos do artigo 5º, XXXV, da CRFB/88, nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito terá sua apreciação afastada do Judiciário. Tal artigo consagra o princípio da inafastabilidade da apreciação jurisdicional, onde resta incontestemente que, mesmo esgotadas todas as vias administrativas para a solução do problema, tal não tem o poder de fechar as portas do Judiciário para os anseios dos cidadãos.

Não obstante, há que se salientar que, por consequência do princípio da separação dos poderes, não pode o Judiciário rever o mérito da decisão prolatada, mormente em se tratando de agências reguladoras<sup>23</sup>, mas tão somente o de apurar

---

<sup>22</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 698-699.

<sup>23</sup> Afirma Alexandre dos Santos Aragão: "Logicamente que sempre será possível o acionamento do Judiciário contra as decisões das Agências Reguladoras. Todavia, em razão da ampla discricionariedade conferida pela lei e ao caráter técnico-especializado do seu exercício, prevalece, na dúvida e desde que seja razoável, a decisão do órgão ou entidade reguladora, até porque, pela natureza da matéria, ela acabaria deixando de ser decidida pela agência para, na prática, passar a ser decidida pelo perito técnico do Judiciário. [...] O Poder Judiciário acaba, portanto, não tendo grande ingerência matéria nas decisões das agências, limitando-se, na maioria das vezes, como imposição do Estado de Direito, aos aspectos procedimentais assecuratórios do devido processo

a legalidade do arcabouço do ato administrativo, a saber, se os requisitos exigidos para sua elaboração estão presentes, bem como se estes condizem com a realidade, objetivando única e exclusivamente rechaçar qualquer abusividade do ato, mas nunca rever o seu mérito, sob pena de se arvorar na atividade administrativa, violando, por conseguinte, o princípio da separação dos poderes.

### **1.7) Responsabilidade civil**

As agências reguladoras, como pessoas jurídicas de direito público, estão insertas no regime de responsabilidade civil objetiva por conta de seus atos ilícitos, por força do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal/88, vejamos:

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

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

Assim, caso seus agentes pratiquem qualquer ato ilícito, a agência responderá objetivamente – sem a necessidade de comprovação de culpa – em relação a terceiros lesados pelos seus atos à margem da lei, não merecendo, por ora, maiores atenções tal tema.

Por sua vez, atinente às omissões perpetradas por este ente público, maior atenção merecerá no próximo capítulo, onde será delineado todo o entendimento doutrinário e jurisprudencial que cerca a questão da responsabilidade por omissão.

---

legal, e da participação dos direta ou indiretamente interessados no objeto da regulação, e à manutenção da razoabilidade/proporcionalidade das decisões da agência reguladora.” ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Op. cit. p. 351. Também nesse sentido: BARROSO, Luis Roberto. Op. cit. p. 15.

## **2) RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO E DO CONCESSIONÁRIO/PERMISSIONÁRIO**

### **2.1) Conceito Geral de Responsabilidade Civil**

A responsabilidade civil consubstancia-se na apuração da existência de um fato danoso, bem como a sua imputação a alguém. Assim, se não há fato danoso, não se pode falar em responsabilização de um agente. Da mesma forma, se não há um impulsionador prévio – ofensor – também não se pode falar em responsabilidade civil.

Três são os seus requisitos, a saber: ato ou omissão, dano e o nexa causal existente entre o dano e o ato ou omissão praticado. Vislumbrados os três requisitos, imperiosa a responsabilização daquele que praticou o ato.

O ato ou omissão, como cediço, pode ou não ser ilícito, como é o caso do estado de perigo (artigo 188 c/c 930 do CC/02), onde, muito embora o agente não pratique um ilícito, tal fato não afasta sua necessidade de indenizar o dano evidenciado. Neste ponto, pertinentes as palavras do doutrinador José dos Santos Carvalho Filho, senão vejamos:

No que diz respeito ao fato gerador da responsabilidade, não está ele atrelado ao aspecto da licitude ou ilicitude. Como regra, é verdade, o fato ilícito é que acarreta a responsabilidade, mas, em ocasiões especiais, o ordenamento jurídico faz nascer a responsabilidade até mesmo de fatos lícitos. [...]<sup>24</sup>

Por sua vez, o dano se configura pela efetiva lesão ao patrimônio da vítima, seja ele material ou moral. A partir da mensuração do dano experimentado é que se delimita a indenização a ser adimplida pelo ofensor.

Por fim, o nexa causal, de mais difícil apuração, é o liame existente entre o ato ou omissão praticado pelo ofensor e o dano amargado pela vítima. Com efeito, possui extrema relevância, uma vez que, caso não vislumbrado o nexa causal

---

<sup>24</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit. p. 547-548

existente entre o ato e dano, não há que se falar em responsabilidade civil. Importantes, neste ponto, as palavras de Sérgio Cavalieri Filho, que afirma:

[...]. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá ao cargo do autor material do fato. [...]<sup>25</sup>

No tocante ao direito brasileiro, a teoria do nexa causal encampada por nosso ordenamento jurídico foi a da causalidade adequada, consubstanciada na necessidade de persecução da causa (ou causas concorrentes) que teve como consequência imediata a ocorrência do fato danoso. A bem dizer, “dentre os antecedentes do dano, há que se destacar aquele que está em condições de necessariamente tê-lo produzido.” Continua o Autor: “Em consequência, a doutrina que se constrói neste processo técnico se diz da causalidade adequada, porque faz salientar, na multiplicidade de fatores causais, aquele que normalmente pode ser o centro do nexa de causalidade”.<sup>26</sup>

Por sua vez, mas ainda no ponto do nexa causal, imprescindível é, para sua apuração, realizar exame sobre a incidência ou não de uma de suas excludentes, quais sejam: **(i)** fato exclusivo da vítima; **(ii)** fato de terceiro, e; **(iii)** caso fortuito ou força maior.

Com efeito, o fato exclusivo da vítima não merece maiores atenções, eis que, ante a constatação de que o ato praticado e dano apurado deram-se tão somente por conta de atuação da vítima. Tal fato amolda-se em verdadeiro *venire contra factum proprium*, não podendo a suposta vítima ser indenizada por dano a que de única e adequada causa.

Noutro giro, o fato de terceiro tem vez quando, muito embora exista o ato e o dano, a causa foi produzida tão somente por fato de pessoa estranha a relação.

---

<sup>25</sup> FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 49.

<sup>26</sup> Cf. DA SILVA PEREIRA, Caio Mário *apud* FILHO, Sérgio Cavalieri. op. cit. p. 53-54.

Assim, só é excluída a responsabilidade do agente quando o fato de terceiro, por si só, seja suficiente para a produção do dano.<sup>27</sup>

Por fim, o caso fortuito ou de força maior é todo o acontecimento que escapa a qualquer diligência que o suposto ofensor poderia evitar. Possuem natureza de imprevisibilidade e irresistibilidade, não conseguindo o agente, ainda que tome todas as medidas cabíveis, impedir a ocorrência do fato danoso, afastando-se, por conseguinte, o nexo causal, eis que não concorreu em nada para o dano perpetrado à vítima.

## **2.2) Responsabilidade do ente público por conta de sua omissão**

### **2.2.1) Diferença entre ato comissivo e omissivo**

No que toca à responsabilidade civil por atos comissivos, não há qualquer divergência doutrinária quanto à aplicação de sua natureza objetiva, eis que merecedora até de norma constitucional, a saber, o artigo 37, § 6º da Carta Maior de 1988, a qual preleciona, como já visto, que o Estado, as entidades da Administração Indireta, bem como os particulares prestadores dos serviços públicos respondem objetivamente por conta de danos que ocasionem ao administrado.

Portanto, quando o agente público pratica ativamente um ato lesivo a terceiro, fato é que o ente público a que representa será responsabilizado objetivamente pelo dano daí advindo, a bem dizer, não será necessário ao lesado comprovar a culpa ou dolo do agente realizador do ato, bastando que demonstre que houve um dano, bem como o nexo causal entre este e o ato praticado pelo agente público.<sup>28</sup>

Noutra vertente, não possui o mesmo pacifismo a doutrina no que toca ao ato omissivo do Estado. Vê-se, ao revés, verdadeiro embate – doutrinário e jurisprudencial – sobre a natureza da responsabilidade por conta da omissão que vier a possivelmente gerar dano ao administrado. Uns defendem a aplicação geral

---

<sup>27</sup> FILHO, Sérgio Cavalieri. Op. cit. p. 70

<sup>28</sup> Neste sentido: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit.; CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit.; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit.; FILHO, Marçal Justen. Op. cit.



da responsabilidade subjetiva<sup>29</sup>. Por sua vez, outros entendem ser necessário destrinchar o ato omissivo em duas vertentes, a saber, omissão específica e omissão genérica, sendo aplicável, respectivamente, a responsabilidade objetiva e subjetiva.<sup>30</sup> A jurisprudência também sustenta esta divergência, havendo grande diferença de tratamento por conta dos Tribunais Superiores.<sup>31</sup> Tal assunto será tratado com maior acuidade no próximo tópico.

Contudo, ainda que inicialmente, cumpre verificar que, ao contrário do ato comissivo, o ato omissivo pressuporá sempre um comportamento ilícito por parte do Estado, sendo, por conseguinte, impossível responsabilizá-lo por omissão lícita. Este o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, *in verbis*:

[...]Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa), ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo).<sup>32</sup>

Há que se salientar, antes de continuar o presente trabalho que, muito embora se concorde com o referido autor no que toca ao necessário comportamento ilícito por parte do Estado, fato é que, como será demonstrado a seguir, isso não importa necessariamente na aplicação da responsabilidade subjetiva, uma vez que é possível, a bem da verdade, a responsabilização do ente público objetivamente em virtude de omissão sua.

### **2.2.2) Omissão específica x omissão genérica**

Como já introduzido acima, ainda que haja entendimento contrário quanto a pertinência de tal diferenciação, necessário se faz, para o presente trabalho,

<sup>29</sup> Neste sentido: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit.; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit.; e GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012

<sup>30</sup> Neste Sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit.; FILHO, Marçal Justen. Op. cit.; e DE ARAÚJO, Eugênio Rosa. *A Responsabilidade Civil do Estado por Omissão e suas Excludentes*. Artigo publicado na Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, v. 1, nº 30 (abr. 2011).

<sup>31</sup> STJ entende sempre pela natureza subjetiva da responsabilidade, ao passo que o STF exerce a diferenciação entre omissão específica e genérica.

<sup>32</sup> BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Op. cit. p. 1041.

distinguir inicialmente a natureza da omissão – específica ou genérica -, sendo esta de relevante importância para o delineamento de qual responsabilidade aplicar no caso concreto, subjetiva ou objetiva.

Com efeito, vislumbra-se a omissão específica da Administração quando esta estiver na qualidade de guardião da coisa e, por omissão sua, *“cria situação propícia para a ocorrência de evento em situação que tinha o dever de agir para impedi-lo; a omissão estatal se erige em causa adequada de não se evitar o dano”*.<sup>33</sup> Diante desta omissão, exsurge-se a responsabilidade objetiva, eis que foi causa direta e imediata do fato ocorrido.

Por sua vez, a omissão genérica tem vez quando não cabe ao Estado uma atuação específica, não havendo omissão direta e imediata do ente público para o acontecimento do fato danoso, *“razão pela qual deve o lesado provar que a falta do serviço (culpa anônima) concorreu para o dano, que se houvesse uma conduta positiva praticada pelo Poder Público o dano poderia não ter ocorrido.”*<sup>34</sup>

### **2.2.3) Divergência doutrinária e jurisprudencial quanto ao tema**

A divergência doutrinária e jurisprudencial no caso em testilha cinge-se tão somente na diferença de tratamento conferida por uns e outros atinente à responsabilidade em virtude da omissão específica.

Com efeito, para Celso Antônio Bandeira de Mello, toda e qualquer omissão do Estado importa necessariamente na necessidade de comprovação de sua culpa – negligência, imprudência ou imperícia – sendo esta, contudo, nos casos em que o Poder Público tinha a obrigação de impedir o dano, presumida, cabendo ao lesado demonstrar tão somente que o serviço não foi prestado, foi-o tardiamente, ou de forma precária para que se presuma a culpa, a chamada “falta do serviço”.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> FILHO, Sérgio Cavaliéri. Op. cit. p. 268.

<sup>34</sup> FILHO, Sérgio Cavaliéri. *ibidem* p. 269.

<sup>35</sup> O referido autor afirma: “Com efeito, nos casos de ‘falta de serviço’ é de admitir-se uma presunção de culpa do Poder Público, sem o quê o administrado ficaria em posição extremamente frágil ou até mesmo desprotegido ante a dificuldade ou até mesmo impossibilidade de demonstrar que o serviço

Este também o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, vejamos:

Por essa razão, acolhemos a lição daqueles que aceitam a tese da responsabilidade subjetiva nos casos de omissão do Poder Público. Com Celso Antônio Bandeira de Mello (2008:996), entendemos que, nessa hipótese, existe uma presunção de culpa do Poder Público. O lesado não precisa fazer a prova de que existiu a culpa ou dolo. Ao Estado é que cabe demonstrar que agiu com diligência, que utilizou os meios adequados e disponíveis e que, se não agiu, é porque a sua atuação estaria acima do que seria razoável exigir; se fizer demonstração, não incidirá a responsabilidade.<sup>36-37</sup>

Por sua vez, outra parte da doutrina defende que as omissões específicas, onde é imperativo legal que o ente público aja especificamente para evitar um dano, caso não o faça, deve responder como se tivesse praticado o ato danoso. Este o entendimento esposado por Marçal Justen Filho:

Em suma, existem duas categorias de disciplina jurídica da omissão estatal. Não é possível unificar o tratamento jurídico atinente a ambas. Deixar de agir quando a lei manda que o sujeito aja é juridicamente equivalente a agir quando a lei proíbe a ação. Num caso, a lei diz: 'é proibido fazer'; noutro, estabelece: 'é obrigatório fazer'. A conduta que infringe o dever, no primeiro caso, consiste numa ação; no segundo, é uma omissão. Nos casos em que o direito estabelecer que a omissão estatal é, em si mesmo ilícita (omissão própria), o tratamento jurídico será semelhante ao adotado para a atuação estatal ativa.<sup>38</sup>

Neste ponto, também de muita valia são as conclusões apresentadas por José dos Santos Carvalho Filho, vejamos:

Todavia, quando a conduta estatal for omissiva, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da

---

não se desempenhou como deveria. [...] Se a ordem jurídica quer a responsabilidade pública nos casos de mau funcionamento do serviço, não pode negar as vias de direito indispensáveis para a efetiva responsabilização do Estado – o que, na verdade, só ocorrerá eficientemente com o reconhecimento de uma presunção *juris tantum* de culpa do Poder Público, pois, como regra, seria notavelmente difícil para o lesado dispor dos meios que permitam colocá-la em jogo.” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit. p. 1043-1044.

<sup>36</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 799.

<sup>37</sup> Nesse mesmo sentido, Diogenes Gasparini aduz: “Em suma, o Estado responde hoje, subjetivamente, pelos danos advindos de atos omissivos se lhe cabia agir (responsabilidade determinada pela teoria da culpa do serviço) e responde objetivamente, com fulcro no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, por danos causados a terceiros decorrentes de comportamentos lícitos ou ilícitos, enquanto seu agente causador direto do dano responde, sempre, subjetivamente, consoante prescreve a parte final desse parágrafo.” GASPARINI, Diogenes. Op. cit. p. 1140.

<sup>38</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 1407.

responsabilidade civil do Estado. Nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal; se assim for, não se configurará a responsabilidade estatal. Somente quando o estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos.<sup>39,40</sup>

De bom tom salientar, outrossim, a posição do Superior Tribunal de Justiça, esta alinhada ao entendimento da responsabilidade subjetiva da omissão do Estado, devendo o lesado comprovar a culpa do ente público – negligência, imprudência ou imperícia – para que seja este responsabilizado pelo dano.<sup>41</sup>

Contudo, como entendimento deste mesmo Tribunal, existem duas exceções a esta regra, quais sejam: **(i)** a responsabilidade objetiva já anteriormente preconizada em algum microsistema especial, ou; **(ii)** quando as circunstâncias demonstram que havia a específica e rígida necessidade de atuação do ente público, atraindo-se, por conseguinte, sua responsabilidade objetiva.<sup>42</sup>

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal tem encampado a doutrina que preleciona a responsabilidade objetiva do Estado em virtude de omissão específica,

<sup>39</sup> DOS SANTOS FILHO, José Carvalho. Op. cit. p. 567

<sup>40</sup> No mesmo sentido, Eugênio Rosa de Araújo afirma: “Enfrentando o tema com precisão, o prof. Guilherme Couto de Castro (1991, p. 56 et. seq.) conclui que há responsabilidade subjetiva quando se tratar de omissão genérica, e responsabilidade objetiva quando se tratar de omissão específica, onde há dever individualizado de agir. [...] Nessa conformidade, conclui-se que, em havendo ilícito por parte da Administração – o agente descumpra dever legal -, basta-se comprovar a conduta, o dano e o nexos causal para se obter a devida indenização.” DE ARAÚJO, Eugênio Rosa. Op. cit. p. 233-256.

<sup>41</sup> STJ – Resp 888.420/MG – Ministro Luiz Fux – Primeira Turma – Julgamento: 07/05/2009; STJ – Resp 1356978/SC – Ministra Eliana Calmon – Segunda Turma – Julgamento: 05/09/2013. Ambos disponíveis em

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=omiss%E3o+gen%E9rica+e+responsabilidade+subjetiva+do+estado&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>

<sup>42</sup> ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS. "CASO MALATHION". PRESCRIÇÃO. NEXO DE CAUSALIDADE. NORMAS TÉCNICAS DE SEGURANÇA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. IMPUGNAÇÃO GENÉRICA. REVISÃO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS MORAIS NÃO EXCESSIVA OU IRRISÓRIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. RECURSO NÃO CONHECIDO. 1. (...). **5. Ordinariamente, a responsabilidade civil do Estado, por omissão, é subjetiva ou por culpa; regime comum ou geral esse que, assentado no art. 37 da Constituição Federal, enfrenta duas exceções principais. Primeiro, quando a responsabilização objetiva do ente público decorre de expressa previsão legal, em microsistema especial. Segundo, quando as circunstâncias indicam a presença de standard ou dever de ação estatal mais rigoroso do que aquele que jorra, segundo a interpretação doutrinária e jurisprudencial, do texto constitucional, precisamente a hipótese da salvaguarda da saúde pública.** 6.(...). 10. Não se conhece de Recurso Especial quanto a matéria não especificamente enfrentada pelo Tribunal de origem, dada a ausência de prequestionamento. Incidência, por analogia, da Súmula 282/STF. 11. Recurso Especial não conhecido. (STJ – Resp1236863/ES – Ministro Herman Benjamin – Segunda Turma – Julgamento: 12/04/2011) – grifou-se.

pregando ser despiciendo, nos casos em que o ente público detinha o dever específico de impedir o dano, a demonstração pelo lesado da negligência, imprudência ou imperícia – culpa – do ato que ensejou em dano. Como exemplo principal deste entendimento tem-se o caso em que o detento é morto dentro da unidade prisional.

Nestes casos, o Supremo Tribunal Federal entende pela responsabilidade objetiva do Estado por conta de seu dever específico de guarda daquele que lhe está entregue em uma das muitas unidades prisionais, e, em caso de assassinato deste no interior da unidade, desnecessária a comprovação da culpa do ente público, eis que aplicável a responsabilidade objetiva.<sup>43</sup>

Assim, apresentada a divergência quanto a responsabilidade oriunda do ato omissivo da Administração, pode-se concluir que, muito embora a sempre boa fundamentação daqueles que defendem a aplicação da responsabilidade subjetiva por conta das omissões, permitindo, nos casos em que o Poder Público tinha o dever legal de impedir o dano, pela aplicação da presunção de culpa do serviço, quando diante de omissão perpetrada pela Administração, imperioso realizar o juízo de valor sobre a posição de garante ou não do Estado.

Caso seja realmente seu dever legal a guarda de determinado bem ou pessoa, recairá sobre si a responsabilidade civil objetiva; caso tão somente tenha ingerência sobre tal, mas não responsabilidade específica por sua incolumidade, necessária será a comprovação de sua culpa, atraindo-se, por conseguinte, o regime da responsabilidade subjetiva do Estado.

Isso porque, remontando-se aos ensinamentos de Marçal Justen Filho, o fato de não fazer quando o ordenamento jurídico manda expressamente o fazer,

---

<sup>43</sup>Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Morte de preso no interior de estabelecimento prisional. 3. Indenização por danos morais e materiais. Cabimento. 4. Responsabilidade objetiva do Estado. Art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Teoria do risco administrativo. Missão do Estado de zelar pela integridade física do preso. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF – Agravo Regimental no RE nº 418.566/PB – Min. Gilmar Mendes – Segunda Turma – Julgamento: 26/02/2008). Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>.

equivale-se tal conduta a um ato comissivo, devendo, por conseguinte, ser aplicada a responsabilidade objetiva, a bem dizer, sem a necessidade de comprovação da culpa do ente público para a responsabilização deste pela indenização de determinado dano experimentado pelo administrado.

#### **2.2.4) Excludentes da responsabilidade do Estado**

Matéria já ventilada genericamente em tópico acima, cumpre agora adentrar propriamente ao tema, demonstrando-se aqui quais seriam os fatos que importariam em quebra do nexo causal existente entre o dano experimentado pelo administrado e a suposta omissão do Estado.

Com efeito, a primeira excludente que se pode suscitar é fato exclusivo da vítima. Neste ponto, o que ocorre é que a principal, ou única, causadora do dano foi a própria vítima, não podendo esta se aproveitar de sua atuação ilícita para buscar junto ao ente público a indenização pelo dano ocorrido. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Deveras, o que se haverá demonstrado, nesta hipótese, é que o causador do dano foi a suposta vítima, e não o Estado. Então, o que haverá faltado para instaurar-se a responsabilidade é o nexo causal”.<sup>44</sup>

Exemplo clássico desta excludente é o suicídio de detento dentro de unidade prisional. Entende-se a jurisprudência que, muito embora a morte de pessoa entregue ao sistema carcerário importe em responsabilidade objetiva do Estado, nos casos de suicídio vislumbra-se verdadeiro fato exclusivo da vítima, afastando-se o nexo causal, e, por conseguinte, a responsabilidade do Estado.<sup>45</sup>

Há que salientar, neste ponto, a possibilidade de não exclusão do nexo causal quando vislumbrado o fato da vítima, uma vez que, em sendo vislumbrada a atuação também ilícita do ente público a concorrer para o dano, conclui-se por tão somente a diminuição da condenação, atenuando-se a responsabilidade pelo fato danoso.

---

<sup>44</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit. p. 1052.

<sup>45</sup> Neste sentido: TJRS – AC nº 70054424767 – Des. Relator: Ney Wiedemann – Sexta Câmara Cível – Julgamento: 31/07/2013; TJSP – AC nº 90000015520088260128 – Des. Relator: Paulo Galizia – Décima Câmara de Direito Público – Julgamento: 27/11/2012.

Por seu turno, outra excludente é o fato exclusivo de terceiro. Por óbvio, consubstancia-se na impossibilidade de se responsabilizar o Estado por fato praticado exclusivamente por terceiro estranho a relação administrado - ente público. Assim, quando evidenciada a culpa exclusiva de terceiro, há que se reconhecer o rompimento do nexa causal, eis que o ato, verdadeiramente, refoge ao âmbito do Estado, não podendo este ser responsabilizado pelo fato ocorrido. Contudo, como lembra Marçal Justen Filho, tal excludente também pode não importar na exclusão total da responsabilidade do ente público. Isso porque, quando cabia a ele – Estado – um dever de diligência especial, fato é que, caso quede-se omissivo, fatalmente será responsabilizado.<sup>46</sup>

Noutra vertente, o caso fortuito e a força maior são as outras excludentes de nexa causal. Pois bem. Excludentes de difícil conceituação, tem como pacificado que o caso fortuito advém de atos humanos, ao passo que a força maior circunscreve-se a fatos da natureza. Há que se salientar, como entendimento doutrinário e jurisprudencial, que ambos precisam ser incontestavelmente irresistíveis ao Poder Público, não dispondo este de qualquer possibilidade de se evitar o dano oriundo de uma das excludentes anteriores, sob pena de perpetuação da responsabilidade.

Como exemplo desta manutenção tem-se a ocorrência de grandes chuvas, que ocasionam enchentes em vários locais, bem como danos aos administrados. Nesse caso, em sendo apurado que o Poder Público não tomou as medidas necessárias para o cabal escoamento das águas, abre-se a possibilidade de sua responsabilização, eis que sua omissão em propiciar a todas a chance de não amargar enchentes e inundações é motivo suficiente para afastar a excludente da força maior.<sup>47-48</sup>

---

<sup>46</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 1.412.

<sup>47</sup> Marçal Justen Filho afirma: “Assim, por outro lado, não se aplica a excludente quando o dano, decorrente diretamente de caso fortuito ou força maior, é propiciado pela infração ao dever de diligência incidente sobre o Estado. As hipóteses conhecidas envolvem eventos naturais, que geram danos a terceiros, mas que poderiam ser impedidos se os serviços estatais tivessem sido devidamente executados. Se uma tempestade acarreta a destruição do pavimento da via pública, o Estado tem o dever de promover a imediata sinalização. Deixar de fazê-lo conduz ao surgimento da responsabilidade civil em caso de acidente de trânsito.” JUSTEN FILHO, Marçal. *ibidem* p. 1413.

Importante colacionar aqui o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, o qual afirma que:

*A fortiori* exime-se de responsabilidade quando o dano é irreparável, sendo baldos quaisquer esforços para impedi-lo. Por isso, a força maior – acontecimento natural irresistível -, de regra, é causa bastante para eximir o Estado de responder. Pensamos que o mesmo não sucederá necessariamente ante os casos fortuitos. Se alguma falta técnica, de razão inapreensível, implica omissão de um comportamento possível, a impossibilidade de descobri-la, por seu caráter acidental, não elide o defeito do funcionamento do serviço devido pelo Estado.<sup>49</sup>

Assim, para este autor, os fatos advindos das falhas humanas não seriam capazes de afastar a responsabilidade do Estado, não sendo o caso fortuito excludente idônea para afastar o nexo causal, perpetuando-se, por conseguinte, a responsabilidade do ente público. Muito embora não se concorde plenamente com este autor – uma vez que há a possibilidade de caso fortuito totalmente irresistível, que refuja de toda a diligência possível do Estado -, fato é que tal excludente não pode ser usada de forma banalizada, sob pena de seu desvirtuamento.

Desta feita, apresentadas as nuances da responsabilidade por atos omissivos do Estado, adentrar-se-á, no próximo capítulo, no tema principal do presente trabalho, a saber, a conjugação deste capítulo e do anterior, culminando na averiguação da possibilidade de responsabilização das agências reguladoras por conta de seu ato omissivo de não fiscalizar o setor regulado.

### **2.3) Responsabilidade Civil dos Concessionários e Permissionários Prestadores de Serviços Públicos**

Importante se faz, antes de se adentrar propriamente ao cerne do presente estudo, o delineamento, ainda que rápido e pontual, do conceito de serviço público, bem como da responsabilidade civil dos particulares no exercício do serviço público pelos danos por eles causados.

---

<sup>48</sup> TJRJ – Ag no AC nº 809244020078190004 – Des. Relator: Jorge Luiz Habib – Décima Oitava Câmara Cível – Julgamento: 25/06/2013; TJPR – AC nº 12961378 – Des. Relator: Rodrigo Otávio Rodrigues Gomes do Amaral – Terceira Câmara Cível – Julgamento: 21/09/2015.

<sup>49</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit. p. 1053-1054.



Como já explicitado no primeiro capítulo desta monografia, nos idos da década de 1990, o Estado começou a dar efetividade à norma constitucional inserta no artigo 175 da CRFB/88, repassando ao particular a prestação de serviços anteriormente afetos a Administração Pública.

Com efeito, serviço público, nos dizeres de Maria Sylvia Zanelladi Pietro, é *“toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que o exerça diretamente, ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente de direito público.”*<sup>50</sup>

Por sua vez, José dos Santos Carvalho Filho entende serviço público como *“toda atividade prestada pelo Estado ou seus delegados, basicamente sob o regime de direito público, com vistas a satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade.”*<sup>51</sup>

Percebe-se, por conseguinte, que as definições dadas pelos doutrinadores sobre o conceito de serviço público muito se assemelham, podendo-se chegar à conclusão que o serviço público é aquele que, por seu caráter essencial, precisa ser prestado pelo Estado, ou por pessoa de sua confiança – mediante licitação -, estando estes basicamente sob o regime do direito público.

Ademais, o serviço público é norteado pelos princípios da generalidade, devendo ser prestado a maior quantidade possível de indivíduos, bem como sem qualquer discriminação entre os beneficiários; princípio da continuidade, o qual consagra a impossibilidade de interrupção do serviço, tendo em vista seu caráter essencial a vida em sociedade; princípio da eficiência, consubstanciado na necessidade de prestação do serviço da maneira mais proveitosa e menos dispendiosa; e o princípio da modicidade, que reza a necessidade de se praticar preços módicos – sem visar o lucro.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 141

<sup>51</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit. p. 325.

<sup>52</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *ibidem* p. 334-340.

Pois bem. Adentrando-se ao assunto concatenado à delegação destes serviços ao particular, bem como à delimitação da responsabilidade pelos danos advindos dessa atividade, imperioso não perder de vista os termos da Lei nº 8.987/95, regulamentadora dos regimes de concessão e permissão dos serviços públicos.

Com efeito, tal diploma legal preceitua a necessidade de licitação na modalidade concorrência para a delegação de todo e qualquer serviço público, visando garantir maior lisura à escolha do concessionário, eis que esta é a que garante a maior participação, bem como igualdade entre os concorrentes (artigo 2º, II e III, e 14).

Por sua vez, mesmo que tenha gerado certa discordância doutrinária, na qual havia, e ainda há, entendimento quanto a permissão como ato administrativo<sup>53</sup>, acarretando até em divisão do STF quanto a matéria<sup>54</sup>, fato é que, atualmente, a permissão em quase nada se difere da concessão, eis que lhe foi conferida natureza de contrato administrativo, nos moldes do artigo 40 da Lei n 8.987/95, e, desta feita, precisa preencher todas as exigências impostas ao contrato de concessão.

Neste ponto, pertinentes os dizeres de José dos Santos Carvalho Filho:

Conclui-se, então, que ambos os institutos: (1) são formalizados por contratos administrativos; (2) têm o mesmo objeto: a prestação de serviços públicos; (3) representam a mesma forma de descentralização: ambos resultam de delegação negocial; (4) não dispensam licitação prévia; (5) recebem, de forma idêntica, a incidência de várias particularidades desse tipo de delegação, como

---

<sup>53</sup> Maria Sylvia Zanella di Pietro afirma: "Permissão, em sentido amplo, designa o ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, pelo qual a Administração Pública faculta ao particular a execução de serviço público ou a utilização privativa de bem público". Há que salientar, contudo, que esta autora abre observação logo abaixo para informar que, a partir do artigo 175 da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 8.987/95, passou a constar como contrato administrativo. Não obstante, afirma que, como ainda há legislação que trata a permissão como ato administrativo (Lei nº 9.472/96), seria aconselhável que fosse defendido tal entendimento tão somente aos casos em que a permissão fosse ato unilateral. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 274.

<sup>54</sup> Assim restou decidido na ADIN nº 1.91/1998, cumprindo aqui esclarecer que tal decisão foi prolatada em sede de pedido liminar. Os autos ainda não foram findos. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1649228>

supremacia do Estado, mutabilidade contratual, remuneração tarifária etc.<sup>55</sup>

Noutro giro, no tocante a responsabilidade atribuída aos concessionários e permissionários, imperioso concluir que esta possui caráter objetivo – sendo desnecessária a comprovação de culpa -, tendo esta base em três dispositivos legais, quais sejam: **(i)** a própria Constituição Federal, que em seu artigo 37, § 6º, consagra a responsabilidade sem necessidade de comprovação de culpa aos particulares que prestem os serviços públicos; **(ii)** a Lei nº 8.987/95, que, em seu artigo 25 também consagra a responsabilidade objetiva aos concessionários e permissionários dos serviços públicos, e; **(iii)** o próprio Código de Defesa do Consumidor, que, nos termos do art. 7º da Lei nº 8.987/95 e segundo entendimento jurisprudencial, é totalmente aplicável aos serviços públicos, eis que se adequam a relação de consumo.<sup>56</sup>

Ponto importante a ser enfrentado nesse momento é o da exclusividade da responsabilização dos concessionários ou permissionários, a bem dizer, a responsabilidade civil desta sem qualquer possibilidade de inserção do ente público no polo passivo das demandas em que o tema é discutido.

Como afirmado acima, um dos fundamentos da responsabilidade objetiva dos concessionários e permissionários é o artigo 25 da Lei nº 8.987/95, a qual preleciona:

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuie essa responsabilidade.

Assim, ainda que em um primeiro momento, poder-se-ia chegar à conclusão de que tal norma afastaria totalmente a responsabilização de qualquer outra pessoa jurídica pelos danos oriundos da prestação do serviço.

---

<sup>55</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit. p. 419-420.

<sup>56</sup> STJ – Resp 1396925/MG – Ministro Herman Benjamin – Corte Especial – Julgamento: 05/11/2014; STJ – Resp 609332 – Ministra Eliana Calmon – Segunda Turma – Julgamento: 09/08/2005.

Contudo, não é este o melhor entendimento. Isso porque, como também salientado anteriormente, a responsabilidade das concessionárias e permissionárias encontra esteio supremo na norma constitucional inserta no artigo 37, § 6º, da CRFB/88, a qual consagra a responsabilidade objetiva do Estado pelas falhas praticadas por seus agentes, bem como pelos particulares no exercício da prestação do serviço público.

Desta feita, imperioso reconhecer que, caso haja falha na fiscalização por parte do Poder Concedente – fiscalização esta, como visto, exercida pelas agências reguladoras -, fato é que, como será visto mais pormenorizadamente no próximo tópico, a própria Administração incorre, outrossim, em falha na prestação de seu serviço, devendo responder pelos danos daí advindos, a saber, objetivamente pelos atos comissivos, ao passo que, no tocante aos atos omissivos, como já delineado acima, caso sejam oriundos de omissão específica do Estado, imperioso concluir pela sua responderá objetivamente, e, por sua vez, na omissão genérica, responderá subjetivamente, devendo o lesado demonstra a culpa da Administração.

Esse também o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho, senão vejamos:

Mas não se pode extrair da regra legal a mesma interpretação quando os prejuízos causados a usuários ou terceiros, tendo havido, por parte do poder concedente, falha na fiscalização. Interpretação nesse sentido ofenderia o já referido princípio constitucional de responsabilidade, contido no artigo 37, § 6º, da Constituição. Se esta norma atribui ao Estado responsabilidade civil por danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros, *não pode ele ver-se excluído dessa responsabilidade, quando seus agentes tiverem sido omissos ou deficientes na fiscalização das atividades do concessionário.* – itálico no original.<sup>57</sup>

Assim, como será demonstrado no tópico que se segue, mostra-se possível a responsabilização das agências reguladoras quando estas falham em obrigação imposta por lei a si, qual seja, de fiscalizar o setor regulado, impedindo que serviços e produtos defeituosos sejam lançados no mercado.

---

<sup>57</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit. p. 394.

### **3) RESPONSABILIDADE CIVIL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS POR OMISSÃO FISCALIZATÓRIA**

Terreno pouco habitado atualmente no mundo jurídico brasileiro é o estudo sobre a responsabilidade civil das agências reguladoras no que toca à sua omissão fiscalizatória, a qual culmine em dano ao particular ou ao erário. Com efeito, este é exatamente o intuito deste trabalho, a saber, buscar aprofundar um pouco mais o aludido estudo, visando averiguar a possibilidade de responsabilização, ainda que subsidiária, das agências reguladoras pelos danos amargados em virtude de sua omissão.

O presente estudo visa garantir maior possibilidade de o administrado lesado pela má prestação do serviço público possa direcionar seu anseio ao ente público, mormente quando não logra satisfazer sua indenização junto ao concessionário ou permissionário que diretamente lhe causou o dano. Assim, buscar-se-á aqui dar maior segurança ao usuário que, caso lesado, terá sua indenização garantida.

#### **3.1) Diferença entre omissão normativa e omissão fiscalizatória**

Em um primeiro momento, impende salientar a diferença entre o estudo da responsabilização pela omissão normativa das agências reguladoras e sua omissão fiscalizatória.

A omissão normativa das agências reguladoras consubstancia-se no seu silêncio em relação a regulação do mercado a que tem ingerência, não praticando os atos normativos necessários para a garantia do bom andamento do setor econômico ou de prestação de serviço público a que regule.

Pode-se dizer, como aduzem algumas vozes, que tal fato acarreta na violação do princípio da separação dos três poderes, haja vista que, aparentemente, a entrada de um ente regulado no Judiciário para buscar tal fim, com o posterior provimento da demanda, importaria na ordem, partida do Judiciário, para que o Executivo – ente estatal a que, por excelência, se vinculam as agências reguladoras - elabore normas e regras para manter a lisura na economia.

Com efeito, a omissão normativa das agências reguladoras acarreta nefastos danos aos entes regulados, haja vista não poderem, em virtude da aludida omissão, exercer plenamente sua função na economia, cabendo, ao revés, para garantir a separação dos três poderes, a intervenção do Judiciário em tal situação e a determinação, quando pertinente a demanda, que a agência reguladora se mova e elabore norma específica sobre o caso, exterminando qualquer omissão ou lacuna.

Neste ponto, precisas as palavras de Alexandre Aragão e Patrícia Sampaio, *in verbis*:

Dessa forma, parece-nos que, em casos nos quais reste comprovado que existe omissão de uma agência reguladora em estabelecer, através de norma, critérios essenciais ao desenvolvimento da concorrência em determinado setor econômico, poderá ocorrer uma situação de responsabilidade administrativa estatal por ato omissivo. Se a Constituição e/ou Lei obrigam a agência reguladora a criar os mecanismos necessários à preservação da concorrência, não pode, ao omitir-se em editá-los, acabar descumprindo aqueles atos normativos de hierarquia superior.<sup>58</sup>

Por sua vez, a omissão fiscalizatória concatena-se com a omissão da agência reguladora em realizar o devido controle quanto ao cumprimento das normas por ela expedidas. A bem dizer, após a confecção de normas que regulamentem o mercado, a agência não faz a devida fiscalização para apurar se as regras estão sendo regularmente observadas, fato que pode, como pretenderá se demonstrar no próximo tópico, acarretar em evidente dano ao usuário dos serviços e produtos dispostos no mercado.

Em relação a esta não se encontram dúvidas sobre sua possibilidade de apreciação pelo Judiciário, sendo necessárias apenas a configuração do dano e da omissão da agência reguladora para a sua responsabilização. Neste ponto, importantes as conclusões de Flávio de Araújo Willeman, *in verbis*:

---

<sup>58</sup>ARAGÃO, Alexandre Santos de e SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Omissão no Exercício do Poder Normativo das Agências e a Concorrência Desleal*, in *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*, ARAGÃO, Alexandre dos Santos [coord.], p. 537-568. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2006. Faz-se referência a este artigo para uma maior explanação do assunto da omissão normativa da agência reguladora, eis que não é matéria principal do presente trabalho.

Antes de averiguar se e em que casos a Agência Reguladora será responsabilizada civilmente, cumpre dizer que neste ponto tratar-se-á, mais uma vez, de sua responsabilidade civil por conduta omissiva; isto porque, surgiu um dano em razão da ausência do cumprimento de um dever jurídico que lhe é inerente, qual seja, o de exercer a fiscalização sobre o setor regulado, para garantir a prestação adequada de um serviço ou mesmo o correto exercício da atividade econômica, de modo a evitar a criação de monopólios.<sup>59</sup>

Desta feita, ainda que possa parecer pueril a diferenciação entre omissão normativa e fiscalizatória, acredita-se seja válida, antes de tudo, para delimitar cada tópico a ser aqui estudado, evitando qualquer tipo de confusão de entendimento.

### **3.2) Omissão na fiscalização realizada pelas Agências Reguladoras**

Ponto nodal do presente trabalho, pretende-se aqui demonstrar a possibilidade de responsabilização das agências reguladoras pelas falhas realizadas na atividade fiscalizatória, afastando qualquer entendimento que prelecione a responsabilidade total e exclusiva dos particulares prestadores de serviços públicos.

Isso porque, ainda que o artigo 25 da Lei nº 8.987/95 defina a responsabilidade civil dos concessionários e permissionários quando de sua atividade advirem danos aos consumidores, imperioso concluir que, caso esta possua estrita relação com a falta da atividade fiscalizatória da Agência, sendo esta negligenciada, é possível a responsabilização do referido ente regulador.

Neste ponto, precisas as palavras de Sérgio Cavalieri Filho, *in verbis*:

Não há dúvida, entretanto, agora já examinada a omissão pelo aspecto normativo, de que o Direito nos impõe, muitas vezes, o dever de agir, casos em que, nos omitindo, além de violar dever jurídico, deixamos de impedir a ocorrência de um resultado. Dessa forma, embora a omissão não dê causa a nenhum resultado, não desencadeie qualquer nexos causal, pode ser causa para não impedir o resultado.

Ora, não impedir significa permitir que a causa opere. O omitente, portanto, coopera na realização do evento com uma condição

---

<sup>59</sup> WILLEMANN, Flávio de Araújo. Op. cit. p. 120-121.

negativa: ou deixando de se movimentar, ou não impedindo que o resultado se concretize. Responde por esse resultado não porque o causou com a omissão, mas porque não o impediu, realizando a conduta a que estava obrigado”.<sup>60</sup>

Nesta toada, como a atividade fiscalizatória está inserta na própria existência das agências reguladoras, fato é que se encontra entre os seus deveres legais. Desta feita, em não ocorrendo movimentação com o fito de impedir a ocorrência do dano – praticando a devida fiscalização e retirada de bens e serviços indevidos do mercado -, forçoso concluir pela sua responsabilidade pelo dano perpetrado ao administrado, devendo, por conseguinte, responder pela indenização do dano amargado.

Ainda que assim não se entenda, persiste merecendo guarida o entendimento pela responsabilização das agências reguladoras pelos danos advindos de sua falha na fiscalização.

Isso porque, como já explicitado no capítulo anterior, muito embora haja verdadeira controvérsia doutrinária, a omissão específica do Estado e de seus entes gera o dever de indenizar, responsabilizando-o objetivamente pelos danos advindos de sua omissão.

A bem da verdade, a agência reguladora tem o dever específico de fiscalizar o setor regulado. Caso não o faça, imperioso concluir que incorreu em omissão específica, exsurgindo daí sua responsabilidade objetiva.

Desta feita, como omissão específica que o é, afasta-se, por conseguinte, a necessidade do lesado de comprovar que a Agência Reguladora agiu culposamente – negligência, imprudência ou imperícia. Este também o entendimento de Flávio de Araújo Willeman, senão vejamos:

No que toca ao específico objeto deste estudo, o dever de fiscalização do segmento regulado está inserto em todas as legislações que criaram as várias Agências Reguladoras – de serviços públicos ou não – razão por que ousamos afirmar que o eventual dever de indenizar da Agência, oriundo na falha ou

---

<sup>60</sup> FILHO, Sérgio Cavaliéri. Op. cit. p. 67



ausência de fiscalização do segmento regulado, será regido pela teoria objetiva, inserta no artigo 37, §6º, da CRFB/88, com fundamento na teoria do risco administrativo.<sup>61</sup>

Assim, em que pese a existência de norma específica que regulamenta a responsabilidade civil das concessionárias e permissionárias de serviços públicos, não há como negar, com fulcro nas teorias da responsabilidade civil, bem como do seunexo causal (teoria da causalidade adequada), que as agências reguladoras, quando faltantes em sua atividade-fim de fiscalização, devem ser responsabilizadas pela ocorrência de fato danoso advindo, ainda que concorrentemente, por conta de sua omissão.

Neste ponto, há que se ressaltar a vacilante jurisprudência quanto a tal responsabilização, dividindo-se esta em reconhecer a possibilidade da inserção da agência reguladora na cadeia de responsáveis pelo dano caso vislumbrada sua omissão<sup>62</sup>, ao passo que outras decisões afirmam que, conquanto tenha inequivocamente incorrido em omissão fiscalizatória, a agência é totalmente irresponsável pelo dano oriundo, eis que possui dever apenas de fiscalização, e não de execução do serviço defeituoso.<sup>63</sup>

Importante aqui tecer breves comentários sobre essas vertentes. No tocante à primeira, o Agravo de Instrumento nº 00424375620084030000, o qual tramitou junto ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, tratava de recurso interposto pela União Federal visando desconstituir decisão que determinara, liminarmente, que esta fiscalizasse concessionária de serviços televisivos, eis que fugia de seu objetivo principal, a saber, a transmissão de programas educativos.

---

<sup>61</sup> WILLEMANN, Flávio de Araújo. Op. cit. p.123.

<sup>62</sup> TRF3 – AI nº 00424375620084030000 – Des. Fed. Consuelo Yoshida – Sexta Turma – Julgamento: 29/11/2013. Há que se salientar que, muito embora não tenha reconhecido expressamente a responsabilidade da Agência Reguladora pelo dano ali evidenciado, a d. Desembargadora Relatora afirmou, sem qualquer sombra de dúvida, a possibilidade de responsabilização do ente regulador em virtude de omissão no cumprimento de suas funções, compactuando, por conseguinte, com os termos declinados neste trabalho.

<sup>63</sup> TRF1 – AC nº00165181020044013800 – Juiz Fed. Conv. Evaldo de Oliveira Fernandes Filho – Quinta Turma – Julgamento: 28/05/2014. Aqui se tratava de ação ajuizada pelo Ministério Público Federal onde se objetivava a condenação da Telemar Norte Leste S/A e da ANATEL em indenizar o dano moral coletivo, ocorrido em virtude da não instalação de serviço de telefonia pública em aldeias indígenas. Restou consignado que, muito embora a ANATEL tenha sido omissa, esta não poderia responder pelo dano moral, uma vez que seu dever restringia-se tão somente a fiscalizar, e não instalar o referido serviço público.

Em suas razões, a União aduziu a sua falta de competência para realizar tal diligência, eis que afeta exclusivamente a ANATEL, fato que importaria necessariamente na reforma da r. decisão.

Com efeito, o v. acórdão reconheceu que a competência para fiscalizar emissoras de televisão cabia tão somente à agência reguladora do referido setor – ANATEL – não cabendo a União realizar serviço de fiscalização. Por fim, consignou que, muito embora ainda não era o momento, a responsabilidade da ANATEL, caso vislumbrada a sua omissão no dever fiscalizatória, poderia ser reconhecida.

Por sua vez, no tocante ao segundo caso, a Apelação Cível nº 00165181020044013800, a qual tramitou no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, tratava-se de ação civil pública ajuizada contra a Telemar Norte Leste S/A e a ANATEL, buscando a condenação de ambas à implementação de telefonia pública em aldeias indígenas, conforme Plano de Metas traçado pela Lei nº 9.472/97, bem como de indenização por dano moral coletivo impingido às aldeias que ainda não desfrutavam de tal direito.

Em sede de julgamento colegiado, no entanto, não obstante tenha reconhecido que a ANATEL havia se omitido em seus deveres legais, aduziu-se que não detinha qualquer responsabilidade sobre o dano moral coletivo, eis que sua função seria de tão somente fiscalizar, e não instalar os telefones públicos.

Noutra vertente, caso paradigma em que se vislumbrou verdadeiro avanço na matéria ora apresentada foi a Apelação Cível nº 50035268320114047200, a qual tramitou junto ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sob a relatoria do Desembargador Federal Candido Alfredo Silva Leal Júnior.

Trata-se de ação ajuizada pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do estado de Santa Catarina em face da ANEEL – Agência Nacional da Energia Elétrica e da CELESC Distribuição S/A – concessionária que cuidava do gerenciamento e distribuição da energia elétrica no referido estado, onde, em 2003, houve “apagão” pelo prazo de 55 horas em virtude de explosão ocorrida em uma das subestações da concessionária.

Os Ministérios Públicos afirmavam que, por conta de falhas perpetradas pelos Réus, ocorrera o malfadado acontecimento, deixando boa parte da ilha de Santa Catarina sem luz. Alegou-se que, no que toca a ANEEL, esta se omitiu reiteradamente quanto à fiscalização de todas as estações da CELESC, fato que, caso cabalmente realizado, diminuiria, ou até evitaria, o “apagão” ocorrido.

Em sua defesa, a ANEEL afirmou que não tinha conhecimento da existência de outras estações de energia elétrica da CELESC, realizando a regular fiscalização tão somente naquelas que conhecia, fato que, segundo esta, afastaria qualquer possibilidade de sua responsabilização pelo dano perpetrado a coletividade.

Pois bem. Em sede de sentença, houve por bem o Juízo condenar a CELESC e a ANEEL solidariamente ao pagamento de indenização por conta do dano moral coletivo amargado pelos moradores da referida ilha, no valor de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões) a título de dano moral à coletividade (20% a serem pagos pela agência e 80% pela concessionária), pondo, portanto, em prática os termos aqui já declinados, sendo tal proporção definida aparentemente para fins de facilitação de possível ação de regresso.<sup>64</sup>

Pois bem. Em suas razões, entendeu que a omissão fiscalizatória da ANEEL era abarcada pelo artigo 37, § 6º da Constituição Federal, devendo, portanto, responder objetivamente pelo seu ato omissivo. Por sua vez, delimitou a responsabilidade objetiva da CELESC com base no Código de Defesa do Consumidor, eis que se tratava de serviço público remunerado pelo administrado, fazendo com que este passe a ostentar condição de consumidor.

---

<sup>64</sup> “[...] f) a condenação da CELESC e da ANEEL em danos morais coletivos, arbitrados em R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), a serem suportados pelos réus na proporção de 20% pela Agência Reguladora e 80% pela Empresa Concessionária, a ser revertido em favor de cada titular das 135.432 unidades de consumidores à época e ainda existentes, sob a forma de devolução em fatura, mesmo quanto ao montante devido pela ANEEL, por quantas competências forem necessárias, excluídas eventuais condenações individuais em danos morais.” Esta a parte em que restou condenada a agência, em primeira instância, pelo dano amargado pela população de Santa Catarina em virtude do “apagão”. (TRF4 – AC nº 50035268320114047200 – Des. Fed. Candido Alfredo Silva Leal Júnior – Quarta Turma – Julgamento: 23/10/2013). Disponível em: [https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar\\_documento\\_publico&doc=41382531424422811010000000018&evento=41382531424422811010000000009&key=53c70e1e65c637f29558e9dcc153dca0264d05315f1403c97adde46187cacbd0](https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41382531424422811010000000018&evento=41382531424422811010000000009&key=53c70e1e65c637f29558e9dcc153dca0264d05315f1403c97adde46187cacbd0).

Ato contínuo, como vislumbrada a situação de consumo, invocou o artigo 22 do referido código consumerista para aplicar a responsabilidade solidária entre a agência e a concessionária, eis que, nos termos do aludido artigo, a Administração, bem como os concessionários e permissionários devem prestar serviços públicos de qualidade considerável, e, no caso de descumprimento, deverão responder na forma prevista pelo código, *ex vi* do parágrafo único do artigo citado.

Assim, como o § 1º do artigo 25 define que, havendo mais de um responsável pelo dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista no Código de Defesa do Consumidor, corroborado pelo fato da agência reguladora, muito embora não preste serviço enquadrado na noção de relação de consumo, beneficia-se da relação existente entre consumidor-concessionária, eis que sua remuneração – taxa regulatória – vem desta, condenou agência e concessionário solidariamente pela indenização de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), haja vista ambos terem concorrido para a ocorrência do fato danoso.

Não obstante tal sentença tenha sido reformada em segunda instância, importante salientar que esse resultado não foi consequência de entendimento diferente dos i. desembargadores, mas sim por nulidade da sentença, eis que “[...] *Configurado julgamento extra petita (porque não há pedido inicial de condenação da ANEEL ao pagamento de indenização por danos morais coletivos), impõe-se seja reparado o vício por este Tribunal mediante a supressão desta parte da condenação.*”<sup>65</sup>, prejudicando, assim, a manutenção de tal condenação.

Contudo, ainda assim restou configurada e chancelada pelo Tribunal quanto à omissão perpetrada pela aludida agência reguladora, bem como a sua responsabilidade pela ocorrência do fato.

Merece colação o trecho em que restou configurada a omissão da ANEEL, bem como a sua responsabilidade por tal fato, *in verbis*:

---

<sup>65</sup>(TRF4 – AC nº 50035268320114047200 – Des. Fed. Candido Alfredo Silva Leal Júnior – Quarta Turma – Julgamento: 23/10/2013). Disponível em: [https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar\\_documento\\_publico&doc=41382531424422811010000000018&evento=41382531424422811010000000009&key=53c70e1e65c637f29558e9dcc153dca0264d05315f1403c97adde46187cacbd0](https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41382531424422811010000000018&evento=41382531424422811010000000009&key=53c70e1e65c637f29558e9dcc153dca0264d05315f1403c97adde46187cacbd0).

[...](c) o fato de a concessionária não ter indicado aquela subestação como ponto crítico não afasta a responsabilidade da ANEEL de conferir as suas condições técnicas, considerando que seu campo de atuação vai além dos problemas relatados pelas concessionárias. Não parece que o seu dever de fiscalizar esteja limitado aos pontos críticos indicados pelas concessionárias, pois isso significaria conferir um poder às concessionárias de direcionar a esfera de atuação da agência reguladora, o que vai de encontro aos encargos legais dessas concessionárias, inclusive de submissão à fiscalização do poder concedente. Para perceber a fragilidade da tese de defesa basta imaginar que, na lógica da argumentação, uma concessionária que não indica pontos críticos não está sujeita à fiscalização da ANEEL.<sup>66</sup>

Desta feita, há que se reconhecer que, muito embora ainda vacilante, a jurisprudência tende a deflagrar verdadeira responsabilização por conta de falhas perpetradas pelas agências reguladoras no que toca a omissão fiscalizatória.

Entender em sentido contrário equivale a anuir com todo o serviço precário e irregular que é prestado, o qual, em muitas das vezes, não é coibido pelas agências justamente por conta de sua crença na ausência de responsabilidade no que toca aos danos oriundos da má prestação do serviço. Com efeito, caso passem a ser responsabilizadas por suas omissões, conseqüentemente começarão a realizar fiscalização mais rígida e eficaz, garantindo, por conseguinte, um serviço melhor para a coletividade.<sup>67</sup>

Outra questão que se pode ventilar no presente caso – esta também tendente a afastar a responsabilidade das agências reguladoras – seria que em nosso ordenamento jurídico, como já até explicitado em tópico acima, consagra a teoria direta e imediata do nexo causal, esta que, como se espera, será imposta sobre o particular causador do dano, eis que por meio da prestação de seu serviço é que alguém foi lesado.

---

<sup>66</sup> TRF4 – AC nº 50035268320114047200 – Des. Fed. Candido Alfredo Silva Leal Júnior – Quarta Turma – Julgamento: 23/10/2013. Disponível em: [https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar\\_documento\\_publico&doc=41382531424422811010000000018&evento=41382531424422811010000000009&key=53c70e1e65c637f29558e9dcc153dca0264d05315f1403c97adde46187cacbd0](https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41382531424422811010000000018&evento=41382531424422811010000000009&key=53c70e1e65c637f29558e9dcc153dca0264d05315f1403c97adde46187cacbd0).

<sup>67</sup> José dos Santos Carvalho Filho preleciona que entender em sentido diverso “levaria a verdadeiro e indevido enriquecimento sem causa por parte do Estado: tendo agido com culpa e não tendo dever indenizatório, estar-se-ia locupletando de sua própria torpeza.” CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit. p. 394.

Contudo, como muito bem salientado por Flávio de Araújo Willeman, o dever de indenizar da agência reguladora surgiria, nesse caso, em decorrência dos princípios da boa-fé e da segurança jurídica, uma vez que os administrados confiam que os prestadores de serviço público estariam sendo regularmente fiscalizados pelos entes reguladores, fato que, aparentemente, garantia o bom serviço entregue a sociedade.

Há que se salientar aqui que, como restará devidamente demonstrado em tópico posterior, não é toda e qualquer lesão aos usuários que se poderá responsabilizar objetivamente a agência reguladora. Como se sabe, o Estado não é segurador universal, não se podendo impor-lhe responsabilidade por atos que refugam às suas forças. A título de exemplo, não se pode responsabilizar, via de regra, o ente público por conta de assalto realizado no interior de transporte público, uma vez que é impossível ao poder público garantir 100% da segurança de seus administrados.<sup>68</sup>

Também não se pode falar em sua responsabilização por conta de danos para que não concorreu. A bem dizer, caso a agência comprove remansosamente que realizou toda a fiscalização que lhe é imposta por lei, não merece qualquer guarida argumentação tendente a responsabilizá-la, haja vista não ter concorrido em nenhum momento para o fato danoso, incorrendo a indenização por conta única e exclusivamente do particular prestador do serviço público que causou o dano.

Assim, a não realização deste dever importa em incontestemente quebra da confiança e boa-fé do administrado, devendo este, portanto, ser indenizado pela Agência que não cumpriu com seus deveres específicos de fiscalização.<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> TJRJ – AC nº 0107783-44.2003.8.19.0001 – Des. Relator Ricardo Couto – Sétima Câmara Cível – Julgamento: 06/06/2012; TJRJ – AC nº 0005646-77.2014.8.19.0001 – Des. Relator Edson Vasconcelos – Décima Sétima Câmara Cível – Julgamento: 30/09/2015.

<sup>69</sup> “Fundamentamos o posicionamento que imputa à Agência Reguladora o dever subsidiário de indenizar nos princípios da boa-fé e da segurança jurídica, eis que os usuários de serviços públicos confiam legitimamente que a empresa regulada está sendo devidamente fiscalizada pela Agência, de modo a evitar que danos sejam causados em razão do desenrolar das atividades ordinárias da empresa delegatária. [...] Assim, se o particular comprovar que a sua expectativa restou frustrada, isto é, que a Agência Reguladora se omitiu – e, por isso, falhou – no seu específico dever de fiscalizar a empresa inserta no segmento regulado, que por conduta comissiva lhe causou dano, patente restará o dever subsidiário de indenizar da Agência.” Flávio de Araújo Willeman, p. 126-127.

### **3.2.1) Responsabilidade subsidiária x solidária**

Assentado tal entendimento, há agora que se salientar o tipo de responsabilidade objetiva, eis que advinda de omissão específica, a saber, se integral, solidária ou subsidiária. Com efeito, a responsabilidade integral desde já se rechaça, uma vez que, como visto no tópico anterior, a responsabilidade primária circunscreve-se ao concessionário ou permissionário, não podendo este se eximir sob a alegação de falha no ente regulador.<sup>70</sup>

Por sua vez, a reponsabilidade solidária, como defendido no v. acórdão retrocitado, tem como base precípua a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações exercidas pela agência reguladora com os concessionários e usuários do serviço. Isso porque, como beneficiária de tal relação, também estaria inserida na cadeia de responsáveis pelos danos daí advindos, mormente quando concorreu para o dano, adequando-se ao artigo 25, § 1º do Código Consumerista, vejamos:

Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

§ 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.

Desta feita, como por conta de sua omissão terá a agência reguladora concorrido para a causação do dano ao consumidor, deveria esta entrar na cadeia de responsáveis pelo dano, responsabilidade esta regida pelo regime da solidariedade. Este o entendimento de Edmir Netto de Araújo:

No entanto, se falhas ou ilegalidades se verificarem na própria regulação (fiscalização, normatização, controle, gerenciamento etc), que venham a indiretamente causar prejuízo ao administrado em geral e ao usuário de serviço em especial, a responsabilidade da

---

<sup>70</sup> Artigo 25 da Lei nº 8.987/95

agência reguladora poderá ser solidária à da prestadora e, conforme o caso, até mesmo direta.<sup>71</sup>

Por sua vez, Flávio de Araújo Willeman busca rechaçar de pronto qualquer possibilidade de responsabilidade solidária entre agência e concessionário, vejamos:

Ademais, além de lembrar a dicção da regra inserta no artigo 25, da Lei Federal n 8.987/95, que veda a exclusão ou atenuação do dever direto de indenizar do concessionário em caso de ausência de fiscalização por parte da Agência Reguladora, deve-se argumentar que admitir a responsabilidade solidária da concessionária e da Agência, além de violar a dicção do artigo 265, do Código Civil de 2002, é beneficiar a empresa regulada com a sua própria torpeza, tendo em vista que a ela possibilitaria alegar que o ato ilegal foi praticado somente por ausente restou a fiscalização por parte do Poder Público.<sup>72</sup>

Ainda neste ponto, bom salientar que, em se tratando de exercício de poder de polícia da agência reguladora, custa-se a aceitar a possibilidade de ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor nestes casos. Isso porque, como é sabido, o exercício do poder de polícia, muito embora tratar-se de serviço público, não se amolda aos termos elencados no Código Consumerista para sua invocação quando há falha no exercício deste serviço público.

Desta feita, caso afastada a incidência do referido diploma legal, resta sem fundamento a possibilidade de responsabilização da agência, fato que demonstra que é entendimento muito recente, ainda carente de uma fundamentação mais firme e embasada.

Noutra vertente, há quem entenda pela responsabilidade subsidiária da agência reguladora. Afirma Flávio de Araújo Willeman que a agência reguladora, quando reconhecida a sua omissão fiscalizatória, deverá ser responsabilizada subsidiariamente pelos danos perpetrados pelo concessionário, tomando vez no débito na ocasião de findas as forças deste último e, mesmo assim, ainda existam dívidas, frise-se, decorrente da função pública exercida, deve, segundo este autor, ser a agência responsabilizada. Confira-se:

---

<sup>71</sup>DE ARAÚJO, Edmir Netto. *A Aparente Autonomia das Agências Reguladoras*. In: MORAES, Alexandre de. (org.). *Agências Reguladoras*, p. 39-57. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

<sup>72</sup> WILLEMANN, Flávio de Araújo. Op. cit. p. 125-126



Assim, se o particular comprovar que a sua expectativa restou frustrada, isto é, que a Agência Reguladora se omitiu – e, por isso, falhou – no seu específico dever de fiscalizar a empresa inserta no segmento regulado, que por conduta comissiva lhe causou dano, patente restará o dever subsidiário de indenizar da Agência.<sup>73</sup>

Ocorre que, como cediço, a responsabilidade subsidiária pelo serviço prestado pelos concessionários/permissionários já pertence ao Estado, segundo entendimento de que o particular só está na qualidade de prestador do serviço por conta de atuação privatizadora do Estado, devendo este subsidiariamente quando, em virtude do serviço público, o prestador se endivida de tal forma que não mais dispõe de forças para cumprir com suas obrigações, substituindo-o o Estado, tanto na prestação do serviço, quanto nas dívidas deixadas.<sup>74</sup>

Assim, mesmo que se entenda pela troca do Estado pela agência reguladora quando está incorrer em falha na fiscalização, fato é que tal entendimento não possui o devido resultado prático, eis que, ao fim e ao cabo, o Estado continuará sendo responsável subsidiário pelos danos advindos da prestação do serviço.

Dessa forma, apresentadas as duas teses, vislumbra-se que ambas estão ainda em início de formação, não havendo, ainda, insumo doutrinário ou jurisprudencial para afirmar categoricamente qual seria a aplicável ao caso de omissão da agência reguladora em seu dever de fiscalização.

Fato é que a agência precisa ser responsabilizada quando incorrer em omissão no seu dever de fiscalizar e, diante disso, ocorra dano ao usuário do serviço. Contudo, para definir qual teoria a se aplicar, por certo será necessário maior produção intelectual e jurisprudencial para, enfim, chegar a uma conclusão cabível e devidamente fundamentada.

---

<sup>73</sup> WILLEMANN, Flávio de Araújo. Op. cit. p. 127.

<sup>74</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello afirma: “É razoável, então, concluir que os danos resultantes de atividade diretamente constitutivo desempenho do serviço, ainda que realizado de modo faltoso, acarretam, no caso de insolvência do concessionário, responsabilidade subsidiária do poder concedente” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit. p. 781.

### 3.3) Danos não imputáveis às agências reguladoras

Por fim, imperioso salientar que, não obstante todo o declinado acima, existem fatos que refogem totalmente às forças da Administração Pública, não podendo ser-lhe imputada para fins de responsabilidade civil.

Isso porque, como é cediço, o Estado não é segurador universal, não podendo ser responsabilizado por todo e qualquer dano causado a algum administrado por conta de fatos ocorridos na vida em sociedade.<sup>75</sup>

Nesta toada, não se pode concluir que todo e qualquer dano experimentado pelo particular será indenizado pelo poder público, revestindo-se tal alegação de evidente desproporcionalidade, eis que o Estado não pode ser visto como garantidor universal, devendo ser responsabilizado tão somente quando detinha o dever de impedir o fato danoso e não o fez, incorrendo em omissão específica, a qual, como é sabido, atrai a responsabilidade objetiva do ente público.

Desta feita, não pode o particular buscar junto ao ente público indenização em virtude de fatos como assaltos em vias públicas ou transportes públicos, bala perdida, acidentes ocorridos em via pública por conta de suposta má conservação da rua ou rodovia, eis que, como visto, concatenam-se a omissão genérica do Estado, esta que, como já demonstrado acima, é de natureza subjetiva, devendo o particular comprovar a culpa – negligência imprudência ou imperícia – do ente público para, aí sim, responsabilizá-lo pelo dano amargado.

Neste ponto, precisas as palavras de Marçal Justen Filho, vejamos:

---

<sup>75</sup>Celso Antônio Bandeira de Melo afirma: “Ademais, solução diversa conduziria a absurdos. É que, em princípio, cumpre ao Estado prover todos os interesses da coletividade. Ante qualquer evento lesivo causado por terceiro, como um assalto em via pública, uma enchente qualquer, uma agressão sofrida em local público, o lesado poderia sempre arguir que o “serviço não funcionou”. A admitir-se responsabilidade objetiva nestas hipóteses, o Estado estaria erigido em segurador universal! Razoável que responda pela lesão patrimonial da vítima de um assalto se agentes policiais relapsos assistiram à ocorrência inertes e desinteressados ou se, alertados a tempo de evita-lo, omitiram-se na adoção de providências cautelares. Razoável que o Estado responda por danos oriundos de uma enchente se as galerias pluviais e os bueiros de escoamento das águas estavam entupidos ou sujos, propiciando o acúmulo da água. Nestas situações, sim, terá havido descumprimento do dever legal na adoção de providências obrigatórias. Faltando, entretanto, este cunho de injuridicidade, que advém do dolo, ou da culpa tipificada na negligência, na imprudência ou na imperícia, não há cogitar de responsabilidade pública.” BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Op. cit. p. 1043.

“Nas hipóteses em que existir um comando genérico autorizando o Estado atuar (omissão imprópria), será descabido reputar que a mera e simples *inação* produzirá a responsabilidade civil do Estado. Nesse caso, a responsabilização apenas surgirá se houver omissão juridicamente reprovável, consistente na infração a um dever de diligência. Assim, por exemplo, o Estado pode ser responsabilizado quando deixar de limpar galerias pluviais, daí derivando inundação das vias públicas e prejuízos a terceiros.”<sup>76</sup>

Por sua vez, também não é possível a responsabilização da agência reguladora quando esta está no seu exercício regular do seu dever de fiscalização. Isso porque, quando no exercício regular de suas funções, o agente estatal não desborda de qualquer dos limites impostos pela lei. Assim, não há falar em responsabilidade, uma vez que o fato será, necessariamente, produzido por fato exclusivo de terceiro, ou por caso fortuito ou força maior.<sup>77</sup>

Este também é o entendimento da jurisprudência majoritária, a qual defende não haver qualquer possibilidade de responsabilidade da agência reguladora quando no exercício regular de sua fiscalização, sem, por certo, desbordar dos ditames legais, vejamos:

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

<sup>76</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 1407.

<sup>77</sup> Marçal Justen Filho afirma: “O exercício regular do direito pelo agente estatal significa que não haverá responsabilidade civil do Estado se tiverem sido observados todos os limites e deveres pertinentes ao dever de diligência. Se, no cumprimento de seus deveres funcionais, o agente estatal adotou todas as precauções exigíveis, não haverá dever de indenizar em razão de dano a terceiro. Nesse caso, presume-se que o dano derivou ou de culpa exclusiva de terceiro ou de caso fortuito ou de força maior.” JUSTEN FILHO, Marçal. *ibidem* p. 1412.

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.<sup>78</sup>

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. INCLUSÃO EM LISTA 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. **1. A Lei nº 9.478/97, ao criar a Agência Nacional do Petróleo - ANP, confere-lhe a competência pararegular e autorizar as atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, cabendo-lhe, ainda, a fiscalização de tais atividades, diretamente ou mediante convênios, podendo, inclusive, autuar e aplicar sanção administrativa, decorrente do exercício do poder de polícia. 2. Entendo que se afigura legítima a divulgação da lista dos "Postos Revendedores Autuados e/ou Interditados por Qualidade de Combustíveis", porquanto inserida no âmbito da competência legal da ANP e no exercício regular do seu poder-dever defiscalização e de informação aos consumidores do produto fiscalizado.** 3. Agravo de instrumento provido.<sup>79</sup>

Por sua vez, no que toca ao específico ponto da omissão da agência reguladora, não se pode falar em fato exclusivo de terceiro para o rompimento do nexos causal e, conseqüentemente, o afastamento da responsabilidade da agência reguladora.

Com efeito, usa-se aqui o entendimento de Marçal Justen Filho, o qual preleciona que, dependendo das circunstâncias, é possível a responsabilização por ato omissivo, ainda que diante de uma conduta antijurídica alheia. Isso porque, quando ao ente público incumbia um dever de impedir a concretização de danos e,

<sup>78</sup> TRF1 – AC nº 00227350820044013400 – Des. Fed. Souza Prudente – Sexta Turma – Julgamento: 23/06/2008.

<sup>79</sup> TRF3 – AI nº 00119601620094030000 – Des. Fed. Roberto Haddad – Quarta Turma – Julgamento: 26/01/2010.

não obstante, este se quedou omissivo, imperioso concluir pela possibilidade de sua responsabilização.<sup>80</sup>

Ora, esta é exatamente a tese principal do presente trabalho, a saber, muito embora o dano tenha sido causado diretamente por outro, fato é que a falta de fiscalização por parte da agência reguladora atrai a sua responsabilidade, eis que detinha o dever legal e específico de fiscalizar os prestadores de serviço público. Em se omitindo, assume o risco da ocorrência do dano, e, concretizado o dano, atraída será sua responsabilidade, uma vez que faltou com dever legal e específico de impedir o dano, e, como já visto, tal fato repercute em responsabilidade objetiva da agência.

---

<sup>80</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Ob. cit. p. 1412.

## CONCLUSÃO

Ante todo o aqui exposto, conclui-se que há argumentos para sustentar a possibilidade de responsabilização da agência reguladora por conta de sua omissão na fiscalização dos serviços públicos que venha a causar dano ao usuário. Isso porque, como visto, a atividade fiscalizatória é um dever legal ínsito ao funcionamento das agências reguladoras – assim como o normativo e o sancionatório -, incorrendo a sua falha em omissão específica do ente público.

Há que se salientar que, muito embora exista autorizado entendimento doutrinário quanto à aplicação da responsabilidade subjetiva a todo e qualquer caso de omissão do poder público, não é este entendimento o esposado no presente trabalho. Com efeito, tendo como base, outrossim, autorizada doutrina, bem como base em jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a omissão específica tem o condão de gerar, para o ente público, a responsabilidade objetiva pelo dano, cabendo ao administrado demonstrar tão somente o nexos causal existente entre o dano experimentado e a omissão perpetrada pelo Estado – neste caso, agência reguladora – para que seja este condenado à indenização daquele.

Assim, como se encontra a fiscalização dentro dos deveres específicos das agências reguladoras, forçoso concluir que, caso se quede omissos no exercício desta atividade, há que se concluir pela sua responsabilidade pelo dano amargado.

Não se busca aqui afastar a responsabilidade do concessionário pelo dano por ele causado, mas tão somente inserir na cadeia de responsáveis a agência reguladora que praticou o ilícito de se omitir em seu dever de fiscalizar, devendo, assim, responder solidariamente com o concessionário, tendo em vista o artigo 25, § 1º do Código de Defesa do Consumidor – diploma aplicável aos danos advindos da prestação do serviço público -, eis que, muito embora não participante diretamente da relação de consumo, certo é que se beneficia dela, devendo, por conseguinte, ser inserido na cadeia de responsáveis, seja solidária ou subsidiariamente. Cumpre aqui salientar que, caso se conclua pela responsabilidade solidária, caberia ao Judiciário, caso vise garantir celeridade processual em possível ação de regresso, quando da

apreciação do ato lesivo, mensurar em quanto concorreu a omissão para a ocorrência do dano.

Exemplifica-se. Em um hipotético caso, diga-se que restou configurado que, em um dano ocasionado por uma concessionária, reste evidenciado que a agência reguladora que devia lhe fiscalizar ficou-se inerte, omitindo-se de seu dever de fiscalização. Assim, quando da prolação da sentença, o juiz vislumbrou que a omissão da agência concorreu na porcentagem de 10% para a configuração do fato lesivo, ao passo que a concessionária concorreu em 90%. Nesta toada, deverá o julgador condenar a agência reguladora em 10% do montante fixado a título do dano, e, por sua vez, a concessionária responde pelos 90% restantes, não se podendo olvidar a possibilidade de qualquer dos condenados pagar o valor integral e, posteriormente, voltar-se contra o seu codevedor solidário para reaver a quantia que pagou em nome deste, tendo esta medida tão somente caráter facilitador de possível ação de regresso.

Contudo, caso se entenda pela responsabilidade subsidiária, certo é que inicialmente precisará que se apure a impossibilidade da concessionária de arcar com todas as suas dívidas decorrentes do serviço público para, após vislumbrar que estes danos tiveram a concorrência da omissão da agência, responsabilizá-la ao cumprimento de todas as obrigações, sejam pecuniárias ou de qualquer outra natureza.

Com efeito, tal medida tem como escopo a otimização da atividade regulatória, onde, caso passem a ser condenadas por suas omissões, sofrendo prejuízos financeiros, as agências reguladoras deflagrarão verdadeira mudança em sua tratativa, melhorando consideravelmente o seu serviço prestado a sociedade. Por via conexa, acarretarão em melhora também do serviço público prestado pelos particulares, eis que exercerão fiscalização mais acirrada, culminando em maior quantidade de sanções, e, por sua vez, adequação dos concessionários e permissionários às normas de regulação.

Contudo, por fim, há que se salientar, como visto no último tópico do trabalho apresentado acima, a impossibilidade de responsabilizar a agência por todo e

qualquer dano, mas tão somente aqueles advindos da sua evidente e comprovada omissão na fiscalização, eis que, como cediço, a Administração Pública não pode ser tida como seguradora universal, indenizando todos os que sofrerem danos em locais públicos.

Assim, não se pode responsabilizar a agência reguladora por fatos ocorridos sem a sua omissão específica, como assaltos, balas perdidas, acidentes em vias públicas, nem tampouco quando restar comprovada que exerceu regularmente seu dever de fiscalização, eximindo-se, por conseguinte, de qualquer possibilidade de responsabilização.



## BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Alexandre dos Santos [coord.]. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2006.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Econômico*, 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Gen, 2006.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito* In Revista de Informação Legislativa: v. 37, nº 148, p. 277-299 (out./dez. 2000), disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/646/r148-19.pdf?sequence=4>.

ARAGÃO, Alexandre Santos de e SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Omissão no Exercício do Poder Normativo das Agências e a Concorrência Desleal*, in *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*, ARAGÃO, Alexandre dos Santos [coord.], p. 537-568. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2006.

BAGATIN, Andreia Cristina. *Captura das Agências Reguladoras*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, Ordem Econômica e Agências Reguladoras*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, fevereiro, 2005, p. 11. Disponível em [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em 05 de novembro de 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 26ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

DE ARAÚJO, Edmir Netto. *A Aparente Autonomia das Agências Reguladoras*. In: MORAES, Alexandre de. (org.). *Agências Reguladoras*, p. 39-57. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

DE ARAÚJO, Eugênio Rosa. *A Responsabilidade Civil do Estado por Omissão e suas Excludentes*. Artigo publicado na Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, v. 1, nº 30 (abr. 2011).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

FILHO, Sérgio Cavaliere. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GUERRA, Sérgio. *Controle Judicial dos Atos Regulatórios*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 11ª ed.. Editora Revista do Tribunais, São Paulo, 2015.

MORAES, Alexandre de. (org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

NEVES, Rodrigo Santos. *Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras*. In Revista dos Tribunais, ano 91, v. 803 (set. 2002) p. 729-747.

PEREIRA MESQUITA, Alvaro Augusto. *O Papel e o Funcionamento das Agências Reguladoras no contexto do Estado brasileiro*. In Revista de Informação Legislativa: v.42, nº 166, p.23-39 (abr/jun 2005). Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/428>.

WILLEMAN, Flávio de Araújo. *Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.