



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

POTYRA WEILL VELOZO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS
OMISSIVOS NA FISCALIZAÇÃO DAS CONCESSIONÁRIAS
DO SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA**

Salvador
2014

POTYRA WEILL VELOZO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS
OMISSIVOS NA FISCALIZAÇÃO DAS CONCESSIONÁRIAS
DO SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Geovane de Mori Peixoto

Salvador
2014

Aos meus pais, grande orgulho da minha vida, que nunca mediram esforços para educar seus filhos, sendo-lhes mais do que merecido os créditos pela realização deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, o grande responsável pela nossa existência e pela força constante que nos proporciona, de seguir em frente.

À minha família, pelo incessante apoio, amor e confiança de sempre.

Ao professor Geovane Peixoto, pela sua atenção e cuidado ao longo de toda construção deste trabalho, quando a sua concretização ainda era algo muito distante.

Ao professor Dr. Gabriel Marques, que em meio a tantos orientandos, aulas e atendimentos, dedicou tempo para ajudar no direcionamento deste trabalho.

Aos meus amigos, em especial à Mariana, por me encorajar e acreditar no meu potencial, e, não menos à Raphaela Macedo e Carla Carvalho, aquelas que participaram diariamente de todas as minhas preocupações e anseios, mas sempre presentes com uma palavra amiga e de incentivo.

RESUMO

Como objetivo do presente trabalho, foi escolhida a questão da responsabilidade civil do Estado por atos omissivos na fiscalização das concessionárias do serviço de energia elétrica. O principal foco desta pesquisa foi a análise e limites de uma responsabilidade estatal face às suas próprias omissões no que tange ao seu dever de fiscalizar se o serviço, o qual foi delegado, está sendo adequado e eficiente ao atendimento de toda uma coletividade. A estrutura do trabalho foi organizada no sentido de refletir a real natureza desta responsabilidade patrimonial do Estado. A pesquisa foi dividida em três capítulos de desenvolvimento, além da introdução e conclusão. No primeiro, é tratado da responsabilidade civil desde os primórdios, quando o Estado era irresponsável por qualquer ato de seus agentes, até se chegar o que se tem hoje, a sua responsabilidade objetiva. No capítulo seguinte enfrentou-se o tema serviço público, com o enfoque no serviço de energia elétrica, trazendo o papel das concessionárias e das agências reguladoras, quando há a delegação da prestação do serviço. Em seguida, assentadas as bases necessárias, o trabalho passou a se debruçar, no quarto capítulo, sobre o objetivo da presente pesquisa, trazendo os posicionamentos doutrinários acerca de o Estado responder solidária ou subsidiariamente face às omissões nos seus deveres, notadamente o de fiscalização quando há a delegação do serviço público de energia elétrica. Tendo as idéias desenvolvidas em capítulos anteriores como base, procurou-se conectá-las e trazê-las para o entendimento e reflexão do tema, em virtude da dissonância que há quando se trata da responsabilidade civil do estado por seus atos omissivos na fiscalização no setor de energia elétrica.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Omissão Estatal; Energia Elétrica; Responsabilidade solidária ou subsidiária.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
séc.	século
CF/88	Constituição Federal da República
CDC	Código de Defesa do Consumidor
min.	Ministro
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	12
2.1 A IRRESPONSABILIDADE DO ESTADO	12
2.2 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO	13
2.2.1 Teoria Civilista da Culpa	14
2.2.2 Teorias Publicistas	15
2.2.2.1 Teoria da Culpa Administrativa	16
2.2.2.2 Teoria do Risco Administrativo	17
2.2.2.3 Teoria do Risco Integral	18
2.2.3 Evolução Normativa no Brasil	19
2.2.4 Elementos da Responsabilidade Civil	21
2.2.4.1 Conduta	21
2.2.4.1.1 <i>Ato Omissivo</i>	22
2.2.4.2 Dano	25
2.2.4.3 Nexo de Causalidade	26
2.2.4.3.1 <i>Excludentes de Ilícitude</i>	28
3 SERVIÇO PÚBLICO	30
3.1 CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO	30
3.1.1 Princípios aplicáveis ao serviço público	31
3.2 TITULARIDADE E PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO	33
3.2.1 O papel das concessionárias	35
3.2.1.1 A relação entre Concessionária e Poder-Concedente	37
3.3 O SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA ELÉTRICA	39
3.3.1 Evolução histórica do setor elétrico	40
3.3.2 Os segmentos setoriais das concessionárias	42
3.3.3 As agências reguladoras	45
3.3.3.1 A atuação da ANEEL	48
4 A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO ESTADO E A SUA OMISSÃO NOS SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA	51
4.1 DEVER DE FISCALIZAÇÃO DO ESTADO	54

4.2 A RESPONSABILIDADE DAS CONCESSIONÁRIAS DE ENERGIA ELÉTRICA	56
4.3 O ESTADO ENQUANTO RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO OU SUBSIDIÁRIO FACE AOS SEUS ATOS OMISSIVOS	58
5 CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS	64

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho dedica-se a tratar da circunstância, na qual o Estado ao desprender-se ou desvincilhar-se da prestação de um serviço público, notadamente o de energia elétrica, estará não menos que, privatizando-o, transferindo sua execução a empresas particulares do referido setor, através da concessão. Em razão disso, por não estar obrigado diretamente na execução, o Estado passa a negligenciar no seu dever de fiscalização do serviço, o que acaba por permitir abusos a serem praticados pela concessionária, e conseqüentemente causando prejuízos aos usuários do serviço.

Embora seja uníssono na doutrina e jurisprudência de que o art. 37, §6º, da Constituição Federal, consagra a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, ou seja, independentemente de culpa ou dolo na causação do dano, há o seu dever de reparar, hesita-se muito quando se está na seara da concessão e permissão do serviço público, posto que nestas formas de delegação surge a discussão do Estado responder solidária ou subsidiariamente.

A intenção trazida para a presente pesquisa reside no fato de se aferir, se diante de um dano causado a usuários e terceiros, o Estado seria juntamente com a concessionária, acionado para repará-lo, ou, se somente diante de circunstâncias outras nas quais se mostrasse uma insuficiência da empresa particular, ele seria chamado subsidiariamente para responder.

O escopo principal do trabalho é analisar justamente de que maneira haveria uma responsabilização estatal no setor elétrico, quando dentre os diversos deveres de que dispõe, há falhas no seu dever de fiscalização acerca da devida prestação do serviço, fazendo com que o usuário, indiscutivelmente a parte frágil dentro desta relação, seja prejudicado pela falta de intervenção e controle do poder concedente.

A doutrina tem debatido acerca da responsabilização do Estado quanto aos seus atos legislativos e quanto aos seus próprios atos jurisdicionais, no entanto, a proposta do presente estudo reside apenas à hipótese da responsabilidade do Estado-administração, notadamente nos casos de omissão face ao seu dever de fiscalização quando há a delegação do serviço de energia elétrica, o qual passou por diversas transformações ao longo dos anos, tornando-se hoje um setor de competitividade ímpar no país.

Ressalta-se que, esta é uma pesquisa exploratória, a qual não tem o fim de esgotar o tema, mas explorar os pontos delimitados para uma reflexão crítica, proporcionando uma maior familiaridade com o tema e propondo novas questões, a partir de uma pesquisa bibliográfica e da análise de julgados.

De início, buscou-se enfrentar a questão da irresponsabilidade estatal, algo que sempre mostrou-se fora dos parâmetros que se vive em um Estado de Direito, pois na figura estatal está o próprio guardião do Direito, o qual não poderia deixar de ser responsabilizado, já que é dotado de direitos e obrigações. Em seguida, até chegar à concretização da responsabilidade objetiva consagrada pela Constituição, foi dada uma ênfase às teorias publicistas, bem como aos elementos da responsabilidade civil, em especial ao elemento conduta, pois é onde está inserido o ato omissivo do Estado.

Dentro deste primeiro capítulo ainda, foi tratado brevemente acerca da evolução normativa da responsabilidade no Brasil, com as disposições constitucionais pertinentes, bem como o posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, sanando qualquer dúvida sobre a responsabilidade estatal e a possibilidade de regresso do funcionário público, o que à época se fazia a partir da aferição de culpa.

Posteriormente, no segundo capítulo, a partir de uma análise do que seja o serviço público e os seus princípios aplicáveis, foi abordada a relação entre concessionária e poder concedente, no sentido de se definir os limites e o papel de cada parte nesta relação, quando da execução do serviço, sem esquecer o verdadeiro detentor da titularidade constitucional dele, que é o Estado.

Após isso, tratou-se notadamente do serviço de energia elétrica, desde as suas primeiras experiências no período imperial chegando ao que hoje se chama de privatização do setor elétrico, face aos grandes investimentos que sofreu, passando então o Poder Público a delegar a sua execução, dando um tratamento legal a esse regime com a promulgação da Lei nº 8.987/95 e da Lei nº 9.247/96, a qual trata especificamente da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL.

A última parte do estudo, o quarto capítulo, destina-se a tratar especificamente acerca da responsabilidade patrimonial do Estado face às suas omissões, trazendo um julgado do Supremo, no qual demonstra o seu posicionamento pela responsabilidade objetiva estatal, em contrapartida à posição

consolidada do Superior Tribunal de Justiça, de que quando há uma inércia do Poder Público, ele estaria responsabilizado subjetivamente.

Em seguida, buscou-se tratar do dever de fiscalização estatal, bem como os possíveis riscos que podem ser causados quando há uma falha neste dever dentro do setor elétrico, alinhando-se juntamente a isso a responsabilidade das concessionárias, já que são elas que propriamente executam o serviço, e não por menos, não poderiam deixar de ser responsabilizadas quando há uma má prestação na distribuição da energia elétrica aos usuários.

Por fim, o último tópico do referido capítulo adentra de fato no problema da pesquisa, o qual traz os posicionamentos de doutrinas civilistas e administrativistas, bem como julgados para aferição de ser a responsabilidade do Estado solidária ou subsidiária, quando há efetivamente uma inércia nos seus deveres e obrigações face às concessionárias e usuários do serviço de energia elétrica.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade do Estado representa grande marco no Estado Democrático de Direito, pois enquanto ele era irresponsável pelos atos praticados pelos seus agentes, ele ficava alheio a qualquer tipo de obrigação relacionada à indenização do particular. Em que pese o Brasil não tenha (felizmente) passado por esta fase, a mesma foi vivida em meados do século (séc.) XX, durante o estado absolutista.

O grande divisor no que tange à questão da responsabilidade civil, foi a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, quando então houve uma postura ativa maior por parte do Estado, em relação aos seus administrados, passando ele a ser responsabilizado pelos danos que eventualmente causasse a terceiros. Tal evolução foi importante, pois com o advento do Estado de Direito, a responsabilidade vai ser caracterizada como princípio, o qual hoje já é protegido constitucionalmente.

2.1 A IRRESPONSABILIDADE DO ESTADO

Primordialmente, na época dos estados absolutistas ou despóticos, o monarca detinha em suas mãos os próprios comandos de todos os poderes estatais, vigorando as máximas *The King do not wrong* (o Rei não erra) e *L'État c'est moi* (o Estado sou eu), as quais permaneceram por muito tempo sustentando a soberania do Estado, e por ser ele o próprio criador do Direito, não se justificaria que ele mesmo por seus atos ou omissões, pudesse violá-lo (PIETRO, 2013, p. 705).

A possibilidade que existia era do funcionário estatal responder pessoalmente pelo dano eventualmente causado, se eximindo o Estado de qualquer responsabilidade, justamente pelo fato de ser ele o detentor do Direito e não praticar atos contrários à ordem jurídica (ARAÚJO, 2010, p. 771).

Muitos foram os argumentos trazidos pelos teóricos para justificar a irresponsabilidade do Estado, dentre eles pode-se citar alguns trazidos por Amaro Cavalcanti (1956, p. 272): Richelmann, que afirmara que cabia ao Chefe do Governo nomear o funcionário do Estado, logo, sendo aquele o chefe supremo e

nomeante, ele era o responsável pela negligência ou infração de dever por parte do funcionário; Saleilles, que entende ser o Estado uma ficção legal, posto que o conjunto de direitos e obrigações é realmente exercido pelos seus representantes legais, razão pela qual somente eles são responsáveis por danos causados a outrem.

No entanto, isso é rebatido por Cavalcanti (1956, p. 273), que entende que o fato do Estado se fazer representar pelos seus funcionários ou órgãos, não lhes retira sua própria capacidade, logo ele continuará existindo e deverá ser responsabilizado pelos efeitos da lesão por ele causada.

Outro importante autor foi Mantellini citado por Amaro Cavalcanti (1956, p. 274), que entendia que todos os empregados do Estado, são servidores, e por assim serem, detém mais obrigações que deveres. Deste modo, todos eles devem exercer o seu papel e cumprir seus deveres, sem culpas e excessos, e nos limites estabelecidos na lei, e, uma vez deixando de cumpri-los deve prestar contas à Administração ou a qualquer pessoa à que se tenha obrigado.

Tal argumento é baseado no sentido de que o Estado não tem culpa de ser este ou aquele escolhido para ser funcionário, o que foi rebatido também pelo referido autor (1956, p. 274), quando afirma que o próprio Estado age por meio de seus representantes, logo, os atos destes são atos estatais e quando aos segundos couber a culpa ao primeiro também caberá.

Assim, em virtude dos privilégios que competem ao Estado, não se podia reconhecer sua irresponsabilidade pelos atos lesivos a direito alheio como uma regra geral a ser aplicada a todos os casos, pois isso acabaria por prejudicar a efetividade do direito e da justiça numa ordem social. Assim, pelas injustiças que esta teoria trazia ela logo entrou em declínio – na Inglaterra, a partir do *Crown Proceeding Act* ela foi abolida em 1947, e nos Estados Unidos houve uma reforma no sistema, por meio do *Federal Tort Claim Act* de 1946.

2.2 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Superada a teoria da irresponsabilidade, a jurisprudência passou a constatar que o Estado como guardião do Direito, não poderia, face aos seus cidadãos, desampará-los ou não ser responsabilizado pelos prejuízos decorrentes de atos do próprio Estado. Ou seja, sendo ele a maior pessoa jurídica

do nosso sistema, é dotado de direitos e obrigações, o que inevitavelmente lhe imputa responsabilidade.

Desse modo, passou-se para uma concepção civilista da responsabilidade estatal, fundada na culpa civil, que apesar de não ter sido totalmente favorável ao particular, mostrou-se como um grande avanço, por permitir o dever de indenizar pelo Poder Público.

2.2.1 Teoria civilista da culpa

Num primeiro momento, anterior à teoria civilista da culpa, diante ainda de certo resquício da teoria da irresponsabilidade, havia uma distinção entre atos de império e de gestão. O Estado quando estivesse praticando atos que manifestassem sua soberania, sua autoridade pública, atuando coercitivamente perante a sociedade, estaria praticando atos de império. Por outro lado, quando estivesse o Estado equiparado ao particular, praticando atos em situação de igualdade a ele, como no desenvolvimento do patrimônio público ou gerência dos serviços oferecidos pelo Poder Público, sendo amparados pelo direito comum – a estes atos, se denominava atos de gestão (PIETRO, 2013, p. 705).

Ocorre que tal distinção interessava apenas ao Estado internamente, pois ao particular não interessava em qual circunstância o ato foi praticado, pois de qualquer maneira o prejuízo teria sido causado. Em razão disso, essa dicotomia foi logo abandonada, evoluindo para a teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva do Estado (ARAÚJO, 2010, p. 772).

O reconhecimento de aplicabilidade da responsabilidade subjetiva estava, num primeiro momento, baseado na culpa do funcionário, este tido como preposto do Estado, o que queria dizer que, o Estado incorrendo em culpa era obrigado a ressarcir os danos causados por estes agentes.

A noção jurídica de culpa tinha grande conotação moral e subjetiva, pois, levava-se em consideração elementos anímicos e psicológicos para se chegar a uma avaliação moral da conduta individual. Em face disso, a culpa se mostrava como um elemento extremamente difícil de ser comprovado, “sua aferição impunha aos juízes tarefa extremamente árdua, representada por exercícios de previsibilidade do dano e análises psicológicas incompatíveis com os limites naturais da atividade judiciária” (SCHREIBER, 2013, p. 17).

Deste modo, para o administrado obter ressarcimento dos danos sofridos, deveria comprovar a conduta culposa dos funcionários estatais, já que eram estes os próprios cumpridores da vontade estatal, logo, a quem se deveria imputar a responsabilidade. Todavia, em muitas situações não se conseguia identificar o funcionário, mesmo sabendo que o prejuízo havia decorrido da atividade pública, o que acabava por deixar o particular sem reparação. Assim, evoluiu-se para a noção de culpa do serviço, consagrada pela jurisprudência francesa.

2.2.2 Teorias Publicistas

Inicialmente em breve relato, impende discorrer acerca do famoso caso Blanco, ocorrido em 1873 na França, a partir do qual começaram a surgir as teorias publicistas.

Uma menina chamada Agnes Blanco, atravessava uma rua na cidade de Bordeaux, quando então foi atropelada por um vagão da Companhia Nacional de Manufatura do Fumo. Seu pai promoveu ação de indenização, baseando-se no princípio de que o Estado é civilmente responsável pelos danos que causa a terceiros, em decorrência de ação danosa de seus agentes ou funcionários (PIETRO, 2013, p. 706).

Diante disso, foi suscitado conflito de competência entre a justiça comum, por se tratar de ação civil indenizatória, e o contencioso administrativo, pois o acidente ocorreu em virtude de ação danosa de uma empresa estatal prestadora de serviço público.

O Tribunal de Conflitos ao julgar o caso, entendeu que o tribunal administrativo deveria solucionar a controvérsia, em razão de que a responsabilidade decorria do mau funcionamento do serviço público prestado, uma vez que, aplicar as regras e princípios de direito civil ao caso mostrava-se inadequado (PIETRO, 2013, p. 706).

Foi a partir daí que se consolidou a responsabilidade do Estado, para todos aqueles casos em que ele causava prejuízos a terceiros, com o conseqüente abandono da ideia de uma responsabilidade estatal baseada no direito civil.

2.2.2.1 Teoria da Culpa Administrativa

Admitida então a responsabilidade, já na segunda metade do séc. XIX, deixava-se de observar a culpa individual do funcionário público, para se exigir apenas a prova de que a lesão foi decorrente da atividade do Estado. Ou seja, falava-se agora numa culpa administrativa ou como chamada por muitos, “culpa anônima ou impessoal” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 285).

O fato é que o dever de indenizar do Estado decorreria apenas da mera falta do serviço ou do seu defeituoso funcionamento (funcionou mal ou atrasado), caracterizando assim a responsabilidade subjetiva fundada na *faute du service* (doutrina francesa), sendo desnecessário imputar a atuação de um funcionário.

Deste modo, ocorrendo a falta do serviço, operando este abaixo dos padrões devidos da razoabilidade, e havendo a relação entre um dano e o serviço público, presumir-se-á a culpa da Administração Pública, eximindo-se o particular de comprová-la. Por outro lado, nada elide o caráter subjetivo da responsabilidade, podendo a Administração provar a existência de prudência, diligência e perícia da sua atividade (o que afastaria a responsabilidade de indenizar), ou ainda comprovar eventual culpa concorrente, atenuando a sua obrigação (MELO, 2013, p.1020-1021).

Nesse diapasão, afora todas as discussões que permeavam a tradução do vocábulo francês *faute* – se este se referia à culpa ou ausência –, para que se deflagrasse a responsabilidade do Estado, não bastaria a mera objetividade da relação entre o dano e a atividade estatal desenvolvida, mas também a presença da culpa (ou dolo), o elemento tipificador da responsabilidade subjetiva (MELO, 2013, p. 1020).

Era isso que fragilizava a teoria da culpa administrativa, pois embora o particular estivesse isento de provar a culpa da Administração, havendo a prova em contrário contra o particular, se atenuava ou excluía totalmente o dever de indenização estatal. Assim, percebeu-se (felizmente) a necessidade de amparar as vítimas das condutas lesivas do estado, sem a aferição de elemento subjetivo algum para tal responsabilização. Surge então a Teoria do Risco Administrativo.

2.2.2.2 Teoria do Risco Administrativo

Adentrando na fase da responsabilidade objetiva do Estado, ou seja, independente de falta ou culpa do serviço, está ele obrigado a reparar o dano, surgindo então, a Teoria do Risco Administrativo.

A lógica desta teoria, desenvolvida por Leon Duguit, é que a Administração desenvolve atividades em favor de todos de uma sociedade, no entanto, elas geram riscos para os administrados, no sentido de que podem causar-lhes danos em decorrência de eventual anormalidade no desenvolvimento destas atividades. Desse modo, tendo em vista que é o Estado que representa toda uma sociedade, ele mesmo deve suportar os ônus decorrentes de suas atividades, independente de se perquirir culpa dos seus funcionários (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 287).

Tal teoria era explicada pelo Conselho de Estado Francês, a partir do Princípio da Igualdade de todos perante os encargos públicos, o que significa dizer que do mesmo modo que os benefícios decorrentes da atuação do Estado repartem-se na sociedade; os prejuízos sofridos por alguns membros devem também ser repartidos, de modo que se restabeleça o equilíbrio entre os encargos sociais, já que não seria justo que pequena parcela da sociedade arcasse com os atos lesivos do ente estatal em nome do bem comum. Este equilíbrio adviria da indenização do Estado a este particular prejudicado (PIETRO, 2013, p. 707).

Desse modo, os Princípios da Legalidade e Igualdade, juntos, estabeleceriam os pilares para a estruturação do Estado Democrático de Direito, de forma a dar-lhe conteúdo e instrumentos para que ele fosse, de fato, efetivado (ROCHA, 1990, p. 8).

Assim também dispunha a Declaração dos Direitos do Homem de 1789, no seu artigo (art.) 13º: “para manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades”.

Esta se mostrava a forma mais democrática de se repartir os ônus e encargos públicos por todos os cidadãos beneficiados pela atuação da Administração Pública. Devia então o particular ser ressarcido dos danos sofridos, independente de culpa do agente estatal, verificando-se apenas, o nexo de

causalidade entre o dano e a atividade desenvolvida pela Administração (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 287).

Esta é a objetivação da responsabilidade do Estado do serviço por ele prestado, e nesse sentido, nas palavras de Anderson Schreiber (2013, p. 28):

[...] De fato, foi sobretudo com base na ideia de que uma pessoa deve responder pelos riscos derivados da sua atividade (culposa ou não) que a responsabilidade objetiva logrou atrair adeptos em todos os ordenamentos, encerrando o próprio império da culpa [...]

A teoria do risco administrativo, em que pese dispense a prova da culpa pelo indivíduo, deve ele comprovar o nexos, o liame entre a conduta praticada pelo Estado e os efeitos dela decorrentes, pois, advindo eventual prejuízo, surge o dever estatal de indenizar (PIETRO, 2013, p. 707). Ocorre que, tal responsabilidade pode ser afastada pela Administração, desde que demonstrada a falta de nexos causal entre a conduta e o prejuízo, pois este é um elemento caracterizador da responsabilidade, sem o qual se torna insustentável a obrigação.

Causas de exclusão dessa responsabilidade é a existência de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, força maior e ainda o fato de terceiro, as quais impossibilitam supervenientemente o cumprimento da obrigação de eventual reparação por parte do agente (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 86). No entanto, o ônus da prova de uma dessas causas cabe à própria Administração, que estaria livre do dever de ressarcir os danos causados aos particulares.

Em que pese a teoria do risco ter sido adotada na Constituição Federal (CF) de 1946, como se verá mais adiante, uma nova teoria surgia, qual seja, a teoria do risco integral, a qual guarda grande similitude com a primeira.

2.2.2.3 Teoria do Risco Integral

Tratada como elo final da corrente publicística, sendo uma doutrina objetiva por excelência, esta teoria dispõe que caberia ao Estado o dever de indenizar o dano causado, em qualquer situação, bastando apenas o evento danoso e o nexos causal, ainda que aquele tivesse ocorrido por culpa da vítima (ARAÚJO, 2010, p. 777). Em outras palavras, ainda que a atividade não tenha sido causa direta e imediata do dano, o Estado estaria obrigado a indenizar, não podendo invocar a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior, excludentes essas que na teoria do risco administrativo tinha grande relevo.

Em razão do seu rigor extremado, tal teoria foi duramente criticada, pois diante da sua aceitação, haveria uma grande possibilidade de desvios e abusos, ou ainda, como destaca Hely Lopes Meirelles (2013, p. 727), conduziria a uma iniquidade social, não devendo, portanto, ser admitida no mundo jurídico.

Nesse sentido ainda, entende Cavalieri Filho (2014, p. 238-239) que:

[...] Não significa, portanto, que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular. Se o Estado, por seus agentes, não deu causa a esse dano, se inexistente relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e a lesão, não terá lugar a aplicação da teoria do risco administrativo e, por via de consequência, o Poder Público não poderá ser responsabilizado. [...]

Maria Sylvia de Pietro (2013, p. 708), flexibilizando um pouco a teoria do risco integral, entende que há normas no direito brasileiro em que se poderia aplicá-la, incidindo a responsabilidade do Estado, mesmo diante de situações que invocassem as causas de exclusão do nexo causal, como por exemplo, em relação aos danos causados por atos terroristas e atos de guerra, contra empresas aéreas brasileiras, conforme previsto em leis específicas.

De todo modo, coadunando com o raciocínio apresentado por Hely Lopes Meirelles (2013, p. 727), esta teoria jamais poderia ser acolhida junto ao ordenamento jurídico, tendo sido abandonada na prática, em virtude do abuso que trazia ao Direito. No entanto, propugnar por uma teoria face às oscilações que o Direito teve, entre a responsabilidade subjetiva e objetiva, mostra-se tarefa bastante difícil.

O fato é que, embora o Direito Privado ainda esteja apegado ao elemento culpa, este se mostra incompatível com o Direito Público, tendo em vista a evolução do instituto da responsabilidade no direito positivo brasileiro, até chegar à Constituição atual, que consagra a responsabilidade objetiva no seu art. 37, §6º, como em seguida passa a expor.

2.2.3 Evolução Normativa no Brasil

Não obstante a teoria da irresponsabilidade do Estado ter sido sustentada por teóricos, como Richelmann na Alemanha, ela não foi acolhida em momento algum pela doutrina e jurisprudência brasileira, mesmo não havendo

legislação dispendo isso expressamente, o que por si só já mostra um repúdio à esta tese, que diga-se, totalmente incabível ao nosso sistema.(ARAÚJO, 2010, p. 771).

O primeiro dispositivo constitucional que veio a tratar da responsabilidade extracontratual do Estado foi o art. 171 da CF de 1934. Ele dispunha acerca da solidariedade entre Estado e funcionário diante de qualquer prejuízo decorrente de negligência, omissão ou abuso no exercício de cargo deste último, devendo a ação ser proposta contra ambos, mas competindo direito ao Estado de promover ação de regresso contra aquele funcionário culpado. Do mesmo modo procedeu a Constituição ditatorial de 1937, mantendo todos os preceitos da anterior.

Foi apenas em 1946, que foi adotada a doutrina objetiva na ordem jurídica, dispendo o art. 194 da então Constituição vigente à época, que “as pessoas jurídicas de Direito Público Interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade causem a terceiros”.

Restou claro que não se perquiria culpa do funcionário para ensejar a responsabilidade do Estado, salvo na hipótese trazida no parágrafo único, que determinava a ação regressiva contra os agentes públicos. Nesse mesmo sentido, as Constituições militares continuaram dispendo acerca da responsabilidade objetiva, inovando apenas quando acresceu o elemento dolo como pressuposto para ação de regresso que cabia ao Estado (SILVA, 1995, p. 22).

Não havia dúvida quanto à possibilidade da Administração voltar-se contra o funcionário em ação regressiva, é o que se pode depreender da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), à época, sobre a matéria, no RE nº 90.071. Abaixo o voto vencedor do Ministro (Min.) Relator Cunha Peixoto:

[...] A letra e o espírito do art. 107, que reproduz o art.194 da Constituição de 1946 e 105 de 1967, permitem a participação no processo, do funcionário, já que o Poder Público, executado por ato de seu representante, lesivo a terceiro, tem direito de exigir, diante do princípio da regressividade, do autor do dano, aquilo que pagou ao prejudicado. [...]

Não obstante esta ser uma norma autodelimitadora da soberania do Estado, a qual reconhece a hipossuficiência do indivíduo perante o poder do Estado, quando comprovado o dano e o nexo causal estabelecido, a Administração, uma vez executada, irá indenizar o prejudicado, mas, posteriormente, perseguir o agente público responsável pelo dano, através da ação de regresso (STOCO, 2013, p. 75).

Desse modo, a vigente Constituição de 1988, manteve a responsabilidade objetiva da Administração, incluindo no art. 37, §6º, as pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviço público junto às pessoas jurídicas de Direito Público, para responderem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, consagrando assim uma responsabilidade sem culpa.

2.2.4 Elementos da Responsabilidade Civil

Os elementos que delinham e compõem a responsabilidade civil do Poder Público, são imprescindíveis para que lhes seja imputado o dever de reparar o injusto sofrido pelos seus administrados, são eles - conduta (omissiva ou comissiva), dano e nexos de causalidade -, como passa a expor.

2.2.4.1 Conduta

Entende-se por conduta, o comportamento humano exteriorizado a partir de uma ação ou omissão, o qual trará consequências jurídicas. A ação, de uma forma geral, é a forma mais comum, pois ela revela-se através de um fazer, de um comportamento positivo. Por outro lado a omissão demonstra nada mais que uma abstenção, um não fazer por parte do agente, que acarretará também na produção de consequências contrárias ao Direito (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 38).

Deste ato comissivo ou omissivo, lícito ou ilícito, surgirá o dever de satisfazer os direitos da vítima, uma vez causando danos passíveis de reparação. No entanto, entre os civilistas, há quem defenda que só se considera pressuposto de responsabilidade apenas a atitude ilícita, a exemplo de Silvio Rodrigues (2002, p. 20), que entende que para constituir ato ilícito, a ação ou omissão deve envolver a infração de um dever legal, contratual ou social.

Nesse diapasão, não impedir o resultado significa deixar de cumprir um dever que a lei, ou o contrato, ou as circunstâncias lhe impunham, e permitir que a causa se opere e possa ocasionar o dano, cooperando assim, aquele que se omitiu, na realização do evento com uma condição negativa (RODRIGUES, 2002, p. 20).

Por outro lado, na esfera administrativa, tanto o comportamento lícito ou ilícito geram a responsabilização do Estado (BAHIA, 1995, p. 10), já que seguindo a teoria do risco administrativo, o Poder Público ao desenvolver atividades em favor de todos de uma sociedade, geram riscos para ela, no sentido de que podem causar-lhes danos em decorrência de eventual anormalidade na sua efetiva atuação ou na sua omissão, comprovando-se neste último, a inércia na prestação do serviço público, sendo imprescindível a demonstração do mau funcionamento do serviço, para que ela esteja configurada.

2.2.4.1.1 Ato Omissivo

A princípio, quando o Estado se omite e por isso causa um dano, a responsabilidade daí decorrente não pode ser objetiva, pois não seria razoável que alguém respondesse pelo que não fez, salvo, se estivesse de direito, obrigado a fazer. Será nesse momento, quando o Estado deveria atuar e não atuou, descumprindo, desse modo, o dever legal de agir, que ele estará se comportando ilicitamente (MELLO, 1981, p.13).

Neste mesmo sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) já decidiu que a responsabilidade civil do Estado nos moldes objetivos limita-se às ações, devendo, portanto, ser provada a culpa nos casos de omissão do Poder Público. Foi este o entendimento do Min. Relator Franciulli Neto, quando do julgamento do REsp nº 549.812, em 06/05/2004:

[...] No campo da responsabilidade civil do Estado, a regra é a responsabilidade objetiva, cujo corolário é a teoria do risco administrativo, segundo a qual está o Poder Público obrigado a reparar o dano por ele causado a outrem por meio de uma ação lícita ou ilícita de seus agentes. Bastará, nessa hipótese, comprovar a ocorrência do prejuízo e o nexo causal entre a conduta e o dano, para que assista ao lesionado o sucedâneo indenizatório. **Por outro lado, se o prejuízo adveio de uma omissão do Estado, ou seja, pelo não funcionamento do serviço, ou seu funcionamento tardio, deficiente ou insuficiente, invoca-se a teoria da responsabilidade subjetiva [...]** (grifos nossos)

No entanto, há quem defenda, a exemplo do professor Cavalieri Filho (2014, p. 297), que o art. 37, §6º se refere tanto às condutas comissivas quanto às omissivas, já que numa moderna sistemática, a responsabilidade civil não mais se apresenta com o elemento culpa. O ato ilícito que enseja o dever de reparar eventual dano causado se traduz na mera contrariedade

entre a conduta e o dever jurídico posto pela norma, caracterizando assim a responsabilidade objetiva. E nesse sentido, também é entendimento do STF no julgamento do Agravo de Instrumento nº 299125/SP em 05/10/2009, cujo Relator foi o Min. Celso de Mello:

[...] Como se sabe, a teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros, desde a Carta Política de 1946, revela-se fundamento de ordem doutrinária subjacente à norma de direito positivo que instituiu, em nosso sistema jurídico, a responsabilidade civil objetiva do Poder Público, pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, por ação ou por omissão (CF, art. 37, § 6º).

Essa concepção teórica - que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, tanto no que se refere à ação quanto no que concerne à omissão do agente público - faz emergir, da mera ocorrência de lesão causada à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano moral e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais, não importando que se trate de comportamento positivo (ação) ou que se cuide de conduta negativa (omissão) daqueles investidos da representação do Estado [...]

Cavaliere Filho (2014, p. 298) ainda traz uma relevante distinção acerca da omissão, segundo a qual é o que caracterizaria o seu tratamento subjetivo ou não. Deste modo, estando diante de uma omissão específica, na qual o Estado está na condição de garantidor, tendo o dever de agir para evitar eventual dano à vítima, mas não o faz, daí resultaria a sua responsabilidade objetiva. Por outro lado, há a omissão genérica, que ocorre quando a Administração apenas tem o dever de agir em razão, por exemplo, do seu dever de fiscalização, e não o faz, concorrendo, assim, para o resultado danoso e respondendo subjetivamente.

Nesse sentido também, se encontra o entendimento de Celso Antônio (2013, p. 1029), o qual entende que a omissão do Estado equivaleria a um comportamento ilícito do Estado, que ensejaria uma responsabilidade subjetiva, já que não existe conduta ilícita do Estado que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia, ficando patente a necessidade de comprovação da culpa face ao descumprimento do dever legal. Com efeito, completa ainda o autor:

[...] Inexistindo obrigação legal de impedir um certo evento danoso (obrigação, de resto, só cogitável quando haja possibilidade de impedi-lo mediante atuação negligente), seria um verdadeiro absurdo imputar ao Estado responsabilidade por um dano que não causou, pois isto equivaleria a extraí-la do nada; significaria pretender instaurá-la prescindindo de qualquer fundamento racional ou jurídico. [...] (MELLO, 2013, p. 1029)

Ocorre que, ao se examinar o art. 37, §6º, CF/88, infere-se que ali se consagra a responsabilidade do Estado sem culpa, ou seja, de uma

responsabilidade que decorre somente da falta do serviço, falta esta anônima, pois não é mais necessário saber quem foi o agente da Administração que a praticou, uma vez que os agentes agirão em nome do Estado, o qual deve assumir os riscos para a consecução de seus fins.

Por isso, pela teoria da responsabilidade objetiva, a omissão por parte do Poder Público, desde que lesivo e injusto, é reparável pela Fazenda Pública, posto que, diferentemente da omissão no Direito Civil, no qual o silêncio é tido como concordância da parte silente em relação à pretensão da outra parte, no Direito Administrativo, a conduta omissiva, quando ofende direito individual e coletivo dos administrados, estará sujeita à reparação decorrente desta sua inércia (MEIRELLES, 2013, p. 122).

No entanto, em que pese não haja a necessidade de demonstração de culpa, deve haver o nexo causal, ou seja, diante de uma omissão estatal, esta deve ser a causa direta e imediata do dano, para que persista a responsabilidade do Estado.

Esta evolução por qual passou o instituto face às condutas omissivas, não trará à matéria uma responsabilidade irrestrita estatal, imputando-lhe quaisquer danos que o particular venha a sofrer, justamente pelo fato que o direito brasileiro não adotou a tese do risco integral, a partir da qual o Estado responderia em qualquer hipótese, mas sim a tese da teoria do risco administrativo, quando se faz possível a arguição de causas excludentes de responsabilidade (NETTO, 2008, p. 250).

Desse modo, depreende-se que haverá uma maior facilidade quando da verificação da omissão estatal, pois à medida que há o dever legal de agir, e nada é feito, configura-se aí um ato ilícito, pelo desrespeito da ordem jurídica vigente. Ou seja, já que a fiscalização não é mera faculdade do Estado, mas sim uma obrigação legal a ser exercida pelo Poder Público (como está expresso na Lei nº 8.987/95 – Lei de Concessões e Permissões), entende-se que em sendo esta desrespeitada, e o Estado omitindo-se no cumprimento do seu dever face às concessionárias, conseqüentemente a ele acarretará devida responsabilização, a fim de se reparar os danos sofridos.

2.2.4.2 Dano

Além do ilícito praticado, surge como elemento da responsabilidade civil, o dano, entendido como qualquer lesão a um bem juridicamente tutelado seja qual for a sua natureza, ou seja, pode tratar-se de um bem moral ou patrimonial, sendo este último objeto do presente capítulo (CAVALIERI FILHO, 2014, P. 93).

O dano patrimonial ou material é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa apreciável economicamente, patrimônio este, que uma vez sendo diminuído, acarretará no ressarcimento à vítima, para a recomposição do patrimônio que fora lesado (GONÇALVES, 2011, p. 756). Desse modo, o que se pretende é a restauração do *status quo ante*, para que a vítima se restabeleça no estado que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito.

Na esfera administrativa, o Estado, sendo omissivo o seu ato, ou seja, decorrente de um não agir, também estará obrigado a indenizar (sem qualquer aferição de culpa) os prejuízos advindos dos eventos em que ele tinha o dever de impedir, baseando-se para tanto, no art. 37, §6º da CF/88. Em suma, a reparação pretendida obtém-se por meio de ação de indenização, devendo somente ficar comprovado o nexo causal, entre a omissão e o dano, para que, aquele que foi prejudicado acione o Poder Judiciário (MEIRELLES, 2013, p. 737).

No entanto, em que pese, deva haver tal comprovação de nexo de causalidade, não será qualquer dano relacionado ao comportamento omissivo que dará margem a indenização. Celso Antônio (2013, p. 1037), neste diapasão, traz duas características necessárias ao dano indenizável, quais sejam: que o dano corresponda à lesão ao direito da vítima; e, que o dano seja certo, determinado, ainda que futuro.

A primeira característica corresponde ao dano que incide sobre algo que a própria ordem jurídica considera pertinente àquele que foi lesado, ou seja, algo que o ordenamento reconhece como garantido em favor de um sujeito. Já a segunda característica, corresponde a um dano, que ainda que futuro, ele seja certo e real, englobando deste modo, aquilo que se perdeu e o que se deixou de ganhar pela ocorrência da omissão do Poder Público no cumprimento de seus deveres (MELLO, 2013, p. 1038).

Assim, por tratar-se de serviço público essencial, diante da necessidade concreta e efetiva de sua prestação, a energia elétrica é tratada na ordem jurídica no art. 21, XII, b, CF/88 e pela Lei nº 8.987/95, como um bem que merece proteção pelo sistema normativo, já que se trata de um bem de direito do indivíduo, bem como pelo fato da competitividade hoje gerada no setor elétrico ser fundamental à economia brasileira.

Por isso, eventual dano causado na esfera do serviço de energia elétrica, o qual fica garantido aos consumidores, em razão do seu caráter essencial, não há dúvida que estes usuários terão sofrido um dano patrimonial e jurídico decorrente da omissão do Estado, não podendo, portanto, ficar sem reparação.

2.2.4.3 Nexo de causalidade

A princípio só se indeniza o dano que é consequência de ato ilícito, mas para tanto é necessário, antes de examinar se o agente agiu ou não com culpa, aferir se ele deu causa ao resultado, ou seja, aferir a relação de causa e efeito daí decorrente. Esse nexos causal é elemento indispensável, seja a responsabilidade subjetiva ou objetiva, tornando-se imprescindível se demonstrar em eventual ação de reparação, que se aquele fato ilícito não tivesse ocorrido, o dano não teria sido produzido.

Deste modo, em que pese, constitucionalmente ter-se adotado a teoria do risco administrativo, atribuindo ao Estado a responsabilidade pelo risco decorrente de suas próprias atividades, o mínimo que deve haver é uma relação entre ato praticado pelo agente e o dano causado a terceiro (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 291).

Ou seja, se faz necessário que a condição do agente público tenha contribuído para o comportamento ilícito, devendo ele estar praticando um ato administrativo, não bastando apenas o funcionário estar na qualidade de agente público, pois senão se estaria admitindo a teoria do risco integral, a qual não se adequa ao modelo de responsabilidade admitido pela CF/88.

Dentre as várias teorias que tratam do nexos causal, duas merecem destaque pela importância prática que alcançaram. A Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais, também chamada de Teoria Objetiva da

Causalidade ou Teoria da Equivalência das Condições, traz uma exasperação da causalidade (por isso não é muito bem aceita), no sentido que, se várias condições concorrem para o mesmo resultado, todas terão a mesma relevância, valor, advindo daí uma equivalência, logo, todas as condições serão causas, sem distinção (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 64).

Em oposição à esta teoria, surgiu em 1971 a Teoria da Causalidade Adequada, segundo a qual deve haver uma adequação da causa na possibilidade e probabilidade de determinado resultado vir a ocorrer (CRUZ, 2005, p. 65).

Assim, não basta que um fato seja condição de um evento, é necessário um juízo de probabilidade face àquele dano, para que se chegue à conclusão de que o fato que originou o dano era capaz de lhe dar causa, o que será feito pelo julgador de maneira retrospectiva e abstrata até o momento da omissão (ou ação), para que fique estabelecido se esta era ou não adequada para produzir o dano (CRUZ, 2005, p. 65-67).

Tal teoria ganhou uma formulação positiva e negativa. Na primeira, um fato deve ser considerado causa adequada de evento (dano) posterior, se ele favorecer a produção deste, ou seja, se ele se constituir como uma consequência normal e típica do fato. Já na negativa, há a análise dos fatos numa óptica inversa, ou seja, ao invés da caracterização da causa adequada, nesta formulação infere-se a causa inadequada, excluindo-se, portanto, aquelas consequências estranhas, indiferentes ou extraordinárias ao fato (NORONHA, 2003. p. 66).

Por fim, a Teoria do Dano Direto e Imediato, reproduzida no art. 403 do Código Civil (CC), surgiu de acordo com a escola da necessariedade, no sentido de que o dever de reparar só surge quando o dano sofrido é efeito necessário de uma determinada causa. Ou seja, embora haja vários fatores, várias causas que concorram para a produção do dano, nem todas ensejarão o dever de indenizar, mas apenas aquelas que estão ligadas diretamente ao dano numa relação de necessariedade (CRUZ, 2005, p. 102).

Vê-se que, a fim de se evitar o irrestrito arbítrio do magistrado diante da situação fática, chegou-se à teoria do dano direto e imediato, a qual, determinando as balizas em torno do dano causado, no sentido de se encontrar a condição mais próxima do resultado, aquela efetivamente necessária para a sua

configuração, pode trazer às consequências pelo ato praticado uma responsabilidade na medida dos desdobramentos imediatos. Isso porque, como pressuposto de responsabilidade, o nexo de causalidade deve ser examinado observando-se tais balizas, já que ele estabelecerá uma medida para a obrigação de indenizar.

2.2.4.3.1 Excludentes de Ilícitude

Como retratado, havendo um dano e estando este dano ligado por uma relação, um nexo causal, à omissão do Estado, estará objetivamente configurada a sua responsabilização para com os administrados. No entanto, existe a possibilidade do ente estatal se eximir da sua obrigação de reparar, quando restar provado que não há nexo causal entre a sua omissão e o dano sofrido pela vítima (NETTO, 2008, p. 250).

Assim, se reconheceu as três excludentes de ilicitude da responsabilidade civil do Estado, quais sejam, a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior. Por isso, quando a causa do dano tiver origem destas três causas, Rui Stoco (2013, p. 83), entendendo que estará o Estado isento de responder, completa no sentido que

[...] o serviço público deixa de figurar como causa eficiente do resultado, convertendo-se em mera circunstância de fato, na consideração de que, neste caso, o vínculo de causa e efeito só poderá ser identificado nas forças incontroláveis da natureza ou na conduta temerária da própria vítima. [...]

A primeira delas, a culpa exclusiva da vítima, afigura-se quando o dano sobrevém de comportamento do próprio sujeito, razão pela qual será a vítima a responsável pelos danos e prejuízos daí decorrentes, ficando o agente isento do dever de indenizar, caso este não tenha provocado o resultado (CRUZ, 2005, p. 167-169).

Quanto ao caso fortuito e força maior, sem adentrar na divergência existente do que seja um ou outro, o que se mostra indiscutível é que ambos estão fora dos limites da culpa, tratando-se de acontecimentos sobre os quais não se pode evitar nem prever (PRAZERES, 2009, p. 75). Assim, são ocorrências alheias ao administrador, e que por serem imprevisíveis, impedem que ele adote a conduta devida para cumprir os seus deveres enquanto Poder Público.

Não obstante tratado na doutrina civil, também como excludentes de ilicitude, as causas de legítima defesa, estado de necessidade ou de estrito cumprimento do dever legal, quando se aferir a responsabilidade objetiva do Estado, estas não poderão ser consideradas quando não ficar comprovado a culpa exclusiva da vítima, pois senão se caracterizaria como ilícito penal ou civil para o agente público, que ainda assim não romperia o liame causal do Estado (STOCO, 2013, p. 83).

Desse modo, uma vez ocorrendo tais causas, mas do mesmo modo, ter o administrado sofrido eventual dano, não se imputará responsabilidade ao Poder Público, que mesmo omitindo-se no seu dever jurídico de agir, estará afastado do dever de reparação quando restar comprovado que o dano decorreu por culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior.

3 SERVIÇO PÚBLICO

A idéia central de serviço público é de que se trata de uma atividade que supera inteiramente a esfera do individual, pois é algo que interessa à toda uma coletividade, devendo portanto, conformar-se às suas exigências, no sentido de se obedecer àquelas condições mais satisfatórias para interesse público, adaptando-se e seguindo as mudanças pelas quais passam a sociedade. Ou seja, deve o serviço público manter-se sempre de acordo com as necessidades coletivas, de modo que não haja interrupções, pois nada pode obstaculizar a segurança da continuidade do serviço público (MELLLO, 1982, p. 12).

Não há na doutrina um conceito unânime do que seja serviço público, mas entende-se que por tratar-se de atividades materiais essenciais à uma coletividade, o serviço público está no âmbito da função administrativa do Estado, no sentido de que é dever dele (não de modo exclusivo) propiciar aos indivíduos os benefícios decorrentes da prestação de cada serviço, como água, energia elétrica dentre outros, atendendo assim aos interesses sociais.

3.1 CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO

Em princípio, numa acepção ampla, serviço público é empregado como toda e qualquer atividade realizada pela Administração Pública, ou seja, uma atividade prestacional em que o Poder Público propicia aquilo que seja necessário à vida coletiva, do qual se destaca o serviço de energia elétrica (MEDAUR, 2003, p. 337).

É nesse sentido de satisfazer determinadas necessidades sociais, que o serviço público será instituído, estando vinculado aos fins sociais e fáticos aos quais se destina, ou seja, operando concretamente na vida em sociedade, assegurando a satisfação dessas necessidades humanas básicas e indispensáveis para que um indivíduo viva bem e com dignidade.

Diante da grande relevância que o Direito dos serviços públicos, como assim denomina Alexandre Aragão (2006, p. 41), tem para uma coletividade, se faz necessário que os resultados práticos das suas normas jurídicas não apenas constituam uma preocupação sociológica, mas que constituam elementos essenciais para sua efetiva aplicação.

Há ainda quem entenda, e neste caso já numa perspectiva atual da ordem econômica, de ser o serviço público uma atividade passível de exploração econômica, inclusive com vistas ao lucro, por força de sua relevância social, não obstante esteja reservada à titularidade do Poder Público, não configurando isso na prerrogativa de exploração exclusiva, já que, como se abordará adiante, hoje, a exploração dos serviços públicos passou para a iniciativa privada (MARQUES NETO, 2002, p. 22).

No entanto, pelo fato do fim precípua do serviço público, ser nada menos que servir à uma coletividade, ao público, o Estado no desempenho de tais atividades, não tem por objetivo primeiro o lucro, mas o melhor serviço, já que eles estão destinados a suprir as necessidades dos cidadãos, razão pela qual decorre o seu caráter essencial (PINTO, 1997, p. 50).

Edmir Araújo (2010, p. 120) por outro lado, entende que conceituar serviço público e interesse público como noções simétricas e correlatas, é parcialmente possível, pois não são todos os serviços prestados pelo Poder Público que tem por finalidade atingir a ordem pública, no entanto, todos esses serviços devem satisfazer ao interesse coletivo ou a necessidade pública.

Depreende-se que o conceito de serviço público tende sempre a um alargamento, e isso vem desde a sua matriz francesa, a qual estabelecia como serviço público a atividade e organização do Estado em sentido amplo, ou seja, abrangia todas as funções do Estado, gravitando em torno da noção do serviço público todo o direito público (PIETRO, 2013, p. 101).

Deste modo, no que tange à finalidade da atividade do Estado, qual seja, o bem comum e a satisfação da necessidade de todos, esta não deve ser a única base para a conceituação do que venha a ser serviço público em virtude de que qualquer atividade desenvolvida pelo Estado ou seus delegatários, em sua essência, virá para satisfazer uma coletividade. Assim, faz-se necessário, dentro do regime jurídico no qual está o serviço público, a aferição dos princípios informadores desta atividade estatal, os quais servirão de norte para a atuação estatal.

3.1.1 Princípios aplicáveis ao serviço público

O foco para se chegar ao conceito de serviço público deve ser buscado atentando-se para o regime jurídico à que estão submetidos, ou seja,

observando seus princípios e regras, e as funções que o Constituinte ou o legislador, visando o interesse da coletividade, em determinado momento histórico, atribuiu ao Estado para que fossem cumpridas, em proteção aos laços sociais (ARAGÃO, 2007, p.665).

Caracterizar uma atividade como serviço público, requer a sua submissão a vários preceitos, que irão direcionar a atuação pública na satisfação das necessidades de uma coletividade. Nesse sentido, de início, deve haver um funcionamento equitativo ou uma paridade no tratamento, para que assegure a todos uma igualdade de acesso aos serviços públicos postos à disposição. Assim, estando o Estado na prestação direta desses serviços, ou mesmo que de forma indireta mediante permissão ou delegação, deve ser respeitado o Princípio da Igualdade, para que o gozo e fruição da população sejam de forma igualitária (BECHO, 1997, p. 71).

Pode-se falar ainda no Princípio da Mutabilidade, o qual traz que o regime jurídico que incide sobre a prestação do serviço público pode ser alterado a qualquer tempo, para atender a interesse público, adaptando-se, assim, às novas exigências; bem como no Princípio da Eficiência (art. 37, CF), no sentido de que o serviço deve ser o melhor possível, devendo haver uma rapidez, perfeição – adotando-se todas as técnicas necessárias a tornar a execução do serviço a melhor possível -, e rendimento na sua prestação, a fim de satisfazer o interesse dos administrados em particular e da coletividade em geral (GASPARINI, 2012, p. 76).

Já a Legalidade, princípio informador do Estado de Direito, deve ser respeitado tanto pela Administração quanto pelos seus administrados, no sentido de ter suas condutas pautadas em regras jurídicas impositivas, as quais disciplinam e regulam a vida coletiva (ARAGÃO, 2006, p. 44).

Por fim, outro direcionamento que deve a Administração observar, é quanto ao funcionamento contínuo dos serviços públicos, o que significa dizer, que eles devem ser contínuos e regulares quando prestados, ou seja, as condições do serviço devem ser adequadas, de modo que não haja a sua interrupção, capaz de acarretar consequências nos eventuais contratos que tenham sido celebrados com o particular e para a própria sociedade, que de alguma maneira ficará sem a prestação (MEDAUR, 2003, p. 341)

Nesse sentido, o art. 22 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), se mostra como uma garantia para a coletividade de que aqueles serviços

essenciais (como a distribuição de energia elétrica) não deixarão de ser prestados, ficando claro que o espírito da norma e sua finalidade, é no sentido de que o Poder Público não seja omissor quando do oferecimento do serviço (PINTO, 1997, p. 76).

Com a presença de todos esses princípios, vai se compor o chamado regime jurídico administrativo, pois eles são como “postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 18), razão pela qual ela deverá observá-los em qualquer atividade que venha a praticar, inclusive na prestação dos serviços públicos, já que eles vinculam o Poder Público pela força que têm na ordem jurídica.

Assim, os serviços públicos estão voltados à realização de objetivos concretos, pautados em todos esses princípios informadores, que pela sua incidência direta, bem como pelo seu regime jurídico de Direito Público, vai se assegurar a satisfação das necessidades humanas e os interesses sociais, colocando à disposição da coletividade aquilo que se faz indispensável à uma vida digna.

3.2 TITULARIDADE E PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

De início, apenas para que não se confunda titularidade e prestação dos serviços públicos, o primeiro traz a ideia de que ao Estado, o constituinte reservou a titularidade de certos serviços, repartindo então as competências entre os quatro entes federativos (GROTTI, 2006, p. 46). No entanto, isso não significa que ele deva obrigatoriamente prestar estes serviços, podendo conceder em regime de permissão ou concessão que particulares ou outras pessoas jurídicas de direito público os prestem.

Considerando o serviço público como uma produção e oferecimento de utilidades públicas dotadas de valor econômico, o que conseqüentemente traria uma exploração econômica (seja pelo próprio Estado ou não), daí adviria duas possibilidades: a exploração do serviço público pode ser objeto de delegação à iniciativa privada, mesmo sendo regido pelo Direito Público; a existência de competição entre os prestadores sujeitos ao regime de direito público, ou entre estes, e os prestadores submetidos ao regime de direito privado (MARQUES NETO, 2002, p. 19).

Vale ressaltar, que a análise passará apenas à primeira possibilidade citada, ou seja, em quais circunstâncias o Estado poderá atribuir o exercício de um serviço público à quem preste em seu próprio nome e assuma os riscos por sua conta, remunerando-se ao fim pela exploração de tal serviço (MELLO, 2013, p. 719).

A ideia que perdurava, era que a melhor maneira de regular uma determinada utilidade pública seria reservar sua exploração e titularidade ao Estado. No entanto, aos poucos foi se transferindo para os particulares esta tarefa de prestar e explorar serviços (ou bens) de relevância pública e de necessidade social, e os instrumentos pelos quais, se efetiva esta transferência é pela permissão e concessão.

Em que pese ser a concessão objeto de estudo do presente trabalho, faz-se mister diferenciá-los em virtude da nítida proximidade que há entre ambos. A permissão de um lado, é um ato unilateral e discricionário, pelo qual a Administração faculta a alguém a prestação de um serviço, não necessitando que se invistam muitos recursos para a atividade, razão pela qual, não acarretará maiores prejuízos ao permissionário; de outro lado, tem-se a concessão, que é o contrato, com prazo determinado, no qual constará a transferência da prestação do serviço público ao particular, remunerando-se este por tarifas, a serem cobradas dos usuários (BASTOS, 2002, p. 311).

Considerando estes importantes instrumentos de mobilização de capitais privados para determinados setores carentes de expansão, e dentre eles destacam-se o transporte público e a energia elétrica, a Constituição resolveu tratá-los de forma minuciosa, dispondo no seu art. 175 que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

A lei que o artigo se refere foi a Lei nº 8.987/95 – Lei de Concessões e Permissões - a qual tenta traduzir um equilíbrio entre o dever de fiscalização do Estado na execução dos serviços públicos pelos particulares, e as garantias destinadas a eles que o estimulassem a aportar recursos na realização dessas atividades (FAGUNDES, 1996, p. 65).

Desse modo, numa nova conjuntura econômica, não tendo mais o Poder Público reservado para si o ônus de prestar à coletividade determinados serviços, em que pese não ter se eximido de atuar indiretamente em

tais prestações, passa o particular em regime de concessão, submetido ao Princípio da Legalidade (o que também se estende à Administração), prestar o serviço de titularidade do Estado, mediante licitação, tendo seu papel e atuação todos descritos em termos previamente fixados.

3.2.1 O Papel das Concessionárias

A Constituição de 1988, mantendo as características do Estado intervencionista (que se implementou em 1934), fortaleceu o projeto das políticas de exploração e concessão do serviço público, trazendo os limites das atividades de empresas privadas ou pessoas jurídicas de direito público, no sentido de que a prestação dos serviços por esses terceiros se daria por licitação (BASTOS, 2006, p. 81).

Assim, no contexto brasileiro, em que se faz necessário um programa de reformas no Estado, no sentido de se reforçar as estratégias de intervenção sobre o domínio econômico, antes de se cogitar certa atuação das concessionárias no interesse da coletividade, há por detrás o papel das agências reguladoras, que cada vez mais têm se proliferado no país. Elas atuam no contexto dos serviços delegados a terceiros, pois nesta delegação, o particular fica investido da prerrogativa para realizar o serviço, mas o Estado permanece com a sua titularidade, ou seja, apenas é repassada a execução da atividade que a princípio caberia ao Poder Público (TEIXEIRA, 2006, p. 187-188).

Ocorre que o instituto da concessão, não se presta apenas à questões de ordem econômica, não consiste somente em uma modalidade economicamente mais vantajosa de prestação de utilidades à comunidade, mas, mais que isso, a concessão deve ter enfoque na realização do Estado Democrático de Direito, ou seja, as concessionárias deverão consagrar alternativas mais satisfatórias no que tange à realização dos princípios fundamentais, sobre os quais está estruturado o Estado brasileiro (JUSTEN FILHO, 1997, p. 645).

Isso porque, face ao movimento de globalização e reforma que vive a Administração, passou-se a buscar medidas inovadoras, institutos novos que permitissem ao Estado ser mais eficiente na prestação dos serviços incumbidos pela Constituição. Desse modo, é que se passa a permitir a concessão e permissão de serviços públicos, bem como parcerias entre entidades públicas e privadas por meio

de convênios e consórcios, entre outros instrumentos, dos quais se utilizou a Administração para que tivesse condições de cumprir a contento a suas atividades essenciais e não essenciais também (PIETRO, 2006, p. 46-47).

O art. 175, CF/88 dispõe que para a delegação da prestação de qualquer serviço público, deve haver uma prévia licitação. Desse modo, o art. 14 da Lei nº 8.987/95 trás que:

Toda concessão de serviço público precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.

Em que pese não haja a referência da Lei 8987 no artigo constitucional, os tribunais por diversas vezes, já decidiram que a exigência na norma de licitação era de eficácia plena, o que obrigava a Administração Pública a licitar, seja para contratar permissionários ou concessionários (BORIO, 1999, p. 283). Nesse sentido, a decisão do STF no julgamento RE 50.4948/PR, realizado no dia 18/05/2011, cujo relator foi o Min. Dias Toffoli:

[...] Com efeito, sabe-se que com o advento do Decreto 2.300/86 tornou-se obrigatória a realização de licitação para contratações com a Administração Pública direta ou indireta, sendo que tal obrigação foi erigida à qualidade de preceito constitucional com a promulgação da Constituição de 1.988 que estabelece em seu artigo 37, inciso XXI, a obrigatoriedade do processo licitatório para contratação de obras, serviços, comprar e alienações do Poder Público [...].

A modalidade própria então nas licitações será a concorrência, isso porque a prestação de serviço para o concessionário é meio através do qual ele irá obter lucro, então o equilíbrio econômico-financeiro deve manter-se a fim de que haja uma boa prestação do serviço aos administrados (MELLO, 2013, p. 729).

Passada a fase de licitação, tendo sido escolhida aquela empresa cuja proposta satisfaça ao interesse público e atinja o fim para o qual foi contratada, as concessionárias iniciarão a execução do serviço, recebendo remuneração para tanto. Por outro lado, estarão sendo fiscalizadas e reguladas pelo poder concedente, que sendo órgão ou entidade do Poder Público, deverá controlar as atividades desenvolvidas pelos particulares para com os administrados, sempre em observância ao contrato e ao regime jurídico a que estão submetidas.

3.2.1.1 Relação entre Concessionária e Poder-Concedente

O Estado, naquilo que se mostra insuficiente para o exercício de uma atividade, delega aos entes da Administração Indireta ou aos particulares, a execução de determinado serviço público. Para tanto, a Lei nº 8.987/95 no seu art. 2º, II, define que concessão de serviço público

[...] é a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado [...].

É caracterizado, portanto, como um contrato bilateral, oneroso, com vantagens e encargos recíprocos, no qual vai estar disposto a que condições a concessionária irá se submeter para a prestação do serviço, levando-se em consideração o interesse coletivo e as condições pessoais de quem irá executá-lo por delegação do poder concedente. De todo modo, vale ressaltar que, por esta delegação não se transfere à concessionária propriedade alguma, mas apenas a execução do serviço, nos limites legais e contratuais anteriormente pactuados (MEIRELLES, 2013, p. 441).

Por outro lado, há quem entenda que apesar das normas decorrerem de um contrato, vai se manter a natureza regulamentar da concessão de serviço público e não contratual. E, nesse sentido entende Marçal Justen Filho (2003, p. 423-424) que a relação entre concessionária e poder concedente se estabelece pelo regime de direito público, sendo peculiarizada pelo próprio poder regulamentar da Administração, poder através do qual, há a possibilidade de discussões e alterações no que fora pactuado originalmente.

A par da natureza do contrato de concessão ser efetivamente de regulamentação ou contratual, o que se tem por fundamento legal inerente às concessionárias, são as prerrogativas próprias do Poder Público de que são dotadas, estando algumas delas prevista na Lei de Concessões e Permissões, como por exemplo, a de prestar serviço adequado nas formas da lei e do contrato (art. 31, I); a de “zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação do serviço, bem como segurá-los adequadamente” (art. 31, VII); a de “captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço” (art. 31, VIII); dentre outras prerrogativas previstas nas normas regulamentadoras do serviço (PIETRO, 2006, p. 96).

Ademais tais prerrogativas, a concessionária também fica sujeita aos princípios relacionados à execução dos serviços, cuja observância se faz indispensável para que o serviço seja considerado adequado. Pode-se citar, dentre os que foram tratados em capítulo próprio, o Princípio da Igualdade, através do qual se depreende a ideia de que o serviço deve ser igual a todos que satisfaçam às condições legais, e que qualquer discriminação tem que ser justificada em função de uma situação pessoal e peculiar de determinado usuário; bem como, o Princípio da Mutabilidade, o qual está relacionado à submissão da concessionária (e usuários) a qualquer alteração que venha o Poder Público, desde que motivado, fazer no contrato, em razão do interesse da coletividade (PIETRO, 2006, p. 98).

Há de se destacar também, ainda dentro de uma principiologia à qual está submetida as concessionárias, que em razão do serviço público ser marcado por um interesse geral, ele se constitui numa atividade cuja essencialidade para a sociedade é de ordem fundamental (MUKAI, 1996, p. 103). Desse modo, salvo em hipóteses previstas em lei ou contrato, é impossível, por iniciativa da concessionária, haver a interrupção do serviço, justamente pelo fato de que ele está ligado à própria ideia da continuidade do Estado, que conforme a Lei de Concessões traduz-se em uma das condições para que o serviço seja considerado adequado.

Do outro lado da relação contratual, há a figura do poder concedente (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), que apesar de conceder a execução do serviço, permanece com a faculdade de retomá-lo, mediante a indenização da concessionária prevista em contrato, e, desde que o interesse público assim o exija (MEIRELLES, 2013, p. 441).

As competências do poder concedente presentes no art. 29, da Lei nº 8.987/95, dentre as quais destacam-se: a de regulamentar o serviço concedido; aplicar as sanções e penalidades previstas em contrato; intervir na prestação de serviço; estão impostas no sentido de assegurar a prestação do melhor serviço possível juntamente com uma menor tarifa. Nesse diapasão, tem-se como núcleo principal das competências a própria regulamentação do serviço público, ou seja, a efetiva definição das utilidades materiais que serão ofertadas aos usuários e como elas se produzirão (JUSTEN FILHO, 2003, p. 426).

Além dessas formas de controle, a Administração Pública também no contrato de concessão, será dotada de poderes, como o de direção e controle sobre a execução do serviço, a de punição dos infratores em caso de

eventual irregularidade no cumprimento do contrato, bem como o poder de intervenção na empresa concessionária, a fim de se apurar irregularidades e assegurar a continuidade do serviço, para o pleno atendimento aos usuários (PIETRO, 2006, p. 100-104).

Assim, embora as concessionárias atuem por sua conta e risco, mediante remuneração por meio de tarifas a serem pagas pelos usuários, deve-se sempre observar todas as normas e princípios de direito público, as quais serão fiscalizadas pelo poder concedente, papel este desenvolvido pelo Ministério das Minas e Energia (MTE), dentro do setor elétrico, o qual, como órgão da União, vai regulamentar as políticas e diretrizes do setor e fiscalizar por meio da autarquia federal reguladora – Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) - a execução do serviço de energia elétrica pelas concessionárias.

3.3 O SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA ELÉTRICA

Em breve classificação, Hely Lopes Meirelles (2013, p. 381) classifica o serviço de energia elétrica como um serviço impróprio, pois embora satisfaçam os interesses comuns de toda uma coletividade, ele não será prestado diretamente pelo Estado, havendo, uma delegação da sua execução aos órgãos e entidades da Administração.

Por outro lado, em que pese, o serviço de energia elétrica reflexamente interesse a toda coletividade, precipuamente ele irá atender às conveniências de cada membro individualmente considerado, ou seja, os usuários serão determinados e a sua utilização particular será também mensurada para cada destinatário, razão pela qual será remunerado por taxa ou tarifa e não por imposto (*uti singuli*) (MEIRELLES, 2013, p. 381).

Nesta seara dos aspectos relacionados ao serviço de energia elétrica, existe o aspecto da essencialidade que traz de certo modo uma imprecisão, isso porque para alguns doutrinadores, a exemplo de Diogenes Gasparini (2012, p. 354), o que vai ser essencial é o serviço assim considerado por lei ou que por sua própria natureza é tido como de necessidade pública, tendo sua execução privativa à Administração, sendo o caso do serviço de segurança nacional.

De outro modo, José Carvalho Filho (2014, p. 332) traz que a

[...] essencialidade resulta do reclamo social para atividades reputadas básicas para a coletividade, mas tal caracterização não diz respeito à delegabilidade ou não do serviço. Há serviços públicos essenciais que são delegáveis a particulares, e nada impede que o sejam, desde que o Poder Público não se abstenha de controlá-los e fiscalizá-los. [...]

Assim, pelo simples fato de constituir-se serviço público (por ter a Administração o dever de fornecer e propiciar o bem estar dos administrados), já se pressupõe que seja ele essencial. A Lei nº 7.783/89 – Lei de Greve – regulamentando o art. 9º, § 1º, da CF/88, trouxe no seu art. 10, I, que serviço público essencial é o “tratamento e abastecimento de água; produção distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis”.

Em razão disso, o serviço de energia elétrica torna-se indispensável ao atendimento das necessidades primárias e inadiáveis do cidadão, e, será também a partir da noção do que seja essencial, que a norma legal obrigará a continuidade da prestação. Isso porque, como tratado anteriormente, este princípio impõe a impossibilidade de obstaculização do serviço, bem como o direito do administrado que ele seja eficiente não havendo a sua suspensão ou interrupção (MELLO, 2013, p. 694).

Desse modo, percebe-se que o serviço de energia elétrica é considerado serviço público essencial, posto que é inimaginável uma vida em sociedade hoje pautada sem o seu fornecimento de modo adequado e que satisfaça as necessidades públicas, de forma que se possa viver bem e com dignidade. Inclusive, dentro deste setor, é possível se destacar segmentos indispensáveis à essa adequada e eficiente prestação, pois são setores que reestruturam a energia elétrica produzida e distribuída no Brasil e que contribuem para o desenvolvimento econômico do país.

3.3.1 Evolução histórica do setor elétrico

As primeiras experiências com o setor de energia elétrica no Brasil iniciaram-se, ainda, no período imperial. Entre os anos de 1889-1934, a competência inicial para dispor acerca dos sistemas elétricos - sua geração e acessoriamente, a distribuição – era dos Municípios, conforme diretrizes da Constituição de 1891 (WALTENBERG, 2006, p. 354) destacando-se que em relação

à produção de energia, esta se dava pela atividade de algumas poucas usinas predominantemente térmicas que aqui foram instaladas.

De uma forma geral, este não foi um período de muitos problemas para o setor elétrico, cujo desenvolvimento ficou sob a égide da referida Constituição e do Decreto 1904, o qual disciplinou as concessões do aproveitamento hidroelétrico. Ocorre que foi em 1929, com a quebra da Bolsa de Nova York, iniciando-se um novo período econômico, que o setor elétrico conseguiu despontar, já que houve a necessidade do desenvolvimento do mercado interno, deixando a energia elétrica de ser um assunto local, tornando-se interesse de estratégia nacional (SILVA, 2011, p. 31). Desse modo,

[...] grande parte das nações teve de “voltar-se para dentro”, buscando soluções para os problemas gerados pela crise. Nesse período, a capacidade de absorver internamente a demanda, que antes era internacional, foi fator determinante do crescimento das diversas economias. No caso brasileiro, essa capacidade de absorver a demanda por manufaturas estrangeiras foi decisiva para o desenvolvimento da indústria de energia nacional. [...] (SILVA, 2011, p. 29)

Vale ressaltar, que foi em meio à crise do café, decorrente do abalo econômico de 1929, que, tornou-se ainda mais necessário a reformulação da política econômica, o que veio a se concretizar com a Constituição de 1934, a qual contemplava a competência da União para legislar sobre energia elétrica, e não mais os Municípios.

Além deste interesse do Poder Público em regulamentar suas atividades no setor de energia, foi vivenciada uma aceleração no crescimento industrial e urbanização do país, o que fez com que a demanda de energia elétrica aumentasse de modo mais rápido que a sua capacidade de geração, passando o Estado então, a destinar uma maior atenção a este setor, tomando iniciativas no campo da geração de eletricidade (CAVALCANTE, 2010, p.12).

É importante salientar que o Código de Águas de 1934, juntamente com a Constituição da época, também regulamentou a intervenção na gestão do setor de águas e energia, estabelecendo o regime de concessões e autorizações para o aproveitamento hidroelétrico, orientando-se numa linha nacionalista. Ou seja, estaria proibida a exploração do setor por empresas estrangeiras – pois estavam monopolizando, desde o final da década de 20, as atividades da indústria de energia elétrica – passando a produção e intervenção no

setor, a ser feita por brasileiros ou por empresas constituídas de acionistas brasileiros (CAVALCANTE, 2010, p. 13).

Por outro lado, a iniciativa privada no abastecimento do serviço de energia elétrica ainda não era forte e a oferta de energia se mostrava insuficiente para suprir a demanda do setor, razão pela qual, o governo entendeu ser necessário atuar mais ativamente no setor, para que houvesse o desenvolvimento industrial esperado.

Cria-se então, as primeiras grandes empresas geradoras de energia, como a CHESF - Companhia Hidrelétrica do São Francisco -, a qual mais tarde, juntamente com mais quatro subsidiárias, passaria a ser controlada pela Eletrobrás - Centrais Elétricas Brasileiras -, e, ficando a cargo dos Estados os serviços de transmissão e subtransmissão de eletricidade (LIMA, 2006, p. 12).

Ocorre que, já nos anos 80, como o setor elétrico não se sustentava sozinho, necessitando sempre de recursos subsidiados, isenções tributárias e financiamentos internacionais, e sem condições de manter os investimentos necessários à grande demanda de consumo, adveio daí a crise do setor elétrico. A alternativa frente a esse esgotamento da capacidade de investimento do governo, foi abrir o mercado para a iniciativa privada, para que esta arcasse com os custos para o desenvolvimento da energia elétrica no país (privatização), o que de fato foi feito pelo governo com a promulgação de leis dispendo sobre o regime de concessão e permissão dos serviços (FERREIRA; MALLIAGROS, 1999, p. 8-9).

Nesse contexto, em um processo de reestruturação do setor elétrico brasileiro, e na busca de condições que viabilizassem atrair capitais privados para o funcionamento e desenvolvimento do setor, surgem as principais leis que vão dar um tratamento legal e regulatório aos segmentos setoriais de energia elétrica - a Lei nº 8.987/95 (Lei de Concessões e Permissões) e a Lei nº 9.427/96 (Lei da ANEEL).

3.3.2 Os segmentos setoriais das concessionárias

É indiscutível que a energia elétrica, vindo de um relevante processo histórico do seu modelo jurídico-institucional, torna-se hoje uma das maiores formas de desenvolvimento socioeconômico do país. As atividades hoje no

setor de energia elétrica estão bastante segmentadas, em virtude da proporção e importância que este setor adquiriu no país, tornando-se o serviço mais universalizado, dentro todos os outros (MOREIRA, 2013, p. 53)

A ANEEL, como será tratado em tópico posterior, detém a competência para conferir outorgas de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica. Até 2003, esses segmentos setoriais se estruturavam a partir de uma verticalização, ou seja, uma mesma empresa concessionária concentrava a exploração de todas as atividades, exigindo-se dela apenas a separação contábil de cada segmento, o que acabava por diminuir o alcance no mercado da geração de energia, e, em consequência a concorrência (LIMA, 2006, p. 20).

Ocorre que, em 2004, a Lei nº 10.848/04, regulamentando a Lei nº 9.074/95, estabeleceu a necessidade de segregação das atividades inerentes à cada setor elétrico, havendo deste modo, uma desconcentração jurídica das mãos de uma única empresa ou grupo empresarial, na geração, transmissão e distribuição de energia. É o que se depreende o art. 4º, §5º da Lei nº 9.074/95:

§ 5º As concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica que atuem no Sistema Interligado Nacional – SIN não poderão desenvolver atividades: (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

I - de geração de energia elétrica; (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

II - de transmissão de energia elétrica; (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

III - de venda de energia a consumidores de que tratam os arts. 15 e 16 desta Lei, exceto às unidades consumidoras localizadas na área de concessão ou permissão da empresa distribuidora, sob as mesmas condições reguladas aplicáveis aos demais consumidores não abrangidos por aqueles artigos, inclusive tarifas e prazos; (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

Esta concentração vertical, na visão de Salomão Filho (2002, p.61), “pode ser utilizada como uma forma de escapar à regulamentação governamental de preços”, no entanto esta foi combatida por esse novo modelo setorial que se instalava, já que aquele se mostrava inconveniente em segmentos econômicos regulados, como é o caso da cadeia produtiva da energia elétrica.

Assim, apesar de hoje as distribuidoras se mostrarem totalmente independentes, e tidas como o elo entre o setor elétrico e a sociedade, não por menos, se faz necessária a análise dos outros segmentos setoriais, quais sejam, de geração e transmissão, importantes também para a atual estruturação do setor elétrico.

Existem hoje, diversas maneiras de se gerar energia elétrica, como por exemplo, pela transformação da energia do sol, dos ventos, das águas dos rios, as fontes são variadas, mas ainda, é predominante no Brasil a fonte hídrica, a qual conta com a participação em mais de 95% da geração brasileira (WALTENBERG, 2006, p. 359).

Em decorrência da característica geográfica do país, onde há a presença de inúmeros e grandes rios, o Brasil tornou-se fortemente dependente da geração hidrelétrica, que é obtida com a utilização da força das águas. É, portanto, o segmento da indústria de energia elétrica, responsável pela sua produção, bem como pelo seu transporte aos sistemas de transmissão e distribuição, razão pela qual, segundo dados da ANEEL (2014), o Brasil possui, atualmente, mais de 500 agentes investindo neste mercado de geração de energia elétrica.

Em segundo lugar, há de se destacar a energia termelétrica, a qual resulta da queima de combustíveis como, óleo, gás e carvão, resultando concomitantemente na produção de energia elétrica e de vapor industrial, caracterizando a chamada co-geração, que vem ganhando bastante destaque no Brasil. E, em terceiro lugar, em que pese não ter muito desenvolvimento no Brasil, é destacada como uma das formas de geração de energia, a qual está baseada na força dos ventos, na energia solar e na biomassa, que são as chamadas fontes alternativas de energia (WALTENBERG, 2006, p. 359-360).

O regime legal de produção de energia, por se tratar hoje de um mercado competitivo, onde as empresas geradoras estão em busca sempre do melhor preço, é estabelecido pela Lei nº 9.074/95 no seu art. 5º, a necessidade de licitação, em caráter obrigatório para a execução do serviço público (OLIVEIRA, 2006, p. 347).

Produzida a energia, ela precisa ser levada aos usuários, ela precisa ser transportada, o que será feito por linhas de transmissão, compostas por torres, cabos que ficam expostos nas estradas. Segundo a ANEEL (2008, p. 32), a necessidade de grandes e extensas linhas de transmissão se justifica pelo segmento de geração de energia adotado no Brasil, constituído de complexos sistemas de interligação de usinas hidrelétricas.

As Resoluções nº 066/1999 e 247/1999 da ANEEL, ambas estabelecem as regras para a administração dos serviços de transmissão, tendo a primeira estabelecido a composição Rede Básica de Transmissão e a segunda

regulamentando os contratos de prestação de serviço de transmissão e contratação de acesso.

Após recebida a grande quantidade de energia do sistema de transmissão, é necessário fazer a sua distribuição para os consumidores, o que será feito pelas concessionárias, as quais recebem das companhias de transmissão todo o suprimento necessário ao abastecimento do país, e cobrarão tarifas reguladas pela ANEEL e o preço da energia livremente negociado (ANEEL, 2008, p. 23).

As distribuidoras de energia têm um papel muito importante no desenvolvimento do setor elétrico, pois “a conexão e atendimento ao consumidor, qualquer que seja o seu porte são realizados pelas distribuidoras de energia elétrica” (ANEEL, 2008, p. 23). Ou seja, elas constituem-se em verdadeiro elo entre o setor elétrico e a sociedade, cujas concessionárias responsáveis atendem a mais de 1 (um) milhão de unidades consumidoras do serviço no país.

E, por fim, uma recente inovação introduzida na segmentação setorial da energia elétrica foi a sua comercialização, que está sujeita a um regime competitivo, pois está relacionada às atividades de venda da energia, a qual pode ser feita por diversos agentes. Esta figura da comercialização foi criada no ano de 1998 pela Lei nº 9.648, que prevê sua titulação por meio de autorização, e tem por escopo principal, a realização de negócios de compra e venda entre agentes setoriais, que não estejam envolvidos com o uso final de energia, ou seja, não sejam os próprios consumidores (WALTENBERG, 2006, p. 369).

O que se pode perceber, é que passado todo um longo processo de reestruturação, com o conseqüente desenvolvimento da energia elétrica, sobretudo pelos investimentos feitos pela iniciativa privada, os quais se fizeram necessários para a própria sustentação do setor elétrico, a implementação de todas essas diretrizes estabelecidas, com a segmentação das atividades setoriais, foram decisivas para a alteração de toda a estrutura do setor elétrico, na medida em que começaram a surgir mudanças no regime econômico-financeiro, a partir do postulado da competição que então se estabeleceu.

3.3.3 As agências reguladoras

Não há como falar sobre agências reguladoras, sem remeter ao sistema norte-americano, no qual a função reguladora só seria exercida se fosse

delegada pelo Poder Legislativo. Ou seja, as leis norte-americanas têm por fim estabelecer parâmetros, princípios e conceitos, devendo, portanto as agências baixar tais normas reguladoras, o que lhe dava um elevado grau de discricionariedade técnica, já que de início não estariam sujeitas a controle judicial (CAL, 2003, p. 72-73).

Em apertada síntese, a regulação das atividades de utilidade pública (*public utilities*) inicia-se no séc. XIX, com a criação das *regulatory agencies*, autoridades de controle em diversos setores (por exemplo, comércio, energia, comunicação), os quais eram necessários ao bem comum, e que na medida em que eram regulados, tais autoridades fixavam preços a serem cobrados pelos serviços (MOTTA, 2003, p. 60).

Isso era feito com ampla liberdade pelos estados federados norte-americanos, cujo Poder Legislativo tinha competência para promover de modo efetivo o bem-estar da população, na regulação destas atividades econômicas diferenciadas das demais (MOTTA, 2003, p. 61). No entanto, o Judiciário não se manifestava a respeito das políticas adotadas, já que o Legislativo era dotado de ampla discricionariedade.

Ocorre que, devido a um excesso desse poder, percebeu-se uma inadequada garantia aos interesses dos consumidores, ou seja, a competência legislativa para a regulação das atividades passou a trazer problemas especialmente na fixação das tarifas, pois as mesmas eram caracterizadas como irrealistas, o que inviabilizava a prestação das atividades pelos particulares. Deste modo, o Judiciário passa a exercer o papel regulador, decidindo a Suprema Corte, numa ampla reforma administrativa, que seriam criados entes responsáveis especificamente pela finalidade regulatória dos serviços de utilidade pública – criou-se assim, as agências reguladoras (MOTTA, 2003, p. 62-63).

Fazendo um paralelo entre a agência reguladora para o Direito Americano (ou *Independent Regulatory Commission*) e para o Direito Brasileiro, a primeira é uma entidade administrativa autônoma e descentralizada, ou seja, ela é independente no estabelecimento da regulamentação dos setores das atividades governamentais que lhes são atribuídos por lei. A segunda é uma autarquia especial, independente da Administração central, incumbida do dever de normatizar, disciplinar e fiscalizar a prestação de bens e serviços de interesse público, os quais estão no campo da atividade econômica (GOMES, 2006, p. 26-27).

Analisando num plano econômico, tem-se que as agências reguladoras brasileiras, são o resultado da necessidade do Estado influir na organização das relações econômicas, de uma maneira profunda e constante, no sentido de incumbir às autoridades responsáveis pela intervenção, um papel autônomo frente à estrutura tradicional do poder político. Desse modo, esta regulação irá atingir tanto os setores privados (comércio, indústria – ou seja, as atividades econômicas em sentido estrito), como os setores que operam em áreas de reserva estatal, às quais nos reportamos, por exemplo, à prestação de serviços públicos, à exploração de bens públicos e monopólios estatais (SUNDFELD, 2006, p. 22).

Assim, é de se depreender a caracterização da regulação como um modelo econômico, no qual o Estado, apesar de não assumir diretamente o exercício da atividade empresarial, ele intervém no mercado utilizando-se desses instrumentos de autoridade, razão pela qual é tido como uma opção de política econômica (SUNDFELD, 2006, p. 23).

A atuação dessas agências se pauta, segundo os novos padrões da sociedade, em normas específicas e diretas para realizar o planejamento dos setores e viabilizar a intervenção do Estado, o que significa o aprofundamento da atuação normativa do Estado. Porém, em que pese as agências sejam dotadas dessa função normativa, em certos sistemas como o elétrico, por se traduzirem como economicamente fundamentais ao país, eles são monitorados a todo tempo por grandes autoridades, as quais não podem ficar alheias à concentração empresarial que estes setores trazem, em razão do extraordinário poder econômico que se exerce nesses campos (SUNDFELD, 2006, p. 33-34).

De outro lado, as atribuições das agências reguladoras, no que diz respeito à concessão, podem ser resumidas às funções que o poder concedente exerce no contrato, quais sejam, regulamentar os serviços que serão objetos de delegação, realizar licitação, definir valores de tarifas etc. Por isso, que em relação ao Poder Executivo existe uma maior independência, já que se está retirando dele todas essas atribuições para colocá-las nas mãos da agência (PIETRO, 2006, p. 195).

Desse modo, a regulação como tratada no direito brasileiro, é utilizada como um instrumento pelo Estado na intervenção e organização dos mercados, ou seja, uma intervenção quando se denota objetivos manifestamente

econômicos. Sem esquecer, entretanto, quem em conjunto a isso, deve haver o atendimento à coletividade, no sentido de proteção aos interesses públicos, exercendo em cada setor uma regulação na concorrência, fixando tarifas não excessivamente altas que possam inviabilizar a utilização dos serviços pelos usuários, a fim de que se busque um desenvolvimento na atividade econômica, indispensável ao crescimento do país.

3.3.3.1 A atuação da ANEEL

A ANEEL foi a pioneira das agências a se adequar ao novo modelo administrativo a ser aplicado na prestação de serviços públicos, modelo este que foi influenciado pelo direito norte-americano a partir das *regulatory agencies*, e que no Brasil tomou grandes proporções com a proliferação de agências, caracterizando o fenômeno chamado de “agencificação” (OLIVEIRA, 2006, p. 331).

A ANEEL então surge, a partir da necessidade de substituir o antigo órgão regulador setorial - o DNAEE (Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica) – que era totalmente vinculado ao Executivo, por um órgão que tivesse personalidade jurídica própria, autonomia administrativa e financeira e independência funcional, o que veio a ocorrer em 1996 com a Lei 9.427 (WALTENBERG, 2006, p. 372).

O advento da ANEEL, juntamente com as outras agências que vieram a surgir na década de 90, como disposto em tópico anterior, está associado ao movimento de privatização que tinha por escopo priorizar os investimentos estatais em determinadas áreas de interesse público social relevante e entregar à iniciativa privada por meio dos contratos de concessão, permissão e autorização. Esta foi a grande razão da “agencificação” vivida, que transformou um Estado, que até então era empreendedor, em regulador.

Sob a forma de autarquia, a ANEEL, tem o propósito de assegurar sua autoridade e autonomia administrativa, a partir de um regime especial, que é o que lhe caracteriza como agência reguladora. Esse regime pode ser considerado como o “conjunto de privilégios específicos que a lei outorga à entidade para a consecução de seus fins” (MEIRELLES, 2013, p. 406), o qual está fundamentado basicamente na estabilidade dos seus dirigentes, na autonomia

financeira e no poder normativo que lhe é peculiar, privilégios esses que vão conferir à agência a sua independência administrativa.

Diferente do que ocorre no sistema norte-americano, no qual é dado amplos poderes de supervisão e controle ao Congresso sobre as *regulatory agencies*, no Brasil o que existe são mecanismos constitucionais de controle parlamentar que incidem sobre a Administração Pública como um todo (logo, inclui-se as agências reguladoras), do quais o maior exemplo é o que está disposto no art. 49, V e X da CF:

Art. 49: É da competência do Congresso Nacional:

V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

X – fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;

Nesse sentido, na observância quanto à competência exclusiva do Presidente da República de expedir decretos e regulamentos para a fiel execução da lei (art. 84, IV, CF), diante da força normativa de que são dotadas as agências, a ANEEL poderá expedir decretos e leis a fim de tratar do seu poder regulador, ainda que demasiadamente genéricos, mas respeitando a competência do Presidente da República (OLIVEIRA, 2006, p. 338).

Positivando a atuação regulatória da agência, o art. 2º da Lei 9.427 de 1996 trás que a ANEEL “tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal”. E, para fortalecer esta ideia de regulação, também o art. 3º, II do Decreto Regulamentar nº 2.335 de 1997, dispõe:

Art. 3º A ANEEL orientará a execução de suas atividades finalísticas de forma a proporcionar condições favoráveis para que o desenvolvimento do mercado de energia elétrica ocorra com equilíbrio entre os agentes e em benefício da sociedade, observando as seguintes diretrizes:

II - **regulação e fiscalização** realizadas com o caráter de simplicidade e pautadas na livre concorrência entre os agentes, no atendimento às necessidades dos consumidores e no pleno acesso aos serviços de energia elétrica; **(grifos nossos)**

É com esse papel, que dentro do setor elétrico brasileiro a ANEEL vem trabalhando em busca do seu desenvolvimento e atuando em observância à três pilares: aos interesses dos consumidores do serviço, dos entes reguladores e do governo. E nesse sentido, Nelson Moreira (2013, p. 53), o diretor-geral da agência, em entrevista, completa:

[...] a atuação da ANEEL, em seus 15 anos de regulação setorial, agrega valor ao desenvolvimento de uma cultura da regulação no Brasil e contribui para projetar a imagem de um Estado forte, com base no equilíbrio entre sua capacidade gerencial e suas opções institucionais em defesa do interesse público [...]

Assim, mesmo com a reestruturação por qual passou o setor elétrico, com a segmentação de cada atividade, que antes eram desenvolvidas de forma concentrada por uma única empresa, através de contratos de concessão formalizados com a Administração no sentido de fiscalizar e regular a prestação desse serviço aos usuários no país; bem como com o grande poder regulatório de que é dotado a ANEEL, hoje o Poder Público, quando falha nesse dever fiscalizatório, acaba por vezes acarretando grandes prejuízos ao setor e aos agentes envolvidos, além de atingir aos consumidores, usuários diretos do serviço, os quais, não poderão ficar sem reparação.

4 A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO ESTADO E A SUA OMISSÃO NOS SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA

A responsabilidade patrimonial do Estado pode decorrer tanto de uma condição contratual, quando o Estado estará obrigado a uma reparação em virtude uma cláusula presente no contrato a que ele se vinculou, quanto de uma condição extracontratual, que decorre do próprio sistema jurídico, não estando ele, portanto, desobrigado face aos danos e prejuízos que porventura venha a causar aos administrados (ROCHA, 1990, p. 5).

Os atos (lícitos ou ilícitos) e omissões do Poder Público podem ensejar a aplicação do princípio da responsabilidade, no entanto, isso não quer dizer que se trata de uma sanção, mais sim de um instituto restaurador de Direito, pois o foco do princípio recai sobre o administrado que sofreu e suportou o dano, e não ao Estado que lhe deu causa. Assim, esta responsabilidade patrimonial mostra-se como uma verdadeira proteção ao particular e não uma punição ao Estado (ROCHA, 1990, p. 6).

Ressalta-se que esta sanção ora referida, no sentir de Tércio Sampaio Junior (2011, p. 14) é tratada como “uma reação negativa contra um determinado comportamento, portanto, avaliada como um mal para quem a recebe”, o que não se coaduna com a responsabilidade estatal, já que esta primeiramente destina-se a proteger os particulares dos atos e omissões do próprio Poder Público, configurando deste modo, uma obrigação imposta por lei, quando causar danos a terceiros no exercício de suas atribuições.

A responsabilidade do Estado, como visto em capítulo próprio, foi precedida por elementos subjetivos da doutrina civilista, ou seja, era necessário a presença da culpa do ente estatal diante de determinado evento danoso, para que se imputasse a sua responsabilidade. Ocorre que felizmente, a Constituição de 1988 trouxe objetividade face à relação entre a Administração Pública e o particular, não se requerendo mais o dolo ou culpa dos funcionários, bastando apenas que se tenha causado danos aos administrados (MELLO, 1981, p. 13).

Mesmo com a consagração da teoria do risco administrativo no art. 37, §6º da CF, persiste ainda na doutrina e jurisprudência controvérsias acerca da sua aplicabilidade nas hipóteses de omissões do Poder Público, pois o dispositivo não traz expressamente qual o tratamento destinado à estas omissões. Para alguns,

a exemplo de Maria Sylvia (2013, p. 716), a omissão é caso de responsabilidade subjetiva da Administração, devendo ficar provado a culpa do serviço público para que se impute ao Poder Público o dever de indenizar.

Por outro lado, há quem entenda, e aqui destaca-se o professor Edmir Araújo (2010, p.37) que tanto na ação quanto na omissão haverá o Estado de ser responsabilizado objetivamente por eventuais danos causados, só havendo de se perquerir a culpa, caso seja proposta uma ação de regresso contra o causador do dano. Desse modo, constata-se que

[...] o problema da responsabilidade do Estado por atos ou omissões prejudiciais de seus agentes, ou por fatos e coisas à sua guarda, é equacionado em termos eminentemente objetivos, sendo o administrado dispensado do ônus probante quanto à culpabilidade direta ou indireta da Administração [...] (ARAÚJO, 2010, p. 37).

Nesse mesmo sentido, mas, já em alusão ao Princípio da Proporcionalidade, tem-se que a omissão do Poder Público como uma causa violadora do seu dever de agir proporcional para com os administrados, uma vez estando consubstanciada tal violação, não há que se perquerir uma responsabilidade subjetiva, mas tão-somente que fique constatado o nexos causal direto, para que se imponha o justo dever de reparação (FREITAS, 2005, p. 192).

Ocorre que, quando se está diante uma norma infraconstitucional, cuja redação é dúbia e o seu conteúdo não demonstra clareza, a melhor solução é fazer uma interpretação conforme a Constituição. No entanto, quando se trata de norma constitucional, o problema quanto à interpretação ainda persiste, pois se está tratando de dispositivo da Carta Maior, razão pela qual caberia uma atuação mais efetiva do STF pela uniformização da interpretação das normas constitucionais (ABREU NETA, 2010, p. 190).

Desse modo, enquanto o STJ já tem posição consolidada acerca da responsabilidade subjetiva do Estado, quando da sua falta do dever de agir, o STF diante do caso concreto estende à norma do art. 37, §6º, CF, a responsabilidade objetiva do Estado, baseando-se na teoria do risco administrativo, tendo uma postura mais ativa e próxima ao dinamismo do tema, evitando possível engessamento das relações sociais (ABREU NETA, 2010, p. 193). É o que se vê do julgamento do Agravo de Instrumento nº 742555 AgR/RJ, pela Segunda Turma no dia 24/08/2010, no qual se reconheceu a responsabilidade objetiva do Estado, cuja relatora foi a Min. Ellen Gracie:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. **RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. OMISSÃO. DEVER DE FISCALIZAÇÃO DO MUNICÍPIO.** ART. 37, § 6º, CF/88. NEXO CAUSAL. FATOS E PROVAS. SÚMULA STF 279. 1. Existência de nexo causal entre a omissão do Município e o dano causado ao agravado. Precedente. 2. Incidência da Súmula STF 279 para afastar a alegada ofensa ao artigo 37, § 6º, da Constituição Federal - responsabilidade objetiva do Estado. 3. Agravo regimental improvido. (AI 742555 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 24/08/2010, DJe-168 DIVULG 09-09-2010 PUBLIC 10-09-2010) **(grifos nossos)**

De outro lado, o STJ entende pela responsabilidade subjetiva da União no Agravo em Recurso Especial nº 203.854/RS, no dia 09/08/2012, cujo relator foi o Min. Humberto Martins:

[...] Assim, tratando-se de responsabilidade por atos omissivos da Administração Pública, não é caso de responsabilidade objetiva, e sim subjetiva, somente podendo acarretar a responsabilidade da União se comprovada a conduta dolosa ou culposa de seus agentes contribuindo, portanto, para a verificação do evento danoso. Impende acentuar-se que a responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Lei Maior não se aplica ao ato emissor do Poder Público [...]

No setor elétrico, diversas ações civis públicas são propostas pelo Ministério Público Federal (MPF) contra tais atos omissivos da ANEEL, no sentido de que os prejuízos causados aos usuários, a par de outros problemas, decorrem também de uma falta do dever de fiscalização por parte da agência, não podendo o consumidor hipossuficiente ser penalizado por uma omissão do próprio Poder Público. Nesse sentido, segue abaixo, parte do texto transcrito da Ação Civil Pública proposta contra a ANEEL e as pessoas jurídicas de direito privado REDE ENERGIA S/A e EQUATORIAL ENERGIA S.A no dia 23.11.2012 na Seção Judiciária do Estado do Pará:

[...] É clarividente que o serviço não está sendo prestado de forma adequada, um sinal disso é que o Pará é o estado que mais deve compensações por serviço prestado de forma irregular. Ademais, com a suspensão do pagamento da compensação aos consumidores somente do Estado do Pará, **a ANEEL acaba por empurrar ao consumidor hipossuficiente a conta pela omissão na fiscalização da Agência Reguladora** e pelos problemas de gestão e outras irregularidades das empresas Rede Energia e Rede Celpa [...] **(grifos nossos)**

Vê-se, portanto, que, esta omissão estatal se revela pelo não cumprimento do seu poder-dever de fiscalização ao fiel cumprimento das obrigações destinadas às concessionárias de energia elétrica, não tomando medidas para evitar que danos sejam causados aos usuários, de modo a protegê-los e satisfazê-los na utilização de um serviço tão essencial à vida. Em razão disso, se faz necessário que

o Estado ou seus órgãos respondam objetivamente pelos prejuízos causados, posto que, não pode haver a paralisação e interrupção do serviço de energia elétrica nos Estados, devendo o mesmo ser prestado com eficiência, assim como suas obrigações legais.

4.1 DEVER DE FISCALIZAÇÃO DO ESTADO

Conforme tratado em capítulo anterior, o Estado ao delegar para o particular certo serviço, ela apenas está delegando a execução do serviço, para que este seja desempenhado com a eficiência idêntica se o mesmo fosse prestado pelo próprio Estado. Em contrapartida, ele permanece com o dever de fiscalização da atividade da concessionária, posto que, havendo falha ou omissão na execução do serviço, isso propiciaria grande risco ao interesse público.

Marçal Justen Filho (2003, p. 448) traz três finalidades na fiscalização das delegadas: a primeira caracterizada como repressiva, relaciona-se com as perspectivas originais da Administração, no sentido de acompanhar o desenvolvimento das concessionárias para aferir se elas estão compatíveis com a prestação de serviço; a segunda é a fiscalização preventiva, para que não se perca o controle sobre o concessionário e sobre o serviço; por fim, a finalidade prospectiva se destina a reunir elementos suficientes para que futuramente a Administração possa executar o serviço de modo mais adequado.

Se de fato houvesse por parte do Poder Público esta efetiva fiscalização, no sentido de intervir nos atos praticados pelas concessionárias, aferindo se há uma compatibilidade com os parâmetros do serviço que fora delegado, muitos prejuízos seriam minorados. Isso porque o Estado é o fiscalizador das normas pertinentes ao consumo, é ele através de seus delegatários, que deve tornar efetiva a proteção ao consumidor (usuários do serviço), razão pela qual, deve também ser responsabilizado se a sua omissão gerar dano a este consumidor e usuário (PINTO, 1997, p. 48-49).

A Lei 8.987/95 destina-se também a institucionalizar a fiscalização, ou seja, estabelecendo procedimentos para que se efetive este dever, a exemplo do art. 3º que dispõe que “as concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização do poder concedente responsável pela delegação com cooperação dos usuários”. Ou seja, as concessionárias de um lado devem deixar que haja a livre

fiscalização, com entrega de documentos ou relatórios requisitados pelo poder público, e os usuários agirão nesse poder de fiscalização também, na medida em que comuniquem às repartições, eventuais defeitos na prestação do serviço (JUSTEN FILHO, 2003, p. 451).

Desse modo, para que haja uma eficácia e controle sobre os serviços de energia elétrica, cada setor contará com uma equipe técnica especializada para o desenvolvimento desta atividade, sem, contudo, desprezar a atuação dos próprios usuários. Nesse sentido, a ANEEL (2014) contará com a Superintendência de Fiscalização dos Serviços de Eletricidade (SFE), que com sua equipe técnica própria, promoverá a fiscalização das empresas de distribuição e transmissão de energia elétrica, em observância ao cumprimento dos contratos de concessão, bem como de outros regulamentos estabelecidos pela própria agência.

Esta atuação da ANEEL é importante, pois se houver eventual omissão ou falha na regulação e fiscalização das empresas concessionárias, vai se verificar um total descaso por parte do Poder Público, o qual é obrigado a traçar uma política séria e competente para o setor de energia elétrica. Mas, uma vez falhando nesse dever, além de atingir o crescimento do país, os brasileiros, usuários do serviço, viverão momentos de desconforto em face de uma política energética “obscura” (AMARAL, 2001, p. 154).

Isso tudo ocorre porque o Estado dita as regras de um lado, mas do outro, resiste a submeter-se ao comando jurídico estabelecido por ele próprio. Ou seja, embora continue exigindo muito por parte da iniciativa privada, para que seja eficiente na sua prestação, o poder público não cumpre as normas que edita, mostrando-se ineficiente não só na fiscalização dos serviços públicos como também na própria prestação (PINTO, 1997, p. 79).

No entanto, em que pese este sistema fiscalizatório seja deficiente, ficando o Estado totalmente alheio às suas próprias normas legais, trazendo lesões ao patrimônio de usuários e terceiros, eles, assim como têm direito à fiscalização efetiva (conforme o art. 7º, IV da Lei nº 8.987/95), também poderão requerer uma reparação, quando tal direito seja desrespeitado e não atendido pelo órgão fiscalizador.

4.2 A RESPONSABILIDADE DAS CONCESSIONÁRIAS DE ENERGIA ELÉTRICA

As concessões, disciplinadas pela Lei nº 8.987/95, caracterizam-se por serem firmadas através de um contrato, onde a Administração vai delegar a outrem (empresa particular ou empresa estatal) tão somente a execução do serviço público. A partir de então, o serviço será exercido pela própria empresa e por sua conta e risco, sendo assegurada a remuneração mediante tarifa paga pelos usuários (PIETRO, 2013, p. 303).

Na seara da energia elétrica, a legislação infraconstitucional da ANEEL estabeleceu as concessões (e autorizações) de acordo com as especificidades de cada segmento setorial, ou seja, na área de geração a concessão se dará em caráter obrigatório, de acordo com a destinação do serviço, a exemplo, se for para aproveitamento de potenciais hidráulicos ou quando destinados à produção independente (art. 5º da Lei 9.074/95).

Na área de transmissão e distribuição, a lei já fixa o prazo de trinta anos para o uso da concessão (art. 4º, §1º), bem como estabelece a autorização para a comercialização de energia elétrica e para sua exportação e importação. Em suma, uma vez delegada a execução do serviço, a atividade de geração de energia elétrica mediante concessão, e precedida de licitação, será destinada ao atendimento de sua distribuição, sua comercialização livre, bem como ao consumo exclusivo em instalações industriais ou comerciais do gerador (OLIVEIRA, 2006, p. 348).

Ocorre que, em que pese, as concessionárias façam jus ao recebimento da remuneração, ao equilíbrio econômico da concessão, elas também serão responsáveis pelos prejuízos causados a terceiros, justamente por serem elas que executam o serviço, o qual foi delegado pelo poder público (PIETRO, 2013, p. 306).

Esta responsabilidade das concessionárias é objetiva, como bem trazido pela doutrina e jurisprudência. Isso porque, são elas que prestam o serviço por sua conta, risco e perigo, razão pela qual incumbe a elas responderem perante terceiros pelas obrigações contraídas ou por danos causados, estando tal responsabilidade regida pelos mesmos critérios e princípios da responsabilidade que incumbe ao próprio Estado, já que ambas são consideradas conjuntamente no art. 37, §6º, CF (MELLO, 2013, 772).

Este é também o entendimento do STJ, como se vê do julgamento REsp nº 896568/CE, no dia 19/05/2009, cujo relator foi o Min. Luis Felipe Salomão:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. ATIVIDADE DE ALTA PERICULOSIDADE. TEORIA DO RISCO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. CONSERVAÇÃO INADEQUADA DA REDE DE TRANSMISSÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CULPA DA EMPRESA RECONHECIDA PELA INSTÂNCIA DE ORIGEM. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (grifos nossos)

Por outro lado, João Pinto (1997, p. 55) numa análise sob a ótica do Direito do Consumidor, entende que a modificação trazida por este ramo do direito no campo contratual, foi o surgimento de novo equilíbrio, de modo imperativo, nas relações contratuais entre consumidores e fornecedores de bens de serviços, com o fim de proteger tais serviços desde a sua fase pré-contratual. Isso porque

[...] os contratos firmados, normalmente por adesão, entre consumidores (destinatários finais) e os órgãos públicos e suas empresas, inclusive permissionárias, concessionárias, ao nosso sentir, são consideradas de consumo. Evidente que o regime de tais contratos tem especial nuance, pois mesmo regidos por leis civis não perde a relação o seu caráter de “verticalidade”, vez que se reserva à Administração faculdades que quebram o equilíbrio contratual [...] (PINTO, 1997, p. 56)

A relação contratual estabelecida entre concessionária e usuário, na qual aquela se obriga a prestar um serviço e este remunerá-la mediante tarifa, não pode ser equiparada à uma mera relação entre duas pessoas privadas, mas sim uma relação de consumo, onde o poder público atua como “protetor” do consumidor, que é a parte considerada hipossuficiente (AMARAL, 2001, p, 217).

Desse modo, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) elenca que os órgãos públicos ou seus delegatários, enquanto fornecedores do serviço ficam obrigados a prestá-lo de modo adequado, eficiente e seguro, devendo ser contínuo aqueles serviços essenciais, dentre os quais, destaca-se o de energia elétrica, que por ser essencial, não deve sofrer interrupções, conforme art. 22 do CDC.

Justamente pelo caráter contínuo do serviço de energia elétrica, é que ele se mostra tão importante à população, constituindo-se em bem público indispensável. Portanto, este é um serviço que não poderá ser interrompido, sem justificativa legal, pois seu caráter essencial lhe impõe um rigor mais apurado, em face do grave dano que pode vir a causar, caso não seja observado o Princípio

da Continuidade (MATTOS, 2001, p. 154). Assim, eventual falha por parte da concessionária na prestação do serviço, será a concessionária responsabilizada objetivamente, não havendo o Judiciário que se perquerir culpa acerca da conduta omissiva.

Assim, adotando-se ou não, o caráter consumerista da relação entre usuário e concessionária, o que se depreende é que no tocante especificamente ao serviço de energia elétrica, os riscos que decorrem da geração e transmissão da energia, atividades essas realizadas em vistas ao proveito da coletividade, ensejarão a responsabilização objetiva do Estado e de seus delegatários pelos danos por eles ocasionados, amparando-se para tanto, na Teoria do Risco Administrativo, já consagrada no sistema brasileiro.

4.3 O ESTADO ENQUANTO RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO OU SUBSIDIÁRIO FACE AOS SEUS ATOS OMISSIVOS

Como tratado em capítulo próprio, o Estado eximindo-se do seu dever de fiscalização das concessionárias de energia elétrica, responderá objetivamente pelos danos que desta conduta advierem, prescindindo-se de demonstração do mau funcionamento do serviço, havendo tão somente que se comprove o nexos causal entre a conduta omissiva estatal e o dano causado. No entanto, é quanto à natureza desta responsabilidade que surge na doutrina a controvérsia, se é uma responsabilidade solidária ou subsidiária.

Para Celso Antônio (2013, p. 1029), não há dúvida que em alusão ao art. 37, §6º da CF, consagrou-se a responsabilidade objetiva para os atos comissivos do Poder Público. No entanto, quando o dano decorrer de uma conduta omissiva estatal, situação na qual o Estado estava obrigado juridicamente a agir e eximiu-se desse dever, estará configurada a responsabilidade subjetiva pelo seu comportamento ilícito, ou seja, aquela que advém da negligência, imprudência ou imperícia, o que caracteriza a culpa da própria Administração.

Transmutando-se tal entendimento, para a situação de ser a concessionária a prestadora do serviço, respondendo, portanto, de forma objetiva e por sua conta e risco pelos danos causados, o Estado nesse sentido, só seria responsabilizado subsidiariamente, ou seja, caso, após demandada a concessionária, esta se encontrasse insolvente, ele arcaria com os prejuízos

decorrentes da concessão. Isso porque, o entendimento é que o concessionário, enquanto pessoa jurídica de Direito Privado, assume os riscos e sujeita-se aos percalços naturais da atividade econômica (MELLO, 2013, p. 774).

Nesse sentido, Celso Antônio (1982, p. 17) entende que esta insolvência ou decretação de falência do concessionário constitui “formal declaração de sua insuficiência para persistir desfrutando desta situação jurídica”, ou seja, configura a total perda de aptidão jurídica para responder perante os compromissos que assumira, bem como os decorrentes da concessão, frente aos usuários e terceiros. Inclusive, este foi o entendimento do STJ no julgamento do REsp nº 1.135.927/MG, no dia 10/08/2010, cujo Relator foi o Min. Castro Meira:

DIREITO ADMINISTRATIVO E CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO, RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO PODER CONCEDENTE. PRESCRIÇÃO. - O poder concedente responde subsidiariamente pelos danos causados por seus concessionários no exercício do serviço público, quando verificado que estes não possuem meios de reparar os prejuízos causados a terceiros. - A pretensão da vítima contra o Poder Público surge apenas com a verificação do estado de insolvência do concessionário, sendo esse o termo inicial de contagem do prazo prescricional de cinco anos previsto pelo Decreto n. 20.910/32 (e-STJ fl. 171).

Comunga deste mesmo entendimento, Maria Sylvia de Pietro (2006, p. 110), ressaltando que o dano se justifica apenas, se decorrente da própria prestação do serviço público concedido, pois os prejuízos de terceiros, que decorrem do comportamento da concessionária, mas que nenhuma relação tem com o serviço prestado, o poder concedente em nada arcará com seu próprio patrimônio.

No entanto, Yussef Cahali citado pela referida autora (PIETRO, p. 110), traz que a responsabilidade do Estado no caso de ato de concessionária pode ser solidária quando se estiver diante de uma omissão do poder concedente, no controle do serviço público concedido, na falha quando da escolha do concessionário ou ainda na falta de fiscalização acerca de como se estaria prestando o serviço à coletividade.

De outro lado, Gustavo Tepedino (2004, p. 212) discorda acerca do limite que sofreu o art. 37, §6º da CF pela doutrina, argumentando que não pode o intérprete do direito restringir algo que o legislador não restringiu, razão pela qual, a opção legislativa foi pela responsabilidade objetiva em relação aos atos comissivos e omissivos da Administração.

Assim, o referido autor (TEPEDINO, 2004, p. 216), sem desprezar argumentos contrários, considera ser solidária a responsabilidade do

Estado e da pessoa jurídica prestadora do serviço público, baseando-se no CDC, que traz no seu art. 3º que “fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira”, razão pela qual a responsabilidade decorreria da solidariedade entre os fornecedores. Tal entendimento se deve ao fato de constituir a prestação de serviços públicos uma relação de consumo, sendo o prejudicado pelos danos provocados pela Administração o próprio consumidor.

De todo modo, depreende-se que o Estado deve ser responsabilizado também, pois o usuário do serviço não poderá ficar sem reparação, já que se trata de serviço público, o qual mediante delegação não foi corretamente prestado. O Poder Público não pode eximir-se de tal responsabilidade, posto que, foi ele que colocou nas mãos da concessionária atividade exclusivamente pública e não procedeu à fiscalização necessária da mesma, razão pela qual deve arcar juntamente com esta pelos prejuízos decorrentes de sua má escolha e falta de cuidado com um serviço do qual ainda se mantém titular.

5 CONCLUSÃO

A responsabilidade civil é um instituto bastante amplo, tratado tanto no direito civil quanto no direito administrativo, tendo o seu objeto de estudo residindo na possibilidade de, aquele que causou o dano recompor a situação anterior do indivíduo, que sofreu determinado prejuízo pela prática ilícita de uma conduta, comissiva ou omissiva.

Nesse sentido, fica configurada a responsabilidade do Estado, que por ser pessoa jurídica e sujeito de deveres, também poderá responder pela prática de seus atos ou omissões que venham a causar danos a outrem justamente pelo fato de que ele age em nome de uma coletividade, logo, não por menos, não poderia deixá-la sem reparação, eximindo-se do seu dever de reparação.

Apesar deste ter sido o cenário que configurava à época dos estados absolutistas, numa evolução doutrinária e jurisprudencial, percebeu-se que o Estado, como detentor do Direito não poderia deixar de amparar àqueles que precisavam de um ressarcimento pelo que lhe fora causado. Foi então a partir do julgamento do caso da menina Agnes Blanco que começaram a surgir teorias que explicassem e dessem uma fundamentação mais concreta para a responsabilização estatal.

A par das teorias subjetivistas anteriores, a Teoria do Risco Administrativo, foi a que consagrou de fato, a responsabilidade objetiva do Estado, excluindo qualquer comprovação de culpa pela vítima para que fosse reparada, bastando tão somente o nexos, o liame causal entre o que foi praticado (ou omitido) e o dano decorrente desta prática. Assim, ficou consagrada na Constituição de 1988, no seu art. 37, §6º.

Dentre os elementos caracterizadores da responsabilidade civil, no âmbito administrativo, destaca-se o nexos de causalidade entre o ato (comissivo ou omissivo) e o dano. A omissão se configura por sua vez, quando o Estado tem o dever legal de agir e não age, quando é obrigado pela ordem jurídica à praticar certa conduta inerente à sua condição de detentor do direito e se mantém inerte.

Este ato omissivo juntamente com o dano que daí decorreu, desde que haja efetivo liame de causalidade, estará o Estado obrigado a indenizar a vítima, sem que se submeta à análise pelo magistrado se teve culpa ou não no ilícito

causado, posto que, de acordo com o art. 5º da CF, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Desse modo, não havendo o atendimento por parte do Poder Concedente da obrigação legal tratada na Lei de Concessões – Lei nº 8.987/95 – de que ele tem o dever de fiscalização das concessões e permissões realizadas no âmbito da Administração Pública, juntamente com a cooperação dos usuários, deverá reparar os danos sofridos pelos usuários.

Isso porque, às concessionárias apenas é delegada a prestação do serviço público, pois o Estado continua detentor da sua titularidade, delegando apenas a execução do serviço, em virtude de alguma ineficiência estatal naquele setor ou, como ocorre muitas vezes, em razão da conjuntura que se vive hoje no âmbito da privatização de certos serviços, em especial o de energia elétrica, o qual se faz importante para a economia do país por se constituir num setor que até hoje sofre muitos investimentos.

Em que pese as concessionárias tenham certa autonomia para execução dos serviços, elas ficam sujeitas aos princípios da Administração Pública, em especial, o Princípio da Continuidade, pois dele decorre a idéia de que o serviço deve ser prestado de forma eficiente e que não sofra interrupção, devendo portanto, ser adequado para que sejam atendidas as necessidades públicas.

Desse modo, a ANEEL enquanto autarquia atuando no setor elétrico, vai delegar as atividades de geração, transmissão e distribuição da energia elétrica, segmentação esta que decorreu da necessidade de desverticalização do setor elétrico que surgiu, ou seja, desconcentrar das mãos de uma única empresa todos esses segmentos setoriais, fazendo com que outras particulares pudessem prestar o serviço, reestruturando todo o setor e fazendo surgir mudanças no regime econômico e financeiro brasileiro.

Ocorre que, enquanto autarquia especial, a ANEEL atuando como Poder Concedente do serviço de energia elétrica, em que pese não esteja diretamente vinculada à prestação do serviço, estando o particular à frente do desempenho dessa função, é direito do usuário ter um sistema fiscalizatório eficiente, que funcione verdadeiramente protegendo-o de qualquer lesão ao seu patrimônio, pois caso contrário de nada valeria a lei que resguarda esse direito.

Isso porque, a desestatização que ocorreu no setor elétrico, não representa na prática um abandono pelo Poder Público de um serviço que a

Constituição o estabeleceu como seu para ser prestado, mas apenas uma delegação da execução, face àquilo que o Estado se mostra ineficiente nas suas atividades, possibilitando assim, um melhor atendimento às necessidades públicas e a fruição do serviço de forma mais adequada.

Sendo assim, não é razoável que a Administração Pública, de modo especial, a ANEEL, não seja responsabilizada diretamente pelas falhas no seu dever fiscalizar e controlar a prestação do serviço concedido, pois isso seria afirmar que não só as atividades de fiscalização, como também as de regulamentação e controle, se constituem em mera faculdade da referida autarquia e não em uma obrigação imposta por lei.

Desse modo, em razão também do papel que o setor elétrico desempenha na sociedade e na ordem econômica, o qual vem crescendo a cada ano, verifica-se que a responsabilidade do Estado face às concessionárias que prestam este serviço, seja no segmento de geração, transmissão ou distribuição, não deve ser diferente de uma responsabilidade objetiva e solidária, já que possibilitando a aferição de culpa ou permitindo que somente após longo processo de prova da insolvência da concessionária o Poder Público seja acionado, isso favoreceria uma desídia do Poder Público e se estaria premiando uma negligência estatal, o que por si só já se mostra contrário ao Direito e aos princípios nos quais se invoca ser o interesse público primordial.