



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO**

**FILIPPE JOSÉ DA ROCHA PASSOS SOBRAL**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS POR OMISSÃO:  
UM ESTUDO À LUZ DA AUTONOMIA DECISÓRIA E DA DISCRICIONARIEDADE  
TÉCNICA**

**FORTALEZA**

**2025**

FILIPPE JOSÉ DA ROCHA PASSOS SOBRAL

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS POR OMISSÃO:  
UM ESTUDO À LUZ DA AUTONOMIA DECISÓRIA E DA DISCRICIONARIEDADE  
TÉCNICA

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Regnoberto Marques de Melo Júnior.

FORTALEZA

2025

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Sistema de Bibliotecas

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

---

- S66r Sobral, Filipe José da Rocha Passos.  
Responsabilidade civil das agências reguladoras por omissão : um estudo à luz da autonomia decisória e da discricionariedade técnica / Filipe José da Rocha Passos Sobral. – 2026.  
67 f.
- Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2026.  
Orientação: Prof. Dr. Regnoberto Marques de Melo Júnior.
1. Responsabilidade Civil. 2. Agências Reguladoras. 3. Omissão. 4. Discricionariedade. I. Título.

FILIPE JOSÉ DA ROCHA PASSOS SOBRAL

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS POR OMISSÃO:  
UM ESTUDO À LUZ DA AUTONOMIA DECISÓRIA E DA DISCRICIONARIEDADE  
TÉCNICA

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em: 08/01/2026

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Regnoberto Marques de Melo Júnior (Orientador)

Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Me. Carlos Roberto Cals de Melo Neto

Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Dra. Débora Barreto Santana de Andrade

Externo

FORTALEZA

2025

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, Augusto e Alyne, e aos meu irmãos Augusto e Natália, por todo o amor, compreensão, suporte e apoio incondicional que sempre me ofereceram.

Ao meu orientador, Prof. Regnoberto Marques de Melo Júnior, por se disponibilizar para oferecer toda a orientação e o suporte necessários para a elaboração deste trabalho.

À Faculdade Federal de Direito do Ceará e todo seu corpo docente, especialmente aos professores que tive a oportunidade de ter aulas primorosas, que muito me inspiram.

Às amigas que construí ao longo da minha jornada na Universidade Federal do Ceará enquanto cursava o curso de Direito, em especial aos colegas Marcus Vinicius, Andressa Sampaio, Levi Albuquerque, Leonardo Pacheco, Carolina Vasconcelos, Eugênio Sindeaux, Rebeca Fonteles, entre outros, com quem tive a honra de compartilhar diversos momentos e que, com certeza, tornaram essa jornada mais leve.

Aos colegas Marcus Vinicius, Rubens Falcão, Iago Rolim, Lara Lessa, Louise de Castro, Andressa Sampaio, Renan Sá, Larissa Leôncio, com quem tive a honra de conquistar o título de campeão da V Olimpíada Nacional de Direito Administrativo, representando a Universidade Federal do Ceará.

## RESUMO

O presente trabalho examina a responsabilidade civil por omissão das agências reguladoras, considerando a predominância da discricionariedade técnica que caracteriza sua atuação no contexto do Estado regulador. Parte-se do estudo geral da responsabilidade civil do Estado, com ênfase na distinção entre omissão genérica e específica, para identificar como essa diferenciação possui relevância para o regime aplicável. Em seguida, analisa-se o regime jurídico das agências reguladoras, com foco na discricionariedade e autonomia reforçada de sua atuação, bem como os limites do controle judicial sobre suas escolhas regulatórias. A problemática central do presente estudo reside no necessário equilíbrio entre a preservação da autonomia técnico-regulatória necessária ao desempenho eficiente da atividade reguladora moderna com a exigência constitucional de responsabilização civil do Estado, especialmente no que tange aos atos omissivos. A pesquisa, de natureza qualitativa, baseou-se, essencialmente, na revisão bibliográfica, no estudo de julgados, na análise de legislações e no estudo de direito comparado. Conclui-se, ao final, que a responsabilidade civil das entidades reguladoras deve ser modulada conforme o grau de discricionariedade do dever omitido: quando inexistir margem de escolha, aplica-se a responsabilidade objetiva; quando a decisão estiver inserida em espaço legítimo de discricionariedade técnica, a responsabilidade deve assumir natureza subjetiva. Assim, o estudo propõe um critério de equilíbrio entre a proteção da autonomia regulatória e a garantia dos direitos dos particulares.

**Palavras-chave:** responsabilidade civil, agências reguladoras, discricionariedade, omissão.

## **ABSTRACT**

This paper examines the civil liability for omission of regulatory agencies, considering the predominance of technical discretion that characterizes their actions in the context of the regulatory state. It begins with a general study of the civil liability of the state, emphasizing the distinction between generic and specific omission, to identify how this differentiation is relevant to the applicable regime. Next, it analyzes the legal regime of regulatory agencies, focusing on the discretion and enhanced autonomy of their actions, as well as the limits of judicial control over their regulatory choices. The central problem addressed in this study lies in the necessary balance between preserving the technical and regulatory autonomy required for the efficient performance of modern regulatory activity and the constitutional requirement for the State's civil liability, especially with regard to acts of omission. The research, which is qualitative in nature, was based essentially on a review of the literature, the study of court decisions, the analysis of legislation and the study of comparative law. It concludes that the civil liability of regulatory entities should be modulated according to the degree of discretion of the omitted duty: when there is no margin for choice, strict liability applies; when the decision falls within the legitimate scope of technical discretion, liability should be subjective in nature. Thus, the study proposes a criterion of balance between the protection of regulatory autonomy and the guarantee of individual rights.

**Keywords:** civil liability, regulatory agencies, discretion, omission.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
AIR	Análise de Impacto Regulatório
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
ARR	Avaliação de Resultado Regulatório
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CF	Constituição Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>1 A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO.....</b>	<b>13</b>
1.1 As fases históricas da responsabilização civil do Estado.....	14
1.2 As teorias que regem a responsabilidade civil do Estado.....	17
1.3 A responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico brasileiro.....	19
1.4 Fundamentos acerca da responsabilidade civil extracontratual do Estado.....	22
1.5 A responsabilidade civil do Estado por atos omissivos.....	26
<b>2 AS AGÊNCIAS REGULADORAS E O ESTADO REGULADOR BRASILEIRO.....</b>	<b>30</b>
2.1 Origem e criação das agências reguladoras no Brasil.....	31
2.2 Regime jurídico das agências reguladoras e sua autonomia técnica.....	34
2.3 A discricionariedade técnica das agências reguladoras.....	37
2.4 A atuação das agências reguladoras e suas funções.....	39
2.5 Controle das agências reguladoras e deferência judicial.....	42
<b>3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS POR OMISSÃO À LUZ DA DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA.....</b>	<b>46</b>
3.1 A omissão administrativa regulatória como fator de responsabilização civil.....	47
3.2 A responsabilidade civil das agências reguladoras por atos omissivos à luz da sua discricionariedade técnica.....	49
3.3 Uma análise da “discretionary function exception” no direito comparado norte-americano.....	51
3.4 A graduação da responsabilidade conforme o grau de discricionariedade.....	54
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>61</b>

## INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, o modelo de atuação estatal no Brasil passou por profundas transformações, sobretudo no que se refere à reorganização das funções administrativas e ao modo como Estado intervém em setores estratégicos na economia, em um nítido fenômeno de “desestatização”.

O Estado Regulador, marcado pela redefinição do papel estatal na economia, com a transição de um modelo tradicional de intervenção direta para uma atuação predominante regulatória, voltada à fiscalização, supervisão e controle das atividades econômicas desempenhadas por agentes privados, surgiu como resposta à complexidade dos mercados modernos e à necessidade de assegurar que a lógica concorrencial, o equilíbrio econômico e a proteção dos usuários e consumidores fossem protegidos.

Tornou-se evidente, nesse contexto, que a realização dessa atividade regulatória exigia estruturas dotadas de elevada capacidade técnica, estabilidade decisória e autonomia reforçada, capazes de atuar com independência frente a pressões políticas. Foi justamente diante dessa demanda que emergiram as agências reguladoras, enquanto entidades da Administração Pública indireta concebidas para exercer, de forma profissionalizada e técnica, a função regulatória do Estado, com vistas à realização dos interesses da coletividade e à promoção de um ambiente econômico seguro, eficiente e equilibrado.

Nesse ambiente, em que as escolhas regulatórias pressupõem conhecimentos específicos, prognoses complexas e avaliações técnicas multifatoriais, coloca-se uma questão de grande sensibilidade: quais são os limites da responsabilidade civil dessas entidades quando optam por não agir?

O fato é que, embora dotadas de autonomia reforçada, as agências reguladoras são entidades estatais incumbidas do poder-dever de proteger interesses públicos essenciais, notadamente através da defesa dos consumidores, a proteção do equilíbrio concorrencial e da garantia da prestação adequada de serviços públicos. Assim, diante de danos sofridos por particulares que efetivamente poderiam ter sido evitados por uma atuação diligente da entidade reguladora, surge o desafio de definir quando essa abstenção pode ser juridicamente censurada e, sobretudo, qual regime de responsabilidade civil deve incidir: objetiva ou subjetiva?

A principal problemática reside no fato de que, frequentemente, as decisões realizadas na atividade regulatória envolvem discricionariedade técnica, isto é, um campo de liberdade decisória no qual a agência, diante de sua expertise técnica, pondera critérios econômicos, sociais, científicos, entre outros, para determinar qual a resposta regulatória mais pertinente. Surge daí, a problemática central do presente estudo: como compatibilizar a preservação da autonomia técnico-regulatória necessária ao desempenho eficiente da atividade reguladora moderna com a exigência constitucional de responsabilização civil do Estado, especialmente no que tange aos atos omissivos?

A pertinência do tema justifica-se, portanto, pelo crescente embate entre a necessidade de se controlar o desempenho das atividades reguladoras e a necessidade de se garantir um espaço de autonomia técnica reforçada das decisões dos entes reguladores. Fato é que a ausência de parâmetros claros pode gerar, de um lado, o risco de inibição regulatória, comprometendo a atuação eficiente das instituições reguladoras; de outro, pode fragilizar a tutela dos direitos dos particulares eventualmente lesados por omissões antijurídicas dessas entidades.

O objetivo geral do trabalho consiste, justamente, em examinar como deve ser estruturado o regime de responsabilidade civil das agências reguladoras por atos omissivos, levando em conta a predominância da discricionariedade técnica que marca sua atuação. A partir desse exame, como será exposto, sustenta-se a tese de que a responsabilidade deve variar conforme a natureza do dever jurídico omitido: em se tratando de uma omissão decorrente de atos vinculados ou daqueles cujo espaço de discricionariedade é reduzido a zero, deve prevalecer a lógica da responsabilidade objetiva; por outro lado, em se tratando de uma omissão decorrente de decisões eminentemente discricionárias, a responsabilidade deve assumir contornos subjetivos, exigindo a comprovação de culpa, apta a configurar uma omissão antijurídica da entidade reguladora.

Por sua vez, os objetivos específicos do estudo foram delineados precisamente para construir a base conceitual necessária à delimitação da tese proposta, permitindo uma compreensão sólida e estruturada dos elementos que compõem o problema investigado.

Inicialmente, buscou-se examinar, notadamente no primeiro capítulo do estudo, a responsabilidade civil do Estado de maneira geral, identificando seus

fundamentos, as teorias que a regem no ordenamento jurídico brasileiro e, especialmente, o tratamento conferido às omissões estatais.

Em seguida, passou-se à análise, no segundo capítulo, do regime jurídico das agências reguladoras, destacando suas características institucionais, sua autonomia reforçada e o papel estratégico que desempenham no contexto do Estado Regulador, além de investigar, justamente em decorrência da predominante discricionariedade técnica que permeia sua atuação, como ocorre o controle jurisdicional exercido sobre as atividades desempenhadas por essas instituições.

Por fim, proceder-se-á, no terceiro e último capítulo, à análise da estruturação da responsabilidade civil por omissão das agências reguladoras, com especial atenção às especificidades decorrentes do seu regime jurídico próprio, buscando, assim, compreender de que modo essas particularidades institucionais influenciam a conformação do dever de agir, bem como qual influência exercem sobre o processo de responsabilização civil das entidades reguladoras.

A metodologia adotada no estudo é de natureza qualitativa, estruturada a partir da revisão bibliográfica de obras doutrinárias, artigos acadêmicos, monografias, dissertações e teses que retratam a responsabilidade civil do Estado e o estudo das agências reguladoras. Paralelamente, realizou-se uma revisão sistemática de julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, permitindo identificar a evolução interpretativa acerca da responsabilidade por omissão e do controle judicial sobre escolhas regulatórias. De maneira complementar, o estudo ainda incorporou, dentro da metodologia, um estudo de direito comparado, examinando como ordenamento jurídico norte-americano disciplina a chamada "*discretionary function exception*" para distinguir decisões que merecem proteção institucional daquelas que podem ensejar responsabilização do Estado.

Desse modo, este trabalho possui o escopo de contribuir para a compreensão dos contornos da responsabilidade civil das agências reguladoras por atos omissivos, tema este ainda nebuloso no ordenamento jurídico brasileiro, propondo um modelo de equilíbrio entre a lógica de autonomia reforçada própria do sistema regulador moderno e a necessidade de proteção dos direitos dos particulares eventualmente lesados por omissões estatais.

## 1 A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

Com efeito, a responsabilidade civil ocupa papel central no sistema jurídico contemporâneo, representando um dos principais instrumentos de reparação e equilíbrio social diante da ocorrência de danos injustamente causados a alguém. De maneira geral, pode-se conceituar a responsabilização civil como o dever jurídico imposto a uma pessoa física ou jurídica de reparar o dano causado a outrem, decorrente de uma conduta comissiva ou omissiva (WILLEMANN, 2020, p. 34).

Nesse sentido, o fundamento da responsabilidade civil repousa na ideia de recomposição do equilíbrio violado. A partir do momento em que uma pessoa sofre um dano injusto, surge para o causador desse dano a obrigação de indenizar, buscando restabelecer, tanto quanto possível, o estado anterior à lesão causada

Cabe destacar, neste ponto, que a responsabilidade civil pode-se originar de uma relação contratual, azo em que o fundamento da obrigação de indenizar reside na violação de uma obrigação jurídica decorrente do contrato; como também de uma relação extracontratual, esta hipótese denominada pela doutrina clássica como “responsabilidade civil aquiliana”, a qual terá fundamento na violação de um dever geral de não lesar outrem. Assim, enquanto a responsabilidade contratual pressupõe o descumprimento de uma cláusula de um contrato, a extracontratual funda-se na prática de um ato ilícito causador de dano a terceiro, sem que entre as partes haja vínculo obrigacional anterior (CARVALHO FILHO, 2023, p. 1.101).

No âmbito do direito privado, que rege as relações existentes entre particulares em situação de igualdade jurídica, a responsabilidade civil tem como base a culpa do sujeito, conforme consagrado nos arts. 186 e 927 do Código Civil, segundo os quais aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, comete ato ilícito e fica obrigado a repará-lo. Trata-se, portanto, de uma responsabilidade de natureza subjetiva, exigindo-se a demonstração do elemento culpa em relação ao sujeito causador do dano.

Entretanto, quando se trata da responsabilidade civil do Estado, a lógica sofre importante modificação. A Constituição Federal, em seu art. 37, § 6º, estabelece a regra da responsabilização objetiva estatal por danos causados pelos seus agentes que estejam atuando no exercício de suas funções. Essa prescrição constitucional confere à responsabilidade estatal uma natureza pública, distinta da

responsabilidade civil comum, que é essencialmente privada e regida pelo direito civil.

Logo, no direito público, que regula as relações verticais entre o Estado e os particulares, a responsabilização estatal cumpre um objetivo mais amplo, qual seja o de garantir a proteção dos administrados frente aos danos causados pela Administração Pública, razão pela qual impõe-se a responsabilidade de natureza objetiva, independente da comprovação de culpa dos agentes estatais.

Nesse contexto, a responsabilidade civil extracontratual do Estado emerge como um importante instrumento de controle e limitação do poder público, assegurando ao administrado o direito à reparação dos danos injustamente sofridos em decorrência da atuação estatal.

### **1.1 As fases históricas da responsabilização civil do Estado**

O regime jurídico da responsabilização estatal, contudo, não surgiu como o modelo objetivo consagrado atualmente no Brasil pela Constituição Federal de 1988.

Na verdade, a forma como o Estado responde por danos causados pelos seus agentes passou por um longo processo de transformação ao longo da história, marcado pela transição de uma fase de irresponsabilidade absoluta, típica das monarquias absolutistas, até a consolidação das modernas teorias da culpa administrativa e do risco administrativo, que fundamentam o dever de indenizar independentemente de culpa do agente público causador do dano (DI PIETRO, 2022, p. 1.871).

Inicialmente, o regime jurídico de responsabilização estatal caracterizou-se pela fase da irresponsabilidade absoluta do soberano, dominante nos regimes absolutistas do Antigo Regime, em que a figura do monarca situava-se acima das leis.

Nessa época, o Estado era identificado com a figura do soberano, considerado infalível e dotado de autoridade suprema perante seus súditos. Assim, a conduta do governante, enquanto manifestação da soberania estatal, não poderia ser juridicamente responsabilizada. É nesse contexto que surgiu a máxima do “*the king can do no wrong*”, expressando a ideia de que o rei não podia errar e, portanto,

não estaria submetido à qualquer tipo de responsabilização por seus atos (MAZZA, 2022, p. 737).

Ocorre que, com o advento do constitucionalismo e a consolidação do Estado de Direito, que estabeleceram a própria submissão do poder público às leis e às Constituições, essa concepção de irresponsabilidade estatal começou a ser gradativamente deixada de lado, dando ensejo ao surgimento das chamadas teorias civilistas, notadamente durante o século XIX, as quais marcaram a origem de um regime jurídico de responsabilização do Estado pelos prejuízos que causava aos administrados.

O constitucionalismo, enquanto movimento político-filosófico pautado no ideal de liberdade humana, na limitação do poder político e na proteção dos direitos individuais, rompeu com a lógica absolutista que colocava o soberano acima do direito, substituindo-a por uma concepção segundo a qual o exercício do poder deveria estar submetido a normas jurídicas previamente estabelecidas (DOS SANTOS, 2022, p. 105).

A afirmação da supremacia da Constituição, da separação de poderes e da legalidade como princípios estruturantes do Estado implicou o reconhecimento de que o poder público não poderia atuar de forma arbitrária ou imune a controles, sob pena de violar os direitos fundamentais dos indivíduos. Nesse cenário, a responsabilização do Estado por danos causados a particulares surgia como consequência lógica da submissão do poder à ordem jurídica.

Nesse período, portanto, o Estado passou a ser visto como sujeito de direitos e obrigações, passível de responder pelos danos que causasse, mas sob o mesmo regime jurídico aplicável às relações privadas.

A responsabilidade estatal, dessa forma, era construída à luz dos princípios do Direito Civil, especialmente a partir da noção de culpa, enquanto elemento subjetivo necessário ao surgimento do dever de indenizar, contexto que marcou o surgimento da então conhecida “teoria da culpa civil”.

Culpa, nesse contexto, traduz-se na violação de um dever jurídico de conduta, consubstanciada na inobservância do padrão objetivo de diligência, seja através de uma conduta dolosa, leia-se, intencional, seja através de uma conduta culposa em sentido estrito, isto é, através de um comportamento negligente, imprudente ou imperito (PEREIRA, 2018, p. 54).

De acordo com essa concepção, o Estado responderia pelos danos causados por seus agentes no exercício de suas funções, desde que comprovada a culpa individual do agente público.

Ao final do século XIX e durante o começo do século XX, iniciou-se uma nova etapa no desenvolvimento da responsabilidade civil do Estado, com a transição para as teorias publicistas, que passaram a reconhecer a necessidade de um regime jurídico próprio, distinto do direito civil, muito devido à jurisprudência administrativa francesa.

Isso se dá, notadamente, a partir da jurisprudência do Conselho de Estado francês e do emblemático caso *Blanco* (1873), que afirmou a autonomia do regime jurídico da responsabilidade estatal em relação ao Código Civil, como bem sintetiza a professora Di Pietro:

O primeiro passo no sentido da elaboração de teorias de responsabilidade do Estado segundo princípios do direito público foi dado pela jurisprudência francesa, com o famoso caso *Blanco*, ocorrido em 1873: a menina Agnès Blanco, ao atravessar uma rua da cidade de Bordeaux, foi colhida por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo; seu pai promoveu ação civil de indenização, com base no princípio de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência de ação danosa de seus agentes. Suscitado conflito de atribuições entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo, o Tribunal de Conflitos decidiu que a controvérsia deveria ser solucionada pelo tribunal administrativo, porque se tratava de apreciar a responsabilidade decorrente de funcionamento do serviço público. Entendeu-se que a responsabilidade do Estado não pode reger-se pelos princípios do Código Civil, porque se sujeita a regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados. (DI PIETRO, 2022, p. 1.876).

Nesse novo marco, a responsabilidade do Estado passa a ser compreendida à luz das necessidades do serviço público e dos princípios do direito público, próprios do Estado social. Inicialmente, desenvolve-se a teoria da culpa do serviço, que desloca o foco da culpa individual do agente para o mau funcionamento do serviço público, seja por omissão, atraso ou funcionamento defeituoso.

Nesse contexto, consolidou-se a compreensão de que o Estado, ao dirigir suas atividades em prol do interesse coletivo, submete-se a um regime jurídico próprio, baseado em princípios do direito público. Com esse novo cenário, criou-se um ambiente propício ao surgimento das modernas teorias da culpa administrativa e teorias do risco, que delinearam o caminho para o atual modelo de responsabilidade objetiva do Estado.

Essa evolução marca a transição definitiva de uma lógica liberal, centrada na culpa subjetiva, para uma concepção publicista, na qual a responsabilidade civil do Estado se vincula à proteção do administrado e à repartição social dos ônus decorrentes da atuação estatal, afirmando a maturidade dogmática e a autonomia do direito administrativo.

## 1.2 As teorias que regem a responsabilidade civil do Estado

A partir da desvinculação da culpa individual do agente público, passou-se a adotar, em um primeiro momento, o regime da culpa administrativa, também denominado pela doutrina jurídica francesa de “*faute du service*”. Essa moderna teoria representou importante avanço ao reconhecer que o dever de indenizar não dependia da identificação de culpa pessoal do agente estatal, mas sim da constatação de uma falha impessoal atribuída à própria atividade administrativa (MAZZA, 2022, p. 741).

Assim, o Estado passou a responder pelos danos decorrentes de sua atuação ou omissão, bastando ao particular que comprovasse uma “culpa anônima do serviço”, caracterizada pela má prestação ou pelo funcionamento deficiente, insuficiente ou tardio, de um serviço público. Esse modelo marcou a transição entre a responsabilidade subjetiva e a objetiva, ao adaptar a visão civilista de responsabilização do estado a uma realidade própria da Administração Pública.

Contudo, é somente com a consolidação das teorias publicistas do risco que se pode falar em um modelo de responsabilização objetiva propriamente dita, qual seja aquela que independe da demonstração de qualquer elemento subjetivo. Foram com tais teorias que se operou a ruptura definitiva com a noção clássica de responsabilidade estatal fundada na culpa. Nesse contexto discorre Alexandre Mazza que:

Mais apropriada à realidade do Direito Administrativo, a teoria objetiva, também chamada de teoria da responsabilidade sem culpa ou teoria publicista, afasta a necessidade de comprovação de culpa ou dolo do agente público e fundamenta o dever de indenizar na noção de RISCO ADMINISTRATIVO (art. 927, parágrafo único, do Código Civil). Quem presta um serviço público assume o risco dos prejuízos que eventualmente causar, independentemente da existência de culpa ou dolo. Assim, a responsabilidade prescinde de qualquer investigação quanto ao elemento subjetivo. (MAZZA, 2023, p. 155)

Desse modo, tais teorias fundamentam-se, em grande medida, na noção de solidariedade que permeia o constitucionalismo social moderno, estabelecendo a premissa de que, assim como a atuação estatal é orientada em gerar benefícios de maneira igualitária entre todos os membros da coletividade, os prejuízos e danos eventualmente causados em razão dessa atuação também o devem ser igualmente repartidos.

O Estado passa, por assim dizer, a responder pelos riscos inerentes à execução das atividades administrativas, sendo desnecessária a demonstração de culpa para que esteja configurado o dever de indenizar. Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2022, p. 1876) expõe que “é chamada teoria da responsabilidade objetiva, precisamente por prescindir da apreciação dos elementos subjetivos (culpa ou dolo); é também chamada teoria do risco, porque parte da ideia de que a atuação estatal envolve um risco de dano, que lhe é inerente.”

Há de se destacar, neste ponto, que os doutrinadores do direito administrativo distinguem as variantes da teoria do risco em duas, conforme a possibilidade ou não de haver exclusão da responsabilidade por determinadas causas. A distinção clássica é feita entre a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral.

A primeira admite, em tese, causas excludentes de responsabilidade, como a culpa da vítima, culpa de terceiro ou força maior, preservando, portanto, um espaço de elisão ou de mitigação da responsabilidade estatal. A segunda, por sua vez, configura um modelo mais radical, pendendo para a noção de uma responsabilidade incondicionada do Estado, uma vez que não admite qualquer possibilidade de exclusão da obrigação de indenizar (CARVALHO FILHO, 2023, p. 1.108).

Percebe-se, portanto, que a teoria do risco integral representa uma vertente extremada da responsabilidade objetiva do Estado, partindo da concepção de que a Administração Pública deve responder por todo e qualquer dano suportado pelos administrados em decorrência de sua atuação, de modo que o Estado figuraria como uma espécie de segurador universal da coletividade.

Por sua rigidez, essa vertente é rejeitada pela maioria da doutrina e pela jurisprudência brasileira, sendo admitida apenas de forma excepcional, em hipóteses específicas trazidas na legislação ou até mesmo por entendimentos jurisprudenciais.

### **1.3 A responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico brasileiro**

Dessa forma, a teoria do risco administrativo é a que prevalece atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, constituindo a base do regime de responsabilidade objetiva do Estado.

A Constituição Federal de 1988, ao consolidar os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, dispensou um tratamento expresso à responsabilidade civil estatal, fixando o regime de responsabilidade objetiva, em seu artigo 37, § 6º, ao dispor que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (BRASIL, 1988, p. 27)

Essa sistemática é reforçada no Código Civil Brasileiro de 2002, conforme previsão do artigo 43, o qual estabelece que as pessoas jurídicas de direito público interno são responsáveis pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, ressalvado o direito de regresso contra o causador do dano nos casos de dolo ou culpa (BRASIL, 2002, p. 05).

Importante destacar, portanto, que o dispositivo constitucional supracitado estabelece duas categorias de entes sujeitos à responsabilização objetiva, quais sejam as pessoas jurídicas de direito público, como os entes federativos e suas autarquias e fundações públicas; e as pessoas jurídicas de direito privado que atuam na prestação de serviços públicos, como concessionárias, permissionárias e empresas públicas ou sociedades de economia mista (CARVALHO, 2023, p. 373).

Por sua vez, os referidos dispositivos convergem para a demarcação de um duplo regime de responsabilização: de um lado, a responsabilidade objetiva do Estado perante os particulares, fundada na teoria do risco administrativo, que estabelece a premissa de que o Estado responde objetivamente pelos atos de seus agentes que, agindo nessa qualidade, causem danos aos administrados, bastando a comprovação de nexo causal entre a conduta do agente público e o prejuízo suportado pelo particular; de outro, a responsabilidade subjetiva do funcionário público causador do dano perante o ente estatal, que somente será configurada pela existência de dolo ou culpa, a ser determinada em eventual ação de regresso promovida pelo Estado (PEREIRA, 2018, p. 170).

Em prescindindo-se da demonstração de culpa ou dolo, a responsabilidade objetiva do Estado, portanto, é configurada a partir da presença de somente três pressupostos essenciais, quais sejam a conduta do agente público, o dano suportado pelo particular e o nexo causalidade entre ambos.

A conduta deve ser praticada por um funcionário de uma pessoa jurídica de direito público ou de uma pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, que esteja agindo nessa qualidade, ou seja, atuando no exercício regular de suas funções ou em razão delas. O dano, por sua vez, é a lesão efetiva provocada sobre um direito do particular, podendo ser de cunho patrimonial ou moral. Já o nexo de causalidade é o vínculo entre uma causa e um resultado, ou seja, é justamente o elo que conecta a atuação estatal ao dano sofrido pela vítima (CARVALHO, 2023, p. 375-377).

Assim, uma vez demonstrada a existência de uma conduta imputável à Administração Pública, de um dano concreto causado a um particular e da existência de nexo de causalidade entre ambos, configura-se o dever jurídico de reparação por parte do Estado.

Impende assinalar, neste ponto, que a responsabilidade civil do Estado, embora objetiva, não é absoluta, podendo ser excluída a partir de hipóteses que rompem o nexo causal entre a conduta estatal e o dano sofrido pelo particular. Essas hipóteses são conhecidas como causas excludentes da responsabilidade estatal, pois demonstram que o prejuízo não decorreu da atuação da Administração Pública, mas de fatores alheios a ela, razão pela qual inviabilizam a imputação de responsabilidade ao Estado, que não possuirá qualquer obrigação de indenizar o prejuízo sofrido pelo administrado (CARVALHO, 2023, p. 383).

Entre tais causas, destacam-se: a culpa exclusiva da vítima, quando o próprio lesado dá causa direta ao dano; o caso fortuito e a força maior, caracterizados por eventos inevitáveis e imprevisíveis que impedem a atuação do Estado ou tornam impossível evitar o resultado lesivo; e o fato exclusivo de terceiro, quando uma pessoa estranha à relação entre o Estado e o administrado é a única responsável pelo dano. Nesses casos, por não subsistir o nexo de causalidade, afasta-se o dever estatal de indenizar, reafirmando o caráter equitativo e racional da teoria do risco administrativo (DI PIETRO, 2022, p. 1.886).

A primeira causa de exclusão da responsabilidade é a culpa exclusiva da vítima, situação em que o prejuízo é resultado unicamente de um comportamento

imprudente, negligente ou imperito da própria vítima, não havendo qualquer contribuição da atuação estatal para o evento danoso. Assim, como o dano decorre exclusivamente da conduta do particular, não se pode imputar ao Estado o dever de indenizar, pois não há liame causal entre a ação administrativa e o resultado lesivo. A título de exemplificação, imagine uma situação em que um agente público, no exercício regular de suas funções, dirige uma viatura em velocidade compatível com a via, observando devidamente todas as regras de trânsito, quando uma pessoa atravessa repentinamente a rua fora da faixa de pedestres, de forma imprudente, vindo a ser atropelada. Nesse caso, o evento danoso é integralmente imputável à vítima, não havendo que se falar em responsabilidade do ente estatal, em razão da ausência de nexo de causalidade.

Outro evento que exclui a responsabilidade objetiva é o fato exclusivo de terceiro, o qual, de forma semelhante ao que ocorre com a culpa exclusiva da vítima, rompe o nexo de causalidade entre a conduta estatal e o dano sofrido pela vítima, por ter o dano resultado exclusivamente da atuação de um terceiro, estranho à relação entre a pessoa jurídica pública, ou privada prestadora de serviço público. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem, inclusive, se baseado nesse entendimento para afastar a responsabilidade de concessionária prestadora de serviço de transporte público por atos libidinosos praticados por usuário do serviço contra passageira, justamente por afastar o nexo de causalidade, conforme a ementa colacionada a seguir:

RECURSO ESPECIAL - DIREITO CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ATO LIBIDINOSO PRATICADO CONTRA PASSAGEIRA NO INTERIOR DE UMA COMPOSIÇÃO DE TREM DO METRÔ PAULISTA - AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA TRANSPORTADORA - FATO EXCLUSIVO DE TERCEIRO E ESTRANHO AO CONTRATO DE TRANSPORTE - PRECEDENTES DO STJ. INCONFORMISMO DA AUTORA. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, não há responsabilidade da empresa de transporte coletivo em caso de ilícito alheio e estranho à atividade de transporte, pois o evento é considerado caso fortuito ou força maior, excluindo-se, portanto, a responsabilidade da empresa transportadora. Precedentes do STJ. 2. Não pode haver diferenciação quanto ao tratamento da questão apenas à luz da natureza dos delitos. 3. Na hipótese, sequer é possível imputar à transportadora eventual negligência pois, como restou consignado pela instância ordinária, o autor do ilícito foi identificado e detido pela equipe de segurança da concessionária de transporte coletivo, tendo sido, inclusive, conduzido à Delegacia de Polícia, estando apto, portanto, a responder pelos seus atos penal e civilmente. 4. Recurso especial desprovido. (STJ, REsp 1748295/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 13/02/2019)

Por último, mas não menos importante, situam-se, entre as causas excludentes de responsabilidade, os eventos excepcionais, imprevisíveis e inevitáveis, que escapam completamente ao controle humano e à esfera de atuação da Administração Pública, notadamente o caso fortuito e a força maior. A despeito da celeuma doutrinária acerca da distinção entre tais institutos, considera-se que tal debate não assume relevância para os fins do presente estudo. O que realmente importa é o efeito jurídico que ambos produzem, consistente na exclusão da responsabilidade civil do Estado. A exemplo de eventos que se enquadram dentro destas hipóteses de exclusão da responsabilidade estatal, pode-se citar enchentes de proporções atípicas, terremotos e greves gerais ou inesperadas, acontecimentos estes que rompem o liame causal entre a ação administrativa e o dano suportado pelo administrado (DI PIETRO, 2022, p. 1.886-1.887).

Verifica-se, assim, que a responsabilidade civil do Estado, no ordenamento jurídico brasileiro, consolidou-se no modelo objetivo, sob a égide da teoria do risco administrativo. Fato é que este modelo consagra um equilíbrio fundamental entre a proteção dos administrados contra condutas estatais e a preservação do erário público. Ao dispensar a comprovação de culpa, a sistemática adotada no ordenamento jurídico brasileiro permite uma maior efetividade na reparação dos prejuízos sofridos pelos cidadãos em decorrência da atividade administrativa. Por outro lado, a teoria do risco administrativo, ao admitir hipóteses que mitiguem ou excluam a responsabilidade, impede que o Estado seja transformado em uma espécie de indenizador universal, assegurando que somente os danos que efetivamente decorram de condutas dos seus agentes lhes sejam imputados.

Faz-se mister, desta feita, realizar uma pormenorizada análise dos fundamentos que legitimam e orientam a responsabilização do Estado.

#### **1.4 Fundamentos acerca da responsabilidade civil extracontratual do Estado**

Com efeito, a já comentada transição entre a fase de irresponsabilidade absoluta para os modelos subjetivistas de responsabilidade civil estatal expressaram uma profunda transformação na própria concepção do Estado e de sua relação com seus administrados. Com o declínio do absolutismo e a consolidação do Estado de

Direito, emergiu uma forte corrente de pensamento legalista, fundada na submissão do poder público às leis e à Constituição.

O Estado deixou de ser concebido como uma entidade soberana e infalível, para tornar-se um ente de poder limitado, cuja legitimidade se sustentava na proteção da liberdade individual. Posteriormente, esse modelo de Estado Liberal, fundado exclusivamente na proteção das liberdades individuais, passou por uma nova transformação, emergindo a noção de “Estado Democrático de Direito”, pautado não só na limitação do poder estatal, como também na necessidade de um Estado mais proativo, garantidor de direitos sociais e efetivador de políticas públicas em prol da coletividade.

Essas transformações repercutiram diretamente na concepção da responsabilidade civil extracontratual estatal, que passou a encontrar fundamento em princípios jurídicos estruturantes do Estado de Direito. De um lado, tem-se o princípio da legalidade, o qual impõe à Administração Pública o dever de agir sempre em conformidade com a lei e com a Constituição, já que o Estado, ao ser regido pelo Direito, não está acima dele, mas sujeito às suas limitações; de outro, tem-se o princípio da igualdade, alicerce da atuação administrativa, a qual deve ser isonômica, tratando todos os cidadãos de forma equitativa e repartindo, de modo igualitário, tanto os benefícios quanto os ônus decorrentes da ação estatal (CARVALHO, 2023, p. 370).

Assim, a despeito das distintas concepções doutrinárias específicas sobre o assunto, entende-se que a responsabilidade civil do Estado, ao longo de sua evolução histórica, tem-se orientado e fundamentado essencialmente, até os dias atuais, nesses dois pilares: a legalidade, que limita e legitima o exercício do poder, e a igualdade, que impõe a repartição equitativa dos encargos sociais e dos riscos inerentes à atuação administrativa.

Em verdade, o fundamento da reparação estatal mudará conforme a licitude da ação administrativa, conforme explica o doutrinador Alexandre Mazza:

O dever estatal de indenizar particulares por danos causados por agentes públicos encontra dois fundamentos: legalidade e igualdade. Quando o ato lesivo for ilícito, o fundamento do dever de indenizar é o princípio da legalidade, violado pela conduta praticada em desconformidade com a legislação. No caso, porém, de ato lícito causar prejuízo especial a particular, o fundamento para o dever de indenizar é a igual repartição dos encargos sociais, ideia derivada do princípio da isonomia (MAZZA, 2022, p. 754)

Assim, quando o dano decorre de uma conduta administrativa ilícita, isto é, quando há violação do ordenamento jurídico, o fundamento predominante da obrigação estatal de reparar o dano é o princípio da legalidade. Nesse contexto, o Estado, ao agir em desconformidade com a lei, dando causa a um resultado lesivo à esfera jurídica de outra pessoa, infringe o postulado geral de que ninguém pode causar dano injusto a outrem, gerando a obrigação de indenizar o prejuízo causado, de modo a restaurar o equilíbrio jurídico violado.

A título de exemplificação, tem-se as situações nas quais os agentes públicos, no exercício de suas funções, cometem abuso de poder, lesando os direitos individuais dos administrados, como ocorre nos casos de agressões cometidas por policiais durante abordagens. Nessas situações, a antijuridicidade da conduta estatal impõe, como corolário do princípio da legalidade, a necessidade de que o Estado repare o dano injusto causado ao particular.

Por sua vez, quando o dano ao administrado resulta de uma atuação administrativa lícita, o fundamento da responsabilidade transmuda-se para o princípio da igualdade de repartição dos encargos sociais, como decorrência lógica da isonomia que orienta o regime jurídico administrativo como um todo. Desse modo, embora a atuação da máquina estatal voltada ao interesse público não seja considerada injusta, caso ela culmine em uma lesão específica à esfera jurídica de determinado administrado, haverá, de igual modo, a necessidade de o Estado reparar esse dano. Isso se justifica na medida em que, como a conduta da Administração Pública é dirigida à coletividade, não é razoável que um administrado em específico suporte um sacrifício maior do que o suportado pelos demais. O dever de indenizar surge, assim, como uma exigência da isonomia, visto que os encargos sociais decorrentes da atuação estatal devem ser distribuídos equitativamente entre todos (MAZZA, 2022, p. 763).

Assim, quando o Estado, por exemplo, realiza uma obra pública que, embora legítima, resulta em prejuízos diretos, específicos e anormais a determinado particular, como a desvalorização exacerbada de um imóvel, impõe-se o dever de indenizar o dano causado. Explicando a responsabilidade do Estado por atos lícitos, discorre o professor Matheus Carvalho:

Ademais, nos casos de danos decorrentes de atos lícitos, a responsabilização do ente estatal depende da comprovação de que estes

danos são anormais e específicos. Isso porque o dano deve ser certo, valorado economicamente e de possível demonstração. Nos atos ilícitos não ocorre esse aditivo porque a conduta por si só já gera o dever de indenizar, haja vista a violação direta ao princípio da legalidade. Isso porque a responsabilização do Estado por condutas lícitas praticadas por seus agentes se lastreia no princípio da isonomia, tomando por base o fato de que, em uma atuação que visa ao benefício de toda a coletividade, o ente público causa um prejuízo diferenciado a uma pessoa ou pequeno grupo. Para evitar que essa pessoa (ou grupo) suporte sozinha o ônus do benefício coletivo, surge o dever de indenizar do Estado. (CARVALHO, 2023, p. 376)

Dessarte, observa-se que a responsabilidade civil extracontratual do Estado é pautada em distintos fundamentos, notadamente conforme a natureza do ato lesivo, ora baseando-se na violação da legalidade, ora baseando-se na preservação da isonomia material entre os administrados.

Cabe destacar, por sua vez, o que fundamenta a própria concepção de que o Estado responde pelas condutas praticadas pelos seus agentes. Nesse contexto, o modelo consagrado no art. 37, §6º, da Constituição Federal de 1988 fundamenta-se, essencialmente, na teoria da imputação volitiva, desenvolvida por Otto Gierke e amplamente aceita pelos doutrinadores do direito administrativo (WILLEMAN, 2020, p. 42).

Segundo essa concepção, o agente público, devidamente investido e atuando no exercício da função pública que lhe é outorgada, não atua em nome próprio, mas sim como uma parte integrante da própria estrutura administrativa do Estado. Assim, quando o funcionário público pratica uma conduta funcional, entende-se que a vontade ali exteriorizada é, juridicamente, a vontade da própria pessoa jurídica a qual integra. É nesse sentido que surge a noção da imputação volitiva, visto ser a vontade do agente imputada diretamente ao Estado (CARVALHO, 2023, p. 187).

Consolida-se, nesse sentido, a compreensão de que a vontade estatal se projeta no mundo jurídico por meio da atuação de seus órgãos e agentes, de modo que eventuais atos praticados sob o pretexto das atribuições funcionais são imputados ao ente estatal, que responderá pelos danos causados a terceiros em decorrência dessa atuação.

Feitas todas essas considerações, cumpre analisar, de maneira subsequente, como a responsabilidade civil do Estado é retratada quando decorrente de atos omissivos dos seus agentes.

## 1.5 A responsabilidade civil do Estado por atos omissivos

A discussão acerca da responsabilidade civil por omissão como um todo, seja no plano do direito privado, seja no âmbito do direito público, mostra-se deveras complexa, sobretudo quando analisada sob a perspectiva da causalidade. Isso porque a omissão, enquanto uma “não ação”, não seria capaz, por si só, de produzir uma modificação no mundo fático, de modo que o “nada” não seria uma causa apta a produzir um resultado lesivo (MAZZA, 2022, p. 767).

Diferentemente dos atos comissivos em geral, os quais exteriorizam uma conduta positiva dos sujeitos, com aptidão causal para produzir um dano direto à esfera jurídica de outra pessoa, o ato omissivo representa a ausência de uma atuação que era devida em determinado contexto, exigindo-se um juízo normativo de imputação para que se possa estabelecer o liame causal entre o comportamento omissivo e o dano causado ao terceiro.

Assim, o nexo de causalidade nas hipóteses de condutas omissivas não se constrói no plano fático, mas no plano jurídico, sobretudo a partir da existência de um dever jurídico de agir que, se cumprido, poderia ter evitado o resultado danoso.

Superadas essas considerações de ordem geral, ao se transpor a análise para o âmbito da responsabilidade civil do Estado, notadamente sob a ótica do direito administrativo, evidencia-se um debate de grande relevância: a definição do regime jurídico aplicável às omissões estatais, se de natureza objetiva ou subjetiva.

Com efeito, a doutrina administrativa é quase uníssona em reconhecer que, no ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade civil do Estado por atos comissivos encontra-se consolidada sob o modelo objetivo, com fundamento na já explicitada teoria do risco administrativo. Todavia, quando se trata da responsabilidade por atos omissivos, emerge uma grande e complexa controvérsia entre os estudiosos do direito administrativo contemporâneo (DI PIETRO, 2022, p. 1890).

Alguns autores, como Hely Lopes Meirelles e Yussef Said Cahali, sustentam que o modelo de responsabilidade objetiva se aplica indistintamente às omissões estatais, com fundamento, dentre outros aspectos, na premissa de que a própria Constituição Federal, ao fixar o regime de responsabilidade estatal, não distinguiu entre condutas comissivas e omissivas (WILLEMAN, 2020, p. 51-52). Argumenta-se, ainda, que o Estado, ao assumir constitucionalmente os deveres de

proteger os direitos fundamentais, de prestar serviços públicos e de promover políticas sociais, possui obrigações jurídicas para com o seu povo, cujo descumprimento, pela omissão administrativa, pode igualmente gerar danos indenizáveis.

Outros, como Alexandre Mazza e Celso Antônio Bandeira de Mello defendem que a responsabilidade civil do Estado por omissão deve seguir o modelo subjetivo, exigindo-se a demonstração da culpa administrativa, com arrimo na compreensão de que a aplicação indiscriminada da teoria objetiva às omissões poderia resultar em uma responsabilidade excessiva e desproporcional do ente estatal, de modo que qualquer omissão administrativa frente às suas mais diversas obrigações assumidas no plano jurídico seria capaz de suscitar responsabilidade indenizatória (CARVALHO FILHO, 2023, p. 1.131). Para essa perspectiva de pensamento, a responsabilização somente se justificaria quando demonstrado que a omissão do Estado foi culposa, notadamente sob a égide da teoria da culpa anônima (CARVALHO, 2023, p. 379).

É nesse contexto que surge a importante distinção feita por alguns doutrinadores, e amplamente aceita pelos tribunais brasileiros, entre a omissão específica e a omissão genérica (MAZZA, 2022, p. 770).

Fala-se em omissão genérica quando ocorre o descumprimento de um dever genérico incumbido ao Estado, enquanto entidade garantidora dos direitos fundamentais dos indivíduos. Trata-se de situações nas quais a Administração Pública não se vincula a agir em face de pessoas determinadas, mas sim a promover, dentro da reserva do possível, prestações destinadas à coletividade (FONSECA E SILVA, 2004, p. 08). É o caso, por exemplo, do dever constitucional de garantir a segurança pública, conforme previsto no art. 144 da CF, de modo que não se poderia exigir do Poder Público que evitasse toda e qualquer ocorrência delituosa.

Nessas situações, admitir a responsabilização estatal pela não atuação sem prova de culpa acabaria por transformar qualquer insuficiência estrutural, por exemplo, em dano indenizável. Por isso, consolidou-se o entendimento de que, nas omissões genéricas, a regra é a responsabilidade subjetiva, mediante a comprovação da culpa administrativa, isto é, a demonstração de situações que envolvam a inexistência, a insuficiência ou o atraso na prestação de serviços

públicos. Esse é o posicionamento predominante na jurisprudência dos tribunais superiores, conforme trecho de ementa do Superior Tribunal de Justiça:

A responsabilidade civil da Administração Pública por omissão pressupõe a comprovação, além do dano, da falta do serviço público ao menos por culpa (negligência, imprudência ou imperícia) atribuível ao Estado, bem como do nexo de causalidade entre o dever de agir e o dano. Trata-se de hipótese de responsabilidade subjetiva, e não objetiva (art. 37, §6º, da CF/1988), dependendo da comprovação do elemento subjetivo, o que não ocorreu no caso concreto, em que a parte recorrida instaurou processos administrativos para investigar a conduta dos gestores da empresa (STJ, AgInt no REsp 1773523/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/09/2019, DJe 10/09/2019)

Por sua vez, fala-se em omissão específica quando há um dever jurídico específico e concreto que foi descumprido pela omissão administrativa. São hipóteses em que a Administração Pública encontra-se juridicamente vinculada a agir em face de uma situação determinada. Diversamente do que ocorre com os casos de omissão genérica, aqui não se trata de obrigações gerais, mas sim de obrigações direcionadas a destinatários específicos, de modo que o dever de evitar o dano é específico (MAZZA, 2022, p. 770-771).

Em razão disso, firmou-se, no que tange às omissões específicas, a aplicabilidade do regime de responsabilidade objetiva previsto no art. 37, §6º, da CF, bastando ao indivíduo prejudicado pela não atuação estatal comprovar o dano, a omissão administrativa e o nexo de causalidade entre ambos, sem necessidade de demonstrar culpa.

Exemplos de omissões específicas são as situações envolvendo custódia de detentos e a proteção de alunos em escola pública durante o período letivo, conforme já sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral. 2. A omissão do Estado reclama nexo de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. 3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). 4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus

direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. 5. Ad impossibilia nemo tenetur, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se contra legem e a opinio doctorum a teoria do risco integral, ao arripio do texto constitucional. 6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v. g., homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. 7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. 8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento. 9. In casu, o tribunal a quo assentou que incorreu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal (STF, RE 841.526/RS, rel. Min. Luiz Fux, julgado 30/03/2013, DJe 01/08/2016)

Verifica-se, portanto, que o regime jurídico aplicável à responsabilidade estatal por atos omissivos de seus agentes, conforme o entendimento predominante atual dos tribunais brasileiros, varia de acordo com a natureza da omissão.

Se genérica, em que o Estado atua de forma ampla e indeterminada, voltado à coletividade, entende-se que a responsabilização é fundada na teoria da culpa anônima ou da falta do serviço, visto exigir a comprovação de que a Administração Pública foi negligente na prestação do serviço.

Em contrapartida, nas hipóteses de omissão específica, em que há um dever jurídico concreto de agir, voltado à proteção de pessoa ou situação determinada, consolidou-se o entendimento de que se aplica o regime da responsabilidade objetiva.

De todo modo, independentemente da distinção entre omissões genéricas e omissões específicas, a configuração da responsabilidade civil do Estado pressupõe, como requisito lógico e jurídico inafastável, a existência de uma efetiva possibilidade de agir para evitar a ocorrência do dano.

## 2 AS AGÊNCIAS REGULADORAS E O ESTADO REGULADOR BRASILEIRO

Neste momento do estudo, faz-se necessário realizar uma análise geral sobre o panorama das agências reguladoras, a fim de compreender o contexto institucional, jurídico e político em que essas entidades se inserem no modelo de Estado contemporâneo.

Notadamente a partir das transformações econômicas, sociais e políticas ocorridas nas duas últimas décadas do século XX, as concepções acerca do papel do Estado na economia passaram por profundas reformulações. O avanço da globalização, aliado à expansão das ideias neoliberais, propiciou o surgimento de um ambiente redefinidor da forma de atuação econômica do Estado (GODOY, 2014, p. 16)

Em verdade, o modelo de Estado Social mais intervencionista, típico do período pós-guerra, foi gradualmente perdendo espaço, ao tempo que a concepção de Estado regulador foi ganhando força, especialmente por ser um modelo conciliatório entre os interesses neoliberais, defensores de uma lógica minimalista da atuação econômica estatal, e os interesses de cunho social, que exigiam do Estado uma atuação proativa na garantia dos direitos fundamentais e na promoção do bem-estar coletivo.

Durante as décadas de 1980 e 1990, essa linha de pensamento ganhou especial relevância, notadamente diante do contexto de crise fiscal pelos quais passavam os diversos países que, aliado à forte necessidade de modernização administrativa, deram ensejo à adoção de uma política descentralizadora e desestatizadora.

É crucial compreender, ademais, que as agências reguladoras não se limitam a disciplinar atividades privadas propriamente ditas, mas exercem também papel central na regulação da prestação de serviços públicos executados por particulares.

Quando o Poder Público opta por não executar diretamente determinado serviço público, isto é, a atividade administrativa não contenciosa voltada ao interesse da coletividade e que traz comodidades ao público em geral, delegando sua prestação a entidades privadas, por meio de concessão, ele não se exime das responsabilidades inerentes à titularidade do serviço, assumindo, ao contrário, o

dever permanente de fiscalização e controle da atividade delegada (DI PIETRO, 2022, p. 322).

A regulação, nesse sentido, emerge como uma importante função do Estado, que equilibra os valores da liberdade e eficiência na economia com a proteção do interesse público.

É nesse contexto, portanto, que começa a se consolidar o modelo de Estado regulador na contemporaneidade, destinado a acompanhar, supervisionar e corrigir as imperfeições do mercado econômico, sem retornar ao intervencionismo estatal clássico.

## **2.1 Origem e criação das agências reguladoras no Brasil**

É importante salientar que a criação das agências reguladoras encontra suas raízes mais evidentes no direito norte-americano, onde, ainda no século XIX, foram criadas entidades cujo papel era intervir nas dinâmicas de mercado de forma independente do Poder Executivo Direto. Por exemplo, a Interstate Commerce Commission (ICC), instituída em 1887, marcou um dos primeiros momentos em que o Estado delegou a uma agência normativa e fiscalizadora a atribuição de regular tarifas ferroviárias e coibir o abuso das companhias de transporte (GODOY, 2014, p. 16)

Essa concepção emergiu como resposta à complexidade crescente da economia industrial, à mudança nos preços relativos e à necessidade de estruturar regras técnicas que servissem tanto aos interesses empresariais quanto aos dos consumidores. Assim, o aumento da complexidade técnica e econômica dos mercados modernos exigia um aparato estatal capaz de equilibrar eficiência econômica, inovação e proteção ao público, por meio, notadamente, de uma atuação regulatória especializada, que não poderia depender exclusivamente das estruturas burocráticas tradicionais ou da intervenção direta do governo.

No modelo norte-americano, as chamadas “*independent regulatory agencies*” se tornaram órgãos híbridos, com competências normativas, de fiscalização e de solução de conflitos, diferentes do modelo clássico de Administração Direta, estritamente subalterna ao Poder Executivo. Desse modo, tais entidades foram concebidas como mecanismos que permitiram ao Estado exercer

sua função reguladora com maior autonomia frente ao ciclo político (GODOY, 2014, p. 16).

Por sua vez, a introdução do modelo de Estado regulador no Brasil ocorreu nitidamente durante o contexto de redemocratização e reestruturação econômica com a própria promulgação da Constituição Federal de 1988, que redesenhou o papel do Estado na ordem econômica. O texto constitucional, ao mesmo tempo que reafirmou os princípios da livre iniciativa e da valorização do trabalho humano com pilares da ordem econômica, estabeleceu a atuação do Estado como agente regulador da atividade econômica, conforme previsto no artigo 174, o qual estabelece que “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.” (BRASIL, 1988, art. 174).

Notadamente durante a década de 1990, a grave crise fiscal, aliada à crescente influência de concepções de caráter neoliberal, levou à necessidade de se repensar a presença estatal em setores produtivos, de infraestrutura, e até mesmo na prestação dos serviços públicos. (CARDOSO, 2015, p. 20-21 ).

É nessa conjuntura que surge o processo de desestatização, marcado pela redução significativa da atuação estatal em diversos setores da economia, materializando-se, essencialmente, na privatização de empresas estatais e na delegação de vários serviços públicos à iniciativa privada.

Essa reconfiguração da atuação estatal foi pautada, essencialmente, na busca por maior eficiência, competitividade e racionalidade econômica, sob o argumento de que os agentes privados, orientados por mecanismos de mercado, teriam melhores condições de gerir determinadas atividades. Nesse sentido discorre o professor Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy:

Centra-se na ideia de eficiência, o que torna o direito um conjunto normativo auxiliar do desenvolvimento econômico. A inadequação do Estado de feição tradicional suscitou por parte do direito administrativo brasileiro alguma assimilação e adaptação das agências norte-americanas, com a criação por lei de similares nacionais. A criação dessas agências radica em nova concepção de Estado, de modo que a autonomia a elas outorgada decorre de tentativas de obtenção de eficiência na gestão da coisa pública. (GODOY, 2014, p. 16)

O processo de desestatização, nesse contexto, não significou a completa eliminação da atuação estatal no domínio econômico, mas uma significativa

mudança: de forte interventor e executor direto de serviços e atividades econômicas, o Estado passou a atuar, essencialmente, como agente normativo e regulador, definindo regras, supervisionando concessões de serviços públicos e fiscalizando agentes econômicos. Sobre esse movimento, discorre Roberta Fragoso de Medeiros Menezes:

A progressiva retirada do Estado na prestação direta dos serviços públicos e das atividades econômicas fez surgir a correlata necessidade de acompanhamento do setor por intermédio da regulação, desta vez por intermédio de entes especificamente criados para tal fim. A desestatização das empresas trouxe o risco de o Estado perder o poder de influir e controlar determinados setores, como telecomunicações, energia elétrica, petróleo. (MENEZES, 2004, p. 52)

Diante desse novo arranjo institucional, marcado pela ampliação da iniciativa privada e pela redefinição do papel do Estado, é que surgiram as agências reguladoras, enquanto entidades específicas da Administração Pública, criadas especialmente para exercer, com maior especialização e autonomia técnica, a atividade de regulação de setores estratégicos da economia, assegurando o funcionamento harmônico e equilibrado do mercado. Nesse sentido expõe José dos Santos Carvalho Filho:

O afastamento do Estado, porém, dessas atividades haveria de exigir a instituição de órgãos reguladores, como, aliás, passou a constar do art. 21, XI, da CF, com a redação da EC n 8/1995, e do art. 177, § 2, III, com a redação da EC n 9/1995. Pela natureza da função a ser exercida, foram então criadas, sob a forma de autarquias (agências autárquicas ou governamentais), as denominadas agências reguladoras, entidades com típica função de controle. (CARVALHO FILHO, 2023, p. 934)

Nesse sentido, as agências reguladoras foram, a partir do final do século XX, sendo gradualmente criadas, a partir de legislações ordinárias, com atuações específicas para determinados setores da economia. Por exemplo, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) foi criada pela Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, instrumentalizando a regulação do setor de energia elétrica. Na esteira desse movimento, emergiram a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), instituída pela Lei nº 9.472/1997, e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), criada pela Lei nº 9.478/1997.

Em seguida, ao longo da virada do milênio, foram sendo criadas novas agências, com o escopo de realizar o controle regulatório de outros setores econômicos de relevância pública.

Desse modo, consolidou-se uma nova dinâmica na estrutura da Administração Pública brasileira, marcada pela criação de novas entidades específicas, voltadas à função regulatória do Estado, e concebidas para atuar com maior autonomia, tecnicidade e estabilidade institucional.

As agências reguladoras passam a ocupar, dessa forma, papel central nesse novo arranjo, representando uma transição de um modelo burocrático e centralizado de administração pública, para um modelo mais gerencial e funcional, capaz de responder com eficiência às complexidades do mercado e às demandas sociais contemporâneas.

## **2.2 Regime jurídico das agências reguladoras e sua autonomia técnica**

Percebe-se, nesse sentido, que a inserção das agências reguladoras na estrutura da Administração Pública brasileira representou um importante avanço frente aos desafios contemporâneos da atuação estatal no domínio econômico. Criadas por meio de lei específica para cada setor da economia a ser regulado ou para determinados serviços públicos delegados à iniciativa privada, essas entidades integram a administração indireta do ente federativo que as criou, sob a natureza jurídica de autarquias, porém dotadas de um regime jurídico especial que as distingue das demais pessoas jurídicas integrantes da estrutura administrativa (WILLEMAN, 2020, p. 71-80)

Cabe destacar, desta forma, que são entidades dotadas de personalidade jurídica de direito público interno, possuindo patrimônio próprio, capacidade decisória e, sobretudo, uma estrutura normativa e institucional voltada à regulação técnica e especializada da atividade econômica exercida por agentes privados.

Outrossim, durante muito tempo a regulamentação das agências reguladoras ocorreu de maneira fragmentada, por meio de legislações esparsas que instituíram e disciplinavam cada agência de forma individual, conforme o setor de atuação. É somente em 2019, com a promulgação da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019, conhecida como Marco Legal das Agências Reguladoras, que a regulamentação dessas entidades ganhou uma padronização.

Em verdade, a referida lei conferiu maior coerência ao sistema regulatório nacional, ao estabelecer princípios e diretrizes comuns, disciplinar o processo decisório, reforçar a autonomia técnica e administrativa das agências, bem como ampliar os mecanismos de transparência, controle social e prestação de contas no exercício da função regulatória do Estado.

Nesse sentido, o regime jurídico especial conferido a essas agências é, em grande medida, caracterizado pela outorga de maior autonomia frente à Administração Pública, garantindo uma atuação neutra, imparcial e não comprometida por quaisquer interferências políticas ou burocráticas. O artigo 3º da Lei nº 13.848/2019 expressamente reconhece essa natureza diferenciada ao dispor que:

Art. 3º A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação. (BRASIL, 2019, p.01)

A razão para que essas entidades tenham essa diferenciação quanto à autonomia está intimamente relacionada à própria natureza da atividade que exercem e à complexidade dos setores em que atuam. Torna-se indispensável, frente ao modelo de Estado regulador inserido em um cenário socioeconômico cada vez mais complexo e dinâmico, que as entidades concebidas para exercerem a função regulatória sejam protegidas contra possíveis influências políticas ou intervenções externas, resguardando-se um espaço de atuação mais técnico, estável e imparcial (DALLEONE, 2020, p. 34).

Desse modo, a autonomia técnica e decisória, aliada à independência funcional dessas entidades, constituem elementos imprescindíveis para assegurar uma atuação regulatória mais eficaz, permitindo que as decisões sejam tomadas com base em critérios essencialmente técnicos e racionais.

Nesse sentido, a maior autonomia outorgada às agências reguladoras é verificada e concretizada a partir de algumas características, insculpidas na já comentada Lei nº 13.848/2019. A primeira delas é justamente a garantia de mandato fixo dos dirigentes, o que impede a exoneração arbitrária e garante uma maior imparcialidade e estabilidade na condução das políticas regulatórias.

Outro aspecto essencial da autonomia das agências está na ausência de controle hierárquico sobre suas decisões. Diferentemente de outros órgãos da Administração Pública direta e indireta, as agências reguladoras não estão sujeitas a revisões administrativas por parte do Poder Executivo. Isso significa que, uma vez exaurida a instância decisória dentro da própria agência, não há possibilidade de recurso administrativo impróprio ao Chefe do Executivo ou ao Ministro supervisor, restando ao interessado recorrer ao Poder Judiciário para contestar eventuais ilegalidades. É o que José dos Santos Carvalho Filho qualifica como traço marcante da autonomia decisória dessas entidades:

A autonomia decisória significa que os conflitos administrativos, inclusive os que envolvem as entidades sob seu controle, se desencadeiam e se dirimem através dos próprios órgãos da autarquia. Em outras palavras, o poder revisional exaure-se no âmbito interno, sendo inviável juridicamente eventual recurso dirigido a órgãos ou autoridades da pessoa federativa à qual está vinculada a autarquia. A competência decisória da agência abrange tanto os conflitos surgidos no âmbito de concessionários, permissionários ou outras sociedades empresariais entre si (todas evidentemente sob seu controle), como também aqueles decorrentes da relação entre tais pessoas e os usuários dos serviços e atividades por elas executados. No caso de irrisignação contra decisão administrativa final, firmada pela instância máxima da entidade, deve o interessado buscar no Judiciário a satisfação de seu interesse. (CARVALHO FILHO, 2023, p. 942)

Por sua vez, há de se destacar, no que tange ao regime jurídico das agências reguladoras, que o processo decisório é regulado pela lógica colegiada, conforme estatuído no art. 7º da Lei nº 13.848/2019, bem como por instrumentos de qualidade regulatória e participação social, como consultas e audiências públicas, agenda regulatória e análise de impacto regulatório (AIR).

Todo esse regramento normativo confere uma maior legitimidade e qualidade técnica às deliberações tomadas pelas agências, além de promover uma maior segurança jurídica tanto para os agentes econômicos quanto para os usuários dos serviços regulados.

### **2.3 A discricionariedade técnica das agências reguladoras**

Intrinsecamente ligada à autonomia diferenciada das agências reguladoras está a discricionariedade técnica, típica da função regulatória estatal. A natureza dessa atuação exige uma margem de liberdade decisória para que as

agências possam definir, de forma independente e fundamentada, as melhores medidas a serem tomadas para promover o equilíbrio entre o interesse da coletividade e os interesses econômicos do mercado regulado.

Contudo, antes de adentrar propriamente na compreensão acerca desse atributo diferencial das agências reguladoras, faz-se necessário abordar, anteriormente, o conceito mais amplo de discricionariedade administrativa.

Com efeito, as discussões acerca da discricionariedade administrativa ocupam um dos principais tópicos de estudo do direito administrativo moderno. Trata-se, em verdade, de um conceito jurídico indeterminado, cuja caracterização não encontra qualquer definição expressa em lei, mas que resulta da sistematização teórica elaborada por vários dos administrativistas.

Em linhas gerais, a discricionariedade é compreendida como a margem de liberdade conferida ao administrador público para escolher, dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, a solução que considera mais adequada e pertinente ao caso concreto, com base em critérios de conveniência e oportunidade (CARVALHO, 2023, p. 134-136).

Em outras palavras, trata-se da faculdade concedida por lei ao administrador para decidir como e quando agir, notadamente diante impossibilidade de prever todas as situações que a realidade social apresenta, deixando, assim, um espaço de livre apreciação, para que o administrador ajuste sua atuação às peculiaridades de cada contexto.

É nesse contexto que surge a diferenciação feita pela doutrina tradicional, entre atos vinculados e atos discricionários, ou, até mesmo, entre poder vinculado e poder discricionário. No vinculado, a lei define de maneira objetiva todos os elementos do ato administrativo a ser praticado, de modo que não há margem de escolha para o administrador, o qual se verá obrigado a realizar uma única conduta possível. No discricionário, por sua vez, a norma jurídica deixa uma margem de flexibilidade acerca da atuação administrativa, cabendo ao agente público analisar, mediante juízo de mérito, a melhor conduta a ser adotada (CARVALHO, 2023, p. 278-279).

Deve-se destacar, contudo, que o poder discricionário da Administração Pública não traduz uma liberdade absoluta do administrador, visto que se trata de uma prerrogativa juridicamente limitada pela observância da legalidade e do interesse público primário. Tanto é que, quando o administrador extrapola os limites

legais, neles incluídos a razoabilidade e a proporcionalidade, o ato discricionário passa a ser ilegal, admitindo-se, inclusive, o controle efetivado pelo Poder Judiciário.

Sobre a discricionariedade administrativa, bem sintetiza a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Em outras hipóteses, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí por que se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei. (DI PIETRO, 2022, p.554)

Por sua vez, a concepção acerca da discricionariedade técnica emergiu diante da evolução da clássica noção de discricionariedade administrativa, adaptada especialmente ao contexto em que a atuação da Administração Pública exige uma avaliação especializada. Diferentemente da discricionariedade tradicional, em que a lei concede ao agente liberdade para optar entre alternativas válidas, a discricionariedade técnica se relaciona com espaços decisórios delimitados por complexidades técnicas, nos quais a autoridade pública deve empregar sua expertise para decidir (NARDI, 2009, p. 83).

Nesse cenário, a discricionariedade técnica surge como uma importante prerrogativa das agências reguladoras, conferindo-lhes uma ampla margem de liberdade decisória em boa parte de sua atuação, mediante um juízo de valor técnico-especializado. Essa prerrogativa decorre da própria natureza das atividades regulatórias, que envolvem questões complexas e altamente especializadas, nas quais a decisão administrativa depende da aplicação de conhecimentos técnicos específicos.

Dessa forma, as agências reguladoras, diante de sua predominante discricionariedade técnica, podem decidir se agirão, como agirão e quando agirão, calibrando a intensidade, o momento e a forma de sua intervenção a partir de sua expertise, de dados empíricos, de ponderação de custos e benefícios, bem como de outros critérios técnicos.

Em conclusão, verifica-se que a discricionariedade técnica é justamente o traço que impede que a atuação das agências reguladoras se torne rígida, permitindo uma maior maleabilidade na atividade regulatória e, desse modo, alcançando-se uma intervenção proporcional e eficiente sobre o domínio econômico.

## **2.4 A atuação das agências reguladoras e suas funções**

Como visto anteriormente, as agências reguladoras surgiram como entidades criadas especificamente para atuar como instrumentos estatais no domínio econômico, notadamente em um contexto de forte diminuição da presença direta do Estado na economia.

Verifica-se, nesse contexto, que o arcabouço constitucional brasileiro foi delineado precisamente para estabelecer a intervenção regulatória do Estado na economia como regra geral, reconhecendo que a liberdade de iniciativa deve coexistir com os demais valores constitucionalmente consagrados, como a dignidade da pessoa humana, a defesa do consumidor, a livre concorrência, entre outros.

Nesse sentido, as agências reguladoras possuem a incumbência de regular as atividades econômicas desempenhadas por particulares com finalidade lucrativa, de modo a evitar distorções do sistema de mercado, reprimir o abuso do poder econômico, garantir a defesa dos usuários dos serviços e assegurar a função social da economia.

A atividade regulatória pode ser compreendida, dessa forma, como uma função típica de Estado, manifestação de sua soberania, materializada por um conjunto de ações, instrumentos e decisões adotadas para orientar, disciplinar, controlar e equilibrar o funcionamento de determinados setores econômicos ou de serviços públicos, garantindo que a atuação dos agentes privados ocorra em conformidade com o interesse coletivo e com os ditames constitucionais. Sobre o assunto discorre o professor José dos Santos Carvalho Filho:

Quando figura como regulador, o Estado não deixa sua posição interventiva. A intervenção nesse caso se verifica através das imposições normativas destinadas principalmente aos particulares, bem como de mecanismos jurídicos preventivos e repressivos para coibir eventuais condutas abusivas. Além de representar um meio de intervenção na ordem econômica, a atuação do Estado regulador se consuma de forma direta, vale dizer, sem intermediação de ninguém. As normas, os fatores preventivos e os

instrumentos repressivos se originam diretamente do Estado. (CARVALHO FILHO, 2023, p. 1.808)

Nesse plano, cabe às agências reguladoras definir normas setoriais, supervisionar a prestação de serviços, fiscalizar o cumprimento de contratos de concessão, mediar conflitos entre agentes econômicos e consumidores, promover os ajustes necessários quando identificadas falhas de mercado, aplicar punições, entre outras atividades.

A regulação, nesse contexto, inclui três funções essenciais outorgadas às agências: a função executiva, relacionada à fiscalização e supervisão das atividades reguladas; a função normativa, voltada à edição de atos normativos e definição de parâmetros técnicos; e a função judicante, que permite às agências solucionar conflitos entre os agentes econômicos e entre estes e os consumidores (WILLEMANN, 2020, p. 66).

A função executiva das agências reguladoras se manifesta, principalmente, pelo exercício do poder de polícia administrativa regulatória, que confere às agências a prerrogativa de fiscalizar, controlar e sancionar os agentes econômicos que atuam na prestação de serviços públicos delegados ou em outras atividades sujeitas à regulação estatal (WILLEMANN, 2020, p. 84)

Cabe destacar, neste ponto, que o poder de polícia é a prerrogativa conferida às pessoas jurídicas administrativas de, fundamentada na supremacia do interesse público, condicionar ou restringir os direitos individuais e o exercício das atividades privadas. Esse conceito é insculpido no Código Tributário Nacional, o qual dispõe que:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (BRASIL, 1966, p. 09)

Ademais, diferentemente do que ocorre com a função normativa, que veremos posteriormente, a qual possui caráter geral e abstrato, a função executiva possui natureza individual e concreta, visto materializar-se em uma intervenção sobre um destinatário específico, com efeitos concretos.

A título de exemplificação, considere as atividades desempenhadas pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), a qual monitora as operações das companhias aéreas, realiza inspeções de aeronaves e pode impor sanções nos casos de risco à segurança ou descumprimento de regulamentações técnicas.

Por sua vez, a função normativa é aquela pela qual as agências possuem o poder de editar atos normativos infralegais, como resoluções, com o escopo de regulamentar, de maneira específica, as nuances do setor regulado. É através dessa função que essas entidades dispõem de autonomia para detalhar padrões técnicos, estipular requisitos de qualidade, fixar procedimentos de supervisão, estabelecer direitos e deveres dos prestadores dos serviços e dos usuários, entre outros aspectos.

Esse poder normativo surge do processo denominado de “deslegifcação”, o qual consiste no rebaixamento hierárquico de determinadas matérias feitas pelo legislador, retirando-as do domínio da lei para permitir sua disciplina por atos normativos infralegais, como bem expõe José dos Santos Carvalho Filho:

Esse fenômeno, de resto já conhecido em outros sistemas jurídicos, tem sido denominado de deslegalização (ou deslegifcação, como preferem alguns), considerando que a edição de normas gerais de caráter técnico se formaliza por atos administrativos regulamentares em virtude de delegação prevista na respectiva lei. Na verdade, não há, como supõem alguns estudiosos (equivocadamente, a nosso ver), transferência do poder legiferante a órgãos ou pessoas da Administração, mas tão somente o poder de estabelecer regulamentação sobre matéria de ordem técnica, que, por ser extremamente particularizada, não poderia mesmo estar disciplinada na lei. (CARVALHO FILHO, 2023, p. 941)

O fato é que o Estado, diante da pluralidade e da complexidade dos setores econômicos e sociais, não mais consegue, por meio do Poder Legislativo, abarcar de forma eficiente todas as nuances das relações jurídicas e técnicas que envolvem tais atividades. As leis que criam e atribuem competências a essas agências são, em regra, de baixa densidade normativa, ou seja, estabelecem apenas princípios e diretrizes gerais, não tendo aptidão para disciplinar, de forma efetiva, todas as nuances da atividade a ser regulada.

É nesse contexto que emerge o poder normativo técnico dessas agências, visto que a própria lei confere aos entes reguladores a tarefa de detalhar, complementar e operacionalizar o conteúdo normativo necessário à efetividade da atividade regulatória. Fato é que a especificidade dos mercados regulados e a

expertise técnica das agências explicam a necessidade da outorga do poder normativo para detalhar regras ajustadas às peculiaridades de cada setor.

Por fim, tem-se a função judicante das agências, decorrente da capacidade a elas atribuída de instaurar e conduzir processos administrativos para solucionar conflitos surgidos no âmbito dos setores que regulam, entre os agentes econômicos e entre estes e os usuários dos serviços. Em verdade, essa função traduz-se em um mecanismo alternativo de solução de controvérsias, ajustado às dinâmicas regulatórias (WILLEMANN, 2020, p. 193-194).

Na prática, essa função se manifesta através de atos procedimentais, nos quais a agência, através de sua estrutura colegiada, realiza a instrução probatória, analisa elementos técnicos e fáticos e, ao final, produz uma decisão fundamentada de mérito sobre o caso.

Trata-se, dessa forma, de uma prerrogativa que permite às agências a capacidade de dirimir conflitos de interesses no bojo do setor em que atua, de modo mais célere e eficiente, dada a sua proximidade com o mercado regulado e a especialização técnica que lhes é inerente.

Contudo, é imperioso salientar que a função judicante das agências produz efeitos jurídicos e vinculam as partes somente no âmbito administrativo, de modo que a demanda poderá ser rediscutida perante o Poder Judiciário, em face da inafastabilidade da jurisdição.

Verifica-se, desse modo, que é por meio do exercício integrado de suas três funções essenciais, que as agências reguladoras efetivamente concretizam sua missão institucional de ordenar, supervisionar e equilibrar setores econômicos estratégicos, assegurando que a dinâmica do mercado econômico se desenvolva em consonância com os valores constitucionais.

## **2.5 Controle das agências reguladoras e deferência judicial**

Diante da peculiaridade da atividade regulatória, marcadamente especializada e pautada na já mencionada discricionariedade técnica, tem-se adotado uma compreensão, no direito estrangeiro, de que o controle jurisdicional sobre as decisões emitidas por agências reguladoras deve ser exercido com cautela.

Notadamente no direito norte-americano e no direito britânico, a doutrina e os tribunais têm reconhecido que as decisões tomadas por autoridades

regulatórias normalmente envolvem escolhas técnicas complexas. Nesses casos, os tribunais tendem a adotar uma postura mais deferente, limitando-se a examinar a legalidade dos atos, de modo a evitar proferir uma decisão judicial substitutiva do juízo técnico emitido pela agência reguladora, salvo em situações de erro manifesto ou desvio de finalidade (DALLEDONE, 2020, p. 83-84).

Essa lógica de deferência judicial já havia se consolidado na jurisprudência brasileira para os atos administrativos discricionários no geral, refletindo a compreensão de que ao Poder Judiciário não compete substituir o juízo de mérito da Administração Pública, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes (CARVALHO, 2023, p. 136).

Essa postura tem-se intensificado em matéria regulatória, na qual reconhece-se que as agências reguladoras operam em setores marcados por alta complexidade técnica, sendo dotadas de características especiais que lhes permitem formular juízos de mérito mais adequados ao contexto.

Em razão disso, tem-se entendido que a intervenção judicial dos atos emitidos pelas agências deve ser ainda mais excepcional, posto a expertise técnica e o acompanhamento contínuo do mercado regulado, que lhes conferem uma melhor posição para as escolhas a serem feitas na atividade de intervenção regulatória (DALLEDONE, 2020, p. 104-105).

Exemplo emblemático da consolidação da postura de deferência judicial às decisões das autoridades reguladoras encontra-se no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 1.083.955/DF, pela Primeira Turma do STF. Nesse precedente, a Corte reconheceu que a expertise técnica e a capacidade institucional do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), enquanto entidade responsável pela tutela da concorrência, tornam inviável a revisão judicial do mérito de suas decisões administrativas, conforme se vê na ementa colacionada abaixo:

AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ECONÔMICO E ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA. PRÁTICA LESIVA TENDENTE A ELIMINAR POTENCIALIDADE CONCORRENCIAL DE NOVO VAREJISTA. ANÁLISE DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. INCURSIONAMENTO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. A capacidade institucional na seara regulatória, a qual atrai controvérsias de natureza acentuadamente complexa, que demandam tratamento especializado e qualificado, revela a reduzida expertise do Judiciário para o

controle jurisdicional das escolhas políticas e técnicas subjacentes à regulação econômica, bem como de seus efeitos sistêmicos. 2. O dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas adotadas por entidades reguladoras repousa na (i) falta de expertise e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos especializados e (ii) possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa. 3. A natureza prospectiva e multipolar das questões regulatórias se diferencia das demandas comumente enfrentadas pelo Judiciário, mercê da própria lógica inerente ao processo judicial. 4. A Administração Pública ostenta maior capacidade para avaliar elementos fáticos e econômicos ínsitos à regulação. Consoante o escólio doutrinário de Adrian Vermeule, o Judiciário não é a autoridade mais apta para decidir questões policêntricas de efeitos acentuadamente complexos (VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: An institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 248–251). 5. A intervenção judicial desproporcional no âmbito regulatório pode ensejar consequências negativas às iniciativas da Administração Pública. Em perspectiva pragmática, a invasão judicial ao mérito administrativo pode comprometer a unidade e coerência da política regulatória, desaguando em uma paralisia de efeitos sistêmicos acentuadamente negativos. 6. A expertise técnica e a capacidade institucional do CADE em questões de regulação econômica demanda uma postura deferente do Poder Judiciário ao mérito das decisões proferidas pela Autarquia. O controle jurisdicional deve cingir-se ao exame da legalidade ou abusividade dos atos administrativos, consoante a firme jurisprudência desta Suprema Corte. Precedentes: ARE 779.212-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 21/8/2014; RE 636.686-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 16/8/2013; RMS 27.934 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe de 3/8/2015; ARE 968.607 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 15/9/2016; RMS 24.256, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 18/10/2002; RMS 33.911, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe de 20/6/2016. 7. Os controles regulatórios, à luz do consequencialismo, são comumente dinâmicos e imprevisíveis. Consoante ressaltado por Cass Sustein, “as normas regulatórias podem interagir de maneira surpreendente com o mercado, com outras normas e com outros problemas. Consequências imprevistas são comuns. Por exemplo, a regulação de novos riscos pode exacerbar riscos antigos (...). As agências reguladoras estão muito melhor situadas do que os tribunais para entender e combater esses efeitos” (SUSTEIN, Cass R., “Law and Administration after Chevron”. *Columbia Law Review*, v. 90, n. 8, p. 2.071-2.120, 1990, p. 2.090). 8. A atividade regulatória difere substancialmente da prática jurisdicional, porquanto: “a regulação tende a usar meios de controle ex ante (preventivos), enquanto processos judiciais realizam o controle ex post (dissuasivos); (...) a regulação tende a utilizar especialistas (...) para projetar e implementar regras, enquanto os litígios judiciais são dominados por generalistas” (POSNER, Richard A. “Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts): an analytical framework”. In: KESSLER, Daniel P. (Org.), *Regulation versus litigation: perspectives from economics and law*, Chicago: The University of Chicago Press, 2011, p. 13). 9. In casu, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, após ampla análise do conjunto fático e probatório dos autos do processo administrativo, examinou circunstâncias fáticas e econômicas complexas, incluindo a materialidade das condutas, a definição do mercado relevante e o exame das consequências das condutas das agravantes no mercado analisado. No processo, a Autarquia concluiu que a conduta perpetrada pelas agravantes se enquadrava nas infrações à ordem econômica previstas nos artigos 20, I, II e IV, e 21, II, IV, V e X, da Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste). 10. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE detém competência legalmente outorgada para verificar se a conduta de agentes econômicos

gera efetivo prejuízo à livre concorrência, em materialização das infrações previstas na Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste). 11. As sanções antitruste, aplicadas pelo CADE por força de ilicitude da conduta empresarial, dependem das consequências ou repercussões negativas no mercado analisado, sendo certo que a identificação de tais efeitos anticompetitivos reclama expertise, o que, na doutrina, significa que “é possível que o controle da “correção” de uma avaliação antitruste ignore estas decisões preliminares da autoridade administrativa, gerando uma incoerência regulatória. Sob o pretexto de “aplicação da legislação”, os tribunais podem simplesmente desconsiderar estas complexidades que lhes são subjacentes e impor suas próprias opções” (JORDÃO, Eduardo. Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros – SBDP, 2016, p. 152-155). 12. O Tribunal a quo reconheceu a regularidade do procedimento administrativo que impusera às recorrentes condenação por práticas previstas na Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste), razão pela qual divergir do entendimento firmado no acórdão recorrido demandaria o reexame dos fatos e provas, o que não se revela cognoscível em sede de recurso extraordinário, face ao óbice erigido pela Súmula 279 do STF. 13. Agravo regimental a que se NEGA PROVIMENTO. (STF - AgRg no RE 1083955/DF, rel. Min. Luiz Fux, julgado em 28.5.2019)

Como enfatizado no acórdão supratranscrito, substituir o juízo técnico das agências implicaria risco de incoerência regulatória, efeitos sistêmicos indesejáveis e indevida interferência na formulação de políticas públicas. Assim, ao reafirmar a necessidade de deferência às decisões técnicas das autoridades reguladoras, o STF consolidou a compreensão de que, em setores marcados por complexidade econômica, o Judiciário deve exercer autocontenção e preservar o espaço decisório adequado das agências.

Esse aumento da margem de proteção do juízo técnico das agências frente ao controle jurisdicional é elemento de suma importância para um sistema de regulação moderno, responsivo e funcional. Não se materializa, evidentemente, em uma imunidade absoluta das decisões das agências reguladoras, mas em uma forma de controle que permita um equilíbrio entre o espaço necessário de discricionariedade técnica para o cumprimento da atividade regulatória e a legalidade, proporcionalidade e razoabilidade da atuação.

Evita-se, dessa forma, o enrijecimento da atividade regulatória e a indevida invasão do espaço decisório reservado a órgãos dotados de expertise técnica, enquanto se assegura o controle judicial da legalidade, impedindo que a autonomia conferida às agências reguladoras seja utilizada como escudo para atuações abusivas e manifestamente ilegais.

### **3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS POR OMISSÃO À LUZ DA DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA**

As agências reguladoras, enquanto autarquias especiais dotadas de personalidade jurídica própria, integram a estrutura administrativa do Estado e possuem aptidão para serem titulares de direitos e deveres, respondendo pelos atos de seus agentes, à luz da teoria da imputação volitiva.

Ocorre que, por exercerem atividades altamente especializadas, razão pela qual, inclusive, gozam de um regime jurídico específico, conforme delineado na Lei nº 13.848/2019, a responsabilidade civil dessas entidades precisa ser analisada levando-se em conta a especificidade de suas funções institucionais, especialmente quando concernente a atos omissivos.

Nesse sentido, por serem entidades encarregadas de exercer a função regulatória de Estado, através da supervisão, fiscalização e coordenação dos agentes econômicos e das empresas prestadoras de serviço público delegado, elas assumem o dever de prevenir ou atenuar eventuais danos que possam resultar do comportamento dos sujeitos regulados.

Por sua vez, a forma como a omissão se configura, nos domínios da regulação, varia conforme o grau de discricionariedade envolvido no processo decisório da atuação.

De um lado, tem-se as omissões que configuram verdadeiro descumprimento de um dever inequívoco de atuação, enquanto de outro tem-se as omissões que decorrem de uma decisão caracterizada por um vasto espectro de condutas possíveis, marcado por escolhas eminentemente técnicas.

É nesse cenário que se coloca o desafio central deste trabalho, qual seja o de compreender em que medida, e sob quais critérios, as omissões regulatórias devem gerar responsabilidade civil, preservando simultaneamente os direitos dos administrados e a funcionalidade e a eficiência do modelo moderno de Estado regulador.

#### **3.1 A omissão administrativa regulatória como fator de responsabilização civil**

Como visto no capítulo anterior, as agências reguladoras são entidades administrativas que surgiram para reorganizar a relação entre Estado e mercado,

especialmente após o processo de reestruturação econômica iniciado na década de 1990.

O arcabouço constitucional e legal que estrutura tais entidades no Brasil, as confere a finalidade de exercer o papel regulador de Estado, atribuindo-as competências normativas, fiscalizatórias e sancionatórias para que garantam a adequada prestação de serviços públicos delegados e assegurem que as atividades econômicas funcionem em conformidade com valores fundamentais, como a livre concorrência e os direitos dos consumidores.

Não se trata, portanto, de uma liberdade pura de intervir ou não intervir, mas de um verdadeiro poder-dever de exercício da função regulatória, a partir do qual o Estado, por meio dessas autarquias especiais, assume perante a coletividade o compromisso institucional de organizar, controlar e equilibrar setores específicos da economia. Se, por um lado, a Constituição e as legislações específicas lhes conferem ampla margem de autonomia técnica e decisória, por outro lado essa mesma ordem jurídica lhes impõe um conjunto de deveres positivos de atuação. Sobre o conceito de poder-dever, expõe o professor José dos Santos Carvalho Filho:

Os poderes administrativos são outorgados aos agentes do Poder Público para lhes permitir atuação voltada aos interesses da coletividade. Sendo assim, deles emanam duas ordens de consequência: 1ª) são eles irrenunciáveis; e 2ª) devem ser obrigatoriamente exercidos pelos titulares. Desse modo, as prerrogativas públicas, ao mesmo tempo em que constituem poderes para o administrador público, impõem-lhe o seu exercício e lhe vedam a inércia, porque o reflexo desta atinge, em última instância, a coletividade, esta a real destinatária de tais poderes. (CARVALHO FILHO, 2023, p. 164)

Em verdade, em uma economia cada vez mais complexa e dinâmica, a proteção dos direitos individuais e coletivos, bem como dos princípios que orientam a ordem econômica constitucional, exige uma presença cada vez mais ativa das instituições reguladoras.

É nesse cenário que se verifica que as omissões perpetradas pelas agências podem gerar impactos sociais e econômicos relevantes. Quando a agência, podendo e devendo agir, mantém-se inerte, abre-se espaço para ocorrência de danos que poderiam ter sido evitados por uma atuação regulatória diligente.

A omissão administrativa regulatória, nesse contexto, é compreendida como a inércia injustificada da instituição reguladora em utilizar os instrumentos que

o ordenamento jurídico coloca à sua disposição para ordenar, fiscalizar e corrigir o funcionamento de determinado setor econômico ou serviço público delegado.

Se uma agência possui o dever de fiscalizar periodicamente determinado serviço, de supervisionar um mercado econômico sujeito a práticas anticoncorrenciais ou de reagir a sinais evidentes de riscos aos consumidores e, não obstante, permanece inerte, sua omissão passa a ser juridicamente relevante, eis que configurada a violação de um dever de proteção que justifica a própria razão de ser da entidade reguladora.

Verifica-se, nesse contexto, que a omissão administrativa regulatória constitui um fator de responsabilização civil da agência, na medida em que, configurado um dano a um administrado, cuja ocorrência seria evitável pela adoção das providências que razoavelmente se esperavam da entidade reguladora, estabelece-se o nexo de causalidade entre a conduta omissiva e o resultado lesivo, permitindo que a agência seja juridicamente obrigada a reparar o dano.

Nesse cenário, as agências reguladoras, enquanto pessoas jurídicas administrativas incumbidas de atuar em setores sensíveis da economia, exercendo a função reguladora de Estado, são abarcadas pelo regime de responsabilidade civil estatal. Justamente porque lhes foi atribuída a missão de proteger valores constitucionais, espera-se delas uma atuação diligente, proporcional e tempestiva, com o escopo de evitar a ocorrência de danos previsíveis e evitáveis mediante o exercício adequado de suas competências.

Quando falham nesse encargo, omitindo-se diante de um dever de agir, a omissão regulatória permite a responsabilização da instituição, à semelhança do que ocorre com quaisquer outras entidades estatais que, possuindo o dever legal de agir, permanecem inertes (KORENBLUM, 2012, p. 05).

### **3.2 A responsabilidade civil das agências reguladoras por atos omissivos à luz da sua discricionariedade técnica**

Registre-se que, por integrarem a Administração Pública indireta na qualidade de autarquias especiais, as agências reguladoras submetem-se, quanto aos seus atos comissivos, ao regime de responsabilidade civil objetiva delineado no art. 37, §6º, da Constituição Federal. Nessa linha, não há dúvidas de que, quando praticam condutas positivas, sejam elas fiscalizatórias, sancionatórias ou normativas,

dispensa-se a análise de culpa para sua responsabilização, exigindo-se apenas a demonstração do nexo de causalidade entre o ato administrativo praticado e o dano sofrido pelo particular.

A controvérsia, entretanto, ressurgiu no que tange à responsabilização por atos omissivos. Isso porque, conforme delineado no primeiro capítulo deste trabalho, o texto constitucional deixa de oferecer resposta imediata e clara, exigindo do intérprete um esforço adicional de sistematização para compreender em que medida a inércia do Estado, e, aqui, das agências reguladoras, poderia gerar obrigação de indenizar.

É justamente nesse ponto que a doutrina e a jurisprudência vêm acentuando que a responsabilização das pessoas jurídicas estatais varia conforme a natureza do ato omissivo, quer se trate de uma omissão específica, quer se trate de uma omissão genérica.

Como já delineado no capítulo anterior, fala-se em omissão genérica quando se está diante de deveres amplos, difusos, dirigidos à coletividade de modo indeterminado, como a obrigação de zelar, em termos gerais, pela proteção da livre concorrência e pela defesa dos consumidores. Nesses casos, costuma-se exigir a demonstração de culpa, reconhecendo a incidência de uma responsabilidade subjetiva, justamente porque não há um comando jurídico tão individualizado a ponto de se afirmar que o Estado estava, naquela situação concreta, estritamente obrigado a impedir aquele dano específico.

Por sua vez, quando a Administração Pública deixa de cumprir um dever pontual e determinado, a exemplo da realização de uma fiscalização obrigatória em lei, passa-se à esfera da omissão específica, na qual tende-se a admitir a responsabilidade objetiva, independente da comprovação de culpa.

No âmbito das agências reguladoras, essa distinção ganha contornos ainda mais sensíveis, em razão do regime jurídico especial que as caracteriza. Essas entidades foram concebidas para atuar em setores altamente técnicos e complexos, com ampla margem de liberdade para definir a intensidade, o momento e os instrumentos de sua intervenção regulatória.

Em muitos aspectos, suas escolhas se aproximam de verdadeiras opções de política pública, envolvendo prognoses econômicas, avaliações de impacto regulatório e ponderações entre interesses diversos. Nessas hipóteses, em que prevalece a discricionariedade técnica, eventual omissão, como a decisão de não

intervir imediatamente em determinado mercado, tende a situar-se no campo das omissões genéricas, em que a responsabilização civil é mais restrita e, em regra, condicionada à comprovação da culpa.

A mesma lógica não se sustenta, contudo, quando a agência deixa de praticar atos que já não se encontram na esfera da ampla discricionariedade, mas que resultam de imposições claras e específicas. Sempre que a legislação estabelece comandos vinculados, como a obrigação de decidir em determinado prazo ou de aplicar medidas corretivas diante de situações expressamente tipificadas, o espaço de escolha é eliminado ou reduzido drasticamente.

Nesses casos, o comportamento da instituição reguladora aproxima-se da chamada omissão específica, atraindo a regra da responsabilidade objetiva, pela simples violação do dever de agir, desde que demonstrado onexo causal entre a inércia e o dano sofrido por agentes econômicos ou consumidores.

Vê-se, assim, que a responsabilidade das agências reguladoras por omissão não pode ser tratada de maneira uniforme, como se toda ausência de atuação da instituição tivesse o mesmo peso jurídico. Ao contrário, ela se revela diretamente ligada ao grau de discricionariedade presente na situação concreta.

### **3.3 Uma análise da “discretionary function exception” no direito comparado norte-americano**

De início, cumpre salientar que, conquanto o direito administrativo brasileiro possua suas raízes historicamente vinculadas à tradição europeia continental, especialmente a francesa, a experiência norte-americana revela-se particularmente relevante para a compreensão contemporânea do direito regulatório.

Isso porque, conforme visto anteriormente, foi nos Estados Unidos que se desenvolveu, de maneira pioneira, um modelo de Estado regulador fortemente baseado na atuação de agências independentes, dotadas de ampla discricionariedade técnica e decisória. Tal contexto torna o direito norte-americano um campo fértil para a análise das tensões entre discricionariedade administrativa, dever de agir e limites à responsabilização estatal.

Nesse sentido, a forma como o ordenamento norte-americano utiliza a discricionariedade administrativa como critério de imunização do Estado frente à responsabilidade civil evidencia uma construção dogmática relevante acerca da

separação entre escolhas políticas ou técnicas legítimas e condutas juridicamente censuráveis.

É justamente em razão da proximidade entre a tese aqui sustentada e a experiência norte-americana, que se justifica a escolha do direito norte-americano como ordenamento jurídico a ser examinado e não qualquer outro. Permitir-se-á, dessa forma, refletir sobre os limites da responsabilização civil por omissão das agências reguladoras, sobretudo quando sua atuação é condicionada por juízos técnicos complexos e por um regime jurídico de autonomia reforçada.

Com efeito, no cenário norte-americano a chamada *discretionary function exception* surge exatamente como uma cláusula de proteção às escolhas técnico-políticas da Administração Pública, muito próxima do problema aqui delineado em relação às agências reguladoras.

É com a edição do Federal Tort Claims Act, em 1946, que o ordenamento jurídico norte-americano passou a regulamentar a possibilidade de responsabilização civil do Estado por atos ilícitos de seus agentes. Entretanto, o referido diploma normativo elenca, no § 2680 (a) do Título 28 do U.S. Code, hipóteses em que o Estado Federal permanece imune a ações indenizatórias, entre as quais destaca-se a *discretionary function exception*, que exclui da esfera de responsabilidade os danos decorrentes de atos ou omissões em que o agente público exerceu um juízo de mérito (KUERSTEN, 2023, p. 11).

Grosso modo, a exceção de função discricionária impede que atuações da Administração Pública pautadas em uma livre margem de escolha sejam convertidas em litígios indenizatórios. No cenário regulatório, por exemplo, decisões sobre como alocar recursos escassos, que riscos priorizar ou quais medidas interventivas adotar, estariam imunes à responsabilização civil (KUERSTEN, 2024, p. 01-02).

A lógica determinada na legislação norte-americana é, em verdade, muito semelhante à deferência judicial conferida às decisões de agências reguladoras, na medida em que parte da premissa de que determinadas escolhas administrativas, especialmente aquelas revestidas de elevada discricionariedade técnica, não devem ser revistas pelo Poder Judiciário quanto ao seu mérito, nem tampouco gerar responsabilização civil da pessoa jurídica quando decorrentes de opções legítimas e juridicamente amparadas dentro do espaço de liberdade decisória conferido pela lei.

A partir do referido texto legal, a Suprema Corte dos Estados Unidos desenvolveu uma interpretação para identificar quando a exceção seria, de fato, aplicável. Nos casos *Berkovitz v. United States* (1988) e *United States v. Gaubert* (1991), consolidou-se o chamado *Berkovitz/Gaubert two part test*. Trata-se de um teste estruturado em duas etapas, concebido justamente para identificar se a exceção de discricionariedade deve ou não ser aplicada a determinado comportamento da Administração Pública (KUERSTEN, 2023, p. 11-12).

Primeiramente, deve-se verificar se a conduta estatal, seja ela comissiva ou omissiva, efetivamente pressupõe um espaço real de escolha, pois, quando a lei impõe um comportamento inteiramente vinculado, sem qualquer margem de apreciação, não haveria que se cogitar na imunidade decorrente da *discretionary function exception*.

Superada essa etapa, passa-se ao segundo passo, consistente em examinar se a decisão tomada efetivamente é pautada em critérios de política pública, como considerações econômicas, sociais ou regulatórias, demonstrando que se trata de uma escolha situada dentro da zona de discricionariedade que a lei busca resguardar.

Desse modo, mesmo no contexto de omissões estatais, o que importa, para fins de responsabilização, não é apenas a existência do dano e do suposto nexo de causalidade, mas também a natureza da decisão subjacente à inação administrativa. Em relação às agências reguladoras, por exemplo, quando a sua não atuação decorrer de uma ponderação institucional sobre critérios técnicos, econômicos, sociais, entre outros, tende-se a reconhecer a incidência da *discretionary function exception* e, portanto, imunizar a instituição do dever de reparar eventuais danos ocorridos.

Por outro lado, quando a omissão viola um comando normativo específico, a margem de escolha desaparece, não havendo espaço para a incidência da *discretionary function exception*, justamente por não se estar diante de um juízo de mérito, mas do descumprimento de um dever jurídico concreto.

Esse arranjo jurídico delineado pelo direito norte-americano mostra-se muito importante para o presente estudo, justamente por vincular o regime de responsabilização civil do Estado à discricionariedade envolvida na atuação. Quanto mais a ação ou omissão estatal se apresentar como um exercício legítimo de juízo político-técnico, maior a tendência de reconhecer a incidência da *discretionary*

*function exception* e de afastar a responsabilidade civil. Em contrapartida, à medida que se identificam deveres claros, padrões obrigatórios e comandos específicos dirigidos à Administração, reduz-se o espaço para o argumento da discricionariedade e aumenta-se a possibilidade de imputar ao Estado a reparação pelos danos decorrentes de sua ação ou inação.

Transpondo as lições do direito norte-americano para o contexto das agências reguladoras, em especial para o debate sobre a responsabilidade dessas instituições por suas omissões, verifica-se que a concepção da *discretionary function exception* oferece um parâmetro interessante: não basta identificar a existência de dano e a inação do ente regulador; é preciso, ainda, qualificar essa omissão quanto ao seu grau de discricionariedade e ao tipo de juízo institucional que a fundamentou.

Defende-se, nesse sentido, que atos omissivos que traduzam escolhas de política regulatória, sustentadas na discricionariedade técnica, merecem um tratamento diferenciado em relação às omissões que simplesmente desrespeitam deveres concretos e específicos de agir.

Essa perspectiva reforça a ideia de que o regime de responsabilidade das agências reguladoras por condutas omissivas deve ser calibrado à luz da discricionariedade técnica envolvida no caso concreto.

### **3.4 A gradação da responsabilidade conforme o grau de discricionariedade**

A partir do que já se expôs ao longo deste trabalho, torna-se possível perceber que a atuação das agências reguladoras é, por natureza, profundamente atravessada pela discricionariedade técnica.

Justamente por isso, quando se passa a discutir a responsabilidade civil das agências reguladoras, em especial por omissão, não é possível tratar todas as situações de maneira igualitária.

Não se pode perder de vista que, em muitas situações, as escolhas regulatórias realizadas por essas instituições decorrem de um amplo espaço de conformação que o próprio ordenamento jurídico lhes confere, em razão do seu regime jurídico especial. Nesses casos, a decisão de agir repousa sobre opções amplas de política pública, nas quais o regulador pondera interesses concorrentes e projeta determinados cenários, para realizar a escolha mais adequada ao caso.

Existem outras hipóteses, entretanto, em que o espaço de escolha do ente regulador é praticamente inexistente, seja porque a lei delimita uma atuação estritamente vinculada, seja porque o próprio contexto normativo e fático da situação concreta reduz a discricionariedade a zero, impondo uma única resposta juridicamente aceitável.

Nesse contexto, se o próprio dever de agir das agências reguladoras não é uniforme, ora marcado por ampla discricionariedade técnica, ora rigidamente vinculado pela lei ou com redução da discricionariedade a zero, é natural que o regime jurídico de responsabilidade civil acompanhe essa variação.

A proposta que aqui se delineia parte da premissa de que a responsabilidade das entidades reguladoras deve ser calibrada conforme o grau de vinculação ou de discricionariedade da omissão analisada.

Nos casos em que a atuação é estritamente vinculada, ou em que a discricionariedade, embora prevista em abstrato, encontra-se faticamente reduzida a zero, defende-se a incidência de responsabilidade objetiva, em consonância com o art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Nessas situações, a inércia do ente regulador aproxima-se da concepção de omissão específica, consistente no descumprimento de um dever concreto e individualizado de agir, desencadeando a responsabilização objetiva da entidade, que podia e devia agir para evitar o resultado danoso, visto não haver qualquer espaço de valoração discricionária que possa justificar a inação.

Um exemplo claro de situação em que o dever de agir encontra-se estritamente vinculado e delimitado normativamente encontra-se na Resolução nº 746/2021 da ANATEL, que disciplina o procedimento de fiscalização e atuação sancionatória da agência, notadamente nos arts. 33 a 35 do referido ato normativo, senão vejamos:

Art. 33. No curso de uma Inspeção, o Agente de Fiscalização deverá lavrar Auto de Infração nas hipóteses previstas nos arts. 34 e 35.  
§ 1º O Auto de Infração não pode ser revogado.  
§ 2º Constará do Auto de Infração:  
I - o local, a data e a hora da lavratura;  
II - o nome, o endereço e a qualificação do interessado;  
III - a descrição do fato ou do ato constitutivo da infração;  
IV - o dispositivo legal, regulamentar, contratual ou o termo de permissão ou autorização infringido, bem como as sanções aplicáveis;  
V - o prazo para defesa e o local para sua apresentação;  
VI - o número da credencial do Agente de Fiscalização;

VII - a identificação do Agente de Fiscalização, sua assinatura e a indicação de seu cargo ou função, salvo o disposto no art. 29; e,  
VIII - a assinatura do interessado ou a certificação da sua recusa em assinar.

Art. 34. O Agente de Fiscalização pode interromper cautelarmente o funcionamento de estação ou a execução de serviço, bem como lacrar e apreender bens e produtos de telecomunicações, lavrando os correspondentes termos.

Parágrafo único. As medidas de que trata este artigo não se confundem com as medidas cautelares previstas na Seção II do Capítulo III do Título II deste Regulamento.

Art. 35. A interrupção cautelar do funcionamento de estação ou da execução de serviço deve ocorrer nas seguintes hipóteses:

I - risco à vida;

II - interferências prejudiciais a outras estações regularmente autorizadas quando não cessadas imediatamente; e,

III - desenvolvimento clandestino de atividades de telecomunicação.  
(ANATEL, 2021, p. 09-10)

Suponha, por exemplo, que durante uma inspeção técnica em uma estação de radiocomunicação, os fiscais da ANATEL constatem que um equipamento está operando de forma clandestina, sem autorização válida, ou, ainda, que esteja produzindo interferências prejudiciais a outras estações regularmente licenciadas, situações estas expressamente previstas no art. 35, I e II. Nesses casos, o ato normativo não apenas determina a lavratura obrigatória do Auto de Infração, como também impõe a adoção de medidas cautelares imediatas, como a interrupção do funcionamento da estação.

Algo semelhante pode ser vislumbrado, nos casos em que, embora o poder discricionário da agência exista, o contexto fático elimina qualquer margem de escolha, de modo que há apenas uma conduta juridicamente válida possível, tornando o agir obrigatório. É o que a doutrina denomina de “discricionariedade reduzida a zero”, conforme explica Harmut Maurer:

No caso particular pode, todavia, a possibilidade de escolha reduzir-se a uma alternativa. Então esse é o caso, quando somente uma decisão é livre de vícios de discricionariedade, ao passo que todas as outras decisões conteriam vícios de discricionariedade. O administrador é, portanto, obrigado a “escolher” aquela decisão remanescente. Fala-se nesses casos de “redução de discricionariedade a zero”, ou de “diminuição da discricionariedade”. (MAURER, 2006, p. 142-143, apud ISHIKAWA, 2019, p. 16)

Exemplo disso pode ser verificado na atuação da ANAC, em matéria de segurança operacional. Imagine uma situação em um determinado aeroporto, em que sucessivos relatórios de pilotos e operadores de voo demonstrem, ao longo do

tempo, diversas falhas graves na sinalização de pista, na iluminação noturna ou na integridade do pavimento, com potencial concreto de comprometer pousos e decolagens. Ainda que, em tese, a agência disponha de certa liberdade decisória para definir sua intervenção regulatória, o contexto de reiteradas informações acerca de falhas graves transforma a discricionariedade do ente regulador em um verdadeiro dever de agir.

Isso porque, diante de riscos objetivos e reiteradamente identificados, não mostra-se, no caso concreto, viável que a agência disponha de liberdade para escolher entre agir ou não, havendo somente uma conduta juridicamente legítima, qual seja a de adotar providências tempestivas e efetivas que possam inviabilizar a ocorrência de qualquer dano.

Nesses contextos em que não há, de fato, qualquer liberdade de escolha quanto ao dever de agir, a omissão da agência reguladora se mostra tão danosa quanto qualquer comportamento comissivo. Ora, se há uma imposição de atuação determinada, não se está mais diante de um espaço legítimo de conformação técnica, mas de um poder-dever específico, juridicamente vinculado.

Nessa condição, o ente regulador assume uma posição de garantidor específico, justamente em razão da missão institucional que lhe foi outorgada pelo constituinte e pelo legislador. A agência, enquanto entidade desenhada para ocupar um lugar estratégico na ordem econômica constitucional, possui o encargo de velar pelo funcionamento adequado do mercado e dos serviços públicos, proteger os consumidores e intervir na economia sempre que necessário para recompor o equilíbrio entre a livre iniciativa, a livre concorrência e a dignidade da pessoa humana.

Se esse encargo é violado, permitindo a agência que um dano se produza justamente em razão do não exercício da função de proteção que lhe foi confiada, a omissão materializa-se no descumprimento de uma obrigação concreta de tutela, que se projeta diretamente sobre a esfera jurídica dos agentes econômicos ou dos consumidores expostos ao resultado lesivo.

Daí porque nesses casos, a responsabilidade civil das agências reguladoras por omissão tende, com boas razões, a ser tratada sob a lógica objetiva, à semelhança do que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem construído para casos envolvendo omissões específicas do Estado em geral.

Compreende-se, nesses casos, que a omissão da agência, a qual deixa de adotar a única conduta juridicamente legítima para neutralizar um risco determinado e cognoscível, configura causa direta e imediata do dano, contribuindo de maneira decisiva para a produção do resultado, ainda que o evento se concretize por meio da atuação de terceiros. Nesse sentido se posiciona Flávio de Araújo Willeman:

No caso, a responsabilidade civil das agências reguladoras por ausência de fiscalização regulatória de polícia está ligada à omissão administrativa, razão por que reiteramos o entendimento esposado alhures de que, se houver disposição legal impondo o dever de agir (fiscalizar) ou se a inação da agência reguladora, após provocação de qualquer pessoa ou mesmo após a detecção por servidor público da situação faltosa, for irrazoável, a responsabilidade civil será objetiva, com fulcro na teoria do risco administrativo, nos termos do que dispõe o artigo 37, §6º, da CRFB/88. (WILLEMAN, 2020, p. 101)

Por isso, revela-se mais coerente com a lógica das garantias inerentes ao sistema regulatório reconhecer que, nessas hipóteses, deve incidir um regime de responsabilidade objetiva, capaz de assegurar a efetiva proteção dos administrados diante de omissões regulatórias.

Por sua vez, a responsabilidade civil das agências reguladoras nos casos em que o dever de agir encontra-se imerso em um espaço de discricionariedade técnica não pode ser regido pela mesma regra, sob pena de converter essas entidades em verdadeiros garantidores universais, responsáveis por toda e qualquer não atuação.

Ao contrário das situações em que há uma delimitação estritamente vinculada ou com espaço de discricionariedade reduzida a zero, nos quais o dever de agir impõe uma única conduta juridicamente admissível, grande parte das atribuições dessas entidades reclama avaliações técnicas, ponderação de riscos e exames de escolhas, outorgando-se um espaço deliberativo para que a agência construa, a partir de sua expertise, as respostas mais adequadas à dinâmica do setor regulado.

Fato é que, se toda omissão da agência, nesse ambiente, fosse regida pela responsabilidade objetiva, o espaço legítimo de discricionariedade outorgado à entidade seria, na prática, sufocado, resultando na imposição de um ônus desproporcional e no enrijecimento da atividade regulatória, incompatíveis com o

modelo de regulação moderna, que pressupõe um maior grau de liberdade e autonomia dessas instituições.

Outrossim, a adoção de um regime de responsabilização objetiva, nesses casos, produziria, como consequência, a inevitável judicialização excessiva de demandas indenizatórias envolvendo comportamentos que, por sua natureza, envolvem escolhas de política regulatória.

Nesse sentido, evidencia-se que em tais situações o regime de responsabilização da entidade reguladora deve se aproximar da lógica da chamada omissão genérica, tal como desenvolvida por doutrinadores do direito administrativo e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se a responsabilidade subjetiva, justamente porque, em tais casos, não haveria a delimitação de uma única conduta exigível.

A adoção deste modelo, com a correspondente exigência de demonstração de culpa, permitiria identificar quando a omissão da agência ultrapassaria o campo do exercício legítimo do poder discricionário e ingressaria na esfera da ilicitude, permitindo a responsabilização do ente regulador.

Exemplo de tal situação envolve a ANAC, no exercício de suas competências relacionadas à gestão de slots aeroportuários, isto é, a alocação de horários de pouso e decolagem em aeroportos congestionados. A Resolução nº 682/2022 atribui à ANAC o dever de organizar, supervisionar e distribuir tais slots, porém sem delimitar, estritamente, um único modo de fazê-lo. Pelo contrário, é conferida à agência um espaço legítimo de discricionariedade, para ponderar critérios técnicos e realizar avaliações sistêmicas, para tomar a decisão mais eficiente possível.

Nesse cenário, admitir a responsabilidade objetiva da entidade por eventual omissão, como a alegada demora na redistribuição de slots ou a não intervenção imediata diante de conflitos operacionais, distorceria completamente a lógica do sistema regulatório moderno. Somente a comprovação da culpa, assim entendida como eventual negligência ou desídia na condução do processo decisório, como por exemplo a inobservância de dados técnicos relevantes, seria capaz de permitir a responsabilização da entidade, por eventuais danos causados aos administrados.

Deve-se ressaltar, neste ponto, que as decisões das agências reguladoras decorrentes do seu poder discricionário possuem natureza jurídica de

atos administrativos, enquanto manifestações de vontade de uma entidade estatal, sob o regime de direito público. Assim, os atos praticados por essas entidades, inclusive aqueles que se traduzem em opções de não agir, gozam do atributo da presunção de legalidade e legitimidade, inerentes ao regime jurídico-administrativo.

Na prática, significa dizer que as decisões tomadas pela entidade reguladora, notadamente em um contexto de discricionariedade técnica, presumem-se em conformidade com o ordenamento jurídico, somente podendo ser tida como ilícita, caso haja prova em contrário. Sobre o assunto, discorre o prof. José dos Santos Carvalho Filho:

Os atos administrativos, quando editados, trazem em si a presunção de legitimidade, ou seja, a presunção de que nasceram em conformidade com as devidas normas legais, como bem anota DIEZ. Essa característica não depende de lei expressa, mas deflui da própria natureza do ato administrativo, como ato emanado de agente integrante da estrutura do Estado. (CARVALHO FILHO, 2023, p. 306)

Fato é que, diferentemente das hipóteses de atuação vinculada, em que, como visto, a inobservância de um dever jurídico vinculante e específico revela, por si só, a ilegalidade da conduta, nos espaços discricionários a decisão administrativa de não intervir se mostra presumidamente lícita, até que se demonstre o contrário.

Assim, somente quando evidenciado que a entidade reguladora atuou de maneira irrazoável, com negligência, imprudência ou imperícia, violando os padrões objetivos de diligência, é que se poderia afirmar a presença de uma omissão antijurídica, apta a configurar a responsabilidade civil pelo dano não evitado.

Essa compreensão dialoga diretamente com a lógica da *discretionary function exception* do direito norte-americano, segundo a qual atos que envolvem escolhas de política pública são imunes à responsabilização judicial, justamente por representarem um espaço legítimo de decisão, tal como vista anteriormente. Aqui, não se defende a imunidade de comportamentos que envolvam um juízo discricionário, mas sim o reconhecimento de uma maior proteção, com a aplicação da responsabilidade subjetiva, exigindo-se a demonstração de culpa para que, só então, a agência reguladora se mostre juridicamente obrigada a reparar o dano.

A exigência de culpa, nesses cenários, além de impedir que qualquer insatisfação com omissões regulatórias fossem convertidas em litígios indenizatórios, também protegeria o núcleo de autonomia decisória conferido a

essas entidades, garantindo que sua atuação institucional, tal como delineada pelo ordenamento jurídico brasileiro, não fosse esvaziada.

Desse modo, a adoção da responsabilidade subjetiva para os casos em que o dever de agir das agências reguladoras se insere numa margem de livre apreciação técnica permite equilibrar o controle dessas entidades e a proteção dos administrados com a necessidade de se preservar a autonomia decisória e a liberdade técnica que justificam a própria existência dessas autarquias especiais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho examinou a responsabilidade civil das agências reguladoras por atos omissivos à luz de sua predominante discricionariedade técnica, partindo da constatação de que a atuação regulatória se desenvolve em um ambiente institucional complexo, marcado pela autonomia decisória reforçada e pela especialização técnica. Assim, desde o início reconheceu-se que a análise da omissão regulatória enquanto fator de responsabilização civil exige uma análise acurada do dever de agir imposto à agência em cada situação concreta.

No primeiro capítulo, o estudo revisitou os fundamentos da responsabilidade civil do Estado, com especial atenção à responsabilidade por atos omissivos, tema fruto de bastante controvérsia na doutrina administrativa. A partir da distinção construída entre omissão genérica e específica, demonstrou-se que a responsabilização estatal por atos omissivos pode variar, ora sendo aplicada a responsabilidade objetiva, ora sendo aplicada a responsabilidade subjetiva.

No segundo capítulo, por sua vez, examinou-se o regime jurídico específico das agências reguladoras, destacando sua natureza autárquica especial, a autonomia reforçada que lhes é conferida e a marcante discricionariedade técnica no exercício da função regulatória. Evidenciou-se que tais entidades foram concebidas para intervir na economia de maneira técnica, independente, imparcial e qualificada, equilibrando interesses públicos e privados, o que justifica a existência de um espaço decisório próprio, protegido contra interferências indevidas, inclusive do Poder Judiciário, sobretudo quando envolvidas escolhas técnicas complexas e avaliações prospectivas.

A partir dessas premissas, desenvolveu-se a tese central deste estudo, ao demonstrar que a responsabilidade civil das agências reguladoras por omissão deve variar conforme o grau de discricionariedade envolvido no dever de agir.

Verifica-se, em suma, que, nas hipóteses de atuação vinculada ou de discricionariedade reduzida a zero, a agência assume uma posição de garantidora específica, de modo que sua omissão, nesses casos, atrai a aplicação da responsabilidade objetiva. Nessas situações, o descumprimento de um dever jurídico claramente delimitado torna a omissão tão danosa quanto uma conduta comissiva.

Por outro lado, nos casos em que a atuação da agência insere-se num espaço legítimo de discricionariedade técnica, conclui-se que a responsabilização deve seguir a lógica da responsabilidade subjetiva. Essa solução se mostra mais consentânea com a presunção de legitimidade dos atos decisórios da agência, com a necessidade de preservar o seu espaço autônomo de decisão e com a própria racionalidade da atividade reguladora, evitando-se que qualquer omissão, nesses contextos, possa ser apta a desencadear a responsabilização do ente regulador.

Nesses contextos, somente a demonstração de culpa, materializada na negligência ou na imprudência da atividade regulatória, possui o condão de revelar a antijuridicidade da omissão, apta a desencadear a responsabilização da agência.

Em suma, o trabalho concluiu que a variação do regime de responsabilidade civil das agências reguladoras conforme o grau de discricionariedade permite harmonizar dois vetores fundamentais do Direito Administrativo contemporâneo, quais sejam a proteção efetiva dos direitos dos administrados e o respeito à autonomia técnica e institucional das entidades reguladoras.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANATEL. **Anatel - Resolução Anatel nº 746 , de 22 de junho de 2021** . Disponível em:  
<https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2021/1561-resolucao-746#art2> Acesso em: 27 nov. 2025.

ARAGÃO, Alexandre Santos de et al. **Regulação e Agências Reguladoras: Governança e Análise de Impacto Regulatório**. 1. ed. Brasília: [s.n], 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito**. Revista Informação Legislativa, Brasília a. 37 n. 148 out./dez. 2000.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2018. *E-book*. p.868. ISBN 9788553601578. Disponível em:  
<https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553601578/>. Acesso em: 23 out. 2025.

BARROSO, Luis Roberto. **A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 226, p. 187-212. 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 23 out. 2025.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966. **Código Tributário Nacional**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm) Acesso em: 12 nov. 2025.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em:  
[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm) Acesso em: 23 out. 2025.

BRASIL. **Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005**. Disponível em:  
[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm) Acesso em: 01 dez. 2025.

BRASIL. **Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019**. Disponível em:  
[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm) Acesso em: 10 nov. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1748295/SP**, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Min. Marco Aurélio Belizze, Quarta Turma, DJe de 13 fev. 2019. Disponível em:  
[https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(%27RESP%27%20I](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=(%27RESP%27%20I)

[NPATH\(CLAS\)%20AND%20%271748295%27%20INPATH\(NUM\)\)%20OR%20\(\(%27REsp%201748295%27\)%20INPATH\(SUCE\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310025651&ext=.pdf) Acesso em: 01 nov. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1773523/RJ**, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 10 set. 2019. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1851744&num\\_registro=201802451446&data=20190910&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1851744&num_registro=201802451446&data=20190910&formato=PDF) Acesso em: 05 nov. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg no RE 1.083.955/DF**, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 07 jun. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750040942> Acesso em: 13 nov. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 841.526/RS**, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 01 ago. 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310025651&ext=.pdf> Acesso em 05 nov. 2025.

CARDOSO, Germano Bezerra. **Controle jurisdicional dos atos regulatórios e discricionariedade**: análise sob a perspectiva institucional. Orientador: Dr. Carlos Bastide Horbach. 2015. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito e Políticas Públicas) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/12015/1/61101054.pdf> Acesso em: 07 nov. 2025.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 37. ed. Barueri: Atlas, 2023.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Juspodvm, 2023.

CARVALHO, Paula Silva de. **The origin of regulatory agencies in the United States**: A case of institutional change. Desenvolvimento em debate, Rio de Janeiro, v.6, n.1, p.65-81, 2018. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/dd/article/view/34577/19309> Acesso em: 07 nov. 2025.

CARVALHO, Robério Fontenele de. **Responsabilidade civil do estado em face da omissão de seus agentes**: as agências reguladoras e os casos paradigmas. Orientadora: Dra. Joyceanne Bezerra de Menezes. 2012. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2012.

CHERMAN, Yuri César. **A atuação das agências reguladoras perante conflitos consumeristas por meio da administração concertada**: análise pautada no princípio da eficiência. 2017. Orientador: Prof. Dr. Héctor Valverde Santana. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito) – Centro Universitário de Brasília. Programa de Mestrado em Direito.

COELHO, Fernanda Rosa. **Função judicante dos órgãos reguladores**: reflexões sobre o tratamento adequado dos litígios entre consumidores e agentes regulados. Orientador: Dr. José Rogério Cruz e Tucci. 2023. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

Disponível em:

<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-18032024-085813/publico/12386171MPO.pdf> Acesso em: 12 nov. 2025.

CONTINO, Michael D. KUERSTEN, Andreas. **The Federal Tort Claims Act (FTCA): A Legal Overview**. 2023. Disponível em:

<https://www.congress.gov/crs-product/R45732?q=%7B%22search%22%3A%22ftca%22%7D&s=1&r=1> Acesso em: 17 nov. 2025.

DALLEDONE, Rodrigo Fernandes Lima. **Agências reguladoras e controle judicial**: parâmetros para uma atuação deferente do Poder Judiciário. Orientador: Dr. Egon Bockmann Moreira. 2020. Tese (Doutorado Profissional em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2020. Disponível em:

<https://acervodigital.ufpr.br/xmlui/bitstream/handle/1884/70458/R%20-%20T%20-%20ORODRIGO%20FERNANDES%20LIMA%20DALLEDONE.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 07 nov. 2025.

DA SILVA, Leonardo Oliveira. **Autonomia das agências reguladoras**. Orientador: Dr. Thiago Marrara de Matos. 2018. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

DE ARAÚJO, Valter Shuenquener. **Os quatro pilares para a preservação da imparcialidade técnica das agências reguladoras**. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 20, n.12, Fev./Maio 2017, p. 64-91. Disponível em:

<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1659/1231> Acesso em: 25 nov. 2025.

DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. **Resolução nº 682, de 07 de junho de 2022**.

Disponível em:

<https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-682-de-7-de-junho-de-2022-406714644> Acesso em: 01 dez. 2025.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Omissões na atividade regulatória do Estado e responsabilidade civil das agências reguladoras**. Responsabilidade civil do Estado. São Paulo: Malheiros, 2006.

DOS SANTOS, Eduardo. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: JusPodium. 2022.

FOLADOR, Rafael. **Critérios jurídicos para a aferição da responsabilidade civil do Estado brasileiro por atos de política econômica**. Orientador: Dr. Ricardo Antônio Lucas Camargo. 2018. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito) -

Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

FONSECA E SILVA, Augusto Vinícius. **A Responsabilidade Objetiva do Estado por Omissão**. 2004. Revista CEJ, Brasília, n. 25, p. 5-11, abr./jun. 2004.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Agências reguladoras - Origens, fundamentos, direito comparado, poder de regulação e futuro**. Fórum de Contratação e Gestão Pública, Belo Horizonte, 150, p. 16-22, 2014.

ISHIKAWA, Lauro. **A Evolução do Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa e Seus Reflexos Jurisprudenciais**. Revista Jurídica. vol. 02, n°. 55, Curitiba, 2019. pp. 516 - 542.

KORENBLUM, Sabrina Funchal Carneiro. **Controle judicial das omissões das agências reguladoras**. Migalhas, 2012. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/161698/control-judicial-das-omissoes-das-agencias-reguladoras> Acesso em: 07 nov. 2025.

KUERSTEN, Andreas. **North Dakota v. United States: Litigating the FTCA's Discretionary Function Exception**. 2024. Disponível em: [https://www.congress.gov/crs\\_external\\_products/LSB/PDF/LSB11241/LSB11241.1.pdf](https://www.congress.gov/crs_external_products/LSB/PDF/LSB11241/LSB11241.1.pdf)? Acesso em: 27 nov. 2025.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 12. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2022.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. *E-book*. p.155. ISBN 9786553627055. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553627055/>. Acesso em: 23 out. 2025.

MENEZES, Roberta Fragoso de Medeiros. **As agências reguladoras no direito brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 227, p. 47–68. 2002.

NARDI, Luciana Sant'Ana. **Discricionariedade administrativa e "discricionariedade técnica"**. Orientadora: Dra. Dinorá Adelaide Musetti Grotti. 2009. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito do Estado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8873/1/Luciana%20Santana%20Nardi.pdf> Acesso em: 07 nov. 2025.

NEVES, José Roberto de Castro. **Responsabilidade por omissão das agências reguladoras**. Migalhas, 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/391424/responsabilidade-por-omissao-das-agencias-reguladoras> Acesso em: 05 nov. 2025.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROMAN, Flávio José. **Discricionariedade técnica**. Enciclopédia Jurídica da PUCPSP, 2017. Disponível em:  
<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/148/edicao-1/discricionariedade-tecnica>  
? Acesso em: 10 nov. 2025.

SCHILLER, Alexandre. SAMPAIO, Patricia. **Revisão Judicial da Omissão das Agências Reguladoras no Dever de Decidir**: uma Pesquisa Empírica. RDU, Porto Alegre, Volume 15, n. 83, 2018, p. 72-101, 2018.

SHUGERMAN, Jed Handelsman. **The Dependent Origins of Independent Agencies**: The Interstate Commerce Commission, the Tenure of Office Act, and the Rise of Modern Campaign Finance. 31 Journal of Law & Politics 139, 2015. Disponível em:  
[https://scholarship.law.bu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4570&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.bu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4570&context=faculty_scholarship) Acesso em: 07 nov. 2025.

VIDIGAL, José Augusto Maciel. **As agências reguladoras e seus poderes especiais no ambiente institucional contemporâneo brasileiro**. Orientador: Msc. Alexandre dos Santos Aragão. Monografia (Pós-Graduação em Controle Externo - Regulação de Serviços Públicos) - Instituto Serzedello Corrêa, Tribunal de Contas da União, Vitória/ES, 2004. Disponível em:  
<https://sites.tcu.gov.br/recursos/trabalhos-pos-graduacao/pdfs/Ag%C3%A2ncias%20reguladoras%20e%20seus%20poderes%20especiais%20no%20ambiente%20institucional%20contempor%C3%A2neo%20brasileiro.pdf> Acesso em: 07 nov. 2025.

**Understanding Judicial Deference to Agencies in Legal Frameworks**. EmpowerLaws. 2024. Disponível em:  
<https://empowerlaws.com/judicial-deference-to-agencies/> Acesso em: 13 nov. 2025.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. **Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

**28 U.s. code § 2680- exceptions**. Disponível em:  
<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/2680?utm> Acesso em: 17 nov. 2025.