

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DIREITO

DAGMAR CALIMAN

**RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DAS CONCESSIONÁRIAS DE ENERGIA
ELÉTRICA NOS CASOS DE FORTUITO INTERNO**

Florianópolis (SC)

2015

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
DAGMAR CALIMAN**

**RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DAS CONCESSIONÁRIAS DE ENERGIA
ELÉTRICA NOS CASOS DE FORTUITO INTERNO**

Trabalho de Conclusão apresentado à banca examinadora do Curso de Graduação da Universidade de Santa Catarina, como requisito à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

ORIENTADOR: PROF. DR. ORLANDO CELSO DA SILVA NETO

**Florianópolis (SC)
2015**



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): **Dagmar Caliman**

RG: **36489712 - SSP/SP**

CPF: **303.063.008-00**

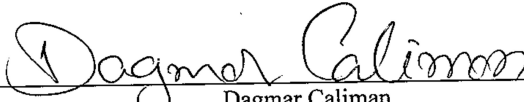
Matrícula: **11100230**

Título do TCC: **A responsabilidade civil objetiva das concessionárias de energia elétrica nos casos de fortuito interno**

Orientador(a): **Orlando Celso da Silva Neto**

Eu, **Dagmar Caliman**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 14 de Julho de 2015


Dagmar Caliman

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

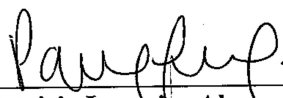
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**A responsabilidade civil objetiva das concessionárias de energia elétrica nos casos de fortuito interno**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Dagmar Caliman**, defendido em **14/07/2015** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,0 (NOVE), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

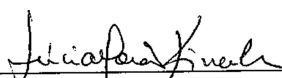
Florianópolis, 14 de Julho de 2015



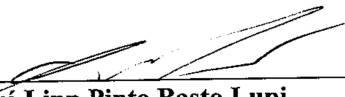
Orlando Celso da Silva Neto
Professor(a) Orientador(a)



Patricia Loureiro Abreu Alves Barbosa
Coorientador(a)



Lúcia Moraes Kinceler
Membro de Banca



André Lipp Pinto Basto Lupi
Membro de Banca

Autora: Dagmar Caliman

Título: Responsabilidade civil objetiva das concessionárias de energia elétrica nos casos de fortuito interno

Trabalho de Conclusão apresentado à banca examinadora do Curso de Graduação da Universidade de Santa Catarina, como requisito à obtenção do grau de Bacharel em Direito, aprovado com _____.

Florianópolis (SC), de _____ de 2015.

Orientador Professor Dr. Orlando Celso da Silva Neto

Coordenadora Doutoranda: Patrícia Loureiro Abreu Alves Barbosa

Autora: Dagmar Caliman

Título: Responsabilidade civil objetiva das concessionárias de energia elétrica nos casos de fortuito interno

Trabalho de Conclusão apresentado à banca examinadora do Curso de Graduação da Universidade de Santa Catarina, como requisito à obtenção do grau de Bacharel em Direito, aprovado com _____.

Florianópolis (SC), de _____ de 2015

Professor Dr. Orlando Celso da Silva Neto

Professor Dr. André Lipp Pinto Basto Lupi

Dra. Lúcia Morais Kinceler

Aos meus irmãos Darlam Gnann Caliman e Glauber
Gnann Caliman.

Aos meus Professores: Orlando Celso da Silva Neto,
Patrícia Loureiro, e André Lipp Pinto Basto Lupi.

À minha amiga Lúcia Morais Kinceler.

RESUMO

A presente monografia tem por principal objetivo analisar a entendimento dado em relação à responsabilidade civil objetiva das concessionárias de energia elétrica quando ocorre descarga atmosférica na rede. Segundo a Constituição Federal de 1988, em seu §6º do artigo 37 dispõe que as “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.” Portanto, mesmo as concessionárias de energia elétrica sendo pessoas de direito privado, porém prestadoras de um serviço público essencial delegado pelo Estado, segundo o §6º do art. 37 da CF88, essas agências terão as mesmas obrigações que cabem ao Estado. No entanto, resta saber qual é a teoria a ser aplicada quanto à responsabilidade civil do Estado. Isto porque, no caso das concessionárias, as quais são prestadoras de serviços públicos, devem responder na mesma medida em que o Estado responderia caso fosse ele o prestador direto do serviço público. Ademais, num primeiro momento, este trabalho busca entender o que são as agências reguladoras e suas obrigações em relação aos usuários do serviço público. Elas convergem com as obrigações que já estão consagradas tanto no CF88 e no Código de Defesa do Consumidor? Num segundo momento, o trabalho relata como são interpretadas as excludentes de responsabilidade civil nas hipóteses de caso fortuito ou força maior, ou ainda, mais especificamente, o fortuito interno segundo o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. Por fim, apresenta como tem sido a interpretação dos tribunais estaduais em relação às excludentes de responsabilidade civil nos casos de descarga atmosférica na rede de energia quando causar danos aos usuários.

Palavras-chaves: Direito Civil. Responsabilidade Civil. Novo Código Civil. Código de Defesa do Consumidor. Caso Fortuito ou Força maior. Fortuito Interno.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. AS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	12
1.1 Origem das agências reguladoras	15
1.2 As agências reguladoras nos Estados Unidos.....	17
1.3 Origem das agências reguladoras no Brasil.....	21
1.4 A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).....	25
1.5 Das obrigações e responsabilidade da ANEEL como agência reguladora..	26
2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO	28
2.1 Evolução histórica da responsabilidade civil objetiva do Estado.....	29
2.2 A responsabilidade civil objetiva do Estado segundo a Constituição Federal da República de 1988.....	34
2.3 Do nexo de causalidade	
2.4 Das cláusulas excludentes no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor.....	37
2.5 Caso fortuito ou força maior: distinção para o caso fortuito interno.....	41

3. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DAS CONCESSIONÁRIAS DE ENERGIA	49
3.1 Da responsabilidade civil objetiva das concessionárias de energia elétrica em casos de força maior ou força maior.....	51
3.2 Posicionamento dos tribunais estaduais.....	54
CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
REFERÊNCIAS.....	62

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a questão da responsabilidade civil objetiva das concessionárias de energia elétrica nos casos de descarga atmosférica e, se esta pode ser ou não considerada como causa de excludente por ser casos de força maior ou caso fortuito, ou ainda, mais especificamente – o fortuito interno, quando vier a causar danos aos usuários. Isto porque as concessionárias de energia, como pessoa jurídica prestadora de serviço público devem responder pelos danos sofridos por seus usuários independente de dolo ou culpa. Assim está consagrado pelo § 6º do artigo 37 da CF/88 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”. Portanto, as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, como é o caso das concessionárias de energia elétrica, também respondem pelos danos causados a terceiros e, obviamente, aos usuários de seus serviços.

Essa interpretação depreende-se pelo fato da responsabilidade civil do Estado ser objetiva. Ou seja, o Estado responde mesmo sem culpa. Há que se ressaltar que a melhor doutrina vai dizer que o Estado responde mesmo sem culpa, porém, terá a chance de alegar em sua defesa a ocorrência de excludentes de responsabilidade civil como: culpa exclusiva da vítima, fato exclusivo de terceiro ou caso fortuito ou força maior o Estado não responderá. Isto porque, segundo a doutrina majoritária, a teoria adotada na responsabilização do Estado é a Teoria do Risco Administrativo.

Entretanto, há que se considerar se a Teoria do Risco Administrativo é a única teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, nos casos de responsabilidade civil objetiva ou se a Teoria do Risco Integral também foi adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Caso tenha sido, como alegam alguns doutrinadores, então o Estado responderá por qualquer dano sofrido pela vítima sem poder alegar quaisquer das excludentes. Se for esta a teoria a ser aplicada em relação à responsabilidade civil do Estado, conseqüentemente a mesma será

aplicada em relação às concessionárias prestadoras de serviço público, como é o caso das concessionárias de energia.

Com relação à responsabilidade das concessionárias de energia, prestadoras de serviços públicos em relação aos seus usuários há ainda um segundo dilema. Alguns doutrinadores alegam que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) não reconhece nenhuma excludente de responsabilidade além das previstas no § 3º do artigo 12 do CDC. Ou seja, tanto o prestador de serviços quanto o fornecedor de produtos não podem alegar caso fortuito ou força maior como excludentes de responsabilidade, uma vez que estes institutos não estão elencados dentro do rol de excludentes de responsabilidade do §3º do artigo 12 do CDC. E mais ainda, alguns doutrinadores alegam que a teoria adotada pelo CDC é a Teoria do Risco Integral.

Ademais, considerando que as concessionárias de energia recebem diretrizes das agências reguladoras como a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, resta saber quais são as obrigações estabelecidas pela ANEEL. Qual o poder normativo da ANEEL em relação às obrigações das concessionárias de energia para com seus usuários?

Por fim, quanto ao conteúdo das normas regulamentadas pela ANEEL se estas se limitam às normas técnica ou se vão para além de sua capacidade regulatória implicando em ora criar obrigações ora em desonerar-se delas.

Portanto, este trabalho monográfico foi dividido em três momentos: no primeiro momento faz uma abordagem histórica das agências reguladoras, da importação do instituto para o Brasil e, no caso da ANEEL, quais são as obrigações e desonerações que esta prevê/impõe para as concessionárias de energia.

Num segundo momento este trabalho analisa o instituto da responsabilidade civil do Estado, observar qual é a teoria aplicada pela Constituição Federal no caso da responsabilidade civil do Estado e, conseqüentemente também sobre as concessionárias prestadoras de serviços públicos como é o caso das concessionárias de energia. Seria a teoria do Risco Administrativo ou a Teoria do Risco Integral?

A depender da teoria a ser aplicada poderá ou não o caso fortuito ou força maior ser considerado como excludente de responsabilidade quando o usuário sofrer um dano.

Paralelo à análise de qual a teoria adotada para definir a responsabilidade civil do Estado cabe ainda considerar qual a teoria aplicada ao Código de Defesa do Consumidor. Isto porque, para além daqueles que tentam dizer que na responsabilidade civil do Estado teria sido adotada a Teoria do Risco Integral, outros também vão afirmar no caso do CDC, que a teoria adotada é a do Risco Integral, isto com base no § 3º do artigo 12 do mesmo diploma.

Por último, uma vez que há julgados dizendo que descargas atmosféricas não podem eximir as concessionárias de energia da responsabilidade de indenizar, quando houver prejuízos aos usuários, caberá a este trabalho, ainda que sem grande profundidade, uma análise a alguns julgados estaduais. Isto porque, alguns tribunais entendem tratar-se de fortuito interno, ou seja, que está intrínseco à atividade exercida pelas concessionárias prestadoras de serviços públicos, dando ensejo ao dever de indenizar. Portanto, caberá que se faça uma análise para saber se as descargas atmosféricas são hipóteses de caso fortuito ou força maior ou se elas podem configurar como fortuito interno, como pretende alguns doutrinadores. Isto é o que se pretende com este trabalho.

Este trabalho orienta-se por um viés prático, observando primeiramente como os tribunais estaduais interpretam o fenômeno da descarga atmosférica nas redes de energia, causando danos aos usuários. Observa ainda alguns dispositivos legais, mas a abordagem principal do método é indutiva.

1. AS AGÊNCIAS REGULADORAS

As agências reguladoras surgem de uma política governamental de transferir ao setor privado a execução de serviços públicos, reservando ao Estado o poder de regulamentação, controle e fiscalização desses serviços.

Essas agências são instituídas como *autarquias sob regime especial*. Isso após reforma administrativa em que surgiram algumas autarquias sob regime especial – que são as denominadas *agências reguladoras*. Não há lei que defina tal regime. Para Celso Antônio Bandeira de Mello¹ a única particularidade marcante para tal regime especial é a nomeação pelo Presidente da República, sob prévia aprovação do Senado, dos dirigentes da autarquia, com garantia em prol destes, de mandato a prazo certo.

Esta única particularidade marcante de tal regime dito especial, em relação às agências reguladoras, na visão de Celso Antônio Bandeira de Mello se dá porque:

No passado fazia-se referência a autarquias especiais ou sob regime especial, para referir as universidades, querendo-se significar, com tal rotulação, que desfrutavam de um teor de independência administrativa, em relação aos poderes controladores exercidos pelos órgãos da administração direta, mais acentuado do que a generalidade dos sujeitos autárquicos. Isto como decorrência tanto da legislação de ensino, em nome da liberdade de pensamento e orientação pedagógica, quanto da circunstância de que seus dirigentes máximos são escolhidos mediante processo prestigiador da comunidade universitária e com mandatos a prazo certo, excluindo-se ou minimizando-se interferências externas ao meio universitário. De fato, o próprio art. 207 da Constituição estatui que “As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”.²

Portanto, as agências reguladoras são autarquias, apenas sob um regime dito “especial” por gozarem de uma maior autonomia, no que tange à escolha de seus dirigentes superiores.

1 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31a. ed. rev. atual e amp. São Paulo: Malheiros, 2013, p 173.

2 MELLO, 2013, p. 173.

No entanto, cabe aqui a definição de autarquias. Segundo o conceito de Hely Lopes Meirelles:

Autarquias são entes administrativos autônomos, criados por lei específica, com personalidade jurídica de Direito Público interno, patrimônio, patrimônio próprio e atribuições estatais específicas. São entes autônomos, mas não são autonomias, inconfundível é autonomia com autarquia: aquela legisla para si; esta administra-se a si própria, segundo as leis editadas pela entidade que a criou.³

Consequentemente, infere-se desta definição de Hely Lopes Meirelles que uma autarquia deve observar a sua lei instituidora. Como depreende-se que as agências reguladoras são autarquias, porém apenas com maior autonomia, estas também devem observar as leis que a criaram.

No caso da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, criada pela lei 9.427, de 26.12.1996, define a lei que sua função é regular e fiscalizar o setor de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica. No entanto, quanto à função regulatória resta saber qual o alcance desse poder. Isto será abordado no item (1. 5), o qual trata das obrigações e responsabilidades da ANEEL como agência reguladora.

Quanto à estrutura jurídica das agências reguladoras o legislador optou por enquadrá-las no gênero de autarquia, ou seja, pessoa jurídica de direito público. Sendo autarquias, as agências reguladoras não constituem um novo modelo de organização dentro da Administração Pública.

Com isso vale a observação da professora Dinorá de que as autarquias, por serem pessoas jurídicas de direito público, subordinam-se às normas constitucionais impostas a esse tipo de entidade pelo artigo 37 da Magna Carta. No entanto, há de se verificar o que há de peculiar entre o regime das agências reguladoras e a generalidade das autarquias. Segue sua análise.

Essas figuras envolvem o exercício de um amplo poder normativo (o poder de ditar normas, com a mesma força de lei e com base em parâmetros, conceitos indeterminados, padrões abstratos e genéricos – standards nela contidos), outorgados pelos diversos diplomas legais que as têm instituído, cumulado com o fiscalizatório, o sancionatório, o de dirimir

3 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 406.

conflitos de interesses entre agentes econômicos regulados, entre tais agentes e a própria agência, ou mesmo entre tais agentes e usuários etc.; e desenvolvem uma tripla regulação: a 'regulação dos monopólios', visando atenuar os efeitos das forças de mercado, através de controles de preços e da qualidade do serviço; a 'regulação para a competição', a fim de criar condições para a existência e manutenção da concorrência e a 'regulação social', objetivando a universalização dos serviços, que agora obedecem a uma certa tendência à eliminação dos subsídios cruzados. Por fim, a circunstância de agirem sem subordinação ao Executivo (daí a "independência", expressão certamente exagerada, sendo melhor falar-se em autonomia)¹³. Com isso, busca-se assegurar uma regulação imparcial, decisões técnicas, dotadas de maior proteção contra as ingerências meramente políticas, que poderiam prejudicar o funcionamento ideal de um modelo competitivo. São exigências dos investidores internacionais, para dar credibilidade às políticas estatais de privatização da exploração dos serviços públicos e segurança a investidores estrangeiros, atraindo-os para a compra de ativos estatais.⁴

Ademais tem-se que as agências reguladoras são criadas por leis esparsas, segundo o inciso XIX do artigo 37 da Constituição Federal.

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

(...)

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;”

A mesma entidade criada por determinada lei, segundo o art. 37, XIX da CF, somente pode ser extinta por esse mesmo meio uma vez que no âmbito do direito administrativo prevalece o princípio do paralelismo das formas.

Ainda quanto às agências reguladoras cabe ressaltar que a instituição é um modelo regulatório estruturado e enquadrado dentro de um contexto neoliberal de reformulação da atuação estatal.

O fato do Estado brasileiro ter tido grande interferência na atuação e desempenho da atividade econômica, por meio da execução direta de serviços públicos, inevitavelmente acarretou numa sobrecarga ao próprio ente estatal. Isto o forçou a tomar medidas com a finalidade de custear o funcionamento das inúmeras

4 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *As Agências Reguladoras*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 6, mai/jun/jul, 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 04 de maio de 2015, p. 8.

estruturas administrativas que se criavam para atender aos interesses coletivos mais relevantes.

Basicamente foi diante de uma falência estatal que houve a imperatividade do “mercado” demandando ao Estado uma reestruturação de sua administração pública e de “repensar o que deve caber ao Estado e o que deve caber à sociedade”⁵, tudo isso sob a noção de subsidiariedade da função do Estado na atividade econômica. Segundo Bruno Costa de Almeida,

(...) A proposta era que o Estado se concentrasse nas atividades verdadeiramente essenciais, de cuja execução não poderia se desincumbir, transferindo à iniciativa privada funções que podem ser desenvolvidas com maior eficiência pelos particulares, seja em regime de livre-iniciativa, seja em regime de direito público, as quais permaneciam sob a sua regulação. Repensadas as funções do Estado, emergiu como medida salutar a readequação da estrutura necessária a sua execução. A máquina administrativa seria enxugada pela via da desestatização.⁶

Com isso, a partir do momento em que o Estado brasileiro decidiu modificar sua estratégia até então desempenhada, este criou o Plano Nacional de Desestatização – PND através da Lei 8.031 de 1990 e a lei 9.491 de 1997. Dentre os objetivos principais desse plano elencados no rol do artigo 1 da lei 9.491 de 1997, está o de “reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público”.

1.1 Origem das agências reguladoras

O primeiro ensaio sobre o que viria ser, hodiernamente conhecida como “agências reguladoras,” ocorre no Parlamento Inglês na primeira metade do século XVII. A existência desses órgãos autônomos dentro da estrutura administrativa britânica possibilitou ao Parlamento Inglês concretizar medidas previstas em lei. Já na segunda metade do mesmo século o “instituto” é importado

5 VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Agências reguladoras*. Rio de Janeiro, 2004, p.186.

6 ALMEIDA, Bruno Costa de. *Agências reguladoras independentes, atividade regulatória e conflito normativo*. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, v.10, n.36, p. 47-79, jan./mar.2012, p. 48.

para os Estados Unidos. Enquanto na Inglaterra foi criado diante da necessidade de se regulamentar as interpretações dadas à lei, em solo americano fez imprescindível o uso do instituto para a regulação das grandes indústrias da época – tendo em vista o capitalismo voraz que se avançava. Em contrapartida, no Brasil, o instituto das agências reguladoras, embora importado dos Estados Unidos sua função era viabilizar a entrada de capital estrangeiro no País – realidade motivadora da aplicação do instituto já bem diferente e ampliada de sua ideia embrionária.

Portanto, as agências reguladoras têm sua origem incipiente, como órgão autônomo dentro organização administrativa do poder legislativo. Isto porque, na Inglaterra, a partir de 1834, houve a necessidade de “entes autônomos”⁷ que pudessem concretizar medidas previstas em lei. O intuito era que esses “entes autônomos” além de executar as medidas previstas em lei também pudessem dirimir controvérsias resultantes das interpretações da própria lei regulada. Portanto, para cada lei que cuidava de determinado tema de relevância, criava-se um ente para aplicá-la.

Nos Estados Unidos, em 1887, ante o grande crescimento das empresas ferroviárias e suas imposições com pesadas tarifas, as quais eram estipuladas livremente, surgiu um movimento contrário, organizado por fazendeiros do Oeste, a esta arbitrariedade. Eles atuaram como grupo de pressão sobre as Assembleias estaduais, exigindo que as tarifas ferroviárias fossem regulamentadas. Nesse mesmo ano foram criadas as duas primeiras “agências reguladoras”, *Interstate Commerce Commission (ICC)* e a *Federal Trade Commission (FTC)*.⁸

Importante notar que o motivo da regulamentação é diferente, senão contrário, dos motivos que ocasionaram a importação do mesmo instituto em

7 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *As Agências Reguladoras*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, instituto de Direito Público da Bahia, nº. 6, mai/jun/jul, 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 04 de maio de 2015. p, 3.

8 BINENBOJM, Gustavo. *As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, instituto de Direito Público da Bahia, nº. 3, agos-set-out, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 04 de maio de 2015.p, 2.

solo brasileiro. Enquanto lá era para frear o desmando da iniciativa privada, aqui era para viabilizar o exercício da iniciativa privada.

No Brasil a importação do instituto das denominadas agências reguladoras é recentíssimo, teve início nos anos 90 com a política nacional de privatizações e de desestatização. Nessa década, diante da necessidade de atrair investimentos da iniciativa privada para o País, fez-se impreterível a importação de um modelo regulatório – não para frear os impulsos do capitalismo, pelo contrário, foi exatamente para fomentar a entrada de grandes empresas estrangeiras. A importação do instituto das agências reguladoras advindo dos Estados Unidos tinha como principal mote: definir as regras do jogo.

1.2 As agências reguladoras nos Estados Unidos

Nos Estados Unidos os entes autônomos ou independentes surgem, a partir de 1887, com a criação da *Interstate Commerce Commission (ICC)* e da *Federal Trade Commission (FTC)*. Foi com a busca pela regulação das grandes indústrias da época como a do transporte ferroviário que o poder regulatório se espraiou no terreno norte-americano atingindo seu ápice, na década de 30, com o plano *New Deal*.

O *New Deal* foi uma política econômica do governo de Franklin Delano Roosevelt em resposta à crise de 1929. O país estava avassalado pela força desmedida de um capitalismo voraz numa época em que o direito à propriedade e os direitos individuais eram tidos como direitos praticamente absolutos. É nesse cenário de alta convulsão econômica, de questionamento social do então modelo econômico aplicado, que surgem as agências reguladoras propriamente ditas. Assim assinala Gustavo Binenbojm:

“(...) embora a *Interstate Commerce Commission (ICC)* – normalmente apresentada como a primeira agência reguladora independente norte-americana - a *Federal Trade Commission (FTC)* e a *Federal Radio Commission (FRC)* hajam sido criadas, respectivamente, em 1887, 1914 e 1926, foi somente com o *New Deal* que a moderna agência reguladora se tornou um elemento característico da Administração Pública norte-americana. É neste período que toma corpo, quantitativa e

qualitativamente, a idéia de uma Administração policêntrica e insulada de influências políticas, caracterizada por sua expertise e pela sua capacidade de responder pronta e eficientemente às demandas crescentes de uma sociedade cada vez mais complexa, este é o principal legado institucional do *New Deal*.⁹

Essa proliferação das agências reguladoras independentes, durante os anos 30, têm como pano de fundo não apenas a questão da melhor “capacitação técnica” para gerir a Administração Pública, mas também a necessidade de desarticular os “entraves” impostos pelo poder Judiciário norte-americano, altamente conservador. O Poder Judiciário não estava preocupado com justiça social, mas tão somente na manutenção dos privilégios da classe hegemônica. Esta fase do Poder Judiciário norte-americano ficou conhecida como a *Era Lochner*.¹⁰

Na *Era Lochner*, a Suprema Corte norte-americana julgava sob o prisma do individualismo puro e da liberdade de contratar sem considerar a posição de vulnerabilidade do empregado face à empresa contratante. Não havia diferença na liberdade de contratar desde um garoto pobre de chão de fábrica ao proprietário. A visão da Suprema Corte era insulada, antiprogressista, pois os juristas norte-americanos identificavam-se com a teoria econômica do *laissez-faire*. Esses eram os *standards*¹¹ jurídicos da *common law*. Para melhor compreensão deste período vale o comentário de Cass Sunstein, citado por Gustavo Binbenbojm:

“Para os reformistas do *New Deal*, o *common law* não era nem natural nem pré-político. Pelo contrário, ele incorporava uma teoria social determinada, que atendia a certos interesses às custas de outros. Particularmente, os *New Dealers* viam o *common law* como um mecanismo de insulamento da distribuição existente de riqueza e de benefícios legais em relação ao controle coletivo. O catálogo de direitos do *common law* incluía, ao mesmo tempo, muito e muito pouco – uma excessiva proteção do interesse

9 BINENBOJM, Gustavo. As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 3, agos-set-out, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 04 de maio de 2015, p. 2.

10 In *Lochner v. New York* (1905), a Suprema Corte Americana julgou inconstitucional uma lei editada pelo estado de Nova York, a qual estabelecia a carga máxima de trabalho a ser desempenhada na função de padeiro. Disponível na internet: <http://www.pbs.org/wnet/supremecourt/capitalism/landmark_lochner.html> Acesso em 07 de julho de 2015, p. 1.

11 *Standards*, traduzido para o português no sentido de “padrões”.

estabelecido dos proprietários e uma proteção insuficiente dos interesses dos pobres, idosos e desempregados.”¹²

A Suprema Corte Americana funcionava como um mecanismo de barragem dos avanços progressistas sobre as liberdades econômicas. Fase que ficou conhecida com a Era Lochner (1905 a 1937). Isso porque em 1905 o Tribunal de Justiça derrubou uma lei estadual no estado de Nova York, que limitava a jornada dos padeiros.

No entanto, vale ressaltar que embora as agências reguladoras tenham sido criadas sob o argumento de se ter melhor capacidade técnica para gerir determinados assuntos da Administração Pública, na verdade, elas surgem da necessidade impreterível de driblar os entraves postos às regulações pelo judiciário conservador da *common law*.

Segundo Gustavo Binenbojm¹³, é a partir da denominada Segunda Carta de Direitos, denominação dada por Franklin Delano Roosevelt, que houve um arranjo institucional para a implementação das agências reguladoras. Desde então estas se firmaram como entidades propulsoras da publicização de certos setores da economia, mitigando as garantias liberais clássicas da propriedade privada e da autonomia absoluta da vontade entre as partes.

Todavia, o ponto emblemático das agências reguladoras nos Estados Unidos dar-se-á na década de 30. Nessa década há o ápice da evolução do poder regulatório das agências reguladoras em determinados setores da atividade econômica. Posterior a esta fase, o novo ciclo que se sucede sobre o poder regulatório das agências reguladoras é o de duras críticas ao grau de intrusividade das mesmas na atividade econômica, e de sua eficiência altamente questionável. Foram fortes pressões às agências reguladoras, pelos agentes

12 Cass R. Sunstein, O constitucionalismo após o *The New Deal*, in *Regulação Econômica e Democracia – O Debate Norte-Americano*, Editora 34, 2003, p. 131/133. Citado por BINENBOJM, Gustavo. *As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, instituto de Direito Público da Bahia, nº. 3, agos-set-out, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 04 de maio de 2015.p, 3.

13 BINENBOJM, Gustavo. *As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, instituto de Direito Público da Bahia, nº. 3, agos-set-out, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 04 de maio de 2015.p, 3.

políticos e poderes econômicos, que desde então já não se discute mais sobre sua autonomia como condição para o seu exercício técnico e neutro politicamente.

Essa fase de maior questionamento sobre as funções e finalidades das agências reguladoras tem início na segunda metade do século passado. É a fase de desvirtuamento de suas finalidades. Segundo Dinorá:

Entre os anos de 1965-1985 defrontou-se o sistema regulatório americano com um problema que desvirtuou as finalidades da regulação desvinculada do poder político: a captura das agências reguladoras pelos agentes econômicos regulados. Explique-se: os agentes privados, com seu colossal poder econômico e grande autonomia perante o poder político, não encontraram dificuldades para implantar um mecanismo de pressão que acabasse por quase que determinar o conteúdo da regulação que iriam sofrer. Os maiores prejudicados, por consequência, foram os consumidores.¹⁴

Ainda segundo a autora, somente ao final desta fase e, num processo contínuo até os dias atuais, é que o modelo começou a se redefinir para que se consolidasse num modelo regulatório independente e, com os controles externos adequados a garantir essa independência.

No mesmo sentido, Gustavo Binenbojm observa que nas últimas décadas o que se observou foi um crescimento dos mecanismos de controle tanto por parte do Presidente, por meio de decretos, quanto pelo Congresso por meio do “Veto Legislativo” sobre as agências reguladoras, mesmo diante de uma certa participação de determinadas entidades como a de defesa dos consumidores e do meio ambiente nos processos regulatórios.

O poder judiciário norte-americano não fica de fora desse processo de controle das funções do poder regulatório das agências reguladoras. Aliás, tem desenvolvido um crescente controle sobre essas agências, atualmente através da doutrina chamada de *hard-look*. Ela foi desenvolvida para permitir ao judiciário de invalidar decisões arbitrárias. Assim observa Gustavo Binenbojm que:

“(...) a doutrina *hard-look* tem servido ora para exigir das agências a demonstração de que as vantagens da regulação justificam as suas desvantagens, ora para invalidar ou devolver para a agência medidas

14 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *As Agências Reguladoras*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 6, mai/jun/jul, 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 04 de maio de 2015.

regulatórias que não atendem aos objetivos da lei, ora para exigir melhores explicações da agência acerca de críticas ou comentários feitos por partícipes do processo de consulta pública. Assim sendo, o Judiciário tem se comportado como um verdadeiro curador da racionalidade dos processos regulatórios.”¹⁵

Por fim o autor conclui sobre a implantação e experiência advindas com a criação das agências reguladoras em solo norte-americano, em três pontos:

“(i) as agências reguladoras surgiram e se proliferaram como instrumentos de intervencionismo e relativização das garantias liberais clássicas, como o direito de propriedade e a liberdade contratual, havidas como quase absolutas durante a fase do capitalismo liberal puro;

(ii) a implementação de uma plataforma social-democrata, proposta pelo *New Deal*, só se tornou possível com a criação de agências reguladoras insuladas de pressões políticas conservadoras e dotadas de competências amplamente discricionárias para transformar a regulação erigida pela tradição da *common law*;

(iii) a experiência regulatória norte-americana da segunda metade do século XX mostra que o contraponto da autonomia reforçada das agências reguladoras foi um incremento dos mecanismos de controle político, jurídico e social, realizados de diferentes formas pelos três poderes e por grupos econômicos e sociais organizados. Tais mecanismos são fundamentais, de um lado, para diminuir o risco de captura dos entes reguladores por agentes ou grupos econômicos bem organizados e, por outro lado, para aumentar o grau de responsividade social e legitimidade democrática da função regulatória.¹⁶

1.3 Origem das agências reguladoras no Brasil

No Brasil, o contexto político, ideológico e econômico, em que se dá a implantação das agências reguladoras, na década de 90 é diametralmente¹⁷ oposto ao norte-americano. Mesmo que o modelo das agências reguladoras tenha sido adotado dos Estados Unidos, as razões na prática brasileira são outras.

Na década de 90, vigorava a máxima da reforma administrativa do Estado brasileiro, o que constitui-se no processo de desestatização, adotando-se medidas para distanciar o poder estatal de determinadas atividades, as quais deveriam ser melhor desempenhadas pela iniciativa privada. Isto diante de uma

15 Gustavo B. p. 4.

16 Gustavo B. p. 5.

17 Idem. 2005. p. 6.

quase falência estatal, situação em que o Estado não mais conseguia conduzir com qualidade e eficiência todas as atividades econômicas tidas como essenciais e que o Estado tentava desempenhá-las sem a presença da iniciativa privada.

É diante desse cenário, já no Governo de Fernando Collor que se estabelece o “Plano Brasil Novo” criado pela Medida Provisória 155/1990, posteriormente convertida na lei 8.031 de 1990, que se institui as agências. Mais adiante com o Governo do Fernando Henrique Cardoso é implantado o Plano Nacional de Desestatização (PND), através da Lei 9.491 de 1997, a qual revogou a lei anterior 8.031 de 1990. Desde então aquela está em vigor, sobrevivendo inclusive às mudanças políticas democráticas.

Os objetivos principais desse plano estão elencados no rol do artigo 1 da lei 9.491 de 1997, são eles:

Art. 1º O Programa Nacional de Desestatização – PND tem como objetivos fundamentais:

I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;

II - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida;

III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;

IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito;

V - permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;

VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.

Através dos objetivos do PND pode-se observar que as agências reguladoras no Brasil foram criadas com o intuito de minimizar a interferência estatal nas atividades econômicas. E isso era necessário para que o Estado

pudesse concentrar seus esforços nas atividades onde sua atuação é fundamental além de viabilizar a entrada de investimentos nas empresas e atividades que viriam a ser transferidas à iniciativa privada.

A criação das agências reguladoras fez-se necessária diante da obsolência estatal e da exigência de investidores, para que o capital privado ficasse menos suscetível às vicissitudes políticas marcadas por movimentos nacionalistas de direita e de esquerda no País. De fato, isso pode ser constatado durante o Governo de Luiz Inácio Lula da Silva, numa tentativa de relativizar o poder regulador das agências reguladoras, especialmente quanto a regulamentação tarifária.

(...) em março de 2003, Lula designou uma comissão para discutir uma proposta legislativa de reforma da estrutura das agências. De outra parte, o governo iniciou um acalorado debate público com as agências de telecomunicações (ANATEL) e energia (ANEEL) tendo por objeto a revisão das tarifas telefônicas e de energia, cujo exame encontrava em curso. Por evidente, não interessava a um governo popular que, logo em seu começo, medidas impopulares – como o aumento de tarifas – fossem determinadas pelas agências. Na percepção da opinião pública, tais medidas seriam certamente atribuídas ao governo como um todo.¹⁸

Nessa época, o Governo de Lula fez um levantamento da atividade regulatória das agências reguladoras. Seu Governo criticava a excessiva autonomia das agências e com isso pleiteava pela substituição e interferência, por parte do Presidente da República, nos mandatos dos diretores das agências. Entretanto, em abril de 2003, a imprensa divulgou que:

(...) o governo teria tomado conhecimento de que as leis que criaram as agências não permitiam alterações na sua estrutura por medida provisória, o que impediria a reformulação da estrutura básica das agências com a finalidade de produzir efeitos imediatos.¹⁹

“Outro obstáculo para as mudanças pretendidas pela administração do governo Lula foi o receio das novas lideranças políticas em desestimular os investimentos estrangeiros no Brasil,”²⁰ Com isso, após calorosos debates e

18 Idem. 2005, p. 9.

19

http://www.observatoriouniversitario.org.br/documentos_de_trabalho/documentos_de_trabalho_17.pdf
f. p. 10.

20 Idem, p. 10.

proposta intentadas pelo governo, os contratos de gestão permaneceram inalterados.

No entanto, as agências reguladoras no País não são totalmente novas ou desconhecidas. Elas já estavam presentes como órgãos e entidades reguladoras, a saber: o Comissariado de Alimentação Pública (1918), o Instituto de Defesa Permanente do Café – IBC (1923), o Instituto do Alcool e do Açúcar – IAA (1933), o Instituto Nacional do Mate (1938), o Instituto Nacional do Sal (1940), o Instituto Nacional do Pinho (1941).²¹

Porém, é somente durante o governo do Fernando Henrique Cardoso (FHC), que os “institutos” passam a ser denominados de “agências reguladoras”, por influência do direito norte-americano, dotadas de autonomia e independência com natureza de autarquias de regime especial.

Como já mencionado em tópico anterior, regime especial para a doutrina é porque elas são criadas a partir de uma concepção político-ideológica, visando impedir influências políticas sobre a regulação e disciplina em certas atividades administrativas e, sobretudo, a não interferência política na nomeação dos cargos diretivos.

Quanto às atividades afetas à disciplina e controle das agências autárquicas sob regime especial temos a seguinte classificação segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

- (i) serviços públicos propriamente ditos. É o caso da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (...);
- (ii) atividade de fomento e fiscalização de atividade privada – caso da Agência Nacional do Cinema – ANCINE (...);
- (iii) atividades exercitáveis para promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, sob os cuidados da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP (...);
- (iv) atividades em que o Estado preconiza, mas que são paralelamente facultadas aos particulares. Por exemplo a ANVISA (...);

21 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 6, mai/jun/jul, 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 04 de maio de 2015.p, 4.

(v) agência reguladora de uso de bem público. A Agência Nacional de Águas – ANA(...).²²

Portanto, o Plano Nacional de Desestatização teve como objetivos estratégicos, dentre outros, além de reduzir o déficit público e sanear as finanças governamentais, também de transferir à iniciativa privada todas as atividades que o Estado exercia de forma dispendiosa e indevida.

Essa foi uma forma de se realizar o processo de privatização, através da alienação de direitos pertencentes ao Governo Federal às pessoas da iniciativa privada. Dessa forma deu-se o afastamento do Estado, de determinadas atividades, com isso passou-se a exigir a instituição de órgãos reguladores, através das agências reguladoras.

1.4 A Agência Nacional De Energia Elétrica (ANEEL)

A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) enquadra-se como autarquia de regime especial de serviços públicos propriamente ditos. Foi a primeira autarquia sob o regime especial a ter recebido o nome de agência reguladora no Brasil, através da lei 9.427 de 1996. Ela é fruto do amplo processo de desestatização do Estado na década de 90.

Entretanto, sua legislação histórica remonta desde o Ministério da Agricultura, em 1920, com o Serviço Geológico e Mineralógico do Brasil, órgão do então Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio. Em 1934, surge o Departamento Nacional da Produção Mineral (DNPM), no qual através do Regimento do Departamento Nacional da Produção Mineral, baixado com o Decreto nº 6.402, de 28 de outubro de 1940, o Serviço Geológico e Mineralógico do Brasil foi transformado na Divisão de Geologia e Mineralogia, e o Serviço De Águas tornou-se Divisão De Águas.

22 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 31a. ed. rev. atual e amp. São Paulo: Malheiros, 2013.p, 174 - 175.

Somente em 1960 houve a Criação do Ministério das Minas e Energia, com isso desligou-se do DNPM, passando a integrar o Ministério das Minas e Energia, criado pela Lei nº 3.782, de 22 de julho de 1960.

Em 1965 foi criado o Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (DNAEE), conforme as disposições da Lei nº 4.904. Consequentemente, “A existência de dois órgãos com finalidades análogas ocasionou, durante alguns anos, dificuldades que se refletiam na política energética nacional”.²³

O DNAEE perdurou desta forma até 1996 quando foi possível a criação do Instituto da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). Com isso a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, ao instituir a ANEEL extinguiu o DNAEE.

1.5 Das obrigações de responsabilidade da ANEEL como agência reguladora

Consoante o artigo 2º da lei 9.427 de 1996 a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL tem, dentre outras finalidades a de regular e fiscalizar. Vejamos:

Art. 2o A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.

Compete à ANEEL regular os serviços de energia elétrica e fiscalizar. No entanto resta saber primeiramente a definição de regulamento para então antever o alcance do poder regulatório da ANEEL.

Segundo o doutrinador Hely Lopes Meirelles, os regulamentos são atos administrativos, postos em vigência por decreto, com a finalidade de especificar os ditames de determinada lei, ou ainda, providenciar regulações sobre situações ainda não disciplinadas pela mesma. Prossegue o autor que:

23 Disponível na internet: <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=8> > Acesso em 01 de julho de 2015, p. 1.

(...) Desta conceituação ressaltam os caracteres marcantes do regulamento: ato administrativo (e não legislativo); ato explicativo ou supletivo da lei; ato hierarquicamente inferior à lei; ato de eficácia externa.

(...)

O regulamento, embora não possa modificar a lei, tem a missão de explicá-la e de prover minúcias não abrangidas pela norma geral editada pelo legislativo”.²⁴

Da definição de Meirelles pode-se depreender que regulamentos não podem produzir, e muitos menos renovar, mas tem uma função precípua de esclarecer sobre a aplicabilidade da norma regulada. Isso vai ao encontro do texto do Caperna²⁵ quando este rebateu as obrigações instituídas pela ANEEL, ainda na sua antiga Resolução Normativa 61/2004.

A Resolução Normativa 61/2004 instituiu obrigações às concessionárias de energia elétrica de indenizar em casos de perturbações ocorridas no sistema elétrico (descargas atmosféricas inclusive) e nos equipamentos instalados nas unidades consumidoras.

Esta resolução, embora tenha sido substituída pela atual Resolução nº 414/2010 da ANEEL, a qual retirou a obrigação imposta pela resolução normativa 61/2004, serve para o ponto em questão, isto porque o que deve ser considerado neste trabalho é a análise do autor supracitado e sobre sua conclusão de que não cabe à ANEEL, por meio de edição de resoluções normativas, querer legislar, isto é, criar direitos e obrigações ou ainda extingui-los por conta. Tais direitos e deveres só podem ser instituídos ou extintos em virtude de lei.

Portanto, o entendimento do Caperna coaduna com o que está expresso no artigo 2º da lei 9.427 de 1996, que instituiu a ANEEL, o que não poderia ter sido diferente do que está previsto neste artigo.

24 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 197.

25 CARPENA, Marcio Louzada; FRANCESCHETTI, Jaqueline. *Responsabilidade de concessionárias de serviço público de energia elétrica por danos decorrentes de descargas atmosféricas*. **Revista dos Tribunais**, v. 94, n. 841, p. 119-120.

2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO

A responsabilidade civil do Estado, de um modo geral, é a obrigação legal imposta ao Estado, de reparar danos causados a terceiros no desempenho de suas atividades.

Depreende-se dessa concepção que o Estado, como sujeito de direitos e obrigações na esfera jurídica, ao realizar suas atividades administrativas, legislativas e jurídicas pela busca da realização do bem comum da coletividade, interage com a mesma em uma pluralidade de atos administrativos, judiciais e legislativo.

Ocorre que, durante a realização das atividades do Estado, a fim do proporcionar o bem-estar da coletividade, este pode vir a causar um dano material ou moral ou ambos a determinada pessoa. Como seria muito injusto que esta pessoa sofresse o dano sozinha em prol do bem-estar da sociedade é que surge o dever do Estado em ressarcir a vítima pelo dano sofrido. Desse “dever” do Estado, surge a responsabilidade civil do Estado.

Como fundamento específico da responsabilidade civil do Estado está a ideia de que o mesmo é criador de direitos por meio de seus órgãos legislativos sob os quais o próprio Estado encontra-se submetido à força dos imperativos de sua lei. Portanto, ao criar direitos, surge para o Estado deveres, concepção dada pelo Estado de Direito.

Nas palavras de Gabriel de Britto Campos, a responsabilidade civil do Estado pode ser definida como “(...) o dever que lhe é atribuído pela ordem jurídica de reparar os danos materiais ou morais causados aos administrados por atos comissivos ou omissivos, lícitos ou ilícitos de seus agentes no exercício de suas atividades.”²⁶

No entanto, nem sempre, se voltarmos à ideia da concepção de Estado, este respondeu pelos danos materiais e morais causados aos seus

26 CAMPOS, Gabriel de Britto. *Evolução histórica da responsabilidade civil do Estado*. Fórum Administrativo : Direito Público, Belo Horizonte, v.11, n.126, p. 43-57, ago./2011. p. 43.

administrados. Para alcançar o patamar da responsabilidade civil do Estado de Direito hodiernamente conhecida, como a responsabilização pelo dano causado a terceiros ao exercer sua atividade, houve todo um amadurecimento histórico do que seria a responsabilidade por danos causados e em que situações deveria o Estado responder.

2.1 Evolução histórica da responsabilidade civil objetiva do Estado

A responsabilidade civil do Estado foi um processo gradual, desde sua concepção, onde primeiramente a ideia que se tinha era de que o Estado não respondia pelos danos, Teoria da Irresponsabilidade do Estado, até ao atual entendimento de alguns autores de que o Estado deve responder por tudo, independentemente de o Estado ter dado causa, culminando no desenvolvimento da Teoria do Risco Integral.

De acordo com essa teoria o Estado não pode valer-se das excludentes como, culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro ou caso fortuito ou força maior, a fim de eximir-se do dever de reparar a vítima pelo dano. Embora a Teoria do Risco Integral signifique um ponto extremo daquilo que deve responder o Estado ela serve de baliza para melhor compreensão da Teoria do Risco Administrativo, como veremos mais adiante.

Todavia, em princípio, o Estado não respondia pelos danos a que viesse causar aos seus administrados, fase em que era aplicada a Teoria da Irresponsabilidade do Estado,²⁷ em contrapartida, hoje fala-se em total responsabilização por parte do Estado quando se quer aplicar a Teoria do Risco Integral.

O primeiro ponto de partida na construção da responsabilização estatal foi as chamadas Teorias Civilistas. Essas teorias eram compreendidas em: Teoria dos Atos de Império e Gestão e, Teoria da Culpa Civil ou Teoria da

27 CAMPOS, Gabriel de Britto. *Evolução histórica da responsabilidade civil do Estado*. Fórum Administrativo: Direito Público, Belo Horizonte, v.11, n.126, p. 43-57, ago./2011. p. 44.

Responsabilidade Subjetiva. Essas teorias foram um marco histórico na medida em que foi a primeira tentativa de se aplicar a responsabilização do Estado pelos seus atos quando este viesse causar um dano aos administrados.²⁸

Pela primeira vez, desde que comprovada a culpa dos agentes públicos, o Estado passou a responder pelos danos causados a terceiros. Entretanto, restava ainda resguardado da responsabilidade civil os atos de império, ou seja, aqueles praticados com prerrogativas próprias da autoridade Estatal em exercício de sua soberania, os quais eram impostos unilateralmente aos administrados.

Num terceiro momento surgem as Teorias Publicistas, a saber: Teorias da *Faute du Service* ou Culpa do Serviço; Teoria do Risco Administrativo e; Teoria do Risco Integral. A primeira ainda sofreu modificações significativas vindo a culminar com a responsabilidade civil do Estado por omissão. As duas últimas teorias são aplicadas hodiernamente no atual ordenamento jurídico brasileiro.

Vale lembrar que a doutrina primeiramente passou a considerar a responsabilidade do Estado conforme o conceito de dolo ou culpa, isso ainda dentro da perspectiva das Teorias Civilistas, onde o Estado era equiparado, ou melhor, tratado como um particular. Assim, preleciona Araujo Netto²⁹ que o Estado passou a ser responsabilizado pelos atos de seus agentes, ao prejudicarem terceiros, em consequência de terem sido praticados com imprudência, negligência ou imperícia do agente público. Mesmo assim era necessário o particular provar ação do Estado que lhe causou o dano sofrido e a culpa do agente, a fim de se obter o reconhecimento a responsabilidade civil do Estado.

No Brasil a Teoria da Culpa Civil Responsabilidade subjetiva, segundo CAMPOS,³⁰ foi adotada na vigência do Código Civil de 1916.

28 MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Max Limonad, 1960. v.2, p. 317.

29 ARAUJO NETTO, Edmir. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.p.719.

30 CAMPOS, Gabriel de Britto. *Evolução histórica da responsabilidade civil do Estado*. Fórum Administrativo : Direito Público, Belo Horizonte , v.11, n.126, p. 43-57, ago./2011. p. 48.

Essa evolução histórica da acepção das diversas teorias adotadas na esfera da responsabilidade civil do Estado é importante para mais a frente compreendermos a viabilidade ou não de querer-se fazer uso da Teoria do Risco Integral dentro do ordenamento jurídico em situações que deve o Estado ser responsabilizado pelos danos sofridos por seus administrados.

No entanto, retomando a evolução histórica das Teorias da Responsabilidade Civil do Estado importa ainda ressaltar a primeira teoria (Teoria da *Faute du Service*)³¹, das Teorias Publicistas da Responsabilidade Estatal. Isso porque, com o desenvolvimento do direito administrativo, e um conseqüente reconhecimento de sua autonomia administrativa, houve nova abordagem do direito público. Com isso reconheceu-se que o Estado não mais podia ser submetido às mesmas regras de responsabilidade civil a que estavam submetidas as pessoas de direito privado.

Como o Estado somente responderia mediante comprovação da culpa é que a doutrina cunhou essa responsabilidade como Teoria da Culpa Civil ou Responsabilidade Subjetiva. Entretanto esta Teoria, embora fosse um grande avanço em relação a Teoria dos Atos de Império e Gestão, ela ainda não abarcava a questão de quando o Estado é omissivo no desempenho de suas atividades. Assim sumariza CAMPOS que:

Considerando que até a segunda metade do séc. XIX, estando vigente a Teoria da Culpa Civil, a Possibilidade de se responsabilizar o Estado pelos atos de seus agentes, dependia da identificação da culpa pessoal do agente público causador do dano. Embora este entendimento constituísse um avanço em relação ao frágil sistema da Teoria dos Atos de Império e de Gestão, e ainda, um avanço brutal em face da teoria da irresponsabilidade civil, ele não era capaz de solucionar os casos de responsabilidade civil por omissão, e os casos de responsabilidade civil onde não era possível identificar pessoalmente o agente público causador do dano.³²

31 MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forence, 1968.v.2,p.482.

32 CAMPOS, Gabriel de Britto. *Evolução histórica da responsabilidade civil do Estado*. Fórum Administrativo : Direito Público, Belo Horizonte , v.11, n.126, p. 43-57, ago./2011. p. 50.

Continua o autor supracitado que diante do imperativo de que o Estado viesse responder pelos seus atos omissivos é que surgiu a Teoria da Culpa do Serviço ou ainda Teoria da Culpa Administrativa, vejamos:

(...) Neste momento surgiu a Teoria da *Faute du Service*, também chamada de Teoria da Culpa do Serviço ou ainda Teoria da Culpa Administrativa, ou ainda, Teoria da Culpa Anônima, construída sobre princípios de direito público e representativa de um enorme avanço do tema da responsabilidade civil do Estado. A partir de então, passou o Estado a ser responsabilizado pelos atos omissivos, quando estes fossem a causa de lesão sofrida pelo administrado.³³

Entretanto, segundo o mesmo autor supracitado, cabe notar que essa teoria não abandonou totalmente a Teoria Civilista da Responsabilidade Subjetiva, uma vez que competia à vítima do dano provar a culpa do Estado. Só posteriormente é que o Estado terá o ônus da prova. No entanto, durante certo tempo as duas teorias, tanto a Teoria da Culpa Civil, quanto a Teoria da Culpa do Serviço, coexistiram sendo cada uma aplicada a seu caso.

Outra questão importante a cerca da Teoria da Culpa do Serviço ou Teoria da *Faute du Service* é que o termo *faute* cuja tradução do francês é “culpa”, mas que também é traduzido e entendido no português brasileiro como “falta” denota a ideia de ausência, contribuindo para o entendimento de que esta teoria da responsabilidade civil do Estado seria objetiva, o que no entender de Celso Antônio³⁴ é um erro.

Para Celso Antônio³⁵ outro fato importante de ter-se em conta é a questão de muitos entenderem de que na Teoria da Culpa Administrativa existe uma “presunção de culpa” da Administração. Só que somente haverá responsabilidade subjetiva do Estado por esta teoria quando o Estado não funcionar, funcionar mal ou funcionar atrasado. Caso contrário, segundo o autor supracitado, estaríamos saindo

33 CAMPOS, Gabriel de Britto. *Evolução histórica da responsabilidade civil do Estado*. Fórum Administrativo : Direito Público, Belo Horizonte , v.11, n.126, p. 43-57, ago./2011. p. 50.

34 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22 . ed. São Paulo: Malheiros, 2006.p.960.

35 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22 . ed. São Paulo: Malheiros, 2006.p.961.

da Teoria da Culpa do Serviço ou Teoria da *Faute du Service* para adentrar na Teoria do Risco Integral.

E o que seria a Teoria do Risco Integral?

Alguns autores como Maria Sylvia Zanella di Pietro³⁶ ao citar Hely Lopes Meirelles afirma que a responsabilidade civil do Estado incide independentemente da ocorrência das circunstâncias de excludentes de responsabilidade. Isto porque, segundo eles, a Constituição Federal, com a nova redação dada pela emenda constitucional 49, na d), XXIII, do artigo 21, prevê que a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa. Com isto pretende-se afirmar que neste dispositivo constitucional foi adotada a teoria do Risco Integral.

Todavia, a doutrina majoritária entende que em relação ao artigo 37, §6º da CF/88 a teoria adotada foi a Teoria do Risco Administrativo. Portanto, para melhor clareza quanto à distinção entre as duas teorias mencionadas vale a lição de Cavaliere Filho³⁷, que assim dispõe:

Convém registrar que a teoria do risco administrativo não se confunde com a do *risco integral*, muito embora alguns autores neguem a existência de qualquer distinção entre elas, chegando, mesmo, a sustentar que tudo não passa de uma questão de semântica. O risco administrativo, o risco integral e o acidente administrativo seriam rótulos diferentes para designar coisas iguais. A realidade, entretanto, é que a distinção se faz necessária para que o Estado não venha a ser responsabilizado naqueles casos em que o dano não decorra direta ou indiretamente da atividade administrativa.

Continua o autor que:

Com efeito, a teoria do risco administrativo, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite ao Estado afastar a sua responsabilidade nos casos de exclusão do nexos causal – fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro. (...).

36 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 647.

37 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 2.ed., rev. aum. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 162.

Já na definição feita por Meirelles³⁸ ao distinguir Teoria do Risco Administrativo da Teoria do Risco Integral, aponta o autor que nesta o Estado tem o dever de indenizar as vítimas de danos não cabendo a ele alegar em sua defesa quaisquer das excludentes de responsabilidade como nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, ou caso fortuito ou força maior. Já naquela, o Estado responde somente pela atividade que pratica, ou seja, na hipótese em que venha de fato causar dano à vítima. Na Teoria do Risco Administrativo o Estado pode e deve defender-se alegando existência de cláusulas excludentes de responsabilidade civil.

Hodiernamente subsiste as duas teorias, embora alguns doutrinadores dirão que quando alguns mencionam a Teoria do Risco Integral estão na verdade referindo-se a Teoria do Risco Administrativo, o fato é que elas estão aí. Resta saber, para este trabalho, qual delas a CFR/88 adotou para a responsabilidade civil das concessionárias de energia.

2.2 A responsabilidade civil objetiva do Estado segundo a Constituição Federal da República de 1988

Desde a Constituição Federal de 1946 a responsabilidade civil objetiva foi expressamente acolhida no ordenamento jurídico Pátrio. A Constituição Federal de 1988 disciplinou a responsabilidade civil do Estado no § 6º do art. 37, com a seguinte redação: “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”.

Primeiramente cabe uma observação quanto ao uso do vocábulo “agente”, o qual, segundo Sérgio Cavalieri Filho³⁹, tal verbete ocupou o lugar do

38 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 632 - 634.

39 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 2.ed., rev. aum. São Paulo: Malheiros, 1997,p. 166.

antigo termo utilizado “funcionário” porque o termo “agente” serve para indicar servidor ou agente público, isto é, todo aquele incumbido de realizar algum serviço público, em caráter permanente ou transitório.

Quanto à teoria acolhida pelo texto Constitucional, os autores, Meirelles⁴⁰, Cavaliere Filho⁴¹, Celso Antônio Bandeira de Mello⁴² parecem convergirem para o entendimento de ser a teoria do risco administrativo. Segundo Sérgio Cavaliere Filho, dentre outras conclusões ele conclui que:

O Estado só responde pelos danos que os *seus agentes, nessa qualidade*, causem a terceiros. A expressão grifada – *seus agentes, nessa qualidade* – está a evidenciar que o constituinte adotou expressamente a *teoria do risco administrativo* como fundamento da responsabilidade da Administração Pública, e não a *teoria do risco integral*, porquanto condicionou a responsabilidade objetiva do Poder Público ao dano decorrente da sua atividade administrativa, isto é, aos casos em que houver relação de causa e efeito entre a atividade do agente público e o dano. Sem essa relação de causalidade, como já ficou assentado, não há como e nem por quem responsabilizá-lo. Impota dizer que o Estado não responderá pelos danos causados a outrem pelos seus servidores quando não estiverem no exercício da função, nem agindo em razão dela. Não responderá, igualmente, quando o dano decorrer de fato exclusivo da vítima, caso fortuito ou força maior e fato de terceiro, por isso que tais fatores, por não serem agentes do Estado, excluem o nexo causal”.⁴³

Portanto, segundo entendimento do Sérgio Carvalho Filho o Estado não responde por aquilo que não deu causa, sendo portanto a teoria do risco administrativo a adotada e não a teoria do risco integral, conforme depreende-se do texto Constitucional.

Outros autores, também não discordando do acolhimento da teoria do risco administrativo preferem ainda diferenciar a configuração da responsabilidade civil do Estado em atos comissivos e omissivos. Para esses autores há duas correntes com interpretações distintas: a primeira defende a tese

40 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 632 - 634.

41 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 2.ed., rev. aum. São Paulo: Malheiros, 1997,p. 166.

42 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22 . ed. São Paulo: Malheiros, 2006.p.958.

43 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 2.ed., rev. aum. São Paulo: Malheiros, 1997,p. 166 -167.

de que a teoria do risco administrativo, consagrada no § 6 do artigo 37 da CF/88, é aplicável indistintamente aos atos comissivos e omissivos da Administração Pública.

A segunda corrente sustenta a tese de que a teoria do risco administrativo, consagrada no § 6 do artigo 37 da CF/88, é aplicável somente aos atos comissivos da Administração Pública.

Entre os adeptos desta segunda corrente está Celso Antônio Bandeira de Mello e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. Segundo este autor citado por Campos:

A responsabilidade fundada na teoria do risco proveito pressupõe uma ação positiva do Estado, que coloca terceiro em risco, pertinente à sua pessoa ou ao seu patrimônio, de ordem material, econômica ou social, em benefício da instituição governamental ou de coletividade em geral, que o atinge individualmente, e atenta contra a igualdade de todos diante dos encargos públicos, em lhe atribuindo danos anormais, acima dos comuns, inerentes à vida em sociedade.⁴⁴

Para esta corrente, nos atos de omissão por parte do Estado, a teoria a ser aplicada deve ser a da *Faute du Service* ou Teoria da Culpa do Serviço.

Porém, como bem alerta Celso Antônio⁴⁵ e já tratado em item anterior, é importante ter-se em conta a questão de muitos entenderem de que na Teoria da Culpa Administrativa existe uma “presunção de culpa” da Administração. Só que somente haverá responsabilidade subjetiva do Estado por esta teoria quando o Estado não funcionar, funcionar mal ou funcionar atrasado. Caso contrário, segundo o autor supracitado, estaríamos saindo da Teoria da Culpa do Serviço ou Teoria da *Faute du Service* para adentrar na Teoria do Risco Integral.

Todavia, quando houver responsabilidade subjetiva do Estado e, uma vez que a teoria adotada é a Teoria do Risco Administrativo, caberá ao Estado o ônus de produzir prova. E não da presunção da Culpa Administrativa. Portanto,

44 MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios gerais de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1968. v. 2, p.487. In CAMPOS, Gabriel de Britto. *Evolução histórica da responsabilidade civil do Estado*. Fórum Administrativo : Direito Público, Belo Horizonte , v.11, n.126, p. 43-57, ago./2011. p. 56.

45 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22 . ed. São Paulo: Malheiros, 2006.p.961.

provando não ter dado causa ao dano não deve o Estado Responder. E, com fundamento no art. 37 § 6 da CF/88, o mesmo entendimento deve ser estendido às concessionárias de serviço público.

2.3 Do nexo de causalidade

Na responsabilidade civil não há como falar em reparação se não houver uma relação de causalidade entre o dano e a ação que o provocou. É o liame causal entre o dano e a ação, esta denominada de nexo causal. Portanto, o nexo é uma relação imprescindível entre o evento danoso e a ação que deu causa. Todavia, há circunstâncias em que o dano não resulta imediatamente do fato que o produziu. Porém, se se notar que o dano não teria ocorrido se o fato não tivesse acontecido, este terá sido condição para a ocorrência do dano. Veja que o fato pode não ser a causa direta, mas uma vez que se for a condição para que o dano ocorra, o agente responde pela consequência.

Neste sentido leciona Maria Helena Diniz que: “O dano poderá ter efeito indireto, mas isso não impede que seja concomitantemente, um efeito necessário da ação que o provocou”⁴⁶. Ela coloca como exemplo o caso de um desordeiro que quebra uma vitrine de uma loja, causando dano, mas não só o dano pelo custo do vidro e sua colocação como também o dano pela mercadoria furtada. Como o furto, neste caso, foi consequência do ato praticado pelo desordeiro, este responderá pelo dano indireto, ou seja, pela mercadoria furtada. Mesmo sentido é o entendimento de que se alguém vem é atropelado e, posteriormente, vem a falecer devido a aplicação de uma anestesia, o agente responde pela morte, como autor da lesão, por ter possibilitado esse evento danoso. Com isso a doutrina tem que as circunstâncias concorrentes na produção do prejuízo não excluem o nexo causal do fato originário. No entanto, a obrigação de indenizar, em regra, não ultrapassa os limites do nexo causal. Entretanto, para o ressarcimento do dano basta que o ato do responsável seja a única causa do prejuízo. Basta que o agente seja responsável

46 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 7º volume: *responsabilidade civil* / Maria Helena Diniz. – 21. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 108.

pela causa originária do dano, desde que haja relação com as demais. Exemplo citado pela doutrina, em Antunes Varela⁴⁷ é a seguinte premissa: A feriu levemente B; se B vier a falecer em razão de sua constituição anômala, A responde por isso.

Entretanto, conforme maior parte da doutrina, não existirá nexos de causalidade quando houver interferência de terceiros, fato exclusivo da vítima, ou de caso fortuito ou de força maior. Isto porque o nexo causal é uma questão fática e não de direito. Sílvio de Salvo Venosa traz o seguinte conceito de nexo causal:

“O conceito de nexo causal, nexo etiológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que se exclui quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, nunca dispensará o nexo causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida. Nem sempre é fácil, no caso concreto, estabelecer a relação de causa e efeito”.⁴⁸

Com isso conclui-se que o nexo de causalidade é um dos pressupostos da responsabilidade civil, o qual deverá ser provado. É o *onus probandi*. E, segundo Serpa Lopes,⁴⁹ sua comprovação é encargo do autor da demanda.

Todavia, definir cabalmente o que venha ser nexo de causalidade consiste no “mais delicado dos elementos da responsabilidade civil”.⁵⁰ Haja vista as diversas teorias criadas para explicar a causalidade jurídica, a saber: teoria da equivalência das condições, nela o conceito de causa e condição se equivalem; teoria da causa próxima ou da causa direta e imediata, é a adotada pelo Código Civil de 2002; teoria da causalidade adequada; teoria da causalidade eficiente e outras subteorias. Não cabe a este trabalho deter-se aos conceitos dessas teorias, mas o fato de que em determinadas hipóteses o Código Civil prevê o rompimento

47 ANTUNES VARELA. *Direitos das obrigações*. Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 248.

48 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 56.

49 SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 2. ed. Freitas Bastos, 1962. v. 5, p. 253.

50 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.76.

do nexu causal. Não é diferente com o Código de Defesa do Consumidor ao prever as excludentes de responsabilidade civil objetiva.

Portanto, não havendo o nexu causal, ou este sendo rompido, não poderá o dano ser imputado a quem não deu causa. Isto nos leva aos motivos excludentes do nexu causal.

Segundo a principal classificação doutrinária rompe-se o nexu de causalidade quando: (i) por culpa exclusiva da vítima; (ii) fato exclusivo de terceiro; (iii) caso fortuito ou força maior. Há outras classificações, porém não cabe a este trabalho exauri-las. O ponto a ser tratado neste trabalho é a questão do caso fortuito (interno) como veremos mais adiante. Por ora, tem-se que essas são as três situações de rompimento do nexu causal.

2.4 Das cláusulas excludentes no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor

Os institutos do caso fortuito ou força maior estão previstos no artigo 393 do Código Civil, com definição no seu parágrafo único, entretanto no Código de Defesa do Consumidor o legislador foi omissivo quanto a este instituto. Diante dessa celeuma, surge na doutrina e conseqüentemente na jurisprudência, interpretações e decisões diversas.

Primeiramente, ao tratar-se dos institutos do caso fortuito ou força maior como excludentes da responsabilidade de indenizar entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, tem-se que ter em mente primeiro que: como o CDC é legislação especial e, conforme o corolário do princípio basilar da teoria geral do direito de que lei especial derroga lei geral, fica compreensível o fato de que o CDC se sobrepõe ao Código Civil.

No entanto, não dá para da mesma ilação interpretar como pretende alguns doutrinadores que: como o CDC não elenca no rol de excludentes de responsabilidade por parte do fornecedor no art. 12 § 3 isso quer dizer que em

casos de força maior ou caso fortuito deve o fornecedor responder pelos danos quando tratar-se de relação consumerista.

Esse argumento é rebatido com outro argumento respaldado pelo art. 5, II da CF/88 no qual ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei. Com isso, tem-se que: se o CDC não previu o instituto de caso fortuito ou força maior como excludente, também não o incluiu como hipótese a ser indenizada.

No REsp n. 1.180.815-MG, DJe de 26.8.2010, da relatoria da eminente Min. Nancy Andrighi, da Terceira Turma pronunciou-se sobre o tema, nestes termos:

(...)2. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia.

3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexos de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional. (...)51

Entretanto, outro argumento mais temeroso parece ganhar força. Segundo Rizzato Nunes, o CDC ao disciplinar sobre as excludentes de responsabilidade do fornecedor no § 3 do artigo 12 e utilizar o “(...) advérbio “só” não deixa margem a dúvidas de que “somente valem as excludentes expressamente previstas no §3, e que são taxativas”.

Nunes vai mais adiante alegando também que:

Na verdade o fundamento dessa ampla responsabilização é, em primeiro lugar, o princípio garantido na Carta Magna da liberdade de empreendimento, que acarreta direito legítimo ao lucro e responsabilidade integral pelo risco assumido. E a lei n. 8.078, em decorrência desse princípio, estabeleceu o sistema de responsabilidade civil objetiva, conforme vimos no início desta seção. Portanto, trata-se apenas de risco

51 REsp n. 1.180.815-MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19.8.2010, DJe de 26.8.2010 In<https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-electronica-2012_228_capQuartaTurma.pdf> acessado em 11 de julho de 2015.

do empreendimento. Aquele que exerce a livre atividade econômica assume esse risco integral.⁵²

Portanto é inócua qualquer outro argumento sobre o fato de se o caso fortuito ou força maior exclui ou não a responsabilidade do fornecedor, pois ao aplicar a Teoria do Risco Integral e, não tratando-se das excludentes previstas no § 3 do artigo 12 do CDC o fornecedor terá de responder se o consumidor tiver sofrido qualquer dano.

No entanto, na interpretação de Hely Lopes Meirelles, o impedimento resultante de caso fortuito ou força maior não pode ser apenas o obstáculo físico, o que há de se considerar é o *caráter impeditivo absoluto* do cumprimento das obrigações assumidas. Vejamos seu raciocínio:

Como é corrente na doutrina, o impedimento resultante de força maior ou do caso fortuito não é apenas o obstáculo físico, mas todo e qualquer óbice intransponível à realização do ajuste, dentro dos esforços exigíveis das partes. O essencial é, portanto, que possua um caráter impeditivo absoluto do cumprimento das obrigações assumidas, o que não ocorre p. ex., com a simples dificuldade, facilmente superável, ou com a maior onerosidade de que não resulte prejuízo extraordinário, pois em todo negócio são de esperar-se áleas e riscos próprios do empreendimento. Mas, na presença de comprovada força maior ou de caso fortuito, não se há de impedir o impossível ou a ruína da empresa para dar cumprimento a um ajuste que se tornou parcial ou totalmente inexecutável; seria quebrar a comutatividade do contrato administrativo, criando encargo insuportável para uma das partes, com vantagem para outra.⁵³

Consequentemente, depreende-se do texto do autor que quando o caso fortuito ou força maior vier num grau de dificuldade e/ou onerosidade a ser suportado pelo empreendimento a ponto de acarretar na ruína da empresa – será caso de aplicação do instituto do caso fortuito ou de força maior.

2.5 Caso fortuito ou força maior: distinção para o caso fortuito interno

Os institutos do caso fortuito ou força maior estão previstos no artigo 393 do Código Civil:

52 NUNES, Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material. São Paulo: Saraiva, 2000. xxxiv, 716 p. 12.

53 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 260.

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Como previsto no dispositivo, o caso fortuito ou força maior afastam a responsabilidade de indenizar. Entretanto, na ocorrência desse instituto dois requisitos devem ser observados: (i) o objetivo, este configura-se na inevitabilidade do evento; (ii) o subjetivo, o qual é a ausência de culpa na produção do acontecimento. Em ambos há sempre um acidente que produz um prejuízo. Isto alega parte da doutrina, passa a ideia de relatividade, uma vez que a força do acontecimento é a maior do que a suposta, portanto, devendo-se fazer uma “prévia” tanto do estado do sujeito quanto das circunstâncias *espácio-temporais*.⁵⁴

Para tanto, parte da doutrina, que ainda salienta a distinção entre força maior e caso fortuito alega que: na força maior ou *Act of God* conhece-se a causa que deu origem ao evento, isto por ser um fato da natureza. Como exemplo, Maria Helena Diniz⁵⁵ elenca o raio que provoca incêndio; inundações que danifica produtos; a geada que estraga a lavoura.

Já no caso fortuito, continua a autora supracitada, o acidente que gera o dano advém de: (i) causa desconhecida, como o exemplo utilizado pela doutrina do cabo elétrico que se rompe e cai sobre fios telefônicos, causando incêndio, ou ainda a quebra de uma peça de máquina causando dano; (ii) por fato de terceiro, como a greve ou motim que causa graves acidentes ou danos devido à impossibilidade de cumprir-se com as obrigações. Esta é uma hipótese em que caso de terceiro ou caso fortuito são semelhantes entre si. Mas sempre que for fato de terceiro este será sempre atribuído a alguém, um indivíduo, o mesmo não ocorrerá com caso fortuito.

54 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, 7º volume: responsabilidade civil* / Maria Helena Diniz. – 21. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. – São Paulo: Saraiva, 2007.p, 112.

55 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, 7º volume: responsabilidade civil* / Maria Helena Diniz. – 21. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. – São Paulo: Saraiva, 2007.p, 113.

Seguindo no mesmo sentido, Sérgio Cavalieri Filho alega que embora muito tenha sido discutido sobre distinções entre caso fortuito e força maior, ainda não se chegou a um entendimento uniforme. Entretanto o que é indiscutível é que ambas as situações estão fora do campo da culpa. E que, embora o Código as considere como sinônimos, o autor traz a seguinte definição:

“(...) estaremos em face do *caso fortuito* quando se tratar de evento imprevisível, e por isso inevitável. Se o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da natureza, como as tempestades e enchentes etc., estaremos em face da *força maior*, como o próprio nome diz. É o Act of God, no dizer dos ingleses, em relação ao qual o agente nada pode fazer para evitá-lo, ainda que previsível.”⁵⁶

Prossegue o autor que, como supramencionado não dá para firmar um critério para a caracterização do caso fortuito e da força maior, e que é imprescindível apreciar cada caso a fim de determinar em cada um em que condições o evento ocorreu e se o fato era imprevisível ou inevitável. Entretanto, em ambas as hipóteses, qual seja a de caso fortuito ou força maior, há a exclusão do nexo causal por constituírem causa estranha à conduta do agente, seja imprevisível ou inevitável. Portanto, a imprevisibilidade é elemento caracterizador do caso fortuito, enquanto que a inevitabilidade é da força maior.

Já para Silvio de Salvo Venosa⁵⁷, caso fortuito e força maior são grandes temas em sede de responsabilidade contratual e extracontratual. O autor reforça que para José Aguir Dias as expressões são sinônimas. Porém, Venosa afirma que não são, portanto, em consonância com maioria dos demais doutrinadores, mas que na aplicação do direito é como se fossem sinônimas.

Continua o autor que a doutrina não é concorde sobre a definição e compreensão desses fenômenos, porém em todos os casos em que a doutrina não se equivale, não é problema, já que ambas as hipóteses são equivalentes na

56 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 2.ed., rev. aum. São Paulo: Malheiros, 1997. p, 66.

57 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 60.

exclusão do nexo causal. Ou seja, quanto aos efeitos jurídicos os autores são unânimes em reforçar que sempre serão os mesmos.

Essa equivalência já advém do Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002, o qual manteve a mesma confecção. Assevera Venosa que fica afastada a teoria subjetiva a qual procura identificar os fenômenos nas condições do agente e na ausência de culpa.

O que vale é o conceito objetivo, o qual gira em torno da imprevisibilidade ou da inevitabilidade, aliado à ausência de culpa. Assim leciona Venosa:

O conceito de ordem objetiva gira sempre em torno da imprevisibilidade ou inevitabilidade, aliado à ausência de culpa. A imprevisibilidade não é elemento especial a destacar: por vezes, o evento é previsível, mas são inevitáveis os danos, porque impossível resistir aos acontecimentos. Um tufão ou ciclone, por exemplo, pode ser previsto com dias de antecedência, mas seus efeitos são em princípio, inevitáveis; da mesma forma que uma longa estiagem em determinada região; o avançar de um incêndio na mata etc. Nessas situações, nem sempre, apesar de toda tecnologia, os danos podem ser evitados.

De qualquer forma, o caso fortuito e a força maior devem partir de fatos estranhos à vontade do devedor ou do interessado. Se há culpa de alguém pelo evento, não ocorre o seccionamento ou rompimento do nexo causal. Desse modo, desaparecido o nexo causal, não há responsabilidade. A ideia é válida tanto na responsabilidade contratual como na aquiliana. Centra-se no fato de que o prejuízo não é causado pelo fato do agente, mas em razão de acontecimentos que escapam a seu poder.⁵⁸

Portanto, como afirma o autor, o caso fortuito e a força maior devem partir de fatos estranhos à vontade do agente. Pois como supracitado, nem sempre o fato de um previsível quer dizer que seja inevitável. Depreende-se dessa lição que a imprevisibilidade não é fato especial a ensejar rompimento do nexo de causalidade como veremos adiante em alguns julgados.

Por outro lado, diferente da questão da previsibilidade, nos casos de defeitos mecânicos em veículos a jurisprudência tem entendido de que tais defeitos são perfeitamente evitáveis. Isto porque há a possibilidade de uma manutenção correta, e por isso não exclui a responsabilidade. Consequentemente,

58 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 61.

conclui Venosa que a discricionariedade do julgador no acolhimento ou não do caso fortuito ou de força maior é grande. Com isso Silvia Rodrigues alerta que:

A excessiva severidade dos tribunais, na admissão do caso fortuito como exonerador da responsabilidade, principalmente em um país como o nosso em que o seguro de responsabilidade é pouco difundido, pode aumentar enormemente o número de casos em que o agente, embora agindo sem culpa, causa dano a outrem e é obrigado a indenizar. Tal solução, como já foi apontado, em muitos casos apenas transferirá a desgraça da pessoa da vítima para a pessoa do agente, este também inocente e desmerecedor de tão pesada punição.⁵⁹

Como pode-se observar, o próprio Silvio Rodrigues explana que num primeiro momento, ante a alta discricionariedade na aplicabilidade do caso fortuito ou de força maior pode dar ensejo à excessiva severidade por parte dos tribunais na aplicação do instituto como excludente de responsabilidade. Por outro lado, sob o pondo de vista do agente, o contrário também pode ocorrer, onde este sempre responderá, mesmo que inocente.

Portanto, depreende-se que por vezes uma discricionariedade sem critérios definidos quanto ao instituto do caso fortuito ou força maior tende à iniquidade.

Entretanto, ultimamente ganha relevância a distinção entre os institutos do caso fortuito interno e o caso de fortuito externo. Este é algo externo das atividades exercidas pela “empresa” sendo tratado como caso de força maior. Aquele, o denominado fortuito interno tem sido considerado insuficiente para afastar a responsabilidade. Segundo Anderson Schreiber, citado por Silvio de Salvo Venosa: “aos tradicionais requisitos da imprevisibilidade e irresistibilidade do caso fortuito tem-se acrescentado uma terceira exigência – a externalidade ou externidade do caso fortuito, sem o qual se conserva a responsabilidade.”⁶⁰

Anderson Schreiber usa o exemplo fático de um julgado que considerou como caso fortuito interno da atividade bancária o assalto com roubo de bens materiais mantidos em cofre da instituição financeira. Nesse julgado entendeu-

59 RODRIGUES, Silvio. *Responsabilidade civil*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

60 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 65.

se que a instituição tem o dever de ressarcir o cliente. Portanto inconcebível querer alegar fato exclusivo de terceiro como pretendia os bancos.

No entanto, atualmente interpretação do caso fortuito interno, em relação às atividades bancárias, estendeu-se para a externalidade das agências. É a chamada “saidinha de banco”.

Primeiramente, num julgado do Superior Tribunal de Justiça – STJ entendeu não ser responsabilidade do banco o assassinato ocorrido em via pública, após saque em caixa eletrônico. Nesse caso, para a Corte Superior entendeu que: “o banco não é responsável pela morte de correntista ocorrida fora de suas instalações, na via pública, porquanto a segurança em tal local constitui obrigação do Estado”. (STJ, Resp 402.870, 4ª turma. Relato ministro Aldir Passarinho Júnior)⁶¹.

Entretanto, no processo sob o nº: 1.0024.12.247139-4/001 julgado pelo tribunal do Estado de Minas Gerais, ficou entendido que pelo fato de o banco não fornecer privacidade para o consumidor/cliente ao sacar quantia expressiva, responde sim pelo dano sofrido denominado de “saidinha de banco”. Assim fundamentou o Desembargador:

(...) o desembargador Estevão Lucchesi confirmou a sentença. A despeito de o roubo ter ocorrido fora das dependências da agência bancária, este fator por si só não o exime da responsabilidade pelo evento danoso, uma vez que é seu dever garantir a privacidade e segurança de seus clientes no momento do saque, que inegavelmente, ocorre no interior da agência, local onde se inicia a ação criminosa em virtude de ser franqueado o livre acesso a um dos criminosos, que após livre observação, comunica ao comparsa o saque da desditosa vítima, afirmou.⁶²

Portanto, percebe-se uma percepção maior do alcance do caso de fortuito interno quando o desembargador Estevão Lucchesi afirma que mesmo o roubo ter ocorrido fora das dependências da instituição bancária o fato da ação criminosa iniciou-se no interior desta, através de comparsa que informou o saque realizado pela vítima. Embora iniciou-se de dentro da agência o dano de fato deu-se

61 Resp 402.870, 4ª turma. Relato ministro Aldir Passarinho Júnior. Julgado em 16 dez 2003.

62 JusBrasil<<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/noticias/112257408/saidinha-de-banco-gera-indenizacao>> acesso em 02 jun 2015.

fora da mesma, no entanto por tratar-se da atividade de risco do empreendimento bancário este foi condenado a ressarcir o dano.

O tribunal do Estado do Rio de Janeiro já usa o denominado fortuito interno para responsabilizar instituição financeira. Segue parte da ementa:

(...) A hipótese é claramente de crime vulgarmente conhecido como "saidinha de banco", uma vez que a Autora realizou saque de quantia elevada no interior da agência do Réu, e logo em seguida, ainda no estacionamento, foi abordada por meliante, que a roubou. Primeiramente, entendo o assalto sofrido pela Recorrente, no estacionamento da agência do Banco Recorrido, está suficientemente comprovado pelo registro de ocorrência juntado aos autos, demonstrando, assim, o dano material sofrido. Ocorre que a parte ré não trouxe aos autos qualquer prova relativa a alguma excludente de responsabilidade disposta nos incisos do parágrafo do art 14 mencionado. Faz-se necessário salientar que o ônus de desconstituir o alegado pela parte autora competia à parte ré, uma vez que se aplica à hipótese a inversão ope legis consubstanciada no parágrafo 3º do artigo 14 da lei em comento, onde a inversão do ônus probatório se faz presente pelo próprio direito material, o que não se verificou no caso em tela. Ademais, o roubo praticado por terceiro não exclui a responsabilidade da Ré, que tem o dever de prestar serviços de forma segura, inclusive dispondo de seguranças no interior da agência e no estacionamento, inserindo-se a chamada "saidinha de banco" na esfera do fortuito interno, que não exclui o dever de indenizar, mesmo porque é comum que haja participação de pessoas que se encontram no interior da agência, fornecendo detalhes sobre a vítima, para o rougador. Assim, cabe responsabilização pelos danos causados, considerando-se ainda que a oferta integra o contrato à luz dos arts. 30 e 31, do Código de Defesa do Consumidor, sendo devido o ressarcimento do valor subtraído (...)⁶³

Depreende-se desses julgados, e outros, que o instituto do caso fortuito interno vem sendo aplicado pela jurisprudência. Ora o argumento é pelo viés da atividade bancária ter intrínseca o risco do empreendimento, ora pela aplicação do instituto do CDC, com fundamentos nos artigos 30 e 31, para fortalecer o argumento de que as atividades em relações consumeristas devem assegurar informações sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Portanto não resta dúvida dessa nova modalidade da aplicação do instituto do caso de fortuito interno. Importante então saber melhor sobre qual definição a doutrina lhe atribui. Segundo a definição de Orlando Celso da Silva

63 Recurso inominado nº 0011274-75.2013.8.19.0203. julgado, Rio de Janeiro, 09 de junho de 2014. (TJ-RJ - RI: 00112747520138190203 RJ 0011274-75.2013.8.19.0203, Relator: VANESSA DE OLIVEIRA CAVALIERI FELIX, Quarta Turma Recursal, Data de Publicação: 19/09/2014 00:00).

Neto: “Pode-se dizer que fortuito interno, que não exclui a responsabilidade do fornecedor, é aquele fato que se encontra associado, dentro de certo grau de previsibilidade, à atividade desempenhada pelo prestador de serviço (...)”⁶⁴.

Segundo o conceito de fortuito interno de Silva Neto sugere que diante de certa “previsibilidade” frente à atividade exercida pelo prestador de serviço, pode-se inferir ser caso de fortuito interno, conseqüentemente não será hipótese de excludente de responsabilidade.

Silva Neto fundamenta seu conceito de caso fortuito interno com respaldo no trecho do julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Neste julgado o voto também define que “Entram na categoria de caso fortuito interno todos os acontecimentos que não podem ser atribuídos à culpa do responsável, mas estão ligados à organização que ele mesmo imprimiu”.

Esse entendimento de que a “previsibilidade” frente à atividade desenvolvida pelo prestador de serviço parece ser acetada em hipóteses em que a atividade de certa maneira “atrai” determinado risco, como são as atividades bancárias que não só atraem os clientes, como também os “malfeitores” do crime já denominado de “sadinha de banco”.

Todavia o mesmo entendimento de que diante de certa “previsibilidade” frente à atividade desenvolvida pelo prestador de serviço em outras hipóteses pode não ser tão acertado assim. Nesse sentido, fica a observação de Silvio Rodrigues⁶⁵ já mencionada em momento de que: ante a alta discricionariedade na aplicabilidade do caso fortuito ou de força maior pode dar ensejo à excessiva severidade por parte dos tribunais na aplicação do instituto como excludente de responsabilidade. E que, por outro lado, sob o ponto de vista do agente, o contrário também pode ocorrer, onde este sempre responderá, mesmo que inocente.

64 SILVA NETO, Orlando Celso da. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 297.

65 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 65.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CONCESSIONÁRIAS DE ENERGIA

A Constituição Federal de 1988 disciplinou a responsabilidade civil do Estado no § 6º do art. 37, com a seguinte redação: “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”.

Conforme disposto no § 6 do artigo supracitado está que as concessionárias de energia, por serem prestadoras de serviços públicos respondem na mesma medida em que responde o Estado concedente.

Importa ressaltar que assim como na responsabilização do Estado é importante saber qual é a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, o mesmo também vale para as concessionárias de energia. Portanto se a teoria adotada é a teoria do risco administrativo na responsabilização por parte do Estado (ponto já estudado no item 2.2) a mesma teoria deverá ser aplicada em relação às concessionárias prestadoras de serviço público. Ou seja, a mesma responsabilidade civil aplicada ao Estado concedente deve para as concessionárias de energia. Assim entendem os tribunais:

Apelação Cível. Ação Indenizatória. Queda De Cabo De Alta Tensão. Choque Elétrico. Trauma. A responsabilidade de empresa concessionária de serviço público de fornecimento de energia elétrica é de natureza objetiva calcada no risco administrativo, o qual exige, para sua configuração, a ação ou omissão da empresa, a prova do dano e o nexo causal entre ambos. O dever de fiscalizar as condições dos postes de sustentação dos fios e das linhas de transmissão de eletricidade é da concessionária de energia elétrica. Cumpra-lhe todas as cautelas necessárias para eliminar qualquer perigo decorrente do serviço prestado para a coletividade.⁶⁶

Nesta decisão o Estado do Rio grande do Sul reconhece a responsabilidade da empresa concessionária de serviço público aplicando a teoria do risco administrativo. Ou seja, aplicou a mesma teoria aplicada quando trata-se de responsabilidade civil por parte do Estado.

66 Apelação Cível - nº 70006451579 – do Estado do Rio Grande do Sul. Data: 22.03.2006.

Segue outra decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1ª na mesma linha de que a responsabilidade civil das concessionárias é objetiva:

Administrativo. Responsabilidade Civil. Concessionária De Energia Elétrica. Responsabilidade Objetiva. Prova Do Dano E Do Nexo De Causalidade. 1. A concessionária de serviço público para fornecimento de energia elétrica responde objetivamente pelos danos que eventualmente ocasione a terceiros, independentemente da comprovação de dolo ou culpa em sua conduta, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. Dessa forma, para caracterizar o dever de indenizar, basta a prova do dano material ou moral sofrido, uma ação ou omissão imputada à empresa e o nexos de causalidade entre o dano e a conduta. 2. É fato incontroverso nos autos que ocorreu sobrecarga na rede elétrica na última semana do mês de janeiro de 2001 - fato que teria causado avaria a equipamentos eletrônicos da ECT, de acordo com laudo técnico juntado aos autos pela própria autora. A ré não apresentou nenhum documento para infirmar a alegação ou demonstrar que não poderia ter sido causado dano pela sobrecarga na rede de transmissão de energia. Está demonstrado nos autos o dano material sofrido pela autora e o nexos de causalidade - a determinar o reconhecimento da responsabilidade civil e impor a obrigação de reparação, mediante pagamento do valor pago para conserto dos equipamentos eletrônicos, corrigido monetariamente e acrescido de juros de mora desde a citação. 3. Dá-se provimento ao recurso de apelação.⁶⁷

Consoante o julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região a responsabilidade civil das concessionárias de energia é objetiva. Não resta dúvida, isto porque a ilação depreende-se dos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. Portanto não há dúvida de que as concessionárias de energia respondem na mesma medida em que o Estado deve responder.

Entretanto, conforme já estudado no item (2.2) quando houver responsabilidade subjetiva do Estado e, uma vez que a teoria adotada é a Teoria do Risco Administrativo, caberá ao Estado o ônus de produzir prova, e não da presunção da Culpa Administrativa. Portanto, provando não ter dado causa ao dano não deve o Estado Responder. E, com fundamento no art. 37 § 6 da CF/88, o mesmo entendimento deve ser estendido às concessionárias de serviço público.

67 (TRF-1 - AC: 6474 Am 2002.32.00.006474-0, Relator: Juiz Federal Rodrigo Navarro De Oliveira, Data De Julgamento: 05/03/2013, 4ª Turma Suplementar, Data De Publicação: e-DJF1 p.1313 de 26/03/2013).

3.1 Da responsabilidade civil objetiva das concessionárias de energia elétrica em casos de força maior ou força maior

Com a atual Resolução Normativa nº 414/2010 a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), ao disciplinar sobre a responsabilidade por reparação de danos em casos de força maior ou caso fortuito, a nova resolução abordou o instituto como excludente da obrigação de indenizar o usuário por eventuais danos.

No entanto, na antiga Resolução Normativa nº 61/2004 quando disciplinou sobre a responsabilidade civil previu a obrigação de indenizar os usuários pelos danos sofridos, entre eles, até nas hipóteses de descarga atmosférica. Assim estabelecia o artigo 5, parágrafo único:

Art. 5º No processamento do pedido de ressarcimento, a concessionária deve comprovar a existência ou não do nexo de causalidade.

Parágrafo único. Na comprovação do nexo de causalidade devem ser considerados os eventos prováveis causadores do dano, entre outros, descargas atmosféricas e sobretensões oriundas da energização de circuitos, os quais não eximem a concessionária da responsabilidade do ressarcimento.

Todavia, com o advento da Resolução Normativa nº 360, de 14 de abril de 2009, esta, já em seu preâmbulo estabeleceu a alteração das disposições relativas ao ressarcimento de danos elétricos nas unidades consumidoras.

“Altera a Resolução Normativa nº 61, de 29 de abril de 2004, que estabelece as disposições relativas ao ressarcimento de danos elétricos em equipamentos elétricos instalados em unidades consumidoras, causados por perturbação ocorrida no sistema elétrico”.

O artigo 5 e seu parágrafo único passou para a seguinte redação:

Art. 5º No processamento do pedido de ressarcimento, a distribuidora deve investigar a existência do nexo de causalidade, considerando inclusive os registros de ocorrências na sua rede.

Parágrafo Único. Não descaracteriza o nexo de causalidade, bem como a obrigação de ressarcir o dano reclamado, o uso de transformador entre o equipamento e a rede de atendimento.

A previsão da obrigação de ressarcir o usuário por danos decorrentes de descarga atmosférica foi retirada do texto da resolução.

O motivo dessa mudança pode ter sido as críticas em relação ao poder normativo da ANEEL em inovar no campo do direito criando obrigações quando isso é tarefa exclusiva do poder legiferante.

Carpenna⁶⁸ foi um dos críticos dessa atividade legiferante da ANEEL ao criar obrigações na Resolução Normativa nº 61/2004. Segundo ele: “O ordenamento jurídico fundamental das atividades da ANEEL, conforme se denota, confere-lhe tão somente poderes de regular e fiscalizar as atividades desempenhadas pelas exploradoras de energia elétrica.”

Na mesma esteira está Di Pietro⁶⁹, ao afirmar que “o poder normativo das agências reguladoras está limitado às atribuições técnicas que lhe foram criadas (...)”

Num primeiro momento a ANEEL retirou a previsão de responsabilidade por parte das concessionárias, mesmo em casos de descarga atmosférica na rede; isso na Resolução Normativa nº 360/2009. Todavia, com a nova Resolução Normativa nº 414/2010, a ANEEL inovou mais uma vez ao legislar e desta vez foi para eximir as concessionárias de energia da responsabilidade por danos quando estes provierem de casos fortuitos ou de força maior. Assim está a previsão nos artigos 140, § 3, I e 153, VI.

Art. 140

A distribuidora é responsável, além das obrigações que precedem o início do fornecimento, pela prestação de serviço adequado a todos os seus consumidores, assim como pelas informações necessárias à defesa de interesses individuais, coletivos ou difusos.

68 CARPENA, Marcio Louzada; FRANCESCHETTI, Jaqueline. *Responsabilidade de concessionárias de serviço público de energia elétrica por danos decorrentes de descargas atmosféricas*. Revista dos Tribunais, v. 94, n. 841, p. 120.

69 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2001. 112.

(...)

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço, observado o disposto no Capítulo XIV, a sua interrupção:

I - em situação emergencial, assim caracterizada a deficiência técnica ou de segurança em instalações de unidade consumidora que ofereçam risco iminente de danos a pessoas, bens ou ao funcionamento do sistema elétrico ou, ainda, o caso fortuito ou de força maior; ou

No artigo 153, VI há a previsão de descaracterização da responsabilidade em casos do não cumprimento aos padrões de atendimento nos casos de força maior ou caso fortuito.

Artigo 153: Para efeito de aplicação do que dispõem os art. 151 e 152, na hipótese de não cumprimento dos prazos regulamentares estabelecidos para os padrões de atendimento comercial, devem ser consideradas as seguintes disposições:

(...),

VI - a violação dos prazos regulamentares para os padrões de atendimento comercial deve ser desconsiderada para efeito de eventual crédito ao consumidor, quando for motivada por caso fortuito, de força maior ou se for decorrente da existência de situação de calamidade pública decretada por órgão competente, desde que comprovados por meio documental à área de fiscalização da ANEEL;

Essa Nova Resolução Normativa nº 414/2010 da ANEEL já repercute no Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. INTERRUÇÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. DEMORA NO RESTABELECIMENTO DO SERVIÇO. TEMPORAL OCORRIDO NAS REGIÕES NORTE E NORDESTE DO ESTADO EM AGOSTO DE 2011. MOTIVO DE FORÇA MAIOR. CAUSA EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA CONFIGURADA. Proposta a demanda indenizatória contra empresa prestadora de serviço público, o regime a ser aplicado é o da responsabilidade civil objetiva, sendo desnecessário perquirir a respeito da culpa do causador dos danos. Incidência do art. 37, § 6º, da CF, do art. 25 da Lei nº 8.987/95 e dos arts. 14 e 22, parágrafo único, do CDC. Contudo, ainda que objetiva a responsabilidade, o dever de indenizar pode ser afastado se demonstrada pela ré a existência de uma das excludentes do art. 14, § 3º, I e II, do CDC ou, ainda, de caso fortuito ou força maior. Possibilidade de interrupção do serviço público de fornecimento de energia elétrica em hipótese de caso fortuito ou força maior. **Inteleção dos arts. 140 e 153, VI, da Resolução nº 414/2010 da ANEEL.** O temporal que assolou a região norte e nordeste do Estado em agosto de 2011, acarretando graves danos materiais aos moradores do Município em que reside o demandante e a toda aquela região do Estado do RS, **constitui motivo de força maior, consubstanciando causa excludente da responsabilidade civil objetiva da empresa concessionária do serviço público essencial de fornecimento de energia elétrica.** As circunstâncias peculiares ao caso

concreto revelam que a empresa ré empreendeu todos os esforços possíveis e ao seu alcance para restabelecer o serviço público essencial em tempo razoável. Dever de indenizar não configurado. APELO PRINCIPAL PROVIDO. RECURSO ADESIVO PREJUDICADO. (Apelação Cível Nº 70056304074, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 27/08/2014). (TJ-RS - AC: 70056304074 RS , Relator: Miguel Ângelo da Silva, Data de Julgamento: 27/08/2014, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01/09/2014).

Se antes, à época da Resolução Normativa nº 61/2004, a doutrina entendia que por ser resolução normativa esta não poderia inovar na seara do direito, ou seja, não poderia criar obrigações para as concessionárias de serviço público, resta agora saber se a mesma crítica surgirá contra os dispostos nos artigos: 140,§ 3º, I e o 153,VI da ANEEL, quando estes estão inovando no sentido de desobrigar as concessionárias do dever de indenizar seus usuários quando tratar-se de caso fortuito ou de força maior.

3.2 Posicionamento dos tribunais estaduais

O entendimento dos tribunais da região sul divergem quanto à aplicabilidade dos institutos de força maior ou de caso fortuito como excludente de responsabilidade civil das concessionárias de energia. Para os tribunais do Estado do Rio Grande do Sul e do Estado do Paraná em casos de temporais e descarga atmosférica, por tratar-se de um fenômeno da natureza, caso fortuito ou de força maior, são excludentes da responsabilidade de indenização. Já o Tribunal do Estado de Santa Catarina tem firmamento pacífico no sentido de não acolher o caso fortuito ou força maior como excludente de responsabilidade civil.

A “previsibilidade” tem sido o argumento utilizado pelo Tribunal do Estado de Santa Catarina, de que os eventos climáticos são passíveis de causarem danos. Diante dessa “previsibilidade” cabem às concessionárias de energia tomarem medidas cabíveis para “eliminar” a possibilidade de ocorrência de tais danos. Vejamos abaixo o voto do Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz, que por sua vez buscou respaldo na interpretação do Desembargador Jaime Ramos no que tange à questão da previsibilidade da ocorrência de danos por eventos climáticos. Abaixo está a ementa do acórdão, objeto de análise deste trabalho:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESSARCIMENTO DE VALORES DECORRENTES DE **DANOS CAUSADOS POR OSCILAÇÃO E SOBRECARGA NA REDE DE ENERGIA ELÉTRICA PROVOCADO POR FORTE TEMPORAL. FALHA NA PREVENÇÃO. DESCARGA ATMOSFÉRICA (RAIO). PREVISIBILIDADE. CASO FORTUITO INOCORRENTE.** DANOS EM EQUIPAMENTOS DE INFORMÁTICA E TELEFONIA. PREJUÍZO RESSARCIDO PELA SEGURADORA EM FAVOR DO SEU CLIENTE. SUB-ROGAÇÃO NOS DIREITOS DESTA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS. NEXO CAUSAL DEMONSTRADO. "A responsabilidade civil objetiva, consagrada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, atribui à fazenda pública e às concessionárias de serviços públicos a obrigação de indenizar os danos causados em virtude e seus atos, e somente se desoneram se comprovarem que o ato ilícito se deu por culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, caso fortuito ou força maior. Comprovado que o segurado sofreu prejuízos materiais em seus equipamentos, provocados por falha na prestação do serviço de energia elétrica (sobretensão), a seguradora sub-rogada tem direito ao ressarcimento da indenização que pagou à segurada. **Ante a previsibilidade da ocorrência de danos por eventos climáticos, não pode a concessionária de energia elétrica se eximir do ressarcimento dos prejuízos daí decorrentes sob a alegação de que se trata de caso fortuito. Deve, sim, adotar todas as medidas necessárias para eliminar a possibilidade de ocorrência de tais danos.**" (grifo nosso) (AC n. 2012.028011-7, de Concórdia, Rel. Des. Jaime Ramos, j. 24.05.2012). CONSECTÁRIOS LEGAIS. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA A PARTIR DO DESEMBOLSO COM APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. "Em regra, para os danos materiais oriundos de responsabilidade extracontratual, tanto os juros moratórios como correção devem incidir a partir da data do desembolso. Considerando que a data do desembolso foi na vigência do CC/02, deve incidir a Taxa Selic, que compreende tanto os juros como a correção, nos termos do art. 406 do CC." (AC n. 2011.066708-6, de Rio [...])⁷⁰

Trata-se de Apelação Cível n. 2013.005898-4, de São Bento do Sul do Relator Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, numa ação de indenização por danos materiais sofridos pela oscilação e sobrecarga na rede de energia elétrica provocada por descarga atmosférica.

Neste acórdão, o relator fundamentou seu voto com fundamento na decisão já proferida pelo Desembargador Jaime Ramos, o qual relata que:

"a responsabilidade civil objetiva, consagrada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, atribui à fazenda pública e às concessionárias de serviços públicos a obrigação de indenizar os danos causados em virtude e

70 (TJ-SC, Relator: Sérgio Roberto Baasch Luz, Data de Julgamento: 24/11/2014, Segunda Câmara de Direito Público Julgado).

seus atos, e somente se desoneram se comprovarem que o ato ilícito se deu por culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, caso fortuito ou força maior. Comprovado que o segurado sofreu prejuízos materiais em seus equipamentos, provocados por falha na prestação do serviço de energia elétrica (sobretensão), a seguradora sub-rogada tem direito ao ressarcimento da indenização que pagou à segurada.

Ante a previsibilidade da ocorrência de danos por eventos climáticos, não pode a concessionária de energia elétrica se eximir do ressarcimento dos prejuízos daí decorrentes sob a alegação de que se trata de caso fortuito. Deve, sim, **adotar todas as medidas necessárias para eliminar a possibilidade de ocorrência de tais danos.**" (grifo nosso) (AC n. 2012.028011-7, de Concórdia, Rel. Des. Jaime Ramos, j. 24.05.2012).⁷¹

O fundamento sobre a “previsibilidade” da ocorrência de danos parece ser acertada à medida em que o homem médio pode “prever” a maior ou menor possibilidade da ocorrência de danos diante de determinados eventos climáticos.

Entretanto, quanto ao fato de tomar as medidas cabíveis para “eliminar” a possibilidade da ocorrência de danos parece demasiadamente “determinista”,⁷² sob pena de impor pesado ônus às concessionárias de energia elétrica. Em se tratando de fatos da natureza não parece ser possível medidas que possam “eliminar” qualquer possibilidade de ocorrência de danos.

Talvez o argumento mais acertado fosse o de exigir das concessionárias de energia que tomem as todas as medidas disponíveis para evitar danos. Essas medidas disponíveis seriam as tecnologias implantadas, mas desde que dentro de um razoável limite econômico.

Em contrapartida os tribunais do Estado do Rio Grande do Sul e do Estado do Paraná entendem que em casos de temporais e descarga atmosférica, por serem um fenômeno da natureza, caso fortuito ou de força maior, são excludentes da responsabilidade de indenização.

71 AC n. 2012.028011-7, de Concórdia, rel. Des. Jaime Ramos, j. 24.05.2012.

72 Dicionário Aurélio: 2. Partidário do determinismo. Folha de São Paulo, 1995.

No julgado do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, em apelação cível sob o nº 70062019906, na 9ª Câmara Cível, o Desembargador Relator Eugênio Facchini Neto alerta que o fato da concessionária de energia ser regida pelo art. 37, § 6º, da CF/88, afasta apenas a necessidade da demonstração da culpa por parte do usuário. Vejamos a ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INTERRUÇÃO. TEMPORAL NESTE ESTADO EM SETEMBRO DE 2012. MOTIVO DE FORÇA MAIOR. CAUSA EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA CONFIGURADA. A prova constante nos autos é farta a demonstrar que o temporal que assolou parte deste Estado nas datas apontadas na exordial ultrapassou os limites do previsível, caracterizando força maior, tanto que vários Municípios decretaram Estado de Emergência, inclusive aquele onde reside o autor. Não se olvida que a responsabilidade da ré, enquanto concessionária de serviço público, é regida pelo art. 37, § 6º, da CF/88. Todavia, o fato de se tratar de atividade regida pelo regime da responsabilidade objetiva apenas afasta a necessidade da demonstração da culpa. A existência de nexa causal, porém, continua a ser exigida. Havendo a caracterização de força maior rompe-se o nexa de causalidade e, conseqüentemente, exclui a responsabilidade civil pelos danos causados. Nesse contexto, considerando a absoluta excepcionalidade do evento, devidamente evidenciado nos autos, o prazo utilizado pela demandada para restabelecimento do serviço não se mostrou excessivo, restando, ao contrário, devidamente justificado, o que afasta a pretensão indenizatória. Sentença de improcedência mantida. APELO DESPROVIDO.⁷³

Nesse julgado, o Desembargador Relator Eugênio Facchini Neto observa que a responsabilidade civil da concessionária de energia é regida pelo art. 37, § 6º, da CF/88, portanto sua responsabilidade civil é objetiva, mas que isso só afasta a necessidade de demonstração de culpa. Com isso, há a necessidade do nexa causal, e que a ocorrência de força maior rompe esse nexa.

Conseqüentemente, rompido o nexa de causalidade não há como se falar da responsabilidade de indenizar.

Na mesma esteira segue o entendimento do Tribunal do Estado do Paraná. Embora, desde a vigência da resolução normativa nº 61/2004 da ANEEL, cuja resolução atribuía às concessionárias de energia o dever de indenizar mesmo diante de caso fortuito ou força maior, ainda assim a Apelação Cível nº 435.495-6

73 (Apelação Cível Nº 70062019906, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 29/10/2014).

de relatoria do Desembargador Marcos de Luca Fanchin reconheceu a existência do artigo 5º e parágrafo único da resolução nº 61/2004 da ANEEL, e sustentou, já naquela ocasião, que tal previsão não afasta a necessidade de comprovação do nexo causal para que configure o dever de indenizar.

Por fim argumentou que queda de raio também constitui excludente da responsabilidade objetiva. Nessa decisão utilizou um julgado do Tribunal Estado de São Paulo para fundamentar no mesmo sentido, ou seja, que queda de raios é um fenômeno da natureza e que, portanto, configura-se como excludente da responsabilidade civil.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E LUCROS CESSANTES. QUEDA DE RÁIO QUE CAUSOU DANOS A DIVERSOS APARELHOS ELÉTRICOS QUE SE ENCONTRAVAM NA CASA DO AUTOR. SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTES OS PEDIDOS POR AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. APELAÇÃO ALEGAÇÃO DE QUE A COPEL NÃO IMPUGNOU OS FATOS NARRADOS CONFIRMANDO, POR MEIO DE LAUDO METEOROLÓGICO, QUE NA DATA DOS FATOS, OCORREU UMA DESCARGA DE ENERGIA ELÉTRICA NA REGIÃO ONDE RESIDE O AUTOR, O QUE NÃO EXIME A CONCESSIONÁRIA DA RESPONSABILIDADE PELO RESSARCIMENTO DOS DANOS. ALEGAÇÃO AFASTADA DIANTE DA AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE EVENTUAL AÇÃO OU INAÇÃO DA COPEL E A QUEDA DO RÁIO QUE PROVOCOU OS DANOS NOS APARELHOS DO AUTOR. REDAÇÃO DO ARTIGO 5º E PARÁGRAFO ÚNICO DA RESOLUÇÃO Nº 61/2004 DA ANEEL QUE NÃO AFASTA A NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL PARA QUE SE CONFIGURE O DEVER DE INDENIZAR. QUEDA DE RÁIO QUE TAMBÉM CONSTITUI EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA E AFASTA O DEVER DE INDENIZAR. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 22 DO CDC, POIS NÃO SE TRATA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO INADEQUADO, INEFICIENTE OU SEM SEGURANÇA, JÁ QUE OS DANOS NÃO DECORRERAM DE NENHUMA AÇÃO OU INAÇÃO POR PARTE DA COPEL, MAS, SIM, FORAM PROVOCADOS POR UM EVENTO DA NATUREZA. "Energia elétrica. Fornecimento. Interrupção. Danos em aparelhos elétricos. Teoria do risco administrativo e da responsabilidade objetiva. Inaplicabilidade. Fortíssimas chuvas que assolaram a região. Consumidor previamente avisado de que, em ocorrendo deficiência na distribuição, deve desligar os aparelhos elétricos. Força maior caracterizada. Indenizatória improcedente. (TJSP- 2ª C. Dir. Privado - Ap. - Rel. Linneu Carvalho - j. 19.02.97 - JTJ-LEX 194/47)". RECURSO DESPROVIDO, POR MAIORIA. (TJ-PR - AC: 4354956 PR 0435495-6, Relator: Marcos de Luca Fanchin, Data de Julgamento: 02/10/2008, 10ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 7748)⁷⁴

74 "(TJSP- 2ª C. Dir. Privado - Ap. - Rel. Linneu Carvalho - j. 19.02.97 - JTJ-LEX 194/47)". In (TJ-PR - AC: 4354956 PR 0435495-6, Relator: Marcos de Luca Fanchin, Data de Julgamento: 02/10/2008, 10ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 7748).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primeiramente este trabalho buscou analisar qual seria a responsabilidade de indenizar das concessionárias de energia elétrica, nas situações em que seus usuários sofrem danos por sobre tensão, especialmente nos casos de descarga atmosférica, nas redes de energia. Ao partir da análise do § 6º do artigo 37 da CF/88 depreende-se que as concessionárias respondem na mesma medida em que responde o Estado. Portanto, a responsabilidade civil das concessionárias de energia é objetiva.

O seguinte passo foi saber qual é a teoria aplicada pelo ordenamento jurídico brasileiro na responsabilização do Estado. Constatou-se que a teoria é a Teoria do Risco Administrativo. Nesta teoria é admitido ao Estado provar, quando houver, excludentes de responsabilidade e, portanto, eximir-se do dever de indenizar quando existir uma excludente de responsabilidade. O fato de ser adotada a Teoria do Risco Administrativo e não a Teoria do Risco Integral, é que aquela admite o ônus da prova por parte do Estado, enquanto esta não admite em hipótese alguma nenhuma excludente de responsabilidade do dever de indenizar; bastará a existência de um dano. Por conseguinte, às concessionárias de energia deve ser aplicada a Teoria do Risco Administrativo, igualmente como é para o Estado. Princípio da isonomia. Portanto, as concessionárias de energia devem poder provar, quando for o caso, excludentes de responsabilidade do dever de indenizar.

A questão seguinte foi o estudo dos casos de descarga atmosférica nas redes de energia que causam dano aos usuários, e se esse fenômeno pode ou não ser considerado caso fortuito ou de força maior. Os julgados do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul e do Tribunal do Estado do Paraná demonstram que a descarga atmosférica é sim hipótese de caso fortuito ou de força maior, portanto, eximem as concessionárias do dever de indenizar. Já o Tribunal do Estado de Santa Catarina entende que diante da “previsibilidade” da ocorrência de danos durante tempestades, as quedas de raio não configuram caso de força maior ou caso

fortuito. Logo, as concessionárias devem tomar todas as medidas possíveis para “eliminar” a possibilidade da ocorrência de danos.

Portanto, depreende-se dos julgados analisados no âmbito dos tribunais estaduais que não há um consenso quanto ao fenômeno de descarga atmosférica nas redes de energia elétrica configurar ou não numa excludente do dever de indenizar.

Outro ponto analisado foi a Resolução Normativa da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). Constatou-se que na atual Resolução – a 414/2010 da ANEEL inseriu tanto no artigo 140, §3, I quanto no artigo 153, VI a previsão dos institutos de caso fortuito ou força maior como excludentes do dever de indenizar os usuários. Entretanto, quanto a esse ponto, cabe uma ressalva de que na antiga Resolução Normativa nº 61/2004 da ANEEL, no art. 5, o parágrafo único previa que a descarga atmosférica não configurava como causa excludente do dever de indenização por parte das concessionárias de energia. Porém, houve críticas por parte da doutrina em relação às normas reguladoras da ANEEL alegando serem inconstitucional por estarem inovando no âmbito obrigacional das concessionárias.

Mesmo diante dessa previsão no antigo regulamento da ANEEL houve um julgado no Tribunal do Estado do Paraná que entendeu ser caso de força maior e, mesmo diante da previsão do art. 5 da resolução normativa nº 61/2004 prevendo a obrigação de indenizar o Tribunal entendeu ser caso de excludente de responsabilidade.

No entanto, no ano de 2014, o Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul valeu-se da previsão de excludente na atual Resolução Normativa nº 414/2010 da ANEEL para eximir a concessionária da obrigação de indenizar.

Por fim, uma última consideração é a cerca do instituto do fortuito interno. Este tem sido citado em alguns julgados de tribunais estaduais quando os julgadores entendem ser hipóteses de caso fortuito ou de força maior, mas que por ser risco inerente à atividade exercida configura-se como fortuito interno. Nesse sentido há o dever indenizar pelos danos sofridos.

Todavia, como o propósito principal deste trabalho era averiguar mais especificamente se a questão da descarga atmosférica nas redes de energia era caso de fortuito interno constatou-se: *(i)* não há critérios certos para saber quais hipóteses configuram-se como fortuito interno, cada caso deve ser analisado; *(ii)* que até o momento nenhum julgado que alegasse danos provenientes de descargas atmosféricas nas redes de distribuição de energia sejam casos de fortuito interno (o mais próximo foi o julgado do Estado de Santa Catarina ao afirmar que diante da “previsibilidade” da ocorrência de danos tem-se que tomar todas as medidas cabíveis para evitá-lo) e; *(iii)* que não há consenso frente aos julgados analisados neste trabalho quanto ao fenômeno de descarga atmosférica nas redes de energia elétrica configurar ou não uma excludente do dever de indenizar.

REFERÊNCIAS

LIVROS E ARTIGOS

ALMEIDA, Bruno Costa de. *Agências reguladoras independentes, atividade regulatória e conflito normativo*. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, v.10, n.36, p. 47-79, jan./mar.2012.

ANTUNES VARELA. *Direitos das obrigações*. Rio de Janeiro, Forense, 1977.

ARAUJO NETTO, Edmir. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.p.719.

BINENBOJM, Gustavo. *As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, instituto de Direito Público da Bahia, nº. 3, agos-set-out, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 04 de maio de 2015.

CAMPOS, Gabriel de Britto. *Evolução histórica da responsabilidade civil do Estado*. Fórum Administrativo : Direito Público, Belo Horizonte , v.11, n.126, p. 43-57, ago./2011.

Cass R. Sunstein, O constitucionalismo após o *The New Deal*, in Regulação Econômica e Democracia – O Debate Norte-Americano, Editora 34, 2003, p. 131/133.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CARPENA, Marcio Louzada; FRANCESCHETTI, Jaqueline. *Responsabilidade de concessionárias de serviço público de energia elétrica por danos decorrentes de descargas atmosféricas*. Revista dos Tribunais, v. 94, n. 841, p. 118-126.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 2.ed., rev. aum. São Paulo: Malheiros, 1997.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25 ed. rev., ampl. e atual. até a 3-1-2012. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, 7º volume: responsabilidade civil / Maria Helena Diniz*. – 21. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. – São Paulo: Saraiva, 2007.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *As Agências Reguladoras*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 6, mai/jun/jul, 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 04 de maio de 2015.

In *Lochner v. New York* (1905), a Suprema Corte Americana julgou inconstitucional uma lei editada pelo estado de Nova York, a qual estabelecia a carga máxima de trabalho a ser desempenhada na função de padeiro. Acesso em 07 de julho de 2015. http://www.pbs.org/wnet/supremecourt/capitalism/landmark_lochner.html.

MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Max Limonad, 1960. v.2, p. 317.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31a. ed. rev. atual e amp. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forence, 1968.v.2,p.482.

NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material*. São Paulo: Saraiva, 2000. xxxiv, 716 p. 12.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forence, 1999.

RODRIGUES, Silvio. *Responsabilidade civil*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 2. ed. Freitas Bastos, 1962. v. 5.

SILVA NETO, Orlando Celso da. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forence, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Agências reguladoras*. Rio de Janeiro, 2004.

http://www.observatoriouniversitario.org.br/documentos_de_trabalho/documentos_d_e_trabalho_17.pdf. Acesso em 01 de julho de 2015.

<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=8> Acesso em 01 de julho de 2015.

REsp n. 1.180.815-MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19.8.2010, DJe de 26.8.2010. In <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2012_228_capQuartaTurma.pdf> acessado em 11 de julho de 2015.

JusBrasil <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/noticias/112257408/saidinha-de-banco-gera-indenizacao>> acesso em 02 jun 2015.

ACÓRDÃOS

01

Brasil. Superior Tribunal De Justiça. *Agravo Regimental Improvido nº 201.200.773.847*. Agravante: CEMIG; Agravado: Relator Des. Humberto Martins – Segunda Turma. (STJ) 20 agos. 2012.

02

_____. Superior Tribunal De Justiça. *Agravo Em Recurso Especial Nº 658.893 - Se (2015/0020088-8)* Relator: Ministro Mauro Campbell Marques Agravante : Energisa Sergipe - Distribuidora De Energia S/A Advogados : Marcus Vinícius Santa Rita Freire Silva E Outro (S) Leonardo Zirpoli Abath Agravado: Fg Empreendimentos Turísticos Ltda Advogado: Diogo Santana Souza Processual Civil. Agravo Em Recurso Especial. Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, (STJ) 07 maio 2015.

03

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível Nº 70052079225, Nona Câmara Cível, TJ/RS*, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, (TJRS) 12 dez 2012.

04

_____. Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul. *Apelação Cível Nº 700.563.040.74, Nona Câmara Cível, TJ/RS*, Relator: Miguel Ângelo da Silva. (TJRS) 27 agos 2014.

05

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível nº 0435495-6, 10ª Câmara Cível*. Apelante: consumidor. Apelada: COPEL. Relator Des. Marcos de Luca Fanchin. (TJPR) 02 out 2008.

06

_____.Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Processo: 0496987-1. Apelação Cível nº. 496.987-1*, 2ª vara Cível, Da Comarca De Foz Do Iguaçu - 9ª Câmara Cível. Apelante: J M Azevedo Pinheiro E Cia Ltda. Apelada: Copel Distribuição S/A. Relator Des. Luis Espíndola. (TJPR) 28 agos 2008.

07

_____. Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70062019906* RS, Nona Câmara Cível. Relator Des. Eugênio Facchini Neto. (TJRS) 29 out 2014.

08

_____.Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul. *Recurso Cível nº 71004569034*. Recurso Inominado. Consumidor. Energia. Reparação De Dano Material. Avarias Em Vários Aparelhos Eletro/Eletrônicos., Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Pedro Luiz Pozza. (TJRS) 08 abr 2014.

09

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Recurso Cível nº 71004569034*. 27ª Câmara de Direito Privado. Prestação De Serviços De Energia Elétrica. Responsabilidade Civil Objetiva. Descarga Atmosférica (queda De Raio). Danos Materiais. Força Maior. Causa Excludente. Não Reconhecimento. Recurso provido. Relator Des. Gilberto Leme. (TJSP) 24 jul 2012.

10 (TJ-SC é unânime em reconhecer que deve indenizar)

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Apelação Cível. nº. 2012.028011-7, de Concórdia*, Relator Des. Jaime Ramos (TJSC) 24. mai 2012.

Relator Des. Sérgio Roberto Baasch Luz. (TJSC) 24 nov 2014, Segunda Câmara de Direito Público.