



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

**EXMO. SR. DR. JUIZ FEDERAL DA VARA FEDERAL DA SEÇÃO
JUDICIÁRIA DE BRASÍLIA-DF:**

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, serviço público dotado de personalidade jurídica, com sede no Setor de Autarquias Sul, Quadra 05, Lote 1, Bloco 1, Brasília – Distrito Federal, por meio de seus procuradores abaixo assinados (*doc. 01*), vem, com fulcro no artigos 37, *caput*, da Constituição Federal, 54, inciso XIV, da Lei n.º 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil), 2º e 8º da Lei n.º 11.182/05 e 1º, 2º, 5º, 10º, inciso X, 12, inciso II, e 20 da Lei n.º 8.429/92, perante esse MM. Juízo, propor a presente

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA,**

com pedido de medida liminar, contra a ANAC – AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL, Autarquia Especial vinculada ao Ministério da Defesa, integrante da Administração Pública Federal indireta, criada pela Lei



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

nº 11.182/05, e regulamentada pelo Decreto nº 5.731/06, com sede no Aeroporto Internacional de Brasília, Setor de Concessionárias, Lote 5, Brasília – Distrito Federal, **MILTON SÉRGIO SILVEIRA ZUANAZZI**, brasileiro, engenheiro mecânico, Diretor-Presidente da ANAC, **DENISE MARIA AYRES DE ABREU**, brasileira, bacharel em Direito, ex-Diretora de Serviços Aéreos e Relações com Usuários da ANAC, **LEUR ANTÔNIO BRITTO LOMANTO**, brasileiro, bacharel em Direito, Diretor de Infra-Estrutura Aeroportuária da ANAC, **JORGE LUIZ BRITO VELOZO**, brasileiro, Oficial Aviador, ex-Diretor de Segurança Operacional, Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos da ANAC, e **JOSEF BARAT**, brasileiro, economista, Diretor de Relações Internacionais, Estudos e Pesquisas da ANAC, todos com o mesmo endereço funcional acima mencionado, pelos seguintes fatos e fundamentos jurídicos.

I – DA COMPETÊNCIA DE UMA DAS VARAS FEDERAIS DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE BRASÍLIA-DF

Tratando-se de ação civil pública, proposta em face da ANAC e dos 5 (cinco) membros de sua Diretoria, por meio da qual se requer a responsabilização dos mesmos pelos atos e omissões ex-surge inequívoca a competência judicante de uma das Varas Federais da Seção Judiciária de Brasília-DF, por força do *artigo 2º da Lei n.º 7.347/85*¹, e a fixar-se pela livre distribuição, de conformidade com o disposto no *artigo 109, inciso I, da Constituição Federal*².

¹ Art. 2º - *As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.*

² Art. 109 - *Aos juízes federais compete processar e julgar:*

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; (...)



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

II – DA LEGITIMIDADE ATIVA DA OAB

Como é cediço, o *artigo 54, inciso XIV*, da *Lei n.º 8.906/94*³ (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil) ampliou o rol dos legitimados ao ajuizamento de ações civis públicas, conferindo à Autora tal prerrogativa, sendo inquestionável, portanto, sua legitimidade para figurar no pólo ativo da presente relação jurídico-processual.

A jurisprudência já consagrou tal entendimento, como demonstra liminar anexa, exarada em feito deduzido pela Seccional da OAB do Estado de Sergipe (doc. 02).

III – DA LEGITIMIDADE PASSIVA DA ANAC E DE SEUS DIRETORES

Como antes mencionado, cuida a presente ação civil pública, em síntese, da responsabilização da ANAC e de seus Diretores pelos prejuízos decorrentes de suas omissões e atos de improbidade administrativa que culminaram com o conhecido “caos aéreo”, que de há muito atormenta a vida de inúmeros brasileiros que se utilizavam desse meio de transporte para trabalho e lazer.

Assim, e tendo em vista, como é público e notório que cabia aos Réus, por dever legal e de ofício, lograr seus melhores esforços para evitar, no limite do possível, que tal sucedesse neste país, inclusive graves acidentes aéreos, e considerando-se, ainda, que todos eles, muito ao contrário, acabaram por contribuir para esse total descalabro, drama e

³ Art. 54 - Compete ao Conselho Federal: (...)

XIV - *ajuizar ação direta de inconstitucionalidade de normas legais e atos normativos, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e demais ações cuja legitimação lhe seja outorgada por lei; (...)* (grifamos)



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

apreensão, com suas omissões e atos de improbidade administrativa, não há dúvidas quanto à sua legitimidade para figurar no pólo passivo do presente feito.

IV – DOS FATOS

Faz mais de dois anos que os usuários dos serviços aeroportuários não têm a necessária tranquilidade no empreendimento de suas viagens. Viajar através desse meio de transporte tem sido um constante transtorno na vida dos brasileiros. Nos últimos doze meses foram dois trágicos acidentes, com vidas ceifadas, atrasos os mais diversos, cancelamento de vôos, caos, etc., fatos públicos e notórios de todos conhecidos.

Atente-se para a cronologia da crise:

Ano de 2006

29 de setembro - A crise no setor aéreo brasileiro começou com a **queda do Boeing da Gol**, em setembro de 2006, matando 154 pessoas. As investigações apontaram entre as causas do acidente falhas na cobertura do espaço aéreo brasileiros e problemas nos equipamentos de controle.

27 de outubro - Acuados pelo inquérito criminal aberto para apurar omissão no acidente, controladores de vôo começam operação-



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

padrão, controlando apenas 14 vôos por vez, com o objetivo de chamar a atenção para as péssimas condições de trabalho da categoria.

1º e 2 de novembro - No feriado de Finados é registrado caos em todos os aeroportos do país.

15 de novembro - Feriado da Proclamação da República registra novos transtornos nos aeroportos.

5 de dezembro - O país registra a maior pane no sistema de controle aéreo da história. Falha em equipamento impede que os aviões se comuniquem com o Cindacta-1 (Brasília).

12 de dezembro - O Tribunal de Contas da União (TCU) divulga relatório que indica **falhas de gestão** e falta de recursos no sistema de controle aéreo.

20 de dezembro - Crise se arrasta até o Natal. O problema é causado pela TAM, que retirou seis aeronaves para manutenção, e por overbooking (venda de passagens acima da capacidade dos aviões).

Ano de 2007

12 de janeiro - O Cindacta-2 (Curitiba) registra pane no sistema de comunicação. O problema ocorreu em equipamento considerado obsoleto.

14 de fevereiro - Controladores ameaçam fazer greve no carnaval.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

18 de março - O Cindacta-1 (Brasília) registra pane no sistema de informática. Governo suspeita de sabotagem.

21 de março - O Cindacta-2 (Curitiba) registra pane na rede de informática. O governo fala em sabotagem novamente.

24 de março - A falta de teste em aparelho que permite pousos em dias sem visibilidade fecha Cumbica, por causa de nevoeiro, por mais de 12 horas em três dias.

26 de março - A Infraero culpa Aeronáutica, e setores do governo admitem que gestão saiu do controle.

30 de março - Controladores entram em greve, paralisando os principais aeroportos do país. O caos toma conta dos saguões, com agressões e tumultos. O Comando da Aeronáutica considera o movimento um motim e ordena a prisão de controladores militares.

31 de março - Apesar do fim da paralisação dos operadores de vôo, o movimento nos aeroportos ainda sofre o reflexo do caos da greve. Um passageiro morre de infarto no Aeroporto de Curitiba, ao tentar embarcar para Porto Alegre. Passageiros acusam empresas aéreas de não providenciar hospedagem e alimentação para quem teve os vôos cancelados. Centenas de pessoas dormem nos saguões. Em Brasília, um grupo de passageiros revoltados invade um avião da TAM.

17 de julho, o avião Air Bus A320 da empresa aérea TAM – Transportes Aéreos de Marília – vôo 3054, que vinha de Porto Alegre – Rio Grande do Sul, ao aterrissar no Aeroporto de Congonhas, na Cidade de São Paulo, não logrou êxito no procedimento de frenagem, chocando-se



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

violentamente com um edifício da empresa TAM EXPRESS, localizado na Avenida Washington Luís, nas cercanias daquele Aeroporto.

Como se vê, é incontraditável o fato de que, em maior ou menor medida, as omissões e as condutas negligentes da Autarquia-Ré e de seus Diretores tem provocado e alimentado o “caos aéreo” brasileiro, tendo sido determinante e decisiva nos acidentes aéreos com o avião da Gol Linhas Aéreas e TAM.

V – DO DIREITO

Como é cediço, as atividades de regulação e fiscalização exercidas pelo Estado são funções que se inserem no seu poder de polícia, que, como todos os poderes da Administração, constitui um *poder-dever*, irrenunciável, já que conferido para ser exercido no interesse público. Desse modo, a omissão no exercício do *poder de regular ou fiscalizar* constitui ilegalidade, que sujeita o Estado à responsabilização nos campos penal, civil e administrativo, se dessa omissão resultar dano, material ou moral, a terceiros. Nesse sentido, se manifestou a professora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, em textual:

“Precisamente por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os poderes atribuídos à Administração, dentre os quais o poder de polícia, têm o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão, hoje caracterizada como ato de improbidade administrativa. Assim, a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei; não pode deixar de exercer o poder de polícia para coibir o exercício dos direitos individuais em conflito com o bem-estar coletivo. Cada vez que ela se omite



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

*no exercício de seus poderes é o interesse público que está sendo prejudicado.*⁴

Conforme doutrina CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO⁵, “*polícia administrativa é a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (non facere) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo*”.

Assim, é correto afirmar que o poder de polícia compreende medidas preventivas (*fiscalização*) e medidas repressivas, com a finalidade de coagir o infrator a cumprir a lei. Desta forma, fiscalizar é uma responsabilidade da administração pública, uma imposição, um dever que não admite omissão diante de situações que exijam a sua atuação.

Portanto, não se pode admitir uma atitude omissiva por parte do Estado, sob pena de não se promover os valores da dignidade da pessoa humana, constitucionalmente assegurados. Toda competência outorgada à Administração Pública se justifica em razão dos interesses públicos que se deve tutelar. Logo, quando o ordenamento jurídico obriga a Administração a agir, seja regulando ou fiscalizando, não pode o órgão se omitir de seu dever sob pena de não serem perseguidos os interesses públicos protegidos. Precisamente sobre o papel do Estado para a promoção dos princípios fundamentais, é ilustrativa a manifestação de ALEXANDRE SANTOS ARAGÃO e PATRÍCIA REGINA P. SAMPAIO:

⁴ *In* Direito Administrativo, 17ª edição. São Paulo: Atlas, 2004, p. 70.

⁵ *In* Curso de Direito Administrativo, 12ª ed., SP, Malheiros, 2000, p. 675.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

“Especialmente no âmbito regulatório, o papel do Estado é justamente o de diminuir assimetrias de informação, impor regras claras e impessoais no que tange a critérios técnicos, assim como fiscalizar a obediência dos agentes a esse arcabouço normativo, tudo com vistas à promoção dos princípios fundamentais e demais valores constitucionalmente consagrados, inclusive a proteção da liberdade de concorrência.

(...)

Dessa forma, parece-nos claro que, em casos nos quais reste comprovado que existe omissão de uma agência reguladora em estabelecer, através de norma, critérios essenciais ao desenvolvimento da concorrência em determinado setor econômico, poderá ocorrer uma situação de responsabilidade administrativa estatal por ato omissivo.”⁶ (grifamos)

Desse modo, tratando-se de responsabilidade objetiva, não há que se indagar acerca da intenção do agente. Para a indenização basta que se comprove que a lesão ocorreu e que adveio de ato administrativo. Esse é o posicionamento jurisprudencial, como se verifica no acórdão a seguir transcrito, *in verbis*:

“De acordo com o art. 37, § 6º, da CF, as pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. Nosso legislador constitucional adota a teoria do risco administrativo, e por esta não se exige a prova da culpa do agente público. São suficientes para caracterizar a sua responsabilidade a prova do dano causado pelo agente público e o nexo causal entre a ação do

⁶ In “Omissão no Exercício do Poder Normativo das Agências e a Concorrência Desleal”, artigo publicado no livro “O Poder Normativo das Agências Reguladoras”, Ed. Fosense, Rio de Janeiro, 2006, pp. 554/555.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

agente e os danos” (STJ - Ac. unân. da 1ª T. publ. em 8-11-93 - Rec. Esp. 38.666-7-SP - Rel. Min. Garcia Vieira - Advs.: Maria Beatriz de Biagi Barros e Carlos Alberto de Freitas).

Em sentido semelhante, e discorrendo acerca da responsabilidade civil do Estado, assim se manifesta o Ministro CELSO DE MELLO, em voto proferido no RE 109.615-RJ:

“Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o eventus damni e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 131/417)”.

Nessa ordem de exposição, e considerando a inegável responsabilidade da ANAC pelas condutas omissivas e comissivas de seus dirigentes, é imperioso concluir pela sua responsabilização.

De fato, no que toca, em primeiro lugar, à responsabilidade objetiva da ANAC pelos danos causados a tantos brasileiros, tem-se que esta decorre por imperativo de normas constitucionais e legais, a saber:

Constituição Federal

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade,



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

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

Lei n.º 11.182/05

Art. 2º Compete à União, por intermédio da ANAC e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária.

Art. 8º Cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade, competindo-lhe:

(...)

IV – realizar estudos, estabelecer normas, promover a implementação das normas e recomendações internacionais de aviação civil, observados os acordos, tratados e convenções internacionais de que seja parte a República Federativa do Brasil;

(...)



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

VIII – *promover, junto aos órgãos competentes, o cumprimento dos atos internacionais sobre aviação civil ratificados pela República Federativa do Brasil;*

(...)

X – *regular e fiscalizar os serviços aéreos, os produtos e processos aeronáuticos, a formação e o treinamento de pessoal especializado, os serviços auxiliares, a segurança da aviação civil, a facilitação do transporte aéreo, a habilitação de tripulantes, as emissões de poluentes e o ruído aeronáutico, os sistemas de reservas, a movimentação de passageiros e carga e as demais atividades de aviação civil;*

(...)

XVI – *fiscalizar as aeronaves civis, seus componentes, equipamentos e serviços de manutenção, com o objetivo de assegurar o cumprimento das normas de segurança de vôo;*

XVII – *proceder à homologação e emitir certificados, atestados, aprovações e autorizações, relativos às atividades de competência do sistema de segurança de vôo da aviação civil, bem como licenças de tripulantes e certificados de habilitação técnica e de capacidade física e mental, observados os padrões e normas por ela estabelecidos;*

XIX – *regular as autorizações de horários de pouso e decolagem de aeronaves civis, observadas as condicionantes do sistema de controle do espaço aéreo e da infra-estrutura aeroportuária disponível;*

(...)



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

XXI – regular e fiscalizar a infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária, com exceção das atividades e procedimentos relacionados com o sistema de controle do espaço aéreo e com o sistema de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos;

XXIII – propor ao Presidente da República, por intermédio do Ministro de Estado da Defesa, a declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, dos bens necessários à construção, manutenção e expansão da infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária;

XXVI – homologar, registrar e cadastrar os aeródromos;

(...)

XXVIII – aprovar e fiscalizar a construção, reforma e ampliação de aeródromos e sua abertura ao tráfego;

(...)

XXX – expedir normas e estabelecer padrões mínimos de segurança de vôo, de desempenho e eficiência, a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços aéreos e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária, inclusive quanto a equipamentos, materiais, produtos e processos que utilizarem e serviços que prestarem;

(...)



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

XXXV – reprimir infrações à legislação, inclusive quanto aos direitos dos usuários, e aplicar as sanções cabíveis; (...)

Não há desconhecer que até o advento do Código Civil de 2002 subsistiam dúvidas e contradições, tanto no plano doutrinário quanto jurisprudencial, quanto à natureza da responsabilidade (se objetiva ou subjetiva) das omissões administrativas causadoras de danos a terceiros, que conduziriam ao dever de indenizar da pessoa jurídica de direito público, e, conseqüentemente, quanto à necessidade de que fosse comprovada a culpa do serviço ou a falta do serviço. Nesses casos, geralmente aplicava-se, em lugar da regra do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, a teoria subjetiva, baseada na culpa, então prevista no artigo 15 do Código Civil de 1916.

Todavia, o apontado dispositivo legal (artigo 15 do Código Civil de 1916) foi revogado, por obra do artigo 43 do Novo Estatuto Civilista, que introduziu na legislação infraconstitucional a teoria do risco administrativo para embasar a responsabilidade civil objetiva resultante de omissão das pessoas jurídicas de direito público. Corrobora esse escorreito entendimento o escólio doutrinário de FLÁVIO DE ARAÚJO WILLEMANN, que assim se manifestou sobre o tema da responsabilidade civil das agências reguladoras⁷:

“Por outro lado, com a devida vênia, não se coaduna o argumento de que a responsabilidade subjetiva da Administração Pública deve prevalecer ante a ausência de regra específica para regular tal situação. Ora bem; não bastasse o artigo 37, § 6º, da CRFB/88, existe agora o já citado artigo 43, do Código Civil de 2002, que traz para o plano infraconstitucional a responsabilidade objetiva da Administração Pública.

⁷ In Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras, ed. Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2005, pg. 23 e seguintes.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Poder-se-ia dizer e argumentar que o artigo 43, do Código Civil de 2002 apenas se refere a “atos” danosos causados por agentes públicos, o que excluiria as omissões. Todavia, além da omissão administrativa ser um fato jurídico que decorre da ausência de um dever jurídico de agir e, portanto, equipara-se a um ato ilícito, cumpre dizer que a se conferir ao artigo 43 uma interpretação restritiva, o mesmo estaria inquinado do vício de inconstitucionalidade material, tendo em vista que restringiria o campo de incidência da regra expressa no artigo 36, § 6º, da CRFB/88, que apenas alude ao dever de indenizar das pessoas jurídicas de direito público em razão de “danos” causados por seus agentes, nada exteriorizando se tais danos advêm de ação ou omissão estatal.

Desta forma, a nosso juízo, à luz da legislação vigente no Brasil, não há mais espaço para sustentar a responsabilidade subjetiva das pessoas jurídicas de direito público, baseada na culpa. Não fosse pela ausência da norma legal neste sentido, mas também em razão de regras explícitas e específicas em sentido contrário, que determinam a incidência da responsabilidade civil objetiva, baseada na teoria do risco administrativo.

(...)

Aceitar a responsabilidade civil subjetiva da Administração Pública em casos de omissões específicas seria impor ao lesado o dever de provar uma conduta negligente, imprudente ou imperita do agente público, situação que o legislador, sobretudo o constitucional, buscou extirpar do ordenamento jurídico brasileiro.

(...)

Retomando a linha de raciocínio já mencionada, pode-se dizer que a omissão específica, ao contrário da omissão genérica, pressupõe um dever específico de agir do Estado, que, se assim



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

não o faz, dá causa direta e imediata ao dano sofrido em decorrência da omissão. Exemplo que se pode citar é a omissão do dever de fiscalização pela Agência Reguladora dos serviços públicos descentralizados para execução por particulares.

(...)

Sem querer ser repetitivo, conclui-se que as omissões somente serão consideradas como aptas a deflagrar o nexo de causalidade e conseqüente obrigação de indenizar do Estado quando houver quebra do dever de agir ou sua inação irrazoável, situações que deverão ser aferidas em cada caso concreto, cabendo a ele (Estado), em ambos os casos, elidir o nexo de causalidade por meio das excludentes já anunciadas, isto é, por meio da prova de fato exclusivo da vítima, de caso fortuito ou força maior, ou de fato de terceiro, ou, ainda, demonstrando que sua conduta foi lícita, razoável e dentro das possibilidades materiais da Administração Pública, não lhe sendo permitida outra conduta razoável que pudesse evitar o dano.

(...)

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



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Neste sentido é a jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal – STF, expressada em acórdão que teve como relator o eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE:

EMENTA: Responsabilidade civil do Estado, morte de passageiro em acidente de aviação civil: caracterização. 1. Lavra dissensão doutrinária e pretoriana acerca dos pressupostos da responsabilidade civil do Estado por omissão (cf. RE 257.761), e da dificuldade muitas vezes acarretada à sua caracterização, quando oriunda de deficiências do funcionamento de serviços de polícia administrativa, a exemplo dos confiados ao D.A.C. – Departamento de Aviação Civil -, relativamente ao estado de manutenção das aeronaves das empresas concessionárias do transporte aéreo. 2. No caso, porém, o acórdão recorrido não cogitou de imputar ao D.A.C, a omissão no cumprimento de um suposto dever de inspecionar todas as aeronaves no momento antecedente à decolagem de cada vôo, que razoavelmente se afirma de cumprimento tecnicamente inviável: o que se verificou, segundo o relatório do próprio D. A.C., foi um estado de tal modo aterrador do aparelho que bastava denunciar a omissão culposa dos deveres mínimos de fiscalização. 3. De qualquer sorte, há no episódio uma circunstância incontroversa, que dispensa indagação acerca da falta de fiscalização preventiva, minimamente exigível, do equipamento: é estar a aeronave, quando do acidente, sob o comando de um “checador” da Aeronáutica, à deficiência de cujo treinamento adequado se deveu, segundo a instância ordinária, o retardamento das medidas adequadas à emergência surgida na decolagem, que poderiam ter evitado o resultado fatal⁴¹.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 258726/AL – ALAGOAS. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento 14/05/2002. Publicação: DJ DATA-14-06-02 PP-00146. Ement. Vol. 02073-05. PP-01000.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

(...)

Ao se cogitar da possibilidade de responsabilização civil da Agência Reguladora por ausência de fiscalização, não se pode deixar de concordar com ALVERTO B. BIANCHI quando assevera que “Entramos aquí en el punto más específico de la responsabilidad de los entes reguladores, pues atañe a su propia finalidad como tales, a lãs razones de su creación” .

O jurista argentino citado afirma ainda que “La misión de los entes, em síntesis, es vigilar que el servicio o la actividad a cargo de sus reguldos sea prestada em lãs condiciones que fijan lãs normas contractuales, reglamentarias y legales aplicables”.

MARÇAL JUSTEN FILHO também conclui que a fiscalização relaciona-se com o poder-dever do Estado de acompanhar a atuação do concessionário, não apenas com a continuidade e eficiência dos serviços, mas também se orienta a assegurar a solvência e idoneidade do concessionário, destacando que para o usuário o concessionário atua como se fosse o próprio Estado.

Deste modo, apresenta-se de grande importância o questionamento que circunscreve a possibilidade do surgimento do dever de indenizar a Agência Reguladora em decorrência de um dano sofrido por ato da empresa delegatária do serviço público – ou simplesmente regulada, em caos de atividade econômica de interesse geral –, em que restar demonstrada a falha de sua atuação, consubstanciada na ausência de fiscalização regulatória.

(...)

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



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

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

Dito isto, cabe asseverar, prima facie, que **se a Agência reguladora tiver conhecimento de que a atividade regulada está em vias de entrar em “colapso” e nada fizer para evitar ou minorar o incidente, possível será o surgimento de seu dever de indenizar, desde que comprovados os danos e o nexo de causalidade.** O mesmo se diga se o incidente mencionado puder ser evitado com a alteração da política pública pelo Poder Público Central, e isto não ocorrer por ausência de disponibilização de dados técnicos por parte da Agência Reguladora. **O seu dever de indenizar, neste último caso, decorre de sua omissão em colaborar com o Poder Público Central, auxiliando-o na formação de da política pública, evitando-se, assim, a deformação do objeto da regulação, e com isso, a incidência de danos indenizáveis.**

Analise-se ainda a possibilidade de responsabilização civil da Agência Reguladora em outras três situações distintas: a) **quando o ato violador do direito praticado pela empresa que compõe o segmento regulado tem a ver com o objeto da regulação;** b) quando o ato praticado pela empresa que compõe o segmento regulado não guarda qualquer nexo de causalidade com o objeto da regulação; e c) quando o ato violador da empresa que compõe o segmento regulado é de tamanha “violência” ao ordenamento jurídico que o dano ocorreria mesmo que houvesse uma efetiva fiscalização regulatória por parte da Agência Reguladora.

No primeiro caso proposto, entendemos que também responderá civilmente a Agência Reguladora, se o lesado provar que sofreu dano decorrente de ato praticado por empresa que compõe o segmento regulado, em função de uma



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

omissão no exercício de fiscalização regulatória por parte da Agência, uma das vertentes da regulação executiva.
(grifamos)

Bem se vê, as irretocáveis lições do Professor FLÁVIO DE ARAÚJO WILLEMANN acima transcritas encaixam-se com maestria à hipótese dos autos. Há ainda, porém, um sério agravante em desfavor da ANAC: na hipótese, se trata também – **mas não apenas** – de omissões administrativas, já que tanto a Autarquia-Ré quanto seus Diretores contribuíram não apenas com omissões, **mas também com atos comissivos ilegais e negligentes**, para o transtorno experimentado por inúmeros usuários e, lamentavelmente, para que o último trágico acidente viesse a perpetrar-se.

Nesse sentido, e no que toca mais especificamente à situação dos aludidos Diretores, não resta dúvida de que, tendo os mesmos não apenas se omitido em relação aos seus deveres funcionais, que deveriam cumprir *ex lege* e *ex officio*, **mas, ainda e sobretudo, praticado atos administrativos negligentes e ilegais**, hão de ser, assim como a ANAC (mas, ao contrário desta, de forma subjetiva), responsabilizados pelos danos que deram causa.

Quanto a esse particular aspecto, é oportuno, ainda uma vez, trazer à colação os ensinamentos do Professor FLÁVIO DE ARAÚJO WILLEMANN, *in verbis*:

“Como já analisado no primeiro capítulo deste trabalho, as Agências Reguladoras, como todas as demais pessoas jurídicas de direito público, exprimem sua vontade por meio de seus órgãos de atuação, que são centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, por intermédio de agentes, cujas ações e manifestações são imputadas à pessoa jurídica a que pertencem.”



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Que os dirigentes das Agências Reguladoras respondem civilmente por seus atos culposos ou dolosos que causarem danos a terceiros não resta dúvida. No entanto, cabe saber se este dever jurídico sucessivo é solidário para com a Agência ou se é subsidiário.

Entendemos que os dirigentes de uma Agência Reguladora com ela respondem solidariamente pelos danos causados à empresa que compõe o segmento regulado, ao usuário do serviço ou a terceiro que, porventura, venham a sofrer um prejuízo passível de indenização. Assim concluímos, com fundamento nas regras insertas nos artigos 186 e 927, ambos do Código Civil Brasileiro de 2002, que impõem o dever de indenizar às pessoas que diretamente praticarem atos ilícitos e causarem danos a terceiros.

Ora bem; como analisado, se só há falar-se em responsabilização civil dos diretores das Agências Reguladoras em caso de prática de atos regulatórios ilícitos, eivados de culpa ou dolo, não podemos deixar de concluir que estes respondem direta e solidariamente com a Agência Reguladora para a composição do dano causado ao segmento regulado, em razão da interpretação conjunta das regras previstas nos artigos 37, § 6º, da CFRB/88 e 186, do Código Civil Brasileiro de 2002.

(...)

Desta forma, em caso de ato ilícito do conselho diretor da Agência Reguladora, poderá o lesado optar por demandar tanto a Agência Reguladora, como os dirigentes desta, ou os dois conjuntamente, não podendo olvidar, no entanto, que a sua relação jurídica com a Agência será regulada pela teoria objetiva da responsabilidade civil (art. 37 § 6º da CFRB/88) e pela teoria subjetiva, baseada na culpa, em relação aos dirigentes, cabendo a ele comprovar, neste último caso, que a



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

deliberação regulatória foi praticada com imprudência, imperícia ou negligência (art. 186 do Código Civil de 2002), ou, ainda, com dolo. (...)

Por se manifestar na forma de deliberação, a culpa ou dolo dos dirigentes das Agências Reguladoras serão aferidos de forma colegiada, isto é, recairá sobre todos os membros do órgão, devendo o dirigente, para eximir do dever de indenizar, consignar o voto discordante da maioria.

(...)

Diante das regras insertas nos artigos 37 § 6º, da CRFB/88, 186 E 927, ambos do Código Civil de 2002, é solidária a responsabilidade civil da Agência Reguladora e dos seus dirigentes, podendo o lesado demandar a Agência, os dirigentes, ou ambos em litisconsórcio passivo facultativo.
(grifamos)

Por tudo que já foi exposto até o momento, é forçoso concluir que os atos e omissões dos Réus foram, de todo, *irracionais e irrazoáveis*, não se coadunando, por consequência, ao *princípio da eficiência* insculpido no *artigo 37, caput, da Constituição Federal*⁸.

Por mais esse motivo, resta configurada de forma inequívoca a responsabilidade civil tanto da Autarquia-Ré (objetiva) quanto de seus Diretores (subjativa), pelos danos experimentados de há muito pelos brasileiros usuários dos serviços aeroportuários. E mais: resta igualmente patente a necessidade de imediato afastamento (formal) destes últimos das funções que deveriam estar – mas na prática não estão – exercendo com zelo e eficácia. Só assim se impedirá, com absoluta certeza, que a inaptidão, a

⁸ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, aos seguintes:



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

letargia, a inércia e a inseqüência daquelas Autoridades Públicas prejudiquem ainda mais o setor aéreo e façam periclitarem vidas humanas.

Os atos e condutas omissivas praticados pela Autarquia-Ré e seus Diretores configuram, sem margem de dúvida, atos de improbidade administrativa, na forma e sob as penas do pertinente Diploma legal, senão vejamos:

Lei n.º 8.429/92

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei. (...)

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...)

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

Art. 12. *Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:*

(...)

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;
(grifamos)



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Ainda quanto a esse particular aspecto, cumpre trazer à colação, por oportuno, a manifestação do Professor CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, que, em sede doutrinária⁹, assim se manifestou sobre o tema da moralidade administrativa e os remédios constitucionais para sua defesa em face de atos de improbidade administrativa. Em textual:

“Arredando o laconismo de cartas anteriores, que se referiam sucintamente a lesões ao patrimônio de pessoas públicas, a vigente Lei Maior consagrou por expresse a possibilidade de se fulminar ato lesivo não apenas ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, mas também à moralidade administrativa, ao meio ambiente, e ao patrimônio histórico e cultural. Outras passagens deste trabalho estão destinadas à reflexão da intensa proteção constitucional ao meio ambiente, bem como ao patrimônio histórico e cultural, sendo importante sublinhar, aqui, que ambos passam a constituir objeto comum à ação popular e à civil pública. Interessa-nos, agora, vislumbrar o novo panorama que se abre a partir do momento em que a Carta Magna erige a tutela da moralidade administrativa como fundamento de per si suficiente para que os cidadãos possam ajuizar essa garantia constitucional.

Certamente em larga medida influenciada pelas seqüelas dos descalabros cometidos contra a coisa pública ao longo do regime autoritário que intentava sepultar, a Constituinte dedicou elevada atenção à tutela da moralidade administrativa, de modo a atender uma exigência ínsita ao processo de mobilizações populares que viabilizou sua convocação. Assim, foi o princípio da moralidade estabelecido como elemento norteador da estruturação e da atuação da Administração Pública, juntamente com os da legalidade, impessoalidade e

⁹ In A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário – Rio de Janeiro – Forense, 2003, pp. 761-762.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

moralidade, conforme exposto no art. 37, caput, da Lei Maior. Foi além o texto fundamental, ao capitular que os atos de improbidade administrativa ensejam suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e ressarcimento ao erário, além das sanções penais pertinentes (arts. 37, par. 4º e 15, V)”.

Por fim, convém ainda ressaltar que 4 (quatro), dentre o total de então 5 (cinco) Diretores da Agência Reguladora Ré, não apresentam, a toda evidência, o requisito curricular consistente no “**elevado conceito no campo de especialidade**” daquela Agência Reguladora e, de conseguinte, em frontal desafio ao artigo 12 da Lei n.º 11.182/05, sequer preenchem as condições mínimas para ocupar tais cargos, que ocupam irregularmente, porque tais cargos exigem formação e responsabilidade técnicas incompatíveis com as respectivas atividades profissionais e acadêmicas pregressas das sobreditas Autoridades Públicas.

De todo modo, e acima de tudo, é forçoso reconhecer que as omissões e os atos administrativos ilegais e negligentes praticados pela Autarquia-Ré e por seus Diretores não apenas conduzem à responsabilização dos mesmos, objetiva e subjetivamente, respectivamente, pelos danos morais e materiais decorrentes de atrasos e cancelamentos de vôos – e à própria imagem do país, além da diminuição do fluxo de turistas, todo esse acervo de lesões grandiosas, sem esquecer obviamente a ceifa de vidas humanas e o pranto familiar, tudo resultante dos lastimosos acidentes, dentre outros prejuízos que certamente ensejarão ações individuais, mas, também e por certo, configuram atos de improbidade administrativa, a serem punidos com o rigor que o caso requer.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

VI – DO PEDIDO

Ante todo o exposto, demonstrados exaustivamente os fatos – públicos e notórios e, como tal, independentes de provas (na forma do artigo 334, inciso I, do Código de Processo Civil), muitos deles, inclusive, já expressamente admitidos pela Autarquia-Ré e seus Diretores – pugna a Autora se digne V. Exa., antes de mais nada, conceder tutela de urgência, com fulcro no poder geral de cautela desse douto Juízo, no princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, e, ainda, no artigo 12, *caput*, da Lei n.º 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública)¹⁰ c/c o artigo 16, *caput*, da Lei n.º 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa)¹¹, no sentido de:

determinar o imediato afastamento dos Diretores da Autarquia-Ré das funções que ali deveriam estar – mas não estão – técnica e responsabilmente exercendo, até que venha a ser julgado o mérito da presente ação civil pública, para que outras autoridades – efetivamente qualificadas – possam vir a, ainda que provisoriamente, desempenhar aquelas importantes funções regulatórias e fiscalizatórias, em prol do setor aéreo brasileiro e da vida de seus milhões de usuários, e, inclusive, e na forma do artigo 20, § único, da Lei n.º 8.429/92¹², para evitar também

¹⁰ Art. 12. *Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo. (...)*

¹¹ Art. 16. *Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilícitamente ou causado dano ao patrimônio público. (...)*

¹² Art. 20. *A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.*

Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

que os atuais Diretores da Autarquia-Ré possam – como já se tem notícia pela mídia televisiva e impressa – vir a prejudicar o andamento das investigações que, ao que tudo já indica, agravarão ainda mais a situação dos mesmos.

Por fim, no tocante ao mérito da presente ação civil pública, pleiteia a Autora seja a ANAC condenada a pagar pelos danos causados aos usuários e familiares do serviço de aviação pátrio, devendo o valor da condenação ser destinado a um fundo especialmente constituído para o fim de ressarcir os prejudicados;

pleiteia **ademais** se digne esse douto Juízo julgar inteiramente procedente a pretensão autoral, tudo para o fim de confirmar, em definitivo, o afastamento dos Diretores, ainda detentores dos cargos na Autarquia-Ré, condenando todos (atuais e já afastados) solidariamente com a ANAC, nos termos do item anterior, aplicando aos diretores e ex-diretores, ainda, as penas, previstas no citado artigo 12, inciso II, da Lei de Improbidade Administrativa, de suspensão dos direitos políticos por 8 (oito) anos e pagamento de multa civil de 2 (duas) vezes os valores dos danos a que deram causa, mediata ou imediatamente, a ser revertida para fundo já referido, a par de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Pede a citação dos réus para contestarem a presente ação no prazo legal.

Protesta pela produção de provas admitidas em direito.

Dá à causa, para efeitos fiscais, o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Nestes Termos,
Pede Deferimento.

Brasília, 04 de setembro de 2007.

CEZAR BRITTO
PRESIDENTE DO CONSELHO FEDERAL DA OAB