



MANIFESTAÇÃO JURÍDICA

ARSP/DC/ASJUR Nº 08/2017

PROCESSO Nº 67127983

CONSULENTE: Agência de Regulação de Serviços Públicos do Espírito Santo - ARSP

ASSUNTO: Aplicação de penalidades.

1. RELATÓRIO

Trata-se de solicitação de análise jurídica, com vistas a subsidiar a edição e a publicação de resolução, que dispõe sobre procedimentos para regular a imposição de penalidades aos prestadores de serviços públicos estaduais de infraestrutura viária com pedágio.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. DA POSSIBILIDADE DA ARSP APLICAR PENALIDADES ÀS PRESTADORAS DE SERVIÇOS ESTADUAIS DE INFRAESTRUTURA VIÁRIA COM PEDÁGIO

2.1.1. A Agência de Regulação de Serviços Públicos - ARSP

Criada por meio da Lei Complementar Estadual nº 827, de 30 de junho de 2016, a Agência de Regulação de Serviços Públicos - ARSP é uma autarquia de regime especial, dotada de personalidade jurídica de direito público e autonomia administrativa, patrimonial, técnica e financeira, vinculada à Secretaria de Estado de Desenvolvimento – SEDES.

A ARSP tem por finalidade regular, controlar e fiscalizar, no âmbito do Estado do Espírito Santo, os serviços públicos de saneamento básico, infraestrutura viária com pedágio, energia elétrica e gás natural, passíveis de concessão, permissão ou autorização.

Feito tal premissa, exploremos os ditames da Lei de criação da ARSP:

Art. 3º São objetivos da regulação e fiscalização:

I - estabelecer padrões e normas para a adequada prestação dos serviços e para a satisfação dos usuários;

II - garantir o cumprimento das condições e metas estabelecidas; (...)

V - garantir o exercício dos contratos pelas partes envolvidas;

VI - fiscalizar os serviços prestados.

Art. 5º Na realização das competências definidas nesta Lei Complementar, a ARSP rege-se pelas seguintes diretrizes:

I - garantir o cumprimento das exigências de regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade e cortesia na prestação dos serviços públicos concedidos, permitidos e autorizados, submetidos a sua regulação, controle e fiscalização;

II - assegurar o cumprimento das normas legais, regulamentares e contratuais, o atendimento do interesse público e o respeito aos direitos dos usuários; (...)

V - proteger o consumidor no que diz respeito a preços, continuidade e qualidade da prestação dos serviços públicos concedidos; (...)

VIII - fiscalizar os serviços prestados considerando normas e procedimentos operacionais adequados;

Art. 7º Compete ainda à ARSP, originariamente ou por delegação dos poderes competentes:

I - cumprir e fazer cumprir, no âmbito do Estado do Espírito Santo, a legislação específica, os convênios e os contratos afetos ao seu âmbito de atuação;

II - regular, controlar e fiscalizar os serviços públicos regulados, no que lhe couber;

III - fixar, dentro de sua competência, normas, resoluções, instruções e recomendações técnicas e procedimentos relativos aos serviços regulados, observadas as diretrizes do poder concedente; (...)

X - atuar no sentido de impedir práticas abusivas que afetem os serviços públicos regulados, bem como receber, apurar e encaminhar soluções relativas às reclamações dos usuários; (...)

Parágrafo único. No exercício de suas atribuições ou das que lhe forem delegadas, **a ARSP poderá aplicar as sanções previstas nas Leis Federais nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nº 9.074, de 07 de julho de 1995**, bem como na legislação específica relativa aos serviços públicos de energia, notadamente as constantes da Resolução ANEEL nº 63, de 12 de maio de 2004, e textos normativos que lhe sucederem. (grifei)

Conforme veementemente exposto, a Lei Complementar Estadual nº 827/2016 prevê implícita e expressamente a possibilidade da ARSP aplicar penalidades ao prestador de serviço público. Melhor dizendo, a referenciada Lei diz que a agência pode aplicar as penalidades previstas na Lei Federal nº 8.987/1995, na Lei Federal nº 9.074/1995, na Resolução ANEEL nº 63/2004 e nas demais Leis aplicáveis os serviços públicos de energia.

2.1.2. Lei de Concessões e Permissões Públicas - Lei Federal nº 8.987/1995

A Lei Federal nº 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, diz ser cláusula essencial do contrato de concessão às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita à concessionária e sua forma de aplicação (art. 23, VIII).

Em igual sentido, o art. 24, IX, da Lei Estadual nº 5.720/1998.

Por sua vez, o artigo 29, caput e incisos I e II, da Lei de Concessões e Permissões Públicas prevê que incumbe ao poder concedente regulamentar o serviço concedido, fiscalizar permanentemente a sua prestação, bem como aplicar as penalidades regulamentares e contratuais.

Na mesma direção, o artigo 29, caput e incisos I e II, da Lei Estadual nº 5.720/1998.

Ressalto, todavia, que a Lei Federal nº 8.987/1995 e a Lei Estadual nº 5.720/1998 não dispõem a respeito das espécies de penalidades aplicáveis ao prestador de serviço.

2.1.3. Lei de Licitações e Contratos Administrativos - Lei Federal nº 8.666/1993

Apesar de não estar expressamente previsto na Lei Complementar Estadual nº 827/2016 a aplicação das penalidades previstas na Lei Federal nº 8.666/1993, a Lei de licitação e contratos administrativos dispõe que seus dispositivos se aplicarão aos contratos de concessão, desde que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto (art. 124).

Nestes termos, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, em seu art. 87, prevê as penalidades de advertência, multa, suspensão temporária

e a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública na hipótese da ocorrência de inexecução total ou parcial do contrato.

Segundo previsto no art. 87 da Lei Federal nº 8.666/1993, a multa apenas será aplicada na forma estabelecida no contrato.

Por sua vez, em consonância com o art. 88 da Lei de Licitações e Contratos Públicos, a suspensão temporária e a declaração de inidoneidade poderão também ser aplicadas nas seguintes hipóteses: I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos; II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação; III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

Nestes termos, elucido que a advertência, a multa, a suspensão temporária e a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública poderá ser aplicada, na forma estabelecida na Lei Federal nº 8.666/1993 e nos contratos de prestação de serviço.

2.1.4. Resolução ANEEL nº 63/2004

Por fim, vejamos o que dispõe a Resolução ANEEL nº 63/2004:

Art. 2º As infrações tipificadas nesta resolução sujeitarão a infratora às penalidades de:

I – advertência;

II – multa;

III – embargo de obras;

IV – interdição de instalações;

V – suspensão temporária de participação em licitações para obtenção de novas concessões, permissões ou autorizações, bem como de impedimento de contratar com a ANEEL e de receber autorização para serviços e instalações de energia elétrica;

VI – revogação de autorização;

VII – intervenção administrativa;

III – caducidade da concessão ou da permissão

Conforme demonstrado, levando em consideração que, “no exercício de suas atribuições ou das que lhe forem delegadas, a ARSP poderá aplicar as sanções previstas (...) na Resolução ANEEL nº 63, de 12 de maio de 2004”, a agência consulente também poderá aplicar as penalidades de: a) embargo de obras; b) interdição de instalações; c) suspensão temporária de participação em licitações para obtenção de novas concessões, permissões ou autorizações; d) impedimento de contratar com a ARSP e de receber autorização para serviços e instalações dos serviços regulados e fiscalizados pela ARSP; e) revogação de autorização; f) intervenção administrativa; g) caducidade da concessão ou da permissão.

2.1.5. Aplicação da Penalidade como Decorrência Lógica da Atividade de Fiscalização

Além de a legislação estadual deixar expressamente consignado a possibilidade de a ARSP aplicar penalidades ao prestador de serviço estadual de infraestrutura viária com pedágio, há que se destacar que a aplicação da penalidade ao serviço prestado de forma inadequada constitui decorrência lógica do poder de polícia (fiscalização) conferido às agências reguladoras.

Neste sentido tem entendido a atual jurisprudência:

*"As agências reguladoras [ANP], no entanto, podem expedir norma fixando multa, por se tratar de ato decorrente do seu poder regulador previsto nas leis de regência. [...] Isso porque elas atuam por determinação do próprio Estado e têm por objetivo ordenar a atividade econômica, como previsto no art. 174 da Constituição. **Daí a possibilidade de a penalidade vir estipulada em norma secundária, se existente, na lei de sua criação, o dever de regular e fiscalizar a atividade econômica.**" (TRF1, Quinta Turma, AC 27169, Rel. Des. João Batista Moreira, j em 13.07.2011) (grifei)*

*"[...] a **ANATEL**, constituída na forma de Autarquia de Regime Especial, tem a prerrogativa de se valer do Poder de Polícia, e **estabelecer as regras que devam ser cumpridas pelos concessionários de serviços de telecomunicações, coibindo as infrações cometidas com a aplicação de sanções, conforme disposto no artigo 173, da Lei nº***

9.472/92, não tendo, desta forma, a Resolução nº 344/2003, que regulamenta a aplicação de sanções administrativas, ultrapassado os limites legais para regulamentar a matéria - artigo 22, IV, da mencionada lei;" (TRF2, Oitava Turma Especializada, AC 531802, Rel. Des. Poul Erik Dyrlund, j. em 11.04.2012) (Grifei).

Trazendo este raciocínio lógico ao caso concreto, vale dizer que a Lei Complementar Estadual nº 827/2016 estabelece ser finalidade da ARSP a regulação e a fiscalização, no Estado do Espírito Santo, dos serviços estaduais de infraestrutura viária com pedágio.

2.2.6. Particularidades dos Serviços de Infraestrutura Viária

Quanto as suas particularidades, atendo-me a mencionar os dispositivos contratuais da única concessão de serviço de infraestrutura viária com pedágio do Estado do Espírito Santo, vale dizer, o Contrato de Concessão de Serviço Público nº 01/1998, atinente ao Sistema Rodovia do Sol.

Dispõe a cláusula XXIII do mencionado contrato:

Incumbe a ARSP: (...)

b) aplicar as penalidades contratuais.

Por sua vez, a cláusula LVII, em respeito ao art. 23, VIII, da Lei Federal nº 8.987/1995 e ao art. 24, XI, da Lei Estadual nº 5.720/1998, prevê que as infrações às cláusulas do contrato ou das normas legais e regulamentares aplicáveis sujeitará a Concessionária a certas penalidades.

*1. As Infrações às cláusulas deste **CONTRATO** ou das normas legais e regulamentares aplicáveis, sujeitará a **CONCESSIONÁRIA** às seguintes penalidades, sem prejuízo das de natureza civil e penal:*

I - advertência;

II - multa;

III - caducidade;

IV - declaração de inidoneidade.

Destaco que, além das obrigações discriminadas ao longo do contrato, o anexo III do edital da Concorrência Pública nº 01/1998 prevê o Programa de Exploração De Rodovias – PER, onde se encontram descritos as funções de operação, de conservação, de ampliação e de recuperação do sistema rodoviário concedido.

Já a cláusula LVIII do contrato prevê o processo administrativo de aplicação de penalidades.

Destaco, por fim, a cláusula LXXXI que prevê: “na hipótese de vir a ser criada Agência reguladora e fiscalizadora das concessões, permissões ou autorizações da prestação de serviços públicos estaduais, o DER/ES, assim que instalada e em funcionamento a Agência sub-rogará, integralmente, os direitos e obrigações contratuais para aquela entidade, transferindo-lhe o contrato”.

2.2. DA ATIVIDADE REGULATÓRIA E A POSSIBILIDADE DE A ARSP REGULAMENTAR A APLICAÇÃO DE PENALIDADES

A resolução normativa de uma Agência Reguladora deve se restringir a estabelecer critérios técnicos de prestação de serviço.

De forma semelhante, Rodrigo Santos Neves¹ dispõe que:

*Cada setor regulado terá normas específicas, **elaboradas por critérios altamente técnicos**, o que garante uma independência e uma inteligência do sistema. Reforçamos, aqui, as ideias já expostas de que os órgãos reguladores não são núcleos formadores de políticas públicas. Esta é função do Legislativo. **As normas das agências tratam, em regra geral, de parâmetros técnicos** para restringir, ao máximo, a discricionariedade da agência em suas decisões. (Grifei)*

Também neste sentido, Fernanda Marinela² leciona que:

¹ NEVES, Rodrigo Santos. **Função Normativa e Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro/RJ: Lúmen Júris, 2009. P. 123.

A problemática, quanto à função dessas agências, decorre do limite do poder de regular e normatizar as diversas atividades. Não há dúvida de que a esse poder está vedada a invasão de competência legislativa, **devendo ater-se a aspectos técnicos**, providências subalternas à lei, disciplinadas por meio de regulamentos, não podendo contrariar ou distorcer a disposição legal. (Grifei)

Acresce ainda Flávio Amaral Garcia³:

A função regulatória envolve atribuições executivas, normativas e judicantes, devendo sempre se pautar por critérios técnicos e não políticos. Pela via da regulamentação busca-se a implementação, e não formulação, de uma determinada política pública.

Destaco, inclusive, que, além da disposição do poder geral de regulação, a Lei de criação da ARSP prevê expressamente a possibilidade de a agência editar e publicar resoluções:

Art. 7º *Compete ainda à ARSP, originariamente ou por delegação dos poderes competentes:*

III - *fixar, dentro de sua competência, normas, resoluções, instruções e recomendações técnicas e procedimentos relativos aos serviços regulados, observadas as diretrizes do poder concedente;*

Feita tais premissas, destaco entender que uma resolução no intuito de regulamentar os procedimentos para a imposição de penalidades aos prestadores de serviços confiados a regulação e fiscalização da ARSP, na hipótese de o prestador desatender os critérios técnicos estabelecidos, não extrapola os limites impostos ao poder regulatório da agência.

² MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6ª Ed. Niterói/RJ: Impetus, 2012. P. 134.

³ GARCIA, Flávio Amaral. *Relação Jurídica das Rodovias Concedidas*. Rio de Janeiro/RJ: Lúmen Juris, 2004, p. 94.

Ressalto, inclusive, que a jurisprudência brasileira reconhece a possibilidade de que sejam expedidas normas que estipulem sanções, como a aplicação de multas a infrações de suas normas regulatórias.

Assim entendeu, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça:

"As agências reguladoras foram criadas no intuito de regular, em sentido amplo, os serviços públicos, havendo previsão na legislação ordinária delegando à agência reguladora competência para a edição de normas e regulamentos no seu âmbito de atuação. Dessarte, não há ilegalidade configurada na espécie na aplicação da penalidade pela ANTT, que agiu no exercício do seu poder regulamentar/disciplinar, amparado na Lei 10.233/2001. Precedentes".

(In: STJ, REsp 1546448 RN 2015/0188133-4, Ministra Assusete Magalhães, DJ 03/05/2017).

Em igual sentido, o Tribunal Regional Federal da 1ª região:

ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. DEPARTAMENTO NACIONAL DE COMBUSTÍVEIS (DNC). ILEGALIDADE.

1. Em regra, apenas a lei em sentido formal e material pode descrever infrações e impor penalidades, sob pena de violação ao princípio da legalidade.

2. As agências reguladoras, no entanto, podem expedir norma fixando multa, por se tratar de ato decorrente do seu poder regulador previsto nas leis de regência.

3. A Agência Nacional do Petróleo (ANP) pode estipular infração em norma regulamentadora, mas não o extinto Departamento Nacional de Combustíveis (DNC).

4. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.

(In: TRF1. AC 0271166420014013400. Relator: Juiz Federal Gláucio Maciel Gonçalves. Disponibilizado em: 26/07/2011).

É o fundamento.

3. CONCLUSÃO

Diante o exposto, entendo que a ARSP, desde que respeitado as devidas cautelas, pode aplicar penalidades regulamentares e contratuais às prestadoras de serviços públicos confiadas a sua regulação e fiscalização.

Inclusive, para que a ARSP não se restrinja a aplicação das penalidades contratuais expressas, sugiro que esta edite resolução, estabelecendo as infrações atreladas à prestação do serviço, a penalidade cominada ao cometimento de tal infração e o devido processo legal para aplicação destas penalidades, como de fato foi realizado.

É o entendimento, s.m.j.

Vitória (ES), 1º de Junho de 2017.

Alexandre Careta Ventorim
Advogado – OAB/ES 15.860