



NOTA TÉCNICA CONJUNTA

PROCESSO Nº 65116089

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

ASSUNTO: Resolução técnica

1. RELATÓRIO

Trata-se de solicitação de análise técnica e 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 de abastecimento de água e de esgotamento sanitário.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. DA ANÁLISE TÉCNICA

2.1.1. Do histórico do processo

O processo administrativo referente à minuta de resolução que regulamenta o procedimento sancionatório e as infrações sujeitas à aplicação de penalidades aos prestadores de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário foi aberto em janeiro de 2014, a partir de decisão tomada em reunião da Diretoria Colegiada da Agência, visando garantir maior transparência e efetividade ao processo sancionador realizado pela Agência Reguladora.

Nesse contexto, a primeira versão de minuta de resolução foi apresentada em dezembro de 2014. Após, por solicitação da Diretoria Técnica, foram feitas algumas alterações no texto da minuta, sendo entregue outra versão em fevereiro de 2015. Em virtude da promulgação da Lei Complementar Estadual nº 827/2016, que criou a Agência de Regulação de Serviços Públicos do Espírito Santo – ARSP, a Diretoria Colegiada solicitou que o Grupo de Trabalho atualizasse a minuta de resolução anteriormente apresentada, tomando como referência a Resolução que regulamentou o processo sancionatório da área de Infraestrutura Viária (Resolução ARSP 014/2017). Neste sentido, tal minuta de resolução foi revista com base nos argumentos apresentados nesta Nota Técnica Conjunta.

2.1.2. Dos aspectos técnicos

Conforme acordado com o Grupo de trabalho, a equipe técnica da agência responsabilizou-se pela elaboração do rol de infrações passíveis de aplicação de penalidades e por classificá-las em grupos em função da intensidade e do impacto da infração cometida.

Neste sentido, para definir as infrações, a equipe realizou consultas nos regulamentos das agências reguladoras de maior destaque no país, sendo ARCE, AGERGS, ANEEL, ADASA, AGR e ATR, bem como nas legislações que disciplinam o setor de Saneamento no âmbito federal e estadual. Além disso, foram feitas análises do checklist do Manual de Fiscalização da agência e das resoluções publicadas, a citar as Resoluções ARSI nos 008/2010, 011/2011, 019/2012, 021/2012, 032/2014, 033/2014 e 034/2014.

Após, para cada infração identificada foi atribuído um peso em função da gravidade da ocorrência e do impacto à prestação dos serviços. Assim, foi adotada a disposição das infrações por grupos, a fim de facilitar o acompanhamento de não-conformidades com o valor de multa devido. A classificação por grupos orientou-se conforme a gravidade da infração, sendo que os valores das multas a serem aplicadas para cada um foram estipulados em consonância com os Contratos de Programa firmados entre o prestador e o titular dos serviços.

Foram selecionadas as transgressões de menor impacto, as quais estarão passíveis da aplicação da penalidade de ADVERTÊNCIA. Nesta categoria foram reunidas as infrações em que o prestador deixou de expor e prestar informações aos usuários; de disponibilizar e atualizar documentos e normas; de identificar as suas instalações; de manter as áreas de risco com as estruturas adequadas para evitar a ocorrência de acidente ou ingresso de terceiros e de manter acesso adequado às unidades.

As demais infrações identificadas serão passíveis de aplicação de MULTA pecuniária em decorrência da magnitude da transgressão cometida. Assim, estas foram segmentadas em quatro grupos em função da intensidade da infração cometida, e correspondem, respectivamente, às naturezas leve, média, grave e gravíssima, como segue:

- Grupo I: infração de natureza leve;
- Grupo II: infração de natureza média;

- Grupo III: infração de natureza grave;
- Grupo IV: infração de natureza gravíssima

Encontram-se enquadradas no Grupo I (leve) as infrações cometidas em função das não atualizações: do cadastro comercial, das solicitações dos usuários e do calendário de leituras; de informações não prestadas ao usuário sobre: a reclassificação da unidade usuária, substituição de medidores, direitos e obrigações, as adequações nas instalações prediais; do não atendimento às regras de religações e/ou restabelecimentos; das aferições nos medidores de volume; da oferta de 6 datas para vencimento da fatura; da entrega de faturas, dentre outros.

No Grupo II (média) foram incluídas as infrações relacionadas ao não atendimento às regras de classificação e cadastro das unidades usuárias; da estrutura e qualidade do atendimento comercial e telefônico; da comunicação das interrupções e suspensões da prestação dos serviços; viabilização dos serviços; pessoal habilitado para operação e manutenção dos sistemas; prazos e condições para prestação dos serviços e reparos; ressarcimento de danos ao usuário, entre outros.

O grupo III (grave) reúne as infrações relativas ao não atendimento da pressão adequada na rede de água; ao faturamento inadequado; não cumprimento dos prazos estabelecidos pela ARSP; instalação, operação e manutenção dos sistemas em desconformidade das regras e normas vigentes; prestar serviço sem contrato de adesão; da restituição de valores recebidos indevidamente, dentre outros.

Já o grupo IV (gravíssima) reúne as infrações acerca do não atendimento aos preços e tarifas; de interrupções indevidas; do não atendimento às metas e prazos dos contratos de programa e Planos Municipais de Saneamento Básico; o não atendimento às normas de qualidade da água e ao padrão de lançamento de esgoto; do fornecimento de informação falsas; do impedimento a atividade da agência, dentre outros.

2.2. DA ANÁLISE JURÍDICA

2.2.1. Da Possibilidade Da ARSP Aplicar Penalidades Às Prestadoras De Serviços Estaduais De Infraestrutura Viária Com Pedágio

2.2.1.1. 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 reger-se-á 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.

2.2.1.2. 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.

2.2.1.3. 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.

2.2.1.4. 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; V

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.

2.2.1.5. Aplicação da Penalidade como Decorrente 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 decorrente 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.

2.2.2.6. Particularidades dos Serviços de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário

Quanto as suas particularidades, atenho-me a mencionar a cláusula décima utilizada pela CESAN nos atuais contratos de programa.

10.1. O descumprimento, por parte da CESAN, de qualquer cláusula ou condição deste CONTRATO, bem como de normas atinentes ao seu objeto, poderá ensejar, sem prejuízo do disposto nas demais cláusulas, a aplicação das seguintes penalidades:

a) Advertência;

b) Multa.

10.2. Competirá a ARSP disciplinar, em regulamento próprio, o procedimento de aplicação de penalidade, observados os limites previstos neste instrumento.

10.3. As penalidades previstas nas alíneas "a" e "b" do item 10.1, respeitados os limites previstos no item 10.5, serão aplicadas pela ARSP segundo a gravidade da infração.

10.4. Ocorrendo reincidência, entendida como tal a recorrência específica de fato objeto de mesma autuação, a multa prevista em abstrato passa a ser majorada em 100% (cem por cento).

10.5. O valor total das multas aplicadas pela ARSP a cada mês não poderá exceder a 1% (um por cento) do faturamento líquido médio mensal obtido pela CESAN no MUNICÍPIO.

10.5.1. Para fim de cálculo do faturamento líquido médio mensal, deverá ser considerado o exercício financeiro anterior ao ano em que se aplicará a multa.

10.6. O processo administrativo de aplicação das penalidades assegurará ampla defesa e contraditório a CESAN e terá rito estabelecido em Regulamento próprio da ARSP.

10.7. A decisão proferida deverá ser motivada e fundamentada, apontando os argumentos acolhidos e os rejeitados na defesa apresentada pela CESAN, sob pena de nulidade.

10.8. Ao final do processo administrativo e confirmada a penalidade, os efeitos dela advindos serão os seguintes:

a) No caso de advertência, anotação nos registros da CESAN junto à ARSP;

b) Em caso de multa pecuniária, obrigação de pagamento dentro do prazo de 30 (trinta) dias, contados do recebimento da notificação da decisão pela CESAN, ou parcelado, na forma do regulamento específico estabelecido pela ARSP.

10.9. O simples pagamento da multa não eximirá a CESAN da obrigação de sanar a falha ou irregularidade a que lhe deu origem.

Como se percebe, os contratos de programa firmados pela CESAN com os municípios possuem diretrizes básicas quanto a imposição de penalidades, devendo serem utilizados em conjunto com a presente resolução.

2.2.2. 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, entendemos que:

- 1.** 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.
- 2.** 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 está sendo realizado.
- 3.** Para definição das infrações passíveis da aplicação de penalidades, procurou-se fazer um benchmarking entre os regulamentos das agências das agências reguladoras de maior destaque no país, bem como realizou-se consultas nas legislações que disciplinam o setor de saneamento básico no âmbito federal e estadual, no checklist do Manual de Fiscalização e nas resoluções já publicadas pela agência. Além disso, foi considerado, também, as experiências de fiscalização da equipe técnica da Gerência de Saneamento Básico da ARSP.
- 4.** O rol de infrações aplicáveis foi segmentado na categoria de advertência e em quatro grupos de multa pecuniária. Tal classificação ocorreu em função da gravidade da ocorrência e do impacto do dano à prestação de serviços, sendo que os valores das multas a serem aplicadas para cada um foram

estipulados em consonância com os Contratos de Programa firmados entre o prestador e o titular dos serviços.

É o entendimento, s.m.j.

Vitória (ES), 18 de agosto de 2017.

Alexandre Careta Ventorim
Assessor Especial - Jurídico

Lorenza Uliana Zandonadi
Gerente de Saneamento Básico

Priscila Ribeiro Spala
Especialista em Regulação e Fiscalização
Na Área de Saneamento Básico