

**AGÊNCIA DE REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS - ARSP  
DIRETORIA DE GÁS CANALIZADO E ENERGIA - DE  
ASSESSORIA TÉCNICA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS - ASTAJ  
GERÊNCIA DE GÁS NATURAL - GGN**

**NOTA TÉCNICA CONJUNTA GGN/ASTAJ Nº 01/2021**

PROCESSO Nº 2021-K3XCD

**1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

A presente nota técnica tem por objetivo subsidiar a proposta de Resolução que dispõe sobre as infrações, penalidades e as regras do processo sancionador a prestadora de serviços públicos de distribuição de gás canalizado no Estado do Espírito Santo.

**2. DO CONTEXTO LEGAL E INSTITUCIONAL - ARSP**

Criada como uma autarquia de regime especial, dotada de personalidade jurídica de direito público e autonomia administrativa, patrimonial, técnica e financeira, vinculada à SEDES – Secretaria de Estado de Desenvolvimento, o órgão é resultado da fusão da Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo (ARSI) e da Agência de Serviços Públicos do Estado do Espírito Santo (ASPE) e, tem como finalidade regular, controlar e fiscalizar, no âmbito do Estado do Espírito Santo, os serviços de:

- Saneamento básico: abrangendo abastecimento de água e esgotamento sanitário na Região Metropolitana e da Grande Vitória e dos demais municípios, neste último caso quando as atividades de regulação, controle e fiscalização forem delegadas à ARSP pelos entes municipais envolvidos;
- Serviços estaduais de infraestrutura viária com pedágio;
- Gás natural: serviços de fornecimento, distribuição e demais condições de atendimento aos usuários.
- Energia elétrica: aqueles delegados à ARSP pela ANEEL.
- Mobilidade urbana: aqueles delegados à ARSP pela Secretaria Estadual de Mobilidade Urbana – SEMOBI.

### 3. DO CONTEXTO HISTÓRICO

No Espírito Santo, o governo assinou contrato com a Petrobras Distribuidora S/A em 16 de dezembro de 1993, cujo objeto era a concessão da exploração dos serviços de distribuição de gás canalizado no Estado, com prazo de 50 anos.

Em 27 de agosto de 2003 ajuizou-se ação popular, registrada sob o nº 0014046-21.2003.8.08.0024 (024.03.14046-1), que tinha por objeto a discussão acerca da legalidade do mencionado contrato de concessão, sob o argumento central de que sua celebração não fora precedida de certame licitatório, apresentando no momento recursos extraordinário e especial;

No decurso dessa ação popular, a Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo aprovou a Lei Estadual nº 10.493/16, que tem por objeto o reconhecimento da “extinção e da nulidade do contrato de concessão do serviço de distribuição de gás canalizado, por aplicação do disposto no art. 43 da Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995”;

Divergências de posicionamento em relação à execução do referido contrato de concessão poderiam evoluir para novas ações judiciais. Diante desses fatos e das incertezas do desfecho das demandas judiciais, o Estado do Espírito Santo e a Petrobras Distribuidora S/A buscaram construir solução de consenso de forma a delinear um novo contrato, privilegiando as melhores práticas, a satisfação do usuário e o equilíbrio econômico-financeiro da concessão. De início foi firmado um Memorando de Entendimentos, em 12 de agosto de 2016, cujo objeto foi consignar a união de esforços e início de trabalhos a serem realizados pelos signatários com o intuito de:

- ✓ Avaliar a possibilidade de criação de uma empresa estatal (sociedade de economia mista), da qual os signatários serão sócios e a quem caberá a exploração dos serviços de distribuição de gás canalizado no Estado do Espírito Santo;
- ✓ Estudos de modelagem, plano de negócios de uma nova concessão e avaliação de ativos.

Dos resultados desses estudos e da negociação entre as partes foi assinado, em 23 de maio de 2018, o Instrumento de Compromisso Condicional para constituição de Sociedade de Economia Mista para Distribuição de Gás Natural Canalizado, pelo Estado do Espírito Santo e a Petrobras Distribuidora S/A, com a interveniência da Agência de Regulação de Serviços

Públicos do Estado do Espírito Santo – ARSP. O Instrumento de Compromisso Condicional teve como objeto buscar o encerramento das demandas judiciais em curso.

Em 14 de dezembro de 2018, a empresa denominada Companhia de Gás do Espírito Santo (ES GÁS) foi oficialmente criada, mediante a Lei Estadual nº 10.955. Por sua vez, o contrato de concessão dos serviços públicos de distribuição de gás canalizado com o Estado do Espírito Santo foi assinado em 22 de julho de 2020.

O novo contrato de concessão exige que o Regulador, aqui se entende ARSP, estruture um novo arcabouço regulatório, alinhado com regramentos já pré-dispostos neste instrumento.

Dentre estes regulamentos necessários, o contrato estabelece em sua cláusula XXII, que a concessionária estará sujeita a sanções administrativas previstas em regulamento pelo descumprimento das disposições legais, regulamentares e contratuais pertinentes à prestação do serviço público de distribuição de gás canalizado. Em atendimento ao disposto nesta cláusula contratual, a Diretoria de Gás Canalizado e Energia optou por elaborar uma regulamentação desde já, não eximindo de contratação de assessoramento técnico para aperfeiçoá-la posteriormente.

Assim sendo, iniciam-se as análises.

#### **4. DA ANÁLISE TÉCNICA**

Com o intuito de atender ao disposto na cláusula XXII do contrato de concessão, a equipe técnica da agência pesquisou e apresentou um rol de infrações passíveis de aplicação de penalidades e as classificou em grupos, ponderando quanto à intensidade e o impacto da infração cometida.

Neste sentido, para definir as infrações, a equipe utilizou como base o contrato de concessão dos serviços públicos de distribuição de gás canalizado, dando enfoque na parcela técnico operacional. Em complemento, realizou consultas nos regulamentos vigentes das agências reguladoras como: ARSESP, AGENERSA, ARCE, bem como nas legislações que disciplinam o setor de gás canalizado no âmbito federal e estadual. Além disso, foram feitas análises na Resolução ASPE nº 005/2007, de 30 de julho de 2007, que dispõe sobre as Condições Gerais de Fornecimento de Gás Canalizado no Estado do Espírito Santo. Quando a equipe julgou pertinente, foram realizadas adaptações e inclusão de novos dispositivos.

Para cada infração identificada foi atribuído um peso em função da gravidade da ocorrência e do impacto à prestação dos serviços públicos de distribuição de gás canalizado. Adotou-se valor limite para as multas, conforme disposição das infrações, as quais foram divididas em grupos. A classificação por grupos orientou-se conforme a gravidade da infração.

Foram selecionadas as transgressões de menor impacto, as quais estarão passíveis da aplicação da penalidade de **ADVERTÊNCIA**.

Nesta categoria foram reunidas as infrações cometidas em função de: não manter à disposição dos usuários, em locais acessíveis, nos escritórios de atendimento ao público, exemplares da legislação pertinente às Condições Gerais de Fornecimento de Distribuição de Gás Canalizado; não divulgar, mediante publicação na imprensa de grande circulação, e não colocar à disposição dos usuários as tabelas de tarifas fixadas pela ARSP; não fornecer informações aos usuários sobre os serviços prestados, quando solicitado; não manter organizado e atualizado o cadastro relativo a cada unidade usuária, com informações que permitam a identificação do usuário, sua localização, valores faturados, histórico de consumo, bem como quaisquer outros dados exigidos por Lei, pelos regulamentos ou pelo Contrato de Concessão; não manter organizado, atualizado e digitalizado o cadastro relativo ao sistema de distribuição de gás canalizado que permita refletir exatamente a rede física instalada vinculada à base de dados geográfica da concessão; não manter registro de controle para supervisão, operação e manutenção de obras e instalações, além das ocorrências no sistema de distribuição que deverá estar à disposição da ARSP e não notificar usuário inadimplente sobre faturas ou contas de gás devidas.

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 muito grave, conforme a seguir.

- Grupo I: infração de natureza leve;
- Grupo II: infração de natureza média;
- Grupo III: infração de natureza grave;
- Grupo IV: infração de natureza muito grave;

Encontram-se enquadradas no **Grupo I (leve)** as infrações cometidas em função de: não informar aos usuários sobre os riscos existentes e os cuidados especiais que o gás canalizado requer; deixar de fazer campanhas de esclarecimentos e prevenção de acidentes acerca dos perigos do produto e das instalações à segurança junto às comunidades onde atua; não manter registro atualizado das reclamações e solicitações dos consumidores, com anotação da data e do motivo, bem como não informar ao interessado, no prazo definido nas normas pertinentes e no Contrato de Concessão, as providências adotadas; não manter sistema de comunicação que possibilite fácil acesso dos usuários à prestadora de serviço, observadas as peculiaridades regionais; descumprir as determinações da Lei e da normatização regulatória relacionadas ao prévio aviso para a suspensão ou interrupção programada do fornecimento; deixar de organizar e manter atualizado o calendário de leitura e faturamento e/ou deixar de informar aos usuários, previamente, por escrito, as alterações no referido calendário conforme estabelecido na lei e na normatização regulatória; deixar de sinalizar e identificar de forma adequada as instalações e os equipamentos utilizados na prestação do serviço público de distribuição de gás canalizado.

No **Grupo II (média)** foram incluídas as infrações relacionadas à: deixar de capacitar os seus trabalhadores para prevenção e atendimento de eventos específicos de acidente e incidentes; não investir em pesquisa e desenvolvimento, conforme estabelecido em regulamento; classificar incorretamente unidade usuária, em desacordo com as determinações da normatização regulatória; deixar de atender pedido de providências e serviços nos prazos e condições estabelecidos na Lei, na normatização regulatória e/ou no Contrato de Concessão, incluindo os prazos de devolução ao usuário de valores referentes a erros de faturamento, de elaboração de estudos e projetos de serviços na rede de distribuição, de construção e entrada em operação de extensões de rede, de interrupção do fornecimento de gás para manutenção programada; não manter controle, registro e inventário dos bens e instalações vinculados a atividade desenvolvida; não incluir nos contratos de fornecimento as condições fixadas em Contrato de Concessão e regulamento; impedir ou dificultar os agentes do Regulador a ter livre e irrestrito acesso, em qualquer época, a toda e qualquer documentação, sistema computacional, projetos, obras, instalações e equipamentos vinculados ao serviço concedido, podendo acessar, inclusive, os registros contábeis da prestadora; condicionar a ligação ou religação da unidade de consumidor do serviço de gás ao pagamento de valores não previstos nas “Condições Gerais de Fornecimento” ou de débitos não imputáveis ao consumidor; deixar de observar o plano de contas aprovado pela ARSP; deixar de celebrar contratos de

fornecimento de gás com os consumidores, quando estes cumprirem com os requisitos necessários para tanto; deixar de proceder às comunicações exigidas em regulamento e Contrato de Concessão; deixar de captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço; deixar de segregar as informações contábeis relativas às atividades alheias ao objeto do Contrato de Concessão, de modo a possibilitar ao Regulador a identificação das receitas, dos custos e das despesas de cada operação; não manter sistema de controle interno para resguardo de agressão ao meio ambiente, deixar de observar a legislação atinente ao tema ambiental; deixar de atender as normas técnicas e regulamentos quanto à instalação, operação, manutenção, inspeção, calibração e aferição dos equipamentos de medição e deixa de zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação dos serviços.

O **grupo III (grave)** reúne as infrações relativas à: deixar de efetuar a análise e o registro dos valores do poder calorífico superior do gás nas estações de transferência de custódia; interromper ou suspender, por decisão própria, a prestação dos serviços, salvo nas hipóteses legalmente previstas; deixar de atingir os valores de referência dos indicadores de qualidade do produto e do serviço; deixar de atingir os valores de referência dos indicadores de qualidade do atendimento comercial; não submeter à aprovação da ARSP, os contratos de suprimento de gás canalizado; deixar de elaborar plano de contingência; não prestar conta anualmente ao Regulador a respeito dos serviços correspondentes ao objeto do Contrato de Concessão ou não apresentar periodicamente dados e informações, observado o disposto em regulamento; não realizar leitura e faturamento em conformidade com a regulamentação e com a legislação aplicável; deixar de realizar operação, manutenção, planejamento da expansão e modernização das instalações, que garantam a prestação do serviço adequado de distribuição de gás canalizado, inclusive a segurança das pessoas e das instalações; executar atividades de comercialização e correlatas aos serviços de distribuição de gás canalizado sem autorização da ARSP; não avisar previamente à ARSP quaisquer circunstâncias que afetem a qualidade, continuidade, eficiência, segurança, que atinjam os usuários ou impliquem na modificação das condições de prestação dos serviços; não manter adequadamente vigente os seguros conforme definidos em Contrato de Concessão e regulamento; alienar ou onerar direitos creditórios contra os consumidores de forma a comprometer a operação e a continuidade da prestação dos serviços e não manter os equipamentos utilizados na prestação do serviço público de distribuição de gás canalizado em plena condição de funcionalidade;

Já o **grupo IV (muito grave)**, se enquadram as infrações cometidas em função de: deixar de atingir os valores de referência dos indicadores de segurança no fornecimento; não efetuar, nos prazos estabelecidos, reparos, melhoramentos, substituições e modificações, de caráter urgente, nas instalações; não proporcionar o auxílio que seja solicitado, pelas autoridades competentes, em caso de emergência ou sinistro; praticar tratamento discriminatório, inclusive tarifário, aos usuários, exceto nas situações dispostas em regulamento; não planejar e/ou implantar novas instalações, bem como deixar de ampliar ou modificar as existentes, de modo a garantir o atendimento da atual demanda de seu mercado de gás canalizado, sempre que o serviço seja economicamente viável; deixar de cumprir às solicitações, recomendações e determinações da ARSP, no prazo estabelecido; cobrar dos usuários taxas ou tarifas de serviços não previstas na legislação, ou valores desses serviços superiores aos estabelecidos em regulamentos e/ou Contrato de Concessão; fornecer informação falsa à ARSP, resguardada a hipótese de erro justificável; deixar de executar os serviços de contenção de vazamento de gás canalizado em suas instalações; transferir informações pessoais dos usuários sem o consentimento expresso e deixar de contratar gás e transporte em quantidades, qualidade e prazos que atendam às necessidades dos usuários cativos, de modo a que a sua aquisição, quando considerados preço, forma de pagamento, condições de reajuste, entre outros fatores, atenda aos princípios da economicidade, da eficiência, da transparência e da modicidade tarifária, assegurando condições de continuidade, de regularidade e de segurança.

## **5. DA ANÁLISE JURÍDICA**

### **5.1. DA POSSIBILIDADE DA ARSP APLICAR PENALIDADES ÀS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO DE DISTRIBUIÇÃO GÁS CANALIZADO**

#### **5.1.1. 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 concedidos, permitidos ou autorizados de saneamento básico, de

infraestrutura viária, de energia elétrica, de gás canalizado e aqueles de mobilidade urbana delegados à ARSP pela Secretaria Estadual de Mobilidade Urbana – SEMOBI.

Feito tal premissa, exploram-se 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-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, aplicando sanções aos prestadores de serviço ou titulares das concessões, permissões e autorizações que descumprirem os termos**

**dos contratos ou da legislação específica**; (Nova redação dada pela Lei Complementar nº 954/2020)

**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; (...)

§ 1º No exercício de suas atribuições ou das que lhe forem delegadas, **a ARSP poderá aplicar as sanções de multa e advertência, além de outras espécies sancionatórias previstas em regulamento editado pela ARSP, desde que exista previsão legal, em dispositivos contidos nas Leis Federais nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 07 de julho de 1995, nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nos respectivos contratos administrativos que disciplinam a prestação do serviço, bem como na legislação específica relativa aos serviços públicos de energia, notadamente as constantes de Regulamentação da ANEEL, e textos normativos que lhes sucederem**. (Acrescentado pela Lei Complementar nº 954/2020) (grifo nosso).

Conforme veementemente exposto, a Lei Complementar Estadual nº 827/2016, alterada pela Lei Complementar nº 954/2020, prevê expressamente a possibilidade da ARSP criar resoluções e aplicar penalidades à concessionária, prestadora de serviço público de distribuição de gás canalizado.

### **5.1.2 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 as 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. A saber, a referenciada Lei Estadual dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços público estadual.

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.

Ressalta-se, 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 público.

### **5.1.3. 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, elucida-se 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.

### **5.1.4. Particularidades do Serviço Público Estadual de Distribuição de Gás Canalizado**

Quanto as suas particularidades, mencionam-se algumas cláusulas do único contrato de prestação de serviço de distribuição de gás canalizado regulado por esta Agência Reguladora

(Contrato de concessão para exploração do serviço público de distribuição de gás canalizado celebrado entre o Estado do Espírito Santo e a Companhia de Gás do Espírito Santo – ES GÁS).

15.1. Incumbe ao PODER CONCEDENTE e/ou ao REGULADOR, conforme disposto na legislação: (...)

*XI - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;*

19.13. Do não atendimento, pela CONCESSIONÁRIA, às solicitações, recomendações e determinações da fiscalização resultará a aplicação das penalidades previstas em REGULAMENTO e neste CONTRATO.

#### CLÁUSULA XXII - PENALIDADES

22.1. A CONCESSIONÁRIA estará sujeita às sanções administrativas previstas neste CONTRATO, em REGULAMENTO e/ou em lei pelo descumprimento das disposições legais, regulamentares e contratuais pertinentes à prestação do SERVIÇO PÚBLICO DE DISTRIBUIÇÃO DO GÁS CANALIZADO.

22.2. A CONCESSIONÁRIA estará sujeita à penalidade de multa no valor máximo de 2% (dois por cento), por infração incorrida, aplicada sobre o faturamento anual, tomando-se como referência os 12 (doze) meses anteriores ao mês de lavratura do auto de infração, exceto nos casos de reincidência, em que poderá não ser aplicado o referido limite.

22.2.1. O valor do somatório de todas as multas aplicadas à CONCESSIONÁRIA em um período de um ano não poderá exceder a 2% (dois por cento) do faturamento, exceto nos casos de reincidência, em que poderá não ser aplicado o referido limite.

22.2.2. As demais regras para fixação da multa serão definidas em REGULAMENTO, observadas as regras deste CONTRATO, e as multas deverão observar o princípio da proporcionalidade.

22.3. As penalidades serão aplicadas pelo REGULADOR após prévio procedimento administrativo, guardando proporção com a gravidade da infração, assegurando-se à CONCESSIONÁRIA o direito à ampla defesa.

22.4. Quando a penalidade consistir em multa e o respectivo valor não for recolhido nos prazos e condições estabelecidos neste CONTRATO e na legislação, o REGULADOR poderá promover sua cobrança judicial.

22.5. As multas e outras penalidades pecuniárias decorrentes deste CONTRATO serão atualizados pelo Índice Geral de Preços do Mercado - IGPM, ou de outro índice que vier a sucedê-lo.

22.6. Inexistindo o índice sucedâneo de que trata o item anterior, o REGULADOR estabelecerá novo índice equivalente.

22.8. *As penalidades previstas neste CONTRATO serão aplicadas independentemente de intervenção por parte do PODER CONCEDENTE na CONCESSÃO, conforme previsto na legislação.*

Como se percebe, o contrato de concessão para exploração do serviço público de distribuição de gás canalizado celebrado entre o Estado do Espírito Santo e a ES GÁS possuem premissas básicas quanto a imposição de penalidades, devendo serem utilizados em conjunto com a presente resolução.

A título de ilustração, cita-se a questão da multa.

Segundo o contrato de concessão, a concessionária estará sujeita à penalidade de multa no valor máximo de 2% (dois por cento), por infração incorrida, aplicada sobre o faturamento anual. Respeitando tal disposição contratual, os valores das multas presentes na minuta de resolução de penalidades apresentada representam percentuais do valor máximo da multa disposta no referenciado contrato.

## **5.2. DA ATIVIDADE REGULATÓRIA E A POSSIBILIDADE DE A ARSP REGULAMENTAR A APLICAÇÃO DE PENALIDADES**

Segundo a atual jurisprudência, as agências reguladoras podem regulamentar as penalidades por normas secundárias, tal como por meio da edição de resoluções. Senão, veja-se:

***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) (grifo nosso)***

***“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) (grifo nosso)

[...] 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) (grifo nosso).

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) (grifo nosso).

Reitera-se, 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, entende-se 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.

Ressalta-se inclusive que as regras do processo sancionador da minuta de resolução em análise encontram-se análoga as resoluções de penalidades dos demais setores regulados por esta Agência Reguladora.

É o fundamento.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante o exposto, considera-se que:

1. A ARSP, desde que respeitadas as devidas cautelas, pode aplicar penalidades regulamentares e contratuais às prestadoras de serviço público de distribuição de gás canalizado confiadas a sua regulação e fiscalização.

2. Inclusive, para que a ARSP não se restrinja a aplicação das penalidades contratuais expressas e independentes de regulamentação, é sugerido 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 reguladoras, bem como se realizou consultas nas legislações que disciplinam o setor de distribuição de gás canalizado, nas resoluções já publicadas pelo regulador e nos principais dispositivos do contrato de concessão, com enfoque na parcela técnico operacional. Além disso, também foram consideradas as experiências de fiscalização da equipe técnica da Gerência de Regulação de Gás Natural realizando adaptações e inclusão de novos dispositivos quando julgados necessários.

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 públicos de distribuição de gás canalizado.

É o entendimento, s.m.j.

**Alberto Cesar de Lima**  
Especialista em Regulação e Fiscalização

**Heverson Morais Alvarenga**  
Especialista em Regulação e Fiscalização

**Débora Cristina Niero**  
Especialista em Regulação e Fiscalização

**Alexandre Careta Ventorim**  
Supervisor Jurídico – ARSP

Vitória, 31 de março de 2021.