

Marco Regulatório

NÚMERO 10 - MARÇO/2008



Revista da AGERGS

PORTO ALEGRE - RS

FICHA TÉCNICA

Marco Regulatório nº 10 – ISSN 1980-2943

1º Edição

JORNALISTA RESPONSÁVEL:
Thamara da Costa Pereira

ESTAGIÁRIOS IMPRENSA:
Felipe Seibert Decker
Ramon Nunes

CAPA:
Nelson Lovizetto Rech

PROJETO GRÁFICO E DIAGRAMAÇÃO:
Diartes / Nova Prova

CONSULTOR GRÁFICO:
Pedro Cláudio Gigena

IMPRESSÃO E CTP:
Nova Prova – Porto Alegre

TIRAGEM DESTA EDIÇÃO:
1000 exemplares



**Agência Estadual de Regulamentação dos Serviços Públicos
Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS**

Av. Borges de Medeiros, 659 – 14º andar
Porto Alegre – RS – CEP 90.020-023
Tel: 55 51 3288.0000 – Fax: 55 51 3288.8815
agergs@agergs.rs.gov.br
www.agergs.rs.gov.br

Ouvidoria: **0800 9790066**

SUMÁRIO

1 APRESENTAÇÃO	5
2 DEZ ANOS DE REGULAÇÃO <i>Alcides Saldanha</i>	7
3 AVALIAÇÃO DO DESEMPENHO ECONÔMICO-FINANCEIRO DAS OPERADORAS DO TRANSPORTE PÚBLICO INTERMUNICIPAL DE PASSAGEIROS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL <i>Airton Roberto Rehbein / Odair Gonçalves</i>	11
4 O FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA: COMENTÁRIOS À SOLUÇÃO DE CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO FACE AO CDC <i>Renata Dumont Peixoto Lima</i>	23
5 A REGULAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO: PROCEDIMENTOS DE VIABILIZAÇÃO <i>Ricardo Pereira da Silva / Stelamaris Calovi</i>	43
6 AUTONOMIA ESPECIAL DA AGERGS DELINEADA NA LEI N. 10931/97 FRENTE À NOVA REFORMA DA ESTRUTURA ADMINISTRATIVA DO ESTADO <i>Rosa Maria Aranovich</i>	53
7 A RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA NOS CONTRATOS COM AS CONCESSIONÁRIAS DE ENERGIA ELÉTRICA: SUGESTÃO DE ALTERAÇÃO NA LEI E NOS CONTRATOS VISANDO UM COMBATE À PRÁTICA DAS IRREGULARIDADES <i>Sheila Matos da Fonseca</i>	57
8 A RESPONSABILIZAÇÃO POR OMISSÃO DAS CONCES- SIONÁRIAS DE RODOVIAS <i>Vinícius Ilha da Silva</i>	69

APRESENTAÇÃO

A Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS) completou 11 anos de atividades. Por ser pioneira no Brasil, significa dizer que a atividade regulatória no País também atravessa a sua primeira década de atuação. Diferentemente de diversos países da Europa dos Estados Unidos, onde as agências são seculares, por aqui, tudo é novo e com muitas ações ainda em fase de experimentações. Mas, nem por isso, a AGERGS deixou de perseguir os objetivos para qual foi criada e neste ano inclui saneamento básico entre os setores que passa a atuar. Reconhecida como modelo e com um corpo técnico qualificado (com ingresso via concurso), a AGERGS é freqüentemente procurada por entidades similares de outros estados e até de fora do País para verificar procedimentos adotados em determinadas situações da atividade.

No ano de 2007, as agências de regulação entraram no noticiário durante semanas em função do dramático acidente ocorrido com o voo da Tam. O assunto regulação também ganhou destaque com a CPI dos Pedágios. Guardadas as proporções, nos dois casos ficou clara a importância do papel do agente regulador.

Na Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul muitos deputados, de diferentes partidos, buscaram amparo nos estudos elaborados pela AGERGS quando as questões exigiam números e embasamento técnico. Se houve divergência em enfoque político, todos foram unânimes na necessidade de autonomia e pleno poder de sanção em situações de irregularidades.

Nesta edição da Revista Marco Regulatório, o leitor vai encontrar novos trabalhos elaborados por técnicos da casa que esclarecem temas importantes para o pleno exercício da regulação. Assim, convido todos os interessados na matéria para que confirmem os textos que compõem esta publicação. E boa leitura!

Alcides Saldanha

PRESIDENTE DA AGERGS

DEZ ANOS DE REGULAÇÃO

Alcides Saldanha*

O ano de 2007 ficará marcado para sempre na história da regulação brasileira. Nem no momento de sua implantação, o tema teve tanto em evidência na mídia nacional. Infelizmente, o assunto se transformou em pauta obrigatória para todos os órgãos de comunicação do país, a partir do terrível acidente ocorrido com avião da Tam, no aeroporto de Congonhas, em julho de 2007. Todo mundo deu palpite e questionou quase todas as atuações da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac). Contudo, ninguém de sã consciência ousou ignorar a importância da existência da Agência na atual realidade nacional.

A globalização e a divulgação de informações de forma instantânea tornaram os consumidores mais exigentes e conseqüentemente a prestação dos serviços públicos também passou a ser mais cobrada. A partir da incapacidade dos governos em cumprir compromissos com a qualidade necessária, torna imperativo, no Brasil, o processo das concessões em setores mo energia, telefonia, aviação civil, saneamento básico, hidrovias, rodovias e ferrovias. Com ingresso da iniciativa privada, no setor de serviços públicos, o Estado fica liberado para exercer com maior efetividade as funções indispensáveis relativas à saúde, educação e segurança. As agências reguladoras são responsáveis pelo cumprimento dos contratos entre o Poder Concedente (governo) e Concessionárias regulando o interesse do usuário para o qual existe o serviço.

No Rio Grande do Sul, além da tragédia do vôo da Tam que resultou na perda da vida de vários gaúchos, o assunto também freqüentou as redações dos grandes veículos de comunicação por conta da CPI dos Pedágios. A CPI foi instalada em 30 de maio e encerrada com a entrega do Relatório Final, assinado pelo deputado

* Presidente da AGERGS

Berfan Rosado, em 10 de outubro de 2007. O trabalho frisa que a AGERGS é uma autarquia especial sem vinculação hierárquica e responsável estritamente pelas funções de regulação econômica.

Consta ainda no relatório que compete à AGERGS assegurar a prestação de serviços adequados, assim entendidos aqueles que satisfazem as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade nas suas tarifas garantir a harmonia entre os interesses dos usuários, concessionários, permissonários e autorizatários de serviços público, zelar pelo equilíbrio econômico-financeiro dos serviços públicos delegados. Conforme as determinações legais, no Rio Grande do Sul, a AGERGS atua nas áreas de

- energia elétrica (convênio com a Agência Nacional de Energia Elétrica - Aneel)
- saneamento
- rodovias estaduais ou sob controle do Estado
- transportes intermunicipais de passageiros
- estações rodoviárias

É de competência da AGERGS:

- garantir a aplicação do princípio da isonomia no acesso e uso dos serviços públicos por ela regulados;
- buscar a modicidade das tarifas e o justo retorno dos investimentos;
- cumprir e fazer cumprir, no Estado do Rio Grande do Sul, a legislação específica relacionada aos serviços públicos delegados;
- homologar os contratos e demais instrumentos celebrados, assim como seus aditamento ou extinções nas áreas sob regulação;
- homologar ou sugerir ao Poder Concedente tarifas seus valores e estruturas;
- orientar a confecção dos editais de licitação e homologá-los após submetê-los ao responsável pelo exercício do Poder Concedente, objetivando a delegação de serviços públicos no Estado do Rio Grande do Sul;
- propor novas delegações de serviços no Estado do Rio Grande do Sul, bem como o aditamento ou extinção de contrato em vigor;
- requisitar à administração, aos entes delegados ou aos prestadores de serviços públicos delegados, as informações convenientes e necessárias ao exercício de sua função regulatória;
- modelar, dirimir ou arbitrar conflitos ou interesses, no limite das atribuições previstas na Lei Estadual nº 10.931, de 099 de janeiro de 1997, relativos aos objetivos das concessões, permissões e autorizações;

- permitir o amplo acesso às informações sobre a prestação dos serviços públicos delegados e as suas próprias atividades;
- fiscalizar por meio de indicadores e procedimentos amostrais, a qualidade dos serviços;
- promover o princípio da livre concorrência na prestação de serviços públicos delegados no Estado;
- promover programas de educação e informação aos usuários dos serviços regulados;

O Relatório da CPI dos Pedágios conclui e recomenda que a “AGERGS, modelo de agência e de pioneirismo do Estado, à evidência não tem estrutura suficiente para funcionar como agência multi-setorial, prejudicando sobremaneira o trabalho regulatório e fiscalizatório (ainda que seja mediante índices de qualidade, o que parece adequado) no setor de transportes. Assim, como fito de superar tal dificuldade, recomenda-se:

- a) implementar uma Agência Setorial de Transportes, a exemplo de outros estados da federação, com poder coercitivo, aos efeitos de poder fazer valer a efetiva regulação.
- b) promover a alteração legislativa necessária à criação da Agência Setorial; afora as observações acima, revelou-se também adequada à adoção das seguintes providências:
 - 1) que eventual excedente de recursos dos recolhimentos próprios da AGERGS (tafic, etc.) reverta em favor da atualização técnica da própria autarquia ou à modicidade tarifária para os usuários dos setores de onde se origina a arrecadação dessas taxas, vedada a utilização desses recursos, pelo Estado, mediante a sua remessa para o caixa único, providência que beneficiará os usuários dos serviços públicos delegados;
 - 2) adoção de exigência legais acerca de formação, competências específicas e experiências comprovada para o exercício de função a ser desempenhada, como medida de segurança técnica e preservação institucional da autarquia.
 - 3) estabelecimento de um período de vedação (quarentena) de três anos entre o exercício de qualquer função ou cargo público que guarde vinculação com os setores regulados e a função a ser desempenhada, como medida de segurança técnica e preservação institucional da autarquia.

Independentemente da implementação de tais medidas, a Agência de Regulação deve dar início ao procedimento de verificação do equilíbrio econômico e financeiro dos contratos de concessão rodoviária (conforme previsão contratual do *TA 1 e do **TRR), em razão das suas competências legais, determinando a abertura de processo administrativo e o chamamento das partes - Estado, Daer e Concessionárias de Rodovias - para apresentarem seus cálculos, situação em que a AGERGS deverá exercer a mediação prevista nos contratos de concessão.”

Mesmo que tenha seja por linhas transversas, chegou a hora da regulação ocupar seu espaço definitivo nas mesas de decisões das autoridades brasileiras. Só assim, a população terá acesso a serviços de maior qualidade e o Poder Concedente e as Concessionárias terão a garantia do absoluto cumprimento contratual independentemente de quem esteja no governo ocasionalmente.

*TA 1 - 1º Termo Aditivo

**TRR - Termo de Rerratificação

AVALIAÇÃO DO DESEMPENHO ECONÔMICO-FINANCEIRO DAS OPERADORAS DO TRANSPORTE PÚBLICO INTERMUNICIPAL DE PASSAGEIROS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Airton Roberto Rehbein*

Odair Gonçalves**

RESUMO

De acordo com a Lei Estadual nº 10.931/97, Art. 1º, Inciso III, constitui objetivo da Agência Estadual de Regulação do Rio Grande do Sul (AGERGS) zelar pelo equilíbrio econômico-financeiro dos serviços públicos delegados. A Lei Estadual nº 10.931/97, Art. 3º, Parágrafo Único, Alínea “g”, cita que a atividade reguladora da AGERGS será exercida na área de transporte intermunicipal de passageiros. Assim, segundo a Lei Estadual nº 10.931/97, Art. 4º, Inciso XIII, compete à AGERGS requisitar aos entes delegantes informações convenientes e necessárias ao exercício de suas funções regulatórias. Nesse ponto, destaca-se a Resolução 134/02, que instituiu o Plano de Contas Padrão para o Transporte Intermunicipal de Passageiros. Salienta-se que acompanha este Plano de Contas Padrão a exigência de indicadores econômico-financeiros, sendo segregados nos seguintes tipos de índices: liquidez, estrutura, retorno e atividade. De outro lado, as demais Agências, que regulam o transporte de passageiros, também possuem seus instrumentos no

* · Contador - Técnico Superior em Regulação da AGERGS
· Mestre em Controladoria
· Professor do Centro Universitário La Salle – UNILASALLE – Canoas/RS
airton@agergs.rs.gov.br

** · Contador - Técnico Superior em Regulação da AGERGS
· Mestre em Contabilidade
· Professor da Universidade do Rio dos Sinos – UNISINOS – São Leopoldo/RS
odair@agergs.rs.gov.br

âmbito da contabilidade regulatória para fins de acompanhar o desempenho econômico-financeiro, como podemos exemplificar a Agência do Estado do Mato Grosso do Sul (AGEPAN). Nesse contexto, esse artigo busca, inicialmente, fazer um estudo comparativo das legislações emitidas pela AGERGS e AGEPAN, quanto às exigências de informações econômico-financeiras. Por fim, será apresentado um comparativo de indicadores econômico-financeiros das empresas do transporte rodoviário de passageiros do Estado do Rio Grande do Sul com indicadores padrões emitidos pela AGEPAN, para esse tipo de atividade econômica.

1 INTRODUÇÃO

Um dos objetivos da regulação é zelar pelo equilíbrio financeiro dos contratos de concessão. Para o bom desempenho deste papel, as Agências Reguladoras têm instituído planos de contas padrão para que as concessionárias dos serviços por elas regulados prestem suas informações contábeis através de demonstrativos padrões. Destaca-se o plano de contas padrão para o transporte de passageiros que dentre muitas informações úteis para a regulação permite a extração de indicadores econômicos e financeiros.

Este trabalho tem como objetivo fazer um estudo comparativo das legislações emitidas pela AGERGS e AGEPAN, quanto às exigências de informações econômico-financeiras, e, por fim, comparar os padrões estabelecidos pela AGEPAN com os indicadores apurados pela AGERGS com base numa amostra de empresas.

“A Análise de Balanços tem o objetivo de extrair informações das Demonstrações Financeiras para a tomada de decisões”. (MATARAZZO, 2003). Os usuários das demonstrações contábeis são as pessoas ou entidades preocupadas ou interessadas nas informações e resultados de determinada companhia. Segundo Matarazzo (2002), a Análise de Balanços permite uma visão da estratégia e dos planos da empresa analisada, permitindo estimar o seu futuro, suas limitações e suas potencialidades, sendo de primordial importância, portanto, para todos que pretendam relacionar-se com a empresa, como fornecedores, financiadores, acionistas e empregados. Já Ludícibus (1998) nos ensina que uma boa análise de balanços é importante para os credores, investidores em geral, agências governamentais, acionistas e para a gerência, apenas o enfoque e o grau de detalhamento serão diferenciados. Ribeiro (1999) afirma que os processos de análise são técnicas utilizadas pelos

analistas de balanços para obtenção de conclusões acerca da situação econômico-financeira da entidade ou de outros aspectos relacionados com o Patrimônio, de acordo com os interesses dos usuários.

Os indicadores, objeto do estudo proposto, advém das informações contidas num Plano de Contas Padrão, sendo assim, a contabilidade das operadoras em análise passaram por um processo de padronização. O objetivo da padronização das demonstrações contábeis é fazer com que as mesmas atendam às necessidades de análise e sejam apresentadas de forma simples de visualizar e fácil de entender. Para Matarazzo (1998) a padronização das demonstrações contábeis é feita pelos seguintes motivos: simplificação, comparabilidade, adequação aos objetivos da análise, precisão nas classificações de contas, descoberta de erros intimidade do analista com as demonstrações financeiras da empresa analisada.

Ao método de pesquisa, observamos: Quanto aos objetivos: foi realizado através de uma pesquisa exploratória, que Segundo Gil (1991) visa proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo explícito ou a construir hipóteses. Quanto aos procedimentos: rerepresenta um estudo de caso, que para Beuren *et al* (2006) é caracterizado pelo estudo profundo e exaustivo de um ou de poucos objetos, de maneira a permitir conhecimentos amplos e detalhados do mesmo. Inclue-se como procedimentos, a pesquisa documental, que para Beuren *et al* (2006) baseia-se em materiais que ainda não receberam um tratamento analítico ou que podem ser reelaborados de acordo com os objetivos da pesquisa. Quanto à abordagem do problema: trata-se de uma pesquisa quantitativa, que conforme Beuren *et al* (2006) tem a intenção de garantir a precisão dos resultados, evitarem distorções de análise e interpretação, possibilitando uma margem de segurança quanto às inferências feitas.

2 DOS INDICADORES ECONÔMICOS FINANCEIROS - AGERGS

O Conselho Superior da AGERGS emitiu a Resolução nº 134, em 26 de novembro de 2002, instituindo o Plano de Contas Padrão considerando, entre outras, as seguintes premissas:

- que as informações financeiras das empresas de transporte intermunicipal de passageiros são fundamentais para o cálculo da tarifa e para a análise da situação das empresas e do sistema;
- que a contabilidade, através das demonstrações contábeis é a fonte de tais informações;

- que a padronização dos relatórios contábeis facilita a análise e o estudo dos custos de transporte de passageiros; e
- que um plano de contas padrão facilita a padronização dos relatórios contábeis.

O Plano de Contas Padrão para o Transporte Intermunicipal de Passageiros de Longo Curso e das Regiões Metropolitanas do Rio Grande do Sul, que deve ser adotado por todas as Delegatárias do serviço público e aplicado pelo Poder Concedente, conforme Anexo 1 da Resolução nº 134, serve de base para a remessa das Demonstrações Contábeis. As Delegatárias poderão adotar planos de contas para outras finalidades, desde que a emissão dos demonstrativos para a AGERGS seja feita com base no Plano de Contas Padrão. Os balancetes analíticos trimestrais emitidos com base no Plano de Contas Padrão deverão ser encaminhados à AGERGS no prazo de 30 dias depois de encerrado o trimestre a que se referir.

Destaca-se que no Plano de Contas Padrão também consta a exigência de indicadores econômico-financeiros que foram constituídos com a justificativa da necessidade de acompanhamento da gestão do contrato de permissão, sendo os indicadores de desempenho Operacional, necessários à verificação da “modicidade das tarifas” preconizada na Lei de Concessões.

Segue, os indicadores segundo o Plano de Contas Padrão:

Índices de Liquidez

Liquidez Corrente: mede a capacidade de a empresa pagar suas dívidas vencíveis no exercício seguinte ao do balanço, contando com valores disponíveis e realizáveis no mesmo período.

$$\text{Liquidez Corrente} = \frac{(1.1 \cdot \text{Ativo Circulante})}{(2.1 \cdot \text{Passivo Circulante})}$$

Liquidez Geral: mede a capacidade de a empresa pagar compromissos sem que tenha de utilizar recursos de seu ativo permanente.

$$\text{Liquidez Geral} = \frac{(1.1 \cdot \text{Ativo Circulante}) + (1.2 \cdot \text{Realizável a longo prazo})}{(2.1 \cdot \text{Passivo Circulante}) + (2.2 \cdot \text{Exigível a Longo Prazo})}$$

Índice de Endividamento

Endividamento: Mede a proporção entre recursos tomados de terceiros e próprios.

$$\text{Índice de Endividamento} = \frac{(2.1. \text{ Passivo Circulante}) + (2.2. \text{ Exigível a Longo Prazo})}{(2.4. \text{ Patrimônio Líquido})}$$

Índice de Participação do Capital

Participação do Capital Próprio: mede a expressividade do capital próprio face aos recursos totais aplicados na empresa.

$$\text{Participação do Capital Próprio (\%)} = \frac{(2.4. \text{ Patrimônio Líquido}) \times 100}{(1. \text{ Ativo})}$$

Índices de Rentabilidade

Rentabilidade do Investimento Global: indica a rentabilidade de todos os capitais aplicados na empresa.

$$\text{Resultado do Investimento Global (\%)} = \frac{(3.1.1. \text{ Resultado Operacional}) \times 100}{(1. \text{ Ativo})}$$

Lucratividade: indica a relação entre lucro líquido obtido e os valores de receita efetivamente disponíveis para a empresa.

$$\text{Lucratividade} = \frac{(3.1.1. \text{ Resultado Operacional})}{(3.1.1.1. \text{ Receita Operacional Líquida})}$$

Posteriormente, o Conselho Superior da AGERGS emitiu a Resolução nº 152, em 11 de junho de 2003, considerando, entre outras, as premissas de que os balancetes trimestrais, baseados no Plano de Contas Padrão para o Transporte Intermunicipal do Rio Grande do Sul, objeto da Resolução 134 do Conselho Superior, de novembro de 2002, constituem documentação essencial para a verificação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão e da necessidade de reposição de perdas inflacionárias.

2. DOS INDICADORES ECONÔMICOS FINANCEIROS – AGEPAN

O Plano de Contas Padrão da Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Mato Grosso do Sul (AGEPAN), que buscou a padronização dos lançamentos e registros contábeis para permitir a comparação dos resultados obtidos na prestação de serviço das concessionárias do Estado de Mato Grosso do Sul, foi instituído pela Portaria de nº 20, de 04 de julho de 2003, para as operadoras participantes do Sistema de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros, para fins de permitir a avaliação da gestão das empresas pela análise de seus indicadores econômico-financeiros extraídos do Balanço Patrimonial, Demonstrativo de Resultados do Exercício e Balancetes Trimestrais.

A Portaria nº 20, que relata, entre outras, as seguintes exigências:

- a apresentação dos relatórios elaborados deverá ocorrer trimestralmente, sendo o prazo de entrega o dia 30 do mês seguinte ao término do trimestre;
- a prestação de informações que as Delegatárias estão obrigadas a fornecer, deverá ser realizada por meio de relatórios na forma de Balancete Analítico, seguindo o modelo constante do Anexo IV da Portaria, devidamente preenchido conforme a Descrição Funcional das Contas contida no Anexo II;
- as empresas enquadradas na Lei 6.404/76 terão prazo até 30 de abril do ano seguinte ao encerramento do exercício fiscal para apresentar o Balancete Analítico do último trimestre do exercício, juntamente com o Balanço Anual e cópia da publicação do mesmo em jornal de grande circulação;
- os relatórios deverão ser encaminhados a Diretoria de Regulação Econômica da AGEPAN em 02 (duas) vias de igual teor e forma, assinados pelo Diretor-Presidente ou Sócio-Gerente da Delegatária, juntamente com o Contador, encaminhando inclusive o arquivo em meio magnético;
- os arquivos em meio magnético deverão ser remetidos a AGEPAN, em formato XLS, seguindo a nomenclatura BAP00XXXCNPJ.XLS, onde se lê: BAP para uso do Balancete Analítico Padronizado, 00 o ano fiscal, XXX refere-se ao mês, considerando as três primeiras letras do mês de encerramento do trimestre e, CNPJ considerando os oito primeiros algarismos do número básico da inscrição;

- a observância dos modelos, especificações e codificações numéricas do Plano de Contas, Balancete Analítico e Indicadores Econômicos Financeiros e de Custeio é obrigatória exclusivamente na prestação de informações das Delegatárias a AGEPAN, sendo facultativa a sua implantação definitiva, podendo a empresa adotar outros padrões e formatos para o seu controle gerencial;
- a inclusão de novas contas analíticas no Plano de Contas deverá ser analisada pelo órgão regulador, ficando, portanto, expressamente proibida esta ocorrência nos relatórios padronizados contidos nesta Portaria;
- no caso da Delegatária retardar ou dificultar a entrega de dados estatísticos ou contábeis, bem como os livros ou documentos de registro exigidos pela fiscalização ou pela Comissão de Auditoria, implicará em multa de 50 UFERMS conforme disposto na Lei 2363/01 Art. 4º, inciso VIII e do Decreto 9234/98 em seu artigo 125, inciso III, alínea “a”.

O ANEXO III da Portaria nº 20/2003 da AGEPAN apresenta os indicadores econômicos financeiros que são idênticos aos exigidos pela AGERGS.

Posteriormente a AGEPAN emitiu a Portaria nº 031, de 1º de setembro de 2004, que dispõe sobre a regulação econômica dos serviços públicos delegados, implantando os parâmetros de avaliação dos indicadores econômicos financeiros a serem observados pelas empresas operadoras do Sistema de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros, considerando:

- para efeito da Portaria, em especial para a apuração das fórmulas apresentadas nos seus Anexos, as seguintes abreviações: AC: Ativo Circulante; PC: Passivo Circulante; E: Estoques; RLP: Realizável a Longo Prazo; ELP: Exigível a Longo Prazo; LL: Lucro Líquido; AT: Ativo Total; PL: Patrimônio Líquido.
- que o acompanhamento da qualidade da gestão empresarial será realizado trimestralmente, pela aferição dos indicadores econômico-financeiros das empresas, conforme quadros indicativos presentes nos Anexos da Portaria.
- que a aferição dos indicadores se dará baseada nos balancetes trimestrais, no balanço patrimonial e no demonstrativo de resultado de exercício apresentados pelas operadoras ao ente Regulador conforme os normativos pertinentes, devidamente assinados por profissional competente e regularmente inscrito na respectiva

entidade de classe. A qualidade da gestão empresarial, quanto ao atendimento dos indicadores, será considerada como:

- ideal: quando atender a 100 % (cem por cento);
- satisfatória: quando atender a 70% (setenta por cento) ou mais
- e insatisfatória: quando atender a menos de 70% (setenta por cento);
- caso seja apurada pela avaliação dos indicadores condição insatisfatória nos termos do artigo anterior, sem prejuízo da respectiva multa, a empresa operadora poderá ser penalizada com as demais sanções previstas na legislação pertinente.

Os anexos da Portaria nº 31 apresenta os seguintes parâmetros para a Situação Financeira, Situação Econômica e Estrutura de Capital:

SITUAÇÃO FINANCEIRA

Indicador Econômico-Financeiro	Equação	Padrão
Índice de Liquidez Corrente	$ILC = AC / PC$	maior que 1,41
Índice de Liquidez Seca	$ILS = (AC-E) / PC$	maior que 1,01
Índice de Liquidez Geral	$ILG = (AC+RLP) / (PC+ELP)$	acima de 1,31

SITUAÇÃO ECONÔMICA

Indicador Econômico-Financeiro	Equação	Padrão
Rentabilidade do Ativo	$ROA = LL/AT$	De 8% a 14% a.a.
Rentabilidade sobre Capital Próprio	$ROE = LL/PL$	De 10% a 16% a.a.

ESTRUTURA DE CAPITAL

Indicador Econômico-Financeiro	Equação	Padrão
Índice de Endividamento Geral	$IEG = (PC+ELP)/PL$	De 51% a 70%
Proporção de Capital Próprio	$PCP = PL/AT$	Mínimo de 35%

3. INDICADORES: COMPARATIVO AGERGS X AGEPAN

Podemos observar que as duas Agências, AGERGS e AGEPAN, instituíram no âmbito da contabilidade regulatória instrumentos semelhantes. Destacam-se alguns pontos, conforme abaixo:

- o Plano de Contas Padrão da AGERGS atende as empresas do Transporte Intermunicipal de Passageiros de Longo Curso e das Regiões Metropolitanas; já, o da AGEPAN atende ao do Sistema de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros;

- as duas Agências instituíram seus indicadores econômico-financeiros inclusos no Plano de Contas Padrão, sendo esses indicadores idênticos;
- o prazo de entrega dos balancetes é o mesmo, sendo o dia 30 do mês seguinte ao término do trimestre. Porém, para as empresas enquadradas na Lei 6.404/76, a AGEPAN definiu o prazo até 30 de abril do ano seguinte ao encerramento do exercício fiscal para apresentar o Balancete Analítico do último trimestre do exercício;
- o envio de arquivos seguem um mesmo padrão, entre as duas Agências, ou seja, devem ser enviados com extensão XLS;
- a AGEPAN salienta que a inclusão de novas contas analíticas no Plano de Contas deverá ser analisada pelo órgão regulador, ficando, portanto, expressamente proibida esta ocorrência nos relatórios padronizados;
- no caso da AGEPAN, há previsão de penalidade ao Delegatário quando retardar ou dificultar a entrega de dados estatísticos ou contábeis, bem como os livros ou documentos de registro exigidos pela fiscalização ou pela Comissão de Auditoria, o que implicará em multa de 50 UFERMS .

Considerando as semelhanças entre as legislações da AGERGS e AGEPAN, que instituíram o Plano de Contas Padrão em conjunto com indicadores econômico-financeiros, é possível estudar os indicadores de empresas sob regulação da AGERGS fazendo um comparativo com os padrões definidos pela AGEPAN, buscando, assim, observar o desempenho das empresas concessionárias do Estado do Rio Grande do Sul em relação aos padrões definidos para o Estado do Mato Grosso do Sul.

Foram selecionadas 19 empresas reguladas pela AGERGS, que possuem frota de ônibus superior a 10, e estão enviando regularmente os seus Balancetes. Com base nos indicadores informados no Balancete Padrão da AGERGS foram selecionados os indicadores padrões estabelecidos pela AGEPAN, para fins de comparativo, conforme quadros abaixo. Não foram selecionados os indicadores de estrutura de capital devido os padrões serem apresentados pela AGEPAN para indicadores diferentes daqueles que constam no balancete padrão instituído pela AGERGS.

SITUAÇÃO FINANCEIRA	Índices Padrão	Concessionárias				
		1	2	3	4	5
Índice de Liquidez Corrente	maior que 1,41	0,50	0,87	0,22	2,03	1,86
Índice de Liquidez Geral	acima de 1,31	0,56	0,72	0,22	0,04	1,42
SITUAÇÃO ECONÔMICA						
Rentabilidade do Ativo	De 8% a 14% a.a.	-0,1%	-5,9%	8,8%	15,6%	3,0%
Rentabilidade sobre Capital Próprio	De 10% a 16% a.a.	-0,7%	-16,2%	10,2%	21,3%	4,9%
SITUAÇÃO FINANCEIRA	Índices Padrão	Concessionárias				
		6	7	8	9	10
Índice de Liquidez Corrente	maior que 1,41	0,85	2,03	0,87	0,88	1,11
Índice de Liquidez Geral	acima de 1,31	1,98	0,00	0,94	0,29	1,32
SITUAÇÃO ECONÔMICA						
Rentabilidade do Ativo	De 8% a 14% a.a.	19,2%	15,6%	-5,7%	2,8%	0,7%
Rentabilidade sobre Capital Próprio	De 10% a 16% a.a.	53,6%	21,3%	-9,4%	14,9%	1,0%
SITUAÇÃO FINANCEIRA	Índices Padrão	Concessionárias				
		11	12	13	14	15
Índice de Liquidez Corrente	maior que 1,41	2,82	1,03	1,74	2,08	0,17
Índice de Liquidez Geral	acima de 1,31	2,82	0,71	0,56	1,42	0,16
SITUAÇÃO ECONÔMICA						
Rentabilidade do Ativo	De 8% a 14% a.a.	18,8%	0,9%	-0,8%	-4,9%	1,2%
Rentabilidade sobre Capital Próprio	De 10% a 16% a.a.	24,5%	0,7%	-1,2%	-9,4%	1,5%
SITUAÇÃO FINANCEIRA	Índices Padrão	Concessionárias				
		16	17	18	19	
Índice de Liquidez Corrente	maior que 1,41	1,03	0,50	0,61	1,12	
Índice de Liquidez Geral	acima de 1,31	1,04	0,59	0,61	1,12	
SITUAÇÃO ECONÔMICA						
Rentabilidade do Ativo	De 8% a 14% a.a.	1,7%	-2,6%	3,2%	6,3%	
Rentabilidade sobre Capital Próprio	De 10% a 16% a.a.	3,3%	-8,3%	13,2%	9,0%	

Da análise comparativa dos indicadores de 19 empresas, em relação aos padrões, observamos o seguinte comportamento:

- Quanto à Situação Financeira – Indicador de Liquidez Corrente: seis empresas estão enquadradas no índice padrão.
- Quanto à Situação Financeira – Indicador de Liquidez Geral: cinco empresas estão enquadradas no índice padrão.
- Quanto à Situação Econômica – Indicador Rentabilidade Ativo: cinco empresas estão enquadradas no índice padrão.
- Quanto à Situação Financeira – Rentabilidade sobre Capital Próprio: seis empresas estão enquadradas no índice padrão.
- Somente uma empresa atingiu 100% dos padrões.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vale destacar a iniciativa da AGERGS e AGEPAN na definição de instrumentos para acompanhamento do desempenho econômico-financeiros das concessionárias do transporte rodoviário de passageiros. A definição de indicadores padrão para esse setor de atividade, apresentados pela AGEPAN, é muito bem recebida, pois impulsiona a pesquisa neste campo, bem como a busca dos melhores padrões de avaliação. Com certeza, as demais Agências brasileiras possuem seus estudos e as experiências podem ser compartilhadas.

No comparativo realizado, as empresas não atingem todos os padrões, isso não quer dizer que existam ineficiências. Os indicadores funcionam como um “exame” ou um “alerta”, assim, é necessário, em segundo plano, estudar de forma mais detalhada o comportamento dos mesmos considerando uma série histórica.

De fato, a avaliação de um índice e a sua conceituação como ótimo, bom, satisfatório, razoável ou deficiente só pode ser feita através da comparação com padrões, e essa missão é realmente complexa. Não existe o bom ou o deficiente em sentido absoluto. O bom só é bom em relação a outros elementos. Sabemos que a análise de balanços através de índices só adquire consistência e objetividade quando os índices são comparados com padrões, pois, do contrário, as conclusões se sujeitam à opinião. Para estabelecer índices-padrão são necessários critérios para definir a população em análise, inicialmente é necessário escolher os ramos de atividade que permitam a melhor comparação possível dos índices de uma empresa com os de outras, ou seja, os ramos de atividade devem compreender empresas, possivelmente, semelhantes. No caso das concessionárias do transporte rodoviário de passageiros, as empresas possuem diferentes estruturas em termos de frota e linha, por exemplo. Muitas delas ainda atuam, muitas vezes, em diferentes atividades econômicas, além do transporte de passageiros. Outro fator importante é a forma de operação das empresas, quando atendem a sistemas diferentes, como, por exemplo: interestadual, intermunicipal, urbano, metropolitano, etc. Essas particularidades fazem com que o trabalho para definição de padrões seja extremamente exaustivo. No entanto, a definição de padrões pode compensar o seu custo-benefício. Matarazzo (2003) ensina que uma vez que os índices-padrão substituem os índices reais das empresas, estudar os índices-padrão significa estudar os índices de todas as empresas.

Por fim, em que pese as limitações da comparação de indicadores apresentadas nesse trabalho, pois podemos incorrer no risco de

comparar empresas com estruturas e formas de operação distintas, vale destacar a preocupação dos órgãos reguladores em expandir suas pesquisas na busca de indicadores padrões. A manutenção de exigências das informações no plano da contabilidade regulatória é providencial, sendo que dela podemos aplicar metodologias que apontem para a formulação de padrões de desempenho econômico-financeiro que possam, por exemplo, orientar o comportamento econômico-financeiro inicial de uma concessionária, quando da realização das concessões mediante licitação, ou, até de forma mais avançada, contribuir na elaboração de instrumentos de regulação que possam impactar na continuidade empresarial das empresas para fins de garantir a perenidade da prestação do serviço público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul - AGERGS – **Resolução 134/2002.**

_____. **Resolução nº 152.**

Agência Estadual Regulação de Serviços Públicos de Mato Grosso do Sul. **Portaria nº 20.**

_____. **Portaria de nº 31.**

BEUREN, Ilse Maria, et al. **Como elaborar trabalhos monográficos em contabilidade: teoria e prática.** 3.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** São Paulo: Atlas, 1991.

IUDÍCIBUS, Sérgio de. **Análise de Balanços: Análise da liquidez e do endividamento, análise do giro, rentabilidade e alavancagem financeira.** 7 ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MATARAZZO, Dante C. **Análise Financeira de Balanços: Abordagem básica e gerencial.** 6 ed. São Paulo: Atlas S/A, 2003.

PADOVEZE, Clóvis L.; BENEDITO, Gideon C. de. **Análise das Demonstrações Financeiras.** São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2004.

RIBEIRO, Osni Moura. **Estrutura e Análise de Balanços.** 6 ed. São Paulo

O FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA: COMENTÁRIOS À SOLUÇÃO DE CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO FACE AO CDC

Renata Dumont Peixoto Lima*

*“Avulta, sobremaneira, o princípio constitucional da defesa ou proteção do consumidor de serviços públicos que implica, antes de mais, o reconhecimento da vulnerabilidade dos usuários [...]. Assim, impõe-se que sejam fornecidos e fiscalizados sob a ótica da preservação deste vetor basilar, dado que o mesmo se inclui entre as inarredáveis finalidades cimeiras de nosso Estado Democrático, o qual, no cerne, somente experimenta sentido se voltado para a cidadania ativa, que, de sua vez, apenas se legitima quando imantada pelo interesse geral”.*¹

INTRODUÇÃO

O tema proposto é bastante atual e ainda pouco explorado pela doutrina. Justifica-se aprimorar o estudo a respeito do corte de energia elétrica em virtude das conseqüências práticas decorrentes das incertezas que permeiam a matéria, ocasionando insegurança jurídica não somente ao concessionário, delegatário do serviço, ao poder concedente, delegante do mesmo, mas principalmente ao consumidor de energia elétrica – personagem de principal enfoque neste artigo.

A análise da situação do Consumidor de energia elétrica frente à polêmica existente acerca da solução de continuidade do serviço, evidencia-se nessa pesquisa tendo como viés o Código de Defesa do Consumidor (CDC), considerando-se, igualmente, a legislação específica do setor dentro do ordenamento jurídico pátrio.

* Auxiliar Técnica lotada na Diretoria Jurídica da AGERGS. Graduanda do IX semestre em Ciências Jurídicas e Sociais na PUCRS.

1 FREITAS, Juarez. O consumidor de serviços públicos e a urgência de um novo regime fomentador da cultura participativa. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, v. 166, set.-out., 1998.

Entende-se que a Constituição Federal brasileira, ao inserir a defesa do consumidor no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, integrou-a à dignidade humana, de maneira que, em todas as relações de consumo, a dignidade do consumidor deve ser preservada, sob pena de ferir o preceito constitucional fundamental. Deste modo, o princípio da dignidade humana é o mais importante de todos e dá a diretriz para a harmonização dos demais princípios constitucionais.

Portanto, no transcorrer deste ensaio enfrentar-se-á a problemática da interrupção do serviço de energia elétrica, considerando sua essencialidade, na tentativa de dirimir conflitos e concepções equivocadas no que diz respeito ao princípio da continuidade do serviço público essencial, preconizado pelo artigo 22 do CDC. Com isso, visa-se compreender a correta aplicação do Código do Consumidor, ponderando as conseqüências advindas de sua interpretação com as demais leis do setor de energia elétrica.

1 AS DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS

O princípio da supremacia indica que toda interpretação à Carta Magna se assenta no pressuposto da sua superioridade jurídica. Nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental. Por isso, inaugura-se o presente estudo com as diretrizes constitucionais atinentes à matéria proposta.

A proeminência das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma adequado à Constituição Federal. Alexandre de Moraes (2005, p. 10) ressalta que a Constituição Federal há de sempre ser interpretada, pois somente por meio da conjugação da letra do texto com as características históricas, políticas, ideológicas do momento, se encontrará o melhor sentido da norma jurídica, em confronto com a realidade sociopolítico-econômica, almejando, pois, sua plena eficácia.

A captação de seu sentido, a descoberta das normas que esse texto veicula, também se submete às relações de contexto. A Constituição é um texto que está no mundo, independentemente daqueles que a captam. É por esse motivo que a percepção de cada um é considerada separadamente da CF em si. De igual modo, as

intenções de seu autor – o constituinte – são consideradas afastadas dela, porque ela é, em si mesma, um ser com seus próprios poderes e sua dinâmica: é autônomo. A tarefa do intérprete é como a de alguém que penetra nesse ser autônomo, por meio de análise textual.

Interpretar a Constituição implica num aspecto objetivo – que se refere ao objeto a ser interpretado – e um aspecto subjetivo – que se refere às qualificações e ideologia do intérprete, porque este não é neutro no processo interpretativo. Aliás, é preciso que se faça a apreensão ontológica do conteúdo constitucional, e que o fenômeno normativo seja objeto do conhecimento jurídico. Necessário, pois, o condicionamento gnosiológico de interpretação da Constituição, investigando seus problemas, suas possibilidades, suas origens, seus valores, formas e critérios.

A tarefa de hermenêutica constitucional consiste em desvendar o sentido mais profundo da Constituição pela captação de seu significado interno, da relação das suas partes entre si e de sua relação com o espírito da época, isto é, a compreensão histórica de seu conteúdo, a compreensão gramatical na sua relação com a linguagem e a compreensão espiritual na sua relação total com a época.

Nesse diapasão, faz-se necessário enfrentar os dispositivos constitucionais concernentes não apenas à defesa do consumidor, mas também os alusivos ao fornecimento de energia elétrica, iniciando-se a investigação da sistematização constitucional do tema proposto, sob a égide das considerações acima indicadas.

1.1 A Proteção do Usuário-Consumidor face à Constituição Federal

A promoção de defesa do consumidor adquiriu *status* constitucional a partir de 1988. Estabeleceu-se na Constituição Federal a previsão esquemática do direito do consumidor por meio da obrigação estatal de prover sua defesa. Criou-se uma regra, entre os direitos e garantias individuais e coletivos, de eficácia limitada, porque sua aplicabilidade ficou na dependência de lei ordinária, que, no entanto, já foi promulgada (Lei nº 8.079/90).

Foram traçadas as diretrizes básicas do Código de Defesa do Consumidor: um direito subjetivo público do cidadão frente ao Estado (art. 5º, XXXII) e princípio impostergável da atividade econômica (art. 170, inciso V) (PASQUALOTTO, 2005, p. 132).

O constituinte inseriu a defesa do consumidor entre os direitos e garantias individuais e coletivos. José A. da Silva (2005) anota que se trata de direito coletivo que fora inserido dentre os direitos fundamentais com o quê se erigem os consumidores à categoria de titulares de direitos constitucionais fundamentais.

Pode-se conjugar o artigo 5º, inciso XXXII², com o disposto no artigo 170, inciso V³, que eleva a defesa do consumidor à condição de princípio da ordem econômica. O amparo responde a um duplo tipo de razões: em primeiro lugar, razões econômicas derivadas das formas segundo as quais se desenvolve, em grande parte o atual tráfico mercantil; e, em segundo lugar, critérios que emanam da adaptação da técnica constitucional ao estado que hoje vivemos, imersos na sociedade do consumo, em que o ter sobrepõe-se ao ser.

Ives Gandra da Silva Martins (2005, p. 76) comenta a defesa do consumidor, inserida no art. 5º da CF/88, asseverando tratar-se de um dos dispositivos mais importantes introduzido pela Constituição, porquanto o Brasil adotou a chamada economia de mercado. Nela, o que se tem é a liberdade econômica – a livre iniciativa e a livre concorrência como seus dois grandes fundamentos. “Na Constituição brasileira, afastou-se o dirigismo econômico. Há livre iniciativa e livre concorrência, o que constitui a economia de mercado” (MARTINS, 2005, p. 77).

Para o autor, só se exerce a cidadania quando se percebe que aquilo que está nas leis é praticado pelos cidadãos de forma razoável. Mister que o consumidor exija a observância dos limites da livre concorrência, do livre mercado.

Roscoe Bessa (2002, p. 24) discorre sobre o consumidor e a Carta Magna. Aponta que tanto a Constituição de Portugal, quanto a da Espanha referem-se expressamente à defesa do consumidor. Traz à baila o art. 150, parágrafo 5º⁴, que alude ao resguardo do

² Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXII – O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V – defesa do consumidor;

⁴ Art. 150. [...] § 5º A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.

contribuinte. A conscientização fiscal é, certamente, uma função da cidadania, pois o contribuinte tem o direito de saber se, ao adquirir uma mercadoria ou determinado serviço, está ou não sofrendo ônus tributário, e em que medida o sofre.

1.2 A Energia Elétrica na Constituição de 1988

No que tange à energia elétrica, a Constituição Federal Brasileira de 1988 assegura, em seu artigo 20, parágrafo 1º, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, a participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de *geração de energia elétrica* e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração. O dispositivo é o primeiro indicativo constitucional da descentralização no privilégio de utilização do recurso no país.

A repartição constitucional de competências dispõe no artigo 21, inciso XII, alínea b, a competência exclusiva da União para explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de *instalação de energia elétrica* e o aproveitamento *energético* dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos. Rocha (2004, p. 10) remete à situação de maior autonomia conferida pela Constituição ao setor elétrico, que teve por escopo também, ao lado do comando assecuratório dos direitos dos usuários, a proteção do concessionário e do permissionário (com direito a remuneração que lhe permita manter um serviço adequado).

Condição de sobrevivência, adverte Souto (2004, p. 56), é a utilização de recursos financeiros e tecnológicos privados, através do regime de concessão, o que trouxe nova roupagem ao arcabouço administrativo, já que o déficit de infra-estrutura, notadamente no setor de energia (aí envolvidos os segmentos da eletricidade, gás e petróleo) acarreta atrasos ao desenvolvimento do país. Desse modo, sem que se modifique a titularidade do serviço, que continua sendo público, o setor privado investe e aperfeiçoa o setor de energia elétrica.

O capítulo destinado aos princípios gerais do sistema tributário nacional, em seu artigo 149-A, atribui aos Municípios e ao Distrito Federal competência para instituir contribuição para o custeio dos serviços de iluminação pública. Tem caráter retributivo do serviço,

com a natureza de taxa. José A. da Silva anota que o parágrafo único⁵ deste mesmo dispositivo, ao prever a contribuição na fatura do consumo de energia elétrica, não está vinculando esse consumo ao custo da iluminação pública, porque aquela fatura só se refere ao consumo doméstico ou do estabelecimento industrial ou comercial. De outra banda, Paulsen (2007, p. 167) destaca a ilegalidade da submissão do pagamento da conta de energia elétrica ao pagamento conjunto da contribuição, pois ainda que apartada a contribuição na própria fatura de consumo de energia, terá de ser permitido ao consumidor pagar só a sua conta de energia, se assim entender.

Tem-se especial interesse em elencar nesta análise o artigo 175⁶ da Carta Magna, que se refere ao regime de concessão e permissão dos serviços públicos. Convém esmiuçar a diretriz constitucional pela qual se estabelece a concessão do serviço de energia elétrica.

O modo de gestão deste serviço entra no regime da discricionariedade administrativa – cabe à Administração escolher se o faz diretamente, ou por delegação a empresa estatal (pública ou de economia mista), ou a uma empresa privada através de concessão ou permissão. Por conseguinte, Moreira Neto (2005, p. 433) assevera que a prestação indireta se faz por outorga legal – delegação – sempre dependente de lei, da entidade política titular da competência instituidora, que deverá promover a prestação contratual.

Desta forma, a concessão de serviço público é um instrumento de implementação de políticas públicas e está regulamentada pela Lei Federal nº 8.987/95. Sendo assim, não é pura e simplesmente uma manifestação da atividade administrativa contratual do Estado. É, portanto, um meio para a realização de valores constitucionais fundamentais.

⁵ Art. 149-A Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III.

Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica.

⁶ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

2 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS

O novo modelo de associativismo delineado pelo homem do século XX caracteriza a sociedade atual como de consumo, na qual se incentiva a aquisição contínua de bens e serviços (efêmeros) como forma de sustentar a produção e o crescimento econômico. Nesse ínterim, o ato de consumir na civilização contemporânea é o impulso irreversível do capitalismo. Particularidade da globalização, a prática consumerista é estimulada pelos meios de comunicação em massa, os quais acabam homogeneizando a cultura mundial.

O contexto de complexificação social ensejou a necessidade de se criar um sistema de proteção ao novo agente do mercado: o consumidor. Sua posição na conjuntura atual não é mais equilibrada com a do fornecedor. Pelo contrário. O detentor da produção - o fabricante, o importador, o construtor ou o comerciante – é quem dita as regras de mercado.

Assim, diante dessa evolução nas relações de interesses cujo acúmulo de capital é o vetor que as orientam, o consumidor tornou-se parte vulnerável. O Direito, por sua vez, não ficou alheio a tal fenômeno.

O mercado não apresenta, em si mesmo, mecanismos eficientes para superar tal vulnerabilidade do consumidor. Nem mesmo para mitigá-lo. [...] Toda e qualquer legislação de proteção ao consumidor tem, portanto, a mesma *ratio*, vale dizer, reequilibrar a relação de consumo, seja reforçando, quando possível, a posição do consumidor, seja proibindo ou limitando certos procedimentos de mercado (GRINOVER; BENJAMIN; FINK, 2004, p. 07).

Desta forma, conforme ensina José Reinaldo de Lima Lopes (2005, p. 103), o princípio da vulnerabilidade é, de fato, um princípio definidor. Ele dá a estrutura do campo do direito do consumidor, que é eminentemente protetivo⁷.

O Código de Defesa do Consumidor é a lei especial que rege as relações de consumo. Conforme salienta Pasqualotto (2005, p. 132), o que justifica sua existência é a desigualdade provocada pelo

⁷ Por todos, Cláudia Lima Marques assinala que a microlei (expressão da autora) protege um grupo, um papel na sociedade, um *status*, protege os indivíduos novos, fragmentados e plurais (2006, p. 34).

mercado, no qual um fator estrutural de desequilíbrio exige proteção à parte fraca.

A definição de consumidor se impõe de forma evidente. Partindo-se do critério instituído pelo CDC – a vulnerabilidade do destinatário final – prescindível diferenciar aqui as teorias maximalista e finalista. Certo é que a interpretação constitucional do artigo 2º do código do consumidor é consoante a doutrina restritiva de destinatário final, pois só será consumidor aquele que adquirir o produto ou o serviço para uso próprio, finalizando a cadeia produtiva, exaurindo-a⁸.

Destarte, o tratamento diferenciado, o direito de especial proteção não pode ser vulgarizado, generalizando-se o conceito de consumidor, pois se estaria indo de encontro ao fundamento primeiro da codificação. Agindo ao contrário do entendimento aqui exposto, não se protegeria o desigual, mas sim igualar-se-iam os sujeitos da relação material de consumo.

O artigo 3º⁹ é destinado a conceituar o fornecedor. *In casu*, as Concessionárias são enquadradas como fornecedoras de energia elétrica. O ato de fornecer, prestar o serviço (sentido amplo), entregar a energia ao destino pactuado se dá mediante contrato de fornecimento. Cláudia Lima Marques (2006, p. 113) leciona que quanto ao fornecimento de serviços, a definição do art. 3º do CDC foi mais concisa e, portanto, de interpretação mais aberta.

É no parágrafo 1º que se enquadra a energia elétrica, em simetria com o art. 83, I do CC¹⁰. A atividade da Concessionária é regulada pelo parágrafo 2º do art. 3º, tendo em vista o fornecimento continuado da energia. Cláudia Lima Marques destaca a condição de habitualidade e reiterabilidade da atividade e que esta independe de

⁸ Posicionamento defendido no Resp nº 701.370-PR. Lê-se no ementário que a aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade intermediária. O voto do Ministro Scartezzini cita que o Resp nº 541.867-BA manifestou-se acerca da questão pela impossibilidade de caracterização das pessoas, físicas ou jurídicas, que visam lucro em suas atividades, como consumidoras para efeito da tutela legislativa especial.

⁹ Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

¹⁰ Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:

I - as energias que tenham valor econômico;

quem realmente detém a propriedade dos eventuais bens utilizados para prestar os serviços e seus deveres anexos.

O artigo 4^o¹¹ inaugura o capítulo dedicado à política nacional de relações de consumo. Filomeno (2004, p. 68), ao comentar o artigo na obra conjunta dos autores do anteprojeto do CDC, enfatiza a harmonização dos interesses dos consumidores e fornecedores. No seu entendimento, a filosofia imprimida ao Código do Consumidor aponta no sentido de buscar a harmonia das relações de consumo e, para tanto, adotam-se parâmetros de ordem prática, dentre elas as ações governamentais de proteção.

Deste modo, qualidade não é apenas a adequação do produto ou serviço público às normas que regem sua fabricação ou prestação, mas também e principalmente a satisfação de seus destinatários, que têm o direito subjetivo público de exigir o seu efetivo cumprimento com adequação, presteza, pontualidade, etc.

O regime, porém, dos contratos concluídos com a administração é especial, mesmo se regidos por leis civis, e não perde tal relação seu caráter dito de ‘verticalidade’, reservando-se à administração faculdades que quebram o equilíbrio do contrato. (MARQUES, 2006, p. 152).

Filomeno deixa claro seu posicionamento favorável ao corte com determinadas ressalvas¹². Abusivo será o corte sem o que o autor denomina de “maiores cauletas”, vale dizer, o corte sem o aviso prévio preconizado na Lei das Concessões e na Resolução ANEEL n^o 456/00.

O artigo 6^o, inciso X, elenca como direito básico do consumidor a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral. Ao explanar sobre dispositivo, Cláudia L. Marques (2006, p. 184) menciona as conclusões do V Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, realizado em Belo Horizonte, em 2 de maio de 2000, que vêm ao encontro da adequação e eficiência imprescindíveis ao serviço público, fundamentalmente os essenciais como a energia¹³.

¹¹ Art. 4^o A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios [...].

¹² Faz-se um parênteses para registrar que Filomeno traz à discussão o artigo 22 do CDC. Para ele, resta evidenciado, a partir da leitura do parágrafo único do referido artigo que, ao contrário de privilegiar o consumidor inadimplente ou relapso, o dispositivo enfocado pretende assegurar a oferta constante e de boa qualidade dos serviços públicos prestados (2006, p. 99).

¹³ 2. Aplicam-se as normas do CDC aos serviços públicos executados mediante o regime de concessão, cabendo ao intérprete potencializar a utilização das normas do Código

O art. 22¹⁴ é o que traz maiores repercussões para o presente estudo. Debruçar-nos-emos na sua interpretação.

A incidência do CDC limita-se aos serviços públicos classificados como *uti singuli*¹⁵. Aplica-se, portanto, o Código do Consumidor sempre que presente um usuário - destinatário final - dos serviços públicos referentes ao fornecimento de água, energia elétrica, gás, telefonia, transportes públicos, dentre outros.

Zelmo Denari (2004, p. 214), ao comentar o artigo supramencionado, afirma que um dos temas mais requintados nesta sede versa sobre a continuidade dos serviços públicos ditos essenciais. O primeiro esclarecimento a ser feito diz respeito ao conceito de essencialidade.

Aponta Ana Maria G. F. Scartezini (2006, p. 55) que a polêmica acerca do serviço público essencial se inicia com sua própria definição, porque só se alcança a unanimidade ao concluir pela equivocidade, polissemia e a polivalência do conceito. A partir desta conclusão, questiona-se a tentativa, embora didática, de alguns colegas em definir serviço público essencial, uma vez que se trata de conceito indeterminado, mutante, dinâmico. No entendimento da professora, a distinção entre serviços públicos essenciais é de pouca valia, dada a fluidez do conceito de essencialidade, variável em situação e momento histórico.

O professor Pasqualotto (1992, p. 139) em seu artigo acerca dos serviços públicos no CDC assevera ser curial que o Código de Defesa do Consumidor tenha a sua própria semântica de serviços públicos essenciais, pois tratando-se de uma lei que protege as

em conjunto com as regras protetivas do consumidor, existentes nas leis específicas que regulam cada um dos serviços. 3. O princípio da continuidade é de ser observado na prestação dos serviços públicos concedidos, sendo imposto tanto pelas normas de proteção do consumidor como pelas regras do direito administrativo. O descumprimento do dever de continuidade gera, além de sanções administrativas, a reparação dos danos causados, incidindo responsabilidade objetiva da prestadora do serviço.

¹⁴ Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

¹⁵ Também chamados de serviços individuais ou impróprios. São os que têm usuários determinados e utilização particular e mensurável para cada destinatário (MEIRELLES, 2005, p. 326). Pasqualotto (1992, p. 132) conceitua serem serviços de utilidade pública, que atendem à conveniência dos cidadãos, e podem ser prestados pelo próprio Estado ou por delegação a terceiros. A retribuição é feita através de taxas ou tarifas. À guisa de exemplo os serviços de água, energia elétrica e telefonia.

relações de consumo, ontologicamente explicada pela contextualização social em que se insere, é natural que sejam essenciais todos os serviços considerados indispensáveis em uma sociedade de consumo.

Denari (2004) admite a imprecisão do vocábulo *essenciais*. Para ele, a continuidade significa que não podem deixar de ser ofertados a todos os usuários, vale dizer, são prestados no interesse coletivo.

A continuidade, para Scartezzini (2006), é uma característica inerente à própria essência do serviço essencial. Existe a obrigatoriedade de quem presta o serviço. Consoante a autora, de nada valeria afirmar que o serviço deve ser regular e contínuo, se quem deve prestá-lo ou realizá-lo não estivesse obrigado a fazê-lo. Nesse sentido,

Como serviço público antes de um conceito jurídico é um fato, uma de suas características essenciais é a continuidade, que está ligada à eficiência da prestação, pois só assim será oportuna. A sua prestação não deve ser interrompida, sob pena de prejudicar justamente o beneficiário, o destinatário para o qual o serviço foi criado (SCARTEZZINI, 2006, p. 94).

Hely Lopes Meirelles (2005, p. 326) vincula a continuidade do serviço público essencial à satisfação das exigências regulamentares previstas no contrato. Desde que realizada a contraprestação por parte do usuário, isto é, o pagamento do valor cobrado pela utilização da energia elétrica, a prestação sucessiva do serviço é obrigatória, visto que esses serviços, desde que implantados, geram direito subjetivo à sua obtenção para todos os administrados que se encontrem na área de sua prestação ou fornecimento.

Importante destacar a lição de Plínio Lacerda Martins (2006, p. 158). Adverte que o CDC veda a prática do constrangimento na cobrança de dívidas, determinando que o consumidor não pode ser submetido a qualquer tipo de ameaça, nem exposto a ridículo pela cobrança da dívida (art. 42). “Como se sabe, a Lei do Consumidor repudiou a cobrança vexatória a ponto de tipificar como criminosa a conduta que expõe o consumidor a constrangimento em razão da dívida”¹⁶.

¹⁶ O autor aduz ao art. 71 do CDC: “Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer: Pena Detenção de três meses a um ano e multa”.

Invoca-se, caso haja descumprimento reiterado do princípio da continuidade do serviço, sempre observada as regras constitucionais de proporcionalidade e razoabilidade, a previsão de sanção administrativa à concessionária a fim de que a possibilidade da interrupção do fornecimento não reflita em prática abusiva.

3 ANOTAÇÕES ACERCA DO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO FORNECIMENTO DE SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL DE ENERGIA ELÉTRICA FRENTE À INADIMPLÊNCIA DO CONSUMIDOR

Os escritos sobre o tema não são numerosos. Apesar disso, o exame a respeito das opiniões existentes nos faz concluir pela dificuldade consensual dos autores. Cada um, ao seu modo, maneja a questão sobre determinado prisma, e a partir dele segue um raciocínio que, em grande parte, diverge dos demais estudiosos do ramo.

Advogado militante no setor elétrico desde o início da década de 90, calcado na legislação específica do setor, Fábio Amorim da Rocha (2004) considera a legalidade da suspensão do fornecimento de energia elétrica ao consumidor inadimplente em suas obrigações contratuais¹⁷

¹⁷ Nesse sentido: ADMINISTRATIVO – FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – ADULTERAÇÃO DO MEDIDOR – RECURSO ESPECIAL – ALÍNEAS “A” E “C” – AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO – CORTE DE ENERGIA ELÉTRICA – INADIMPLÊNCIA – POSSIBILIDADE.

1. Preliminarmente, o recurso merece conhecimento, porquanto a matéria federal restou devidamente pré-questionada, bem como a divergência foi demonstrada nos moldes regimentais.

2. Não resta evidenciada a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido.

3. **É lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica se, após aviso prévio, o usuário permanecer inadimplente, a teor do disposto no art. 6º, § 3º, II, da Lei n. 8.987/95.**

4. A continuidade dos serviços públicos essenciais, assegurada pelo art. 22 do CDC, é limitada pelas disposições contidas na Lei n. 8.987/95, razão pela qual não há falar em ilicitude na interrupção do fornecimento de energia elétrica, nos casos de inadimplência do usuário.

5. No caso dos autos, além da inadimplência da recorrida, quanto ao pagamento das tarifas, restou comprovada, na instância ordinária, a prática de fraude no medidor de energia. Recurso especial conhecido e parcialmente provido, para declarar a legalidade do corte de energia elétrica procedido pela recorrente ante a inadimplência do recorrido (RE 858752/RS. Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, T2 - SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2006) [grifou-se].

Preocupa-se com os reflexos socioeconômicos que resultariam do impedimento da concessionária de distribuição suspender o fornecimento de energia elétrica aos consumidores em mora. Segundo seu entendimento, a conveniência do corte no fornecimento é forma de garantir a continuidade do serviço, em respeito aos usuários cumpridores de suas obrigações. Trata-se de serviço de execução indireta (*uti singuli*), não essencial, de livre fruição e, logo, suprimível quando o usuário ficar inadimplente.

Enfatiza que o corte de energia do inadimplente não configura penalidade, mas antes, pelo contrário, é mecanismo voltado a assegurar a economicidade da prestação do serviço concedido. Submete-se, pois, às normas regulamentares.

Eduardo Lima de Matos (1993) segue semelhante posição acima transcrita. Em parecer publicado na Revista de Direito do Consumidor, o promotor de justiça defende que um consumidor de um serviço singular de distribuição de energia elétrica não terá direito à continuidade do serviço se não realizar os pagamentos devidos, pois o espírito da lei não é garantir aos inadimplentes serviço gratuito. Ao final, salienta que o usuário dos serviços, remunerados por taxa ou tarifa, deve satisfazer as obrigações concernentes ao pagamento e, ainda, observar as normas administrativas e técnicas da prestação, sob pena de sanções que podem chegar à suspensão do fornecimento.

Caio Tácito (2005), ao emitir parecer em ação civil coletiva, na cidade do Rio de Janeiro, ressalta que o fornecimento de energia elétrica se dá numa relação jurídica bilateral, pois a garantia de continuidade do serviço exige a contraprestação do pagamento da tarifa estabelecida, vale dizer, a prestação onerosa do serviço por parte da concessionária imputa ao usuário a obrigatoriedade de pagar o valor fixado para seu consumo, visando o equilíbrio econômico-financeiro da concessão. “A obrigação de pagamento pelo consumidor do preço fixado na tarifa é condição inerente ao direito de usufruir a disponibilidade da energia posta à sua disposição” (TÁCITO, 2005, p. 291).

Admite-se a “descontinuidade” (terminologia do autor) do serviço, desde que preenchidos os requisitos essenciais do corte de energia, quais sejam, o aviso prévio, o inadimplemento das obrigações do consumidor (pagamento da tarifa, instalação e uso da unidade consumidora). Observados tais pressupostos, o professor afirma ser exercício regular de direito do fornecedor de energia efetuar o corte.

Anota, ainda, a possibilidade de aplicar ao caso concreto tanto da lei das concessões quanto o CDC, na medida em que ambos são normas de igual hierarquia. Alerta que o dano irreparável, no caso de

manter o fornecimento ao consumidor inadimplente, seria da comunidade, tendo em vista o colapso inevitável do sistema.

Edison Tetsuzo Namba (2000) enfrenta a questão confirmando o quão controverso é o tema. De um lado, a necessidade de contraprestação pela prestação e, de outro, a essencialidade e continuidade do serviço. Interessante é a ressalva que o autor faz, assim como Caio Tácito, quando se tratar da coletividade:

[...] a concessionária não poderá interromper o fornecimento de serviços essenciais – água, energia elétrica, telefone – mesmo havendo inadimplência do usuário, **quando existir o interesse da coletividade**. Isto significa que em uma residência, no caso de não pagamento, a concessionária poderá interromper o fornecimento do serviço essencial, pois nesse caso não haverá interesse da coletividade a ser considerado. **Em hospitais, escolas, delegacias de polícia, quartéis de bombeiros, havendo inadimplência – por parte da Administração Pública – a concessionária não poderá interromper o fornecimento de serviços essenciais**, [...] pois nesses casos deverá ser levado em consideração o interesse da coletividade (NAMBA, 2000, p. 142) [grifou-se].

Todo serviço tem um custo, distribuído entre as pessoas que se servem do que lhes é fornecido. Permitir a continuidade da prestação de água, luz e energia elétrica para quem não paga causaria um desequilíbrio econômico e, em grandes proporções, a própria inviabilidade da atividade.

É preciso advertir o leitor de que o princípio da continuidade do serviço não é absoluto¹⁸

¹⁸ Resolução ANEEL n° 456/00: [...]

Art. 90. A concessionária poderá suspender o fornecimento, de imediato, quando verificar a ocorrência de qualquer das seguintes situações:

I - utilização de procedimentos irregulares referidos no art. 72;

II - revenda ou fornecimento de energia elétrica a terceiros sem a devida autorização federal;

III - ligação clandestina ou religação à revelia; e

IV - deficiência técnica e/ou de segurança das instalações da unidade consumidora, que ofereça risco iminente de danos a pessoas ou bens, inclusive ao funcionamento do sistema elétrico da concessionária.

Art. 91. A concessionária poderá suspender o fornecimento, após prévia comunicação formal ao consumidor, nas seguintes situações:

I - atraso no pagamento da fatura relativa a prestação do serviço público de energia elétrica;

Em determinadas hipóteses, a interrupção sempre foi admitida, como em razão de deficiência técnica, ligação clandestina ou utilização de procedimentos irregulares pelo usuário.

Imperioso alertar, no momento, que tal medida não pode ser efetivada *ex abrupto*, como instrumento de pressão contra o consumidor, para forçá-lo ao pagamento da conta em atraso. Até porque, em certas situações, a inadimplência decorre de fato inusitado, como, por exemplo, o desemprego.

A suspensão do serviço essencial, frente ao consumidor pessoa natural, tendo em vista sua dignidade como pessoa humana, só pode ser possível excepcionalmente e quando não for forma de cobrança ou constrangimento.

Logo, o serviço público deve ser contínuo, no sentido de que estará disponível sempre que dele precisar o usuário. É justamente o equilíbrio econômico-financeiro, garantido ao concessionário, que soluciona a aparente antinomia entre a sua expectativa de auferir benefícios e a submissão ao adimplemento de obrigações que podem ser modificadas, consoante o interesse geral.

Realça-se, pois, a importância do usuário no regime de delegação, não só como o destinatário de serviços públicos, mas

II - atraso no pagamento de encargos e serviços vinculados ao fornecimento de energia elétrica, prestados mediante autorização do consumidor;

III - atraso no pagamento dos serviços cobráveis estabelecidos no art. 109;

IV - atraso no pagamento de prejuízos causados nas instalações da concessionária, cuja responsabilidade tenha sido imputada ao consumidor, desde que vinculados à prestação do serviço público de energia elétrica;

V - descumprimento das exigências estabelecidas nos arts. 17 e 31;

VI - o consumidor deixar de cumprir exigência estabelecida com base no disposto no parágrafo único do art. 102;

VII - quando, encerrado o prazo para a solução da dificuldade transitória ou o informado pelo consumidor para o fornecimento provisório, nos termos dos arts. 32 e 111, não estiver atendido o que dispõe o art. 3º, para a regularização ou ligação definitiva; e

VIII - impedimento ao acesso de empregados e prepostos da concessionária para fins de leitura e inspeções necessárias.

§ 1º A comunicação deverá ser por escrito, específica e com entrega comprovada de forma individual ou impressa em destaque na própria fatura, observados os prazos mínimos de antecedência a seguir fixados.

a) 15 (quinze) dias para os casos previstos nos incisos I, II, III, IV e V;

b) 30 (trinta) dias para os casos previstos no inciso VI; e

c) 3 (três) dias para os casos previstos nos incisos VII e VIII.

Ainda, no mesmo sentido, a Lei de Concessões nº 8.987/95: Art. 6º. [...]

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

também como o elemento caracterizador do controle social e da finalidade na adequação dos mesmos.

Ponto culminante de nosso interesse, diz respeito à afirmação: “o princípio da continuidade, para o concessionário, significa a impossibilidade de interrupção do serviço, exceto nas hipóteses previstas na lei e no contrato” (SCARTEZZINI, 2006, p. 111).

O exame de cada caso concretamente configurado indicará qual interesse, o coletivo ou o particular, prevalecerá. Para tanto, Scartezzini invoca os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Faz-se necessário, pois, cotejar os valores e interesses a ser proteger. Não se exaure em ato mecânico, em aplicação pura e simples da lei.

A ruptura na prestação do serviço público, mesmo na hipótese de não pagamento da tarifa ao concessionário, compromete a população e não pode ser aceita como meio de cobrança. **De outro lado, esse comportamento inadimplente não pode ser reiterado sob pena de comprometer o exercício da atividade.** É a razoabilidade, que se traduz no bom senso comum, que fornece elementos para a solução da controvérsia. Não é possível estabelecer soluções a priori, sob pena de comprometer os interesses protegidos (SCARTEZZINI, 2006, p. 113) [grifou-se]¹⁹.

¹⁹ PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INTERRUÇÃO. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS.

1. A Primeira Seção, no julgamento do REsp 363.943/MG (Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 1º.3.2004) pacificou entendimento no sentido de que é lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica se, após aviso prévio, o usuário permanecer inadimplente, a teor do disposto no art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95. Desse modo, a continuidade dos serviços públicos essenciais, assegurada pelo art. 22 do CDC, é limitada pelas disposições contidas na Lei 8.987/95, não havendo falar em ilicitude na interrupção do fornecimento de energia elétrica, nos casos de inadimplência do usuário .

2. No entanto, esta Corte tem afastado o entendimento supramencionado nos casos de débito pretérito decorrente de suposta fraude constatada de forma unilateral pela concessionária no medidor de consumo de energia elétrica, nos quais não há oportunidade para o usuário apresentar defesa. Nesses casos, não havendo prova inequívoca da fraude, bem como controvérsia acerca do valor cobrado, é inviável a interrupção do serviço. Nesse sentido: REsp 772.486/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 6.3.2006; REsp 834.954/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 7.8.2006.

3. Agravo regimental desprovido [grifou-se].

Outra questão relevante que se vê no dia-a-dia de uma Agência Reguladora são os processos administrativos de irregularidades na medição do consumo cuja ação fraudulenta do consumidor impede qualquer tolerância com sua inadimplência. Apesar disso, tem prevalecido a orientação da ANEEL (Ofício nº 206/2004), no sentido de não se proceder ao corte no fornecimento de energia até o esgotamento do processo nas vias administrativas.

Nesse mister, a atividade do ente regulador que recebe a competência de fiscalizar o prestador do serviço, expedir normas reguladoras e resolver os conflitos oriundos do choque de interesses das partes envolvidas - poder concedente, concessionário e usuário - é de extrema importância para o equilíbrio desta relação trilateral e conseqüente viabilidade da concessão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo pormenorizado sobre a temática esboçada faz-nos perceber que tanto as decisões do contencioso judicial, quanto a doutrina possuem entendimento divergente sobre a possibilidade do corte de energia.

O subsistema do Direito do Consumidor e as leis específicas atinentes ao setor elétrico são aplicáveis nas relações envolvendo serviços públicos delegados, sobretudo o de energia elétrica. A solução de conflitos, no tocante à possibilidade ou não da suspensão do fornecimento de energia, há de ser buscada caso a caso. Em alguns, dúvida inexistirá de que, apesar do não pagamento, impossível admitir-se a ruptura da prestação do serviço, sob pena de comprometer outros valores sociais expressivos para a sociedade. Em outras hipóteses, essa possibilidade será aceita, sem restrições. Na zona intermediária, é que a atuação do intérprete, do aplicador do direito será imprescindível para dizer sobre a possibilidade ou não da continuidade do serviço.

O direito de corte é inerente à prestação do serviço. Entretanto, deve ser exercido – em conseqüência do não cumprimento do dever de pagar o preço, por parte do usuário – com a devida moderação. O viés determinante é a aplicação dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade. A ponderação é para solucionar o caso *in concreto*: o direito do concessionário de ser remunerado pelo serviço prestado, a fim de evitar colapso no fornecimento com prejuízo de toda a comunidade, se esse inadimplemento ganhar proporção expressiva, ou os direitos à vida digna, à segurança, à saúde.

Em verdade, não existem regras absolutas. Alguns parâmetros norteadores são traçados, como o exemplo citado pelos doutrinadores: a proibição do corte aos desempregados e a entidades filantrópicas. Imperiosa a comprovação dessas realidades, a fim de não comprometer o serviço em seu todo.

REFERÊNCIAS

BESSA, Leonardo Roscoe. ***O consumidor e seus direitos: a alcance de todos.*** Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

BONAVIDES, Paulo. ***Curso de Direito Constitucional.*** São Paulo: Malheiros, 2005.

FREITAS, Juarez. O consumidor de serviços públicos e a urgência de um novo regime fomentador da cultura participativa. ***Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados***, v. 166, set.-out., 1998.

GRINOVER, Ada; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos; FINK, Daniel; *et.al.* ***Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Aneprojeto.*** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LOPES, José Reinaldo. Direito Civil e Direito do Consumidor – Princípios. In: PFEIFFER, Roberto A. Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto. ***Código de Defesa do Consumidor e o Código de 2002. Convergências e Assimetrias.*** São Pulo: RT, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. ***Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.*** São Paulo: RT, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. ***Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais.*** São Paulo: RT, 2004.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. ***Conheça a Constituição. Comentários à Constituição Brasileira.*** São Paulo: Manole, 2005.

MARTINS, Plínio Lacerda. A Interrupção do Fornecimento de Energia Elétrica por Falta de Pagamento. Uma Reflexão para o Direito do Consumidor. ***Revista da EMERJ***, Rio de Janeiro, n. 33, p. 149-176, 2006.

MATOS, Eduardo Lima de. Suspensão de serviço público (energia elétrica) por falta de pagamento, ***Revista de Direito do Consumidor***, São Paulo, n. 5, p.202-205.

- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2006.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- NAMBA, Edison Tetsuzo. A suspensão do serviço público pela concessionária em decorrência do não pagamento das contas pelo usuário. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 36, p.130-153, out.-dez. 2000.
- PASQUALOTTO, Adalberto. O Código de Defesa do Consumidor em Face do Código Civil de 2002. In: PFEIFFER, Roberto A. Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto. **Código de Defesa do Consumidor e o Código de 2002. Convergências e Assimetrias**. São Paulo: RT, 2005.
- _____. Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.1, p. 130-148, 1992.
- PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado; ESMAFE, 2007.
- ROCHA, Fábio Amorim da. **A Legalidade da Suspensão do Fornecimento de Energia Elétrica aos Consumidores Inadimplentes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. **O princípio da continuidade do serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- TÁCITO, Caio. CONSUMIDOR – FALTA DE PAGAMENTO – CORTE DE ENERGIA. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 242, p. 290-291, out.-dez., 2005.

A REGULAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO: PROCEDIMENTOS DE VIABILIZAÇÃO

Ricardo Pereira da Silva*

Stelamaris Calovi**

RESUMO

O artigo trás como contribuição o avanço ocorrido desde os apontamentos do Tribunal de Contas do Estado sobre os contratos que podiam ser renovados por tempo indeterminado, até a forma final dos novos instrumentos de delegação.

O processo metodológico teve por embasamento a figura regulatória da mediação solicitada pela FAMURS (Federação das Associações de Municípios do Estado do Rio Grande do Sul) à AGERGS. Para tanto, foi constituído grupo de trabalho composto por técnicos da FAMURS, CORSAN, Ministério Público e AGERGS. Neste ambiente, resistências, discordâncias e incertezas foram vencidas através da exposição de idéias e introdução de novos conceitos e paradigmas.

O processo de análise envolveu o exame da legislação de licitações, de concessões e, em especial, a lei que dispõe sobre contratação de consórcios públicos, alterando o modo de delegação de serviços públicos entre entes federados (lei federal nº 11.107/05) e a que instituiu a política nacional de saneamento.

Como resultado desta etapa de trabalho, o grupo consolidou a formatação dos seguintes instrumentos: minuta de lei autorizativa municipal para delegação do serviço público, convênios entre municípios e Estado do RS e AGERGS e minuta de contrato de programa entre município e CORSAN.

* Engenheiro Civil, técnico superior da AGERGS, mestre em recursos hídricos e saneamento ambiental pelo Instituto de Pesquisas Hidráulicas da UFRGS.
Av. Borges de Medeiros, 659, 14º andar, Porto Alegre-RS; Fone: (51) 3288.8809; email: ricardo@agergs.rs.gov.br

** Advogada, técnica superior da AGERGS, especialista em regulação de serviços públicos pela Escola de Administração da UFRGS.
Av. Borges de Medeiros, 659, 13º andar, Porto Alegre-RS; Fone: (51) 3288.8862; email: stelamaris@agergs.rs.gov.br

A expectativa do esforço conjunto das diversas instituições estatais e do terceiro setor é o de maximizar os benefícios para a sociedade, através da segurança jurídica para o usuário, Poder Concedente, prestador do serviço, investidores e instituições financeiras. Destaca-se o papel da agência reguladora atuando na fase de reformulação das condições de delegação da prestação do serviço, anterior a assinatura dos novos contratos e prospectando o desenvolvimento de uma sociedade mais justa.

1 OBJETIVO

O presente trabalho tem por objetivo descrever as etapas do processo para a elaboração de instrumentos técnicos e legais para o fortalecimento do marco regulatório do setor de saneamento no estado do Rio Grande do Sul, mantendo o município como titular dos serviços, a Companhia Riograndense de Saneamento - CORSAN como a prestadora do serviço de abastecimento de água e esgotamento sanitário e a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do RS – AGERGS, como órgão regulador desta atividade.

2 HISTÓRICO

A Constituição de 1988 ao determinar a necessidade de licitação para a delegação dos serviços públicos e, posteriormente a Lei Federal de Concessões nº 8.987/95, dispoendo sobre cláusulas essenciais dos contratos administrativos, marcaram novos princípios para a administração quanto a elaboração dos instrumentos legais e sua validade.

No setor de saneamento não foi diferente e, diante deste cenário, diversos órgãos e instituições públicas municipais e estaduais começaram a enfrentar o exame prático dos contratos existentes de concessão dos serviços de saneamento e a imperiosa necessidade de sua transformação.

O modelo de prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e tratamento de esgoto sanitário, ainda extensivamente em prática no país, remonta à época do Plano Nacional de Saneamento (PLANASA) da década de 70. Este plano incentivou os Estados a criarem companhias estaduais para atuarem no setor. Segundo Arretche “até 1985, apenas estas empresas públicas podiam obter financiamentos junto ao BNH para instalação de sistemas de água e esgoto em regime de monopólio”.

Dessa forma, as relações entre os municípios e a companhia estadual tem sido, em sua maioria, regidas por contratos antigos que apresentam imprecisões graves no que se refere a direitos e obrigações das partes, reversão de bens e previsão de investimentos, estando por vezes com seus prazos já vencidos, vigendo de forma precária.

Assim, em 1999, o Tribunal de Contas do Estado, no exercício de sua atividade de fiscalização e controle, examinou os contratos de concessão então vigentes, firmados entre Municípios e CORSAN antes da Constituição de 1988, e concluiu pela irregularidade dos mesmos em razão da cláusula de prorrogação automática, sem licitação.

Diante desse fato, a Federação das Associações de Municípios do RS (FAMURS) iniciou estudo para alteração dos contratos de saneamento, culminando com a apresentação de uma minuta no ano de 2002, porém não houve acordo com a CORSAN.

Em 2003, com a troca de governos estadual, houve a reabertura das discussões em torno da minuta contratual. Iniciou nesta data a participação efetiva da AGERGS na discussão do tema e em 03.09.2003 em uma reunião na sede da Agência, foi proposta a criação de um grupo de trabalho interinstitucional para tratar os diversos aspectos relacionados ao contrato de concessão.

3 MÉTODO

O desafio de elaborar um contrato de concessão regulando as relações entre CORSAN e municípios foi vencido porque o Estado do RS possui instituições que agregam representantes dos titulares do serviço público de saneamento e dos consumidores, instituições essas que integraram o grupo de trabalho.

Os 496 municípios gaúchos se organizam em 25 associações regionais que reunidas formam a FAMURS. Sua atuação institucional, política e técnica tem como objetivo principal o fortalecimento do municipalismo, a qualificação dos agentes públicos municipais e o assessoramento às prefeituras gaúchas. Neste grupo, a FAMURS constituiu sua assessoria jurídica e uma comissão de prefeitos como representantes. Por seu turno, os interesses difusos dos consumidores foram resguardados pelo participação do Centro de Apoio Operacional de Defesa do Consumidor (CODECON) integrante da estrutura do Ministério Público do Estado do RS (MP). A CORSAN foi representada por servidores do seu quadro funcional.

A AGERGS integrou o grupo de trabalho, desempenhando o papel de mediadora, visando a garantir a harmonia entre os interesses dos usuários, delegatário dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário e dos municípios.

Algumas resistências tiveram de ser trabalhadas pelo grupo e as instituições ali representadas, ocorrendo inclusive uma suspensão dos trabalhos os quais foram retomados no ano de 2004, ocasião em foi firmado Acordo de Cooperação Técnica entre FAMURS, CORSAN e AGERGS. Os encontros continuaram ocorrendo periodicamente e aproximadamente 40 reuniões foram realizadas.

Os documentos produzidos pelo Grupo Técnico foram os seguintes: Minuta do Projeto de Lei Municipal (autorizando a realização de convênios de cooperação com o Estado do Rio Grande do Sul e com a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul e a celebração de Contrato de Programa com a CORSAN), Minuta de Convênio de Cooperação entre Estado e Municípios, Minuta de Convênio entre Municípios e AGERGS, Contrato de Prestação de Serviços.

Dentre as dificuldades enfrentadas inicialmente pelo grupo, destacamos algumas de maior relevância extraídas das atas das reuniões:

A CORSAN manifestava-se pela necessidade de separar os contratos de prestação de serviços de água e esgoto, pois o contrato de água depende apenas de algumas regulamentações, sendo que o de esgoto precisa ser reformulado.

Após debates e esclarecimentos apresentados pela FAMURS e AGERGS, a CORSAN aceitou a elaboração de um único contrato, havendo consenso em inserir cláusula com o seguinte teor:

Cláusula Quarta

Subcláusula Segunda – Os investimentos em esgotamento sanitário serão efetivados respeitada a viabilidade econômico-financeira do Sistema e a obtenção de recursos financeiros necessários a sua execução, obedecidas as bases estabelecidas pela Meta de Investimentos de Longo Prazo.

Outra questão debatida tratou de uma característica do setor de saneamento própria do estado do RS, no qual a Companhia Estadual não presta serviços nos maiores municípios. Havia o receio por parte da referida companhia de ocorrer a perda de mercado em

outras cidades e, com isso, comprometer a continuidade da prestação dos serviços pela empresa.

A alternativa encontrada foi inserir no contrato o conceito de Sistema, nos seguintes termos:

Sistema - o conjunto de todos os recursos, bens e serviços, necessários para a realização de objetivos de interesse comum, visando à universalização da prestação dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário no âmbito de atuação da CORSAN, objeto de todos os contratos de programa celebrados entre os Municípios e a CORSAN.

Ficou prevista também a possibilidade de realização de revisão tarifária extraordinária na hipótese de extinção do contrato de alguns dos municípios cuja receita anual seja equivalente a mais de 2% do total do Sistema.

Outros aspectos que a CORSAN entendia que não deviam constar dos contratos: cronogramas de investimento, anual e geral, e penalidades.

Em relação aos cronogramas de investimentos, ficou definido que a CORSAN deverá no prazo de um ano após a assinatura do contrato, apresentar estudo de concepção e viabilidade econômica dos serviços de água potável e esgotamento sanitário para cada município, bem como o Plano Plurianual de Investimentos no Sistema e a meta de Investimentos de longo prazo, com as seguintes definições:

– Plano Plurianual de Investimentos no Sistema – conjunto de obras e serviços a serem realizados de acordo com o montante de recursos financeiros previstos por períodos de cinco anos, a serem investidos no Sistema.

– Meta de Investimentos de Longo Prazo – É o montante de recursos financeiros a ser investido no Sistema ao longo do período de duração do Contrato, com revisões quinquenais.

Quanto as penalidades, houve convencimento de todos que trata-se de cláusula essencial ao contrato. Assim, foi elaborado como anexo do contrato o “Regulamento de Penalidades”. Porém, foi resguardado o direito da prestadora de serviço de se isentar das penalidades estipuladas contratualmente, quando a não viabilização de obrigação específica decorrer de fatos ou circunstâncias imputáveis unicamente ao município ou a terceiros.

Igualmente apresentou o entendimento de que na reversão dos bens a indenização deve ser prévia e de que podem ser previstas as prioridades visando a universalização, em vez da previsão dos cronogramas, com compromissos de cobertura dos serviços por meio de metas de atendimento. Para superar esse conflito, ficou acordado que apenas nos casos de advento do termo contratual ou de sua prorrogação; encampação e acordo formal entre o município e CORSAN, a indenização será prévia.

A FAMURS exigiu a inclusão no contrato de cláusula prevendo a obrigação da Companhia Estadual quanto à universalização do abastecimento de água e do tratamento de esgoto.

Para tanto, foi contemplado no contrato critérios definidores da qualidade do serviço e formulado indicadores de universalização dos serviços definidos no Anexo I do mesmo. As metas desses indicadores serão estabelecidas por meio de Resolução da AGERGS e sua revisão ocorrerá nas datas das revisões tarifárias por comissão composta por servidores da CORSAN, AGERGS e representantes dos Municípios.

Outra garantia aos municípios proposta pela FAMURS foi a prestação de contas por parte da CORSAN e que resultou na elaboração de cláusula dispendo sobre o tema, devendo a Companhia apresentar os seguintes documentos:

I - relatórios expedidos na forma a ser estabelecida pela AGERGS e segundo as prescrições legais e regulamentares específicas, relativos:

a) à execução dos estudos, projetos e obras previstos no Plano Plurianual de Investimentos no Sistema;

b) ao Desempenho Operacional da Delegação que contenha informações específicas sobre os níveis de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação dos serviços e modicidade das tarifas; ao registro e inventário dos bens vinculados à prestação dos serviços;

c) ao desempenho operacional, econômico e financeiro:

II – demonstrações financeiras da prestação dos serviços e as individualizadas em nome do MUNICÍPIO;

III – demonstrativo da aplicação dos recursos financeiros captados pela CORSAN ou pela Administração Municipal, vinculados ao Município.

Para dirimir as incertezas dos municípios em relação aos bens necessários a adequada prestação dos serviços, bem como aos investimentos realizados tanto com seus recursos próprios, quanto dos efetivados pela companhia oriundos de empréstimos ou reinvestimentos, no que se refere a remuneração do capital alocado e a possíveis indenizações frente a extinção do contrato, por consenso, foram adotados os seguintes critérios:

I - os registros contábeis apropriados, nos quais constarão os registros dos bens e dos investimentos realizados no Sistema;

II - o valor de mercado dos bens patrimoniais, apurado através de avaliação, consideradas a depreciação ou amortização contábil e as reais condições de uso e/ou operacionalidade dos bens existentes;

III - os bens públicos móveis e imóveis destinados à execução dos serviços, existentes quando da contratação destes e transferidos à CORSAN, terão seus valores depreciados e descontados do montante apurado a título de indenização;

IV – incidência da indenização sobre as parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e a atualidade dos serviços delegados;

V – não serão computados os valores referentes aos investimentos realizados pelo MUNICÍPIO, inclusive os investimentos oriundos de recursos não onerosos, por proprietários ou incorporadoras de loteamentos e os investimentos oriundos de recursos não onerosos, conforme estabelecido no presente contrato, a partir de sua vigência.

Após os diversos encontros onde foram debatidos, discutidos e, por fim, consensados os aspectos envolvendo a prestação do serviços de saneamento, o grupo, no início de 2005, delineou a primeira minuta do então denominado contrato de concessão.

3.1 O advento da Lei dos Consórcios Públicos

A Constituição Federal de 1988, estabeleceu em seu art. 241 que “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos [...]” . Assim, em 06 de abril de 2005, foi editada a Lei 11.107/2005, dispondo sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos, alterando o modo de delegação

de serviços públicos entre entes federados, conforme consta no seu art.13º e parágrafos.

Até a edição da citada Lei, as contratações entre entes da federação era regulada pelas Leis 8.666/93 (Lei das licitações) e Lei 8.987/95 (Lei de Concessões). O novo texto legal criou o “Contrato de Programa”, instrumento jurídico que disciplina essas contratações e que deverá estar previsto em contrato de consórcio público ou convênio de cooperação.

Carlos Ari Sundfeld refere que com base no artigo 241 da Constituição Federal há dois mecanismos legais de cooperação entre entes federativos: os consórcios públicos e os convênios de cooperação e posiciona-se da seguinte forma:

Assim, o convênio de cooperação permanece sendo, a nosso ver, o meio mais adequado e juridicamente viável para a concretização das idéias expostas, ou seja, para a delegação, do Município ao Estado, da execução, do planejamento, da regulação e da fiscalização dos serviços locais de saneamento básico.

O grupo de trabalho optou pela celebração de Convênio de Cooperação como forma de gestão associada de serviços públicos entre Município e governo do Estado, por meio da CORSAN e, para a regulação dos serviços, foi elaborada a minuta de convênio de cooperação técnica entre Municípios e AGERGS, delegando a esta última a atividade regulatória do setor.

Diante desse fato, o grupo de trabalho analisou o tema e entendeu necessário alterar a minuta de contrato de concessão entre Municípios e CORSAN para adaptar-se aos termos da nova Lei. Assim, o contrato passou a denominar-se Contrato de Programa, o qual esta previsto no convênio de cooperação a ser firmado entre os municípios e o Estado.

Quanto a estrutura do contrato de programa, a mesma obedece o previsto na legislação que trata das concessões e permissões de serviços públicos, conforme dispõe a própria Lei 11.107/05, art. 13, § 1º.

Diante dessas considerações, foi concluído no primeiro semestre de 2006, as minutas dos seguintes instrumentos:

- Lei autorizativa municipal, autorizando a celebração do convênio de cooperação com o Estado do Rio Grande do Sul; contrato de programa com a CORSAN e Convênio de delegação à AGERGS da regulação dos serviços de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário.

A Constituição Estadual do RS em seu art. 82, XXI autoriza o governador a firmar convênios com municípios para execução de obras e serviços, suprida portanto a necessidade de edição de Lei Estadual nesse sentido.

- Convênio entre Município e Estado RS, prevendo a forma de gestão associada, ficando o planejamento ao encargo da Secretaria de Obras Públicas e Saneamento; a regulação, inclusive tarifária, ao encargo da AGERGS e a prestação dos serviços será da CORSAN.

- Convênio Município e AGERGS, mediante planos de trabalhos elaborados anualmente. Os recursos necessários serão advindos da taxa de fiscalização cujo pagamento é de responsabilidade da CORSAN.

- Contrato de Programa entre Município e CORSAN.

Concluída esta etapa do trabalho, as minutas foram encaminhadas para análise dos representantes das entidades envolvidas e culminou com a integral aprovação das mesmas. De imediato, alguns Municípios já iniciaram os procedimentos para adotar o novo modelo de contratação proposto.

3.2 A Lei 11.445/2007

Com o advento da Lei 11.445 que entrou em vigência em 22.02.07, dispoendo sobre diretrizes para o setor do saneamento, o grupo de trabalho interinstitucional retomou os encontros para analisar as alterações que serão necessárias para compatibilizar a minuta do contrato de programa existente com as exigências previstas na citada lei.

4 CONCLUSÃO

O conjunto de ações desenvolvidas pelo grupo de trabalho, motivado pelo apoio institucional da FAMURS, CORSAN, AGERGS e MP e a imperiosa necessidade de regularizar a prestação dos serviços de saneamento dentro dos princípios constitucionais, rompeu com um distanciamento dos entes envolvidos, mostrando que através do debate qualificado é possível superar dificuldades e avançar no sentido de se obter a adequada prestação dos serviços públicos de forma mais eficiente e transparente para a sociedade.

5. AGRADECIMENTOS

Os Autores deste artigo agradecem as pessoas abaixo citadas, integrantes do grupo de trabalho interinstitucional, os quais viabilizaram a concretização desta importante etapa do marco regulatório do saneamento básico no estado do RS.

Pela FAMURS: Margere Rosa de Oliveira, assessora jurídica.

Pela CORSAN: Alessandra C. F. Santos, advogada; Eduardo M Ballvé, engenheiro civil.

Pelo Ministério Público Estadual do RS: Paulo Valério Dal Pai Moraes, promotor de justiça; Márcio de Camillis, promotor de justiça.

Pela AGERGS: Flávio Piccinini, engenheiro civil; Daniella Baldasso, contadora; Miriam Suzana Rodrigues Schwarzbach, engenheira civil; Eduardo Mesquista, contador; Ricardo Pereira da Silva, engenheiro civil; Stelamaris Calovi, advogada.

6. REFERÊNCIAS:

- ARRETCHE, Marta T. S. Saneamento Básico. Disponível em: <http://www.mre.gov.br/cdbrasil/itamaraty/web/port/economia/saneam/apresent/apresent.htm> acesso em 06/03/2007.
- BRASIL.. Constituição. Brasília: Senado, 1988.
- _____Lei Federal 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art.37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.
- _____Lei Federal n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o Regime de Concessão e Permissão da Prestação de Serviços Públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- _____Lei Federal 11.107, de 06 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Saneamento Básico: Limites de Uma Lei Federal, Estudo Jurídico para a Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR**, 2005.

AUTONOMIA ESPECIAL DA AGERGS DELINEADA NA LEI N. 10931/97 FRENTE À NOVA REFORMA DA ESTRUTURA ADMINISTRATIVA DO ESTADO

Rosa Maria Aranovich*

A disciplina legal da AGERGS delineada na sua lei de criação – Lei n. 10931/97 – traçou as suas características principais, instituindo modelo de agência de regulação entendido como consentâneo com a reforma do Estado. Dentre elas a dimensão de sua **autonomia**, tanto **administrativa**, como **financeira** e **funcional** (art. 1º da lei).

Esta autonomia diferenciada em relação às outras entidades criadas pela Administração Pública Estadual tem uma razão específica. Tratava-se da instituição da primeira agência de regulação do país, com competência **ampla e genérica**, alcançando todos os serviços públicos delegados exercidos no Estado. O legislador gaúcho tinha em mente que, pela tarefa atribuída ao novo ente regulador, competia conferir-lhe natureza de **autarquia especial**, diferenciada dos demais entes autárquicos clássicos, reservando-lhe autonomia e independência as maiores possíveis. A autonomia financeira é caracterizada pela arrecadação de tributo específico – a TAFIC - , previsto na Lei estadual nº 11.073/97, que serviria para garantir os recursos necessários à atividade da agência e que não dependeriam da boa vontade da gestão central do Tesouro.

Não se pode esquecer que o programa de reforma do Estado, no Brasil, decorreu da incapacidade de o setor público prosseguir como principal agente financiador do desenvolvimento econômico, havendo imperiosa necessidade tanto da retirada do Estado na prestação direta da atividade econômica como do aprimoramento do exercício das funções reguladoras que são próprias do Estado.

Considere-se que Lei nº 10.931 não imiscuiu as funções **de regulação** com as funções **do poder concedente** próprias do ente delegante central. Por isso a autonomia especial ficou bem caracterizada. À AGERGS não foi atribuída, como ocorreu com as agências reguladoras federais unissetoriais criadas posteriormente, a totalidade das funções de **poder concedente**, tais como a própria

* Diretora Jurídica da AGERGS

decisão de conceder, de produzir a licitação e formalizar a contratação. Isto é política pública. Apenas para algumas funções acessórias de orientação, de acompanhamento do certame e de validação da outorga, através de homologação, foram entendidas pelo legislador como necessária a participação do ente regulador.

Conforme afirmou o Dr. César Santolim, que participou da elaboração do projeto de lei, na qualidade de Subchefe Jurídico e Legislativo da Casa Civil do Estado¹, esta autonomia e independência reforçadas tinham “*em vista o triângulo eqüilátero formado, em cada ponta, pelo governo, pelos usuários dos serviços e pelos seus delegatários, a que Agência teria que situar-se no centro . Isso excluía, de antemão, a hipótese de atrelar a função a um órgão da Administração direta, subordinado imediatamente a um Secretário de Estado e ao seu Governador, o que inviabilizaria o tratamento equânime da relação tripartite já mencionada, privilegiando o governo*” (in Marco Regulatório, ed. Especial, julho de 2001).

A autonomia e a independência diferenciadas atribuídas à AGERGS, pela Lei nº 10.931, se expressavam, entre outros aspectos, na forma de composição da alta administração da entidade, o seu Conselho Superior, onde os conselheiros, vinculados por origem aos diferentes interesses envolvidos na regulação (Governo, usuários e empresas delegatárias), passavam a titular a representação desses interesses, dando voz a sociedade por inteiro. Porque caberia ao Conselho importantes tarefas deliberativas, era necessário garantir-lhe independência e imparcialidade nos julgamentos dos processos regulatórios. Para que ficassem longe do poder político central e das injunções de governo (o que configura a pior forma de captura), não só a forma como eram escolhidos era importante para garantir-lhes isenção, mas também a fixação de um prazo certo para os respectivos mandatos, o que conferia estabilidade aos conselheiros e impedia a demissibilidade *ad nutum* pelos governantes . Apenas por decisão da Assembléia Legislativa, em condições excepcionais, os conselheiros poderiam ser destituídos de seus cargos, já que o mesmo Poder Legislativo aprova o nome dos conselheiros antes do ingresso.

Não se pode discutir que **a disciplina legal estabelecida em lei ordinária** (portanto com a participação não só do Poder Executivo, mas também do Poder Legislativo) estabeleceu uma **autonomia especial e diferenciada** à AGERGS. Esta autonomia dimensionada

¹ Ex- Procurador do Estado e hoje Auditor do Tribunal de Contas.

se justificava plenamente pelas novas funções de Estado que lhe foram atribuídas, as de Estado-Regulador, que não se confundem e se imiscuem com a de Governo.

Mesmo que no Brasil prevaleça o princípio da unidade administrativa que faz com que a Administração pública seja hierarquizada, inclusive quanto aos entes personificados da Administração Indireta, o certo é que **a lei** é quem fixa a **tutela** a que se sujeitam os entes autárquicos. Vale dizer, o tamanho, dimensão e limites da tutela do Poder Central quanto às autarquias é definida em lei primária.

A **lei ordinária e especial** que disciplinou a autonomia própria e diferenciada da AGERGS em relação ao poder central só pode ser alterada por lei da mesma hierarquia e natureza.

Ressalte-se que estes dispositivos da lei de criação da AGERGS tiveram sua constitucionalidade afirmada pelo Supremo Tribunal Federal, na ADIn nº1949-0 RS proposta pelo então Governador do Estado Olívio Dutra. Considerou nesta afirmação, o Órgão Supremo do Judiciário, as relevantes funções de Estado atribuídas aos entes de regulação que tem formato de autarquias especiais diferenciadas das demais, conforme se depreende do voto vencedor do Ministro Nelson Jobim.

Afirma, de outro lado, a maior parte da doutrina no Brasil, que **inexiste controle hierárquico** do governo central ou dos dirigentes dos órgãos centrais (isto é, ministros de Estado e secretários de Estado), em relação aos atos regulatórios específicos das agências. Para a perfeita consecução das atividades a que foram instituídas as agências, deve haver isenção quanto aos instrumentos de pressão políticos e econômicos. Na ausência de controle hierárquico, descabe o reexame dos atos praticados pelo regulador quanto à sua revisão de ofício ou mediante recurso do interessado. A Agência reguladora é a última administrativa recursal em relação aos seus atos decisórios e técnicos.² Na relação de hierarquia há uma relação de constante sujeição de um órgão ou ente em relação a outro que é incompatível com o processo de regulação dos serviços públicos delegados.

² Desta opinião, participam Floriano de Azevedo Marques Neto (Agências Reguladoras independentes, p. 75, Alexandre Santos de Aragão (Agências Reguladoras, p. 349) Marçal Justen Filho (O direito das Agências Reguladoras Independentes), Luis Roberto Barroso, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Direito Regulatório0

Recentemente foi editada no Estado a Lei nº12.697/07 que estabeleceu a nova estrutura da Administração Estadual, criando e extinguindo secretarias e órgãos de governo. Pelo artigo 3º da mesma lei, foi delimitada a supervisão governamental dos órgãos de governo.

À Secretaria do Planejamento foi atribuída a competência de “fortalecimento da atividade regulatória” (Anexo II)

Por sua vez, o Decreto nº 45.039/07, art.1º, II, “b”, considerou que a AGERGS está vinculada à Secretaria do Planejamento.

Há de ser estabelecida a natureza e o alcance desta vinculação. Em outras palavras: houve redução da autonomia especial conferida por lei à AGERGS?

Para este efeito não podemos deixar de considerar a alteração produzida pela EC n. 32/01 no artigo 84, VI da Constituição Federal, através da qual o Presidente da República pode, mediante **decreto**, dispor sobre **a organização e o funcionamento da Administração pública federal**. Foi retirada do dispositivo constitucional a expressão “*na forma da lei*”.

Ainda que se despreze a circunstância que esta alteração constitucional não foi trazida para o plano da Constituição do Estado, a única interpretação possível e legal a ser feita ao decreto em questão é que a vinculação estabelecida é meramente **organizacional** e não modifica em nada o âmbito da **autonomia especial estabelecida em lei específica** da AGERGS. O vínculo mantido com a Pasta do Planejamento é meramente formal e adjetivo não podendo consistir, de nenhum modo, em poder substantivo de substituição, revogação, avocação, ou de anulação das decisões proferidas pelo ente regulador(**autonomia decisória**). Tampouco em qualquer ingerência na autonomia administrativa, financeira ou funcional.

Entender diversamente seria privilegiar uma das partes da relação tripartite do processo regulatório, qual seja, o governo, em detrimento das demais, concessionárias e usuários, o que desequilibra o triângulo equilátero da regulação e anula a finalidade pela qual as agências de regulação foram institucionalizadas no novo Estado Regulador.

A RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA NOS CONTRATOS COM AS CONCESSIONÁRIAS DE ENERGIA ELÉTRICA: SUGESTÃO DE ALTERAÇÃO NA LEI E NOS CONTRATOS VISANDO UM COMBATE À PRÁTICA DAS IRREGULARIDADES

Sheila Matos da Fonseca*

RESUMO

O artigo apresentado tem como escopo traçar um panorama sobre a necessidade de responsabilização do representante legal, quando este realiza irregularidades na unidade consumidora que encontra-se em nome da pessoa jurídica que administra, na busca de evitar-se a utilização da personalidade autônoma da pessoa jurídica como forma de obtenção de vantagens ilícitas perante às Concessionárias de energia elétrica.

Para dar suporte a esta análise, buscamos demonstrar quais as formas mais efetivas para responsabilizar-se o representante legal, o que culminou na sugestão de aplicar-se uma penalidade ao administrador no caso da constatação de irregularidades sem que existam bens da sociedade capazes de satisfazer o crédito das concessionárias decorrentes de medição de consumo irregular.

Tal penalidade deverá ser estipulada em lei e, posteriormente, acrescentada nos Contratos de Prestação de Serviços de energia elétrica dos consumidores do Grupo “A” e “B”.

* Advogada – Técnica Superior em Regulação da AGERGS (Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul);
Bacharel em Direito 2003 pela Universidade Federal de Pelotas (UFPEL/RS);
Pós Graduada em Direito Público pela Faculdade Monteiro Lobato/RS.
Endereço Residencial:
Rua Buenos Aires, nº 402, apto 211, bloco A, Jardim Botânico
Porto Alegre – RS
CEP: 90.670-130
Telefone: 053- 91261386
Endereço Comercial:
AGERGS – Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos Delegados do Estado do Rio Grande do Sul
Diretoria de Assuntos Jurídicos
Rua Borges de Medeiros 659, 13º andar, Centro
Porto Alegre – RS
CEP: 90023-000
Telefone: 051-32888864

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é colaborar para a atualização e melhoramento da legislação do setor elétrico, em atendimento ao disposto na Resolução da ANEEL nº 296, de 11 de setembro de 1998, principalmente no que se refere ao atendimento do Princípio da Cooperação, através de uma sugestão de alteração na lei e nos contratos de prestação de serviço público de energia elétrica para os consumidores de baixa e alta tensão.

Como se tem notícia, grande número de irregularidades são praticadas visando um consumo irreal na utilização da energia elétrica registrada, o que contribui para um prejuízo efetivo das concessionárias que deixam de ser reembolsadas pelo serviço que prestam.

Muitas estratégias tem sido adotadas pelas concessionárias de energia elétrica para evitar e combater as irregularidades e o inadimplemento por parte dos usuários, algumas delas inviabilizadas por falta de requisitos legais que possibilitem a real responsabilização destes infratores.

Foi utilizado como metodologia pesquisas na legislação, doutrina, as decisões jurisprudenciais e análise de casos práticos oriundos dos processos administrativos da AGERGS.

Busca-se com este trabalho mais uma forma de colaborar para a redução das irregularidades praticadas através da imposição de uma espécie de penalidade ao representante legal que realiza irregularidades e acaba deixando de ser responsabilizado em razão da falta de um dispositivo legal específico que autorize.

2. O CONCEITO DE CONSUMIDOR DE ENERGIA ELÉTRICA: A PESSOA JURÍDICA COMO CONSUMIDORA

O art. 2º, da Resolução nº 456/02 da ANEEL, é bastante claro quanto aos principais direitos e deveres do **consumidor**, considerado como aquele que se vincula formalmente à Concessionária.

“Art. 2º Para os fins e efeitos desta Resolução são adotadas as seguintes definições mais usuais:

(...)

III – Consumidor: pessoa física ou jurídica, ou comunhão de fato ou de direito, legalmente representada, que solicitar à concessionária o fornecimento de energia

elétrica e **assumir a responsabilidade pelo pagamento das faturas** e pelas demais obrigações fixadas em normas e regulamentos da ANEEL, assim vinculando-se aos contratos de fornecimento, de uso e de conexão, ou de adesão, conforme cada caso.” (grifos nossos)

O Contrato de Prestação de Serviço Público de Energia Elétrica enviado pelas Concessionárias aos consumidores, aprovado pela Resolução nº 615/02 da ANEEL, repetiu o conceito de consumidor acima transcrito: *“Consumidor: pessoa física (indivíduo) ou jurídica (empresa) que solicitar à Concessionária o fornecimento de energia elétrica e assumir a responsabilidade pelas obrigações fixadas em regulamentos que dispõem sobre a prestação do serviço público de energia elétrica;”*.

Assim, irá ser responsabilizado a pessoa física ou jurídica que se encontrar inscrita como titular da unidade consumidora perante à Concessionária, não podendo existir responsabilidade de terceiro estranho a condição de sujeito passivo da relação obrigacional como, aliás, já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

“FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA PARA IRRIGAÇÃO. UTILIZAÇÃO POR TERCEIROS. LEGITIMIDADE PASSIVA DO CONSUMIDOR QUE SOLICITA O FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. AÇÃO MONITÓRIA. CABIMENTO. I – O consumidor que solicitar o fornecimento de energia elétrica não se desonera da responsabilidade pelo pagamento das contas e demais obrigações só porque utilizada por terceiro. II – Qualquer documento que goze de presunção de veracidade ou que expresse o reconhecimento de obrigação por parte do devedor é hábil para instrumentar o procedimento injuncional. Assim, por expressarem valores líquidos e certos, as notas fiscais constituem prova hábil a embasar a Ação Monitória. Apelo desprovido.” (Apelação Cível n. 70002686301. Vigésima Primeira Câmara Cível. Rel. Des. Genaro José Baroni Borges. Julg. em 30.04.2003. (Grifos nossos)

TRECHO DO ACÓRDÃO:

“É do consumidor que solicita o fornecimento de energia elétrica à concessionária a responsabilidade pelo pagamento das contas e demais obrigações legais, regulamentares e contratuais, mesmo que a utilização se

dê por terceiros, salvo quando regularmente transferida a titularidade, o que não ocorreu no caso concreto.”

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. FALTA DE PAGAMENTO. RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO DA UNIDADE PREDIAL SERVIDA E CADASTRADA COMO USUÁRIO. POSSIBILIDADE JURÍDICA. **É da responsabilidade do proprietário da unidade predial servida pelo serviço de energia elétrica e cadastrado como seu usuário, o pagamento da respectiva conta.** O fato de ser transferido formalmente o uso da propriedade predial a terceiro, por instrumento particular, não vincula a fornecedora de serviço que dele não participou.

A suspensão do fornecimento por atraso alongado do pagamento da conta não afronta o art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, que deve ser interpretado em harmonia com o art. 1.092 do Código Civil. Sentença confirmada. Apelação desprovida.” (Apelação Cível n. 596179317. Primeira Câmara Cível. Rel. Des. Salvador Horácio Vizzoto. Julg. em 12.03.97. (Grifos nossos)

O grande problema relacionado ao fornecimento e prestação dos serviços públicos de energia elétrica, que originou a busca de uma solução mais coerente e efetiva ao combate das irregularidades, relaciona-se a determinadas situações onde a pessoa jurídica é a titular da unidade consumidora.

Muito se discutiu sobre a existência e criação da pessoa jurídica como um ente autônomo dotado de personalidade jurídica distinta dos seus membros, algumas teorias (Teorias Negativistas) negavam veementemente a existência da pessoa jurídica entendendo que apenas configurava-se em um patrimônio destinado a um fim (BRINZ e BEKKER); que a pessoa jurídica serviria apenas como forma especial para manifestação de vontade do conjunto de seus membros, permanecendo com os indivíduos a personalidade jurídica (IHERING) ou apenas negando-lhe totalmente a personalidade jurídica (DUGUIT).

Apesar de todo o esforço para descaracterizar a personalidade jurídica autônoma da pessoa jurídica a necessidade de expansão das relações comerciais, bem como, o surgimento das Teorias Afirmativistas passaram a reforçar e sedimentar o entendimento que pessoa jurídica configura-se em um ente distinto das pessoas físicas que o compõem, dentre elas podemos citar: Teoria da Ficção (SAVIGNY foi o principal

defensor); Teoria da Realidade Objetiva (GIERKE, SCHÄFFLE, LILIENFELD); Teoria da Realidade Técnica (SAEILLES, GENY, MICHOU, FERRARA).

Nosso ordenamento jurídico desde o Código Civil de 1916 no seu artigo 20, já havia reconhecido expressamente a autonomia da pessoa jurídica, o que foi reafirmado no artigo 45 do Código Civil de 2002, que estabelece:

“Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Parágrafo único: Decai em 3 (três) anos o direito de anular a constituição das pessoas jurídicas de direito privado, por defeito do ato respectivo, contado o prazo da publicação de sua inscrição no registro.”

Assim, a pessoa jurídica quando regularmente criada possui personalidade jurídica própria, estando representada por seu representante legal, declarado no ato do registro do contrato social perante a Junta Comercial, sendo que os atos praticados serão a ela imputados, respondendo, em regra, com o seu patrimônio para a satisfação das dívidas e obrigações contraídas.

A mais importante característica da pessoa jurídica, quando regularmente criada, é a capacidade para exercer direitos que a lei lhe confere e a possibilidade de contrair obrigações, visto que, todos os riscos inerentes ao exercício da sua atividade, passam a ser por ela suportados, respondendo com seu patrimônio por dívidas próprias, podendo ainda exigir o cumprimento de obrigações referentes ao exercício das atividades de quem com ela negocia.

Conforme entendimento já consolidado na doutrina, as obrigações contraídas pela pessoa jurídica em seu nome próprio não tem relação nenhuma com aquelas desenvolvidas e realizadas por seus sócios. Configuram-se pessoas distintas, sendo cada um deles individualmente responsável pelas obrigações assumidas, inexistindo qualquer imputação de responsabilidade entre eles, ou seja, a pessoa jurídica tem vida própria, sem nenhuma relação com seus sócios.

Além disso, a própria jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores permite à pessoa jurídica o exercício de vários direitos subjetivos que são normalmente atribuídos à pessoa física, tais como

nome próprio, patrimônio, direitos da personalidade, direitos comerciais e obrigacionais entre outros tantos que forem condizentes com as suas características.

“APELAÇÃO CÍVEL. DANOS MORAIS. PROTESTO ILÍCITO. CADASTRO NO SERASA. A HONRA DA PESSOA JURÍDICA ENCONTRA-SE NA SUA REPUTAÇÃO, BOM NOME E BOA FAMA, PRESTÍGIO, DIGNIDADE, PRIVACIDADE, EM SUA IDENTIDADE, EM SUMA NOS DIREITOS DE PERSONALIDADE. DANO MORAL IN RE IPSA, BASTANDO A PROVA DO ATO ILÍCITO E A GRAVIDADE DA LESÃO. RESSARCIMENTO DE DANOS MORAIS. CRITÉRIOS PARA A FIXAÇÃO DE UM VALOR ADEQUADO. JUÍZO DE EQUIDADE ATRIBUÍDO AO PRUDENTE ARBITRIO DO JUIZ. COMPENSAÇÃO À VÍTIMA PELO DANO SUPORTADO. PUNIÇÃO AO INFRATOR, CONSIDERADAS AS CONDIÇÕES ECONÔMICAS E SOCIAIS DO AGRESSOR, BEM COMO A GRAVIDADE DA FALTA COMETIDA, SEGUNDO UM CRITÉRIO DE AFERIÇÃO SUBJETIVO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. APLICAÇÃO DE MULTA DE 1% SOBRE O VALOR DA CAUSA. APELAÇÃO DESPROVIDA. SENTENÇA EXPLICITADA QUANTO AOS JUROS DE MORA. (Apelação Cível Nº 70005711403, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Julgado em 03/03/2004).”

“INDENIZACAO. DANO MORAL OU IMATERIAL A PESSOA JURIDICA. POSSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE DANO MORAL OU IMATERIAL A PESSOA JURIDICA, PORQUE A ELA SAO ATRIBUIDOS DIREITOS DE PERSONALIDADE, LIGADOS A SUA IDENTIFICACAO E A DE SEUS PRODUTOS E A SUA IMAGEM DE LISURA E CREDIBILIDADE. O DANO MORAL NAO E SO O PRETIUM DOLORIS, PURAMENTE SUBJETIVO, MAS TAMBEM O INTEGRADO DANO NO PLANO VALORATIVO DA PESSOA - FISICA OU JURIDICA - NO CONTEXTO SOCIAL OU EMPRESARIAL EM QUE ATUA. RECONHECIMENTO DE DANOS IMATERIAIS, NAO EXPRESSAMENTE QUANTIFICAVEIS, MANIFESTADOS, DENTRE OUTRAS FORMAS COMO ABALO DE CREDITO. DISTINCAO ENTRE DANO MORAL PURO E O DANO REFLEXO (EFEITOS) SOBRE O PATRIMONIO. PARA QUANTIFICACAO DO DANO MORAL, AO PRUDENTE

ARBITRIO DO JULGADOR, DEVEM SER CONSIDERADOS A SITUAÇÃO DA VÍTIMA E A DO AUTOR DO DANO, BEM COMO O CONTEÚDO PEDAGÓGICO-PROFILÁTICO DA INDENIZAÇÃO, PARA QUE SIRVA DE MEIO INTIMIDATIVO AO AUTOR E SEUS CONGÊNERES PARA A PRÁTICA DE ATOS DA MESMA NATUREZA. HONORÁRIOS. PARA SUA FIXAÇÃO DECORRENTE DA SUCUMBÊNCIA, O CRITÉRIO A SER OBSERVADO É O TRABALHO EFETIVAMENTE DESENVOLVIDO. SE DE QUALIDADE EXCEPCIONAL, DEVEM SER FIXADOS NO MÁXIMO - 20%. NO CASO CONCRETO, A ADEQUADA REMUNERAÇÃO É DE 15%. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE. DECLARAÇÃO DE VOTO. (Apelação Cível Nº 596050310, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alcibíades Perrone de Oliveira, Julgado em 13/08/1996)”

Para reforçar este entendimento, citamos entendimento manifestado pelos juristas Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery¹:

“Se os direitos de personalidade têm como objeto bens que estão na natureza humana, poder-se-ia questionar a possibilidade de pessoas jurídicas ostentarem a qualidade de titulares desses direitos. Evidentemente, os objetos mais importantes do direito de personalidade são: a vida e a liberdade (essências da natureza humana) estas, evidentemente, peculiares à natureza do homem e não encontradas na natureza formal dos entes personalizados por ficção (pessoas jurídicas). Mas nada impede, até mesmo como reflexo da proteção que se deve à potência intelectual do homem, criador da ficção, que seja protegida a existência do ente imaginado para atuar a serviço da inteligência humana e, com isso, protegendo-se o ser de ficção, proteger-se a natureza de quem o criou. Isto acaba por revelar numerosos aspectos que ensejam a proteção jurídica dos objetos de direito de personalidade que, por suas características, podem se esconder na natureza formal da pessoa jurídica. Nesse rol podem ser encontrados, principalmente, o direito à exclusividade do nome, à fama, a aspectos da potência intelectual (inteligência, vontade, liberdade, dignidade também detectáveis na natureza formal da pessoa) e às potências realizadas da pessoa (atos).”

¹ Junior, Nelson Nery; Nery, Rosa Maria de Andrade, Código Civil Comentado, 4ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 180, nota 14.

3. ANÁLISE DE SUGESTÃO PARA ALTERAÇÃO DA LEI E DOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA ELÉTRICA QUANDO O CONSUMIDOR FOR PESSOA JURÍDICA

Diante do pacífico entendimento tanto doutrinário quanto jurisprudencial que a pessoa jurídica tem personalidade autônoma e independente de seus integrantes, não existindo afetação de patrimônio entre eles, muitos indivíduos acabam utilizando a figura da pessoa jurídica para a prática de irregularidades.

Ao longo da análise dos processos de irregularidades na AGERGS, nos deparamos com diversas situações em que, constatada a irregularidade, onde o titular da unidade consumidora era pessoa jurídica, havia sido modificado o contrato social da empresa com alterações da forma societária, do quadro societário, da figura do representante legal ou mesmo o encerramento ou extinção da pessoa jurídica, sem que a Concessionária tomasse conhecimento.

Estas situações, acabam comprometendo o perfeito andamento da relação contratual, em um primeiro momento, porque mesmo com a continuidade da pessoa jurídica e a responsabilidade contratual permanecendo sob a responsabilidade desta, em caso de eventual ausência de bens para satisfação das obrigações haverá dificuldade em responsabilizar-se o sócio que administrava a empresa na data da ocorrência da irregularidade, dificultando eventual ação judicial. Em um segundo momento, porque com o encerramento ou extinção da empresa esta deixa de existir, diminuindo ainda mais, a possibilidade da Concessionária buscar o seu prejuízo pelo consumo não medido em razão das irregularidades apresentadas.

Além disso, apesar da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica estar em plena utilização estando consagrada em nosso ordenamento jurídico (art. 50 do Código Civil de 2002), para sua aplicação é necessário o preenchimento de alguns requisitos específicos (desvio de finalidade ou confusão patrimonial) o que muitas vezes torna impossível a satisfação do crédito pelas Concessionárias.

Assim, em determinados casos não resta outra alternativa a não ser o arquivamento do processo administrativo, pois apesar das circunstâncias fáticas demonstrarem que o representante legal é quem responde pela empresa, quando esta é legalmente extinta com a observância de todos os procedimentos legais fica, a Concessionária impedida de transferir a responsabilidade para o sócio pois, perante ela o titular da UC é a pessoa jurídica que não existe mais.

Cumpra esclarecer que nossa sugestão de alteração objetiva atender o disposto na Resolução nº 296, de 11 de setembro de 1998, que estabelece os procedimentos para a descentralização de atividades complementares da ANEEL para os Estados e o Distrito federal, principalmente no que se refere ao atendimento do Princípio da Cooperação, nos seguintes termos:

“Art. 2º. As atividades complementares, vinculadas às atribuições da ANEEL, objeto de descentralização aos Estados e ao Distrito Federal, serão executadas tendo em conta os seguintes princípios:

I- da cooperação: onde as partes envolvidas devem comungar suas habilidades, talentos e recursos para criar objetivos compartilhados, visando a proporcionar condições favoráveis para que o desenvolvimento do mercado de energia elétrica ocorra com equilíbrio entre os agentes e em benefício da sociedade;”

Diante destes fatos cumpre analisar a forma mais aconselhável de modificação para buscar um combate mais eficiente às irregularidades cometidas quando o titular da unidade consumidora for pessoa jurídica.

Nossa sugestão é no sentido de atribuir responsabilidade subsidiária ao representante legal da pessoa jurídica quando for constatada irregularidades na unidade consumidora, assim como é estipulado em legislações específicas.

Pelo instituto da Responsabilidade Subsidiária, em primeiro lugar irá se buscar a satisfação do crédito perante à empresa, inexistindo bens deverá o patrimônio do sócio responder pelas obrigações. Nessas ações a sociedade deve ser citada num primeiro momento e não seus sócios, que somente podem vir a ser subsidiariamente responsabilizados pelo pagamento.

O Art. 1024 do Código Civil de 2002, também estabelece a figura da responsabilidade subsidiária nos seguintes termos: “*Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.*”

Primeiramente, cumpre esclarecer que tal modificação implicaria em uma penalidade, sendo que a Constituição Federal em seu artigo 5º, XXXIX, assim estabelece: “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;*”

Portanto, visando atender a estipulação constitucional, entendemos que deverá ser acrescentado mais um artigo no Capítulo III da Lei Federal nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, lei esta que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica- ANEEL e disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica, nos seguintes termos.

“Art. 20. Quando o titular da unidade consumidora for pessoa jurídica e houver constatação de irregularidade na unidade consumidora, o representante legal irá responder subsidiariamente com seus bens pessoais, na ausência comprovada de bens em nome da sociedade.”

Visando evitar um prejuízo efetivo às Concessionárias de serviço público de energia elétrica, as eventuais alterações na legislação também poderão ser incluídas nos Contratos de Prestação de Serviço Público de Energia Elétrica enviadas aos consumidores do Grupo “A” e “B” com a finalidade de penalizar o representante legal que realiza uma irregularidade obtendo vantagens ilícitas, pois consome energia elétrica para o desenvolvimento da sua atividade sem a devida retribuição de pagamento às Concessionárias.

4. CONCLUSÕES

Da análise dos casos práticos e legislação específica em nosso estudo buscamos ponderar a necessidade de preservar-se a personalidade da pessoa jurídica e a responsabilização do representante legal que exercia tal atribuição na data da constatação das irregularidades.

Desta forma, concluímos que a alteração legislativa ora proposta visa resguardar o direito das concessionárias, não obstruindo o acesso das mesmas à obtenção dos créditos que lhes são devidos, além de contribuir para a atualização da legislação do setor elétrico, bem como para coibir a prática de irregularidades. Cumpre ressaltar que, com essa alteração, não serão olvidados institutos clássicos do direito civil, entretanto, não serão descuidados os serviços prestados pelas concessionárias de energia elétrica e eventualmente impagos.

5. REFERÊNCIAS:

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, São Paulo: Saraiva. v. 7, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; Filho, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil: São Paulo: Saraiva. v. 1, 2003.

JUNIOR, Nelson Nery; Nery, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LISBOA, Roberto Senise. Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RODRIGUES. Silvio, Direito civil: São Paulo: Saraiva. v. 1, 1995.

BRASIL. Código Civil. Brasília, DF.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do RGS. Apelação Cível nº. 70002686301. Vigésima Primeira Câmara Cível. Rel. Des. Genaro José Baroni Borges. Julg. Em 30.04.2003. (disponível em www.tj.rs.gov.br)

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do RGS. Apelação Cível nº. 596179317. Primeira Câmara Cível. Rel. Des. Salvador Horácio Vizzoto. Julg. Em 12.03.97. (disponível em www.tj.rs.gov.br)

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do RGS. Apelação Cível Nº 70005711403, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Julgado em 03/03/2004.(disponível em www.tj.rs.gov.br)

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do RGS. Apelação Cível Nº 596050310, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alcibíades Perrone de Oliveira, Julgado em 13/08/1996.(disponível em www.tj.rs.gov.br)

A RESPONSABILIZAÇÃO POR OMISSÃO DAS CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIAS

Vinícius Ilha da Silva*

Desde muito, o transporte rodoviário, no Brasil, é a principal forma de locomoção de pessoas e cargas. Diariamente, milhões e milhões de pessoas utilizam esse transporte para ir trabalhar, estudar, viajar, etc. Portanto, ante tal volume de tráfego e de pessoas, decorrem diversos problemas, que são objeto de estudo particularizado na esfera do direito, denominado responsabilidade. Assim, abaixo discorreremos sobre os principais conceitos e preceitos informadores da responsabilidade civil.

A responsabilidade civil no ordenamento pátrio tem como finalidade a proteção do lícito e a repressão do ilícito. Como bem salientou Serpa Lopes¹:

A violação de um direito gera a responsabilidade em relação ao que a perpetrou. Todo ato executado ou omitido em desobediência a uma norma jurídica, contendo um preceito de proibição ou de ordem, representa uma injúria privada ou uma injúria pública, conforme a natureza dos interesses afetados, se individuais ou coletivos.

Assim, a violação de um dever jurídico configura o ilícito que, via de regra, acarreta danos à outrem, e daí decorre o dever de reparar a lesão. Portanto, a finalidade da responsabilidade civil é a recomposição do *status quo ante* da vítima. Ressalte-se que a conduta do agente pode ser tanto positiva (ação), quanto negativa (omissão).

No direito moderno, a responsabilidade civil é subdividida em subjetiva e objetiva. É subjetiva, quando a ilicitude só atinge sua plenitude quando o comportamento ilícito for também culposos, há análise de culpa. Já na objetiva, deve haver a violação de um dever jurídico preexistente por conduta voluntária. Frise-se que ato ilícito é sempre conduta voluntária.

* • Advogado - Técnico Superior em Regulação da AGERGS (Agência Estadual de Regulação do Estado do Rio Grande do Sul);
• Pós-Graduado em Direito Ambiental Nacional e Internacional 2006 (UFRGS/RS).

¹ LOPES, Miguel de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 8ª Ed. Rev. Atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, v. 8, p. 550-551.

A responsabilidade objetiva, portanto, elimina de seu conceito o elemento “culpa”, ou seja, haverá responsabilidade pela reparação do dano quando presentes a conduta (ou a falta da mesma), o dano e o nexo de causalidade entre estes.

A evolução provocada pela teoria objetiva deu-se pelo fato da facilitação da ação da vítima em concreto na reparação do dano, gerando aos infratores a obrigação de indenizar por acidentes provenientes de suas atividades, em detrimento da teoria subjetiva, para a qual o agente precisa salientar a culpa dentro da idéia de desvio de conduta. A prova acaba sendo de difícil constatação, criando grandes óbices à vítima, que quase sempre acabava arcando com os respectivos ônus. Com a técnica da presunção de culpa, impõe-se a inversão do ônus da prova, em razão da condição menos favorável da vítima.

Existe diferenciação, ainda, quando o Estado é o ente causador do dano, seja por conduta comissiva ou omissiva. Portanto, na esfera do Direito Público, Celso Antônio Bandeira de Mello² leciona sobre conduta comissiva e omissiva do Estado:

Quando o Estado gera o dano, produz o evento lesivo, entendemos que é de aplicar-se a responsabilidade objetiva... O Estado detém o monopólio da força. O Estado dita os termos de sua presença na coletividade, sem que os administrados possam esquivar-se. O Estado frui do poder de intervir unilateralmente na esfera jurídica de terceiros. O Estado tem o dever de praticar atos em benefício de todos, os quais, todavia, podem gravar especialmente a algum ou alguns dos membros da coletividade. Por tudo isto, não há cogitar de culpa, dolo ou infração ao Direito quando comportamento estatal comissivo gera, produz, causa, dano à alguém.

[...]

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabiliza-lo caso esteja

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 670-676.

obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabiliza-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo... Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.

Outros doutrinadores, tais como Maria Sylvia Di Pietro³, compartilham o entendimento supra, que só há responsabilidade objetiva nos casos de conduta comissiva do Estado.

Portanto, resumidamente, a culpa é fundamento da responsabilidade subjetiva e o risco, da objetiva, analisada a seguir.

O tema em questão, aplicação da responsabilidade subjetiva ou objetiva, não é pacífico, conforme visto acima, tanto para a doutrina, quanto para a jurisprudência, sendo um dos temas mais controversos no Direito Pátrio.

Deste modo, não havendo previsão de responsabilidade objetiva, ou não estando esta configurada, será sempre aplicável a cláusula geral da responsabilidade subjetiva se configurada a culpa, nos termos do artigo 186 do Código Civil⁴.

No caso em questão, cuida-se de omissão da concessionária que causou danos ao veículo automotor do consumidor. Tal omissão deu-se através da falta de manutenção, ou melhor, falta de limpeza e cuidado com a pista de rolamento, o que ocasionou, ao cruzar com veículo que trafegava em sentido contrário, a rachadura do pára-brisa do usuário atingido por pedra oriunda do solo e/ou do pneu daquele.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 506-508.

⁴ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Para a presente análise, cumpre declinarmos o entendimento doutrinário e jurisprudencial pertinente.

A teoria da responsabilidade da empresa concessionária de serviços públicos é formulada em razão dos motivos abaixo.

O § 6º do artigo 37 da Constituição Federal⁵, sujeita as empresas prestadoras de serviços públicos à responsabilidade objetiva.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho⁶, a omissão, na responsabilidade objetiva, adquire relevância jurídica, tornando o omitente responsável nos casos em que este tem dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado. Tal dever, em alguns casos, pode ser originário de lei, de negócio jurídico ou, ainda, de conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo.

Atualmente, doutrina e jurisprudência majoritárias são acordes em acolher a responsabilidade do Estado pelos danos que causar aos particulares na figuração dinâmica de sua atividade pública, haja ou não culpa do agente público causador do dano, bastando para isso que a ação ou omissão parta de servidor público ou outra pessoa nessa qualidade.⁷

Assim, ao não impedir o resultado, via de consequência, a causa irá operar. O omitente coopera na realização do evento com uma condição negativa, ou deixando de movimentar-se, ou não impedindo que o resultado se concretize. Portanto, só pode ser responsabilizado por omissão quem tiver o dever jurídico de agir, quem estiver numa situação jurídica que o obrigue a impedir a ocorrência do resultado. Caso contrário, toda e qualquer omissão seria irrelevante.

⁵ Artigo 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, 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.

⁶ FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 43

⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Forum Administrativo*. V. 3, nº 25, março de 2003. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003. p 1995/1996.

O dever-poder do Estado é legitimado pela busca do interesse coletivo. E, ao buscar o bem comum, pode causar danos de pequena ou grande monta aos particulares e que, em face dos mesmos princípios que orientam a busca desse interesse, deve zelar pela sua proteção, ressarcindo o lesado.⁸

Nesse interim, proclamou-se a responsabilidade objetiva do Estado, independente de qualquer falta ou culpa do serviço, desenvolvida na seara do Direito Público. Tal entendimento teve como fundamento os princípios da equidade e da igualdade de ônus e encargos sociais. Se a atividade administrativa Estatal é exercida em benefício da coletividade, trazendo benefício para todos, torna-se coerente que todos respondam pelos seus ônus, a serem custeados pelos impostos. Não teria significado, nem amparo jurídico, fazer com que apenas alguns administrados sofram todas as conseqüências danosas da atividade administrativa.⁹

A responsabilidade caracteriza-se pela ocorrência do evento danoso, participação do agente causador e do nexo de causalidade. A finalidade da responsabilidade, portanto, é a recomposição da situação ao *status quo ante* da forma mais eficiente possível, a ponto de se considerar que o dano sequer existiu. Não visa, de forma alguma, proporcionar enriquecimento ilícito ao particular, mas sim, justa e equânime repartição dos ônus e encargos sociais.¹⁰

Assim, a responsabilidade objetiva representa uma correta distribuição dos encargos entre a coletividade pelo sacrifício do interesse privado motivado em face da supremacia do interesse público. De maneira que, a simples comprovação da relação de causa e efeito entre o dano e a participação do agente público gera a obrigação de indenizar.

Temos, ainda, de forma sintética, que a responsabilidade objetiva do Estado abrange a Teoria do Risco Integral e a Teoria do Risco Administrativo. A primeira consagra a responsabilização objetiva de modo integral, isto é, sem qualquer suavização e sem acolher qualquer tipo de excludente. Já a segunda, mais apropriada com a realidade, é submissa à objetividade na responsabilização, mas aceita certas excludentes, quais sejam: culpa exclusiva da vítima, força maior e caso fortuito.¹¹

⁸ BACELLAR FILHO. *op cit.* p 1993.

⁹ FILHO. *op. cit.* p. 239

¹⁰ BACELLAR FILHO. *op cit.* p 1995.

¹¹ BACELLAR FILHO. *op. cit.* p 1995.

Para fins teóricos e para amplo entendimento, cumpre tecermos breves considerações sobre os conceitos de culpa exclusiva da vítima, força maior e caso fortuito.

Culpa exclusiva da vítima, que segundo Sérgio Cavalieri Filho¹², deve ser denominada de *fato exclusivo da vítima*, é quando o comportamento dessa representa o fato decisivo do evento, interrompendo o nexa causal. Como exemplo, podemos citar o caso de um pedestre que joga-se sob as rodas de um veículo em movimento dirigido por outro indivíduo. Nesse caso, não pode-se falar em liame entre o ato do motorista e o prejuízo experimentado pelo pedestre. Dá-se dessa forma, pois o veículo serviu somente como instrumento do acidente, sendo a conduta da vítima determinante para o acontecimento do resultado.

O parágrafo único do artigo 393 do Código Civil¹³ aproxima os conceitos de caso fortuito e força maior, qualificando-os como sendo todo acontecimento que escapa a toda diligência, inteiramente estranho à vontade do devedor da obrigação. Entretanto, tanto doutrina quanto jurisprudência já diferenciam quando é uma ou outra: Caso fortuito dá-se quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável. Já a força maior é verificada quando o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da natureza.

Assim, detectados fatos imprevisíveis (caso fortuito) e inevitáveis (força maior), a princípio o Estado não responde. Pode ocorrer a hipótese de que, na prevenção do evento danoso, haja ação ou omissão do Estado, deverá o mesmo responder, ainda que proporcionalmente.

Bacellar Filho¹⁴ parafraseando Lúcia Valle Figueiredo, leciona que, sinteticamente, em se tratando no caso em questão, de concessão de serviço público, existem duas relações jurídicas diversas, a primeira, existente entre o Poder Concedente e o Concessionário, que se rege pelo disposto no contrato de concessão, e a que interessa em matéria de responsabilidade civil, existente entre o concessionário e o usuário do serviço público.

¹² FILHO. *op cit.* p. 82/83.

¹³ Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

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

¹⁴ BACELLAR FILHO. *op. cit.* p 2012.

Sobre responsabilidade objetiva de concessionárias e permissionárias, vale referir o ensinamento de Hely Lopes Meirelles¹⁵:

As pessoas físicas e jurídicas que exerçam funções públicas delegadas, sob a forma de entidades paraestatais ou de empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos respondem objetivamente pelos danos que seus empregados, nessa qualidade, causarem a terceiros, pois, [...], não é justo e jurídico que a só transferência da execução de uma obra ou de um serviço originariamente público a particular descaracterize sua intrínseca natureza estatal e libere o executor privado das responsabilidades que teria o Poder Público se o executasse diretamente, criando maiores ônus de prova ao lesado.

No mesmo sentido, lição de Sérgio Cavalieri Filho¹⁶:

Pode-se então concluir, à luz desses princípios que apenas as empresas prestadoras de serviços públicos estão sujeitas à responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal. As demais – empresas que executam atividade econômica – respondem subjetivamente, podem responder objetivamente, não com base na Constituição, mas sim no Código de Defesa do Consumidor (arts. 12 ou 14)¹⁷ se forem fornecedoras de produtos ou serviços e estiver em jogo relação de consumo.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 251

¹⁶ FILHO. *op. cit.* p. 252

¹⁷ Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. § 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I – sua apresentação;

II – o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III – a época em que foi colocado em circulação.

§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I – que não colocou o produto no mercado;

II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

[...]

Para Sérgio Cavalieri Filho¹⁸, o CDC não trouxe inovações quanto à responsabilidade objetiva dos prestadores de serviços públicos. Refere que no parágrafo único do Art. 22¹⁹, o legislador estendeu aos órgãos públicos, empresas, concessionárias e permissionárias de serviços públicos a responsabilidade objetiva estabelecida no Art. 14. Portanto, o art. 22 do CDC veio ratificar o que já estava estabelecido pelo constituinte, ao editar a norma constante do parágrafo 6º do art. 37.

Torna-se antijurídico a Administração Pública que, ao exercer suas atividades no interesse de toda a coletividade, onere desigualmente algum cidadão, não providenciando, com a maior brevidade, o ressarcimento ao lesado.

Nesse sentido, convém verificarmos alguns julgados, vejamos:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CF. BURACO EM RODOVIA INTERMUNICIPAL. MÁ CONSERVAÇÃO. AUSÊNCIA DE SINALIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS. DANOS MORAIS. EXCLUSÃO DA VERBA. A responsabilidade inerente aos entes de direito público é objetiva, fundada na teoria do risco administrativo e prevista no art. 37, § 6º, da CF. O dever indenizatório decorrente da má prestação dos

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I – o modo de seu fornecimento;

II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III – a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

¹⁸ FILHO. *op. cit.* p. 252

¹⁹ Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

serviços ou, da omissão do poder público, prescinde da aferição da culpa, somente podendo ser afastada mediante comprovação de que a vítima concorreu ou agiu com culpa exclusiva para a ocorrência do evento danoso. Há, ainda a possibilidade de comprovação de que o dano decorreu de caso fortuito, força maior ou fato de terceiro. Incomprovadas as hipóteses supra, é de ser reconhecido o dever indenizatório por parte da administração, porquanto, omissa em relação ao dever de conservação e sinalização de rodovia pertencente a sua circunscrição. A simples ocorrência de sinistro não é capaz de caracterizar o abalo moral, notadamente quando não resultam danos físicos, como ocorre no presente caso. Assim, o mero dissabor e inconveniência de determinada situação, sem a prova de circunstâncias agravantes que revelem verdadeiro incômodo passado pelo agente, não podem ser suficientes para ensejar a reparação judicial a título de dano moral. Apelo parcialmente provido. (Apelação Cível nº 70006947079, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Cezar Müller, Julgado em 16/10/2003).

Com a mesma orientação:

EMENTA: APELAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. CONCESSIONÁRIA DE RODOVIA. 1. Responsabilidade objetiva da concessionária de serviço público. Art. 37, § 6º, da CF. Situação em que o veículo de propriedade da autora, ao realizar ultrapassagem, tombou para fora da pista em face de desnível de cerca de 15cm do acostamento. 2. Responsabilidade da ré pelos danos causados à autora. Indiscutível que era responsável pela manutenção da rodovia, em virtude da concessão, à época do fato danoso. Culpa concorrente não demonstrada. 3. Lucros cessantes. Matéria que não foi objeto de contestação, pelo que presumiram-se verdadeiras as alegações da inicial. Montante postulado que não se mostra excessivo ou em dissonância com os documentos juntados aos autos. 4. Manutenção da improcedência da denúncia à lide do Estado do Rio Grande do Sul e do DAER, considerando que a manutenção da rodovia, quando do acidente, já era de responsabilidade da empresa ré há mais de um ano, contrariamente ao alegado em razões de apelo. Questões contratuais que não dizem

respeito à presente demanda. Apelo da ré improvido.(Apelação Cível nº 70005165055, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Orlando Heemann Júnior, Julgado em 13/11/2003).

No aresto colacionado a seguir, verificamos que o órgão judicante frisou que cabia a concessionária o ônus de afastar sua responsabilidade, comprovando a culpa exclusiva ou concorrente do particular, o que não ocorreu. Acrescentou, ainda, que por ser concessionária de serviço público, responde objetivamente pelos atos danosos causados por seus funcionários, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. A fundamentação teórica deu-se através de ensinamento do douto Rui Stoco:

Também as pessoas jurídicas de direito privado mas prestadoras de serviços públicos (concessionárias, permissionárias, etc.) submetem-se à teoria do risco administrativo por força de previsão expressa no canon constitucional referido.

Vejamos, agora, a ementa:

EMENTA: Responsabilidade Civil. Acidente de Trânsito. Ação de Reparação de Danos. I. Preliminares de nulidade da sentença, ilegitimidade ativa e ilegitimidade passiva rejeitadas. II. Culpa. Responsabilidade objetiva. Empresa concessionária de serviço público (conservação de estradas). Aplicação da teoria do risco administrativo (art. 37, § 6º, da Constituição Federal). Danos ocorridos no caminhão em face da inexistência de sinalização. Culpa do condutor do veículo não demonstrada. III. Danos morais. Resta evidenciado o abalo moral em decorrência do acidente e das lesões sofridas pelo autor, devendo ser mantido o quantum indenizatório fixado na sentença, observado o caráter punitivo-compensatório da reparação. IV. Indenização de cirurgia nasal. Ausência de prova concreta de relação da necessidade da cirurgia com o acidente. V. Sucumbência. O decaimento mínimo do autor em sua pretensão impõe a integralidade das custas e dos honorários advocatícios à ré, na forma do art. 21, parágrafo único, do CPC. Majoração da verba honorária. Preliminares rejeitadas. Apelação do autor parcialmente provida. Apelação da ré desprovida.(Apelação Cível nº 70007903495, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, Julgado em 29/09/2004).

Cumprer verificar no julgado a seguir, trecho do decisum:

Com efeito, no caso, incide o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

[...]

Desse modo, a responsabilidade da concessionária é objetiva.

Na casuística, houve omissão da requerida, que tem o dever de zelar pela segurança na BR 290 e que não retirou a pedra indevidamente depositada na pista em que trafegava o automóvel do autor em 12/05/2002.

Como se sabe – em contraprestação aos valores pagos pelos consumidores pela utilização da rodovia - o dever da ré-apelada não é somente o recapeamento, mas sim manter as pistas livres e em condições para o tráfego.

Ademais, é da concessionária o risco da atividade.

Assim, a demandada deve ressarcir os danos sofridos pelo demandante.

[...]

A seguir, ementa do aresto acima comentado:

EMENTA: Apelação Cível. Ação de Indenização por Dano Material. Acidente. Omissão da concessionária de serviço público que administra a Rodovia BR 290, que não retirou pedra indevidamente depositada na pista em que trafegava automóvel de propriedade do autor. Responsabilidade objetiva (CF, Art. 37, § 6º). Apelo Provido. Unânime.(Apelação Cível nº 70007337546, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 22/03/2006).

Finalmente, faz-se necessário comentarmos o seguinte acórdão do Pretório Excelso Pátrio:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSIONÁRIO OU PERMISSIONÁRIO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. C.F., art. 37, § 6º. I – A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de

direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente aos usuários do serviço, não se estendendo a pessoas outras que não ostentem a condição de usuário. Exegese do art. 37, § 6º, da C.F. II – R.E. conhecido e provido. (Recurso Extraordinário nº 262.651-1 São Paulo, Segunda Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Carlos Velloso, Julgado em 26/11/2004).

No aresto supra, foi oportunamente ventilada a hipótese de indenizar terceiros ou se somente podem ser indenizados os usuários do serviço público. O ilustre Celso Antônio Bandeira de Mello, foi consultado e assim respondeu:

“[...] Quando o Texto Constitucional, no § 6º do art. 37, diz que as pessoas ‘de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes nesta qualidade causarem a terceiros’, de fora parte a indispensável causação do dano, nada mais exige senão dois requisitos para que se firme dita responsabilidade: (1) que se trate de pessoa prestadora de serviço público; (b) que seus agentes (causadores do dano) estejam a atuar na qualidade de prestadores de serviços públicos. Ou seja: nada se exige quanto à qualificação do sujeito passivo do dano; isto é: não se exige que sejam usuários, nesta qualidade atingidos pelo dano.

Com efeito, o que importa, a meu ver, é que a atuação danosa haja ocorrido enquanto a pessoa está atuando sob a titulação de prestadora de serviço público, o que exclui apenas os negócios para cujo desempenho não seja necessária a qualidade de prestadora de serviço público. Logo, se alguém, para poder circular com ônibus transportador de passageiros do serviço público de transporte coletivo necessita ser prestadora de serviço público e causa dano a quem quer que seja, tal dano foi causado na qualidade de prestadora dele. Donde, sua responsabilidade é a que está configurada no § 6º do art. 37”.

Em seu Voto-Vista, o Ministro Joaquim Barbosa tece as seguintes considerações, de forma conclusiva:

[...] devemos ter em mente que a responsabilidade objetiva do Estado repousa em dois fundamentos jurídicos irretocáveis.

Primeiro, ao atuar e intervir nos mais diversos setores da vida social, a Administração submete os seus agentes e também o particular a inúmeros riscos. Esses riscos são da essência administrativa e resultam da multiplicidade das suas intervenções, que são indispensáveis ao atendimento das diversas necessidades da coletividade.

O segundo fundamento jurídico da responsabilidade objetiva repousa no princípio da igualdade de todos os cidadãos perante os encargos públicos.

[...]

Em suma, Senhor Presidente, a responsabilidade do Estado traduz-se na singela idéia de que as atividades administrativas são levadas a efeito em benefício de todos. Se delas resultam danos a algumas pessoas, cabe à coletividade repará-los.

[...]

Para fins de fixação dessa responsabilidade, é inteiramente irrelevante uma ou outra qualidade ou condição pessoal da vítima dos danos.

Assim, finaliza com maestria:

Tendo a Constituição brasileira optado por um sistema de responsabilidade objetiva baseado na teoria do risco, mais favorável às vítimas do que às pessoas públicas ou privadas concessionárias de serviço público, no qual a simples demonstração do nexo causal entre a conduta do agente público e o dano sofrido pelo administrado é suficiente para desencadear a obrigação do Estado de indenizar o particular que sofre o dano, deve a sociedade como um todo compartilhar os prejuízos decorrentes dos riscos inerentes à atividade administrativas, em face do princípio da isonomia de todos perante os encargos públicos.

Dessa forma, parece-me imprópria a indagação acerca dessa ou daquela qualidade intrínseca da vítima para se averiguar se no caso concreto está ou não está configurada hipótese de responsabilidade objetiva, já que esta decorre da natureza da atividade administrativa, a qual não se modifica em razão da simples transferência da prestação dos serviços públicos a empresas particulares concessionárias do serviço.

Assim, ante a fundamentação supra entendemos que a adoção da teoria de responsabilização objetiva, em sede de responsabilidade civil, onde o concessionário por danos decorrentes do serviço por ele executado e concernente à atividade delegada. Isto porque é o usuário detentor do direito de receber um serviço público ideal, com todas as garantias e benefícios inerentes à atuação pública, mesmo sendo esse serviço prestado por terceiro que não o Estado.

Nesse interim, o concessionário deve prestar o serviço de forma ideal, posto que o serviço reveste-se de caráter público, assim como deve responder pelo dano objetivamente, pois conforme já ventilado acima, a responsabilidade caracteriza-se pela ocorrência do evento danoso, participação do agente causador e do nexos de causalidade.

