

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA
COORDENAÇÃO GERAL DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

**O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO
FUNDAMENTAL PRESTACIONAL DE FORMA DIFUSA E CONCENTRADA SOB
O PÁLIO DE UM NOVO DIREITO ADMINISTRATIVO: O Caso da Regulação
de Energia Elétrica**

MARIA CLEMENTINA GUEDES ALCOFORADO

Prof. Dr. MARCELO LABANCA CORREIA DE ARAÚJO
(Orientador)

Recife
2012

MARIA CLEMENTINA GUEDES ALCOFORADO

**O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO
FUNDAMENTAL PRESTACIONAL DE FORMA DIFUSA E CONCENTRADA SOB
O PÁLIO DE UM NOVO DIREITO ADMINISTRATIVO: O Caso da Regulação
de Energia Elétrica**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP) como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Jurisdição e Direitos Humanos.

Orientador: Prof. Doutor Marcelo Labanca Correia de Araújo.

Recife
2012

A354p

Alcoforado, Maria Clementina Guedes

O papel das agências reguladoras na concretização do direito fundamental prestacional de forma difusa e concentrada sob o pálio de um novo direito administrativo : o caso da regulação de energia elétrica / Maria Clementina Guedes Alcoforado ; orientador Marcelo Labanca Correia de Araújo, 2012.

121 f. : il.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas, 2012.

1. Direitos fundamentais. 2. Agências reguladoras. 3. Direito administrativo. I. Título.

CDU 35.078.2

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
PRO-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

**O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO
FUNDAMENTAL PRESTACIONAL DE FORMA DIFUSA E CONCENTRADA SOB
O PÁLIO DE UM NOVO DIREITO ADMINISTRATIVO: O Caso da Regulação
de Energia Elétrica**

MARIA CLEMENTINA GUEDES ALCOFORADO

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, submeteu a candidata à análise da
Dissertação em nível de Mestrado e a julgou nos seguintes termos:

Marcelo Labanca Correia de Araújo - Doutor em Direito

Sérgio Torres Teixeira - Doutor em Direito

Edil Batista Junior - Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito

Coordenador do Curso: Prof. Dr. João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira

Recife
2012

Ao meu pai (*in memoriam*), à minha mãe Dilza,
e aos meus filhos Julia e João Gabriel, o
sentido de minha vida.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador Prof. Dr. Marcelo Labanca Correia de Araújo pela segurança na condução desse trabalho.

A todos que fazem parte da Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Pernambuco (ARPE), por sua presteza, ensinamento, paciência e incentivo.

RESUMO

Esta dissertação defende a função das Agências Reguladoras na busca dos Direitos Fundamentais - especificamente os sociais ou prestacionais - de forma difusa e concentrada. Estas agências se fundamentam nas funções constitucionais do Estado e possuem como instrumentos de efetivação de controle os Processos Administrativos Punitivos, os Termos de Ajustamento de Condutas, as Ouvidorias e as Audiências Públicas. Neste trabalho é analisado o histórico dos Direitos Fundamentais, sua tipologia e função, as formas de Estado, sua função e a reforma administrativa do Estado como fortalecimento dos direitos fundamentais, ressaltando o papel da Ouvidoria Pública. Como estudo de caso foram analisados os Processos Administrativos Punitivos de uma Concessionária de Energia Elétrica para verificar o papel das Autarquias Especiais e seus instrumentos de concretização de Direitos Humanos, sob o pálio de um novo Direito Administrativo que autoriza o gestor a atuar em um espaço público dúctil.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Agências Reguladoras. Novo Direito Administrativo.

ABSTRACT

This dissertation defends the act of the Regulatory Agencies to achieve social or prestatational fundamental rights in a diffuse and concentrated way. These agencies are based on the constitutional functions of the State and have as instruments for effecting control the Punitive Administrative Processes, the Terms of Conduct Adjustment, the Ombudsman and the Public Hearings. This work analyzes the history of Fundamental Rights, its typology and function, the forms and function of the State, the administrative reform of the State as strengthening the rule of fundamental rights, emphasizing the importance of the Ombudsman Office. As a case study we analyzed the Punitive Administrative Processes of an Electric Energy Concessionary to verify the role of the Special Autarchies and its instruments to implement the Human Rights, under a New Administrative Law that authorizes the manager to act in a ductile public space.

Keywords: Fundamental Rights. Regulatory agencies. New Administrative Law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADECON	Associação de Defesa do Consumidor
AI	Auto de Infração
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
AR	Aviso de Recebimento
ARMUP	Agência Reguladora de Serviços Públicos do Município de Petrolina
ARPE	Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de Pernambuco
COMPESA	Companhia Pernambucana de Saneamento
DEC	Duração Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora
FEC	Frequência Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora
ICC	Interstate Commerce Commission
HC	<i>Habeas Corpus</i>
MARE	Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado
NIRA	<i>National Industrial Recovery Act</i>
NLRB	<i>National Labor Relations Board</i>
NRA	<i>National Recovery Act</i>
ONG	Organizações Não-Governamentais
PAP	Processo Administrativo Punitivo
RF	Relatório de Fiscalização
SO	Solicitações de Ouvidorias
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TN	Termo de Notificação
WIB	<i>War Industries Board</i>

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO ALICERCE DA EDIFICAÇÃO DO NOVO DIREITO ADMINISTRATIVO	11
1.1 Terminologia dos direitos fundamentais	11
1.2 Histórico a partir do constitucionalismo	15
1.3 Tipologia classificatória e função dos direitos fundamentais	17
1.4 A característica da fundamentalidade: sua distinção	20
1.5 O neoconstitucionalismo e a modernização do direito administrativo	22
2 A REFORMA ADMINISTRATIVA DO ESTADO COMO FORTALECIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	26
2.1 A matriz da reforma brasileira	26
2.2 A reforma administrativa brasileira: reforma gerencial	30
3 O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE FORMA DIFUSA E CONCENTRADA	37
3.1 Agências reguladoras: histórico	37
3.2 Agências reguladoras e serviços públicos	38
3.3 Agências reguladoras: função de concretização de direitos fundamentais	39
3.4 A regulação no novo direito administrativo: garantir direitos fundamentais	42
3.4.1 O princípio da juridicidade	42
3.4.2 Contratualização na administração pública	43
3.4.3 A legitimidade da atuação das agências na judicialização da regulação perante o STF e o STJ	45
4 LEVANTAMENTO DA ATUAÇÃO DA ARPE E ANEEL: CONCRETIZANDO DIREITOS FUNDAMENTAIS: ATOS PRATICADOS NA OUVIDORIA E NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS PUNITIVOS	55
4.1 As ouvidorias	56
4.2 O processo administrativo punitivo	59
4.3 A coleta de dados: informando ao leitor o caminho percorrido	62
4.4 A coleta de dados: comprovando a concretização extrajudicial dos direitos fundamentais	64
5 ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO JURÍDICO DE DECISÃO DE AGÊNCIA REGULADORA EM PROCESSO ADMINISTRATIVO PUNITIVO EM FACE DE CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO DELEGADO	77
5.1 Relatório sobre a origem e matéria da decisão	77
5.2 Decisão e análise	78
CONCLUSÕES	83
REFERÊNCIAS	85
ANEXOS	89

INTRODUÇÃO

O papel das Agências Reguladoras de concretizar direitos fundamentais é um tema que necessita ser colocado na pauta do dia do Direito do Estado, uma vez que a questão envolve a atualidade do modelo neoconstitucionalista brasileiro, que se faz necessário adequar todos os campos de atuação da administração pública aos comandos normativos da Constituição Federal.

A função do Estado de concretizar direitos sociais ou prestacionais impulsionada pela reforma administrativa delineada no início dos anos noventa, ou administração pública gerencia, desenvolveu no seu entorno as condições para que as Agências Reguladoras atuem em seu espaço como ente concretizador de direitos fundamentais em sintonia com o princípio da juridicidade.

Dessa forma, adequando seu instituto e instrumentos ao novo Direito Administrativo, as Agências Reguladoras têm encontrado em seus Processos Administrativos Punitivos nas suas Ouvidorias, em seus Termos de Ajustamento de Conduta e em suas Audiências Públicas, mecanismos de efetivação dos referidos direitos, de forma difusa, ou seja, beneficiando com suas decisões uma coletividade ou titulares indetermináveis (MAZZILLI, 2006), ou, de forma concreta solucionando lides de titularidade individual.

Essa dissertação resgata o momento histórico do surgimento dos direitos fundamentais, sua tipologia classificatória e função; as formas de Estado, sua função e a reforma administrativa do Estado como fortalecimento dos direitos fundamentais, para que se verifique o papel das autarquias especiais e seus instrumentos de concretização de Direitos Humanos, sob o pálio de um novo direito administrativo que autoriza o gestor a atuar em um espaço público dúctil.

Os Direitos Fundamentais da categoria Direitos Sociais ou Prestacionais encontram-se positivados na Constituição Federal, sendo uma obrigação do Estado prestá-los diretamente ou através de terceiros.

Assim, a delegação a particulares de serviços públicos da competência dos Entes Federativos têm encontrado nas Agências Reguladoras um meio hábil e legal de fiscalização da prestação devida à população, como, também, de implementação desses direitos.

As Agências Reguladoras zelam pela efetivação dessa categoria de direitos e impõem aos delegatários que os efetivem, de acordo com o melhor serviço público em termos

de padrão de qualidade e abrangência.

Para isso, as agências se servem de instrumentos legais previstos em seu ordenamento jurídico, tais como: os processos administrativos punitivos, as ouvidorias, os termos de ajustamento de conduta e as audiências públicas.

Nesse trabalho, elegeu-se o processo administrativo punitivo para análise e pesquisa apto a demonstrar a atuação das Agências Reguladoras na perseguição da implementação e efetivação dos direitos fundamentais prestacionais.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO ALICERCE DA EDIFICAÇÃO DO NOVO DIREITO ADMINISTRATIVO

1.1 Terminologia dos direitos fundamentais

Na vasta literatura relacionada ao tema “*Direitos Fundamentais*”, é comum que o leitor observe diversas expressões utilizadas como sinônimos da mesma e que se questione se tais terminologias podem ser utilizadas umas pelas outras, sem qualquer distinção, com o mesmo significado, ou se há uma expressão que na atualidade resguarde um melhor sentido sobre o tema.

Dessa forma, tal questão foi enfrentada, entre outros, por Gregório Peces Barba Martínez (1996), em sua obra *Aproximación Lingüística*¹, e por José Joaquim Gomes Canotilho (2003) em “Direito Constitucional e Teoria da Constituição” aos quais passa-se a referir e a dedicar como ponto de partida para o conhecimento dos Direitos Fundamentais como norte do neoconstitucionalismo.

Há uma gama de palavras, tais como: direitos naturais, direitos públicos subjetivos, liberdades públicas, direitos morais, direitos humanos e direitos fundamentais que fazem parte do vocabulário sócio-jurídico e que devem ser identificadas e compreendidas por suas matizes individuais, por seu surgimento em um determinado contexto histórico, pela ideologia defendida em certo tempo. Ressalta-se que as mesmas, nesse momento, estão sendo analisadas sob a referência dos atuais dias do início do século XXI, o que não afasta futuras percepções alcançadas por modificações dos fatos sociais e conforme os princípios do Direito.

Dessa forma Martínez (1996, p. 22-23) afirma:

Si atendemos a la praxis lingüística de la que extraemos definiciones lexicas, que reflejan el uso de un término del lenguaje por los miembros de una sociedad histórica, nos encontramos con que existen distintas palabras que expresan el concepto de derechos humanos, como derechos morales o derechos fundamentales, derechos individuales, derechos del ciudadano, etc. Ninguno de estos terminos es una expresión pura de una decisión lingüística, sino que todos ellos tienen conexiones culturales y explicaciones derivadas de un contexto histórico, de unos intereses, de unas ideologías y de unas posiciones científicas o filosóficas de fondo. Todos tienen su raíz común situada en el mundo moderno. Responden, sin excepciones, a una cultura individualista y antropocéntrica frente a la cultura objetivista y comunitaria propia de la Edad Media. Adelantamos que se trata de un concepto histórico que aparece a partir del tránsito a la modernidad y que sustituye, o al menos complementa, a las ideas del Derecho como orden creado por Dios y desarrollado por el legislador humano, o como ‘id quod iustum est’, lo que es justo y que se descubre en la relación humana concreta².

¹ Título dado pelo autor ao capítulo 1 da sua obra “Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General”.

² Se olharmos para a prática lingüística extraímos definições lexicais, que refletem o uso de um termo da

Com esse entendimento, a expressão “direitos naturais” se encontra mais apropriada para as primeiras declarações de independência do século XVIII (americana e francesa) que veio acompanhada de adjetivos como verdades evidentes, direitos inalienáveis e sagrados, concedidos pelo Criador, ou seja, um direito que antecede o direito positivo (de origem política/humana) e o subordina. Para Martínez (1996, p. 25) um termo antiquado e em desuso, que se identifica com uma posição jusnaturalista, atualmente empregada como direitos morais.

Os **direitos naturais**, como o nome indica, eram inerentes ao indivíduo e anteriores a qualquer contrato social; os **direitos civis** (*cives*=cidadão) são os chamados *Civil Rights* da terminologia americana, ou seja, os direitos pertencentes ao indivíduo como cidadão e proclamados nas constituições ou leis avulsas (CANOTILHO, 2003, p. 394).

Interessante lição dá Canotilho (2003) ao diferenciar os “direitos civis e liberdades ou direitos políticos” e “direitos civis e direitos ou liberdades individuais”, que nos levam a compreender a determinação pelo constituinte originário da estrutura da Carta brasileira de 1988, que em seu título II, denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, foi subdividida em 5 capítulos, quais sejam: “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” (I); “Dos Direitos Sociais” (II); “da Nacionalidade” (III); “Dos Direitos Políticos” (IV); e, “Dos Partidos Políticos” (V).

A doutrina de Canotilho (2003, p. 394), que na categoria dos direitos civis deve-se fazer uma distinção, onde “Os **direitos civis** são reconhecidos pelo direito positivo a todos os homens que vivem em sociedade; os segundos - os **direitos políticos** - só são atribuídos aos *cidadãos activus*”, ou seja, os direitos fundamentais da nação são reconhecidos a todas as pessoas (inclusive estrangeiros de passagem por seu território), enquanto apenas uma parcela - a dos cidadãos activos - são atribuídos direitos políticos, de participação na formação dos poderes públicos, disciplinados nos capítulos III a V. Essa lição é ratificada por outro termo:

[...] os **direitos civis**, depois de esvaziados dos direitos políticos, passam a ser considerados pela publicística francesa como **direitos individuais** ou **liberdades individuais** ou ainda *liberdades fundamentais*. A designação de direitos individuais reflecte melhor a filosofia individualista da escola liberal e daí a sua escolha em detrimento da fórmula dos direitos civis (CANOTILHO, 2003, p. 395).

língua por membros de uma sociedade histórica, vemos que há diferentes palavras que expressam o conceito de direitos humanos, incluindo direitos morais ou direito direitos fundamentais, direitos individuais, direitos de cidadania etc. Nenhum destes termos é a pura expressão de uma decisão linguística, mas todos eles têm conexões culturais e explicações derivadas de um contexto histórico, alguns interesses, ideologias e algumas posições científicas ou filosóficas em segundo plano. Todas tem sua raiz comum situada no mundo moderno. Respondem, sem exceção, a uma cultura individualista e antropocêntrica, frente a cultura objetivista e comunitária própria da Idade Média. Adiantamos que este é um conceito histórico que aparece a partir da transição para a modernidade, que substitui, ou pelo menos complementa as ideias de direito como ordem criada por Deus e desenvolvida pelo legislador humano, ou como ‘*id quod iustum est*’ o que é justo e que se descobre em uma relação humana concreta (tradução livre).

Quanto aos ditos direitos sociais, chamados pelos portugueses de “Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, reconhecidos como direitos prestacionais ou de *status positivus*, deles tratar-se-ão em momento posterior.

O termo técnico “Direito Público Subjetivo” é utilizado no campo jurídico e, por isso mesmo de reduzida compreensão por parte dos leigos, ressentem-se com esta barreira. Pode-se compreendê-lo e o diferenciar por sua reduzida abrangência, uma vez que é um direito do cidadão que se encontra circunscrito ao que está positivado em um determinado ordenamento jurídico. Portanto, de aplicação na relação do indivíduo frente ao Estado e não em face de direitos privados entre particulares.

As “liberdades públicas” também se situam num plano do ordenamento jurídico posto, contudo, historicamente referem-se às primeiras conquistas de direitos do cidadão frente ao Estado, ou seja, a liberdade como garantia de uma esfera de atuação livre de ingerência estatal. Pode-se fazer referência às Liberdades Públicas como o conceito de liberdade - negativa, (*status negativus*), da escola liberal, dos modernos - ou direitos fundamentais de primeira geração, tema ao qual dedicaremos mais a frente, no subtópico 1.3, em “Tipologia classificatória e função dos direitos fundamentais”.

Dessa forma, a expressão não abarca uma amplitude de direitos que não estejam consagrados em cartas ou que tenham função diversa da abstenção Estatal frente ao indivíduo a exemplo dos direitos englobados pelo *status activus*: “Os direitos ligados ao *status activus* salientam a participação do cidadão como elemento activo da vida política (direito de voto, direito aos cargos públicos). Aqui radicam expressões como direitos políticos, direitos do cidadão, liberdades de participação [...]” (CANOTILHO, 2003, p. 395).

Nos termos seguintes, assim pontua Martínez (1996, p. 31):

Sin embargo, estamos ante una expresión que no abarca todas las posibles facetas de los derechos humanos tal como han ido aflorando en el mundo moderno, sino que se identifica con una categoría, la de aquellos derechos que llamamos derechos de autonomía porque suponen la creación por el Derecho de un ámbito exento para la libre acción de la voluntad. Ni los derechos de participación, ni sobre todo, los derechos prestación, se pueden acomodar a esta terminología³.

Para Martínez (1996, p. 31-32), sobre “Direitos Morais” informa que essa expressão se encontra muito difundida na língua espanhola e também entre a francesa e a alemã, apesar

³ No entanto, estamos diante de uma expressão que não cobre todas as facetas possíveis dos direitos humanos tal como foram surgindo no mundo moderno, mas identifica com uma categoria, dos direitos que chamamos de direitos de autonomia porque supõem a criação pelo Direito de um campo livre para a ação da vontade. Nem os direitos de participação, nem acima de tudo, os direitos prestacionais se podem acomodar a esta terminologia. (tradução livre)

de sua origem inglesa, expressando seu sentido como “[...] *unos derechos previos al Estado y a sú Derecho, que son trúnfos frente al Estado em la terminología de uno de sus grandes impulsores R. Dworkin*”. Prossegue anunciando que há, entre os estudiosos do tema, um grande debate citando Hart, como defensor de um modelo positivista; Antonio Pérez Luño adotando uma posição jusnaturalista, aberta a história e flexível; Eusebio Fernández interessado por sua dimensão histórica; Laporta como seguidor de uma linha racionalista que os reivindica como universais, absolutos e inalienáveis; Ruiz Miguel pregando sua utilização como sinônimo mais preciso de Direitos Humanos; entre outros. E finaliza pontuando o seu pensamento de que há dificuldade em distinguir a expressão “direitos morais” da “direitos naturais”, aplicando-se à primeira os mesmos inconvenientes da segunda (MARTÍNEZ, 1996, p. 32-33).

Por sua vez, “direitos fundamentais” é uma expressão que, ao invés das demais, não representa apenas uma parcela de direitos (v.g., “Liberdades Públicas”); ou termo técnico (v.g., “Direito Público Subjetivo”); ou dimensão (e.g., “Direitos Naturais”); ou titulares (e.g., “Direitos Individuais”). O termo alcança todos os direitos humanos e suas dimensões, além de não possuir reducionismos tal qual o jusnaturalismo ou positivismo.

Guarda o melhor sentido, segundo Martínez (1996, p. 37):

*[...] derechos fundamentales puede comprender tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos em norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle em la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica*⁴.

Dessa forma, por Direitos Fundamentais pode-se encontrar um enunciado simbólico que representa a fusão dos anseios humanos de liberdades positivas e negativas do século XVIII, do direito de participação política em uma sociedade democrática, reivindicada pelo século XIX, dos ideais de uma sociedade globalizada sedimentada em uma “[...] concepção multicultural dos Direitos Humanos” (SANTOS, 2004) do século XX, e pelo lastro do princípio vetor da dignidade da pessoa humana que orienta e conforma todas as demais produções jurídicas que fundamentam o neoconstitucionalismo dos atuais dias do século XXI.

⁴[...] direitos fundamentais pode compreender tanto os pressupostos éticos como os componentes jurídicos, significando a relevância moral de uma ideia que compromete a dignidade humana e seus objetivos de autonomia moral, e também a relevância jurídica que converte os direitos em norma básica material do Ordenamento, e é instrumento necessário para que o indivíduo desenvolva na sociedade todas as suas potencialidades. Os direitos fundamentais expressam tanto uma moralidade básica como uma juridicidade básica. (tradução livre)

Por fim, registre-se que as expressões direitos humanos (ou do Homem) e direitos fundamentais guardam uma distinção espacial entre si: esta resguardando os direitos vigentes em um determinado ordenamento jurídico doméstico (de um país); àquela utilizada num plano internacional⁵ “[...] são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista)” (CANOTILHO, 2003, p. 393).

1.2 Histórico a partir do constitucionalismo

De forma romântica pode-se falar que a origem dos direitos fundamentais se perde em tempos imemoriais, sendo fruto de um longo processo de luta dos povos por liberdade e conquistas, contudo, esta visão simplista que conserva em sua linguagem um caráter onipresente e de afirmação progressista deve ser desconstruída à luz da racionalidade (MARTÍNEZ, 1996).

Não se nega a importância da evolução da civilização, o que se afirma é a questão de situar em que momento a humanidade teve a consciência de que era formada por indivíduos com direitos estabelecidos e reconhecidos por uma formação organizada dotada de soberania. De acordo com Dimoulis e Martins (2009), tal momento se encontra na segunda metade do século XVIII, após a era Medieval, com o surgimento do Estado moderno.

Referidos autores motivam seu posicionamento e explicitam que o reconhecimento de direitos fundamentais deve ser feito quando presentes ao mesmo tempo os elementos: indivíduo, Estado, e texto normativo regulador da relação entre o Estado e o indivíduo.

Nesta esteira de pensamento, pode-se perceber que na Babilônia, na Grécia Antiga ou na Roma republicana as pessoas não eram reconhecidas como indivíduos, como o exemplar de uma espécie que constitui uma unidade distinta, considerados quanto às suas características particulares, físicas e psíquicas, com direitos próprios, e sim, como membros de coletivos, e.g., família, classe, clã, feudo reino etc.

Da mesma forma, necessita de sentido a existência de indivíduos na ausência de um Estado que deve se abster de praticar determinadas ingerências sobre a esfera particular de tais agentes: Um Estado com a representação de um poder central regido pelo princípio da legalidade, estabelecido sobre um determinado território e dotado de soberania, com um

⁵ Nesse mesmo sentido conferir a obra de Ingo Sarlet. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 2010, p. 29-31.

complexo de poderes que formam uma nação politicamente organizada.

Assim, na presença de um Estado e de indivíduos, justapõe-se um texto normativo regulador desta relação, ou seja, uma constituição em sentido formal. Esta deve ser entendida como lei fundamental e suprema, válida para todos e com força superior às demais produções legais; que traga no corpo de seu texto o reconhecimento de direitos individuais e limites à atuação do poder central sobre estes direitos.

Desta forma, pode-se falar em origem, surgimento ou marco histórico dos direitos fundamentais, sem negar a existência de todo um processo anterior que o fomentou.

Ao voltar os olhos para o século XVIII, vê-se claramente uma série de exemplos de situações que trazem em seu contexto os três elementos básicos, acima identificados e descritos, tais como:

a) 1776, a Declaração da independência das 13 ex-colônias da Inglaterra, a Declaração de Direitos da Virgínia, que trouxe em seu bojo uma linguagem inovadora, “*Una declaración de derechos hecha por los representantes del buen pueblo de Virgínia, congregados em convención general y libre; cuyos derechos pertenecen a ellos y a su posteridad, como la base y fundamento de gobierno*” - Preâmbulo de la Declaración de Derechos de Virgínia, 1776 (*apud* DIPPEL, 2005, p. 185);

b) 1787/1791, a Constituição Federal da Filadélfia, e a respectiva ratificação das dez primeiras emendas que proclamaram direitos, por exemplo, a liberdade de religião, livre manifestação do pensamento, segurança, proteção contra acusações penais infundadas e penas arbitrárias;

c) 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada na França, com suas referências aos representantes do povo, direitos humanos, princípios universais e separação de poderes.

Interessa salientar o entrelaçamento do decálogo constitucional da Virgínia com a Declaração Francesa, além disso se deve reconhecer nesta última o referencial teórico do moderno constitucionalismo, uma vez que pela primeira vez um documento estabelece que não se pode reconhecer uma constituição se ausentes certos elementos básicos, como: garantia de direitos (governo limitado), separação de poderes (independência judicial) e responsabilidade, previstos em seu artigo 16: “*Toda sociedad en la cual no este estlabecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución*” – Declaração de 1789 (*apud* DIPPEL, 2005).

1.3 Tipologia classificatória e função dos direitos fundamentais

Existem diversas classificações dos direitos fundamentais apresentadas pelos estudiosos do tema. A tipologia proposta por Jellinek (1892 *apud* DIMOULIS; MARTINS, 2009), por adotar como critério a forma de relacionamento entre as esferas do Estado e do indivíduo, permite que se visualize com clareza o tipo de atuação proibida, permitida ou devida pelo Estado em face dos indivíduos, ou seja, em termos de direitos fundamentais o que interessa é indicar a limitação de poder do Estado traduzido em ação ou omissão direcionada às pessoas. Assim, tem-se “direitos de *status negativus*”, “direitos de *status positivus*” e “direitos de *status activus*”.

A categoria dos direitos de *status negativus*, também denominada de pretensão de resistência à intervenção estatal determina que o Estado deve se abster de atuações que produzam interferências na órbita jurídica dos indivíduos, tendo a função de dotar as pessoas de um poder de repelir as ingerências estatais e proteger sua liberdade contra possíveis medidas que os submetam a anormalidades que os prejudiquem.

Segundo Nunes (2006, p. 109):

[...] direitos de *status negativus* (de defesa): são os direitos que permitem aos indivíduos defender-se contra uma possível atuação do Estado. Esses direitos foram proclamados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1789, seguida por outras que surgiram logo a seguir, firmando todas elas, limites ao poder estatal para preservar a liberdade pessoal que inclui a atuação econômica e o usufruto da propriedade.

A de *status positivus* tem como sinônimo “direitos sociais ou prestações”, estabelece que o Estado tem o dever de utilizar o seu poder de forma ativa, não omissiva com a função de garantir os pressupostos materiais necessários ao exercício da liberdade dos indivíduos e desenvolvimento de suas potencialidades. Em outras palavras, os direitos de *status positivus* (sociais e prestacionais), segundo Nunes (2006, p. 109):

[...] são os direitos que permitem ao indivíduo exigir a atuação do Estado no intuito de melhorar as condições de vida: oferecimento de bens ou serviços a pessoas que não podem adquiri-los no mercado (alimentação, educação, saúde, por exemplo), e também a elaboração de legislação que tutele interesses individuais, como ocorre com a obrigação estatal de legislar sobre as férias remuneradas.

Por seu turno, a categoria dos direitos de *status activus* ou políticos, franquia aos indivíduos participação ativa na determinação da política estatal, isto é, tem a função de permitir que as pessoas interfiram nas decisões do Estado, através de sufrágio, referendo partidos políticos, orçamento participativo etc. Assim, os direitos de *status activus* (políticos,

de participação):

[...] são os direitos que oferecem a possibilidade de participar na determinação da política estatal de forma ativa, principalmente com a escolha dos representantes políticos e com a participação direta na formação da vontade política. Estes direitos constituem a base dos regimes democráticos. Dentre os vários exemplos de direitos políticos conquistados no Brasil cita-se o direito ao voto das mulheres e, ainda, a possibilidade de elaboração de leis de iniciativa popular (NUNES, 2006, p. 109).

Com pouco zelo se percebe que a teoria Trialística não contemplou os direitos coletivos. Entretanto, ao aguçar a lógica, tem-se que a não inclusão é compreensível uma vez que o critério adotado para a classificação dos direitos fundamentais é a relação entre o Estado e o indivíduo titular do direito a ser protegido/garantido.

Dessa forma, pode-se justapor esta categoria de direitos à classificação de Jellinek, ressaltando que sua titularidade e exercício se realiza de forma não individual, ou seja, coletiva, por um grupo de pessoas ainda que determináveis (direito de reunião e de associação, art. 5º, XVI e XVII); ou difusa, por um número indeterminável de pessoas, transindividual (v.g., meio ambiente, desenvolvimento econômico e paz). Esses direitos coletivos referem-se às pessoas humanas, mas seu exercício nem sempre é individual, matéria que tem sido largamente discutida em campo processual.

Sobre a titularidade coletiva de direitos fundamentais, Sarlet (2010, p. 215) leciona:

Em verdade, como bem demonstra José Ledur, a dimensão individual e coletiva (assim como difusa) coexistem, de tal sorte que a titularidade individual não resta afastada pelo fato do exercício do direito ocorrer na esfera coletiva, como ocorre, além dos casos já referidos, dentre outros que poderiam ser colacionados, no caso do mandado de segurança coletivo.

Não se pode, ao menos em território brasileiro, falar em classificação de direitos fundamentais sem mencionar que parte da doutrina pátria divulga amplamente as chamadas “gerações” de direitos, acolhidas pelos Tribunais Superiores, e que, por vezes, imprime-lhes de forma relacionada com o lema da Revolução Francesa de liberdade, igualdade e fraternidade. À primeira “geração” correspondem os direitos civis e políticos; à segunda, os direitos sociais, econômicos e culturais; à terceira, os de titularidade coletiva.

Por outro lado também, é fato que a cada dia se propagam críticas a essa classificação, sob vários fundamentos, a começar pela utilização do próprio termo “geração” que empresta uma conotação de substituição e valoração progressiva aos direitos fundamentais, o que não deve ser tolerado, uma vez que ditos direitos possuem a mesma força fundante e também produz a falsa impressão de que cada grau representa o surgimento mundial dos respectivos direitos em um mesmo espaço de tempo, o que, de fato, não

aconteceu, devendo, pois, ser mais adequada a utilização da expressão “dimensão”.

Esta por sua vez também tem merecido críticas por trazer em seu bojo um sentido de campo de abrangência, que não reflete a forma de integração dos direitos fundamentais, cujas categorias agregam direitos de esferas diferentes sob determinadas óticas. Segundo Dimoulis e Martins (2009, p. 31):

Fala-se em 'dimensão' para indicar dois ou mais componentes ou aspectos do mesmo fenômeno ou para indicar dois ou mais componentes ou aspectos do mesmo fenômeno ou elemento. No caso aqui relevante, há grupos de direitos fundamentais cuja finalidade e funcionamento são claramente diferenciados em âmbito jurídico.

Retomando a disciplina específica das “Funções dos Direitos Fundamentais”, apresenta-se mais uma visão sobre o tema. Encontra-se nas lições de Canotilho (2003) as funções de defesa ou de liberdade, de prestação social, de proteção perante terceiros, e, de não discriminação.

A conceituação da função de defesa ou de liberdade pelo mestre lusitano é irretocável, devendo ser repisada em seus exatos termos:

Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa) (CANOTILHO, 2003, p. 408).

Como se pode perceber a tipologia classificatória dos direitos fundamentais proposta por Jellinek (e respectivas funções) se encontra em sintonia com a determinação de Canotilho (2003): os direitos de *status negativus* tem a função de defesa, isto é, de proibição de interferências Estatais na órbita jurídica do indivíduo ao qual assiste uma postura de resistir a eventuais violações (“exercer positivamente”).

A função de prestação social, da mesma forma, também encontra guarida em Jellinek com seu *status positivus* e a respectiva função de garantir os pressupostos materiais necessários ao exercício da liberdade dos indivíduos e desenvolvimento de suas potencialidades, como dantes referido (sociais e prestacionais), que para Canotilho (2003, p. 408) significa: “[...] em sentido estrito, direito do particular a obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança social)”.

Por sua vez, a função de proteção perante terceiros deve ser compreendida através da situação em que o indivíduo pode ter um direito violado por outra pessoa (um indivíduo) e o Estado tem o dever de proteger tais direitos e evitar sua violação, regulando as relações dos

titulares dos direitos fundamentais e os outros cidadãos, e.g., inviolabilidade de domicílio e de dados, direito à vida, casamento e igualdade de direito entre os cônjuges, propriedade etc.:

[...] da garantia constitucional de um direito resulta o dever do Estado adoptar medidas positivas destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais perante actividades perturbadoras ou lesivas dos mesmos praticadas por terceiros. [...] Esta função de protecção de terceiros obrigará também o Estado a concretizar as normas reguladoras das relações jurídico-civis de forma assegurar nestas relações a observância dos direitos fundamentais [...] (CANOTILHO, 2003, p. 409).

Pela função de não discriminação, encontra-se o princípio da igualdade a nortear todo o sistema de direitos fundamentais e sua efetivação diante dos cidadãos. Este princípio tem sido elevado (principalmente pela doutrina norte-americana) a categoria de princípio vetor e conformador dos direitos. Esta função tem orientado as chamadas ações afirmativas de gênero, os sistemas de cotas na educação, os direitos prestacionais e inclusivos, participação política, ou seja, possui um grau de irradiação imensurável.

A partir do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados na constituição, a doutrina deriva esta função primária e básica dos direitos fundamentais: assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais. Esta função de não discriminação abrange todos os direitos (CANOTILHO, 2003, p. 410).

As funções dos direitos fundamentais servem de lanternas - direcionadas aos indivíduos e ao Estado - que iluminam o conhecimento de suas condutas permissivas ou proibitivas, ativas ou omissivas, ao emitir o acionamento de um saber com propriedade reivindicatória, defensiva e conducente em suas ações, quer nas relações travadas na ordem privada como na pública, uma vez que a mera classificação de direitos em agrupamentos não é capaz, por si só, de levar a informação da fundamentalidade que garante todos os direitos necessários a sua realização plena.

1.4 A característica da fundamentalidade: sua distinção

A pergunta de partida que se faz nesse tópico é: O que faz esses Direitos serem distintos no universo dos ramos do Direito Tributário, Civil, Empresarial, Penal, Urbanístico, Ambiental, Processual [...]?

O diferencial desses Direitos consiste no fato de que os mesmos estão fincados na estrutura da Constituição formal e material de uma nação, ou do que se denominou como a ideia de uma sociedade justa e igualitária de pessoas, que possuem o atributo da dignidade indissociável de sua convivência, agrupados em um Estado (território) onde prevalece a

democracia (governo do povo e para o povo) sob a égide do direito (onde todos se submetem à leis prévias, estritas e escritas) que se realiza tendo por fim o próprio homem e estabelece direitos essenciais que servem de fundamento para essa organização.

O triunfo do constitucionalismo em seu ideal de estabelecer de forma pública e expressa o contrato social que foi anuído pelo povo (população) e que estabelece as regras de convivência social, política e jurídica que serão observadas para o estabelecimento da ordem (divisão de poderes), convivência respeitosa (limitação de poderes através do estabelecimento de direitos e deveres) e vida humana (dignidade e liberdade); o pacto firmado através de uma carta pública, com supremacia sobre todas as demais escolhas individuais, que limita o poder de seus dirigentes e prescreve direitos inalienáveis e indisponíveis que justificam esse sistema, e que se chamam, especificamente, de direitos constitucionais formais e materiais. Eis a característica da fundamentalidade desses Direitos.

Direitos formais, porque estabelecidos de modo escrito em uma constituição que possui supremacia sobre as demais disposições legais e define a Estrutura do Estado, modo de aquisição e limitação do poder, e direitos e garantias a serem observados por todos; materiais, porque o direito não basta estar inserido nesta constituição, mas o seu conteúdo ser definidor da igualdade e dignidade do povo, titular do poder e fim ao qual se destinam todas as produções de direitos.

Segundo Sarlet (2010, p. 74-75), assenta a fundamentalidade formal em três pilares, quais sejam: a) a positivação na constituição com natureza de *supralegalidade*, diante de sua localização no ápice piramidal do ordenamento jurídico; b) rigidez constitucional, ou submissão a limites formais (de procedimento diferenciado e dificultoso) e materiais (imutabilidade das *cláusulas pétreas* - CF, art. 60, §4º) para a alteração constitucional; c) aplicabilidade imediata e vinculante *erga omnes* (CF, art. 5º, §1º).

Quanto à fundamentalidade material, Sarlet (2010, p. 75) aponta que:

[...] decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. [...] de modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana.

Ademais, completa Mendes e Branco (2011, p. 176-177):

Os direitos fundamentais que, antes, buscavam proteger reivindicações comuns a todos os homens, passaram a, igualmente, proteger seres humanos que se singularizam pela influência de certas situações específicas em que apanhados. Alguns indivíduos, por conta de certas peculiaridades, tornam-se merecedores de atenção especial, exigida pelo princípio do respeito à dignidade humana. Daí a

consagração de direitos especiais aos enfermos, aos deficientes, às crianças, aos idosos [...]. O homem não é mais visto em abstrato, mas na concretude das suas diversas maneiras de ser e de estar na sociedade. Essa tendência à especificação acarreta a multiplicação dos direitos.

Desse entendimento, resulta a justificativa para que se reconheça a natureza aberta, de *numerus clausus* dos direitos fundamentais, reconhecidos ou que estão por ser, visto que hodiernamente têm-se direitos de titularidade individual que se fazem conhecer e valer em sua fundamentalidade material por serem necessários à proteção da desigualdade individualizadora (das pessoas) sob a égide do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

1.5 O neoconstitucionalismo e a modernização do direito administrativo

Atualmente, nesse início do século XXI, têm-se empregado o termo Neoconstitucionalismo para designar a postura que muitos Estados têm adotado, inclusive o Brasil, de promover uma verticalização da Constituição sobre todo o sistema normativo que paira em dada sociedade. Dessa forma, impõe-se a adequação de todas as produções normativas à Constituição Federal, ou seja, aos seus princípios e regras que voltam a ser destacados por sua natureza cogente.

Fala-se assim sobre os Direitos Fundamentais como norte do atual constitucionalismo, uma vez que, como dito anteriormente, aqueles direitos se encontram como um dos pilares sobre o qual se alicerça a Carta Maior, possuindo a característica da fundamentalidade formal e material nesse sistema normativo.

Para Santos (2011, p. 65):

O termo neoconstitucionalismo é hoje utilizado para dar nome a uma postura constitucional forte, na qual a Constituição não se basta como parâmetro orientador da política, mas se faz efetiva, com a fiscalização de uma jurisdição constitucional atuante e expansiva. Grandes questões morais, a respeito das quais não há consenso na Sociedade, são decididas pelos tribunais. As aprofundadas teses sobre a especificidade da hermenêutica constitucional, ampliação dos catálogos de direitos fundamentais, com reconhecimento inclusive de inúmeros direitos implícitos e a impregnação da Constituição nos diversos ramos do Direito são sintomas dessa nova perspectiva.

Tudo está em volta desses direitos e a administração pública também se encontra inserida nesse processo de reorganização de seu corpo e mente ao molde constitucional.

Durante a pesquisa, pode-se notar que se entre alguns juristas, falar em neoconstitucionalismo é tarefa fácil, o contrário se passa entre a enorme maioria dos agentes

públicos que possuem formação acadêmica distante do ramo do Direito e desconhecem completamente o tal modelo de sistema jurídico adotado pelo alto escalão dos que governam e administram a máquina pública.

Nos idos dos anos 90, Pereira (1998) reforçava a ideia da necessidade de se criar uma cultura do que seria a reforma gerencial, da mesma forma, urge disseminar entre os servidores públicos essa nova postura jurídica, sem a qual enormes barreiras se sobrepõem a implantação de muitos serviços e programas dentro do espaço público.

Ademais, Barroso (2007) esmiuçando seu estudo sobre as causas e efeitos dessa transformação ocorrida no direito constitucional, estabelece três marcos fundamentais para esclarecê-la na Europa e no Brasil: o histórico, o teórico e o filosófico.

Seguindo o que diz o referido autor sobre cada um deles, encontramos:

O marco histórico do novo direito constitucional na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós- guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar (BARROSO, 2007, p. 2).

O texto ressalta que a reconstitucionalização da Europa foi determinante para as instituições contemporâneas, que, capitaneadas pelo binômio constituição e democracia “[...] produziu uma nova forma de organização política, que atende por diversos nomes: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático” (BARROSO, 2007, p. 3).

Este prossegue afirmando que a redefinição do lugar dedicado à constituição, teve como referência a Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã de 1949) e a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951, que iniciou uma “[...] fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica” (BARROSO, 2007, p. 3).

Há a ressalta de que, no caso brasileiro, a Constituição de 1988 fez nascer nos brasileiros um sentimento de respeito a essa Lei Maior, que tem “[...] propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país” (BARROSO, 2007, p. 3).

Sobre o marco filosófico, Barroso (2007, p. 4) afirma que:

O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo.

Assim, o jusnaturalismo do século XVI foi considerado metafísico e anti-científico pelos positivistas do final do século XIX, que por sua vez equipararam o Direito à lei, em busca de objetividade científica. Sua decadência (do positivismo), ressaltada pelo referido autor, está ligada à derrota do Fascismo na Itália, e do Nazismo na Alemanha.

Dessa forma, o pós-positivismo procura superar a legalidade estrita, que serviu de justificativa para que os regimes totalitários nazi-fascistas praticassem as conhecidas crueldades humanas no século XX, auxiliado pelo jusnaturalismo moderno que alia a lei à razão, transformado na filosofia natural do Direito, calcado em uma moral.

No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia (BARROSO, 2007, p. 5).

Por fim, Luís Barroso remete ao marco teórico: no plano teórico, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

A força normativa da Constituição é um dos efeitos que se pode conferir no marco teórico em tempo de neoconstitucionalismo, ou seja, a Constituição do Estado deixou de ser um documento onde se estabelece um mero programa político para uma dada sociedade ver e não ter, condicionado à vontade do legislador ordinário e à conveniência e oportunidade do administrador.

A Constituição tem status de norma jurídica e como tal tem sido reconhecido os seus atributos de validade, vigência, eficácia e legitimidade, com efeito *erga omnes* e vinculante para todos.

A expansão da jurisdição constitucional é fruto do modelo americano da Supremacia da Constituição, em oposição ao modelo que vigorava na Europa antes de 1945:

[...] de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. [...] A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais. (BARROSO, 2007, p. 6).

Com este entendimento, percebe-se que a expansão da jurisdição constitucional atingiu o Direito Administrativo proporcionando sua transformação, conforme se verá a seguir.

2 A REFORMA ADMINISTRATIVA DO ESTADO COMO FORTALECIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 A matriz da reforma brasileira

A Reforma Administrativa brasileira nos idos dos anos 90 não foi um fenômeno originário nem tampouco isolado, apartado do panorama mundial. A doutrina aponta como paradigma primitivo o contexto do surgimento da primeira Agência Reguladora americana, a *Interstate Commerce Commission* (ICC), em 1887.

Ter o conhecimento histórico desta parte do direito administrativo alienígena, além de permitir visualizar o marco de alguns institutos - tal como o *due process* no processo administrativo; a democratização do processo regulatório via audiências Públicas; a vocação das Ouvidorias para dirimir conflitos – significa ter o privilégio de poder avaliar sua evolução e desvios e possibilitar uma abertura para adaptações ao modelo administrativo instalado em nosso país, à nossa realidade.

Nunes e outros (2007, p. 21) utilizando a sequência de regimes regulatórios proposta por Marc Allen Eisner⁶, leciona que:

Ao analisar a história americana, distinguem-se várias configurações de políticas, valores e instituições caracterizando, ao longo do tempo, distintos regimes regulatórios. A despeito de pequenas diferenças taxionômicas, enumerem-se pelo menos quatro distintos regimes e épocas: 1) regime de mercado; 2) regime corporativista; 3) regime societal; 4) regime de reforma regulatória.

O Regime de Mercado tem como marco a Revolução Industrial. Nessa foram formados os grandes conglomerados econômicos com seus monopólios empresariais sem feições caseiras e a construção de uma grande malha ferroviária ao longo do país para satisfazer a necessidade do transporte de produtos. A sociedade passa por uma grande e rápida mudança, que não foi acompanhada nem pela atuação do poder público, nem por todos os segmentos que faziam parte da antiga economia: o panorama que se tinha era o da população multiplicada nos centros urbanos de referência por uma explosão demográfica, precariedade de serviços públicos e infraestrutura (“favelização”), exploração do trabalho operário com embates trabalhistas, etc., além de segmentos da sociedade, tais como: pequenos comerciantes e manufaturas, sindicatos e intelectuais, que ao se sentirem ameaçados, fizeram surgir o que

⁶ Nessa seção fazemos uso da sequência de regimes proposta por Marc Allen Eisner *Regulatory Politics in Transition*, Johns Hopkins University Press, 1993. Classificação compatível, mas com nomenclatura ligeiramente distinta pode ser observada em Richard Harris e Sidney M. Milkis, *The Politics of Regulatory Change*, Oxford University Press, 1966.

se denominou de movimento progressista, em fins do século XIX.

[...] liderados por intelectuais das novas disciplinas das ciências sociais como sociologia, economia, ciência política e antropologia. Submeteram as instituições americanas à análise crítica. Viram nelas instrumentos do poder e da vontade dos grandes monopolistas capitalistas, principalmente os barões ferroviários da época (NUNES, *et al.*, 2007, p. 22).

A ideologia defendida por esse grupo de vulneráveis combatia o capitalismo descontrolado, representado pela concentração de poder das grandes estruturas econômicas privadas, e a cartelização dos preços, com foco no setor ferroviário.

O movimento progressista apontava como solução a valorização do conhecimento baseado em dados científicos e quantitativos para a elaboração das políticas públicas, que deveriam ser conduzidas por *experts* assentados em estruturas burocráticas especializadas, apartando a administração dos processos políticos.

Nunes (*et al.*, 2007, p. 23), registra que:

Nesse contexto, nasceu, em 1887, a primeira agência reguladora americana, a *Interstate Commerce Commission* (ICC), conforme modelo federativo-progressista, com o objetivo de regulamentar preços e evitar a concentração excessiva do setor ferroviário. A agência seguiu o modelo Progressista de uma burocracia especializada, administrativamente independente dos processos políticos. Mantinha-se, entretanto, dependente do Legislativo quanto à nomeação dos seus integrantes, determinação de suas diretrizes e estipulação de seu orçamento e legalmente dependente do Judiciário na determinação da constitucionalidade de suas ações.

Segundo a alusão do mencionado autor, tal Agência nacional foi criada seguindo os contornos de agências estaduais precedentes há 20 anos, e que o ICC por ser fruto de interesses tão diversos e ter recebido diretrizes vagas do congresso americano, teve a quase totalidade de suas ações bloqueadas por processos legais advindos do Judiciário, que pautava suas decisões sob a ótica da filosofia do livre mercado e não-interferência, de acordo com os interesses industriais. Dessa forma, a Agência não logrou êxito em seu objetivo.

O fim da prosperidade econômica (1924/1928), do estilo americano de vida ou *american way of life*, movimentou empresários, sindicatos, grupos da sociedade civil e imprensa a impulsionarem o sistema regulatório para um modelo corporativo/colaborativo entre o Estado e a Indústria, já conhecido e praticado durante a Primeira Guerra Mundial, através do *War Industries Board* (WIB), à época uma inédita articulação do Estado/indústria, que unia planejamento e cooperação intermediado por uma burocracia especializada.

O Regime Associativo ou Corporativo resultou da Grande Depressão que os EUA vivenciou na década de 30. A queda da produção industrial americana no fim dos anos 20 já havia causado um período de leve recessão econômica que se estendeu até outubro de 1929,

quando o valor das ações na bolsa de valores de Nova Iorque, a *New York Stock Exchange*, caíram drasticamente, desencadeando a Quinta-Feira Negra. Esta quebra na bolsa de valores de Nova Iorque piorou drasticamente os efeitos da recessão já existente, causando grande deflação e queda nas taxas de venda de produtos, que por sua vez obrigaram o fechamento de inúmeras empresas comerciais e industriais, elevando o desemprego.

Os efeitos negativos atingiram seu ápice em 1933. Neste ano, o Presidente americano Franklin Delano Roosevelt aprovou uma série de medidas conhecidas como New Deal, entre elas o *National Recovery Act* (NRA), lei estabelecida em junho do mesmo ano, que objetivava recuperar a economia e combater o desemprego, que, de acordo com Nunes (*et al*, 2007) (*passim*), para administrá-lo foi criada uma agência - o *National Recovery Administration*. O NRA deveria implementar o *National Industrial Recovery Act* (NIRA), para dominar a deflação e o excesso de capacidade da indústria, promovendo quotas de produção e fixação de limites de preços:

Forjou-se, assim, uma aliança Estado-Indústria que legitimou a cartelização industrial, coordenando a produção, aumentando preços, contrariando princípios das leis antitruste e das agências reguladoras como o ICC e o *Federal Trade Commission* (FTC) (NUNES, *et al*, 2007, p. 25).

Segundo o mesmo autor, várias agências foram criadas nestes moldes em vários setores, a exemplo do *Agriculture Adjustment Administration*, na agricultura; o *National Labor Relations Board* (NLRB), em organizações informais de trabalhadores; o *Securities and Exchange Commission* (SEC), para o mercado financeiro; o *Federal Maritime Commission*, para o transporte marítimo; o *Civil Aeronautics Board*, para a indústria da aviação; o *National Motor Vehicles Act*, para o transporte rodoviário; o *Federal Communications Commission*; entre outras para regulamentar setores dantes livre: *Food and Drug Administration*, para alimentos e remédios; e o *Federal Deposit Insurance Corporation*, no setor de seguros.

O Regime da Regulação Social ou Societal foi assim denominado por terem sido criadas, a partir do final da década de sessenta, uma série de Agências Reguladoras de proteção a interesses coletivos, como o meio ambiente, a saúde pública, o consumidor e o trabalhador.

Nunes (*et al*, 2007, p. 28) enumera quatro características que o diferencia dos regimes anteriores, que por sua relevância - marco de institutos - passa-se a expor:

1) utilizando conhecimento técnico-científico, procurou-se, em muitas instâncias, estimar o futuro impacto sobre a saúde e o meio ambiente de determinadas políticas públicas e atividades empresariais; 2) intensiva utilização de tecnologias sofisticadas como base para a determinação da necessidade de regulação nas novas áreas; 3)

democratização do processo regulatório, abrindo as audiências sobre políticas regulatórias para a participação de grupos de interesses da sociedade civil envolvidos nos movimentos pela regulamentação; 4) zelo pelo apuro procedimental, ‘judicialização’ dos procedimentos administrativos/regulatórios de modo a, com a garantia do ‘due process’, dar chance de voz aos variados interesses envolvidos.

Tal regime eclodiu entre a década de 60 e princípio da década de 70, quando os EUA do pós-segunda guerra vivia uma expansão da infra-estrutura urbana das telecomunicações (satélite e televisão), da educação superior em massa, do estabelecimento da vida nos subúrbios e a guerra do Vietnã.

Neste panorama, grupos sociais iniciaram um movimento de mobilização por direitos civis e igualdade social, organizando-se para a proteção do consumidor, do trabalhador e do meio ambiente. Pregavam também a retomada da cidadania através da militância política, do questionamento das instituições e controle pelos cidadãos de políticas sociais e industriais.

Formados pelos chamados intelectuais da nova esquerda (*new left*), *beatniks*, minorias de negros e mulheres, estudantes protestando contra a guerra do Vietnã, e pelos novos grupos de interesses públicos (*publics interest groups*) que passaram a constituir o que hoje se denomina Organizações Não-Governamentais (ONG).

Por sua vez, o Regime de Eficiência e Reforma Regulatória cronologicamente tem como referência meados da década de 70: políticos como Ted Kennedy, Jimmy Carter e Gerald Ford, foram influenciados por estudos de economistas sobre o reflexo negativo da excessiva intromissão do Estado na regulamentação dos mercados na década de 60, cujo resultado apontava que os setores não regulamentados da indústria de aviação comercial ofereciam vãos 60% mais baratos que os do setor controlado, ao tempo em que nos setores regulamentados o Estado estava mantendo a alta dos preços, a inflação, a ineficiência e desprotegendo o interesse do consumidor.

Iniciou-se, assim, um movimento pelo Estado mínimo na economia.

[...] ganha corpo um movimento pela desregulamentação de diversos setores industriais (começando pela aviação comercial) como fórmula para combater a inflação, aumentar a eficiência econômica, minimizar a intrusão do Estado na economia e proteger o interesse do consumidor. Nessa época forma desregulamentados, além da aviação comercial, os setores de transportes, abrindo-os para a competição, liberalizando preços e flexibilizando regras de entrada (NUNES, *et al*, 2007, p. 32).

Esse comportamento político na administração pública reflete a crise econômica mundial que se tornou visível nos anos 80, principalmente através do super endividamento dos Estados em desenvolvimento, como o Brasil, que tornava a poupança pública negativa,

destruía suas autonomias financeiras e imobilizava sua administração.

Porém, foi só a partir dos anos 80 que teve início, em países da OCDE, principalmente no Reino Unido, Nova Zelândia, Austrália e países escandinavos, a segunda grande reforma administrativa nos quadros do sistema capitalista: a Reforma Gerencial. Nos anos 90, essa reforma se estendeu para os Estados Unidos e para o Brasil. Constituiu-se, então, todo um quadro teórico e uma prática administrativa que, nos quadros da democracia, visam modernizar o Estado e tornar sua administração pública mais eficiente e mais voltada para o cidadão-cliente (PEREIRA, 1998, p. 21).

Como anteriormente comentado, a reforma administrativa brasileira aconteceu seguindo os passos desses movimentos americanos que se alastraram por várias partes do ocidente.

Além disso, Pereira (1998, p. 34) vem nos dizer que a Reforma brasileira é orientada por uma proposta social-democrática, ao invés da neoliberal, ou seja, enquanto essa está pautada na “[...] busca de um ilusório Estado mínimo, é retirar do Estado o papel de coordenador, complementar ao mercado, do econômico e do social, [...]”, àquela, aqui adotada, tem por objetivo:

[...] aumentar a governança do Estado, garantindo a ele meios financeiros, métodos e instituições administrativas que lhe permitam intervir efetivamente para garantir os direitos de cidadania e a promoção do desenvolvimento econômico com um mínimo de equidade (PEREIRA, 1998, p. 34).

Assim, a Reforma Administrativa brasileira possui peculiaridades advindas de sua proposta social democrática, que a diferencia das europeias e norte-americanas.

2.2 A reforma administrativa brasileira: reforma gerencial

O que se sucedeu nos anos 80 foi a continuação da crise econômica internacional - estagnação econômica e crise fiscal que aniquilou o financiamento das políticas públicas. Com a conseqüente necessidade no início dos anos 90 de uma reforma do Estado em que “[...] tornou-se praticamente consensual o prognóstico de redução da intervenção do Estado na economia, a necessidade de liberalização dos mercados através da privatização de empresas estatais e a redefinição dos papéis do Estado” (NUNES, *et al.*, 2007, p. 33)⁷.

Assim, retoma-se o pensamento sobre reforma do Estado para se chegar à reforma administrativa: pré-requisito para a compreensão da concretização dos direitos fundamentais

⁷Os autores fazem referência a Bresser Pereira, como fonte sobre o tema, em nota de rodapé: “Referência sobre as interpretações relativas a crise do Estado, com a discussão sobre a crise fiscal do Estado desenvolvida nos anos de 1970 e os diagnósticos de economistas das agências multilaterais”.

pelo Poder Executivo através dos serviços públicos (*in casu*, prestado pelas Agências Reguladoras) é o estudo das novas funções do Estado, sendo necessário para tanto aglutinar as produções culturais do campo das finanças públicas ao Direito, com o fito de compreender que ao longo do tempo, a forma de Estado, seus conflitos e o respectivo encaminhamento de suas políticas públicas determinam os papéis que o mesmo tem desempenhado na sociedade.

Sob esta perspectiva, a análise da atividade financeira do Estado moderno revela a passagem do Estado burguês para o Estado Liberal, deste para o Intervencionista, e deste para o atual estágio neoconstitucional.

O Estado Democrático de Direito contemporâneo, marcado pela moderna concepção de direito Constitucional também denominado por muitos de ‘neoconstitucionalismo’ abriga um novo artefato para todas as relações jurídicas, o fenômeno da constitucionalização do direito. Após uma longa fase teórica de enfoque meramente periférico e político da Constituição, percebeu-se a necessidade de aferir uma carga axiológica, normativa, vinculante e suprema ao texto constitucional a fim de que todas as relações jurídicas fossem pautadas a partir da Lei Fundante do País, que deve estar sempre no centro do Ordenamento Jurídico. [...] Outra importante característica do novo direito constitucional é a incorporação explícita em seus textos de valores, mormente no que diz respeito aos direitos fundamentais e a opções políticas específicas (como a obrigação de o Estado prestar serviços na área da educação e saúde) e gerais (como a redução das desigualdades sociais) existentes dentro do próprio sistema constitucional (MACHADO, 2010).

Inicialmente, o Estado Moderno é absoluto e mercantilista, isto é, sob a liderança do monarca, e propicia as condições para a acumulação do lucro pela classe burguesa. O comércio se desenvolve e a produtividade aumenta com as estratégias protecionistas dos soberanos ingleses, desencadeando a Revolução Industrial. A teoria econômica criada por Adam Smith cresce nessa direção liberal. Nessa esteira de pensamento:

[...] O primeiro resultado produtivo da Revolução Industrial inglesa foi a transição do Estado Absoluto para o Estado Democrático; um século depois quando a burguesia já havia perdido grande parte de seu medo de ser expropriada caso fosse garantido o direito de voto aos pobres, surgiu o Estado Democrático Liberal ou democracia de elites. Finalmente, a partir da segunda metade do século XX, o Estado Democrático Social tornou-se dominante principalmente na Europa Ocidental e do Norte (PEREIRA, 2007, p. 14).

Analisando esta passagem histórica, visualizam-se três formas de administrar o Estado: 1) a “administração patrimonialista”, que corresponde às formas de Estado pré-capitalistas, ou seja, às monarquias absolutistas, onde o patrimônio público se confunde com o patrimônio privado da realeza e a administração não está voltada para o interesse público; 2) a “administração pública burocrática”, em que há um serviço prestado por servidores públicos que se submetem a procedimentos universalizados e formalizados em normas de procedimentos administrativos que não podem ser transigidas, que promovem o engessamento dos atos administrativos ao promover uma cultura de proibição da iniciativa de

mudança na forma de satisfazer as necessidades dos administrados; 3) e a “administração pública gerencial”.

Também conhecida por “nova gestão pública” (*new public management*) (PEREIRA, 1998) foi implementada no Brasil no início dos anos noventa, com o país já constituído em um Estado Democrático de Direito, cuja Constituição Federal de 1988 já trazia em seu bojo uma série de inovações que “casavam” com as ideias lançadas pelo “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado” expedido pelo Governo Federal.

Segundo Pereira (1998, p. 17):

UMA REFORMA PARA A CIDADANIA. A Reforma Gerencial da administração pública, que tem início em 1995, está voltada para a afirmação da cidadania no Brasil, por meio da adoção de formas modernas de gestão no Estado brasileiro, que possibilitem atender de forma democrática e eficiente as demandas da sociedade. É uma reforma que, ao fazer uso melhor e mais eficiente dos recursos limitados disponíveis, contribuirá para o desenvolvimento do país e tornará viável uma garantia mais efetiva dos direitos sociais por parte do Estado.

Explicitamente, a sociedade brasileira passou a ter conhecimento desse novo momento de reorganização em nosso país com uma reforma constitucional ocorrida em 1995, voltada para a instituição administração pública. O marco da Reforma Gerencial tem como documento básico o *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*, expedido pelo Governo Federal e seu Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE) em setembro do mesmo ano, que definia instituições e estabelecia diretrizes para sua implantação, propiciando um ambiente de mudança cultural e de gestão pública.

Segundo Pereira (1995, p. 12-13):

Entende-se por aparelho do Estado a administração pública em sentido amplo, ou seja, a estrutura organizacional do Estado, em seus três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e três níveis (União, Estados membros e Municípios). O aparelho do Estado é constituído pelo governo, isto é, pela cúpula dirigente nos Três Poderes, por um corpo de funcionários, e pela força militar. O Estado, por sua vez, é mais abrangente que o aparelho, porque compreende adicionalmente o sistema constitucional-legal, que regula a população nos limites de um território. O Estado é a organização burocrática que tem o monopólio da violência legal, é o aparelho que tem o poder de legislar e tributar a população de um determinado território. Estes conceitos permitem distinguir a reforma do Estado da reforma do aparelho do Estado. A reforma do Estado é um projeto amplo que diz respeito às várias áreas do governo e, ainda, ao conjunto da sociedade brasileira, enquanto que a reforma do aparelho do Estado tem um escopo mais restrito: está orientada para tornar a administração pública mais eficiente e mais voltada para a cidadania. Este Plano Diretor focaliza sua atenção na administração pública federal, mas muitas das suas diretrizes e propostas podem também ser aplicadas no nível estadual e municipal. **A reforma do Estado deve ser entendida dentro do contexto da redefinição do papel do Estado, que deixa de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social pela via da produção de bens e serviços, para fortalecer-se na função de promotor e regulador desse desenvolvimento.** No plano econômico o Estado é essencialmente um instrumento de transferências de renda, que se torna

necessário dada a existência de bens públicos e de economias externas, que limitam a capacidade de alocação de recursos do mercado. Para realizar essa função redistribuidora ou realocadora o Estado coleta impostos e os destina aos objetivos clássicos de garantia da ordem interna e da segurança externa, aos objetivos sociais de maior justiça ou igualdade, e aos objetivos econômicos de estabilização e desenvolvimento. Para realizar esses dois últimos objetivos, que se tornaram centrais neste século, o Estado tendeu a assumir funções diretas de execução. As distorções e ineficiências que daí resultaram deixaram claro, entretanto, que reformar o Estado significa transferir para o setor privado as atividades que podem ser controladas pelo mercado. Daí a generalização dos processos de privatização de empresas estatais. Neste plano, entretanto, salientaremos um outro processo tão importante quanto, e que, no entanto, não está tão claro: a descentralização para o setor público não-estatal da execução de serviços que não envolvem o exercício do poder de Estado, mas devem ser subsidiados pelo Estado, como é o caso dos serviços de educação, saúde, cultura e pesquisa científica. Chamaremos a esse processo de publicização.

A legislação infraconstitucional também sofreu inovações seguindo esse modelo, a exemplo da criação das Agências Executivas (instituições estatais que executam atividades exclusivas de Estado) e das “organizações sociais” (entidades privadas sem fins lucrativos, cujas áreas de atuação guardam estreita sintonia com as funções sociais acometidas ao Estado e que não constituem seu monopólio) que à época formaram as instituições organizacionais básicas da reforma gerencial.

Desse modo, abriu-se, no espaço público, um convite a novos parceiros privados, para que aglutinassem suas técnicas e conhecimentos ao exercício da função do Estado Democrático de Direito Constitucional de implementar imperativos legais, ao tempo em que sistemas de controle eram criados para verificar este novo cenário de distribuição de “tarefas”, tais como as Agências Reguladoras. Ressalta Pereira (1998, p. 23; 97):

Por meio dessas reformas, não apenas se abre espaço para a descentralização e a desconcentração da autoridade, mas também para que os administradores públicos possam implantar um sistema de incentivos e punições adequado. Por outro lado, a Reforma Gerencial cria novas instituições organizacionais, como as agências executivas e as organizações sociais, que se constituem em unidades descentralizadas de gestão, distinguindo-as das secretarias formuladoras de políticas públicas, localizadas no núcleo estratégico do Estado. Dessa forma, estão sendo criadas as condições para a implantação de métodos de gestão moderna no Estado brasileiro. [...] Na reforma do Estado, as atividades exclusivas de Estado devem, naturalmente, permanecer dentro do Estado. Podemos distinguir dentro dela, verticalmente, no seu topo, um núcleo estratégico, e, horizontalmente, as secretarias formuladoras de políticas públicas, as agências executivas e as agências reguladoras.

Neste contexto, a definição de quais devem ser as atividades exclusivas do Estado são justificadas pelo ministro Bresser (1998), um dos idealizadores do Plano Bresser, através do “poder extroverso do Estado”, o qual permite que o mesmo emita provimentos que escapam da esfera jurídica do emissor e projetem-se na esfera jurídica de terceiros, constituindo-os em obrigações independentemente de sua concordância, ao contrário do que

se sucede na órbita das organizações privadas (empresas privadas e sociedades de economia mista têm seu poder limitado à esfera de seus subordinados/funcionários). Desse poder o Estado retira sua força para legislar, punir, tributar, realizar transferências de recursos a fundo perdido etc.

O Estado detém esse poder para assegurar a ordem interna - ou seja, garantir a propriedade e os contratos -, defender o país contra o inimigo externo, e promover o desenvolvimento econômico e social. Neste último papel podemos pensar o Estado em termos econômicos: é a organização burocrática que, por meio de transferências, complementa o mercado na coordenação da economia: enquanto o mercado opera por meio de trocas de equivalentes, o Estado o faz por meio de transferências financiadas pelos impostos (PEREIRA, 1998, p. 96).

Ademais, acrescenta Bresser (*apud* PEREIRA, 1998), as atividades exclusivas do estado englobam: 1) as atividades monopolistas, porque não permitem a concorrência; 2) as atividades correspondentes ao Estado Social, ligadas a política econômica e social, ou seja, à educação, a saúde, a assistência social, a previdência social, a garantia de uma renda mínima o seguro desemprego, a defesa do meio ambiente, a proteção do patrimônio cultural, o estímulo às artes. Tais atividades são justificadas como exclusivas do Estado:

[...] devido ao volume das transferências de recursos orçamentários que envolvem, são, de fato, atividades exclusivas do Estado. Há toda uma série de razões para que o Estado subsidie essas atividades, que não cabe aqui discutir. O principal argumento econômico que as justifica é o de que estas são atividades que envolvem externalidades positivas importantes, não sendo, portanto, devidamente remuneradas pelo mercado. O argumento ético é o de que são atividades que envolvem direitos humanos fundamentais que qualquer sociedade deve garantir a seus cidadãos (PEREIRA, 1998, p. 97).

Apontando ainda uma terceira exclusiva: 3) a atividade econômica, citando como principal exemplo a de garantir a estabilidade da moeda, do sistema financeiro – executada pelo Banco Central.

Dessa forma, o projeto que foi delineado para nova Administração pública brasileira pelo Plano diretor têm sido perseguido pelo cenário atual: um tríptico processo de privatização, publicização e terceirização: 1) privatização de atividades econômicas naturalmente monopolistas no setor de bens e serviços para o mercado, diante da falta de recursos públicos nos anos 80, contudo sob o sob o controle de Agências Reguladoras autônomas e contratos de concessão, com suas cláusulas regulamentares (prestação do serviço) e financeiras (equilíbrio financeiro); 2) publicização das atividades sociais e científicas, porque não são atividades do monopólio estatal ao tempo em que não se justificam que sejam privadas, ou seja, voltadas para o lucro; que devem ser prestadas por organizações não governamentais, a exemplo das OS, OSCIPS e Agências Executivas e, 3) terceirização,

para as atividades de apoio ou auxiliares, submetidos à licitação pública e contratados com terceiros.

Sobre a publicização, nas palavras de Pereira (1998, p. 99):

Nesses termos, não há razão para que tais atividades permaneçam dentro do Estado e sejam monopólio estatal. Mas também não se justifica que sejam privadas - ou seja, voltadas para o lucro e consumo privado -, uma vez que são, frequentemente, atividades fortemente subsidiadas pelo Estado, além de contarem com doações voluntárias da sociedade. Por isso, a reforma do Estado nessa área não implica privatização mas 'publicização' - ou seja, transferência para o setor público não estatal. A palavra publicização foi criada para distinguir este processo de reforma do processo de privatização. E para salientar que, além da propriedade privada e da propriedade estatal, existem uma terceira e uma quarta formas de propriedade relevantes no capitalismo contemporâneo: a propriedade pública não-estatal e a propriedade corporativa⁸.

Com essa perspectiva, pode-se perceber que o espaço público passa a alcançar uma nova dimensão na sociedade, abrangendo um *locus* onde ainda não conseguira se entrincheirar junto com a sociedade civil.

Para Coelho (2000, p. 3), o Programa Nacional de Publicização tem como objetivo:

Transferir para o setor público não-estatal os serviços não-exclusivos do Estado, elaborando, para tanto, a lei das Organizações Sociais, entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado, que, ao celebrarem contrato de gestão com o Poder Público, passam a gerir recursos públicos para a execução dos serviços que lhe forem transferido.

Em 15 de maio de 1998, e, em 23 de março de 1999, o Governo Federal publicou, respectivamente, as Leis nº 9637 e nº 9790 que atribuíram competência ao Poder Executivo para qualificar entidades sociais sem fins lucrativo e firmar com as mesmas instrumentos jurídicos (e.g., contrato de gestão e termo de parceria, entre outros que serão apontados no ponto referente à Contratualização do Direto Administrativo) para a execução de atividades públicas não-exclusivas, dando continuidade ao plano do MARE.

Nesse contexto nacional, reordenou-se o papel do Estado em consonância com o neoconstitucionalismo das décadas que se seguiram: final do século XX e início do século XXI.

⁸O referido autor esclarece que: “Comumente só se faz referência a duas formas de propriedade: propriedade pública, vista como sinônimo de estatal, e a propriedade privada. Tal simplificação, que tem uma de suas origens no caráter dual do Direito – ou temos direito público ou privado -, leva as pessoas a se referirem a entidades de caráter essencialmente públicos, sem fins lucrativos, como ‘privadas’. Entretanto, se definirmos como público aquilo que está voltado para o interesse geral, e como privado aquilo que é voltado para o interesse dos indivíduos e suas famílias, está claro que o público não pode ser limitado ao estatal, e que fundações e associações sem fins lucrativos e não voltadas para a defesa de interesses corporativos, mas para o interesse geral, não podem ser consideradas privadas: são organizações públicas não-estatais, faze parte do terceiro setor, ou são ‘organizações sem-proprietários’ (*nónowned*) na expressão de Mintzberg (1996)” (PEREIRA, 1998, p. 99).

No Estado de Pernambuco, em 20 de janeiro de 2000, o chefe do Poder Executivo estadual fez publicar a Lei nº 11.743, e em 19 de fevereiro de 2001, a sua regulamentação pelo Decreto Estadual nº 23.046, os quais seguiram a esteira do modelo Federal de qualificar entidades privadas com os títulos de OS e OSCIP para a prestação de serviços públicos não-exclusivos do Estado, com a previsão de transferências de recursos, estabelecimento de condições para a prestação do serviço, controle de resultados, indicadores de desempenho, etc., e a indicação da Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de Pernambuco (ARPE) para acompanhar e fiscalizar os Contratos de Gestão e os Termos de Parceria celebrados entre o Poder público e as entidades privadas qualificadas, dentro de um núcleo central composto por: 1) um órgão deliberativo (Núcleo de Gestão⁹, subordinado diretamente ao Governador do Estado); 2) um Órgão Consultivo (Conselho de Políticas Públicas da respectiva área de atuação da atividade fomentada); e 3) um Órgão normativo e de controle (ARPE).

Por sua vez, a agência de regulação estadual, diante de seu poder normativo, em 14 de dezembro de 2010, editou a Resolução ARPE nº 005, normatizando os procedimentos a serem observados pelo setor, cuja não conformidade poderá resultar na aplicação de sanções, dentre as quais, a advertência, a multa, a suspensão temporária, a caducidade e a declaração de inidoneidade.

Assim, verifica-se que, de fato, a reforma administrativa está sendo implementada não só no plano federal, mas também no estadual.

⁹ Cf. sobre o Núcleo de Gestão e o Modelo Integrado de Gestão do Poder Executivo do Estado de Pernambuco, a Lei Complementar nº 141, de 03 de setembro de 2009.

3 O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE FORMA DIFUSA E CONCENTRADA

3.1 Agências reguladoras: histórico

Para Medauar (2005), a denominação Agências Reguladoras vem sendo usada no Brasil por influência dos ordenamentos anglo-saxônicos, citando o seu surgimento na Inglaterra a partir de 1834 e o seu poder de ação sobre os Estados Unidos, que desde 1887, criou a *Interstate Commerce Commission*, fazendo proliferar as denominadas **agências**.

Silva citando Medauar (2005, p. 96), aponta a ideia original de constituir estes entes descentralizados com a função de regular as atividades específicas: “[...] corpos independentes criados pelo Poder Legislativo para disciplinar os negócios privados, regulamentando atividades e impondo deveres”.

No Brasil, esses institutos surgiram de longa data, apesar de não utilizarem aquela denominação e seguirem o engessamento da administração burocrática. Em 1918 surge o Comissariado de Alimentação Pública; em 1923, o Instituto de Defesa Permanente do Café; na Era Vargas, no período de 1933 a 1945, foram criados o Instituto do Açúcar e do Alcool (1933), o Instituto Nacional do Mate (1938), o Instituto Nacional do Pinho (1941), dentre outros.

Esses institutos foram chamados pela doutrina de Autarquias, (destinadas a regular a produção e o comércio), para distingui-las de outros que se multiplicaram na época, e que visavam a outras finalidades, v.g., autarquias industriais, autarquia de previdência social etc.

Suas principais características eram: criação pelo Estado; desempenho de serviço público; caráter técnico ou especializado do serviço; autonomia administrativa ou de direção; autonomia patrimonial; controle estatal.

Tais institutos desapareceram do cenário brasileiro no período da desestatização. Hodiernamente, outros entes surgiram com características semelhantes, conhecidos por Agências Reguladoras. Estas são reconhecidas pela doutrina como autarquias especiais, entes descentralizados da Administração Pública, com personalidade jurídica de direito público, com autonomia, inclusive no tocante à gestão administrativa e financeira, patrimônio e receita próprios, destinadas a controlar (regular e fiscalizar) um setor de atividades, de interesse público.

O regime especial é traçado pela lei instituidora, que tem como objetivo registrar-lhe a especificidade em relação às autarquias comuns e que disciplina a regra referente autonomia em relação à Administração Direta, à estabilidade de seus dirigentes (garantida pelo exercício de mandato fixo e proibição de exoneração *ad nutum*), ao caráter final de suas decisões (impassíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública), à receita própria etc. Tais prerrogativas justificam-se na medida em que visam garantir o cumprimento do encargo que lhes foi transferido pelo ente estatal.

Acrescenta-se que se encontra em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 33.37/04 e a Proposta de Emenda Constitucional - PEC nº 81/03 de autoria do Senador Tasso Jereissati que tem por objetivo constitucionalizar os princípios que regem as Agências Reguladoras, entre outros.

3.2 Agências reguladoras e serviços públicos

Bandeira de Mello (2003) afirma que o aparelho estatal que exerce as atividades administrativas é formado pelo próprio Estado, atua por meio de suas unidades interiores (os órgãos) e por pessoas jurídicas o qual cria para auxiliá-lo em suas funções: as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as fundações governamentais e os consórcios públicos, que integram a administração indireta.

Quando desempenha diretamente as atividades que lhe são afetas, o Estado atua de forma centralizada; quando as transfere a particulares ou às pessoas auxiliares que cria, atua de forma descentralizada.

Em se tratando da conceituação de Serviços Públicos, há entre os estudiosos praticamente uma unanimidade, qual seja, a integração de três aspectos, a saber: material ou objetivo, subjetivo e formal. Este último configura o serviço público pela aplicação do regime jurídico de direito público; já o subjetivo, trata de atuação desenvolvida pelo Estado (ou por quem o substitua). Quanto ao primeiro, o serviço público consiste numa atividade de satisfação de necessidades individuais de cunho essencial.

Segundo Justen Filho (2005), o serviço é público quando se destinar a satisfazer direitos fundamentais e não somente por ter a titularidade estatal ou por ser desenvolvido sob regime de direito público. Também deve compreender as seguintes diretrizes: o serviço público é uma intervenção estatal no domínio econômico; o serviço público reflete decisões

políticas fundamentais; a qualificação da atividade como um serviço público através do reconhecimento jurídico de sua necessidade; ter referência constitucional e envolver a prestação de utilidades destinadas a satisfação direta e imediata dos direitos fundamentais.

Segundo Aguiar (2008, p. 9):

As agências reguladoras foram criadas para atuar em nome do Estado, desempenhando as funções típicas do Estado, expedindo comandos normativos obrigatórios, fiscalizando e aplicando sanções administrativas e por isso são regidas pelo Direito Público. Integram assim, a Administração Indireta na forma de Autarquias especiais com o objetivo de garantir um nível mais elevado de independência.

Quando o Estado transfere o exercício de um serviço público a particulares fá-lo através das concessões e permissões públicas, contudo mantém sua titularidade e competência, motivo pelo qual cria as Agências Reguladoras para fiscalizar e controlar a área afeta ao serviço.

3.3 Agências reguladoras: função de concretização de direitos fundamentais

Inicialmente cumpre esclarecer que a função de concretização significa não só implementar mas também tornar viável, ou seja, criar condições para que se torne efetiva a prestação do serviço público fundamental à dignidade humana: fiscalizando o serviço prestado, identificando sua ausência ou má prestação, abrindo processos punitivos para apurar as não conformidades do serviço inadequado e determinando o ajustamento da conduta/prestação em conformidade com o Direito Fundamental.

Viu-se atrás que os direitos fundamentais de natureza econômica, social e cultural dispunham de *vinculatividade normativo-constitucional*, **impondo-se aos poderes públicos a realização destes direitos através de medidas políticas, legislativas e administrativas concretas e determinadas**. Embora não se possa, em geral, derivar directamente das normas consagradoras destes direitos prestações sociais (excepcionalidade de direitos originários a prestações), tão pouco a **produção dos instrumentos normativo-concretizadores** é deixada à livre disponibilidade do legislador. A natureza de *norma-tarefa* aponta para um verdadeiro dever do legislador de dar **operacionalidade prática a estas imposições sob pena de inconstitucionalidade por omissão (CRP, art. 283)**. Se o legislador não é inteiramente livre no cumprimento destas imposições, dispõe, contudo, de *liberdade de conformação* quer quanto às **soluções normativas concretas quer quanto ao modo organizatório e gradualidade de concretizações** (CANOTILHO, 2003, p. 519).

Como é sabido, a Constituição de 1988 estabeleceu que o Brasil é uma República Federativa formada pela união indissolúvel de seus Estados membros, dos Municípios e do Distrito Federal, distribuindo nos artigos 21, 22, 23 e 24 as competências dos entes

federativos, vinculando-os como titulares dos deveres e obrigações ali elencados.

De outra banda, o constituinte originário decidiu determinar no primeiro artigo da Constituição Cidadã que o princípio da Dignidade da Pessoa Humana é um dos fundamentos deste Estado Democrático de Direito e dedicou um título inteiro aos direitos e garantias fundamentais, subdividindo-o em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos.

Assim, os serviços públicos exclusivos da competência do Estado, e sendo esses serviços Direitos Fundamentais da categoria “prestacionais ou de *status positivus*”, o Estado tem o poder-dever de implementá-los, diretamente ou através de concessionárias, permissionárias e Agências Reguladoras. Tais serviços quando delegados a particulares permanecem com a mesma titularidade da competência originária e qualificação de direitos fundamentais, com a aplicabilidade imediata que lhes foi determinada pelo constituinte originário no §1º do artigo 5º da Constituição Federal.

Segundo Sarlet (2010, p. 280):

[...] a constatação de que mesmo os direitos fundamentais a prestações são inequivocamente autênticos direitos fundamentais, constituindo (justamente em razão disso) direito imediatamente aplicável, nos termos do disposto no art. 5º, §1º, de nossa Constituição.

O encargo público que é conferido às Agências Reguladoras de controle específico (regulação e fiscalização) da função do Estado de concretizar direitos sociais de forma difusa (para toda a coletividade, de forma transindividual) ou concentrada (para um determinado indivíduo, como se verá adiante), dota-as de poder quase jurisdicional para compelir as concessionárias e permissionárias de serviços públicos a fornecer o serviço prestado em conformidade com o interesse público, seja através da instalação *ex officio* de processos administrativos punitivos em face desses agentes privados, seja através de ouvidorias que tem a competência para mediar e dirimir conflitos entre os consumidores e as empresas delegadas, seja determinando ajustamentos de condutas ou instalando o espaço das audiências públicas para que a sociedade se transforme em co-autora desse processo de efetivação e controle dos direitos prestacionais.

O processo administrativo punitivo é um meio hábil de verificação, imposição e cumprimento das cláusulas regulamentares dos contratos de concessão, no que se refere à execução da atividade delegada e visa garantir que o serviço seja realizado com o efeito desejado enquanto direito público fundamental, ou seja, propiciando condições de

regularidade, continuidade, segurança, atualidade e universalidade da prestação à população. Ultimada a fiscalização, as condutas das Concessionárias que estejam em desconformidade com o bloco de legislação pertinente (contratual, setorial, constitucional) será objeto de notificação, autuação, defesa e imposição de penalidade em caso de não adequação total ou parcial (CRETELLA JÚNIOR, 2008).

Nos casos de penalização, através de multa ou advertência, tem-se observado nas fiscalizações posteriores que a *performance* das concessionárias nas áreas de eficiência ou de comercialização tem tido um desempenho pró-ativo, apontando para a implementação de ações preventivas que visam evitar autuações por reincidência específica.

Embora os serviços públicos prestados por concessionárias ou, v.g., organizações sociais não alcancem a hipótese ideal, observa-se também que as decisões das Agências Reguladoras nos Processos Administrativos Punitivos têm gerado na prestação do serviço um efeito de proibição de retrocesso, ou seja, desenvolve naqueles agentes uma cultura de exigência de avanço na qualidade e abrangência do serviço fornecido, ou seja, uma vez implementado determinado direito para o usuário, este não pode mais ser subtraído.

As Ouvidorias são competentes para dirimir conflitos específicos instalados entre os usuários e as prestadoras do serviço público, e para tanto são dotadas de poder para mediar as lides, determinar condutas ativas ou omissivas aos agentes que prestam os serviços exclusivos ou não exclusivos do Estado e que estão subordinados à sua fiscalização e regulação, além da instalação ex-offício de processos administrativos punitivos em casos de não cumprimento injustificado das determinações. A solução das lides de caráter individual (titularidade do direito) revela a face concretizadora de direitos fundamentais de forma concentrada, ou seja, caso a caso.

Os Termos de Ajustamento de Conduta atuam, no que se refere ao cumprimento de obrigações ou metas não alcançadas por parte das entidades reguladas, como alternativa de viabilizar a composição extrajudicial da *lide*, objetivando o ajustamento de ações desconformes às exigências legais de forma mais célere, resultando na implementação difusa de direitos dos usuários.

Por sua vez, as Audiências Públicas encontram previsão legal dentro das leis instituidoras, devendo ser convocadas para “[...] tratar de assuntos relacionados à prestação de serviços públicos delegados, de relevante interesse da sociedade” (Lei Estadual/PE nº 12.524/2003, art. 4º, XXI).

Existem leis estaduais com seus respectivos decretos (Lei Estadual/PE nº 12.813/2005 e Decreto/PE nº 29.367/2006) que disciplinam a obrigatoriedade de realização de audiências públicas, previamente à autorização de aumento nas tarifas ou preços praticados por empresas concessionárias de serviços públicos, o que não se torna um óbice à participação da população em outras questões relacionadas à prestação dos serviços, servindo como meio de participação popular na regulação e fiscalização.

Deste modo, verifica-se que as Agências Reguladoras atuam em nome do Estado e como tal possui instrumentos para efetivar a prestação social devida à população, seja de forma impositiva ou de forma consensual (ALVES, 2009).

3.4 A regulação no novo direito administrativo: garantir direitos fundamentais

3.4.1 O princípio da juridicidade

A presente dissertação iniciou sua jornada resgatando o momento histórico do surgimento dos Direitos Fundamentais, sua tipologia classificatória e função, com o fito de defender que as Autarquias Especiais têm a função de concretizar direitos Humanos sob o fundamento de dar cumprimento às competências Estatais determinadas pela Constituição Federal.

Esmiuçando esse fundamento denominado “atuação Estatal”, encontramos como cerne da questão a própria Carta Magna ou Constituição, o que, de certa forma, nos remete novamente à segunda metade do século XVIII com o surgimento do Estado moderno.

Explica-se que afirma-se que naqueles idos emergiram no mundo ocidental os elementos indivíduo, Estado e texto normativo regulador desta relação. Ou seja, firmou-se entre as pessoas a ideia da necessidade da existência de uma constituição em sentido formal, válida para todos e com força superior às demais produções legais; reconhecida como lei fundamental e suprema, que consagra no corpo de seu texto o reconhecimento de direitos individuais e limites à atuação do poder central sobre estes direitos.

Assim, passados quase trezentos anos e aprofundadas as pesquisas e vivências sobre o tema, tem-se como certo e aceito quase que costumeiramente, como a sedimentação de uma noção seguida pela coletividade, que os princípios celulares que formam o tecido da Carta Constitucional são normas às quais todas as demais produções devem se conformar e se

revestir com um efeito ativo de justaposição para o êxito do comando originário.

Dessa forma, hodiernamente, também o Direito Administrativo tem sido relido à luz do Direito constitucional e seus institutos redirecionados para a efetivação dos comandos da Constituição Federal.

Neste sentido, Oliveira (2010, p. 73; 75) doutrina:

Luís Roberto Barroso, ao tratar da constitucionalização do Direito Administrativo, bem demonstra a necessidade de superação da ideia convencional de legalidade como vinculação positiva do administrador à lei pelo princípio da constitucionalidade ou juridicidade. Em sentido semelhante, Gustavo Binenbojm defende a ideia de juridicidade administrativa, traduzida 'na vinculação da Administração Pública' ao ordenamento jurídico como um todo, a partir do sistema de princípios e regras delineado na Constituição. [...] A tendência aqui exposta, como se vê, encontra-se inserida no fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo. A Constituição, ao assumir o papel de norte interpretativo do ordenamento jurídico, passa vincular diretamente a Administração Pública. As normas constitucionais (princípios e regras) não podem depender sempre da atuação pontual e específica, por vezes morosa, do Legislativo, salvo nas hipóteses específicas em que existe expressa ressalva pela reserva de lei. Certamente que, após a edição da lei, intermediando a vontade da Constituição e a liberdade de atuação da administração, o administrador público ficará limitado ao seu conteúdo. A substituição da lei pela Constituição ou, em outras palavras, da 'reserva vertical da lei' por uma 'reserva vertical da Constituição' foi constatada pelo professor Paulo Otero.

Assim resta clarificada a função das Autarquias Especiais de concretizar Direitos Fundamentais e que, para tanto, deve flexibilizar o seu espaço com instrumentos hábeis a dar efetividade aos comandos Constitucionais, tais como os Processos Administrativos Punitivos, as Ouvidorias, os Termos de Ajustamento e conduta e as Audiências Públicas.

3.4.2 Contratualização na administração pública

Como antes referido, o Estado busca o atingimento de seu papel constitucional de concretizar os Direitos Fundamentais tem realizado parcerias com entes privados, seja através de concessionárias nos serviços públicos exclusivos, seja através de Organizações Sociais ou Organizações da Sociedade Civil nos casos de serviços públicos não exclusivos, buscando flexibilizar o Direito Administrativo de maneira a compatibilizá-lo com os princípios e regras da Constituição Federal, servindo-se das Autarquias Especiais para fiscalizar e regular o serviço pactuado diretamente, ou como interveniente anuente.

Dessa forma, cumprindo-se a Reforma Gerencial, aos contratos administrativos tradicionais foram sendo introduzidos novos instrumentos, que, com uma qualificação operacional de eficiência, eficácia e celeridade podem satisfazer as necessidades da realidade

dos entes federativos.

Assim, leis infralegais inovaram como, e.g., a criação dos Consórcios Públicos contratados entre entes da federação com o objetivo de realizar interesses comuns, podendo para tanto “[...] outorgar concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos [...]” (Lei nº 11.107/2005, art. 2º, §3º) regulados pelo Contrato de Programa; a qualificação de Organizações Sociais e da Sociedade Civil de Interesse Público e o fomento às atividades sociais, instituindo um “[...] Sistema Integrado de Prestação de Serviços Públicos não-exclusivos, [...]” (Lei Estadual/PE nº 11.743/2000); os Contratos de Gestão ou Contrato-Programa, como “[...] instrumento jurídico formal que define e especifica as atividades, projetos e ações que uma entidade estatal deve executar visando o cumprimento das diretrizes, medidas e planos governamentais, [...] qualificando metas [...]” (Lei Estadual/PE nº 11.292/1995); as Parcerias Público-Privadas, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar obra e/ou prestar serviço público, com ou sem direito a contraprestação. (Lei nº 11.079/04), entre outras.

Estas novas condutas administrativas se justificam segundo a nova doutrina administrativa, em consonância com a Reforma Gerencial, diante dos novos espaços públicos que se estabeleceram nas relações entre a sociedade, o Estado e as instituições:

[...] o Direito Administrativo, na medida em que esse fenômeno avança, **está deixando de ser exclusivamente** um Direito do Estado para se estender sobre um **espaço público não estatal** em franca expansão, com o quê, vem adquirindo um novo e até pouco tempo imprevisível *aspecto híbrido*, na medida em que vai se tornando um **instrumento comum, tanto do Estado como da sociedade organizada** [...] (MOREIRA NETO, 2008, p. 330) (destaque nosso).

No mesmo sentido:

A palavra publicização foi criada para distinguir este processo de reforma do processo de privatização. E para salientar que, além da propriedade privada e da propriedade estatal, existem uma terceira e uma quarta formas de propriedade relevantes no capitalismo contemporâneo: a propriedade pública não-estatal e a propriedade corporativa (PEREIRA, 1998, p. 99).

A questão das Agências Reguladoras – como instrumento de efetivação de direitos fundamentais de forma difusa ou concentrada – deve ser inserida em seu âmbito institucional sob o aspecto jurídico, assim como esses novos instrumentos de realização, implementação e concretização de direitos prestacionais, que vêm sendo utilizados pelo Estado e estão fazendo parte da realidade das Autarquias Especiais quando, e.g. um Estado celebra um Consórcio Público com um município para a consecução do objetivo comum de implementar em determinada área um sistema de abastecimento de água e esgotamento sanitário, o qual será

objeto de um Contrato de Programa em que participará como interveniente anuente, além dos referidos entes federativos, uma empresa privada para fornecer o serviço e a Agência Reguladora que fiscalizará e regulará a atividade de competência originária dos entes, assim como o que ficou pactuado juridicamente, à luz de um Direito Administrativo incluso na Constituição Federal.

3.4.3 A legitimidade da atuação das agências na judicialização da regulação perante o STF e o STJ

O presente tópico busca analisar como esse Novo Direito Administrativo vem sendo legitimado a partir das decisões de Cortes como O STF e o STJ. Analisa-se, então, qual seria o discurso do Poder Judiciário em relação às Agências Reguladoras uma relação própria entre a concretização de direitos fundamentais e a atuação das Agências Reguladoras.

Pelo que se poderá ver adiante, a proliferação de Agências Reguladoras, através da reforma gerencial, potencializou a efetivação de direitos sociais, seja por meio de sua atuação normativa (editando resoluções para os setores regulados), seja por meio da edição de atos concretos (poder decisório das agências, tido por alguns como uma função quase-jurisdicional).

Com a finalidade de averiguar o discurso do Poder Judiciário na temática proposta, foi realizada uma coleta de dados que na base das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, examinando a judicialização da regulação, identificando o comportamento do Poder Judiciário quanto à legitimação, ou não, das decisões (atos concretos) das Agências Reguladoras, como também do próprio poder regulador das agências (atos abstratos), além de atos chamados de “legislativos”- entendidos estes como aqueles que determinam competências das Agências -. Com isso, criou-se um banco de dados que serve de indicativo sobre o grau de “chancela”, por parte do Poder Judiciário, da atuação das Agências Reguladoras.

Diante do que foi exposto, e considerando que o exercício da função de regulação e de aplicação de poder punitivo-decisório das agências pode ser considerada uma atuação em prol da concretização de direitos sociais, é importante verificar, empiricamente, como se dá a judicialização dessa regulação, identificando o comportamento do Poder Judiciário sobre em relação a essas Autarquias Especiais.

A identificação do discurso do Poder Judiciário em relação às Agências passou pela

identificação da postura do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, especificamente na função de revisão judicial da atuação jurídica das Agências Reguladoras.

Inicialmente, fez-se uma consulta ao sítio eletrônico da Corte STF. Na primeira tentativa de estabelecer um panorama das decisões, utilizou-se a expressão “agência reguladora” como critério de pesquisa, apenas em Acórdãos. Foram excluídas as decisões monocráticas, tendo em vista que o interesse da pesquisa era estabelecer o posicionamento da Corte. Assim, apenas os Acórdãos interessavam, já que uma decisão monocrática poderia contaminar o resultado da pesquisa, tendo em vista que não seria ela representativa do posicionamento da Corte inteira.

Assim, com a utilização da expressão “Agência Reguladora”, foram capturados 18 ocorrências. Das 18 ocorrências, foram descartadas aquelas que não tinham nada a ver com o objetivo da pesquisa, como, por exemplo, o HC 101604, onde se discute o Crime de desenvolvimento clandestino de atividades de telecomunicação (art. 183, da Lei nº 9.472/97. Nesse caso, a Corte chegou à conclusão de que não há necessidade de espera da finalização do procedimento administrativo para o início da ação penal.

Como pode se vê, acima, o caso foi excluído por estar fora do objeto da pesquisa na fase da coleta de dados. Buscou-se examinar apenas as decisões da Corte que realizassem uma revisão do ato da agência reguladora, seja um ato de regulação, ou seja, um ato de decisão punitiva. Por isso, o HC citado não entrou no bloco de decisões examinadas, pois não tratava de revisão de ato de agência reguladora, mas apenas de revisão de ato de constrição à liberdade.

Ademais, seguindo o item procedimental da pesquisa proposta, vê-se que das 18 ocorrências, restaram apenas 3. A imensa maioria das ocorrências (14) referiam-se a disputas judiciais entre concessionárias de serviço e consumidores. Assim, os atos questionados eram da empresa concessionária, e não das Agências Reguladoras. Remanesceram, então, 3 ocorrências onde se discutia, de fato, o poder das agências, abaixo listadas. As ocorrências foram debulhadas com base em 3 critérios: (A) tipo de ação; (B) tipo de ato questionado, se o ato questionado é regulador ou se é concreto; (C) teor da decisão, se potencializadora ou não potencializadora da conduta das Agências.

Abaixo um quadro explicativo da coleta realizada:

Rcl 5310 / MT	ATO CONCRETO: apreensão de equipamentos radiofônicos	Potencializadora do poder das agências Confirmou o Poder de Polícia dos fiscais de regulação, com base na Lei com base na Lei n. 10.871/2004, na redação da Lei n. 11.292/2006. Não anulou o ato de apreensão, por entender inaplicável o inc. XV do art. 19 da Lei n. 9.472/9, que havia sido julgado inconstitucional em sede de Medida Cautelar na ADI N. 1.668/DF.
ADI 1949 MC / RS	ATO LEGISLATIVO: Lei que restringe poder de Chefe de Executivo para destituição de dirigente de Agência	Potencializadora do Poder das Agências Entendeu que há independência administrativa das Agências, não podendo o chefe do Poder Executivo destituir os seus dirigentes sem justo motivo.
ADI 1668 MC / DF	ATO LEGISLATIVO: Lei que estabelece competência de Agência na realização de buscas e apreensões.	Não potencializadora do Poder das Agências O julgamento, em 1999, entendeu que a Agência não poderia violar o princípio do devido processo legal com a determinação de busca e apreensão de bens, suspendendo o art. 19, inciso XV, da Lei n. 9.472/99. Posteriormente, com visto acima, o STF legitimou o ato de apreensão com fundamento em legislação posterior.

Já no Superior Tribunal de Justiça, o processo de pesquisa de dados foi o mesmo utilizado para o Supremo Tribunal Federal. Ou seja, verificação por meio de critério de busca, no sítio eletrônico de consulta de jurisprudência da Corte.

Utilizou-se o mesmo critério “Agência Reguladora”. O resultado foi de 86 ocorrências. Dessas ocorrências, foram retirados todos os julgados que não interessavam por não se ater ao objeto da pesquisa (judicialização de atos de concessionárias de serviço público e conflito com particulares, por exemplo). Restaram, então, 35 julgados, a seguir listados, com base no mesmo critério acima construído para o exame das decisões do STF:

AgRg no REsp 965566	ATO NORMATIVO: delimitação da “área local” para efeito de cobrança de tarifa interurbana.	Potencializadora do poder das Agências. Entendeu o STJ que o critério para estabelecer a área local não é geográfico, e sim técnico. Entendeu também que o Poder Judiciário não pode invadir a competência normativa das Agências Reguladoras
REsp 1178786 / RJ	ATO LEGISLATIVO: a atuação do Procon não inviabiliza, nem exclui, a atuação da Agência reguladora.	Potencializadora do poder das Agências. Entendeu o STJ que condutas praticadas no mercado de consumo atingirem diretamente os consumidores, é legítima a atuação do Procon para aplicar sanções administrativas, NÃO INVIABILINDO NEM EXCLUINDO A ATUAÇÃO DA AGÊNCIA REGULADORA.

<p>AgRg na SLS 1297 / RJ</p>	<p>ATO CONCRETO: Mantém decisão de juiz de primeira instância que concede liminar determinando que a concessionária de serviço público estadual restabeleça serviço suspenso por autorização de agência reguladora estadual.</p>	<p>Não Potencializadora do poder das Agências. Entendeu o STJ que Descabe a suspensão de liminar e sentença judicial pelo STJ na hipótese em que o juiz de primeira instância concede liminar determinando que a concessionária de serviço público estadual restabeleça o serviço de transporte aquaviário no período da madrugada suspenso por autorização de agência reguladora estadual e a concessionária funda seu pedido na grave lesão à economia pública em razão do elevado custo unitário no transporte de passageiro realizado no período da madrugada em comparação com a tarifa cobrada pelo serviço, pois a providência requerida não diz respeito ao interesse público, e sim ao interesse da concessionária que presta o referido serviço.</p>
<p>REsp 1210187 / MS</p>	<p>ATO CONCRETO: Mantém decisão da agência reguladora (sobre boa fé da concessionária e percentual de restituição de indébito).</p>	<p>Não Potencializadora do poder das Agências. Entendeu o STJ que trata-se de erro justificável da concessionária, uma vez que a cobrança de valores se deu de acordo com o percentual oferecido pela agência reguladora, não sendo cabível, pois, a imposição da penalidade prevista no art. 42, parágrafo único, do CDC.</p>
<p>REsp 1122363 / PR</p>	<p>ATO NORMATIVO: delimitação da “área local” para efeito de cobrança de tarifa interurbana</p>	<p>Potencializadora do poder das Agências. Entendeu o STJ que o critério para estabelecer a área local não é geográfico, e sim técnico. Entendeu também que o Poder Judiciário não pode invadir a competência normativa das Agências Reguladoras.</p>
<p>EDcl no REsp 976836 / RS</p>	<p>ATO NORMATIVO: A questão relativa às atribuições da ANATEL, enquanto Agência Reguladora, foi enfrentada no voto condutor do acórdão embargado.</p>	<p>Potencializadora do poder das Agências. Entendeu o STJ que a Agência Nacional e Telecomunicações (ANATEL), na sua função específica e intervindo como amicus curiae, esclareceu que a tarifa líquida de tributos que homologa não impede que nela incluam-se os tributos; salvo os de repasse vedado pela lei, como o Imposto de Renda e seus consectários.</p>
<p>REsp 1094218 / DF</p>	<p>ATO LEGISLATIVO: Conflito de atribuições entre o BACEN e o CADE.</p>	<p>Potencializadora do poder das Agências. Entendeu o STJ que os atos de concentração, aquisição ou fusão de instituição relacionados ao Sistema Financeiro Nacional sempre foram de atribuição do BACEN, agência reguladora a quem compete normatizar e fiscalizar o sistema como um todo, nos termos da Lei 4.594/64. 2. Ao CADE cabe fiscalizar as operações de concentração ou desconcentração, nos termos da Lei 8.884/94.</p>

REsp 1171815 / PR	ATO NORMATIVO: delimitação da “área local” para efeito de cobrança de tarifa interurbana.	Potencializadora do poder das Agências. Entendeu o STJ que o critério para estabelecer a área local não é geográfico, e sim técnico. Entendeu também que o Poder Judiciário não pode invadir a competência normativa das Agências Reguladoras.
REsp 1171688 / DF	ATO CONCRETO: reconhece o Despacho n. 3/2007 da ANATEL que estipula o valor do VU-M pago pela GVT à TIM.	Potencializadora do poder das Agências. Entendeu o STJ que “a Anatel é o ente responsável por resolver eventuais condições para interconexão quando for impossível a solução pelos próprios interessados (v. tb. Resolução Anatel n. 410/05). Trata-se de dispositivo quase óbvio, à luz da extrema especificidade e sensibilidade técnicas que cercam o tema”.
REsp 1164700 / PR	ATO NORMATIVO: delimitação da “área local” para efeito de cobrança de tarifa interurbana.	Potencializadora do poder das Agências. Entendeu o STJ que o critério para estabelecer a área local não é geográfico, e sim técnico. Entendeu também que o Poder Judiciário não pode invadir a competência normativa das Agências Reguladoras.
AgRg no REsp 1134417 / MG	ATO CONCRETO: impossibilidade de aplicação de sanção com arrimo em portaria.	Não Potencializadora do poder das Agências. Entendeu o STJ que “Só a lei em sentido formal ou material é meio hábil para impor sanção”.
REsp 982359 / RS	ATO NORMATIVO: delimitação da “área local” para efeito de cobrança de tarifa interurbana.	Potencializadora do poder das Agências. Entendeu o STJ que o critério para estabelecer a área local não é geográfico, e sim técnico. Entendeu também que o Poder Judiciário não pode invadir a competência normativa das Agências Reguladoras.
REsp 933979 / SC	ATO CONCRETO: Pelo cabimento de ação da ANATEL visando coibir o funcionamento de radiodifusão utilizados indevidamente.	Potencializadora do poder das Agências. Entendeu o STJ que “A pretensão cautelar deduzida pela Anatel – busca e apreensão dos equipamentos da estação de rádio clandestina – está inserida no âmbito da sua competência legal, o que evidencia seu interesse processual de agir e legitima sua atuação em juízo”.
REsp 1101040 / PR	ATO NORMATIVO: Declaração de legalidade da Portaria ANP 201/99, que proíbe o Transportador/revendedor/retalhista-TRR-, de transportar e revender gás liquefeito de petróleo (GLP), gasolina e álcool combustível.	Potencializadora do poder das Agências. Entendeu o STJ que “A Lei 9.478/97 instituiu a Agência Nacional do Petróleo - ANP -, incumbindo-a de promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis (art. 8º)”. “No exercício dessa prerrogativa, a ANP editou a Portaria 201/99 proibindo o Transportador-Revendedor-Retalhista - TRR - de transportar e revender gás liquefeito de petróleo - GLP-, gasolina e álcool combustível. O ato acoimado de ilegal foi praticado nos limites da atribuição conferida à ANP, de baixar normas relativas ao armazenamento, transporte e revenda de combustíveis, nos moldes da Lei n. 9.478/97.

REsp 1048317 / PR	ATO NORMATIVO: Declaração de legalidade da Portaria ANP 201/99, que proíbe o Transportador/revendedor/retalhista-TRR-, de transportar e revender gás liquefeito de petróleo (GLP), gasolina e álcool combustível.	Potencializadora do poder das Agências. Entendeu o STJ que “A Lei n. 9.478/97 instituiu a Agência Nacional do Petróleo - ANP -,incumbindo-a de promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis (art. 8º)”. “No exercício dessa prerrogativa, a ANP editou a Portaria 201/99 proibindo o Transportador-Revendedor-Retalhista - TRR - de transportar e revender gás liquefeito de petróleo - GLP-, gasolina e álcool combustível. O ato acoimado de ilegal foi praticado nos limites da atribuição conferida à ANP, de baixar normas relativas ao armazenamento, transporte e revenda de combustíveis, nos moldes da Lei n. 9.478/97.
REsp 757971 / RS	ATO NORMATIVO: delimitação da “área local” para efeito de cobrança de tarifa interurbana.	Potencializadora do poder das Agências. Entendeu o STJ que o critério para estabelecer a área local não é geográfico, e sim técnico. Entendeu também que o Poder Judiciário não pode invadir a competência normativa das Agências Reguladoras.
REsp 551449 / CE	ATO CONCRETO: Pelo cabimento de ação da ANATEL visando coibir o funcionamento de radiodifusão utilizado indevidamente.	Potencializadora do poder das Agências. Entendeu o STJ que “A pretensão cautelar deduzida pela Anatel – busca e apreensão dos equipamentos da estação de rádio clandestina – está inserida no âmbito da sua competência legal, o que evidencia seu interesse processual de agir e legítima sua atuação em juízo”.
AgRg no REsp 1070923 / SP	ATO NORMATIVO: “É legítima a cobrança de tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia Fixa”.	Potencializadora do poder das Agências. Entendeu o STJ que a Anatel tem competência legislativa e autonomia para regulamentação. Que se trata de regra técnica, com caráter específico. Por se tratar de serviço de telecomunicação e controle da tarifa, com observância do equilíbrio econômico-financeiro de contrato de concessão contrato; impossibilidade do poder judiciário de interferir no poder regulamentar.
REsp 894442 / RJ	ATO NORMATIVO “a ora recorrente, para obter a autorização almejada, deverá preencher todos os requisitos definidos pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários ANTAQ.	Potencializadora do poder das Agências. Entendeu o STJ que “autorização para o exercício da atividade de navegação de longo curso. dever de obediência aos requisitos previstos na resolução antaq 843/2007. Exercício do poder normativo conferido às Agências Reguladoras”.

REsp 732795 / RJ	ATO NORMATIVO: comerciante varejista de combustíveis, volta-se contra a determinação contida no art. 10, III, da Portaria ANP 116/2000, que proíbe o revendedor varejista de entregar combustíveis no domicílio do consumidor.	Potencializadora do poder das Agências. Entendeu o STJ ser legal o “EXERCÍCIO DO PODER NORMATIVO CONFERIDO ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS.
AgRg no REsp 979327 / RS	ATO NORMATIVO: “É legítima a cobrança de tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia Fixa”.	Potencializadora do poder das Agências. Entendeu o STJ pela competência legislativa da ANATEL sobre tarifa, com autorização da Constituição Federal, 1988.
AgRg no REsp 942697 / SP	ATO NORMATIVO: “É legítima a cobrança de tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa”.	Potencializadora do poder das Agências. Entendeu o STJ pela competência legislativa da ANATEL sobre tarifa, com autorização da Constituição Federal, 1988.
REsp 872584 / RS	ATO NORMATIVO: “É legítima a cobrança de tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia Fixa”.	Potencializadora do poder das Agências. Entendeu o STJ pela competência legislativa da ANATEL sobre tarifa, com autorização da Constituição Federal, 1988; “a feitura da equação tarifária é atribuição administrativa da Agência. Só poderia o Poder Judiciário interferir em casos excepcionais, de gritante abuso ou desrespeito aos procedimentos formais de criação dessas figuras. Carece o Poder Judiciário de mecanismos suficientemente apurados de confronto paritário às soluções identificadas pelos expertos da Agência Reguladora.
REsp 640460 / RJ	ATO NORMATIVO: exigência de certidão de regularidade junto ao sistema unificado de fornecedores - SICAF. Portaria n. 202/99 da ANP.	Potencializadora do poder das Agências. Entendeu o STJ que “traduz manifestação do poder regulatório e fiscalizatório atribuído à ANP pelo art. 8º da Lei n. 9.478/97”.
REsp 554498 / RS	ATO LEGISLATIVO: legitimidade da anvisa. art. 40, Lei n. 9.782/99.	Potencializadora do poder das Agências. Entendeu o STJ que “ FARMÁCIA. MANIPULAÇÃO DE MEDICAMENTOS. LEGITIMIDADE DA ANVISA. ART. 40, LEI N. 9.782/99. 1. O art. 40 da Lei n. 9.782/99, que criou a Anvisa, normatizou a substituição processual da União pela Agência Reguladora. 2. A intimação da procuradoria da Anvisa, após requerida pela União, é medida que se impõe.

AgRg na MC 11870 / RS	ATO NORMATIVO : “Determinação municipal em confronto com ato da agência reguladora: corte de antenas de telefonia móvel. lei municipal em contravenção ao ato da agência reguladora.”	Potencializadora do poder das Agências. Entendeu o STJ que “É cedição no Tribunal não só a excepcionalidade da interrupção abrupta dos serviços concedidos como também a intromissão de outros órgãos nas atividades reguladas, o que se equipara à invasão do judiciário acerca da conveniência e oportunidade dos atos administrativos.”
AgRg na MC 10915 / RN	ATO LEGISLATIVO : Concede efeito suspensivo à decisão cautelar para resguardar a utilidade da decisão.	Potencializadora do poder das Agências. Entendeu o STJ que “É da exclusiva competência das Agências Reguladoras estabelecer as estruturas tarifárias que melhor se adequam aos serviços de telefonia oferecidos. Ao intervir na relação jurídica para alterar as regras fixadas pelos órgãos competentes, o Judiciário corre o risco de criar embaraços que podem não apenas comprometer a qualidade desses serviços mas, até mesmo, inviabilizar a sua prestação”.
REsp 635884 / CE	ATO CONCRETO : Pelo cabimento de ação da ANATEL visando coibir o funcionamento de radiodifusão utilizado indevidamente.	Potencializadora do poder das Agências. Entendeu o STJ que "A pretensão cautelar deduzida pela Anatel – busca e apreensão dos equipamentos da estação de rádio clandestina – está inserida no âmbito da sua competência legal, o que evidencia seu interesse processual de agir e legitima sua atuação em juízo.
REsp 797130 / SC	ATO LEGISLATIVO : reconhecimento da legitimidade passiva da ANEEL pra figurar na demanda.	Potencializadora do poder das Agências. Entendeu o STJ que “Com base nos termos da Resolução nº 249/2002 da ANEEL,impõe-se concluir que a mencionada agência reguladora é a responsável pelo ato de caráter impositivo que sufragou a cobrança do Encargo de Capacidade Emergencial, cujo valor é por ela definido, sendo também o ente a quem os responsáveis pela arrecadação do adicional tarifário devem prestar contas”.
REsp 551525 / CE	ATO CONCRETO : Pelo cabimento de ação cautelar de busca e apreensão de bens da ANATEL visando coibir o funcionamento de radiodifusão utilizado indevidamente.	Potencializadora do poder das Agências. Entendeu o STJ que “A pretensão cautelar deduzida pela Anatel - busca e apreensão dos equipamentos da estação de rádio clandestina - está inserida no âmbito da sua competência legal, o que evidencia seu interesse processual de agir e legitima sua atuação em juízo”.
REsp 676172 / RJ	Ato Normativo: question. da legalidade e inconstitucionalidade da Portaria nº 72/2000 da ANP, que limita o volume decombustível a ser adquirido pelas distribuidoras.	Potencializadora do poder das Agências. Entendeu o STJ que “O ato hostilizado - a Portaria nº 72/2000 - é medida técnica que materializa a atribuição para regular o setor petrolífero (art. 8º, caput e XV da Lei nº 9.478/97) conferida à ANP”.

REsp 696135 / CE	ATO CONCRETO: Pelo cabimento de ação cautelar de busca e apreensão de bens da ANATEL visando coibir o funcionamento de radiodifusão utilizado indevidamente.	Potencializadora do poder das Agências. Entendeu o STJ que “A pretensão cautelar deduzida pela Anatel – busca e apreensão dos equipamentos da estação de rádio clandestina – está inserida no âmbito da sua competência legal, o que evidencia seu interesse processual de agir e legitima sua atuação em juízo”.
REsp 643357 / CE	ATO CONCRETO: Pelo cabimento de ação cautelar de busca e apreensão de bens da ANATEL visando coibir o funcionamento de radiodifusão utilizado indevidamente.	Potencializadora do poder das Agências. Entendeu o STJ que “A pretensão cautelar deduzida pela Anatel – busca e apreensão dos equipamentos da estação de rádio clandestina – está inserida no âmbito da sua competência legal, o que evidencia seu interesse processual de agir e legitima sua atuação em juízo”.
REsp 573475 / RS	ATO LEGISLATIVO: reconhecer a legitimidade passiva da ANATEL e, conseqüentemente, a competência da Justiça Federal para julgar a ação civil pública sobre se as ligações locais podem ser cobradas como interurbanas.	Potencializadora do poder das Agências. Entendeu o STJ que “À Agência Nacional de Telecomunicações compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade”.
REsp 572070 / PR	ATO NORMATIVO: impugnação a forma de calculo da tarifa de telefone em referencia ao limite geográfico e abrangência do serviço de telecomunicação. Hipótese em que se decidiu pela soberania da resolução da ANATEL, que contém determinação de critério, objetivo na definição da área.	Potencializadora do poder das Agências. Entendeu o STJ que “A regulamentação do setor de telecomunicações, nos termos da Lei n. 9.472/97 e demais disposições correlatas, visa a favorecer o aprimoramento dos serviços de telefonia, em prol do conjunto da população brasileira. Para o atingimento desse objetivo, é imprescindível que se privilegie a ação das Agências Reguladoras , pautada em regras claras e objetivas, sem o que não se cria um ambiente favorável ao desenvolvimento do setor, sobretudo em face da notória e reconhecida incapacidade do Estado em arcar com os eventuais custos inerentes ao processo”.

Dos julgamentos acima listados, vê-se que 32 potencializaram o poder das agências e 03 não potencializaram.

Além disso, os atos questionados, acima listados, tanto se referem a atos concretos (no exercício do poder punitivo decisório) quanto a atos abstratos (atos normativos oriundos do poder de regulação da própria agência, bem como atos legislativos que atribuíam poderes às Agências).

Considerando a hipótese ventilada neste trabalho de Mestrado de que a Agência Reguladora se situa no vértice do Novo Direito Administrativo como elemento de concretização de Direitos Fundamentais, vê-se que o discurso do Poder Judiciário em relação à atuação das Agências termina legitimando a sua conduta, gerando, com isso, indiretamente, uma maior amplitude nas possibilidades de sua atuação com vistas a concretizar direitos fundamentais.

4 LEVANTAMENTO DA ATUAÇÃO DA ARPE E ANEEL: CONCRETIZANDO DIREITOS FUNDAMENTAIS: ATOS PRATICADOS NA OUVIDORIA E NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS PUNITIVOS

No Estado de Pernambuco, existem duas Agências Reguladoras: uma estadual, a Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Pernambuco (ARPE) -, e outra municipal, a Agência Reguladora de Serviços Públicos do Município de Petrolina (ARMUP).

Tais agências foram criadas por lei (respectivamente, a Lei Estadual/PE nº 11.742/2000, alterada pelas Leis nºs 12.126/2001, 12.524/2003 e 13.206/2007, estas duas últimas em vigor; e a Lei Municipal nº 1.241/2003), e tiveram sua regulamentação, respectivamente, por Decreto do chefe do poder executivo estadual - nº 30.200/2007 - e por Lei Complementar nº 1.241/2003, que dispõem, entre outros, sobre: sua atividade; objetivos; competências; estrutura organizacional; autonomia administrativa, funcional e financeira; sanções, atuação por delegação etc.

Além dessas Agências – que atuam nos setores reservados às competências originárias de seus entes federativos (Estados e municípios), coexistem a nível nacional as Autarquias Federais, que por vezes celebram convênios, contratos ou outros tipos de instrumentos jurídicos com as agências locais para delegar algumas de suas atividades. É o caso, em Pernambuco, do convênio firmado entre a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e a ARPE, para mediação, fiscalização, autuação, instauração de processo administrativo punitivo e primeira instância recursal decisória, em determinados programas de energia elétrica, de competência originária da agência federal.

Dessa maneira, passa-se a analisar as decisões da ARPE em sua atuação por delegação da ANEEL, tendo como justificativa a possibilidade de verificação simultânea de duas Agências Reguladoras, uma vez que esta funciona como instância recursal superior das decisões colegiadas daquela.

O papel das Agências Reguladoras de concretizar direitos fundamentais de forma difusa e concentrada, sob o pálio de um novo direito administrativo, se justifica na medida em que se compreende a atuação da Ouvidoria e do Processo Administrativo Punitivo (PAP), da origem à decisão final. Passa-se, então, a informar o passo a passo da processualidade, nessa seara, das decisões na Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Pernambuco.

4.1 As ouvidorias

Ao longo da pesquisa bibliográfica, dois pilares compõem essa dissertação de mestrado: o “surgimento dos direitos fundamentais” nos termos aqui contextualizados, e a passagem e, porque não dizer também, o surgimento do Estado Moderno – encontramos o século XVIII como o divisor de águas ou foz das mudanças sociais que desembocaram no despertar da existência do ser humano como indivíduo e suas consequências sobre todos os outros setores mundiais, tais como, novas ciências, política, mudanças sociais, institucionais etc.

Feito esse registro, pontua-se que data do fim do século XVIII a origem histórica das ouvidorias públicas:

A origem histórica do instituto remonta aos fins do século XVIII e início do XIX, na Suécia, quando a figura do supremo representante do rei, cuja atribuição era vigiar a execução das ordens e leis emanadas do monarca, foi transmutada para a de mandatário do parlamento, com a nova função de controlar em nome próprio a administração e a justiça [...] ¹⁰. Ressalte-se, contudo, que a posituação do instituto do *ombudsman* se deu na constituição sueca somente em 5 de junho de 1809 (CARDOSO, 2010, p. 7).

Dessa forma, percebe-se que o contexto do ambiente sociopolítico europeu influenciou o florescimento do instituto da ouvidoria, que tem por aptidão o controle social da administração, - na medida em que tem por objetivo zelar pela boa administração - e atua como uma via de mão dupla, em que de um lado serve como vetor de comunicação entre os governados e os governantes, e, de outro, como fonte de respostas aptas a sugerir medidas (ao gestor) que levem a consecução de seu objetivo, ou seja, a melhoria da prestação pública.

Ao dialogar com os usuários dos serviços públicos, as Ouvidorias apresentam-se também como um instrumento de legitimação do Estado democrático de direito, que mantém esse espaço estratégico para a participação do cidadão.

Especificamente, pesquisar a atuação das Ouvidorias em Agências Reguladoras requer um olhar mais acurado e diferenciado das demais, com um *plus*, uma vez que nesta seara se tem a competência para mediar conflitos entre as concessionárias de serviços públicos delegados pelo Estado. Dessa forma, lhes é conferida através da lei de criação da autarquia, de seus decretos regulamentares e resoluções setoriais, uma atuação com poder

¹⁰O autor citado no texto tem como referência bibliográfica: GOMES, M. E. A. C. Do instituto do ombudsman à construção das ouvidorias públicas no Brasil. In: LYRA, R. P. (Org.). **A ouvidoria na esfera pública brasileira**. João Pessoa, Curitiba: Universitária da UFPB e Universitária UFPR, 2000a. p. 49-124.

para contactar diretamente com o fornecedor/prestador do serviço público que é alvo de reclamação de usuário, no intuito de tornar efetiva a prestação otimizada, ou seja, sem defeitos ou não conformidades.

A Ouvidoria da ARPE atua como segunda instância administrativa, uma vez que o usuário deve inicialmente registrar sua solicitação/reclamação na concessionária, buscando satisfazer sua pretensão de forma direta com o prestador, que caso não seja realizada deve procurar a Ouvidoria da agência reguladora através de sua Central de Teleatendimento (CTA), presencialmente, ou através de espaço específico no site da Agência <www.arpe.pe.gov.br>, ou via e-mail para o endereço eletrônico da Ouvidoria: <ouvidoria@arpe.pe.gov.br>, ou por correspondência a ser enviada para o endereço da agência, que possui sede própria situada na Avenida Rosa e Silva, nº 975, bairro dos Aflitos, cidade do Recife.

Segundo Maria das Graças Reis Rodrigues da Silva, a Ouvidoria da ARPE iniciou sua atividade em abril de 2002, diante da necessidade de cumprir o convênio firmado com a ANEEL para o atendimento das demandas do setor elétrico, consolidando sua estrutura com uma ampliação, no ano de 2004, para o atendimento dos demais serviços regulados, especialmente o setor de saneamento (água e esgoto), prestado pela Companhia Pernambucana de Saneamento (COMPESA). Veja-se:

A ouvidoria trabalha com dois sistemas informáticos separados para cada um dos setores referidos. Para o de energia elétrica utiliza o Sistema de Gestão de Ouvidoria (SGO), de plataforma *web*, disponibilizado pela ANEEL, que interliga esta agência federal com ARPE e com a Companhia Energética de Pernambuco (CELPE), concessionária do setor. Para os demais setores atendidos pela ouvidoria é utilizado o Sistema de Gestão do Conhecimento (G-CON), disponibilizado pela Ouvidoria Geral do Estado, para o processamento e gerenciamento das demandas. Esse sistema interliga a ARPE com a Companhia Pernambucana de Saneamento (COMPESA), e permite uma visão sistêmica do atendimento conjunto aos usuários-cidadãos, inclusive com disponibilidade de acesso para a Governadoria. Operacionalmente, todas as demandas dos usuários são registradas nos sistemas respectivos, independentemente da forma de envio ou tipo de demanda, se reclamação, denúncia, ou solicitação de informação (SILVA, 2011a, p. 25)¹¹.

O gerenciamento das demandas dos usuários é realizado por duas equipes técnicas, sendo uma composta por dois engenheiros eletricitas e uma técnica em sistemas - para atuação exclusiva em energia - e outra formada por um engenheiro agrônomo, um engenheiro químico e uma economista, para atuação com referência aos demais setores.

As manifestações dos usuários referentes a prestação de informações ou as que

¹¹A referida autora foi Ouvidora da ARPE durante o biênio setembro de 2009/setembro de 2011, onde desenvolveu sua pesquisa e coleta de dados.

previamente não foram registradas na concessionária para satisfação direta da lide (competência da prestadora do serviço), ficam registradas nos sistemas, contudo são finalizadas ao final do atendimento pela CTA.

No entanto, as demais reclamações se transformam em Solicitações de Ouvidorias (SO), que serão gerenciadas pelos técnicos, enviando-as para as concessionárias, instando-as a se pronunciarem e a cumprir a legislação constitucional, setorial e consumerista. Acontece que por vezes tais demandas não chegam a termo final por esta via, sendo necessário para sua solução a realização, por parte da ARPE, de mediação formal com a presença dos usuários e representante das concessionárias.

Segundo Silva (2011b, p. 20):

A ouvidoria da ARPE recebeu, durante o ano de 2010, um total de 52.670 manifestações de usuários, principalmente através das linhas telefônicas 0800, das quais 9.569 foram referentes ao setor de energia elétrica e 43.101 sobre questões de saneamento (água e esgoto). A ouvidoria da ARPE é a maior Ouvidoria pública do Estado de Pernambuco, em número de atendimentos registrados. Do total de 52.670 manifestações, 8.036 foram reclamações dos usuários, que se transformaram em Solicitações de Ouvidoria (SO), ou seja, foram reclamações registradas nos sistemas informáticos SGO (energia) e G-CON (saneamento), e enviadas para as concessionárias se pronunciarem sobre as soluções adotadas para atender ao reclamante. Após enviadas essas SO passam então a serem gerenciadas pela equipe técnica da Ouvidoria, num processo de interação permanente com as concessionárias, até se conseguir uma solução definitiva e satisfatória, dentro das normas e dos prazos legais, para os problemas dos usuários.

Ressalte-se que a atuação da Ouvidoria de servir de instrumento para a implementação do serviço público ao consumidor, ou a efetivação de direito fundamental prestacional, não se restringe a uma atuação pontual em casos concretos. A Ouvidoria da Agência Reguladora também realiza atividades de multiplicação de informação desses direitos com a divulgação de seu trabalho e de seus canais de atendimento ao cidadão-usuário através de campanhas publicitárias, eventos públicos coletivos (ARPE, 2009)¹², entrevistas em programas de radiodifusão aberta e comunitária, palestras em universidades e congêneres

¹²A Agência de Regulação de Pernambuco - ARPE participou na última sexta-feira (23), de uma campanha comemorativa dos 21 anos do Código de Defesa do Consumidor. A ação, iniciativa da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB-PE, aconteceu na Estação Central do Metrô do Recife e reuniu os principais órgãos de defesa do consumidor. Na ocasião os técnicos da Ouvidoria da ARPE atenderam, instruíram e auxiliaram centenas de pessoas que passaram pela estação. Além do atendimento prestado no local, foram disponibilizados folders educativos e informativos, com o intuito de apresentar a ARPE e sua Ouvidoria ao maior número de pessoas. Além da Agência, estiveram presentes outras entidades como a Associação de Defesa da Cidadania e do Consumidor (ADECCON), a Agência Nacional de Saúde (ANS), o PROCON, a Defensoria Pública, a Anatel, o Ministério Público e a Associação Pernambucana de Supermercados (Apes), todos envolvidos com o compromisso de melhorar a vida dos pernambucanos. A Agência de Regulação da Pernambuco aposta em ações como essa, que educam a população e levam a ela mais conhecimentos sobre seus direitos e sobre a função e atuação dos órgãos de defesa do consumidor.

etc., de forma autônoma e em articulação com diversas instituições ligadas ao ambiente de defesa do consumidor, a exemplo do Ministério Público, Defensoria pública, OAB, Associação de Defesa do consumidor (ADECON) e PROCON municipal e estadual.

4.2 O processo administrativo punitivo

Falar em Processo Administrativo Punitivo em Agência Reguladora requer uma linguagem técnica específica do setor objeto da atuação. De forma geral, para que se entenda se faz necessário buscar as lições dos contratos administrativos: estes possuem cláusulas normativas e econômicas; as primeiras dispõem sobre o objeto da pactuação, forma de prestação, prazo, penalidades etc., e, as segundas disciplinam o seu equilíbrio financeiro.

Os entes federativos quando delegam a terceiros a execução de serviços públicos formalizam estes pactos por diversas formas de instrumentos jurídicos, agasalhadas como antedito pelo novo direito administrativo, entre os quais encontramos as concessões, permissões, contratos de programa, termos de parceria, contratos de gestão etc.

Sob essa perspectiva, a União é o ente competente para explorar a energia elétrica em todo o país. Para tanto, dentro do cenário da reforma administrativa dos anos 90¹³ (ANEEL, 2010), (capítulo 3, ítem 3.2), o Governo Federal criou ANEEL com a finalidade de regular e fiscalizá-las produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, e competência para implementar as políticas e diretrizes do governo para o setor, dotando-a de poderes para expedir atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei nº 9.074/95; promover os procedimentos licitatórios para a contratação de concessionárias e permissionárias de serviço público; gerir esses contratos, bem como, “[...] **fiscalizar, diretamente, ou mediante convênios com órgãos estaduais**, as concessões, as permissões e a prestação dos serviços de energia elétrica”. (Artigo 3º, inciso IV da Lei nº 9.427/1996, com a redação dada pela Lei nº 10.848 de 2004) (destaque nosso).

A reforma do Estado no Brasil começou a ser desenhada com a aprovação da Lei de Concessão dos Serviços Públicos, Lei nº 8.987, de fevereiro de 1995. Os artigos dispostos nesta primeira iniciativa precisavam ser aprofundados para permitir o ingresso de recursos da iniciativa privada no aumento da oferta de energia elétrica. Então, quatro meses depois, em julho de 1995, a Lei nº 9.074 regulamentou a

¹³Demonstrando a inserção da ANEEL na ideologia da Reforma Administrativa, temos: “A lei de criação da ANEEL determina que a administração da Agência seja objeto de **Contrato de Gestão**, que deve ser negociado e celebrado entre a Diretoria e o Ministério de Minas e Energia. O contrato é um **instrumento de controle da atuação administrativa da autarquia e parâmetro para avaliação do desempenho institucional**, além de ser um elemento integrante da prestação de contas anual da Agência” (ANEEL, 2010).

legislação anterior no que diz respeito ao mercado de energia. No ano seguinte, a Lei nº 9.427, em 26 de dezembro de 1996, criou a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), cujo regulamento foi definido no Decreto nº 2.335, em 6 de outubro de 1997. O decreto estabelece as diretrizes da ANEEL, suas atribuições e estrutura básica, bem como o princípio da descentralização que permite à agência reguladora estender sua ação aos mais diversos pontos do País [...] ¹⁴ (ANEEL, 2010, p. 1).

O artigo 20, da mesma lei, especifica a autorização para que a ANEEL delegue a Agências Reguladoras estaduais algumas de suas atividades, mediante convênio de cooperação, o que, *in casu*, acontece entre a ANEEL e a ARPE. Vejamos:

Capítulo IV. DA DESCENTRALIZAÇÃO DAS ATIVIDADES. Art. 20. Sem prejuízo do disposto na alínea b do inciso XII do art. 21 e no inciso XI do art. 23 da Constituição Federal, a execução das atividades complementares de regulação, controle e fiscalização dos serviços e instalações de energia elétrica poderá ser descentralizada pela União para os Estados e para o Distrito Federal visando à gestão associada de serviços públicos, mediante convênio de cooperação (Redação dada pela Lei nº 12.111, de 2009) (ANEEL, 2010).

Assim, a ANEEL tem imprimido efetividade ao princípio da descentralização visando aproximar-se da sociedade, que se encontra distribuída num território nacional de dimensão continental, e dar conta de um complexo sistema elétrico cheio de peculiaridades locais.

Dessa forma, a Autarquia federal celebrou com o Estado de Pernambuco um convênio de cooperação para execução de atividades delegadas a serem executadas pela ARPE, e com esta, um contrato de metas com o objetivo de autorizar a execução (fixar) das atividades descentralizadas, em regime de gestão associada de serviços públicos.

A Resolução Normativa nº 417, de 23 de novembro de 2010, da ANEEL, disciplina os procedimentos destinados à delegação de atividades descentralizadas, estabelecendo os instrumentos de pactuação, as atividades descentralizadas, os princípios e diretrizes gerais, os compromissos, as responsabilidades etc.

Uma dessas atividades, a teor do artigo 13, inciso I, da antedita Resolução é a “fiscalização de serviços e instalações de energia elétrica, incluindo, quando couber, a aplicação de penalidades, nos termos do regulamento específico”. Aqui se encontram o dispositivo legal que autoriza a instalação do Processo Administrativo Punitivo (PAP), uma vez que, partindo da fiscalização, a conduta dos agentes do setor elétrico que se encontrarem em desconformidade com as normas legais (Constituição Federal, Código de Defesa e

¹⁴Sobre o Regimento Interno da ANEEL: “Em 28 de novembro de 1997, a ANEEL teve seu Regimento Interno aprovado pela Portaria MME nº 349, modificado pela Resolução nº 267, de 13 de julho de 2001 e, posteriormente, pela Resolução Normativa nº 116, de 29 de novembro de 2004, Resolução Normativa nº 249, de 30 de janeiro de 2007 e pela Resolução Normativa nº 356, de 02 de março de 2009” (ANEEL, 2010).

Proteção ao Consumidor, Código Civil, Comercial etc.), os regulamentos e os dispositivos contratuais serão objeto de um Termo de Notificação (TN) e de um Auto de Infração (AI), que iniciará o PAP, seguindo o rito da Resolução processual da Agência Federal em combinação com a Resolução da Agência estadual.

O artigo 14, da mesma norma, positiva os objetivos da fiscalização e explicita o caráter da norma de concretizar direitos fundamentais nesta seara, ou seja, garantir a prestação do serviço elétrico (direito fundamental de status activus ou prestacional), e com o atendimento de padrões de qualidade, custo (princípio da modicidade tarifária), prazo, segurança, eficiência no uso e na oferta de energia etc.

Observa-se o artigo:

Art. 14. As atividades de fiscalização dos serviços e das instalações de energia elétrica de que trata o art. 13, inciso I, desta Resolução Normativa, visam, primordialmente, à orientação dos agentes do setor elétrico e à prevenção, identificação e realização de ações corretivas relacionadas a condutas que contrariem as normas legais, os regulamentos e os dispositivos contratuais **com o propósito de garantir:** I - o cumprimento dos contratos, das autorizações, das normas e dos regulamentos que disciplinam a exploração dos serviços e instalações de energia elétrica, bem como o atendimento aos consumidores pelos agentes do setor elétrico, podendo, se for o caso, aplicar as penalidades, tendo em conta os dispositivos contratuais e o regulamento específico da ANEEL; II - o atendimento aos padrões de qualidade, custo, prazo e segurança compatíveis com as necessidades regionais; III - o atendimento aos requisitos de adequação e finalidade dos serviços e instalações de energia elétrica; e IV - o cumprimento dos programas anuais de incremento à eficiência no uso e na oferta de energia elétrica e de pesquisa e desenvolvimento tecnológico dos agentes do setor elétrico de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica. § 1º A fiscalização de que trata este artigo abrange as atividades técnicas, comerciais, econômicas e financeiras realizadas por concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços e instalações de energia elétrica. § 2º Quando se tratar de penalidade de multa, o valor é recolhido em favor da Eletrobrás, a crédito da Conta de Desenvolvimento Energético, ou a outro fundo que vier a substituí-lo, conforme legislação vigente.

Dessa forma, realizada a fiscalização pelos agentes da ARPE é emitido um Termo de Notificação com um Relatório de Fiscalização (RF) contendo a descrição dos fatos levantados, que é enviado à concessionária pessoalmente ou por registro postal com Aviso de Recebimento (AR) para que a mesma se pronuncie, em 15 dias, sobre as Não-Conformidades e Determinações apontadas pela Agência.

De posse dessa defesa prévia, a Coordenadoria de Energia Elétrica analisará as justificativas apresentadas, podendo aceitá-las ou em caso negativo autuar a concessionária através do Auto de Infração (AI), cientificando-a do mesmo (pessoalmente ou por registro postal com Aviso de Recebimento-AR) para que a mesma se pronuncie em 10 dias.

A emissão do Auto de Infração caracteriza a abertura do Processo Administrativo

Punitivo uma vez que indica a imputação de condutas desconformes das concessionárias e que a mesma estará sujeita a punição.

O recurso terá efeito suspensivo e será dirigido ao Coordenador que emitiu o AI para oportunizar o momento processual de seu Juízo de Reconsideração. Caso o Coordenador não se retrate, ou se retrate parcialmente, sua decisão será publicada sob a forma de despacho no Diário Oficial do Estado para dar ciência à prestadora do serviço (concessionária), remetendo-se os autos à Diretoria da ARPE (Órgão Colegiado) para distribuição a um Diretor-Relator que o analisará, formulando um relatório e voto a ser apreciado e votado pela Diretoria.

Da decisão da Diretoria, nos casos do convênio da ANEEL, caberá ainda mais um recurso, a ser dirigido ao Órgão colegiado para que se exerça um juízo de Reconsideração, e o remeta à ANEEL para apreciação como última instância.

Ressalte-se que, nos casos, o Coordenador emitir um Juízo de Reconsideração positivo, ou seja, acatar as justificativas da concessionária será determinado o arquivamento do processo, que estará sujeito a ratificação da Diretoria (Órgão colegiado) para surtir efeito.

A Resolução ARPE n° 007/2009 e a Resolução ANEEL n° 63/2004 disciplinam os procedimentos para a imposição de penalidades às concessionárias.

As penalidades a serem aplicadas poderão ir desde a advertência, passando pela multa, intervenção, declaração de caducidade, encampação, podendo chegar a extinção da concessão ou permissão, conforme previsão no Decreto n° 30.200/2007 (PE) e Resolução ANEEL n° 63/2004.

Por fim, acrescente-se que ao longo do tempo as normas processuais (as Resoluções que disciplinam o processo administrativo punitivo) passaram por modificações, sendo aperfeiçoadas, ou seja, as normas anteriores às atualmente vigentes não previam, por exemplo, o juízo de Reconsideração do Coordenador e da Diretoria, como se verá na análise dos dados da pesquisa (item 4.4)

4.3 A coleta de dados: informando ao leitor o caminho percorrido

A pergunta de partida da pesquisa questiona se as Agências Reguladoras têm desempenhado a função de concretização de direitos fundamentais de forma difusa e concentrada - surgiu da observação e análise de um trabalho realizado na ARPE de assessoria jurídica na relatoria dos Processos Administrativos Punitivos a nível recursal (segunda

instância), ou seja, apreciação por parte do Órgão Colegiado da Autarquia (sua Diretoria) da decisão monocrática (primeira instância) do Coordenador da área de fiscalização competente que iniciou o processo de fiscalização em face da concessionária e decidiu pela instauração do PAP e que culminou com a aplicação de uma penalidade, que ora estava sendo objeto de recurso administrativo.

O contato com as decisões de primeiro e segundo graus administrativas revelou que o conteúdo de tais decisões trazia em seu comando a ordem de efetivação de Direitos Fundamentais da categoria “prestacionais”.

Assim, fez-se uma digressão sobre a atuação da autarquia em Processos Administrativos Punitivos, tendo como critério as decisões que se proferem diante da relação: 1. Serviço prestado pelas concessionárias 2. Usuários beneficiados pelo serviço público ou titulares do direito prestacional; 3. Determinações da Agência em face das concessionárias.

A definição do método empírico para a verificação da questão do papel das Agências Reguladoras, na concretização de direitos fundamentais de forma difusa e concentrada sob o pálio de um novo direito administrativo, deve-se a pouca produção científica na área do Direito baseada no levantamento de dados e critérios objetivos.

Definido o método da pesquisa e o seu critério de investigação, iniciou-se a jornada de coleta de decisões da ANEEL como órgão recursal da ARPE nos processos oriundos da fiscalização de distribuição de energia.

Decidiu-se pesquisar as decisões sobre a prestação dos serviços públicos de energia elétrica concedido, pelo fato de que nesta área se encontra uma das maiores demandas de reclamações dos consumidores com a consequente intensificação da atuação da Agência.

Relembre-se que em relação à Energia Elétrica, a prestação de tal serviço é de competência da União, que o delega às Concessionárias, sendo sua regulação e fiscalização estabelecida legalmente para a ANEEL, que por sua vez possui convênios com Agências Reguladoras estaduais para a fiscalização de determinados programas (e.g. “Luz para Todos”, “Eficiência Energética”, coleta de dados, apuração dos indicadores de continuidade e compensação por violações, qualidade do fornecimento de energia elétrica” etc.) funcionando como última instância recursal nos PAPs instalados e julgados pelas agências reguladoras estaduais, razão pela qual se incluiu as decisões da ANEEL relativas aos PAP oriundos da ARPE.

Reitera-se que as decisões da ARPE são publicadas sob a forma de “Despachos” no

Diário Oficial do Estado de Pernambuco e as da ANEEL encontram-se disponíveis em seu site eletrônico na internet, cujo endereço é <www.aneel.gov.br>, todas elas orientadas pelo princípio da publicidade dos atos administrativos.

4.4 A coleta de dados: comprovando a concretização extrajudicial dos direitos fundamentais

A ARPE foi criada no início do ano de 2000 pela Lei nº 11.742, de 14 de janeiro. O primeiro convênio celebrado entre a ARPE e a ANEEL se deu em 2002 (convênio nº 006/2002), autorizando o início das fiscalizações da Coordenadoria de Energia Elétrica sobre a concessionária do setor no Estado de Pernambuco.

Como antedito, ultimada a fiscalização, estabelecido o contraditório e a ampla defesa com a concessionária, caso sejam identificadas condutas irregulares diante das normas estabelecidas pela ANEEL¹⁵, deve o Coordenador de Energia abrir um Processo Administrativo em face da empresa regulada, no intuito de determinar que as desconformidades sejam sanadas, implementando-se o padrão ou meta instituído pelas normas.

Dessa forma, pode-se perceber que o Processo Administrativo Punitivo é um instrumento de coerção apto a fazer com que as prestadoras do serviço público dê a população a prestação do fornecimento de energia elétrica com a técnica e qualidade exigidas.

A análise dos dados dos processos movidos pela ARPE nesta seara nos oferece um panorama da contribuição das Agências Reguladoras na implementação (abrangência e qualidade) desse direito fundamental prestacional em nosso Estado.

Ressalte-se que os processos objeto da presente pesquisa foram aqueles apreciados pela ANEEL em último grau recursal, ou seja, as decisões definitivas no âmbito administrativo, ao que acrescentamos a nota de que em matéria de processos administrativos punitivos do setor elétrico as concessionárias prestadoras do serviço se conduzem de forma a respeitar a decisão administrativa, não promovendo demandas no Poder Judiciário.

Passa-se à análise dos dados, quatorze processos oriundos da Fiscalização da ARPE foram julgados pela ANEEL, todos disponíveis no sítio eletrônico da Autarquia Federal e também reportados no anexo deste trabalho:

¹⁵Trata-se em verdade de um conjunto de normas, incluindo-se entre elas o contrato de concessão e as Resoluções da ANEEL de caráter geral e de caráter específico para cada programa/objeto da fiscalização.

1. O **Processo nº 48500.000537/04-71**, cuja decisão foi publicada através do Despacho nº 674, de 12 de agosto de 2004, teve como objeto a fiscalização “técnica e comercial” dentro do “Programa Anual de Combate ao Desperdício de Energia Elétrica para o ciclo 2001/2002”, também chamado de “Programa de Eficiência Energética”.

O Relatório e o Voto desse processo explicitam o conteúdo do Termo de Notificação expedido pela equipe de fiscalização da ARPE, ou seja, as não-conformidades apontadas; as justificativas apresentadas pela Concessionária diante das desconformidades encontradas no TN (Defesa Prévia); as razões do Auto de Infração emitido pela Agência em face da Concessionária; a Defesa da Concessionária ao AI (recurso); a Decisão da Diretoria da ARPE ao recurso; uma nova Defesa da Concessionária combatendo a Decisão Colegiada (Recurso a ser enviado à ANEEL); e a decisão da Agência Nacional.

Após análise, e orientado pelos critérios escolhidos para a pesquisa no item 4.3 (1. serviço prestado pelas concessionárias 2. Usuários beneficiados pelo serviço público, ou titulares do direito prestacional; 3. Determinações da Agência em face das concessionárias.), temos que o serviço prestado pela Concessionária refere-se a execução de uma série de projetos que deveriam ser implantados - dentro de um Programa que tem como objetivo combater o desperdício de energia.

Através das não-conformidades apontadas pela Fiscalização percebe-se o poder dever da Agência em compelir a Concessionária a fornecer o produto do Projeto com a implementação de eficiência na prestação da energia. Veja-se algumas desconformidades em questão que foram cobradas da concessionária nesse processo: Descumprimento de data para entrega do Relatório Final do Programa; projeto “Eficientização da Torre Malakof e MAC” com execução financeira e contábil em desacordo com os contratos assinados com as empresas executoras do serviço; em relação ao Projeto “Parceiros da Energia” foi apontado diferença entre o valor previsto para a execução e o valor do contrato celebrado com a empresa executora, além de diferença entre os quantitativos de alunos e professores envolvidos no projeto constantes do Relatório e aqueles encontrados nas visitas e pesquisas realizadas nas escolas; diferença entre o número de alunos treinados no projeto “Educativo Fernando de Noronha” e o que consta no Relatório Final; diferença entre o relatório final dos “Projetos de Eficiência em Iluminação Pública” e o projeto aprovado pela ANEEL; “não atendimento do limite para concessão de bônus por consumidor estabelecido no objetivo do Projeto ‘Incentivo ao Uso de motores de Indução Trifásicos Eficientes’”; entre outros.

Quanto aos usuários beneficiados pelo serviço público prestado ou titulares do direito prestacional, tem-se que nele se inserem toda uma coletividade pertencente às áreas contempladas pelos projetos.

As determinações finais da ANEEL - após ter sido percorrido na esfera da Agência Estadual um processo amplo e contraditório, com apresentação de novas defesas, provas e alegações, além de acatamentos de justificativa - ratificaram a decisão da ARPE de imposição de penalidade de multa pecuniária.

2. O **Processo nº 48500.003676/03-01**, cuja decisão foi publicada através do Despacho nº 2142, de 19 de dezembro de 2005, teve como objeto da fiscalização o monitoramento dos “[...] indicadores de continuidade DEC e FEC por meio do Programa de Acompanhamento e Gerenciamento dos Indicadores de Continuidade DEC e FEC das Concessionárias de Serviços Públicos de Energia Elétrica - ‘GESTOR’”, para o exercício do ano de 2002.

O serviço prestado pela concessionária deve ser energia com qualidade. O termo de notificação deste processo em análise, apontou que o serviço prestado pela concessionária estava transgredindo os indicadores de qualidade da energia (em 12 conjuntos pertencentes a sua área de concessão - violação das metas de DEC em 10 conjuntos e DEC/FEC em 02 conjuntos), medidos através da continuidade dos serviços públicos de energia elétrica, nos seus aspectos de duração e frequência, a serem observadas pelas concessionárias e permissionárias de serviço público de distribuição e de transmissão de energia elétrica nas unidades consumidoras e nos pontos de conexão, quais sejam: Duração Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora (DEC): “Intervalo de tempo em que, em média, no período de observação, em cada unidade consumidora do conjunto considerado, ocorreu descontinuidade na distribuição de energia elétrica” (ANEEL, 2000a, art. 1º) e Frequência Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora (FEC): “Número de interrupções ocorridas, em média, no período de observação, em cada unidade consumidora do conjunto considerado” (ANEEL, 2000a, art. 3º, inciso XI), fixados mediante entendimento prévio com o órgão regulador.

Vê-se aí o exercício da regulação não apenas em defesa da concretização do direito fundamental formal à prestação de energia, como também a um direito material, ou seja, a qualidade desse direito, ou seja, sua efetivação plena. Os usuários beneficiados pelo direito prestacional é a coletividade ou titulares indeterminados.

A determinação da ANEEL foi no sentido de ratificar a decisão da ARPE de aplicar a penalidade de multa pecuniária. Por oportuno, transcreve-se parte da Decisão em que o relator ressalva que o objetivo e a justificativa do estabelecimento de metas nos indicadores da qualidade da energia e a aplicação de penalidade em caso de não observância é fazer com que a concessionária invista em seu sistema de maneira a refletir na satisfação do consumidor. Vejamos:

[...] O estabelecimento de metas de continuidade DEC e FEC por conjunto, associado à aplicação de penalidades pelo descumprimento das respectivas metas, com amplo direito de defesa à concessionária, têm como objetivo estabelecer um sinal regulatório para que a concessionária invista em seu sistema, adotando tecnologias apropriadas, de forma a refletir no resultado final do indicador a satisfação do consumidor pelo serviço prestado.

3. O Processo nº 48500.003929/05-19: A ARPE realizou uma fiscalização com o objetivo de esclarecer dúvidas quanto às não-conformidades: N11, N13, N14, D3 e D4, constantes do Relatório de Fiscalização RF-CELPE-002/04-ARPE da Área Comercial, que permitissem apreciar o cumprimento da defesa da Concessionária.

Do Termo de Notificação, depreende-se que a fiscalização apontou que a Concessionária não estava registrando em documentos todo o processo de atendimento aos consumidores e que também não tinha cumprido a Determinação da ARPE de fazer um novo levantamento com a relação de todos os pedidos de ligação de energia (durante um período determinado de anos que estavam sendo fiscalizados) cujo fornecimento pudesse ser realizado “[...] mediante a extensão de rede em tensão secundária de distribuição, [...], informando qual foi a medida adotada para cada caso e a data da solicitação [...]”.

A análise dessa fiscalização e de sua determinação à Concessionária demonstra a face da regulação que defende o direito dos consumidores, ou seja, a que dirige o seu comando à implementação de Direitos Fundamentais de determinados consumidores (direitos individuais homogêneos, decorrentes de origem comum) que se encontravam sendo assistidos de maneira deficitária pela empresa. O ajuste da concessionária à norma que determina o seu enquadramento aos padrões de atendimento comercial aos consumidores, termina por beneficiar toda a coletividade.

A Determinação da Agência Federal foi a de ratificar a decisão da Agência Estadual, aplicando a penalidade de advertência, diante do reconhecimento de atenuantes.

4. O Processo nº 48500.000343/04-85: A fiscalização teve como objetivo verificar o cumprimento da legislação e do Contrato de Concessão e avaliar o desempenho da Concessionária nas áreas técnicas e comercial (serviço prestado).

O Termo de Notificação apontou diversas verificações, culminando por elencar 18 Não-conformidades e 08 Determinações na área comercial, e 06 Não-conformidades na área Técnica.

A exemplo do conteúdo do direito (estabelecido pelas Resoluções ANEEL) defendidos pela fiscalização temos:

Não-Conformidade N.1: A CELPE não está cumprindo o artigo 95 da Resolução ANEEL n° 456/2000 e o item XIII da Cláusula Quinta do Contrato de Concessão n° 26/2000: ‘Art. 95 **A concessionária é responsável pela prestação do serviço adequado a todos os consumidores, satisfazendo as condições de regularidade, generalidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, modicidade das tarifas e cortesia no atendimento, assim como prestando informações para a defesa dos interesses individuais e coletivos**’. ‘Contrato de Concessão - Cláusula Quinta - Além de outras obrigações decorrentes da lei e das normas regulamentares específicas, constituem encargos da concessionária, inerentes à concessão regulada por este Contrato: [...] XIII - realizar programas de treinamento do seu pessoal, visando ao constante aperfeiçoamento do mesmo para a adequada prestação do serviço de distribuição concedido’. Prazo para regularização: 30 dias.

Determinação D.1: **A concessionária deverá manter periodicamente curso intensivo de treinamento para os atendentes (titular e substituto) de todos os Pontos CELPE** já implantados, contemplando os assuntos necessários ao desempenho da função. Concluído cada treinamento deverá ser expedido, aos participantes aprovados, certificado de conclusão, no qual seja possível constatar o conteúdo programático e a carga horária de cada matéria. A concessionária deverá enviar à ARPE o programa completo e o cronograma para treinamento no ano seguinte, de todos os atendentes dos Pontos CELPE, contemplando o número de turmas, número de participantes por turma, locais dos treinamentos, carga horária, etc. Prazo para cumprimento: 30 dias.

Não-conformidade N.3: A CELPE não está cumprindo o caput do art. 97, da Resolução da Aneel n° 456/2000: ‘**A concessionária deverá comunicar ao consumidor, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, sobre as providências adotadas quanto às solicitações e reclamações recebidas do mesmo**’. Prazo para regularização: 15 dias.

Não-Conformidade N.4: A CELPE não está cumprindo o item 2 do Apêndice 4 do Contrato de Concessão N° 26/2000: ‘Apêndice 4 - Item 2 - **Prazo máximo para o atendimento a pedidos de ligação, quando se tratar de fornecimento em baixa tensão, incluindo a vistoria que a aprova e excluídos os casos de inexistência de rede de distribuição em frente à unidade consumidora a ser ligada, de necessidade de reforma ou ampliação de rede, ou de inadequação das instalações do consumidor aos padrões técnicos da CONCESSIONÁRIA. Prazo para 2003: 2 dias úteis**’ Prazo para regularização: 30 dias (ANEEL, 2000b, p. 1) (destaque nosso).

A análise dessa fiscalização também denota a regulação voltada para a implementação dos direitos dos usuários da prestação do fornecimento de energia elétrica, com a imposição à Concessionária do dever de prestar o serviço de forma adequada, de modo a satisfazer as condições do acima citado artigo 95 da Resolução ANEEL n° 456/2000, que determina, entre outros a prestação do serviço para todos os consumidores com continuidade, eficiência segurança, modicidade tarifária e cortesia.

Quanto aos usuários beneficiados pelo serviço público prestado ou titulares do direito prestacional, temos que nele se inserem toda a coletividade de usuários.

As determinações finais da ANEEL - após ter sido percorrido na esfera da Agência Estadual o contraditório e a ampla defesa, com a apresentação de novas provas e alegações, além de acatamentos de justificativa - restaram por conceder provimento parcial, reduzindo a multa pecuniária e determinado o que se segue:

Foram mantidas as não-conformidades N.1; N.3; N.6; N.13; N.14 e N. 17. Além do mais ficou decidido: [...] (i) conhecer o recurso interposto pela Companhia Energética de Pernambuco – CELPE contra o Auto de Infração nº 002/2003-65-CEE-ARPE e, no mérito, conceder-lhe provimento parcial, reduzindo a penalidade inicialmente imposta pela Agência de Regulação de Pernambuco – ARPE para R\$ 245.222,64 (duzentos e quarenta e cinco mil, duzentos e vinte e dois reais e sessenta e quatro centavos), em valores da época da lavratura do Auto de Infração, com os acréscimos previstos na legislação vigente; (ii) **Determinar que a CELPE aprimore seus registros referentes às solicitações de consumidores, notadamente com relação a pedidos de entrega de faturas em local distinto da unidade consumidora, de forma a permitir uma rápida e eficaz comprovação de que os consumidores foram notificados sobre a cobrança de tais serviços;** (iii) Recomendar que a Superintendência de Regulação da Comercialização da Eletricidade incorpore no trabalho de revisão da Resolução nº 456/2000 as alterações pertinentes aos artigos 72 e 85 (destaque nosso).

5. O Processo nº 48500.002098/2006-76: O serviço prestado pela Concessionária refere-se aos medidores de energia elétrica das unidades consumidoras, cujo resultado da Fiscalização foi a verificação de 01 Não-Conformidade e 02 Determinações, uma vez que a Concessionária estava cobrando indevidamente do consumidor 60% do custo do medidor quando de sua troca decorrente de “borne oxidado” (presumindo que a irregularidade era decorrente de culpa do consumidor).

Os titulares do direito prestacional fornecido pela Concessionária é a coletividade, uma vez que toda a comunidade que se encontra dentro da área da concessão é usuária desse serviço.

A determinação da Agência Federal foi no sentido de confirmar a penalidade de Advertência aplicada pela ARPE, bem como suas Determinações. Vale a pena transcrever parte do voto do Relator:

Ressalte-se, ainda, que não se apurou falhas em casos específicos, que seguem rito de questionamento administrativo próprio, mas sim deficiências nos procedimentos internos adotados pela concessionária, em que se praticou a cobrança referente aos bornes oxidados sem as devidas apurações prévias, o que evidentemente atenta contra o direito dos consumidores. Desse modo entendo serem válidas as determinações da Agência Estadual, já que as cobranças estavam sendo promovidas de forma indevida, sem indícios de irregularidade. Nesse sentido, no que tange ao direito dos consumidores, entendo ser pertinente o monitoramento do caso e da devolução procedimentos internos adotados pela CELPE, motivo pelo qual se **deve solicitar à ARPE tais diligências, atentando para o fato que se persistirem as falhas da concessionária, tal fato ensejará a reincidência em novas fiscalizações.** (destaque nosso).

6. O Processo nº 48500.001077/2006-61: O serviço prestado pela Concessionária é traduzido no propósito da fiscalização, constante do voto do relator, nos seguintes termos:

[...] com o objetivo de verificar o cumprimento do Plano de Universalização de Energia Elétrica, que visa ao atendimento de novas unidades consumidoras, bem como a realização do Programa LUZ PARA TODOS, cujo objetivo é apoiar a universalização no meio rural.

Esse Plano¹⁶ estabelecido pelo governo federal, com aporte de recursos públicos para que as concessionárias cumprissem metas de implementação da eletrificação urbana e rural, é um dos melhores exemplos do papel desempenhado pelas Agências Reguladoras na concretização de Direitos Fundamentais Prestacionais. Ao fiscalizar o cumprimento da prestação do serviço, inicia-se uma dinâmica entre a Agência Reguladora e a Concessionária de verificação da obrigação de fazer segundo certas condições (ANEEL, 2004a).

Quando a fiscalização conclui pelo não cumprimento das obrigações da Concessionária de prestar o serviço conforme o determinado, esta é autuada, e durante esse processo vai-lhe sendo oportunizado o ajuste/defesa. A decisão final da Autarquia federal é impositiva, pode ser penalizadora, e sempre produz efeito pró-ativo sobre a prestação do serviço, sendo compelida a ajustar-se.

Nesse processo, por exemplo, a Concessionária foi autuada pelas não-conformidades de descumprimento dos prazos referentes à elaboração de estudos, orçamentos e projetos, bem como para informar ao interessado, o prazo para a conclusão das obras de distribuição destinadas ao seu atendimento, conforme Resolução ANEEL nº 63/04, art. 3º, inciso III “deixar de prestar informações aos consumidores, quando solicitado ou conforme determinado pela legislação e regulamentos ou pelo Contrato de Concessão”); descumprimento do prazo referente ao início de obras, conforme Resolução ANEEL nº 63/04, art. 4º, inciso IV (deixar de atender pedido de serviços nos prazos e condições estabelecidos na legislação e/ou no contrato); má formação dos processos e inexistência de cadastro

¹⁶Sobre o Programa, consta no Manual de Operacionalização do “Programa Nacional do Acesso e Uso da Energia”, publicado em 12/11/2003, que “O Decreto nº 4.873, de 11 de novembro de 2003, instituiu o Programa LUZ PARA TODOS, destinado a propiciar, até o ano de 2008, o atendimento em energia elétrica à parcela da população do meio rural brasileiro que ainda não tem acesso a esse serviço público. De acordo com art. 3º do decreto, o Programa será coordenado pelo Ministério de Minas e Energia – MME e operacionalizado com a participação das Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - Eletrobrás e das empresas que compõem o sistema Eletrobrás.”, e que “O desafio do atendimento em energia elétrica no Brasil é proporcional ao enfrentamento do alto nível de desigualdade social e regional do País. Existem atualmente cerca de 2 milhões de domicílios rurais não atendidos, correspondendo a 80% do total nacional da exclusão elétrica, ou seja, 10 milhões de brasileiros vivem no meio rural sem acesso a esse serviço público. Cerca de 90% dessas famílias possuem renda inferior a 3 salários mínimos” (ANEEL, 2004a).

específico do Plano de Universalização da Concessionária, conforme Resolução ANEEL nº 63/04, art. 3º, inciso IV:

Deixar de proceder à organização e atualização de cadastro por unidade consumidora, com, informações que permitam a identificação do consumidor, sua localização, valores faturados, histórico de consumo, bem como quaisquer outros dados exigidos por lei ou pelos regulamentos dos serviços delegados (ANEEL, 2004b).

O titular do Direito Prestacional é a coletividade. A Decisão da ANEEL concede provimento parcial ao recurso da empresa.

7. O **Processo nº 48500.000982/2006-76**: O serviço prestado pela concessionária, objeto da Fiscalização foi a área da qualidade do fornecimento e de comercialização de energia elétrica.

O Termo de Notificação elencou 20 não-conformidades, que após a Defesa Prévia da concessionária, resultou num Auto de Infração constante de 04 não-conformidades. Dentre elas se encontra a ausência do dever de informar ao consumidor, por escrito, nos casos em que houver diferença a cobrar ou a devolver, quanto à memória descritiva dos cálculos, seus critérios, direito de recurso etc.; deixar de proceder a revisão do faturamento com base nas diferenças entre os valores efetivamente faturados e os apurados; não cumprimento do prazo máximo para o atendimento do pedido de ligação em rede de baixa tensão, de 02 dias; ausência de estrutura adequada para atendimento aos consumidores vinculada ao aspecto da qualidade e direitos:

Não-Conformidade (N.9): A CELPE não está cumprindo o art. 98, §§ 1º e 3º, da Resolução nº 456/00: “Art. 98. [...] § 1º A estrutura adequada é a que, além de outros aspectos vinculados à qualidade do atendimento, possibilita ao consumidor ser atendido em todas as suas solicitações e reclamações sem que, para tanto, tenha que se deslocar do município onde reside.(g.n) [...] § 3º **A concessionária deverá dispensar atendimento prioritário, por meio de serviços individualizados que assegurem tratamento diferenciado e atendimento imediato, a pessoas portadoras de deficiência física, idosos com idade igual ou superior a 65 (sessenta e cinco) anos, gestantes, lactantes e as pessoas acompanhadas por crianças de colo, nos termos da Lei nº 10.048, de 8 de novembro de 2000.** (destaque nosso).

Também restou determinado que a concessionária revisasse os cálculos efetuados no Processo nº 0659678020, considerando a retroatividade da cobrança a partir de 25/09/2004, a fim de devolver o valor cobrado a maior do consumidor.

O titular do direito prestacional é a coletividade. A determinação da ANEEL foi a de dar provimento parcial ao recurso.

8. O **Processo nº 48500.003029/2006-99** teve como objeto da fiscalização o monitoramento dos indicadores de continuidade DEC e FEC, por meio do Programa de Acompanhamento e Gerenciamento dos Indicadores de Continuidade DEC e FEC das Concessionárias de Serviços Públicos de Energia Elétrica e tem a mesma natureza do Processo nº 48500.003676/03-01, analisado anteriormente, ao qual se remete para maiores esclarecimentos sobre os indicadores.

O serviço prestado pela concessionária deve ser a energia com qualidade. A Concessionária foi autuada por ter transgredido as metas dos indicadores de continuidade fixadas pela ANEEL para o período do ano de 2005, ou seja, em decorrência da apuração de não conformidade pertinente à transgressão de metas dos indicadores de Duração Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora (DEC) e de Frequência Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora (FEC).

Os usuários beneficiados pelo serviço ou titulares do Direito Prestacional é a coletividade. A Decisão da ANEEL negou provimento ao recurso da Concessionária, mantendo a decisão da ARPE. Por oportuno transcrevo trecho do voto do relator:

[...] as justificativas da CELPE não elidem a penalidade pelas transgressões verificadas nos conjuntos, 'pois não encontram respaldo nos regulamentos e, por outro lado, de modo geral seus efeitos nos indicadores poderiam ser reduzidos com melhora nos procedimentos de manutenção, ou seja, adequar a localização das equipes, o quantitativo e o aparelhamento das equipes. De igual modo, as justificativas de descumprimento das metas por descargas atmosféricas também são indevidas, pois sua prevenção depende de precauções das concessionárias, que são capazes de contornar os momentos críticos com coordenação de isolamento e com a instalação de pára-raios, segundo registrado pela SFE. Outrossim, no que tange às alegadas chuvas acima da média histórica, refutaram-se as alegações da concessionária, porque as transgressões só podem ser desconsideradas quando se comprovar a decretação de situação de emergência ou calamidade pública, evidenciando-se o cumprimento da Resolução nº 24, de 2000. Logo não vislumbro motivação para a reforma do AI em análise, estando a dosimetria fundamentada e a correta tipificação atestada pela PF, motivo pelo qual entendo que a penalidade deve ser mantida, porquanto **a multa tem a função de desestimular novas infrações e assegurar a qualidade dos serviços, compatíveis com o nível tarifário estabelecido pela ANEEL** (destaque nosso).

9. O **Processo nº 48500.000316/2005-93** teve como objetivo da Fiscalização avaliar o desempenho da Concessionária nas áreas técnicas e comercial (serviço prestado).

O Termo de Notificação apontou diversas verificações, culminando por autuar a Concessionária em 05 Não-conformidades e 01 Determinação na área comercial, e 02 Não-conformidades na área Técnica.

A exemplo do conteúdo do direito (estabelecido pelas Resoluções ANEEL) defendido pela fiscalização e que foram vulnerados pela empresa, temos: não cumprimento do

prazo de restabelecimento do fornecimento de energia no prazo após a solicitação do consumidor ou constatação de pagamento; não indenização ao consumidor em caso de corte indevido; estrutura de atendimento inadequada etc.

Essa Fiscalização das áreas comercial e técnica é da mesma natureza do processo nº 48500.000343/04-85 e do Processo nº 48500.000537/04-71, entre outros, já analisados anteriormente. Os titulares do Direito Prestacional é a coletividade.

A decisão da ANEEL, percorrido o contraditório e a ampla defesa na esfera estadual e federal, restou por dar provimento parcial ao recurso, aplicando a penalidade de advertência para as Não-Conformidades N.5, N.9, N.12, N.15 e N.21 e estabelecendo a penalidade de multa para as Não-Conformidades N.6, N.7 e N.22.

10. O **Processo nº 48500.000134/20011-87**: também teve como objeto da Fiscalização as áreas técnica e comercial, no exercício de 2009 (serviço prestado).

As irregularidades verificadas foram relativas ao não cumprimento do prazo de ligação em unidades consumidoras; não cumprimento do prazo para informar ao consumidor as providências adotadas quanto às reclamações e solicitações registradas nos Livros de Reclamações; Não atender aos prazos de vistoria; cobrança de taxa de vistoria em casas fechadas; deixar de efetuar religação no prazo máximo em casos de corte indevido; deixar de pagar multa indenizatória por corte indevido etc., ou seja, todas referentes ao direito social à prestação de energia elétrica de qualidade. O titular desse Direito é a coletividade.

A decisão da ANEEL concedeu provimento parcial ao recurso ao reduzir a multa pecuniária aplicada pela ARPE.

11. O **Processo nº 48500.000135/2011-21**: teve como objeto da Fiscalização verificar o cumprimento dos limites mensais, trimestrais e anuais dos indicadores de continuidade coletivos, referentes ao ano de 2009, nos seus aspectos de DEC e FEC, dos conjuntos de unidades consumidoras da área de concessão (serviço prestado: qualidade da energia).

O Auto de Infração aplicou penalidade de multa em função da violação de padrões de indicadores de continuidade coletivo DEC, em 104 conjuntos de unidades consumidoras.

Como antedito, a Agência Reguladora Federal fixa o limite do indicador de continuidade da energia elétrica, o que em outras palavras significa fixar o padrão da qualidade da energia fornecida. Ressalte-se novamente o papel da Agência em fazer a

concessionária manter a prestação de excelência e puni-la quando de sua transgressão. O que ocorre é que apesar da descontinuidade em alguns conjuntos, nota-se que a Concessionária é compelida a promover a melhoria de sua atuação até mesmo para manter a sua concessão, daí promover-se a concretização do Direito Fundamental Prestacional à Energia.

O titular do Direito é a coletividade.

A título de ilustração, transcreve-se parte do voto do relator em que ele expõe as justificativas da concessionária para a transgressão da meta:

A recorrente sustenta que a grande extensão territorial do Estado do Pernambuco, a precariedade da rede viária existente, e as condições geográficas do Estado são fatores que dificultam a atuação de suas equipes de manutenção, interferindo diretamente nos resultados dos indicadores de continuidade DEC e FEC alcançados. [...] Notícia a CELPE que tem encontrado dificuldade em transitar em áreas ‘de alta violência’, às quais ‘nem a polícia tem acesso garantido’. Nesse contexto, fez referência às periferias ds grandes cidades, ao ‘polígono da maconha’ no sertão pernambucano e às áreas indígenas [...]. Isso posto, não merece prosperar a alegação da concessionária, tendo em vista que as metas dos indicadores DEC e FEC são fixadas segundo informações prestadas pela própria concessionária, mediante entendimento prévio com o órgão regulador.

A Decisão da ANEEL foi a de confirmar na integralidade a penalidade de multa pecuniária aplicada pela ARPE.

12. O Processo nº 48500.002931/2010-18: Durante a pesquisa não foi encontrado no site da ANEEL o Relatório e Voto do processo, encontrando-se disponível o Despacho que faz a publicação da Decisão, abaixo transcrito.

DESPACHO Nº 774, DE 22 DE FEVEREIRO DE 2011. O DIRETOR-GERAL DA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL, no uso de suas atribuições regimentais, tendo em vista a deliberação da Diretoria e o que consta do Processo n. 48500.002931/2010-18, resolve (i) conhecer e negar provimento ao recurso interposto pela Companhia Energética de Pernambuco – CELPE contra o Despacho n. 4, de 24 de março de 2010, do Órgão Colegiado da ARPE; e, (ii) de ofício, reformar o referido Despacho n. 4/2010, a fim de cancelar a penalidade de multa relativa à Não-Conformidade N.3, com a sua substituição pela penalidade de advertência e a consequente redução do valor total das penalidades de multa de R\$ 75.139,14 (setenta e cinco mil, cento e trinta e nove reais e catorze centavos) para R\$ 71.983,95 (setenta e um mil, novecentos e oitenta e três reais e noventa e cinco centavos).

13. O Processo nº 48500.000074/2010-11: Fiscalização das metas dos indicadores de continuidade de Duração Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora (DEC) e de Frequência Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora (FEC), relativos ao ano de 2008.

O descumprimento dos limites estabelecidos para os indicadores da qualidade da energia levou a ARPE a Autuar a Concessionária, embora se encontre no relatório da decisão

uma ressalva da ARPE reconhecendo que a empresa empreendeu esforços para melhorar o seu sistema de distribuição de energia elétrica, o que significa que a mesma embora tenha realizado investimentos em seu sistema, não conseguiu atingir a meta estipulada pela ANEEL, e deve ser punida diante do Princípio da Legalidade na administração pública.

A análise da natureza dessa prestação à população - e sua perseguição, em fazer com que a concessionária a implemente em termos de otimização, pela Agência Reguladora nos processos administrativos punitivos - em termos de Direito é classificada como Fundamental ao atingimento da dignidade humana.

Trancreve-se parte da decisão que exige a prestação adequada:

[...] É de amplo conhecimento que a prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica deve obedecer aos parâmetros estabelecidos pelo Poder Concedente, dentre eles, os limites anuais dos indicadores de DEC e FEC. [...] As tarifas são estabelecidas pela ANEEL em nível suficiente para que a concessionária desenvolva suas atividades mantendo a conformidade com estes padrões. Caso não sejam cumpridos, demonstram a prestação inadequada.

O titular desse direito é a coletividade. A Decisão da Autarquia Federal confirmou a decisão da ARPE de aplicação de penalidade de multa.

14. No **Processo nº 48500.006901/2009-47** a fiscalização teve como objetivo avaliar o desempenho da Concessionária nas áreas técnicas e comercial (serviço prestado) no ano de 2008.

O Termo de Notificação apontou diversas verificações e não-Conformidades. Após o Auto de Infração, em sede de Juízo de Reconsideração foram acatadas algumas alegações da Concessionária, estabelecendo a Autuação em 10 não-conformidades, a exemplo do descumprimento de prazos de vistoria de unidades consumidoras, descumprimento de prazos para ligação de unidades consumidoras; não indenização a consumidores com fornecimento indevidamente suspenso; impropriedades no procedimento de recuperação de consumo não faturado; impropriedades no procedimento de ressarcimento por danos elétricos; ultrapassagem do prazo de religação.

A análise desse tipo de fiscalização denota a regulação voltada para a implementação da prestação à comunidade, sua implementação investiga à miúdo no intuito de reunir provas hábeis a instrumentalizar um processo administrativo com idoneidade apta a produzir o efeito de compelir a empresa a realizar o serviço da forma da forma que foi pactuado, quando a União (ente competente para realizar o direito prestacional à sociedade) delegou/transferiu para as concessionárias a execução desse serviço público.

A presença das Agências Reguladoras no setor de eletricidade, impondo metas a serem alcançadas pelas concessionárias, fiscalizando a prestação do serviço, cobrando a melhor execução, vigiando e punindo se reveste de uma atuação de ente que tem como finalidade fazer acontecer a concretização do serviço público, que no caso da eletricidade (do saneamento, transporte, saúde etc.) é um Direito Fundamental.

Quanto aos usuários beneficiados pelo serviço público prestado ou titulares do direito prestacional, tem-se que nele se inserem toda a coletividade.

As determinações finais da ANEEL - após ter sido percorrido na esfera da Agência estadual o contraditório e a ampla defesa, com a apresentação de novas provas e alegações, além de acatamentos de justificativa - restaram por conceder provimento parcial, reduzindo a penalidade de multa pecuniária.

Enfim, de todos os dados coletados e examinados relativos aos 14 processos supra expostos, chega-se à conclusão de que, efetivamente, há uma atuação das agências, seja no plano da fiscalização (com aplicação de multas), seja no plano da regulação (regulação normativa que cria o cenário e o ambiente próprio para a prestação do serviço público). E mais, conclui-se, a partir dos dados acima examinados, que a concretização de direito fundamental prestacional é potencializada pelo desempenho do papel das Agências Reguladoras.

5 ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO JURÍDICO DE DECISÃO DE AGÊNCIA REGULADORA EM PROCESSO ADMINISTRATIVO PUNITIVO EM FACE DE CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO DELEGADO

Para além do exame realizado no capítulo anterior, quantitativo e qualitativo, acerca das decisões que podem comprovar a efetiva utilidade das Agências Reguladoras na concretização de direitos fundamentais, passa-se a analisar uma decisão da ANEEL¹⁷, como última instância recursal administrativa, de um Auto de Infração aplicado pela ARPE - em sua atuação por delegação da ANEEL - em desfavor de uma concessionária de serviço público, tendo como justificativa a possibilidade de verificação da efetivação de Direitos Humanos (da categoria prestacionais) pelo poder público, via Autarquias Especiais, a uma coletividade de cidadãos que dependem desse serviço para vivenciar e desenvolver suas potencialidades humanas, donde a ausência deste direito significa retroceder a um estágio animal ou pré-histórico em termos civilizatórios (fala-se no direito de acesso à energia, um direito fundamental prestacional).

5.1 Relatório sobre a origem e matéria da decisão

Um dos programas delegados à ARPE dentro da “Fiscalização dos Serviços de Eletricidade” é o do “nível de qualidade dos serviços” que tem como um de seus indicadores a continuidade da prestação dos serviços energia elétrica (DEC/FEC), tipificada no artigo 21, inciso II da Resolução ANEEL n° 024, de 27 de janeiro de 2000 (ANEEL, 2000a), abaixo transcrita, cujo descumprimento pela concessionária no ano de 2009, foi o objeto da penalidade aplicada pela Agência Estadual e origem da decisão da Agência Federal.

Art. 21. Serão classificados em duas categorias as possíveis violações dos padrões de continuidade, conforme a seguir: [...] II- Violação de Padrão do Indicador de Continuidade de Conjunto: Fato gerador: descumprir as disposições regulamentares ou contratuais relativas ao nível de qualidade dos serviços de energia elétrica (DEC e/ou FEC), ocorridos até dezembro de 2009 (ANEEL, 2000a, p. 1).

O caso concreto versou sobre a fiscalização que a equipe da Coordenadoria de Energia Elétrica da ARPE (CEE-ARPE) realizou em abril de 2010 - na concessionária responsável pelo serviço no Estado de Pernambuco - cujo objetivo era a verificação do cumprimento de metas de indicadores da qualidade da prestação fornecida:

¹⁷ Acrescenta-se que tal decisão é de domínio público e encontra-se disponível no sítio da ANEEL <www.aneel.gov.br>: “DESPACHO n° 773, de 22 de fevereiro de 2011”.

Art. 1º. [...] relativas à continuidade dos serviços públicos de energia elétrica, nos seus aspectos de duração e frequência, a serem observadas pelas concessionárias e permissionárias de serviço público de distribuição e de transmissão de energia elétrica nas unidades consumidoras e nos pontos de conexão.

[...]

Art. 3º. [...]

Inciso VI. DEC: Intervalo de tempo em que, em média, no período de observação, em cada unidade consumidora do conjunto considerado, ocorreu descontinuidade na distribuição de energia elétrica.

Inciso XI: Número de interrupções ocorridas, em média, no período de observação, em cada unidade consumidora do conjunto considerado (ANEEL, 2000a, p. 1).

Fixados mediante entendimento prévio com o órgão regulador. Para tanto a CEE - ARPE tomou como base de seus dados a prestação do serviço em 370 conjuntos de unidades consumidoras situadas em diversos municípios da área de concessão, tendo verificado o descumprimento dos limites do indicador de continuidade - DEC - em 104 conjuntos, razão pela qual notificou, autuou e decidiu pela imposição de penalidade de multa pecuniária à empresa/concessionária, por meio de regular processo PAP.

Ainda na ARPE, o recurso interposto pela empresa foi julgado por seu Órgão Colegiado, à unanimidade de votos improcedente, tendo os autos sido remetidos à ANEEL para apreciação em última instância recursal, que ratificou *in totum* a decisão da Agência Estadual, ora objeto desta ACDJ.

5.2 Decisão e análise

Observa-se parte do texto selecionado, colacionado na íntegra, em anexo:

3. A Resolução Autorizativa nº 1.224, de 29 de janeiro de 2008, estabeleceu os limites dos indicadores de continuidade dos serviços de distribuição de energia elétrica, nos seus aspectos de DEC e FEC, para os conjuntos de unidades consumidoras da [...] (omitiremos o nome da concessionária). [...] 13. Isso posto, não merece prosperar a alegação da concessionária, tendo em vista que as metas dos indicadores DEC e FEC são fixadas segundo informações prestadas pela própria concessionária, mediante entendimento prévio com o órgão regulador. Ademais, os argumentos apresentados no Recurso em análise decididamente não se prestam para eximir a recorrente de sua responsabilidade pelo descumprimento dos limites dos indicadores de 104 dos 370 conjuntos então configurados em sua área de concessão, e, por conseguinte, esgotar a motivação da penalidade de multa imputada pela ARPE. É de amplo conhecimento que a prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica deve obedecer aos parâmetros estabelecidos pelo Poder Concedente, dentre eles, os limites anuais dos indicadores de DEC e FEC. As tarifas são estabelecidas pela ANEEL em nível suficiente para que a concessionária desenvolva suas atividades mantendo a conformidade com estes padrões. Caso não sejam cumpridos, demonstram a prestação inadequada do serviço.

Seguindo as lições de Resende e Ramalho (2004), amparadas em Fairclough, encontramos no texto palavras, afirmações e determinações que servem de pistas para que a

análise desse discurso considere que a prática social da autarquia federal é concretizadora de direito fundamental social ou prestacional - direito à energia elétrica.

Doutrinam as referidas autoras que:

O modelo tridimensional de ADC proposto por Fairclough em 1989 e aprimorado em 1992 distingue três dimensões no discurso - texto, prática discursiva e prática social –, segundo propósitos analíticos. Nesse modelo, a análise é, portanto, dividida em três etapas. Por prática discursiva entendem-se os processos de produção, distribuição e consumo do texto, que são processos sociais relacionados a ambientes econômicos, políticos e institucionais particulares. A natureza da prática discursiva é variável entre os diferentes tipos de discurso, de acordo com fatores sociais envolvidos. A prática discursiva é mediadora entre o texto e a prática social, segundo Fairclough (2001), a conexão entre o texto e a prática social é vista como mediada pela prática discursiva: de um lado, os processos de produção e interpretação são formados pela natureza da prática social, ajudando também a formá-la e, por outro lado, o processo de produção forma (e deixa vestígios) no texto, e o processo interpretativo opera sobre ‘pistas’ no texto (RESENDE; RAMALHO, 2005, p.186-187).

Assim, no texto/voto do relator da ANEEL, é possível identificar à luz da Análise Crítica do Discurso Jurídico, a prática social da autarquia federal, representada no texto por um de seus agentes, de hierarquia superior no órgão, *in casu*, o relator ao qual o processo foi distribuído, e que revela: i) a ideologia de fortalecer a atuação da autarquia federal ao determinar o cumprimento das normas por si expedidas: “13. Isso posto, não merece prosperar a alegação da concessionária, [...] 16 [...] Caso não sejam cumpridos, [...]”.

A utilização das expressões “não merece prosperar” e “caso não sejam cumpridos” são um veredicto e uma advertência, e evocam o poder que o produtor do texto tem sobre a concessionária e sobre a direção que está sendo dada a questão. Este modo de ação reflete sobre todo o mercado regulado, anunciando que todos devem pautar suas condutas pelas determinações do órgão regulador, sob pena de punição.

De acordo com Fairclough, (1997 *apud* RESENDE; RAMALHO, 2004, p.188):

A análise da prática social está relacionada aos aspectos ideológicos e hegemônicos na instância discursiva analisada. Na categoria *ideologia*, observam-se os aspectos do texto que podem ser investidos ideologicamente, como os **sentidos das palavras, as pressuposições, as metáforas, o estilo**. Na categoria **hegemonia**, observam-se **as orientações da prática social, que podem ser orientações econômicas, políticas, ideológicas e culturais**. Procura-se investigar como o texto se insere em focos de luta hegemônica, colaborando na articulação, desarticulação e rearticulação de complexos ideológicos (destaque nosso).

Acrescento que Ovídio A. Baptista da Silva, em sua obra “Processo e Ideologia” defende a inexistência de decisões jurídicas sem cunho ideológico, citando como contraponto a “[...] ilusão de transformar o Direito numa ciência tão exata quanto a matemática” (SILVA, 2006, p. 24). Prossegue o mesmo autor revelando nas lições de Savigny que diante da

diversidade de casos que são apresentados ao operador do Direito a mera subsunção à norma se torna um processo impossível¹⁸. Ou seja, o exercício empreendido pelos agentes para que se chegue a uma decisão jurídica não se encontra circunscrito às normas, estando impregnado de todos os tipos de experiências conhecidas pelo julgador, inseridas aí sua ideologia.

Dessa forma, em tempo de neoconstitucionalismo, se percebe na decisão um comando de ordem de cumprimento, pela concessionária, da norma local (Resolução ANEEL), que se apresenta como se fosse uma lei Complementar à Constituição Federal e que disciplina a concretização do Direito Fundamental prestacional à Energia.

ii) a existência de uma regulação pautada por Resoluções de conteúdo de implementação não apenas do direito social prestacional à energia elétrica, mas à efetivação de direito à qualidade da prestação fundamental, a um direito fundamental material;

3. A Resolução Autorizativa nº 1.224, de 29 de janeiro de 2008, estabeleceu os limites dos indicadores de continuidade dos serviços de distribuição de energia elétrica, nos seus aspectos de DEC e FEC [...]. 17. É de amplo conhecimento que a prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica deve obedecer aos parâmetros estabelecidos pelo Poder Concedente, dentre eles, os limites anuais dos indicadores de DEC e FEC. [...] 16. As tarifas são estabelecidas pela ANEEL em nível suficiente para que a concessionária desenvolva suas atividades mantendo a conformidade com estes padrões [...].

Por se tratar de uma decisão pública, disponível no sítio da Agência Reguladora, infere-se que a distribuição e consumo do texto alcancem uma grande rede social, composta não só pelas concessionárias, como também por todos os demais agentes econômicos, políticos, consumeristas, etc. que compõem o mercado, e que absolverão o impacto da ordem do texto. O cumprimento da determinação atingirá diretamente todos os usuários da concessionária, daí falar-se em efetivar direitos de forma difusa, ou seja, para um número indeterminável de pessoas, um direito transindividual.

Observa-se também o vigor que está sendo emprestado à “3.Resolução Autorizativa nº 1.224, de 29 de janeiro de 2008” interrelacionado com a qualidade da prestação em “3. [...] nos seus aspectos DEC e FEC”, apoiadas no pressuposto de que o tipo adequado de serviço “17[...] deve obedecer aos parâmetros estabelecidos pelo Poder concedente”, no caso, a União.

No parágrafo 16, mais uma vez a implementação do serviço qualificado vem

¹⁸Silva referindo-se a Savigny: “Daí por que, diz ele, as legislações mais modernas acabaram abandonando por completo todo esse esforço de subsunção dos casos concretos às normas legais. Ao invés de valerem-se da experiência judiciária, os juristas haviam optado por conseguir o mesmo resultado por outra via, precisamente a via geométrica” (SILVA, 2006, p. 25).

impressa através da verbalização de que: “as tarifas são estabelecidas pela ANEEL em nível suficiente para que a concessionária desenvolva suas atividades mantendo a conformidade com estes padrões. [...]”, uma legítima determinação de adequação da prestação do serviço aos padrões de qualidade determinados pelas normas expedidas pelo órgão regulador.

Mendes e Branco ao conceituarem Constituição em sentido substancial (ou material), assim o fazem:

Fala-se em Constituição no sentido substancial quando o critério definidor se atém ao conteúdo das normas examinadas. [...] Dessa forma, a Constituição tem por meta não apenas erigir a arquitetura normativa básica do Estado, ordenando-lhe o essencial das suas atribuições e escudando os indivíduos contra eventuais abusos, como e numa mesma medida de importância, tem por alvo criar bases para a convivência livre e digna de todas as pessoas, em um ambiente de respeito e consideração recíprocos. **Isso reconfigura o Estado, somando-lhe às funções tradicionais as de agente intervencionista e de prestador de serviços.**” (MENDES, 2011, p. 63-64) (destaque nosso).

Da mesma forma, o que se ressalta como direito material/substancial é a prestação de energia elétrica com padrão de qualidade. O que se está garantindo não é apenas a implementação da eletrificação nas unidades consumidoras, ou em outras palavras a mera formalização da prestação do serviço, mas sim a prestação digna a atender o direito do consumidor.

iii) imposição de fixação de limites a indicadores de qualidade da prestação ao qual a concessionária está obrigada a observar, com fundamento nas normas da Constituição Federal, de um novo Direito Administrativo e da legislação setorial. Tal imposição reverte para a efetivação do direito fundamental de toda a população da área de concessão: “13. as metas dos indicadores DEC e FEC são fixadas”.

Neste sentido, Oliveira (2010, p. 73; 75-76) doutrina:

Luís Roberto Barroso, ao tratar da constitucionalização do Direito Administrativo, bem demonstra a necessidade de superação da ideia convencional de legalidade como vinculação positiva do administrador à lei pelo princípio da constitucionalidade ou juridicidade. Em sentido semelhante, Gustavo Binenbojm defende a ideia de juridicidade administrativa, traduzida 'na vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, a partir do sistema de princípios e regras delineado na Constituição'. [...] A tendência aqui exposta, como se vê, encontra-se inserida no fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo. A Constituição, ao assumir o papel de norte interpretativo do ordenamento jurídico, passa vincular diretamente a Administração Pública. As normas constitucionais (princípios e regras) não podem depender sempre da atuação pontual e específica, por vezes morosa, do Legislativo, salvo nas hipóteses específicas em que existe expressa ressalva pela reserva de lei. Certamente que, após a edição da lei, intermediando a vontade da Constituição e a liberdade de atuação da administração, o administrador público ficará limitado ao seu conteúdo. A substituição da lei pela Constituição ou, em outras palavras, da 'reserva vertical da lei' por uma 'reserva vertical da Constituição' foi constatada pelo professor Paulo Otero.

iii) o descumprimento do dever que lesou o direito de uma coletividade que deve ser punido; Veja-se o seguinte destaque da decisão: “14. [...] os argumentos apresentados no Recurso em análise decididamente não se prestam para eximir a recorrente de sua responsabilidade pelo descumprimento dos limites dos indicadores”.

Nota-se, do trecho acima, que houve uma repulsa às justificativas inidôneas da Concessionária, e a firme orientação de punir sua conduta irregular, explicitando o comando de responsabilização na prestação do serviço desconforme.

iiii) a cobrança da prestação do direito social em conformidade com o interesse público, ou seja, o melhor serviço. Em outras palavras, a implementação de um verdadeiro Direito Fundamental: “16. [...] demonstram a prestação inadequada do serviço”.

Para Silva (2007, p. 178), os Direitos Fundamentais designam:

No nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que o (ordenamento jurídico) concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. [...] No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive.

Segundo Colares (2008, p. 39):

No domínio da linguística aplicada ao Direito, a Análise Crítica do Discurso (ACD) aponta formas de olhar a linguagem em suas interfaces e confluências com as demais ciências humanas e sociais, identificando os processos sociocognitivos nos quais, inevitavelmente, são investidas políticas e ideologias nessas práticas cotidianas de sujeitos históricos.

Assim, a análise da linguagem utilizada nessa Decisão da Agência Nacional de Energia Elétrica pode ser observada, identificando-se processos de conhecimento, ideologias setoriais, relações de poder e de mudança social, aptos a contribuir para o conhecimento científico e institucional.

CONCLUSÕES

A presente dissertação iniciou sua jornada resgatando a conceituação do que é um serviço público e sua localização Constitucional sob a ótica do dever Estatal de prestá-los direta ou indiretamente, vale dizer, por si ou através de delegação a terceiros (concessionárias, etc.), com o fito de defender que as Autarquias Especiais têm a função de concretizar direitos Humanos sob o comando da diretriz Constitucional de servir para dar cumprimento às competências Estatais determinadas pela própria Carta.

Atualmente, tem-se como certo e aceito quase que costumeiramente, como a sedimentação de uma noção seguida pela coletividade, que os princípios celulares que formam o tecido da Carta Constitucional são normas às quais todas as demais produções devem se conformar e se revestir com um efeito ativo de justaposição para o êxito do comando originário.

Dessa forma, também o Direito Administrativo tem sido relido à luz do Direito constitucional e seus institutos redirecionados para a efetivação dos comandos da Constituição Federal.

Pelo visto e analisada na decisão da ANEEL, resta clarificado que o conteúdo e o comando inserido em suas determinações sobre a prestação de Energia Elétrica pelas concessionárias de serviço público delegado é de concretização de Direitos Fundamentais e que, para tanto, utiliza em seu espaço instrumentos hábeis a dar efetividade às determinações Constitucionais, quais sejam, o Processo Administrativo Punitivo, as Ouvidorias, os Termos de Ajustamento de Conduta e as Audiências Públicas.

Neste contexto, deve ser introduzido o papel das Agências Reguladoras e cobrado das mesmas a fiscalização, regulação e implementação de direitos prestacionais “inclusivos” ou “republicanos” em áreas afetas ao seu *mister*, nos transportes, saúde, saneamento, energia elétrica, telecomunicações, vigilância sanitária etc., eliminando em sua esfera de atuação todas as formas de obstáculos que impeçam a acessibilidade e participação de pessoas na implementação dos referidos Direitos Constitucionais sociais que viabilizam a materialização das condições para o desenvolvimento das potencialidades humanas, inerentes a intercessão da reta da dignidade da pessoa humana com a reta da vida.

Esses instrumentos, processo administrativo punitivo, ouvidorias, audiências públicas e termos de ajustamentos de conduta, também fazem parte integrante de um processo

de transparência, participação e controle social sobre a gestão administrativa, ampliando a expressão *check and balances* - do sistema de freios e contrapesos existente entre o executivo, o legislativo e o judiciário - para englobar um novo agente que passou a fazer parte integrante do mecanismo de controle dos poderes públicos, qual seja, a sociedade, personagem inerente à forma democrática de governo.

Assim, diante dos dados investigados, conclui-se, enfim, que as Agências Reguladoras e seus instrumentos de efetivação de direitos fundamentais são agentes de execução da função do Estado de dar cumprimento as normas constitucionais da Carta Brasileira escrita em 1988 pelo constituinte originário.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Isabella Lomba Veronese. **Perspectivas legislativas para as agências reguladoras**. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/11906/1/Monografia%20Completa.pdf>>. Acesso em: 08 dez. 2011.
- ALVES, Alex Cavalcanti. **O modelo brasileiro de agências reguladoras: breve histórico e perspectivas para o futuro**. Senatus, Brasília, v.7, n° 2, p. 42-49, dez. 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/183233/1/000876475.pdf>>. Acesso em: 08 dez. 2011.
- ARPE. **Arpe comemorou os 21 anos do Código de Defesa do Consumidor**. Publ. 2009. Disponível em: <<http://www.arpe.pe.gov.br/imprensa.php?op=1&tipo=noticia&cod=33>>. Acesso em: 02 nov. 2011.
- ANEEL. **Contrato de gestão**. Publ. 2010. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=5&idPerfil=3>>. Acesso em: 06 dez. 2011.
- _____. **Portaria nº 447, de 31 de dezembro de 2004**. Ministério das Minas e Energia. Publ. 2004a. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/bprt2004447mme.pdf>>. Acesso em: 08 dez. 2011.
- _____. **Resolução ANEEL nº 024, de 27 de janeiro de 2000**. Publ. 2000a. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/res2000024.pdf>>. Acesso em: 06 dez. 2011.
- _____. **Resolução ANEEL nº 456 de 29 de novembro de 2000**. Publ. 2000b. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/res2000456.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2011.
- _____. **Resolução normativa nº 63 de 12 de maio de 2004**. Publ. 2004b. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2004063.pdf>>. Acesso em: 09 dez. 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o trinfo tardio do direito constitucional**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, n. 9, março/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> Acesso em: 08 dez. 2011.
- BRASIL. **Lei nº 11.742, de 17 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.pge.rs.gov.br/conteudo_puro.asp?cod_conteudo=940>. Acesso em: 09 dez. 2011.
- _____. **Lei nº 11.743 de 20 de janeiro de 2000**. Disponível em: <http://200.238.107.83/c/document_library/get_file?uuid=0cb4f1ba-c9e0-4dba-bbab-fbe6a8a1ab5d&groupId=51744>. Acesso em: 18 dez. 2011.
- _____. **Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 17 dez. 2011.
- _____. **Lei nº 11.107 de 6 de abril de 2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm>. Acesso em: 19 dez. 2011.

_____. **Lei nº 10.848 de 15 de março de 2004.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.848.htm>. Acesso em: 19 dez. 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Antônio Semeraro Rito. **Ouidoria pública como instrumento de mudança.** IPEA. Texto para discussão nº 1480. Brasília: Livraria do IPEA, março/ 2010.

COELHO, Daniela Mello. **Elementos essenciais ao conceito de administração gerencial.** Brasília, ano 37, n. 147 jul./set. 2000. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/622/15/r147-20.pdf>>. Acesso em: 08 dez. 2011.

COLARES, Virgínia. **Direito à imagem e os jogos de linguagem:** no limiar entre o discurso oficial e o discurso oficioso. Caderno de Resumos do II Colóquio da ALED no Brasil: intercâmbio de práticas inovadoras. Brasília: Universidade de Brasília, 2008. Disponível em:

CRETELLA JÚNIOR, José. **Prática do processo administrativo.** 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIPPEL, Horst. **Constitucionalismo moderno.** Introducción a una historia que necessita ser escrita. História Constitucional – Revista Eletrônica. n. 6, 2005. Disponível em: <<http://hc.rediris.es/06/articulos/pdf/08.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2005.

MACHADO, Clara Cardoso. **O neoconstitucionalismo e a aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.** Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/88/77>>. Acesso em: 25 ago. 2010.

MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. **Curso de derechos fundamentales:** teoria general. Madri: B. O. E, Universidad Carlos III, 1996.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENEZELLO, Maria de Assunção Costa. **Agências reguladoras e o direito financeiro**. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas**. Colaboração de Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

NUNES, Edson de Oliveira, *et al.* **Agências reguladoras e reforma do estado no Brasil: inovação e continuidade no sistema político institucional**. Colaboração de Edson de Oliveira Nunes. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.

NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Breves considerações em torno do direito de família no contexto dos direitos fundamentais. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos - RIPE**. Bauru, v. 1, n. 46, p. 103-118, jul./dez. 2006.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Burocracia pública e Estado no Brasil**. Publ. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007BRESSER%20P.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2010.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. 34. ed. São Paulo: Brasília: ENAP, 1998.

_____. **Plano diretor da reforma do aparelho do Estado**. Brasília, 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/MARE/PlanoDiretor/PlanoDiretor.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2011.

RESENDE, Viviane de Melo; RAMALHO, Viviane C. Vieira Sebba. Análise de discurso crítica, do modelo tridimensional à articulação entre práticas: implicações teórico-metodológicas. **Revista Linguagem em (Dis)curso**. v. 5, n. 1, 2005. Disponível em: <<http://www3.unisul.br/paginas/ensino/pos/linguagem/0501/09.htm>>. Acesso em: 12 dez. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. 2.tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para libertar. Os caminhos do cosmopolitismo cultural**. Porto: Afrontamento, 2004.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **Neoconstitucionalismo, poder judiciário e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA, Fernando Quadros. **Agências reguladoras: a sua independência e o princípio do Estado**. Curitiba: Juruá, 2011a.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Maria das Graças Reis Rodrigues da. **Ouvidorias das agências reguladoras estaduais**: contexto e realidade. Mimeo, 2011b.

ANEXOS

1. **Processo nº 48500.000537/04-71**, cuja decisão foi publicada através do Despacho nº674, de 12 de agosto de 2004, teve como objeto a fiscalização “técnica e comercial” dentro do “Programa Anual de Combate ao Desperdício de Energia Elétrica para o ciclo 2001/2002”, também chamado de “Programa de Eficiência Energética”.

I. “Termo de Notificação TN nº005/2003-ARPE, que determinou a regularização das não-conformidades expostas no Relatório de Fiscalização RF-CELPE-005/03-ARPE”:

“a) Não-conformidade 1 - (N.1) - descumprimento do disposto no ofício nº 764/2002-SRC/ANEEL, de 22 de novembro de 2002, que estabelecia a data de 30 de junho de 2003 para entrega do Relatório Final do Programa;

b) Não-conformidade 2 - (N.2) - execução financeira e o registro contábil do Projeto “Eficientização da Torre Malakof e MAC” em desacordo com os contratos assinados com as empresas executoras dos serviços referentes ao projeto;

c) Não-conformidade 3 - (N.3) - Discrepância entre o valor previsto para a execução do Projeto “Parceiros da ENERGIA” e o valor constante no contrato celebrado com a empresa executora;

d) Não-conformidade 4 - (N.4) - diferença entre os quantitativos de alunos e professores envolvidos no Projeto “Parceiros da ENERGIA”, constantes do relatório disponibilizado pela CELPE, e aqueles encontrados nas visitas e pesquisas realizadas nas escolas;

e) Não-conformidade 5 - (N.5) - discrepância entre o número de alunos treinados no Projeto Educacional de Fernando de Noronha e o constante no relatório final disponibilizado pela CELPE;

f) Não-conformidade 6 - (N.6) - desacordo entre o período do contrato, firmado com a consultoria pedagógica para a execução do Projeto Educacional de Fernando de Noronha, e o que consta no relatório final disponibilizado pela CELPE;

g) Não-conformidade 7 - (N.7) - diferença entre o cronograma financeiro previsto no Projeto Educacional de Fernando de Noronha e o constante nos contratos assinados com terceiros e na realização financeira;

h) Não-conformidade 8 - (N.8) - desacordo entre o relatório final dos Projetos de Eficiência em Iluminação Pública e o Projeto aprovado pela ANEEL, por meio do despacho nº 338, de 7 de junho de 2002;

i) Não-conformidade 9 - (N.9) - não atendimento do limite para concessão de bônus por consumidor estabelecido no objetivo do projeto “Incentivo ao Uso de motores de Indução Trifásicos Eficientes”.

II. Defesa Prévia da Concessionária.

III. Auto de Infração da ARPE:

“Foram acatadas as justificadas apresentadas para as não-conformidades N.4, N.5 e N.6. Em relação às demais, em 28 de novembro de 2003, foi lavrado o AI nº 003/2003-CEE-ARPE pelas seguintes razões:

a) A alegada autorização prévia para postergação de conclusão do projeto de Iluminação pública foi solicitada pela CELPE, mas não foi concedida pela ANEEL;

b) As prestações de contas relativas aos Projetos de Eficientização da Torre Malakoff e MAC, Projeto Parceiros da Energia e Projeto Educacional no Arquipélago de Fernando de Noronha apresentaram discrepância em relação ao proposto, demonstrando a falta de controle nos desembolsos efetuados;

c) O resultado obtido com o Projeto de Incentivo ao Uso de Motores de Indução Trifásicos não atendeu ao objetivo da proposta aprovada pela SRC/ANEEL;

d) A constatação de que dos 6(seis) projetos constantes do Programa, apenas o Projeto “Incentivo à venda de Eletrodomésticos Eficientes” não apresentou irregularidades;

e) As irregularidades foram confirmadas. “

IV. Recurso da Concessionária ao Auto de Infração.**V. Ausência de Juízo de Reconsideração do Coordenador.****VI. Decisão da Diretoria da ARPE:**

“a) Sobre N.1 e N.8: o argumento do atraso na execução do Projeto se dever à dificuldade em se celebrar contratos com as Prefeituras, que são, 85% inadimplentes é incipiente. Primeiro porque não se pode condicionar a celebração dos contratos à adimplência delas, não pelos termos do Projeto de Eficiência da Iluminação Pública aprovado pela ANEEL. Segundo porque coube a CELPE a escolha das localidades que seriam beneficiadas. Ademais, a CELPE alterou o rol dos Municípios beneficiados pelo Programa, sem a devida aprovação da ANEEL;

b) Sobre N.2: a documentação apresentada pela CELPE comprova o dispêndio de apenas 71% do valor do projeto. Ademais, a empresa alterou os dados do cronograma financeiro apresentado à fiscalização da ARPE e contabilizou, indevidamente, como “aquisição de equipamentos”, no item “custos diretos”, despesas com placas de inauguração, serviços gráficos, serviços diversos e vigilância, pintura entre outros;

c) Sobre a N.3 e N.7: acatar a defesa, pois foram apresentados documentos que esclareceram a discrepância identificada;

d) Sobre a N.9: que a CELPE não atingiu as metas dos bônus que deveriam ter sido concedidos de acordo com o projeto.”

VII. Ausência de Juízo de Reconsideração da Diretoria da ARPE.**VIII. Recurso da Concessionária dirigido à ANEEL.****IX. Decisão da ANEEL:**

“Com base no exposto no presente relatório e no que consta no Processo nº 48500.000537/04-71, voto no sentido de:

I – Conhecer por tempestivo, o Pedido de Reconsideração da CELPE e no sentido do mérito, negar-lhe provimento;

II – Ratificar as decisões da ARPE substanciadas pelo AI nº 035/2003-CEE-ARPE, de 28 de novembro de 2003, e pelo despacho publicado pelo Diário Oficial do Estado de Pernambuco, em 14 de janeiro de 2004.

2. **Processo nº 48500.003676/03-01**, cuja decisão foi publicada através do Despacho nº 2142, de 19 de dezembro de 2005, teve como objeto da fiscalização o monitoramento dos “... indicadores de continuidade DEC e FEC por meio do Programa de Acompanhamento e Gerenciamento dos Indicadores de Continuidade DEC e FEC das Concessionárias de Serviços Públicos de Energia Elétrica – 'GESTOR'”, para o exercício do ano de 2002. Seguem seus dados:

I. Termo de Notificação TN nº001/2003-ARPE, motivado pela “transgressão dos indicadores de continuidade DEC e/ou FEC, estabelecidos na Resolução ANEEL nº 520, de 14/12/2000, para 12 conjuntos pertencentes a sua área de concessão (violação das metas de DEC em 10 conjuntos e DEC/FEC em 02 conjuntos), visando, sobretudo, adequação dos indicadores aos padrões de qualidade do serviço.”

II. Defesa Prévia da Concessionária.

III. Auto de Infração da ARPE:

“Da análise crítica da qualidade do fornecimento de energia elétrica da CELPE e das considerações apresentadas, a ARPE acatou as justificativas apresentadas para 05 conjuntos: Cachoeirinha, Jupi, Jurema, em função do incêndio ocorrido, e Belém do São Francisco e Moreno Rural por causa do registro inadequado das metas no Sistema GESTOR. Entretanto, a ARPE concluiu que a concessionária não apresentou elementos que a isentassem da responsabilidade na violação dos indicadores de continuidade dos demais 07 conjuntos de consumidores apontados no Termo de Notificação.

Dessa forma, a ARPE expediu o Auto de Infração – AI no 001/2003-CEE-ARPE, de 28/07/2003, (folha 22), recebido pela CELPE na mesma data, aplicando o disposto no §2º do art. 19 da Resolução ANEEL nº 318/1998, por terem sido confirmadas, parcialmente, as irregularidades indicadas no Termo de Notificação.

Registra-se como infração o descumprimento das metas relativas à continuidade da distribuição de energia elétrica, estabelecidas na Resolução ANEEL no 520, de 14/12/2000. [...], pelo fato de *‘não cumprir as disposições legais e contratuais relativas aos níveis de qualidade dos serviços.’*”

IV. Recurso da Concessionária ao Auto de Infração.

V. Ausência de Juízo de Reconsideração do Coordenador.

VI. Decisão da Diretoria da ARPE:

“[...] a Diretoria da ARPE publicou no DOE/PE a decisão (folha 97) proferida pelo Diretor de Regulação Técnico-Operacional julgando improcedente a defesa apresentada pela CELPE com base no relatório circunstanciado apresentado às folhas 98 a 104.”

VII. Juízo de Reconsideração da Diretoria da ARPE.

“[...] a ARPE manteve a decisão guerreada (folhas 126 e 127), por seus próprios fundamentos e remeteu à ANEEL os autos originais do processo em questão”

VIII. Recurso da Concessionária dirigido à ANEEL.

IX. Decisão da ANEEL:

“[...] O estabelecimento de metas de continuidade DEC e FEC por conjunto, associado à aplicação de penalidades pelo descumprimento das respectivas metas, com amplo direito de defesa à concessionária, têm como objetivo estabelecer um sinal regulatório para que a concessionária invista em seu sistema, adotando tecnologias apropriadas, de forma a refletir no resultado final do indicador a satisfação do consumidor pelo serviço prestado.

[...] Do exposto e diante das informações contidas dos autos, decido por conhecer e negar provimento ao recurso interposto pela Companhia Energética de Pernambuco – CELPE à decisão

exarada pela Diretoria da Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Pernambuco - ARPE, publicado no DOE/PE do dia 10/09/2003, ratificando a aplicação da penalidade de multa, resultante do Auto de Infração AI no 001/2003-CEE-ARPE, no valor de R\$... , acrescida da correspondente atualização legal.”

3. Processo nº 48500.003929/05-19: “No mês de março de 2005, a ARPE realizou fiscalização na CELPE com o objetivo de esclarecer dúvidas quanto às não-conformidades: N11, N13, N14, D3 e D4, constantes do Relatório de Fiscalização RF-CELPE-002/04-ARPE da Área Comercial, tendo em vista que a manifestação da empresa, apresentada à época, não permitiu a apreciação do cumprimento das mesmas.” Seguem seus dados:

I. “Termo de Notificação TN nº 005/2005-CEE-ARPE, “[...] enviado à Companhia Energética de Pernambuco - CELPE em conjunto com o Relatório de Fiscalização RF- CELPE-002/05-ARPE (folhas 07 a 18). Expediu-se o TN motivado pelas seguintes não-conformidades:

a) “**Não-Conformidade N1:** não cumprimento do Apêndice 4 – Indicadores e padrões de atendimentos comerciais, do Contrato de Concessão no 26/2000-ANEEL-CELPE, que estabelece que todo o processo de atendimento aos consumidores deve ser registrado em documentos da concessionária e deve garantir a fidelidade, a precisão e disponibilização de dados para a auditoria, pela ANEEL;”

b) “**Não-Conformidade N2:** a CELPE não cumpriu a determinação D.3, constante do relatório de fiscalização RF-CELPE-002/04-ARPE, que estabelece: *‘Considerando que a fiscalização constatou que o levantamento disponibilizado pela CELPE em 30/07/2004, através da Carta TER – 019/2004 estava inconsistente, a CELPE deverá providenciar um novo levantamento e encaminhar para ARPE a relação de todos os pedidos de ligação, a partir de 31/07/2002 até a presente data, cujo fornecimento possa ser realizado mediante a extensão de rede em tensão secundária de distribuição, ainda que seja necessário realizar reforço ou melhoramento na rede primária, informando qual foi a medida adotada para cada caso e data da solicitação. Após decurso do prazo, a ARPE realizará uma fiscalização eventual para auditar o referido levantamento.’*”

II. Defesa Prévia da Concessionária.

III. Auto de Infração da ARPE:

“Da análise das alegações, a ARPE concluiu que a concessionária não apresentou elementos que a isentassem da responsabilidade das não conformidades apontadas no TN.

Dessa forma, a ARPE expediu o Auto de Infração – AI no 001/2005 – CEE-ARPE, de 21/06/2005, (folha 128), recebido pela CELPE na mesma data, aplicando o disposto no §2º do art. 20 da Resolução ANEEL no 63/2004, por terem sido confirmadas as irregularidades indicadas no Termo de Notificação e não terem sido consideradas procedentes as alegações apresentadas pela concessionária.

Registra-se como infração o descumprimento do Apêndice 4 – Indicadores e Padrões de Atendimento Comerciais e o não cumprimento da solicitação da ARPE referente à Determinação D3 do Relatório de Fiscalização RF-CELPE-002/04-ARPE.

O enquadramento das infrações se deu no: (i) inciso IV do art. 3º da Resolução ANEEL no 63/2004, pelo fato de “*deixar de proceder à organização e atualização de cadastro por unidade consumidora, com informações que permitam a identificação do consumidor, sua localização, valores faturados, histórico de consumo, bem como quaisquer outros dados exigidos por lei ou pelos regulamentos dos serviços delegados*”, cuja penalidade corresponde à advertência e (ii) inciso XVIII do art. 4º da Resolução ANEEL no 63/2004, pelo fato de “*deixar de prestar informações solicitadas pela ANEEL, no prazo estabelecido; cuja penalidade é multa do Grupo I. Todavia, em função de atenuantes, a ARPE decidiu pela aplicação da penalidade de advertência para as duas não-conformidades.*”

IV. Recurso da Concessionária ao Auto de Infração.

V. Ausência de Juízo de Reconsideração do Coordenador.

VI. Decisão da ARPE:

“[...] a Diretoria Colegiada da ARPE manteve integralmente a decisão recorrida (folha 155) e remeteu à ANEEL os autos originais do processo em questão, ...”.

VII. Ausência de Juízo de Reconsideração da Diretoria da ARPE.**VIII. Recurso da Concessionária dirigido à ANEEL.****IX. Decisão da ANEEL:**

“Do exposto e diante das informações presentes nos autos, decido por conhecer e negar provimento ao recurso interposto pela Companhia Energética de Pernambuco – CELPE à decisão exarada pela Diretoria da Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Pernambuco - ARPE, ratificando a aplicação da penalidade de advertência, resultante do Auto de Infração AI no 001/2005-CEE-ARPE.”

4. **Processo nº 48500.000343/04-85:** “... a ARPE realizou fiscalização na CELPE com o objetivo de verificar o cumprimento da legislação e do Contrato de Concessão, além de avaliar o desempenho das áreas técnicas e comercial, em cumprimento ao convênio ANEEL / ARPE.” Seguem seus dados:

I. “Termo de Notificação”

“Como resultado do processo de fiscalização, a ARPE emitiu o Relatório de Fiscalização RFCELPE-004-ARPE, tendo sido a concessionária notificada pelo Termo de Notificação - TN nº 004/2003-ARPE, datado de 13 de outubro de 2003, contendo diversas constatações, recomendações, determinações e nãoconformidades, a saber:

Constatações verificadas na área comercial:

a) Atendimento ao consumidor e a Pedido de Ligação:

- Foi constatado o fechamento de dez (10) agências, nos 2 anos anteriores, sendo substituídas por PONTOS CELPE;
- Nas agências foi constatada a falta de diversos documentos para orientação do consumidor, obrigatórios pela Resolução ANEEL nº 456/2000, e nos PONTOS, a grande rotatividade das atendentes e o seu despreparo (falta de treinamento) para atender ao consumidor;
- Os tempos médios do teleatendimento do Call Center Recife verificados nos meses de junho de 2002 a abril de 2003, expurgando os meses de maio e junho de 2003, pioraram significativamente, em relação à fiscalização de julho de 2002;
- Por análise de relação apresentada pela CELPE de todos os pedidos de ligação de consumidores rurais, foi constatado que 12,1% foram atendidas fora do prazo em março, e 13,9%, em abril.

b) Medição; Leitura e Faturamento e Fatura de Energia:

- A concessionária não está atendendo ao prazo estabelecido no art. 97 da Resolução ANEEL nº 456/2000, quanto às solicitações e reclamações sobre aferição de medidor, faturamento e endereço incorreto da fatura de energia;
- Com a implantação do seu novo sistema comercial (SIC), ocorreu uma expressiva demanda de solicitações de segunda via de faturas, coincidindo com o aumento significativo de reclamações referentes a endereços incorretos nessas faturas;
- Pela análise de relação de faturas, apresentada pela CELPE, constatou-se a ausência do número de inscrição no CNPJ ou CPF dos responsáveis e da demanda (kW) de unidades consumidoras com demanda contratada;
- Verificou-se, também, por meio do sistema comercial, a cobrança da taxa de postagem, de unidade consumidora localizada em área rural, por entrega da fatura em local distinto ao de suprimento;
- De acordo com o relatório "Resumo do Calendário de Junho de 2003", a CELPE faturou cerca de 30% das unidades consumidoras com mais de 33 (trinta e três) dias. Devido a este fato, o número de contas canceladas aumentou significativamente, nos meses de junho, julho e agosto de 2003, em relação ao meses de janeiro a abril deste exercício.
- A CELPE efetuou o faturamento inicial de unidades consumidoras novas com mais de 47 (quarenta e sete) dias e algumas não tinham sido faturadas até 11 de agosto de 2003.

c) Suspensão do Fornecimento:

- A concessionária não está pagando a multa estabelecida no contrato de concessão para corte indevido;
- E, ao efetuar a suspensão do fornecimento, está entregando a prévia comunicação ao consumidor sem comprovante de entrega, descumprindo a legislação.

d) Faturamento e Arrecadação:

- Por meio do relatório apresentado pela concessionária, foi constatado saldo significativo na Conta de Faturas Pagas em Duplicidade;

– Por meio de análise no Sistema de Controle de Restituição de Pagamento em Duplicidade foram verificados vários pagamentos em duplicidade que ultrapassaram o prazo para devolução.

e) Contrato de Fornecimento:

– Das 186 Prefeituras da área de concessão da CELPE, apenas 33 têm contratos de fornecimento de iluminação pública assinados e 30 estão em processo de negociação;

– No caso de contrato de fornecimento do Grupo A, 27,8% das unidades consumidoras não possuem contrato de fornecimento e a concessionária está faturando esses consumidores sem contratos, sem aplicar a tarifa de ultrapassagem, conforme determina Resolução da ANEEL.

f) Fraude de energia e Ressarcimento de Danos:

– A CELPE adota critérios próprios para determinação do período de duração da irregularidade nos casos de fraude, quando não é possível clara identificação no histórico de consumo. Essa metodologia adotada fere o princípio da isonomia no tratamento dos consumidores estabelecido pelo artigo 122 da Resolução ANEEL n° 456/2000;

– A Concessionária não está informando aos consumidores, por escrito, os cálculos descritivos dos valores apurados quando da constatação de fraude ou desvio de energia;

– Foi constatado, também, que a concessionária não está cumprindo o prazo de 15 dias úteis, previstos no contrato de concessão, para pagamento ao consumidor de valores referentes à indenização por danos, comprovados por análise técnica.

g) Fraude de energia e Ressarcimento:

– A CELPE só passou a atender aos pedidos de extensão de rede em baixa tensão sem custo para o consumidor a partir de meados de 2003. Atualmente a CELPE vem fazendo uma revisão nos pedidos não atendidos e estabelecendo um cronograma para atendimento. Em 2002, a CELPE não atendeu às solicitações de extensão de rede em baixa tensão, sem custo para o consumidor, só começou a efetuar o atendimento dessas solicitações após a publicação da Resolução n° 223, de 29 de abril de 2003.

Diante das constatações acima, a ARPE elencou as não-conformidades e determinações relacionadas a seguir:

Não-Conformidade N.1: A CELPE não está cumprindo o artigo 95 da Resolução ANEEL n° 456/2000 e o item XIII da Cláusula Quinta do Contrato de Concessão n° 26/2000: *"Art. 95 A concessionária é responsável pela prestação do serviço adequado a todos os consumidores, satisfazendo as condições de regularidade, generalidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, modicidade das tarifas e cortesia no atendimento, assim como prestando informações para a defesa dos interesses individuais e coletivos"*.

"Contrato de Concessão - Cláusula Quinta - Além de outras obrigações decorrentes da lei e das normas regulamentares específicas, constituem encargos da concessionária, inerentes à concessão regulada por este Contrato: (...) XIII - realizar programas de treinamento do seu pessoal, visando ao constante aperfeiçoamento do mesmo para a adequada prestação do serviço de distribuição concedido." Prazo para regularização: 30 dias

Determinação D.1: A concessionária deverá manter periodicamente curso intensivo de treinamento para os atendentes (titular e substituto) de todos os Pontos CELPE já implantados, contemplando os assuntos necessários ao desempenho da função. Concluído cada treinamento deverá ser expedido, aos participantes aprovados, certificado de conclusão, no qual seja possível constatar o conteúdo programático e a carga horária de cada matéria. A concessionária deverá enviar à ARPE o programa completo e o cronograma para treinamento no ano seguinte, de todos os atendentes dos Pontos CELPE, contemplando o número de turmas, número de participantes por turma, locais dos treinamentos, carga horária, etc. Prazo para cumprimento: 30 dias

Não-conformidade N.2: A CELPE não está cumprindo o artigo 125 da Resolução Aneel n° 456/2000: *"Art. 125 Esta Resolução entra em vigor na data da sua publicação, ficando revogadas as Portarias DNAEE (...) n° 466, de 12 de novembro de 1997, e demais disposições em contrário."* Prazo para regularização: 15 dias

Determinação D.2 : A concessionária deverá providenciar, imediatamente, o recolhimento em todos os Pontos CELPE da Portaria DNAEE nº 466/1997 que não está mais em vigor. Prazo para cumprimento: 15 dias

Não-conformidade N.3: A CELPE não está cumprindo o caput do art. 97, da Resolução da Aneel nº 456/2000: "*A concessionária deverá comunicar ao consumidor, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, sobre as providências adotadas quanto às solicitações e reclamações recebidas do mesmo*". Prazo para regularização: 15 dias

Não-Conformidade N.4: A CELPE não está cumprindo o item 2 do Apêndice 4 do Contrato de Concessão Nº 26/2000: "*Apêndice 4 - Item 2 - Prazo máximo para o atendimento a pedidos de ligação, quando se tratar de fornecimento em baixa tensão, incluindo a vistoria que a aprova e excluídos os casos de inexistência de rede de distribuição em frente à unidade consumidora a ser ligada, de necessidade de reforma ou ampliação de rede, ou de inadequação das instalações do consumidor aos padrões técnicos da CONCESSIONÁRIA. Prazo para 2003: 2 dias úteis*" Prazo para regularização: 30 dias

Não-Conformidade N.5: Não cumprimento do inciso I, letras "b" e "g" do artigo 83 da Resolução nº 456/2000: "*Art. 83 - A fatura de energia elétrica deverá conter as seguintes informações:*

I - obrigatoriamente: (...) b) número de inscrição no CNPJ ou CPF quando houver; (...)

g) data das leituras anterior e atual dos medidores, bem como da próxima leitura prevista;."

Prazo para regularização: 30 dias

Determinação D.3: A concessionária deverá informar na fatura de energia elétrica o CNPJ de consumidor que não seja pessoa física. Prazo para cumprimento: 30 dias

Não-Conformidade N.6: A CELPE não está cumprindo o inciso I, do Art. 85 da Resolução Aneel nº 456/2000: "*Art. 85 - A entrega da fatura deverá ser efetuada até a data fixada para sua apresentação, prioritariamente no endereço da unidade consumidora, sendo admitidas as seguintes alternativas:*

I - unidade consumidora localizada na área rural: a concessionária poderá disponibilizar a fatura em local diferente, podendo o consumidor indicar outro endereço atendido pelo serviço postal, sem a cobrança de despesas adicionais" Prazo para regularização: 15 dias

Determinação D.4: No caso específico dos consumidores, identificados na situação apontada na Não-Conformidade N.6, a concessionária deverá ressarcir-los da importância cobrada indevidamente, por serviço especial de entrega, e encaminhar à ARPE os respectivos comprovantes de pagamento. Prazo para cumprimento: 15 dias

Não-Conformidade N.7: A CELPE não está cumprindo o § 1º do art. 91, da Resolução Aneel nº 456/2000: "*Art. 91 - A concessionária poderá suspender o fornecimento, após prévia comunicação formal ao consumidor, nas seguintes situações: (...) §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*" Prazo para regularização: 15 dias

Não-Conformidade N.8: A CELPE não está cumprindo o APÊNDICE 4 do Contrato de Concessão nº 26/2000 -CORTE INDEVIDO DE UNIDADES CONSUMIDORAS: "*Nos casos específicos de corte indevido de unidades consumidoras, a Concessionária estará sujeita ao pagamento de multas a favor do consumidor afetado*". Prazo para regularização: 15 dias

Determinação D.5: No caso específico dos consumidores indevidamente cortados, a concessionária deverá efetuar o pagamento da multa a favor dos consumidores, conforme consta do APÊNDICE 4 do Contrato de Concessão, e encaminhar à ARPE os respectivos comprovantes de pagamento dentro do prazo de 15 dias a contar do recebimento do TN. Prazo para cumprimento: 15 dias

Não-Conformidade N.9: A CELPE não está cumprindo o caput do art. 88, da Resolução ANEEL nº 456/2000 que estabelece: "*Art. 88. Constatada a duplicidade no pagamento de faturas, a devolução do valor pago indevidamente deverá ser efetuada em moeda corrente, até o primeiro faturamento posterior à constatação, ou, por opção do consumidor, por meio de compensação nas faturas subsequentes*". Prazo para regularização: 30 dias

Não-Conformidade N.10: A CELPE não está cumprindo o inciso X, do art. 123 da Resolução ANEEL n° 456/2000 juntamente com o Art. 25: "*Art. 123 - Para a implementação dos respectivos procedimentos, a concessionária disporá dos seguintes prazos, a contar da data de publicação desta Resolução: (...) X. 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias: celebrar o contrato de fornecimento com consumidor responsável por unidade consumidora classificada como Iluminação Pública, conforme art. 25*" "*Art. 25 Para o fornecimento destinado à Iluminação Pública deverá ser firmado contrato tendo por objeto ajustar as condições de prestação do serviço...*" Prazo para regularização: 60 dias

Não-Conformidade N.11: A CELPE não está cumprindo art. 9°, do Decreto n° 62.724, de 17 de maio de 1968, que foi alterado pelo art. 1° do Decreto n° 3.653, de 7 de novembro de 2000, combinado com o inciso II, do art. 123, da Resolução ANEEL n° 456/2000: "*Art. 9° O fornecimento de energia elétrica às unidades consumidoras do Grupo A, com tarifas reguladas, deverá ser realizado mediante a celebração de contrato entre o concessionário ou permissionário de serviço público de energia elétrica e o respectivo consumidor, e às unidades consumidoras do Grupo B, será realizado sob as condições do contrato de adesão.*" "*Art. 123 - Para a implantação dos respectivos procedimentos, a concessionária disporá dos seguintes prazos, a contar da data de publicação desta Resolução: (...) II. 180 (cento e oitenta) dias: celebrar o contrato de fornecimento com consumidor responsável por Unidade Consumidora do Grupo A já ligada, conforme estabelecido na alínea "d", inciso I, art. 3°*" Prazo para regularização: 30 dias.

Não-Conformidade N.12: A CELPE não está cumprindo o inciso XIX, do art. 123 e o caput do art. 56 e seu § 3°: "*Art. 123 - Para a implementação dos respectivos procedimentos, a concessionária disporá dos seguintes prazos, a contar da data de publicação desta resolução: (...) XIX. 180 (cento e oitenta) dias: adequar a aplicação da tarifa de ultrapassagem às unidades consumidoras do Grupo A, conforme disposto no art. 56, devendo informar os novos critérios ao consumidor com antecedência mínima de 60(sessenta) dias*" "*Art. 56. - Sobre a parcela da demanda medida que superar a respectiva demanda contratada será aplicada a tarifa de ultrapassagem, caso aquela parcela seja superior aos limites mínimos de tolerância a seguir fixados: (...) § 3° Quando inexistir o contrato por motivo atribuível exclusivamente ao consumidor e o fornecimento não estiver sendo efetuado no período de teste, a concessionária aplicará a tarifa de ultrapassagem sobre a totalidade da demanda medida*" Prazo para regularização: 30 dias

Não-Conformidade N.13: A CELPE não cumpriu o caput art. 40 e o §1° e § 2° da Resolução ANEEL n° 456/2000, que estabelece: "*Art. 40. A concessionária efetuará as leituras, bem como os faturamentos, em intervalos de aproximadamente 30 (trinta) dias, observando o mínimo de 27 (vinte e sete) e o máximo de 33 (trinta e três) dias, de acordo com o calendário respectivo: §1° O faturamento inicial deverá corresponder a um período não inferior a 15 (quinze) nem superior a 47 (quarenta e sete) dias; § 2° Havendo necessidade de remanejamento de rota ou reprogramação do calendário, excepcionalmente, as leituras poderão ser realizadas em intervalos de, no mínimo, 15 (quinze) e, no máximo, 47 (quarenta e sete) dias, devendo a modificação ser comunicada aos consumidores, por escrito, com antecedência mínima de um ciclo completo de faturamento.*" Prazo para regularização: 30 dias.

Determinação D.6: Relacionar os consumidores faturados com mais de 33 dias, que mudaram de faixa de cobrança de ICMS, e indenizá-los pelo prejuízo. Prazo para cumprimento: 30 dias

Não-Conformidade N.14: A CELPE não está cumprindo o prescrito no art. 122, da Resolução ANEEL n° 456/2000 que estabelece: "*Art. 122 - A concessionária deverá observar o princípio da isonomia em todas as decisões que lhe foram facultadas nesta Resolução, adotando procedimento único para toda a área de concessão outorgada*". Prazo para regularização: 30 dias.

Não-Conformidade N.15: A CELPE não está cumprindo o Inciso II, art. 78, da Resolução ANEEL 456/2000, que estabelece: "*Art. 78. Nos casos em que houver diferença a cobrar ou a devolver, a concessionária deverá informar ao consumidor, por escrito, quanto: (...) II. à memória descritiva dos cálculos do valor apurado, referente às diferenças de consumo de energia elétrica e/ou de demandas de potência ativas e reativas excedentes, inclusive os fatores de cargas e de demanda típicos quando aplicáveis os critérios referidos no § 2°, art. 71 e na alínea "c", inciso IV, art. 72*". Prazo para regularização: 30 dias

Não-Conformidade N.16: A CELPE não está cumprindo a Subcláusula Décima Primeira, da Cláusula Segunda do Contrato de Concessão nº 26/2000, que estabelece:

"Subcláusula Décima Primeira - A CONCESSIONÁRIA deverá manter registros das solicitações e reclamações dos consumidores de energia elétrica, de acordo com os prazos legais e demais condições estabelecidas no Anexo III deste Contrato". Prazo para regularização: 30 dias

Não-Conformidade N.17: A CELPE não está cumprindo o item 7, do apêndice 4 - Indicadores e Padrões de Atendimento Comerciais - do Contrato de Concessão nº 26/2000, que estabelece: *"Prazo máximo para o pagamento, ao consumidor, de valores referentes à indenização por danos em aparelhos elétricos provocados por problemas na rede da concessionária, comprovados por análise técnica" "2003 - 15 dias úteis"* Prazo para regularização: 30 dias.

Não-Conformidade N.18: A CELPE não está cumprindo o Art. 14, § 7º da Lei 10.438, de 26 de abril de 2002: *"Art. 14 - No estabelecimento das metas de universalização do uso da energia elétrica, a Aneel fixará, para cada concessionária e permissionária de serviço público de distribuição de energia elétrica: (...) § 7º A partir de 31 de julho de 2002 e até que entre em vigor a sistemática de atendimento por área, as concessionárias e permissionárias de serviço público de energia elétrica atenderão, obrigatoriamente e sem qualquer ônus para o consumidor, ao pedido de ligação cujo fornecimento possa ser realizado mediante a extensão de rede em tensão secundária de distribuição, ainda que seja necessário realizar reforço ou melhoramento na rede primária."* Prazo para regularização: 60 dias

Determinação D.7: A CELPE deverá realizar levantamento e encaminhar para a ARPE a relação de todos os pedidos de ligação, a partir de 31 de julho de 2002 até a data do início da fiscalização, cujo fornecimento poderia ter sido realizado mediante a extensão de rede em tensão secundária de distribuição, ainda que tenha sido necessário realizar reforço ou melhoramento na rede primária, informando qual foi a medida adotada para cada caso e data da solicitação. Prazo para cumprimento: 30 dias.

Determinação D.8: A CELPE deverá devolver os recursos desembolsados pelos consumidores que deveriam ter sido contemplados pela Lei 10.438, desde 31 de julho de 2002, e que, eventualmente, tenham participado financeiramente para atendimento aos seus pedidos de ligação, encaminhando para ARPE a relação dos beneficiados, contendo no mínimo o nome do consumidor; a data da solicitação; a data do atendimento; o valor desembolsado pelo consumidor e o comprovante de devolução. Prazo para cumprimento: 60 dias

Constatações verificadas pela ARPE na área técnica:

a) Níveis de Tensão:

Descumprimento da Resolução ANEEL nº 505/2001:

- não informação ao consumidor quanto ao direito de acompanhar a medição;
- aviso ao cliente do dia da instalação da medição e a comunicação do resultado da medição fora do prazo;
- ausência de medição gráfica após a conclusão dos serviços de restabelecimento dos níveis de tensão;
- desobediência ao período mínimo de 7 (sete) dias e de 1008 registros estabelecidos para as medições no ponto de entrega da Unidade Consumidora;
- não cumprimento ao prazo de regularização de 120 (cento e vinte) dias para DRP (Duração Relativa de Transgressão de Tensão Precária) e de 45 (quarenta e cinco) dias para DRC (Duração Relativa de Tensão Crítica);
- cobrança indevida de serviço de medição, quando constatados níveis de tensão fora do padrão.
- Falta de histograma e tabela de medição

b) Investimentos e Plano de Obras:

- Não constar da Relação de Alimentadores do Sistema de Distribuição (por Regional) dados referentes ao carregamento e queda de tensão, dos alimentadores destinados ao atendimento de alguns conjuntos, cujos indicadores de DEC e FEC ultrapassaram os limites estabelecidos pela ANEEL.

– No que se refere à apresentação dos pontos críticos, baseado no carregamento dos transformadores, a CELPE não incluiu na relação subestações que, segundo o Relatório Mensal da Operação do Sistema Elétrico, de junho/2003, registraram demanda superior a 100% da potência nominal.

c) Aspectos de Segurança (Das pessoas e das instalações):

Tendo como referência o Relatório apresentado pela CELPE com relação a Acidentes de Trabalho:

- Pessoal próprio: Melhoria em todos os índices avaliados, no período 2001 para 2002;
- Pessoal contratado: Exceto o item Taxa de Gravidade, que teve uma diminuição no índice, em todos os demais itens houve uma degradação nos indicadores, no período 2001 para 2002;
- Terceiros (Público em Geral): aumento significativo no número de acidentes fatais: de 18(2001) para 53(2002).

II. Defesa Prévia da Concessionária.

III. Auto de Infração da ARPE:

“Por entender que as providências tomadas pela CELPE foram satisfatórias para a solução das irregularidades, a ARPE acatou todas as justificativas apresentadas quanto à área técnica e sobre a área comercial acatou a defesa para D.1; D.2; D.5; D.6; D.7; D.8; N.2; N.4; N.8; N.10; N.15; N.16 e N.18. Em relação às demais não-conformidades e determinações, por terem sido confirmadas as irregularidades e não terem sido consideradas satisfatórias as alegações apresentadas pela CELPE, a ARPE lavrou, em 28 de novembro de 2003, o Auto de Infração - AI nº 002/2003-CEE-ARPE, pelas razões assim resumidas:

a) **Não-Conformidade N.1:** Considerando que a CELPE vem desde a sua privatização substituindo algumas Agências (10 nos últimos 2 anos) por PONTOS CELPE, esperava que a Concessionária considerasse esses PONTOS como seus representantes nas localidades. É estranha, portanto, a manifestação referente a essa não-conformidade, que caracterizou que a presença dos PONTOS CELPE nas localidades é pura e simplesmente uma forma de facilitar o acesso do consumidor ao teleatendimento, o que poderia ser feito de qualquer telefone público e, não, a de “dispor de estrutura de atendimento adequada às necessidades de seu mercado”, conforme consta no Art. 98 da Resolução ANEEL nº 456/2000. Além disso, a Não-Conformidade N.1 não se referia apenas ao atendimento inadequado prestado pelos Pontos CELPE, mas também aos demais itens constatados pela fiscalização e definidos como obrigatórios em legislação e não considerados pela Concessionária.

b) **Não-Conformidade N.3:** A CELPE justificou-se que o atraso constatado deveu-se à implantação do novo Sistema Comercial (SIC). No entanto as datas das constatações são anteriores à dita fase de adaptação ao novo Sistema Comercial (SIC).

c) **Não-Conformidade N.5:** A CELPE alegou em sua manifestação que já disponibiliza nas faturas o CNPJ e o CPF, quando existentes. A expressão “quando houver do inciso I, letra ”b”, do art. 83, da Resolução ANEEL nº 456/2000, se refere apenas ao CPF; portanto, o CNPJ é obrigatório.

d) **Não-Conformidade N.6 e D.4:** Equivocadamente, a CELPE admite ter a prerrogativa de só entregar a fatura de unidades consumidoras localizadas na área rural em outro endereço, mediante o pagamento de taxa de postagem. Porém, a prerrogativa é do consumidor rural, que pode escolher onde receber a fatura, sem que para isso seja cobrado qualquer valor adicional, segundo o inciso I do Art. 85, da Resolução ANEEL nº 456/2000.

e) **Não-Conformidade N.7:** A CELPE, ao efetuar a suspensão de fornecimento, está entregando, na unidade consumidora, a prévia comunicação formal ao consumidor, sem o COMPROVANTE DE ENTREGA, obrigatório após a publicação da Resolução ANEEL nº 614/2002, que alterou o §1º do art. 91, da Resolução ANEEL nº 456/2000. A manifestação da concessionária em nenhum momento se refere ao COMPROVANTE DE ENTREGA, o qual é uma garantia para o consumidor e para si própria, de que a concessionária vem cumprindo o estabelecido na legislação.

f) **Não-Conformidade N.9:** Pela manifestação da CELPE, ela adotou uma sistemática que poderá resolver o problema após a sua implantação. Porém, considerando que a Concessionária mantinha, na época da fiscalização, um saldo elevado de faturas pagas em duplicidade e no saldo de junho de 2003 havia valores remanescentes de dezembro de 2002, o Art. 88 da Resolução ANEEL n° 456/2000 não está sendo atendido.

g) **Não-Conformidade N.11:** O argumento de que os consumidores do Grupo A não quiseram assinar contrato, por terem a percepção de que a relação comercial já existe, sendo desnecessário o instrumento contratual, não justifica o descumprimento da legislação.

h) **Não-Conformidade N.12:** Conforme consta da manifestação da CELPE, os consumidores do Grupo A que não possuem contrato não estão sendo penalizados conforme estabelecido no caput do Art. 56, §3° da Resolução ANEEL n° 456/2000.

i) **Não-Conformidade N.13:** A CELPE não apresentou nenhuma justificativa para o descumprimento do Art. 40, da Resolução ANEEL 456/2000, tendo a fiscalização identificado que 30% (trinta por cento) dos consumidores foram faturados com mais de 33 (trinta e três) dias. O argumento de mudança do Sistema Comercial não justifica a irregularidade, pois ela poderia ter recorrido a Aneel em tempo hábil, conforme previsto no Art. 46 da Resolução ANEEL n° 456/2000, transcrito a seguir:

“Art. 46. A realização de leituras e/ou faturamento em intervalo diferente dos estabelecidos nos arts. 40 e 41 dependerá de autorização prévia da Aneel, excetuando quando houver concordância por escrito do consumidor”

j) **Não-Conformidade N.14:** A CELPE na sua manifestação, equivocadamente, interpretou que o ofício n° 745/03-SRC/ANEEL, de 13/10/03, referenda o seu posicionamento de estabelecer critérios específicos para grupos de consumidores com características semelhantes para revisão de faturamento para os casos de irregularidade. Porém, está bem clara a posição da SRC, embasada nos arts 72, 75 e 78 da Resolução ANEEL n° 456/2000, referendando a posição da fiscalização quanto ao descumprimento pela CELPE do Art. 122 da mesma Resolução.

k) **Não-Conformidade N.17:** Quando da assinatura do Contrato de Concessão em março de 2000, a CELPE estava ciente dos prazos de atendimento progressivos definidos no Apêndice 4, anexo ao Contrato de Concessão 026/2000. Apesar de a Resolução ANEEL n° 456/2000 ter sido posterior à assinatura do referido contrato, com prazos mais brandos, na mesma Resolução, no Art. 121, são garantidos os prazos definidos em contrato, conforme transcrito a seguir: *“Art 121. Prazos menores, se previstos nos respectivos contratos de concessão, prevalecem sobre os estabelecido nesta Resolução”*

IV. Recurso da Concessionária ao Auto de Infração.

V. Ausência de juízo de Reconsideração do Coordenador.

VI. Decisão da Diretoria da ARPE:

“Em sua análise da Defesa da Autuada, a Diretoria da ARPE acatou as justificativas referentes à N.5; D.3; N.9; N.11 e N.12, reduzindo o valor da multa aplicada ... Quanto às demais não-conformidades e determinações, a Diretoria da ARPE argumentou, em síntese, que:

Não-Conformidade N.1: A fiscalização constatou que os Pontos CELPE, ao invés de servirem como pontos de atendimento, acabam por se tornar meros locais onde se pode realizar o pagamento das faturas de energia elétrica. Ressaltou que não está concedendo uma interpretação excessivamente rigorosa e isolada 22 do art. 98 da Resolução ANEEL n° 456/2000, o qual garante que deve ser assegurada a estrutura de atendimento adequada, de acordo com as necessidades do mercado, ao contrário, buscou dar efetividade ao dispositivo.

Não-Conformidade N.3: No caso desta Não-Conformidade, as datas das constatações são, conforme informações obtidas pela fiscalização, anteriores ao período de maio a julho de 2003, fase de efetiva

implementação do novo sistema comercial, portanto a justificativa baseada na transição devido à implantação do sistema não pode ser acatada.

Não-Conformidade N.6 e Determinação D.4: Ao aduzir que, excepcionalmente, quando há manifestação expressa do responsável da unidade consumidora localizada na área rural, pedindo a entrega em outro endereço, atende à solicitação mediante acordo em que reza o pagamento de despesas administrativas, a CELPE está confirmando a irregularidade constatada e a afronta ao disposto no art. 85, inciso I da Resolução nº 456/2000, que determina que no caso de uma unidade consumidora localizada na área rural: “a concessionária poderá disponibilizar a fatura em local diferente, **podendo o consumidor indicar outro endereço atendido pelo serviço postal, sem a cobrança de despesas adicionais**”.

Não-Conformidade N.7: Entende a CELPE que usa uma das formas de comunicação ao usuário (impressão em destaque na fatura), definidas em legislação, para quando há suspensão do fornecimento de energia, o que eliminaria a necessidade de comprovação da entrega do aviso exigida pela fiscalização. Mas, tal Não-Conformidade é decorrente da ausência de comprovação de entrega do comunicado, principalmente diante da constatação, por parte da fiscalização, de que muitas faturas deixaram de ser entregues. O aviso prévio ao usuário é forma de garantir que sejam atendidos os princípios do contraditório e da ampla defesa, basilares em um Estado Democrático de Direito, onde se preze a possibilidade do direito de defesa do consumidor-usuário, garantindo-lhe coibir práticas abusivas por parte das concessionárias. No momento em que a concessionária entrega a fatura que contém o aviso de posterior suspensão do fornecimento sem a devida comprovação do recebimento, está a consagrar prática que se desvirtua dos preceitos legais do ordenamento jurídico pátrio.

Não-Conformidade N.13: Defende a CELPE que, para instalar os novos lotes de faturamento com a entrada do novo sistema comercial, efetuou remanejamento de rotas, conforme prevê o art. 40, § 2º da Resolução nº 456/2000. Informa, ainda, que se trata de problema exclusivamente do primeiro ciclo de faturamento da implantação do SIC, tendo sido rapidamente equacionado pela CELPE. A ARPE alegou que, em verdade, poderia a CELPE, com base o art. 40, § 2º da Resolução nº 456/2000, realizar leituras e/ou faturamento em intervalos de mais de 33 (trinta e três) dias, contudo seria necessário comunicar, com a antecedência estabelecida, aos consumidores, o que não foi feito. Ademais, em relação aos 30% (trinta por cento) dos consumidores que foram faturados com mais de 33 (trinta e três) dias, mesmo diante da implantação do novo sistema, poderia a CELPE ter requerido, em tempo oportuno, a realização de tal procedimento, com fulcro no art. 46 da Resolução nº 456/2000, o qual estabelece que "a realização de leituras e/ou faturamento em intervalo diferente dos estabelecidos nos arts. 40 e 41 dependerá de autorização prévia da ANEEL, excetuado quando houver concordância por escrito do consumidor".

Não-Conformidade N.14: A atitude encampada pela CELPE afronta de forma clarividente o art. 122 da Resolução nº 456/2000. Ademais, o Ofício nº 745/03-SRC/ANEEL tão somente determina que a concessionária deverá cumprir integralmente o disposto nos art. 72, 75 e 78 da Resolução ANEEL nº 456/2000, não respaldando o posicionamento da CELPE. O alegado reconhecimento pela ANEEL de que a decisão de "aplicação de percentuais diferenciados do custo administrativo, segundo parâmetros próprios, é facultado aos concessionários devendo esse procedimento ser único para toda a área de concessão" não é o objeto pertinente à Não-Conformidade em exame. De fato, os parâmetros para cálculo do custo administrativo podem ser definidos pela concessionária, que, entretanto, deverá atender, de forma cogente, aos trâmites previstos nos dispositivos citados da Resolução nº 456/2000.

Não-Conformidade N.17: Pertinente ao descumprimento do prazo de 15 dias úteis para pagamento ao consumidor de valores referentes à indenização, por danos em aparelhos elétricos provocados por problemas na rede da concessionária, defende a CELPE que vem se esforçando para cumprir os prazos, sendo os casos constatados pela fiscalização uma minoria.

Aduz que houve incoerência da ARPE, já que, por razões similares, acatou as justificativas da CELPE em relação à não-conformidade N.4. A ARPE afirmou não haver incoerência, já que esta Agência acatou as justificativas da CELPE em relação à Não-Conformidade N.4 por motivos completamente diferentes. A Não-Conformidade N.4 era referente à ligação inicial na área rural, a qual se estabelece prazo excessivamente curto. Em 02 meses de fiscalização, a CELPE cumpriu, no que tange a tais ligações iniciais, 90% das solicitações no prazo. No caso da Não-Conformidade N.17, porém, isso não

foi verificado. Ao revés, a fiscalização constatou que a CELPE, reiteradamente, não está cumprindo o prazo estabelecido.

A ARPE acrescentou, também, que:

a) Toda a defesa da CELPE se baseou fortemente no argumento de que a implantação do novo sistema comercial (SIC) representou grandes esforços para a concessionária, tendo algumas ações provocado perturbações transitórias nos processos comerciais da empresa que, injustificadamente, foram aproveitadas pela fiscalização. Na verdade a ARPE desconsiderou o período de efetiva implantação do sistema, que foi adstrito aos meses de maio, junho e julho de 2003. Pode-se, inclusive, aferir que a ARPE desconsiderou este período em algumas das constatações constantes do Termo de Notificação. Não se pode admitir que, sob a alegação de implantação do novo Sistema Comercial, constata-se uma infinidade de Não-Conformidades em um período de tempo superior ao de sua efetiva implantação, que não se confunde com os ajustes operacionais prévios aos quais a concessionária precisou se submeter.

Igualmente inadmissível acatar a ocorrência de falhas, que apesar de previsíveis e sanáveis, não foram previstas ou, se o foram, não foram evitadas;

b) Sobre o argumento de impossibilidade de aplicação de sanção administrativa, por ofensa ao princípio da legalidade, há o mesmo de ser superado com a interpretação das Leis nº 8.987/1995 e nº 9.427/1996. Com efeito, dispõe a Lei nº 8.981/1995 que:

“Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: (...) VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação; (...) XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente;

Saliente-se, outrossim, que a Lei nº 9.427/1996 conferiu à Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL a atribuição de: *“fixar as multas administrativas a serem impostas aos concessionários, permissionários e autorizados de instalações e serviços de energia elétrica, observado o limite, por infração, de 2% (dois por cento) do faturamento, ou do valor estimado da energia produzida nos casos de autoprodução e produção independente, correspondente aos últimos doze meses anteriores à lavratura do auto de infração ou estimados para um período de doze meses, caso o infrator não esteja em operação ou esteja operando por um período inferior a doze meses”*. Imperioso reconhecer, portanto, que as multas estão devidamente previstas em lei, base para a elaboração das cláusulas essenciais do contrato de concessão, entre as quais aquelas relativas “às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita à concessionária e a sua forma de aplicação” (Lei nº 8.987/1995, art. 23, VIII), vindo a serem complementadas pela Resolução nº 318/1998, a qual estabelece infrações, que, por óbvio, possuem caráter geral.

c) No que tange à alegação de ausência de tipificação e de justa proporção na aplicação das sanções, a defesa também não goza de respaldo, pois todas as não-conformidades constantes do Auto de Infração foram enquadradas em tipos previstos na Resolução ANEEL nº 318/1998, não sendo plausível a alegação. Por outro lado, a supramencionada Resolução, cumprindo o determinado no inciso VIII do art. 23 da Lei nº 8.987/1995 e obediente ao limite preconizado no inciso X do art. 3º da Lei nº 9.427/1996, elencou os critérios para fixação das penalidades, atribuindo percentuais máximos para as multas referentes às infrações tipificadas, conferindo ao administrador o dever de mensurar o *quantum* a ser arbitrado em cada caso concreto.

d) Sobre a subjetividade infundada da autoridade, a Resolução supracitada também estabeleceu, como o legislador penal, ao tipificar e apenar delitos, limites máximos da sanção a ser aplicada. O administrador, por ter maiores condições de aferir a gravidade, a abrangência e o nível da infração, pode, diante de cada caso, ponderar o *quantum* da sanção a ser imputada de forma mais justa e equitativa. No caso sob epígrafe, a ARPE, dentro dos limites estabelecidos na Resolução e analisando detidamente cada infração justaposta à Concessionária, fixou as multas de forma proporcional e razoável (inicialmente em 0,159% do faturamento, e, após recurso à Diretoria da ARPE, reduziu para 0,134% do faturamento), com fundamento na gravidade, na abrangência e no nível de cada uma delas e, em valor muito inferior ao máximo permitido de 2% do faturamento.

e) Também desprovida de fundamento é a alegação de que, ao representar nulos ou irrelevantes danos para o serviço público e para o interesse coletivo e nenhuma vantagem para o infrator, as não-conformidades deveriam ser ignoradas pela fiscalização. De logo, mister que se ressalte que a fiscalização constatou vários prejuízos para os usuários, não tendo a CELPE, a despeito do alegado, comprovado de forma clara a ausência de tais prejuízos. Não se pode olvidar, outrossim, que o atuar da Administração Pública deve ser estritamente pautado pelo princípio da legalidade, o qual obriga ao administrador a fazer tudo aquilo determinado por lei, ou seja, a cumprir as consignações reputadas pelo legislador como fundamentais ao atendimento do interesse público. O legislador foi, como se depreende das Leis nº 8.987/1995 e nº 9.427/1996, expresso em estabelecer que as infrações administrativas não de ser punidas, segundo uma escala de valores que seria detalhada, justamente, pela Resolução nº 318/1998. Não caberia, assim, à fiscalização, diante da constatação da ocorrência de não-conformidades, simplesmente ignorá-las.

VII. Juízo de Reconsideração da Diretoria da ARPE: Mantém a Decisão.

VIII. Recurso da Concessionária dirigido à ANEEL.

IX. Decisão da ANEEL:

Foram mantidas as Não conformidades N.1; N.3; N.6; N.13; N.14 e N. 17. Além do mais ficou decidido:

“... (i) conhecer o recurso interposto pela Companhia Energética de Pernambuco – CELPE contra o Auto de Infração nº 002/2003-65-CEE-ARPE e, no mérito, conceder-lhe provimento parcial, reduzindo a penalidade inicialmente imposta pela Agência de Regulação de Pernambuco – ARPE para R\$ 245.222,64 (duzentos e quarenta e cinco mil, duzentos e vinte e dois reais e sessenta e quatro centavos), em valores da época da lavratura do Auto de Infração, com os acréscimos previstos na legislação vigente;

(ii) Determinar que a CELPE aprimore seus registros referentes às solicitações de consumidores, notadamente com relação a pedidos de entrega de faturas em local distinto da unidade consumidora, de forma a permitir uma rápida e eficaz comprovação de que os consumidores foram notificados sobre a cobrança de tais serviços;

(iii) Recomendar que a Superintendência de Regulação da Comercialização da Eletricidade incorpore no trabalho de revisão da Resolução nº 456/2000 as alterações pertinentes aos artigos 72 e 85.”

5. O **Processo nº 48500.002098/2006-76**: “...apuração de não conformidade pertinente à aferição de medidores e seus reflexos na área comercial”

I. Termo de Notificação: O Relator do processo não o menciona.

II. Defesa Prévia da Concessionária: Não mencionada.

III. Auto de Infração da ARPE:

“[...] a Agência de Regulação de Pernambuco – ARPE aplicou advertência à Companhia Energética de Pernambuco – CELPE, por meio do Auto de Infração nº 003/2006-CEE, pela conduta tipificada no inc. XVI, art. 7º, da Resolução Normativa nº 63, de 2004, em decorrência da apuração de não conformidade pertinente à aferição de medidores e seus reflexos na área comercial.

IV. Recurso da Concessionária ao Auto de Infração.

V. Ausência de Juízo de Reconsideração do Coordenador.

VI. Decisão da Diretoria da ARPE: O Relator do processo não o menciona.

VII. Juízo de Reconsideração da Diretoria da ARPE: mantém a decisão.

VIII. Recurso da Concessionária dirigido à ANEEL.

IX. Decisão da ANEEL:

“De acordo com o exposto e considerando a documentação que consta dos autos do Processo nº 48500.002098/2006-76, decido: (i) conhecer o recurso interposto pela CELPE e negar provimento, mantendo a penalidade de advertência aplicada por meio do Auto de Infração nº 003/2006-CEE, lavrado pela Agência de Regulação de Pernambuco – ARPE; e (ii) alterar seu fundamento legal, substituindo-se o art. 6º, inciso XIV, pelo art. 7º, inciso III, da Resolução Normativa nº 63, de 2004, conforme recomendação da Procuradoria Federal na ANEEL.”

6. Processo nº 48500.001077/2006-61: “...fiscalização com o objetivo de verificar o cumprimento do Plano de Universalização de Energia Elétrica, que visa ao atendimento de novas unidades consumidoras, bem como a realização do Programa LUZ PARA TODOS”, cujo objetivo é apoiar a universalização no meio rural.”

I. Termo de Notificação: “Finda a ação de fiscalização, foram constatadas não conformidades que resultaram na emissão do Termo de Notificação - TN nº 014/2005-CEE-ARPE, de 01/11/05, imputando à concessionária, uma série de “Não-Conformidades” (fls. 08 a 19, Anexo 00001).”

II. Defesa Prévia da Concessionária: “... a Concessionária manifestou-se sobre a notificação, solicitando, diante de suas justificativas, reconsideração (fls. 33 a 50, Anexo 00001).”

III. Auto de Infração da ARPE:

“Por meio do Auto de Infração nº 002/2006-CEE-ARPE (fls. 61 a 86, Anexo 00001), em 19/01/2006 a ARPE concluiu pela procedência parcial dos argumentos manifestados pela CELPE, não penalizando as não-conformidades N.3, N.4, N.6, porém penalizando as identificadas como N.1, N.2, N.7 e N.8, que, em síntese, dizem respeito ao seguinte:

- **N.1:** descumprimento dos prazos estabelecidos no art. 28, *caput*, da Resolução ANEEL nº 456/00, combinado com os itens 4 e 5 do apêndice 4 do Contrato de Concessão, referentes à elaboração de estudos, orçamentos e projetos, bem como para informar ao interessado, o prazo para a conclusão das obras de distribuição destinadas ao seu atendimento. Penalidade: **Advertência**, conforme Resolução ANEEL nº 63/04, art. 3º, inciso III (“deixar de prestar informações aos consumidores, quando solicitado ou conforme determinado pela legislação e regulamentos ou pelo Contrato de Concessão”).

- **N.2:** descumprimento do prazo estabelecido no item 6 do apêndice 4 do Contrato de Concessão, referentes início de obras. Penalidade: **Multa do Grupo I**, conforme Resolução ANEEL nº 63/04, art. 4º, inciso IV (“deixar de atender pedido de serviços nos prazos e condições estabelecidos na legislação e/ou no contrato”).

- **N.7 e N.8:** má formação dos processos (N.7) e inexistência de cadastro específico do Plano de Universalização da Concessionária (N.8). Penalidade: **Advertência**, conforme Resolução ANEEL nº 63/04, art. 3º, inciso IV (“deixar de proceder à organização e atualização de cadastro por unidade consumidora, com, informações que permitam a identificação do consumidor, sua localização, valores faturados, histórico de consumo, bem como quaisquer outros dados exigidos por lei ou pelos regulamentos dos serviços delegados”).

IV. Recurso da Concessionária ao Auto de Infração.

V. Ausência de Juízo de Reconsideração do Coordenador.

VI. Decisão da ARPE: Não mencionada pelo Relator.

VII. Juízo de Reconsideração da Diretoria da ARPE:

“... a ARPE, exercendo o juízo de reconsideração (fls. 166 a 205, Anexo 00001), decidiu manter na íntegra o AI nº 002/2006-CEE-ARPE.”

VIII. Recurso da Concessionária dirigido à ANEEL.

IX. Decisão da ANEEL:

“Ante o exposto e do que consta do Processo 48500.001077/2006-61, decido conhecer e dar provimento parcial ao recurso apresentado pela Companhia Energética de Pernambuco – CELPE, i) declarando que, do ano de 2004 em diante, ante a omissão expressa do Contrato de Concessão, aplicam-se os prazos previstos na Resolução 456, de 29 de novembro de 2000; ii) revogando a penalidade de advertência referente à não-conformidade N.1; iii) mantendo a penalidade de multa do

Grupo I, no percentual de 0,0050% do faturamento da concessionária nos últimos doze meses anteriores à lavratura do Auto de Infração nº 002/2006-CEE-ARPE, o que corresponde à quantia de R\$... , com as cabíveis atualizações legais, e iv) mantendo a penalidade de advertência referente às não-conformidades N.7 e N.8.”

7. Processo nº 48500.000982/2006-76: “[...] A ARPE fiscalizou a CELPE, no período de 08 a 19 de agosto de 2005, nas áreas de qualidade do fornecimento e de comercialização de energia elétrica [...]”

I. Termo de Notificação: “Da referida fiscalização resultou o Termo de Notificação nº 13/2005, no qual foram indicadas 20 Não-Conformidades.”

II. Defesa Prévia da Concessionária.

III. Auto de Infração da ARPE:

“Após a manifestação da CELPE, a ARPE decidiu acatar as justificativas apresentadas, exceto as relacionadas às Não-Conformidades N.2, N.5, N.6 e N.9 descritas a seguir: ... Em 18 de janeiro de 2006 a ARPE lavrou o Auto de Infração nº 001/2006, determinando a aplicação de multa no valor de R\$ 510.192,46 (quinhentos e dez mil, cento e noventa e dois reais e quarenta e seis centavos), por violação ao disposto no art. 3º, inciso III; no art. 4º, incisos III e IV; e no art. 5º, inciso III, da Resolução nº 63/2004 (fl. 100).

Não-Conformidade (N.2): A CELPE não está cumprindo o art. 78, II, III, V, e VI e §§ 2º e 3º, da Resolução nº 456/00: “Art. 78. Nos casos em que houver diferença a cobrar ou a devolver, a concessionária deverá informar ao consumidor, por escrito, quanto: (...) II – a memória descritiva dos cálculos do valor apurado, referente às diferenças de consumos de energia elétrica e/ou demandas de potência ativas e reativas excedentes, inclusive os fatores de carga e de demanda típicos quando aplicáveis os critérios referidos no § 2º, art. 71, e na alínea ‘c’, inciso IV, art. 72; III – os elementos de apuração da irregularidade; (...) V – o direito de recurso previsto nos §§ 1º e 3º deste artigo; e VI – a tarifa utilizada. (...) § 2º A concessionária deliberará no prazo de 10 (dez) dias, contados do recebimento do recurso, o qual, se indeferido, deverá ser comunicado ao consumidor, por escrito, juntamente com a respectiva fatura, quando pertinente, a qual deverá referir-se exclusivamente ao ajuste do faturamento, com vencimento previsto para 3 (três) dias úteis. § 3º Da decisão da concessionária caberá recurso à Agência Reguladora Estadual ou do Distrito Federal, conforme o caso, ou, na ausência daquela, à ANEEL, no prazo de 10 (dez) dias, que deliberará sobre os efeitos do pedido.”

Não-Conformidade (N.5): A CELPE não está cumprindo o inciso IV do art. 72 da Resolução nº 456/2000: “Art. 72. (...) IV – proceder a revisão do faturamento com base nas diferenças entre os valores efetivamente faturados e os apurados por meio de um dos critérios descritos nas alíneas abaixo, sem prejuízo do disposto nos arts. 73, 74 e 90:

- a) aplicação do fator de correção determinado a partir da avaliação técnica do erro de medição causado pelo emprego dos procedimentos irregulares apurados;
- b) na impossibilidade do emprego do critério anterior, identificação do maior valor de consumo de energia elétrica e/ou demanda de potência ativas e reativas excedentes, ocorridos em até 12 (doze) ciclos completos de medição normal imediatamente anteriores ao início da irregularidade; e
- c) no caso de inviabilidade de utilização de ambos os critérios, determinação dos consumos de energia elétrica e/ou demandas de potência ativas e reativas excedentes por meio de estimativa, com base na carga instalada no momento da constatação da irregularidade, aplicando fatores de carga e de demanda obtidos a partir de outras unidades consumidoras com atividades similares.”

Dentre outras determinações, a ARPE determinou que a CELPE revisasse os cálculos efetuados no Processo nº 0659678020, considerando a retroatividade da cobrança a partir de 25/09/2004, a fim de devolver o valor cobrado a maior ao consumidor.

Não-Conformidade (N.6): A CELPE não está cumprindo o Item 2 do APÊNDICE 4 – INDICADORES E PADRÕES DE ATENDIMENTO COMERCIAIS, do Contrato de Concessão nº 26/2000 – ANEEL-CELPE, que estabelece: “Contrato de Concessão - APÊNDICE 4 – INDICADORES E PADRÕES DE ATENDIMENTO COMERCIAIS – Item 2: Prazo máximo para o atendimento a pedidos de ligação, quando se tratar de fornecimento em baixa tensão, incluindo a vistoria que a aprova e excluídos os casos de inexistência de rede de distribuição em frente à unidade

consumidora a ser ligada, de necessidade de reforma ou ampliação de rede ou de inadequação das instalações do consumidor aos padrões técnicos da CONCESSIONÁRIA” Prazo: 2 dias úteis”

Não-Conformidade (N.9): A CELPE não está cumprindo o art. 98, §§ 1º e 3º, da Resolução nº 456/00: “Art. 98. (...) § 1º A estrutura adequada é a que, além de outros aspectos vinculados à qualidade do atendimento, possibilita ao consumidor ser atendido em todas as suas solicitações e reclamações sem que, para tanto, tenha que se deslocar do município onde reside.(g.n) (...) § 3º A concessionária deverá dispensar atendimento prioritário, por meio de serviços individualizados que assegurem tratamento diferenciado e atendimento imediato, a pessoas portadoras de deficiência física, idosos com idade igual ou superior a 65 (sessenta e cinco) anos, gestantes, lactantes e as pessoas acompanhadas por crianças de colo, nos termos da Lei nº 10.048, de 8 de novembro de 2000.”

IV. Recurso da Concessionária ao Auto de Infração.

V. Ausência de Juízo de Reconsideração do Coordenador.

VI. Decisão da Diretoria da ARPE:

“A ARPE julgou o recurso parcialmente procedente, tão-somente para reduzir o valor anteriormente estipulado para a multa relativa à Não-Conformidade N.5, tendo reduzido o valor total da multa aplicada para R\$..., correspondente a 0,0213% do faturamento da CELPE no período de dezembro/2004 a novembro/2005 (fls. 179/223). A redução da penalidade pecuniária foi justificada pelo fato de que a concessionária não auferiu vantagem com a conduta irregular.”

VII. Juízo de Reconsideração da Diretoria da ARPE: Não informado pelo Relator.

VIII. Recurso da Concessionária dirigido à ANEEL.

IX. Decisão da ANEEL:

“Do exposto e com base nos documentos constantes do Processo nº 48500.000982/2006-76, decido: (i) conhecer e dar provimento parcial ao recurso interposto pela Companhia Energética de Pernambuco – CELPE contra o Auto de Infração nº 001/2006, lavrado pela Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Pernambuco – ARPE; (ii) aplicar a penalidade de advertência para as Não-Conformidades N.2, N.5 e N.9 e anular a penalidade de multa aplicada referente à Não-Conformidade N.6.”

8. Processo nº 48500.003029/2006-99: Fiscalização das “... metas dos indicadores de continuidade DEC e FEC.” (padrão de qualidade da energia – duração e frequência)

I. Termo de Notificação: Não mencionado pelo Relator.

II. Defesa Prévia da Concessionária: Não mencionado pelo Relator.

III. Auto de Infração da ARPE:

“[...] Auto de Infração nº 004/2006-CEE-ARPE, em decorrência da apuração de não conformidade pertinente à transgressão de metas dos indicadores de Duração Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora – DEC e de Frequência Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora – FEC. [...] Multa, tipificada no inciso I, art. 6º, da Resolução Normativa nº 63, de 2004”.

IV. Recurso da Concessionária ao Auto de Infração.

V. Ausência de Juízo de Reconsideração do Coordenador.

VI. Decisão da Diretoria da ARPE: Não mencionada pelo Relator.

VII. Juízo de Reconsideração da Diretoria da ARPE: “no âmbito do juízo de reconsideração, a ARPE manteve a penalidade aplicada.”

VIII. Recurso da Concessionária dirigido à ANEEL.

IX. Decisão da ANEEL:

“[...] Desse modo, acato a análise da SFE¹⁹, por entender que conforme apurado pela fiscalização as justificativas da CELPE não elidem a penalidade pelas transgressões verificadas nos conjuntos, *“pois não encontram respaldo nos regulamentos e, por outro lado, de modo geral seus efeitos nos indicadores poderiam ser reduzidos com melhora nos procedimentos de manutenção, ou seja, adequar a localização das equipes, o quantitativo e o aparelhamento das equipes”*.

De igual modo, as justificativas de descumprimento das metas por descargas atmosféricas também são indevidas, pois sua prevenção depende de precauções das concessionárias, que são capazes de contornar os momentos críticos com coordenação de isolamento e com a instalação de pára-raios, segundo registrado pela SFE. Outrossim, no que tange às alegadas chuvas acima da média histórica, refutaram-se as alegações da concessionária, porque as transgressões só podem ser desconsideradas quando se comprovar a decretação de situação de emergência ou calamidade pública, evidenciando-se o cumprimento da Resolução nº 24, de 2000. Logo não vislumbro motivação para a reforma do AI em análise, estando a dosimetria fundamentada e a correta tipificação atestada pela PF, motivo pelo qual entendo que a penalidade deve ser mantida, porquanto **a multa tem a função de desestimular novas infrações e assegurar a qualidade dos serviços, compatíveis com o nível tarifário estabelecido pela ANEEL.**

[...] De acordo com o exposto e considerando a documentação que consta dos autos do Processo nº 48500.003029/2006-99, decido conhecer e negar provimento ao recurso interposto pela Companhia Energética de Pernambuco – CELPE, contra o Auto de Infração nº 004/2006-CEE, lavrado pela Agência de Regulação de Pernambuco – ARPE, mantendo a multa de R\$..., com os acréscimos previstos no art. 24 da Resolução Normativa nº 63, de 12 de maio de 2004. (grifei).

¹⁹A sigla significa Superintendência de Fiscalização dos Serviços de Eletricidade (cujo objeto de trabalho é o sistema de Transmissão e Distribuição de Energia da concessionária), e não de Geração de Energia que se encontra a cargo de outra superintendência na ANEEL.

9. Processo nº 48500.000316/2005-93: Fiscalização das “[...] áreas comercial e técnica.”

I. Termo de Notificação: Não mencionado pelo Relator.

II. Defesa Prévia da Concessionária: Não mencionado pelo Relator.

III. Auto de Infração da ARPE:

“[...] Auto de Infração n.º 01/2004, aplicando à CELPE multa no valor total de R\$..., em razão de não-conformidades encontradas nas áreas técnica e comercial”.

As não-conformidades apenadas pela ARPE na área comercial foram as seguintes:

(i) **Não-Conformidade (N.5):** A CELPE deixou de cumprir o artigo 107 da Resolução n.º 456/00, que estabelece: “Art. 107. Cessado o motivo da suspensão a concessionária restabelecerá o fornecimento no prazo de até 48 horas, após a solicitação do consumidor ou a constatação do pagamento.”

(ii) **Não-Conformidade (N.6):** A CELPE deixou de cumprir o Apêndice 4 – Corte Indevido de Unidades Consumidoras - do Contrato de Concessão n.º 26/00 e o art. 91, § 3º, da Resolução n.º 456/00, que estabelecem: “*Nos casos específicos de corte indevido de unidades consumidoras, a Concessionária estará sujeita ao pagamento de multas a favor do consumidor afetado.*” “Art. 91. A concessionária poderá suspender o fornecimento, após prévia comunicação formal ao consumidor, nas seguintes situações: (...) § 3º No caso de suspensão indevida do fornecimento, a concessionária deverá creditar na fatura subsequente, a título de indenização ao consumidor, o maior valor dentre: (Fl. 2) a) o dobro do valor estabelecido para o serviço de religação de urgência; ou b) 20% (vinte por cento) do valor líquido da primeira fatura emitida após a religação da unidade consumidora.”

(iii) **Não-Conformidade (N.7):** A CELPE não está cumprindo o Apêndice 4 – Indicadores e padrões de atendimento comerciais, item 9, do Contrato de Concessão n.º 26/00, que estabelece: “*Prazo máximo para a religação de unidades consumidoras que tenham sofrido corte indevido no fornecimento de energia elétrica, sem ônus para o consumidor.*”

(iv) **Não-Conformidade (N.9):** A CELPE não está cumprindo o art. 78 da Resolução n.º 456/00, cuja redação é a seguinte: “Art. 78. *Nos casos em que houver diferença a cobrar ou a devolver, a concessionária deverá informar ao consumidor, por escrito, quanto: I – a irregularidade constatada; II – a memória descritiva dos cálculos do valor apurado, referente às diferenças de consumos de energia elétrica e/ou demandas de potência ativas e reativas excedentes, inclusive os fatores de carga e de demanda típicos quando aplicáveis os critérios referidos no § 2º, art. 71, e na alínea ‘c’, inciso IV, art. 72; III – os elementos de apuração da irregularidade; IV – os critérios adotados na revisão dos faturamentos; V – o direito de recurso previsto nos §§ 1º e 3º deste artigo; e VI – a tarifa utilizada.*”

(v) **Não-Conformidade (N.12 e N.15) e Determinação (D.2):** A CELPE não está cumprindo o art. 98, § 1º, da Resolução n.º 456/00, que assim dispõe: “Art. 98. *A concessionária deverá dispor de estrutura de atendimento adequada às necessidades de seu mercado, acessível a todos os consumidores da sua área de concessão que possibilite a apresentação das solicitações e reclamações, bem como o pagamento da fatura de energia elétrica. §1º A estrutura adequada é a que, além de outros aspectos vinculados à qualidade do atendimento, possibilita ao consumidor ser atendido em todas as suas solicitações e reclamações sem que, para tanto, tenha que se deslocar do município onde reside.*” A ARPE determinou que a “CELPE deverá providenciar uma forma para que sejam devolvidos os recursos despendidos pelos consumidores, sem que para tanto os mesmos precisem se deslocar do município onde residem, encaminhando para a ARPE documento comprobatório da referida devolução.”

Na área técnica, a ARPE multou a CELPE pelas seguintes não-conformidades:(Fl. 3)

(i) **Não-Conformidade (N.21):** A CELPE não está cumprindo o disposto no art. 8º, § 5º, I, II e III, da Resolução n.º 505/01, que estabelece: “*Art. 8 Quando o consumidor efetuar reclamação, quer seja por meio de ligação telefônica à Central de Atendimento da concessionária ou por escrito, que esteja associada a variações do nível de tensão de atendimento, a concessionária deverá realizar inspeção técnica na unidade consumidora, avaliando a procedência ou não da reclamação por meio de medição instantânea no ponto de entrega da energia elétrica. (...)§ 5º A concessionária deverá prestar ao consumidor, em prazo não superior a 48 (quarenta e oito) horas da realização da medição, as seguintes informações: I – quanto ao direito do mesmo acompanhar a instalação do equipamento de medição; II – valor a ser cobrado pelo serviço, conforme regulamento específico, caso sejam verificados níveis de tensão adequados; e III – prazo de entrega do resultado da medição, por escrito, que deverá ser de no máximo 30 (trinta) dias a partir da reclamação.*”

(ii) **Não-Conformidade (N. 22):** A CELPE deixou de cumprir o disposto no art. 17 da Resolução n.º 505/01, que estabelece: “*Art. 17. Quando de medições de tensão por reclamação e/ou amostrais for constatada a existência de DRC1 superior ao DRCm2, este definido no parágrafo único do art. 24 desta Resolução, a concessionária deverá adotar providências para regularizar a tensão de atendimento, observando, no máximo, os seguintes prazos: I – 45 (quarenta e cinco) dias até 31 de dezembro de 2004; II – 30 (trinta) dias a partir de janeiro de 2005 até dezembro de 2006; e III – 15 (quinze) dias a partir de janeiro de 2007. Parágrafo único. Os prazos referidos no ‘caput’ deste artigo terão seu início a partir da data da comunicação do resultado da medição ao consumidor, nos casos de medições oriundas de reclamação e, a partir do término da leitura, nos casos de medição amostrais.*”

IV. Recurso da Concessionária ao Auto de Infração.

V. Ausência de Juízo de Reconsideração do Coordenador.

VI. Decisão da Diretoria da ARPE:

“Após análise do recurso, a ARPE decidiu reduzir o valor das multas aplicadas para R\$ Entendeu a ARPE que, diante dos novos argumentos expostos pela concessionária, as não-conformidades N.5, N.6 e N.22, demonstraram ser de menor gravidade e a vantagem auferida pela concessionária foi de pequena monta.”

VII. Juízo de Reconsideração da Diretoria da ARPE: Não relatado.

VIII. Recurso da Concessionária dirigido à ANEEL.

IX. Decisão da ANEEL:

“Do exposto e com base nos documentos constantes do Processo nº 48500.000316/2005-93, decido: (i) conhecer e dar provimento parcial ao recurso interposto pela Companhia Energética de Pernambuco – CELPE contra o Auto de Infração nº 001/2004, lavrado pela Agência de Regulação de Pernambuco – ARPE; (ii) aplicar a penalidade de advertência para as Não-Conformidades N.5, N.9, N.12, N.15 e N.21 e estabelecer a penalidade de multa no valor total de R\$ 46.214,42 (quarenta e seis mil duzentos e quatorze reais e quarenta e dois centavos), referente as Não-Conformidades N.6, N.7 e N.22, valor este que deverá ser recolhido em conformidade com o art. 24 da Resolução nº 63/2004.”

10. Processo nº 48500.000134/20011-87: “[...] Fiscalização técnica e comercial, no exercício de 2009...”

I. Termo de Notificação: Não mencionado pelo Relator.

II. Defesa Prévia da Concessionária: Não mencionado pelo Relator.

III. Auto de Infração da ARPE:

“Em 24 de novembro de 2009, a Agência de Regulação de Pernambuco – ARPE, lavrou o Auto de Infração nº 010/2009-CEE, contra a Companhia Energética de Pernambuco – CELPE, em fiscalização técnica e comercial, no exercício de 2009, com multa total de **R\$...**.”

IV. Recurso da Concessionária ao Auto de Infração.

V. Juízo de Reconsideração do Coordenador:

“Em 07 de abril de 2010, em Análise do Pedido de Reconsideração, a ARPE agravou a decisão constante dessa autuação, aumentando a multa para **R\$...**, considerando o indevido enquadramento, pela área técnica, da **N.17**, que passou do art. 4º, I (Grupo I), para o art. 6º, I, (Grupo III), da Resolução Normativa nº 63/2004.”

VI. Decisão da Diretoria da ARPE:

“[...] a Diretoria Colegiada da ARPE, indeferiu o recurso.”

VII. Juízo de Reconsideração da Diretoria da ARPE:

“[...] no exercício de seu juízo de retratação, a Diretoria Colegiada da ARPE manteve em sua integralidade a penalidade então aplicada.”

VIII. Recurso da Concessionária dirigido à ANEEL.

IX. Decisão da ANEEL:

“Por todo o exposto, entendo que a atuação deve ser mantida, com a redução das multas pertinentes às **N.2** e **N.17** [...] .

Diante dessa análise, considerando o que consta do Processo no 48500.000134/2011-87, voto por: conhecer e dar provimento parcial ao recurso interposto pela Companhia Energética de Pernambuco – CELPE, em face do Auto de Infração nº 010/2009-CEE-ARPE, lavrado pela Agência de Regulação de Pernambuco – ARPE, e reduzir a multa total para R\$... , a qual deverá ser recolhida com os acréscimos legais, bem como as respectivas determinações.”

11. Processo nº 48500.000135/2011-21: “... verificar o cumprimento dos limites mensais, trimestrais e anuais dos indicadores de continuidade coletivos, referentes ao ano de 2009, nos seus aspectos de DEC e de Frequência Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora (FEC), dos conjuntos de unidades consumidoras da área de concessão da CELPE.”

I. Termo de Notificação: Não mencionado pelo Relator.

II. Defesa Prévia da Concessionária: Não mencionado pelo Relator.

III. Auto de Infração da ARPE:

“Em 29 de julho de 2010, a Agência de Regulação de Pernambuco (ARPE) lavrou o Auto de Infração nº 002/2010-CEE-ARPE, aplicando à Companhia Energética de Pernambuco (CELPE) penalidade de multa no valor de R\$... em função do descumprimento de limite dos indicadores coletivos de continuidade de Duração Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora (DEC) em 2009. ...

N.1: “Violação de padrões de indicadores de continuidade coletivos (DEC), conforme definição do inciso II, do art. 21 da Resolução ANEEL nº 024, de 27 de janeiro de 2000, em 104 (cento e quatro) conjunto de unidades consumidoras.”

IV. Recurso da Concessionária ao Auto de Infração.

V. Juízo de Reconsideração do Coordenador:

“Após análise do Recurso interposto pela CELPE, a Coordenação de Energia Elétrica (CEE) da ARPE, exercendo seu juízo de reconsideração, emitiu o Despacho nº 023, de 09 de setembro de 2010, no qual decidiu pela manutenção integral da penalidade então aplicada. Ademais, atendendo aos dispositivos da Resolução Normativa Nº 63, de 12 de maio de 2004, encaminhou a peça recursal à Diretoria Colegiada da Agência Estadual.”

VI. Decisão da Diretoria da ARPE:

“No cumprimento de seu dever enquanto instância recursal, a Diretoria Colegiada da ARPE emitiu o Despacho nº 028, em 20 de outubro de 2010, por meio do qual conheceu do Recurso apresentado e, no mérito, negou-lhe provimento.”

VII. Juízo de Reconsideração da Diretoria da ARPE:

“Em juízo de reconsideração a ARPE optou em manter o auto de infração nº 002/2010-CEE-ARPE, por seus próprios termos e fundamentos, encaminhando, ao final, o processo à ANEEL.”

VIII. Recurso da Concessionária dirigido à ANEEL.

IX. Decisão da ANEEL:

“[...] De acordo com o Relatório de Fiscalização RF-CELPE-001/2010-ARPE, integrante do Termo de Notificação nº 006/2010-ARPE, de 6 de abril de 2010, a fiscalização da ARPE registrou 1 (uma) não-conformidade oriunda de 1 (uma) constatação, referente ao descumprimento dos limites do indicador de continuidade de DEC em 104 dos 370 conjuntos que compunham a área de concessão da CELPE no ano de 2009.

No mérito, a recorrente alega que as causas das transgressões do DEC estão, em síntese, relacionadas: (i) às intensas chuvas nas regiões do sertão e do agreste e (ii) à dificuldade de deslocamento de suas equipes daí advindas.

A CELPE aduz que tais eventos foram pontuais e não gerenciáveis pela empresa, e que contribuíram para a ultrapassagem dos limites do indicador de DEC em alguns dos conjuntos de unidades consumidoras. De maneira a comprovar a ocorrência dos intensos fenômenos meteorológicos que se abateram sobre sua área de concessão a CELPE apresentou vários Decretos de Situação e Emergência municipais expedidos pelo Governo do Estado de Pernambuco.

Ademais, a empresa afirma que tem melhorado constantemente a prestação de seus serviços de fornecimento de energia elétrica, sem, entretanto, conseguir acompanhar os crescentes níveis de qualidade exigidos pela ANEEL.

A recorrente sustenta que a grande extensão territorial do Estado do Pernambuco, a precariedade da rede viária existente, e as condições geográficas do Estado são fatores que dificultam a atuação de suas equipes de manutenção, interferindo diretamente nos resultados dos indicadores de continuidade DEC e FEC alcançados.

Notícia a CELPE que tem encontrado dificuldade em transitar em áreas “*de alta violência*”, às quais “*nem a polícia tem acesso garantido*”. Nesse contexto, fez referência às periferias das grandes cidades, ao “*polígono da maconha*” no sertão pernambucano e às áreas indígenas.

Destaca que em sua segunda Revisão Tarifária Periódica (RTP), realizada no ano de 2009, a ANEEL considerou uma Empresa de Referência (ER) que reduziu em 18% o número de pessoal alocado nas atividades de Operação e Manutenção (O&M), quando comparada à ER utilizada na primeira RTP. A concessionária afirmou que considera tal fato uma incongruência, posto que a extensão de sua rede de distribuição e o número de consumidores atendidos cresceu 16% e 20%, respectivamente, no mesmo período.

A CELPE considerou, ainda, que tendo em vista “*a natureza e as reduzidas implicações da não-conformidade apontada*” e seu interesse “*na prestação de um serviço de boa qualidade*”, a penalidade imputada contra si não condiz com seu esforço para manter seus indicadores dentro dos limites estabelecidos.

Ao final, requereu a desconsideração da não conformidade **N.1** e dispôs-se a “*corrigir as deficiências identificadas, propondo para tanto um termo de ajustamento de conduta*”, como alternativa à penalidade de multa, conforme previsão estabelecida na Resolução Normativa nº 63, de 12 de maio de 2004.

Isso posto, não merece prosperar a alegação da concessionária, tendo em vista que as metas dos indicadores DEC e FEC são fixadas segundo informações prestadas pela própria concessionária, mediante entendimento prévio com o órgão regulador.

Ademais, os argumentos apresentados no Recurso em análise decididamente não se prestam para eximir a recorrente de sua responsabilidade pelo descumprimento dos limites dos indicadores de DEC de 104 dos 370 conjuntos então configurados em sua área de concessão, e, por conseguinte, esgotar a motivação da penalidade de multa imputada pela ARPE.

É de amplo conhecimento que a prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica deve obedecer aos parâmetros estabelecidos pelo Poder Concedente, dentre eles, os limites anuais dos indicadores de DEC e FEC.

As tarifas são estabelecidas pela ANEEL em nível suficiente para que a concessionária desenvolva suas atividades mantendo a conformidade com estes padrões. Caso não sejam cumpridos, demonstram a prestação inadequada do serviço.

Portanto, a recorrente deveria, quando da fixação das metas dos indicadores, ter apresentado as justificativas que ora expõe, e não depois que já houve a transgressão, principalmente porque, na formação dos conjuntos, foi oportunizado amplo debate a respeito desses indicadores.

Além disso, chamo a atenção para o processo que resultou na edição da Resolução Autorizativa nº 1.224, de 2008, que estabeleceu os limites dos indicadores de DEC e FEC da CELPE para o biênio 2008-2009, que contou com a ativa participação daquela concessionária, conforme se depreende dos autos.

Vencidos os argumentos que reputo terem sido importantes quando da discussão do estabelecimento dos limites, mas não no momento de sua aplicação, passo a apreciar a alegação de que intensas chuvas nas regiões do sertão e do agreste, ao ver da concessionária, seriam suficientes para caracterizar a inexistência de sua responsabilidade no que tange à transgressão dos indicadores. Para tanto, a CELPE enfileirou um conjunto de decretos certificadores da existência de situação de emergência municipal. [...]

“Diante do exposto e considerando o que consta do Processo nº 48500.000135/2011-21 decido conhecer e, no mérito, negar provimento ao recurso interposto pela Companhia Energética de Pernambuco (CELPE) em face do Auto de Infração nº 002/2010-CEE-ARPE, lavrado pela Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Pernambuco (ARPE) que aplicou penalidade de multa no valor de R\$ 3.436.473,34 (três milhões, quatrocentos e trinta e seis mil, quatrocentos e setenta e três reais, e trinta e quatro centavos), que deverá ser atualizado nos termos da legislação vigente, por descumprimento dos limites estabelecidos para os indicadores de continuidade DEC, durante o ano de 2009.”

12. Processo nº 48500.002931/2010-18: Durante a pesquisa não foi encontrado no site da ANEEL o Relatório e Voto do processo, encontrando-se disponível o Despacho que faz a publicação da Decisão, abaixo transcrito.

“DESPACHO Nº 774, DE 22 DE FEVEREIRO DE 2011.

O DIRETOR-GERAL DA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL, no uso de suas atribuições regimentais, tendo em vista a deliberação da Diretoria e o que consta do Processo n. 48500.002931/2010-18, resolve (i) conhecer e negar provimento ao recurso interposto pela Companhia Energética de Pernambuco – CELPE contra o Despacho n. 4, de 24 de março de 2010, do Órgão Colegiado da ARPE; e, (ii) de ofício, reformar o referido Despacho n. 4/2010, a fim de cancelar a penalidade de multa relativa à Não-Conformidade N.3, com a sua substituição pela penalidade de advertência e a consequente redução do valor total das penalidades de multa de R\$ 75.139,14 (setenta e cinco mil, cento e trinta e nove reais e catorze centavos) para R\$ 71.983,95 (setenta e um mil, novecentos e oitenta e três reais e noventa e cinco centavos).”

13. Processo nº 48500.000074/2010-11: Fiscalização das “... metas dos indicadores de continuidade de Duração Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora – DEC e de Frequência Equivalente de Interrupção por Unidade Consumidora – FEC, relativos ao ano de 2008.”

I. Termo de Notificação: Não mencionado pelo Relator.

II. Defesa Prévia da Concessionária: Não mencionado pelo Relator.

III. Auto de Infração da ARPE:

“Por meio do Auto de Infração (AI) nº 003/2009-CEE-ARPE e de sua exposição de motivos, a Agência de Regulação de Pernambuco – ARPE constatou o descumprimento dos limites estabelecidos para os indicadores de continuidade DEC e FEC estipulados para a CELPE durante o ano de 2008.

A ARPE também constatou que os esforços realizados pela Concessionária na melhoria do seu sistema de distribuição de energia elétrica, não foram suficientes para a regularização dos indicadores de qualidade conforme as metas regulatórias estabelecidas.

Assim, por entender caracterizada a ocorrência de infração prevista no art. 6º, I, da Resolução Normativa nº 63, de 2004, a ARPE aplicou multa do Grupo III, no valor de R\$ 1.476.905,15, correspondente a 0,0569% do faturamento da Concessionária no período de 06/2008 a 05/2009.

IV. Recurso da Concessionária ao Auto de Infração.

V. Juízo de Reconsideração do Coordenador: Não informado pelo Relator.

VI. Decisão da Diretoria da ARPE: “... manutenção do auto de infração pelo órgão Colegiado da ARPE”.

VII. Juízo de Reconsideração da Diretoria da ARPE:

“... Em juízo de reconsideração a ARPE optou em manter o auto de infração nº 003/2009-CEE-ARPE, por seus próprios termos e fundamentos, encaminhando, ao final, o processo à ANEEL.”

VIII. Recurso da Concessionária dirigido à ANEEL.

IX. Decisão da ANEEL.

“[...] É de amplo conhecimento que a prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica deve obedecer aos parâmetros estabelecidos pelo Poder Concedente, dentre eles, os limites anuais dos indicadores de DEC e FEC.

As tarifas são estabelecidas pela ANEEL em nível suficiente para que a concessionária desenvolva suas atividades mantendo a conformidade com estes padrões. Caso não sejam cumpridos, demonstram a prestação inadequada.

Portanto, a recorrente deveria, quando da fixação das metas dos indicadores, ter apresentado as justificativas que ora expõe, e não depois que já houve a transgressão, principalmente porque, na formação dos conjuntos, foi oportunizado amplo debate a respeito desses indicadores.

No caso em exame, não se vislumbra, dentre as justificativas apresentadas pela recorrente, um evento extraordinário e imprevisível que justificasse a transgressão dos indicadores, devendo subsistir a penalidade de multa.

Ainda que tais justificativas pudessem ser acolhidas, a concessionária não produziu prova robusta e inequívoca dos fatos alegados (excesso de chuvas, dificuldade de acesso na área denominada polígono da maconha, etc.), bem como a existência do nexo causal entre estes e a redução dos índices de continuidade.

É claro que situações de emergência podem suscitar a excludente de responsabilidade. Contudo, cabe à recorrente o ônus da prova. No caso em comento, a concessionária não carrou aos autos nenhum ato oficial comprovando tais eventos impeditivos, como por exemplo, decretos ou qualquer ato administrativo oficial, nem mesmo notícias de jornais que pudessem embasar as alegações feitas.

Alternativamente à multa, a recorrente pleiteia a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC. Porém, referido ajuste não tem como prosperar, eis pelo simples fato de que a recorrente não apresentou projeto ou estudo formal que denotasse a viabilidade do referido ajuste. A Concessionária limita-se a requerer que seja firmado um TAC, sem se preocupar em apresentar qualquer proposta ou projeto de ações a serem implementadas.

Para o compromisso de ajuste de conduta se fazer possível, torna-se essencial a apresentação de um projeto completo, detalhado em suas especificações técnicas e econômicas. Mais ainda, esta proposta deve necessariamente passar por uma área especializada, cujo diagnóstico a respeito da viabilidade e adequação dos planos para sanar e prevenir os danos perpetrados é imprescindível para assegurar o respeito ao interesse público.

Em remate, endosso as manifestações adotadas pela SFE e pela Procuradoria-Geral, na Nota Técnica nº 147/2010-SFE/ANEEL e no Parecer nº 77/2011-PGE/ANEEL, respectivamente, que opinaram pela manutenção da penalidade de multa e desprovimento do recurso interposto.

[...] Diante do exposto e considerando o que consta do Processo nº 48500.000074/2010-11, decido conhecer e negar provimento ao recurso interposto pela Companhia Energética de Pernambuco – CELPE, contra o Auto de Infração nº 003/2009-CEE-ARPE, lavrado pela Agência de Regulação de Pernambuco - ARPE, mantendo a penalidade de multa aplicada no valor R\$ 1.476.905,15 (um milhão, quatrocentos e setenta e seis mil, novecentos e cinco reais e quinze centavos), que deverá ser atualizado nos termos da legislação vigente, por descumprimento dos limites estabelecidos para os indicadores de continuidade DEC e FEC, durante o ano de 2008.”

14. Processo nº 48500.006901/2009-47: “[...] Fiscalização técnica e comercial, no exercício de 2008 [...]”

I. Termo de Notificação: Não mencionado pelo Relator.

II. Defesa Prévia da Concessionária: Não mencionado pelo Relator.

III. Auto de Infração da ARPE:

“... Em 20 de fevereiro de 2009, a Agência de Regulação de Pernambuco – ARPE, lavrou o Auto de Infração nº 002/2009-CEE, contra a Companhia Energética de Pernambuco – CELPE, em fiscalização técnica e comercial, no exercício de 2008, com multa total de R\$ 5.496.871,14 e advertências.”

IV. Recurso da Concessionária ao Auto de Infração.

V. juízo de Reconsideração do Coordenador:

“... Em 27 de março de 2010, em Análise do Pedido de Reconsideração, a ARPE reduziu a multa para **R\$ 5.494.151,28**, conforme o quadro abaixo:

- N.1: descumprimento de prazos de vistoria de unidades consumidoras;
- N.2: Descumprimento de prazos para ligação de unidade consumidora;
- N.3: Compensação aos consumidores com fornecimento indevidamente suspenso;
- N.5: Impropriedades no procedimento de recuperação de consumo não faturado;
- N.6: Impropriedades no procedimento de recuperação de consumo não faturado;
- N.7: Impropriedades no procedimento de recuperação de consumo não faturado;
- N.9: Impropriedades no procedimento de ressarcimento por danos elétricos;
- N.12: Impropriedades no procedimento de ressarcimento por danos elétricos;
- N.13: Ultrapassagem do prazo de religação;
- N.19: Irregularidades apuradas em níveis de tensão.”

VI. Decisão da Diretoria da ARPE: “... a Diretoria da ARPE indeferiu o recurso.”

VII. Juízo de Reconsideração da Diretoria da ARPE:

“... a Diretoria Colegiada da ARPE manteve na íntegra a penalidade aplicada.”

VIII. Recurso da Concessionária dirigido à ANEEL.

IX. Decisão da ANEEL:

“... Diante dessa análise, considerando o que consta do Processo no 48500.006901/2009-47, voto por: conhecer e dar provimento parcial ao recurso interposto pela Companhia Energética de Pernambuco – CELPE, em face do Auto de Infração nº 002/2009-CEE-ARPE, lavrado pela Agência de Regulação de Pernambuco – ARPE, e reduzir a multa total para R\$ 280.570,42 (duzentos e oitenta mil, quinhentos e setenta reais e quarenta e dois centavos), a qual deverá ser recolhida com os acréscimos legais.”