

As Concessões de Serviços Públicos e as Agências Reguladoras

Paula Silva Pereira

Juíza de Direito do XXIII Juizado Especial Cível - Capital

A história da concessão de serviços públicos no Brasil se iniciou desde na época do Império, ocasião em que as concessões estavam associadas à ideia de um privilégio concedido pelo Estado a determinada pessoa, sem critérios claros de isonomia.

Há registros de que a primeira delegação de serviço público a um particular tenha ocorrido em 1850, para a exploração de estrada de ferro nos atuais Estados de Pernambuco e Rio de Janeiro. Posteriormente, o Estado passou a desempenhar atividades, antes delegadas a particulares.

Na década de 1990, após a Constituição da República de 1988, foi inaugurado novo período para as concessões, com a reformulação do papel da Administração Pública. Contemporaneamente, a descentralização do poder estatal não se dá apenas com a criação de autarquias tradicionais ou entidades paraestatais, mas com a transferência, pelo Estado, do dever de execução de uma atividade a terceiros estranhos à estrutura da Administração Pública.

Com a Lei nº 8.987/95, ocorreu expressivo aumento nos contratos de concessões e permissões de serviços públicos, representando a descentralização das atividades da Administração em favor de particulares.

Com esse modelo de descentralização, aliado à flexibilização dos monopólios estatais e à redução de barreiras à entrada de capital estrangeiro no país, surgiram grandes grupos econômicos com interesse em explorar atividades que outrora eram de exclusiva função do Estado, como os serviços de telecomunicações e de fornecimento de energia.

Em última análise, sendo os serviços mencionados de responsabilidade do Estado, por se tratarem de serviços essenciais ao bem comum, foram criadas as agências reguladoras, cuja função é ditar as normas de

condução entre os agentes envolvidos, ou seja, o Poder Público, o prestador dos serviços, e os usuários.

A regulação exercida pelas agências possui papel fundamental no cumprimento das políticas determinadas pelo Estado: sua função é gerencial, técnica e de controle sobre os entes regulados.

O conceito de regulação, embora controverso quanto a sua extensão, é único em delimitar a intervenção estatal junto a setores privados, conjunta ou isoladamente, para impor normas de conduta que visem a obrigá-los a atingir o bem-estar da comunidade.

A ação da regulação varia de acordo com o modelo do Estado que a desenvolve, intervencionista ou regulador; porém, deve sempre ter em mente o mercado a ser regulado, os princípios da autonomia e da especialidade e, principalmente, o interesse público. Portanto, deve sempre ser preservado o objetivo de harmonizar os interesses do consumidor, como preço e qualidade, com os do fornecedor, como a viabilidade econômica de sua atividade comercial. Em respeito ao princípio da legalidade, o instrumento regulatório deve ser determinado por lei, o que se denomina “marco regulatório”.

Até o início da execução do programa de desestatização, o Brasil contava apenas com regulações do Banco Central do Brasil, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e da manutenção de estoques produtivos. Tais regulações eram realizadas basicamente com o aumento ou diminuição de impostos para beneficiar este ou aquele setor, com o controle de fusões e incorporações e a venda de produtos no mercado interno, para o controle da elevação de seus preços.

Após a instituição do Programa de Desestatização, em 1997, foram criadas as chamadas Agências Reguladoras, como a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), ANP (Agência Nacional do Petróleo) e a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), para a regulação e controle de atividades até então exercidas pelo Estado como monopólio.

A outorga aos entes privados do direito de explorar atividade essencialmente pública ocorreu por intermédio da Lei de Concessões dos Serviços Públicos (Lei nº 8.987/95), que regula a concessão de serviços até então exercidos pelo Estado.

A referida lei cuidou de proteger os usuários de tais serviços, assegurando-lhes o direito de receber do poder concedente e da concessionária todas as informações necessárias para a defesa dos interesses individuais e coletivos, o direito de denunciar as irregularidades que venham a tomar conhecimento e o de formar comissões e conselhos, para a fiscalização dos serviços prestados.

As agências reguladoras são dotadas de autonomia política, financeira, normativa e de gestão, seguindo o modelo de formar conselhos compostos por profissionais especializados em suas áreas, com independência em relação ao Estado e com poderes de mediação, arbitragem e de traçar diretrizes e normas, com o objetivo de adaptar os contratos de longo prazo realizados a eventuais acontecimentos imprevisíveis, no ato de sua lavratura.

A criação das agências especializadas ocorre nas esferas federais e estaduais, sendo a primeira formada com o objetivo de regular os serviços de rede de larga escala e os de interesse nacional, e a segunda competente para regular todos os serviços concedidos ou permitidos pelos Estados membros e municípios, para a melhor adaptação às realidades regionais.

A autonomia e independência concedidas às agências reguladoras são fundamentais para que as mesmas possam exercer adequadamente suas funções, vez que o maior bem jurídico sob tutela é o interesse comum, não sendo possível sujeitá-las às pressões políticas.

Assim, devem-se criar mecanismos que possibilitem sua autonomia financeira, pela arrecadação de taxas de fiscalização previamente estipuladas nos contratos de concessões, bem como seus membros devem possuir conhecimento técnico e jurídico sobre a atividade regulada.

Contudo, embora as agências reguladoras gozem de autonomia política, estrutural e financeira, elas permanecem sujeitas ao crivo do Poder Judiciário, assim como demais questões envolvendo os concessionários e os usuários do serviço público, pois, em respeito ao princípio do acesso à Justiça, todo ente público ou privado que se sentir lesionado em seu direito, poderá procurar o Judiciário.

No curso do “VII Fórum Brasileiro sobre as Agências Reguladoras” foi citado o caso concreto referente à gratuidade nos transportes coletivos urbanos. A questão levada a juízo foi a possibilidade de a legislação estabelecer benefícios sociais em transportes públicos municipais e estaduais concedidos sem previsão da fonte de custeio.

Com efeito, de acordo com a jurisprudência do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, tem sido considerada inconstitucional a lei estadual ou municipal que estabelece o benefício da gratuidade nos transportes coletivos, quando não indicada a fonte de custeio.

Nesse sentido, vale refletir sobre as seguintes ementas da jurisprudência do Órgão Especial desse E. Tribunal:

0021336-17.2007.8.19.0000 (2007.007.00028) - DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - 1ª Ementa

DES. MANOEL ALBERTO - Julgamento: 22/09/2008 - ÓRGÃO ESPECIAL

REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE Constitucional. Representação por inconstitucionalidade de lei municipal que institui subsídio para gratuidade de transporte coletivo sem a indicação da correspondente fonte de custeio. Preliminares de inépcia da inicial, de ilegitimidade ativa *ad causam* e de impossibilidade jurídica do pedido que se rejeitam. Inconstitucionalidade que se declara, à vista dos claríssimos termos do artigo 112 § 2º da Constituição Estadual.

0031843-71.2006.8.19.0000 (2006.007.00068) - DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - 1ª Ementa

DES. RUDI LOEWENKRON - Julgamento: 09/07/2007 - ÓRGÃO ESPECIAL

CONSTITUCIONAL - REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE - LEI MUNICIPAL 4151/2006 de Volta Redonda - Não podem os Vereadores tomar a iniciativa de projeto de lei invasor da linha de atribuições do Executivo, ordenando providências a órgão da administração municipal, criando encargos funcionais e ainda estabelecer isenções sem a devida fonte de custeio ao deferir a gratuidade no transporte coletivo municipal aos desempregados cadastrados nos horários especificados. Clara ficou a violação da reserva por conduta simétrica do art 61 § 1º II - B da Cons-

tuição Federal e da norma do art 112 da Carta Estadual. -
Representação procedente.

0020922-53.2006.8.19.0000 (2006.007.00041) - DIRETA
DE INCONSTITUCIONALIDADE - 1ª Ementa

DES. ROBERTO WIDER - Julgamento: 02/04/2007 - ÓR-
GÃO ESPECIAL

Representação por Inconstitucionalidade com pedido de sus-
pensão liminar de eficácia da Lei nº 3.167/2000 do Município
do Rio de Janeiro que “Assegura o exercício das gratuidades
previstas no Artigo 401 da Lei Orgânica do Município do Rio
de Janeiro, mediante a instituição do Sistema de Bilhetagem
Eletrônica nos serviços de transporte público de passageiros
por ônibus do Município do Rio de Janeiro e dá outras provi-
dências.” Gratuidade em serviços públicos de transportes co-
letivos prestados de forma indireta. Direitos constitucionais
prestacionais. Natureza e efetividade. Necessidade de fonte de
custeio. Desatendimento a norma constitucional que prevê
o estabelecimento de critérios de contrapartidas necessárias à
compensação de custos em decorrência de gratuidades conce-
didas pelo poder concedente.

0018835-66.2002.8.19.0000 (2002.007.00060) - DIRETA
DE INCONSTITUCIONALIDADE - 1ª Ementa

DES. MARLAN MARINHO - Julgamento: 03/05/2004 -
ÓRGÃO ESPECIAL

REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDA-
DE LEI ESTADUAL N. 3650, DE 2001
TRANSPORTE COLETIVO
PASSE ESPECIAL
PROCEDÊNCIA DA AÇÃO

Representação por Inconstitucionalidade. Lei n. 3.650, de
21/09/2001. Regulamentação do art. 14, da Constituição

Estadual. Violação do processo legislativo. Art. 112, pars, da Constituição Estadual. Consequência. A lei que complementa norma constitucional, que, por sua vez, garante a gratuidade de serviços públicos estaduais de transporte coletivo, prestados de forma indireta, se deliberada e votada sem a indicação da fonte de custeio, padece do vício de inconstitucionalidade. Representação procedente. Vencido o Des. Carlos Ferrari, Nilton Mondego, Luiz Zveiter, Ronald Valladares, Raul Quental, José Lucas Alves de Brito e Celso Guedes.

Ementário: 38/2005 - N. 17 - 10/11/2005

0032616-92.2001.8.19.0000 (2001.007.00057) - DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - 1ª Ementa

DES. ALVARO MAYRINK DA COSTA - Julgamento: 07/04/2003 - ÓRGÃO ESPECIAL

REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL

LEI MUNICIPAL N. 3.645, DE 2001 - VOLTA REDONDA VÍCIO DE INICIATIVA

TRANSPORTE GRATUITO

TRANSPORTE COLETIVO MUNICIPAL

Constitucional. Vício de iniciativa. Declaração de inconstitucionalidade. 1. Representação por inconstitucionalidade contra dispositivos de Lei do Município de Volta Redonda que amplia o benefício de gratuidade na utilização de transportes coletivos concedidos pela municipalidade, a pessoas inscritas como acompanhantes de deficientes físicos. 2. Diploma municipal que afronta o disposto no art. 112, par. 2. da Carta Política Estadual, aplicável ao Município “ex vi” do art. 343, do citado diploma constitucional. 3. Serviço público prestado de forma indireta, sem a correspondente fonte de custeio. 4. Procedência do pedido.

Outra questão de grande repercussão, que vem sendo alvo de demanda judicial em massa, asoberbando as Varas Cíveis e os Juizados Especiais Cíveis deste Tribunal, diz respeito à legalidade da atuação da concessio-

nária de serviço público Light S/A na elaboração do chamado “Termo de Ocorrência de Irregularidade - TOI”, bem como da observância às normas da Agência Nacional de Energia Elétrica, em especial quanto ao artigo 72 da Resolução 456 de 2000 da ANEEL.

A jurisprudência vem entendendo que o TOI elaborado pela concessionária não atende às exigências da ANEEL, uma vez que a constatação da irregularidade não é baseada em perícia técnica elaborada pelo órgão competente e que não foram observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, na medida em que o usuário foi coagido a assinar o Termo, sob pena de ter o seu serviço essencial interrompido.

Para melhor ilustrar a questão, destacaram-se algumas ementas da jurisprudência desse E. Tribunal, a seguir colacionadas:

0010236-76.2007.8.19.0061 - APELAÇÃO - 1ª Ementa

DES. NAGIB SLAIBI - Julgamento: 27/04/2011 - SEXTA CÂMARA CÍVEL

Direito do Consumidor. Interrupção do fornecimento de energia elétrica. Alegação de fraude no medidor. Termo de Ocorrência de Irregularidade (TOI) realizado unilateralmente pela concessionária. Faturas com cobrança excessiva. Inclusão indevida do nome do autor em cadastros restritivos de crédito. Laudo do perito do Juízo. Não constatação de fraude. Fato do serviço. Configuração. Dano moral “in re ipsa”. Sentença de procedência parcial. Recurso. Alegação de existência de irregularidade no medidor de energia elétrica do imóvel objeto da lide e exercício regular do direito tanto na cobrança como na inscrição do nome do autor em rol de devedores. Descabimento. Sentença mantida na íntegra. O fornecimento de energia elétrica configura serviço público essencial, logo, submetido ao princípio da continuidade, só podendo ser interrompido nas estritas hipóteses previstas pela Lei nº 8987/95. Ademais não há nos autos prova substancial de ocorrência de fraude, constatando o Perito do Juízo não haver qualquer irregularidade, até porque o medidor objeto da lide já não estava mais ativado na época da perícia, não se mostrando razoável

a cobrança imputada ao consumidor tampouco a inclusão de seu nome em rol de devedores.”Apelação Cível. Ação de reparação de dano moral. Rito Sumário. Irregularidade no medidor de energia elétrica constatada unilateralmente pela concessionária de serviço público. Aplicação da Resolução 456/2000 da ANEEL. Não observância ao devido processo legal, do qual os princípios do contraditório e ampla defesa são corolários. Corte no Fornecimento de energia. Dano moral caracterizado. Incabível a cobrança de valor que tenha sido apurado por meio unilateral, de modo a ser imputado ao apelante a conduta de ato fraudulento, impondo-se, assim, o dever de reparar o dano sofrido, posto que ínsito à conduta ilícita da concessionárias. Dano moral *in re ipsa*. Precedentes deste Tribunal” (Ap. Cív. nº 2007.001.57069, 6ª Câm. Cível, rel. Des. Nagib Slaibi, j. 07/11/2007).Desprovimento do recurso.Correção, de ofício, da data de incidência dos juros de mora sobre o valor da condenação. “In iliquidis non fit in mora”. Incidência a partir do julgado que a fixar.

0009207-31.2008.8.19.0004 - APELAÇÃO - 1ª Ementa

DES. CLAUDIA TELLES DE MENEZES - Julgamento: 28/04/2011 - QUINTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZATÓRIA. LAVRATURA DE TOI SEM OBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NA RES. 456 DA ANEEL. ASSINATURA DE CONFISSÃO DE DÍVIDA SOB AMEAÇA DE INTERRUPÇÃO DO SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA. CORTE PROMOVIDO PELA CONCESSIONÁRIA COM BASE NO TOI. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. DANO MORAL CONFIGURADO E FIXADO EM CONSONÂNCIA COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. PRECEDENTES. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO NA FORMA DO ART. 557, *CAPUT* DO CPC.

0304457-82.2009.8.19.0001 - APELAÇÃO - 1ª Ementa

DES. MONICA COSTA DI PIERO - Julgamento:
26/04/2011 - OITAVA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZATÓRIA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA EM FACE DA LIGHT. ENERGIA ELÉTRICA. DIREITO DO CONSUMIDOR. FALTA DE PERÍCIA TÉCNICA FEITA POR ORGÃO COMPETENTE. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1. Ação objetivando a declaração de inexistência de débito com condenação da ré ao pagamento de indenização a título de dano moral. Sentença de parcial procedência. Improcedência do pedido de condenação da concessionária ao pagamento de indenização a título de dano moral. 2. Inegável que a relação jurídica entabulada se afigura de consumo, ensejando a aplicação das regras consumeiristas, como forma de restabelecer o equilíbrio e igualdade. 3. Para a caracterização da irregularidade na conduta do consumidor, não é suficiente a simples lavratura do Termo de Ocorrência de Irregularidade. Termo de Ocorrência de Irregularidade - TOI lavrado de forma unilateral por parte da empresa ré, não logrando êxito em comprovar a alegada irregularidade no medidor de consumo de energia elétrica da residência da parte autora já que a apuração de tal irregularidade não observou o art. 72, II da Resolução 456/2000 da ANEEL, segundo o qual a concessionária deve solicitar perícia técnica do órgão competente vinculado à segurança pública após a constatação de qualquer irregularidade. 4. A ré responde objetivamente pelos danos causados, nos termos do artigo 14, *caput*, do CDC. No entanto, não restou configurada nos autos qualquer situação fática que configurasse grave abalo psicológico à parte autora. 5. É vedada pelo CDC a suspensão injustificada de um serviço essencial, sem a prévia notificação do consumidor. Este diploma legal proíbe que a concessionária de serviço público interrompa o mesmo de forma unilateral e arbitrária, o que

não é a hipótese dos autos. Em sendo assim, não há que se falar em ocorrência de dano moral. 6. Nega-se seguimento ao recurso.

Conforme mencionado, o usuário do serviço público que sentir lesado pela prática da concessionária, sempre poderá recorrer ao Judiciário para ter os seus direitos assegurados, em nome do Princípio do Acesso à Justiça.

Entretanto, seria de grande interesse social se as agências reguladoras, na qualidade de representantes da Administração Pública como órgãos reguladores e fiscalizadores, atuassem de forma mais contundente, a fim de impedir práticas ilícitas recorrentes adotadas pelas concessionárias de serviços públicos.

Considerando que se trata de serviços de massa, as condutas indevidas reiteradamente adotadas pelas concessionárias possuem enorme repercussão na sociedade, na medida em que atingem milhares de cidadãos, usuários dos serviços públicos de caráter essencial. Tais violações aos direitos dos usuários fatalmente deságuam no Judiciário, assoberbando-o cada vez mais e comprometendo prestação jurisdicional.

No atual momento de amadurecimento do modelo de descentralização do poder estatal, faz-se imperiosa a necessidade de intervenção mais contundente das agências reguladoras, a fim de prevenir violações aos direitos dos usuários e, em consequência, evitar a judicialização de questões que deveriam ser evitadas ou sanadas administrativamente. ♦