

PARECER

ASPECTOS JURÍDICOS DO EXERCÍCIO
DO PODER DE SANÇÃO POR ÓRGÃO
REGULADOR DO SETOR DE ENERGIA
ELÉTRICA

Trata-se aqui de indagações surgidas em decorrência de dúvidas encontradas por órgão incumbido de consultoria relacionada com a estratégia de aplicação do seu poder sancionador sobre concessionários dos serviços de energia elétrica no Estado de São Paulo.

A mencionada unidade, por delegação da Agência Nacional de Energia Elétrica — ANEEL, exerce a função de órgão regulador do setor no âmbito paulista. Dentro de suas atribuições, compete aplicar as penalidades previstas nos respectivos contratos de concessão, firmados com as empresas prestadoras dos serviços de distribuição de energia elétrica no Estado, setor que recentemente vem sendo reestruturado, inclusive com a desestatização de algumas empresas.

Os referidos contratos prevêm uma sistemática de aplicação de multas atrelada à apuração de indicadores de qualidade dos serviços. A partir de indicadores, regionais e gerais, levantados junto às empresas no período anterior à reestruturação, foram estipulados parâmetros que devem ser atingidos pelas concessionárias. Sempre que apurados desvios ou insuficiências nos indicadores, periodicamente encaminhados pelas concessionárias, estabelece-se um procedimento sancionador ao cabo do qual, verificado o desatendimento do parâmetro, cabe a aplicação de uma multa advinda de fórmulas que consideram inclusive o nível da distorção ou insuficiência.

Foi tal processo engendrado na perspectiva de objetivar ao limite a tarefa de aplicação de sanções. Embora os indicadores e a sistemática de verificação dos parâmetros sejam preexistentes à privatização das empresas concessionárias, a aplicação das penalidades só passou a ser exigida após a conclusão de cada processo de desestatização. A sistemática de penalidades em apreço é específica para as empresas submetidas ao poder regulador delegado e tem base jurídica exclusivamente nos contratos de concessão.

Os problemas têm sido verificados na operacionalização da estratégia concebida. Cuidando-se da aplicação de penalidades administrativas, emergem questões jurídicas envolvendo, entre outras, i) o início da vigência da sistemática de penalidades; ii) o cabimento ou não de alegações de defesa baseadas em excludentes gerais de responsabilidade; iii) a admissibilidade de argumentos de defesa que questionam a confiabilidade de alguns parâmetros; iv) a possibilidade de, em casos concretos, substituir a aplicação de pena por compromissos onerosos a serem assumidos pela concessionária e que revertam em maior benefício para os consumidores.

Todas estas questões, devem ser enfocadas sob o prisma a) da competência e das funções legais do órgão regulamentador; b) da sistemática peculiar de exercício da sua função sancionadora; c) da estratégia estabelecida pela ANEEL e pela CSPE para o setor no Estado de São Paulo.

O exame inicial das questões efetivou-se mediante consulta à farta documentação, dentre a qual destacamos os contratos de concessão, relatórios de procedimentos relacionados ao processo de aplicação de penalidades em

apreço e amostragens dos processos de notificação e defesa inicial das concessionárias. Diversas reuniões foram realizadas com os agentes da Consulente, nas quais inicialmente foram apresentadas as condicionantes verificadas e, posteriormente, debatidas as estratégias possíveis para equacionamento dos problemas verificados.

Posto assim o quadro fático em que se insere o presente trabalho, afluem as seguintes questões:

1. Podem alegações de inconfiabilidade nos índices adotados como parâmetros de qualidade impedir ou invalidar a aplicação das penalidades previstas nos contratos?

2. À luz da sistemática prevista nos contratos, são admissíveis alegações de defesa sustentadas em eventos de força maior, caso fortuito ou atos de terceiros? Se positivo, quais os critérios para análise de tais alegações?

3. O fato de se aplicar ou não uma penalidade altera a responsabilidade da concessionária perante eventuais consumidores afetados por interrupções ou má prestação dos serviços concedidos?

4. À luz da legislação aplicável, pode o órgão sancionador substituir a aplicação de penalidades previstas no contrato pela assunção pelo concessionário de compromissos onerosos de atendimento de metas de qualidade ou de benefícios ao usuário relacionados com a falta supostamente cometida?

5. Quais são as estratégias possíveis e recomendáveis para o exercício futuro das competências sancionatórias por parte da Comissão?

Assim, passamos a enfrentar os aspectos jurídicos para, ao final, tentar responder objetivamente às indagações.

PARECER

“Se a lei todas às vezes regulasse vinculadamente a conduta do administrador, padronizaria sempre a solução, tornando-a invariável mesmo perante situações que precisariam ser distinguidas e que não se poderia antecipadamente catalogar com segurança, justamente porque a realidade do mundo empírico é polifacética e comporta inumeráveis variantes. Donde, em muitos casos, uma predefini-

ção normativa estanque levaria a que a providência por ela imposta conduzisse a resultados indesejáveis.” (Celso Antônio Bandeira de Mello, “*Curso de Direito Administrativo*”, p. 577).

1. A análise do assunto permitiria travar algumas discussões extremamente relevantes para o momento vivido pelo direito público não só no Brasil como em quase todos os países ligados ao direito continental. Fazê-lo seria, contudo, desbordar em demasia os horizontes deste trabalho, tornando-o tão longo quanto inútil para os objetivos que o determinaram. Concentrar-nos-emos, pois, em analisar os aspectos jurídicos relacionados à sistemática de aplicação de penalidades por desconformidade nos padrões de qualidade de prestação de serviços públicos por parte da Comissão de Serviços Públicos de Energia — CSPE no âmbito de sua atividade reguladora delegada pela ANEEL consoante permitido pelo art. 20 da Lei federal nº 9.427/96. Não resistiremos, contudo, a tecer algumas considerações gerais que, a nosso ver, constituem pressuposto indispensável para enfrentamento das questões postas.

2. Neste sentido, iniciamos as presentes razões por situar a atividade fiscalizadora e sancionadora dos órgãos reguladores (mormente aqueles de nova geração, inseridos no âmbito das autoridades setoriais independentes) e por tentar divisar os contornos da atividade sancionatória do Estado, mormente em sua manifestação administrativa. Na sequência, enfrentaremos os principais problemas trazidos, a saber: i) os limites e condicionantes para incidência das excludentes gerais de punibilidade; ii) a diferença jurídica entre a responsabilidade civil das concessionárias e a aplicação de penalidades pelo órgão regulador (CSPE); iii) a possibilidade e conveniência de estabelecimento de medidas administrativas reparatórias em substituição à mera aplicação de sanção. Ao final, tentaremos responder objetivamente às questões suscitadas.

I — Os novos órgãos reguladores e sua atividade sancionadora

3. Temos assistido, dentro do processo de reforma do Estado ora em curso, a constitui-

ção de órgãos reguladores moldados para exercer espécie de atividade estatal um pouco diversa do plexo de atribuições tradicionalmente a cargo da Administração Pública. Sustentamos, em oportunidade recente¹, que “a existência de órgãos públicos encarregados de fiscalizar ou regulamentar determinado setor da economia ou em especial atividades que envolvam utilidades públicas não constitui inovação revolucionária. No direito americano, trata-se de fenômeno ancestral². Entre nós, Bilac PINTO já propugnava pela existência de comissões de fiscalização e controle para os serviços de utilidade pública já no início da década de 40³”.

Como bem assinala Matilde Carlón Ruiz, “nos processos que vêm se desenvolvendo ultimamente em setores que poderíamos qualificar como estratégicos, aparece como peça chave a criação de órgãos de novo perfil, com funções técnicas bem delimitadas e um maior grau de independência ou autonomia frente às forças políticas. Através da criação deste tipo de órgãos busca-se romper com a identificação das funções de regulação com as de atividade econômica caracterizadas até agora como monopólios⁴”.

Contudo, no panorama do direito público, o surgimento destas entidades (normalmente denominadas agências) introduz uma série de questões e inovações que estão a demandar profunda e desapassionada reflexão doutrinária. Dentre elas, destaca-se a necessidade do

órgão regulador equilibrar-se entre o exercício da autoridade pública e a composição de interesses privados (dos usuários ou dos diversos exploradores de atividades econômicas no âmbito do setor regulado). O fato é que esta “nova regulação”, desempenhada pelos órgãos reguladores independentes, discrepa dos lineamentos da autoridade administrativa tradicional. A unilateralidade e a exorbitância tradicionais no exercício da autoridade pública (poder extroverso) têm que dar lugar à interlocução, à mediação e à ponderação entre interesses divergentes, sem descuidar, por óbvio, da proteção da coletividade contra abusos dos agentes econômicos.

De outro lado, a atividade regulatória estatal, neste novo contexto, tem que se pautar pelos interesses que lhe cumpre tutelar. É sabido de todos que a ordem econômica na Constituição federal consagra a livre iniciativa e atrela o exercício da atividade regulatória direta (art. 173) e indireta (art. 170, Parágrafo único e 174) à existência de interesse coletivo que o justifique. Assim, em cada âmbito de atuação dos órgãos (ou agências) reguladores, deve-se ter presentes os objetivos da regulação (proteção da competição e da ordem econômica, no caso do CADE; tutela das relações de consumo e do consumidor no caso do SNDC; cumprimento da política nacional de telecomunicações e defesa do usuário destes serviços no caso da ANATEL etc). Será apenas na perseguição destas finalidades, pres-

1 Ver “*A Republicação do Estado e os Interesses Públicos*”, Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, mimeo, Depto. Direito do Estado, 1999, p. 285 e ss.

2 As agências reguladoras são bastante antigas no Direito Americano, constituindo um eixo central do Direito Administrativo naquele país. Efetivamente, a primeira agência reguladora nos Estados Unidos, a Interstate Commerce Commission (ICC) foi instituída em 1887, sendo certo também que tais entidades ganharam enorme relevância após o *New Deal*. Acerca das agências no direito americano, ver as obras célebres: Robert E. CUSHMANN, “*The Independent Regulatory Commissions*”, New York, Octagon Books, 1972 e Marver H. BERNSTEIN, “*Regulating Business by Independent Commission*”, Princeton, Princeton University Press, 1955. Ver também Alfred C. AMAN, JR, (“*Administrative Law in a Global Era*”, Ithaca, Cornell University Press, 1992) que estabelece uma interessante, periodização acerca das agências reguladoras nos EUA.

3 Cf. “*Regulamentação Efetiva dos Serviços de Utilidade Pública*”, Rio de Janeiro, Forense, 1941, p. 59.

4 Matilde Carlón Ruiz, “*La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Vol. 102, Abr.-Jun., 1999, p.233.

critas em Lei, que tais órgãos poderão exercer suas competências. Serão estes objetivos, inclusive, que justificarão e balizarão a independência¹ destas agências.

4. Já asseveramos², também, que a função regulatória³ compreende uma ampla gama de atividades que envolvem a regulamentação, a fiscalização, o monitoramento, a mediação e arbitragem de interesses, a outorga e cassação de licenças para exploração de utilidades públicas, aplicação de sanções, entre outras. Todas estas atividades, repetimos, serão exercidas sempre em sintonia com as metas estatais e com vistas ao atingimento dos objetivos precípuos estatuídos em lei para o setor específico. Assim, para o órgão regulador de telecomunicações, eles podem ser a ampliação do número de usuários e o incremento da rede principal do serviço básico; já para a agência, no setor de petróleo, a perspectiva pode reduzir o uso deste bem escasso e a substituição da matriz energética. O que importa, é que o exercício da atividade regulatória deverá estar adstrito às finalidades primaciais que incumbem ao órgão perseguir.

5. De todas as atividades que compõem a função de regulação, interessa-nos aqui aquela condizente com a aplicação de sanções. Certo é que, dentro do plexo de atividades que compõe a função de regular uma dada ativi-

dade econômica de relevância pública (em especial serviço público), o exercício da função punitiva possui grande importância. Isso não só por constituir a punição um requisito de eficácia da atividade regulatória, mas também porque é primacialmente pelo poder de sanção que o órgão regulador se afirma frente aos atores privados regulados (concessionários, permissionários, autorizados etc) e perante os administrados (consumidores). Sem a ameaça potencial de sanção, resta fragilizada a autoridade regulatória. Sem perceber a capacidade coercitiva do regulador, sente-se o administrado desamparado.

6. Porém, a atividade punitiva não pode se transformar num mero mecanismo de autoafirmação do regulador ou num exercício de criação de “*atos regulatórios*” voltados exclusivamente para o público⁴. A sanção é mero instrumento para atingimento das finalidades primárias do órgão.

Em seu célebre tratado sobre o direito administrativo germânico, ensinou Otto Mayer que “*a importância de toda regra de direito penal reside em convencer aos sujeitos, pela pena fixada e destinada a ser imposta, da necessidade de observar uma conduta conforme ao interesse público. A regra de direito penal de polícia está feita para inspirar uma conduta conforme à polícia, uma conduta que*

1 A independência destes entes ou destas agências revela-se então essencial, como bem aponta Filippo LONGO (“*Ragioni e Modalità Dell’Istituzione delle Autorità Indipendenti*”, In S. CASSESE e C. FRANCHINI, “*L’Amministrazione Pubblica Italiana*”, Bolonha, II Mulino, 1994, p. 14-15). Tal essencialidade decorre da necessidade de, muita vez, exercer a mediação e a proteção de interesses públicos primários contra interesses estatais (que poderiam ser tomados aqui como interesses públicos secundários na acepção de Renato Alessi).

2 “*A Republicização do Estado e os Interesses Públicos*”, cit., p. 295.

3 Adotamos, portanto, o *conceito operacional de regulação* elaborado por Vital MOREIRA para regulação. Segundo o autor português, por regulação entenderíamos “*o estabelecimento e a implementação de regras para a atividade econômica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objetivos públicos*” (Cf. Vital MOREIRA, “*Autoregulamentação Profissional e Administração Pública*”, Coimbra, Almedina, 1997, p. 34).

4 Neste particular tenho registrado minha crítica fraterna aos agentes reguladores do direito do consumidor (curadorias do consumidor, Procons e entidades privadas conveniadas e fundacionais) pela postura por eles mormente adotada de criar, quase numa “*pedagogia do hipossuficiente*”, fatos de interesse da mídia, ajuizando bombásticas ações civis públicas ou divulgando notícias distorcidas com vistas a aterrorizar os agentes econômicos como se isso contribuísse na defesa do consumidor. Neste fazer muita vez relega-se a um segundo plano a imparcialidade que deve pautar a atividade regulatória.

se ajuste ao dever que incumbe ao sujeito não perturbar a boa ordem e a coisa pública. O mal (a sanção), com o qual a regra punitiva ameaça e ordena imputar, é o meio para atingir este fim”¹.

Temos, então, uma primeira nota relevante: a finalidade da atividade regulatória estatal não é a aplicação das sanções e sim a obtenção das metas, pautas e finalidades que o legislador elegeru como relevantes alcançar. Para atingimento destas finalidades primaciais pode lançar mão, dentre outros instrumentos, do poder de sancionar. *As penas nunca são um fim em si mesmo, mas um instrumento de que se utiliza o ente estatal para obrigar aos particulares condutas desejadas.*

7. Segue daí que a atividade estatal coercitiva (que envolve desde a aplicação de sanções administrativas como as ora discutidas, como também a própria atividade penal de cerceamento da liberdade) deve ser, sempre, exercida com moderação, com sopesamento, com parcimônia. Em uma palavra, deve sempre — em especial na atividade administrativa de que a regulação é espécie — observar o *princípio da proporcionalidade*.

O “princípio da proporcionalidade” é uma criação doutrinária. Define-se como sendo decorrente “da idéia de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas”². “Daí que o Judiciário deverá anular os atos administrativos incursos neste vício [de afrontar a proporcionalidade] ou, quando possível, fulminar apenas aquilo que seja caracterizável como excesso.”³

Com extremo didatismo, Fritz Fleiner⁴ deixou assentado que “a autoridade administra-

tiva não pode empregar meio de coação mais severo do que seja necessário para conseguir o fim proposto”, o que nos remete a outra nota relevante: a proporcionalidade imprescindível na aplicação de sanções deve ser buscada não apenas na correlação *pena-fato punível*, mas especialmente no *equilíbrio pena-finalidade de punir* a conduta sancionada.

8. De outro lado, constituindo a atividade sancionadora uma *função pública*, uma competência atribuída pela Lei ao agente público, não pode ela ser desconsiderada. Ou seja, sujeita-se a atividade sancionadora ao *princípio da função* segundo o qual o exercício do poder estatal é um dever, não uma faculdade do agente. Contudo, *esta sujeição deve ser entendida como “um verdadeiro dever jurídico e que só se legitima quando dirigido ao atingimento de específica finalidade que gerou sua atribuição ao agente”*.⁵

Vem daí que o poder-dever de aplicar sanção não pode ser entendido como uma obrigação de punir com máximo rigor, mas sim obrigação indeclinável de não deixar de atender às finalidades previstas na norma punitiva. Quer sim dizer que o juiz criminal não pode deixar de julgar um processo-crime; que o guarda de trânsito não pode declinar de sua competência para autuar infrações de trânsito; que o agente da vigilância sanitária não pode fazer vistas grossas a estabelecimento que viole as normas de sua alçada.

Não significa, porém, que se deva punir com pena máxima o réu primário; nem que o agente de trânsito deva aplicar multa havendo dúvida acerca da efetiva velocidade do veículo; ou que o fiscal não deva levar em conta que o estabelecimento vistoriado acabou de ser inundado por um córrego e não houve tempo para ultimar a limpeza.

9. Dito de outro modo, o que deve pautar a

1 Otto Mayer, “*Derecho Administrativo Alemán*”. Buenos Aires, Depalma, 2ª ed., 1982, p. 90.

2 Celso Antônio Bandeira de Mello, “*Curso de Direito Administrativo*”, São Paulo, Malheiros. 9ª ed., 1997, p. 67.

3 Idem, p. 38.

4 Fritz Fleiner, “*Instituciones de Derecho Administrativo*”, Barcelona, Labor, 1933, p. 174.

5 Carlos Ari Sundfeld, “*Fundamentos de Direito Público*”, São Paulo, Malheiros, 1992, p. 156.

atividade punitiva do Estado não é a sanha de punir (ou de arrecadar multas) e sim o equilibrado exercício da função sancionadora que, observada a ponderabilidade fato-pena e a proporcionalidade, seja a um só tempo razoável e eficaz para o atingimento das finalidades que justificam a existência da sanção. Nos precisos dizeres de Régis Fernandes de Oliveira “A dosagem da penalidade a ser imposta atenderá à finalidade objetivada pela lei. Será discricionária dentro dos limites legais, mas inculcada à finalidade a ser alcançada. Em Direito, os fins não justificam todos os meios.”¹

10. Daí por que nós, do mundo jurídico, guardamos grande aversão às penalidades definidas por fórmulas objetivas, automáticas. Elas, com a aparência de facilitar a atividade do agente, acabam por armadilhá-lo em aporias tão inúteis quanto contrárias ao interesse público.

O fato é que, no mais das vezes (e no setor elétrico, em regra, não é diverso) a norma punitiva é construída de modo a prescrever a pena à qual se sujeita o infrator.

Ou seja, em regra a norma típica prevê a possibilidade (sujeição) de punição, conferindo ao aplicador competente i) uma margem de verificação, no caso concreto, do cabimento ou não da pena diante do fato punível; e ii) uma margem de ponderação, de mensuração da pena tomando por base fatores — subjetivos e objetivos — de atenuação ou agravamento desta. Tais margens nos remetem à análise da discricionariedade no exercício da função punitiva.

II — A discricionariedade no exercício da função sancionadora

11. Ensina a melhor doutrina que a discricionariedade tem lugar quando “a disciplina legal faz remanescer em proveito e a cargo do

administrador uma certa esfera de liberdade, perante o que caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei.”²

Decorre a discricionariedade do reconhecimento da impossibilidade do legislador prever, em termos gerais e genéricos próprios à legalidade, todas as situações e nuances que envolverão o exercício da autoridade no caso concreto. Justifica-se, “quer para evitar o automatismo que ocorreria fatalmente se os agentes administrativos não tivessem senão que aplicar rigorosamente as normas preestabelecidas, quer para suprir a impossibilidade em que se encontra o legislador de prever todas as situações possíveis que o administrador terá que enfrentar...”³. É dizer, a discricionariedade (nos limites em que se faculta o seu exercício) constitui um poderoso instrumento para que o exercício da função administrativa não se converta num exercício automatizado, incapaz de concretizar, nas situações concretas, as finalidades públicas.

12. Toda a norma penal confere ao agente público competente para sua aplicação uma certa margem de liberdade na sua concretização.

Assim ocorre com a norma penal típica, sempre prescritora de balizas para a aplicação da pena. Do mesmo modo irá operar a sanção administrativa. De todo modo (e isso é particularmente relevante em sede de sanções), os limites da atuação do agente público na consecução de finalidades coletivas que lhes eram confiadas será ditado pela Lei. Ninguém melhor que Afonso Rodrigues Queiro para ilustrá-lo. No seu célebre trabalho monográfico sobre o desvio de poder, o publicista, enfocando a questão da margem de discricionariedade que possui a Administração assevera que, em tese, “o legislador marca, na categoria objetiva do interesse público, a medida que deve ser tomada como única legal.”⁴

1 Régis Fernandes de Oliveira, “*Infrações e Sanções Administrativas*”, São Paulo, RT, 1985, p. 73.

2 Celso Antônio, cit., p. 576.

3 Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “*Direito Administrativo*”, São Paulo, Atlas, 8ª ed., 1997, p. 177.

4 Afonso Rodrigues Queiró, “*Reflexões sobre a Teoria do ‘Desvio de Poder’*”, Coimbra, Coimbra Ed., p. 72.

13. Ora, tendo já fixado que a atividade sancionatória do Estado somente atenderá ao interesse público se for consentânea com os princípios da proporcionalidade e da finalidade, fácil é demonstrar que a norma penal somente poderá ser aplicada mediante a utilização de uma margem de discricionariedade, a ser necessariamente exercida num campo de indeterminação normativa.

Deveras. A proporcionalidade somente será respeitada e atingida se *no caso concreto* for aplicada a *pena adequada à conduta punível e às finalidades pretendidas*, considerando todas as *variáveis subjetivas* (primariedade ou reincidência, aspectos volitivos do agente, dolo ou culpa em todas suas matizes, aferição de benefícios com a infração etc) e *objetivas* (existência de excludentes de culpabilidade, impacto social da infração, sua repercussão na coletividade, desincentivo a condutas congêneres etc). De outro lado, o apenamento somente adquire conformidade jurídica se, também em cada situação fática, puder o agente aferir a aderência entre a pena aplicável e as finalidades da norma penal.

Segue daí que, sem laivo de dúvidas, podemos firmar nossa convicção de que o automatismo sancionador, a prescrição de normas penais de aplicação automática, o cartesianismo penal, são írritos ao ordenamento jurídico, pois pressupõem abdicar dos deveres de proporcionalidade e finalidade. Não há como observar tais inarredáveis vetores prescrevendo a impermeabilidade da norma penal à avaliação concreta, casuística, da situação apenável. Temos cá conosco, então, que sempre haverá, independente da prescrição administrativa, o poder-dever do agente público de sopesar a pena, exercitando a margem de discricionariedade intrínseca à função sancionadora.

14. Como já afirmamos, as prescrições de punições são, em regra, formuladas como uma autorização para o agente público aplicar a sanção ao caso concreto. Não se diz “*será punido*”, mas “*sujeita-se à pena*”, “*será passível de multa*” ou “*submetem-se às seguintes sanções*”.

É a própria norma penal (ou melhor, a prescrição legal que autoriza a aplicação da pena e sem a qual falece o agente de competência punitiva) que traz inerente a discricionariedade. Poderíamos colecionar infinitas leis versantes sobre sanções penais ou administrati-

vas para demonstrá-la. Porém, utilizamos apenas das duas regras legais que preconizam a competência do órgão regulador para aplicar multas.

Sabemos que a CSPE exerce, no Estado de São Paulo, a função de órgão regulador do setor de energia em parte (no tocante ao setor elétrico) por delegação da Agência Nacional de Energia Elétrica, conforme permite o art. 20 da Lei federal nº 9.427/96. Portanto, sua competência para aplicar penas às concessionárias dos serviços de energia elétrica advém da própria competência da ANEEL. O Art. 3º da citada lei (alterada neste particular pela Lei federal nº 9.648/98) estabelece a competência da ANEEL para:

“X — *‘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, correspondentes aos últimos doze meses anteriores à lavratura do auto de infração ou estimados para um período de 12 meses caso o infrator não esteja em operação ou esteja operando por um período inferior a doze meses.”

Já na Lei Complementar estadual nº 833/97, norma que criou a CSPE, vamos encontrar a competência punitiva definida da seguinte forma:

“Art. 3º (...)

§ 1º — No exercício de suas atribuições ou das que lhe forem delegadas, a *Comissão poderá aplicar as sanções previstas na Lei federal nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, na Lei federal 9.074 de 7 de julho de 1995 e na legislação específica relativa aos serviços públicos de energia.*”

É patente, nos dois dispositivos, que os legisladores federal e estadual atribuíram aos órgãos reguladores uma *margem de discricionariedade na aplicação das penalidades de sua competência*, fixando os limites para tanto. Vemos isso na lei federal, quando ela atribuiu à ANEEL a competência (posteriormente delegada à CSPE) para a fixação das multas, observado apenas o parâmetro (limite) porcentual sobre o faturamento.

Já na lei estadual, vemos esta faculdade discricionária na locução “*podrá aplicar as*

sanções". Por óbvio que não se cogita de outorgar ao órgão regulador estadual poderes para escolher aleatoriamente quem e quando punirá. A faculdade contida no verbo "poder" reporta-nos exatamente à margem de discricionariedade imprescindível ao adequado exercício da atividade de sanção (v.g., apreciação de excludentes, mensuração da pena, seu agravamento ou abrandamento etc.).

15. Frise-se, de outro bordo, que o agente público a quem a lei confere competência sancionatória não pode renunciar à margem de discricionariedade legal. Admiti-lo seria dar caráter legiferante à atividade administrativa e, pior, atribuir ao agente público poder para renunciar a uma atribuição que lhe foi conferida pelo legislador.

Se é verdade que a discricionariedade só pode ser exercida nas lindes fixadas pela lei, também é incontroverso que só a lei poderá restringir ou retirar a discricionariedade do agente público, sendo defeso a este renunciar ao exercício daquela tendo em vista a irrenunciabilidade da função pública. Na dicção sempre feliz de Carlos Ari Sundfeld "*descendem do princípio segundo o qual as competências dos agentes estatais se ligam às finalidades públicas, a exigência de razoabilidade, proporcionalidade, moralidade e boa-fé na atuação estatal, especialmente relevante quando a norma jurídica concede certa margem de liberdade para o agente decidir quanto ao modo como vai exercer sua competência.*"¹

A discricionariedade é indissociável do exercício da atividade sancionatória pois, sem ela (é dizer, adotado o automatismo cartesiano na aplicação da pena) restam violados os princípios da proporcionalidade e da finalidade, sem os quais não se admite a aplicação de qualquer sanção.

III — A sistemática de multas nos contratos de energia no Estado de São Paulo

16. Visto foi que a Lei federal nº 9.427/96 outorga à ANEEL competência para fixar as multas a serem impostas aos concessionários (art. 3º, X). O art. 20 deste mesmo diploma legal permite a descentralização destas funções aos órgãos reguladores estaduais. *Por óbvio que o ato de delegação nunca terá o condão de transferir competência diversa daquela outorgada ao delegante.* No caso da CSPE paulista, o art. 10, VII, da Lei Complementar nº 833/97 dá o respaldo legal para a recepção desta competência.²

17. A Resolução ANEEL nº 318/98, que estabelece a regulamentação atinente à imposição de penalidades aos agentes prestadores dos serviços de energia, vai, igualmente, tratar do tema. O art. 2 determina que a prática de infrações "*sujeitarão [sic] o infrator às penalidades de ...*" arrolando, entre outras, as multas. No art. 9º, tal Resolução prescreve que "*na fixação do valor das multas serão consideradas a abrangência e a gravidade da infração, os danos dela resultantes para o serviço e para os usuários, a vantagem auferida pelo infrator e a existência de sanção anterior nos últimos anos*".³

Temos daí que há, na regulamentação, a previsão de inegável margem ao poder regulador para aplicar ou postergar a aplicação das sanções e para arbitrar seu montante, obviamente considerando os princípios jurídicos reitores da atividade administrativa (proporcionalidade, isonomia, motivação, razoabilidade etc).

18. Por fim, o que é mais importante. As bases jurídicas para aplicação das penalidades por infração aos parâmetros de qualidade ora em análise se encontram em cláusulas espe-

1 Carlos Ari Sundfeld, "*Fundamentos de Direito Público*", cit., p 158.

2 O período de vacância da lei, ou seja, o entretempo compreendido entre a edição da norma e o início da sua vigência, o qual, pela regra da Lei de Introdução ao Código Civil será de 45 dias (Cf. art. 1º).

3 Ensina Celso Delmanto: "Geralmente, a própria lei marca o dia de sua entrada em vigor, que pode ser o da mesma data de sua publicação ou outro dia futuro. Caso não haja indicação do início da vigência, esta ocorrerá 45 dias após a publicação oficial. Neste espaço de tempo entre a publicação e a entrada em vigor da lei, ela ainda não é efetiva, não tem obrigatoriedade." (In "*Código Penal Comentado*", 1986, p.06).

cíficas de contratos firmados com as concessionárias paulistas.

Com efeito, embora venha num anexo toda a previsão da sistemática de punição, a sua referência jurídica somente pode ser obtida no disposto nesta cláusula, quando vemos nela referência às penalidades previstas na legislação e no instrumento, o qual, por óbvio, é integrado pelos seus anexos. Isso é relevante até para evitar questionamentos quanto à validade destas sanções em virtude do art. 6º, II da Lei estadual nº 10.177/98.

A previsão contratual também dá margem para um sopesamento na aplicação das multas. As referidas Cláusulas aludem ao fato de que, pelo descumprimento de disposições legais, contratuais, regulamentares etc “a Concessionária estará sujeita às penalidades de advertência ou multa”. Segue daí ser lícito concluir que a previsão penal admite alguma margem de discricionariedade por parte da Comissão. Neste ponto é que deverão ser ancoradas as variáveis que estamos a cogitar.¹

19. Pois bem, postos estes parâmetros, parece cabível afirmar *ser possível à CSPE introduzir mecanismos aptos a ponderar a regra automática e supostamente indeclinável de punições prevista no Anexos dos contratos*. Note-se que não se deve cogitar de sua não aplicação, mas apenas da sua aplicação consoante critérios mais amoldados à razoabilidade, à proporcionalidade e às peculiaridades que se tem verificado.

20. A mensagem relevante aqui é a de que, em que pese a redação peremptória do item VII.1. do Anexo III do contrato (“os indicadores controlados nas etapas descritas anteriormente, quando transgredirem os padrões estabelecidos, *gerarão penalidades ...*”), há margem de possibilidade para, introduzindo mecanismos alternativos ou estabelecendo novos critérios gerais, a CSPE relativizar ou postergar a aplicação de algumas destas mul-

tas, observando procedimentos uniformes, motivados e justificados.²

IV — As excludentes gerais alegadas³

21. É princípio geral de direito que o agente não responde por atos a que não tiver dado causa. Ainda que esta regra admita exceções no campo da responsabilidade civil, nas sanções de caráter penal ou quase penal não pode haver pena sem que o agente tenha contribuído ao resultado ilícito que gerou a sanção.

22. Para que uma sanção, de caráter penal ou administrativo, seja aplicada, há que se perquirir não somente da efetiva existência do fato punível, mas também e principalmente do liame que relaciona o agente a este fato. Deve haver nexos causal entre o comportamento do infrator e o resultado ilícito constatado, comprovando-se a relação de causa e efeito entre ambos. Descaracterizado tal nexos causal, não haverá mais falar-se em apenamento de qualquer conduta.

Ressalte-se que não se cogita, ainda, da intenção ou vontade do agente. Não se trata, aqui, da distinção entre responsabilidade objetiva ou subjetiva do agente, ou seja, de o mesmo ter culpa ou não no atingimento do resultado írrito à ordem jurídica. A inexistência de nexos causal entre o comportamento do agente e do seu resultado desresponsabiliza tanto aquele que agiu com culpa quanto aquele que seria responsável pelo resultado independentemente de sua intenção.

23. Entre as excludentes gerais de punibilidade, encontram-se o caso fortuito, a força maior e o fato de terceiro. Na feliz síntese de Hely Lopes Meirelles, “*força maior e caso fortuito são eventos que, por sua imprevisibilidade e inevitabilidade, criam para o contratado impossibilidade intransponível de normal execução do contrato*”.⁴ Com efeito, uma vez provado que em um acontecimento, para

1 In “Infrações e Sanções Administrativas”, cit., p. 44.

2 Heleno Cláudio Fragoso, “Lições de Direito Penal”, Rio de Janeiro, Forense, 11ª ed., 1987, p. 94.

3 Este tópico contou com a inestimável contribuição da Dra. Tatiana M. Cimbalyta.

4 in “Direito Administrativo Brasileiro”, 21ª edição, Ed. Malheiros, p. 221.

o qual o contratado não concorreu, era imprevisível, desfaz-se qualquer liame entre a conduta do contratado e o dano causado por tal acontecimento. Da mesma forma, se o evento era irresistível, ainda que previsível, ou seja, se nenhuma ação do contratado poderia evitá-lo ou sustar-lhe os efeitos, não há nexo de causalidade entre a ação do contratado e o defeito, estando excluída a sua responsabilidade.

Caso fortuito e força maior diferenciam-se por sua origem. Enquanto a *força maior* decorre de um evento humano, por exemplo, uma greve que paralisa os transportes, o *caso fortuito* decorre de evento da natureza, como um terremoto devastador em regiões não sujeitas a este fenômeno, ou uma enchente imprevisível que impossibilite a continuidade da obra. O *fato de terceiro* caracteriza-se, por sua vez, como o acontecimento nefasto causado por terceiros, para o qual não tenha concorrido, em nenhum grau, o contratado.

24. Como assinalado, a *característica essencial de tais eventos é a sua imprevisibilidade, a inevitabilidade de sua ocorrência, e principalmente, o caráter impeditivo absoluto do cumprimento do contrato. Deve-se entender, por este último, a configuração de óbice intransponível à regular execução do ajuste pela concessionária, de modo a tornar-lhe impossível o cumprimento de suas obrigações nas condições e no prazo avençados.*

25. Tanto força maior quanto caso fortuito e fato de terceiro poderão, a partir deste momento, ser invocados pela parte para se eximir da responsabilidade ou se esquivar de punição pelo inadimplemento da avença. As excludentes de responsabilidade inserem-se no âmbito da teoria da imprevisão aplicada na doutrina administrativista, que consiste no reconhecimento de que “*o contrato só é executável nas condições previstas e previsíveis normalmente pelas partes, isto é enquanto a situação permanecer como cogitada no momento do ajuste (rebus sic stantibus); se houver modificação anormal na situação fática em que se*

embasou o contrato, impõe-se sua revisão, e até mesmo sua rescisão”.¹

26. Nesse passo, não há dúvida que os *fatos supervenientes e imprevisíveis ou inevitáveis*, excessivamente onerosos para uma das partes, de maneira a tornar inexequível o ajuste e completamente alheios às expectativas iniciais estabelecidas pelas partes quando da celebração do contrato, não poderão ser debitados à responsabilidade da concessionária.

27. Ressalte-se, ademais, que o caráter punitivo das sanções administrativas aplicadas às concessionárias torna ainda mais clara a aplicação destas excludentes de responsabilidade. Isto porque, dado o caráter repressivo das sanções, sua disciplina se aproximará do campo do direito penal, onde os comportamentos só poderão ser punidos se presente e na medida da culpa do agente. São *aplicáveis*, portanto, o caso fortuito, a força maior e a culpa exclusiva de terceiros *como excludentes de punibilidade pelo descumprimento de indicadores e parâmetros* previstos no contrato de concessão.

Porém, para que se acolham tais alegações, deverá ser demonstrada a *absoluta imprevisibilidade do evento e impossibilidade* da concessionária evitar o fato gerador da inconformidade com os padrões exigidos.

28. No caso em estudo verificou-se que, no processo administrativo competente para apurar as eventuais infrações ao contrato de concessão, as concessionárias têm oferecido defesas que invocam, na maioria dos casos, a inexistência de nexo causal entre a infringência dos padrões estabelecidos para a sua atividade e seu comportamento. Alegam, em síntese, que, apesar de verídicas as irregularidades constatadas, a elas não deram causa ou não puderam evitar tais acontecimentos, não podendo, portanto, ser responsabilizadas por eles.

Segundo fomos informados, os argumentos avançados pelas concessionárias para justificar as irregularidades, constatadas em alguns contratos, referem-se, entre outros, i) a alterações na estrutura da empresa concessionária

1 Hely Lopes Meirelles, *op. cit.*

ria, a distúrbios provenientes da reestruturação do setor; ii) a problemas na definição de responsabilidades entre diferentes concessionárias; iii) a incidentes em aparelhos que não eram de propriedade ou de responsabilidade da concessionária; e, finalmente, iv) a eventos naturais ou humanos de caráter geral, como atos de vandalismo, inundações, queda de árvores e abalroamentos na região metropolitana, congestionamentos, vazamentos de gás, chuvas e outras variações climáticas, ventos e descargas atmosféricas.

29. Sem adentrarmos na análise da casuística, cumpre assinalar desde já que o cotejo, entre as obrigações assumidas pela concessionária quando da celebração do contrato — estas de caráter extremamente objetivo — e as escusas apresentadas pelo descumprimento destas obrigações, deverá ser efetuado em cada caso concreto submetido à Comissão de Serviços Públicos de Energia.

Em princípio, uma vez que os padrões de qualidade e de serviço da concessionária foram estabelecidos no contrato de forma clara e precisa, segundo indicadores numéricos que a concessionária comprometeu-se a alcançar, *toda e qualquer infração a estes indicadores poderia ser validamente apenada pelo órgão regulador.*

A razão é evidente: os compromissos foram assumidos pela concessionária por meio do contrato de concessão, o que demonstra de forma cristalina que *não somente a concessionária considerou-os factíveis, como também assumiu tal responsabilidade, nos exatos termos dispostos no contrato.*

30. Este princípio de responsabilidade não excluí, no entanto, a aplicação das excludentes de punibilidade, desde que delas não se faça escusa para todos os inadimplementos do contrato. A incidência das excludentes restringe-se às hipóteses em que, comprovadamente, os eventos que causaram o dano eram efetivamente imprevisíveis ou inevitáveis, devido à sua excepcionalidade e ao seu alcance.

No caso específico — v.g. contrato de concessão para serviços de energia elétrica — a verificação do caso fortuito e da força maior terá uma conotação quase quantitativa. Isto porque, tratando-se de contrato de longa du-

ração, cujos indicadores estão desde o início imbuídos de margens de tolerância, a caracterização das excludentes dependerá da *verificação concreta da excepcionalidade do acontecimento.*

31. A partir deste momento, não basta que o evento seja isoladamente imprevisível ou inevitável, como por exemplo uma tempestade que cause perturbação no serviço. Tempestades ocorrem corriqueiramente todos os anos em determinadas regiões, o que lhe retira, no caso em concreto, o caráter de *imprevisibilidade*. De se supor, em conseqüência, que tais tempestades haviam de estar previstas nos indicadores de serviço que a concessionária comprometeu-se a cumprir.

Da mesma forma, é previsível que uma quantidade determinada de postes caia durante o ano, que uma certa quantidade de chuva venha a dificultar a execução de sua atividade, etc. Não é demais ressaltar que, por este motivo, é admitida até certo ponto a interrupção dos serviços, desde que dentro dos indicadores de qualidade estabelecidos pelo referido órgão.

32. A força maior e o caso fortuito adquirirão, neste sentido, um *novo significado*. Não será mais suficiente que a concessionária de energia elétrica alegue a ocorrência de um caso fortuito ou de força maior isolado, para que lhe seja escusado o descumprimento contratual. *Estas hipóteses isoladas já estão compreendidas nos indicadores estabelecidos, e são previsíveis.* Só será admitida escusa válida de caso fortuito e força maior se, por uma circunstância excepcional, naquele ano ou naquele período, se verificar uma ocorrência muito maior destes eventos imprevisíveis e inevitáveis.

Assim, se uma inundação periódica não pode ser caracterizada como caso fortuito, um dilúvio extraordinariamente longo e volumoso poderá ser levado em conta. Se a queda de alguns postes de luz é prevista nos indicadores contratuais, uma campanha concertada de depredação destes postes, que acarrete um número inesperado de postes danificados, poderá ser caracterizada como uma excludente de punibilidade.

33. No entanto, *não haverá mais cogitar-se*

das excludentes de punibilidade se comprovado que o dano poderia ter sido evitado, caso a concessionária de serviços públicos tivesse tomado *medidas acauteladoras*. Ainda que o evento seja imprevisível e excepcional, a concessionária perderá seu direito de alegar qualquer excludente de punibilidade, caso não tenha tomado as providências preventivas e de conservação necessárias ao bom desempenho do serviço.

34. Trata-se do conceito da 'falta do serviço' ou "*faute du service*". A "*faute du service*" corresponde a culpa anônima, não individualizada, consistente na omissão a dever precípuo ao serviço público que é desempenhado.¹ Constatada uma omissão da concessionária, como por exemplo a falta de manutenção de seu material ou de treinamento de seus agentes, esta não poderá mais validamente argumentar não ter concorrido em nada para o resultado danoso, motivo pelo qual deixam de ser aplicáveis as excludentes de punibilidade.

35. Em resumo, a caracterização das excludentes de punibilidade, no caso da energia elétrica, dependerá da excepcionalidade dos eventos imprevisíveis e inevitáveis, de forma a torná-los inteiramente alheios à esfera de atuação da concessionária. Neste passo, a discussão desloca-se da classificação abstrata dos eventos, enquanto caso fortuito ou força maior, para o âmbito da verificação concreta, caso a caso, da escusabilidade dos eventos em face da conduta da concessionária. Se provado que ela fez tudo o que dela legitimamente poder-se-ia esperar, mas a estatura do evento tornou completamente impossível a sua prevenção, não mais será aplicável qualquer sanção administrativa.

V — Sanção Administrativa e Responsabilidade Civil

36. Uma vez delineados os contornos básicos da apreciação do órgão regulador estadual no momento da aplicação da sanção, deve-se

analisar, ainda, a relação existente entre a sanção administrativa aplicada ao concessionário e a sua responsabilidade perante consumidores afetados pela insuficiente prestação do serviço (aquém dos parâmetros e indicadores de qualidade exigidos no contrato, v.g. interrupções ou má prestação dos serviços) que dá causa a tal penalidade.

A mensagem que desde logo deve ser posta é que o fato da concessionária já ter sido punida por estas irregularidades não exaure a possibilidade dos próprios consumidores demandarem ressarcimento pelos danos que tenham origem neste mesmo fato.

37. Com efeito, a sanção administrativa pune o descumprimento de uma obrigação impositiva que a concessionária tem para com a Administração. Por meio da punição, visa-se, antes de tudo, a inibir outras transgressões e assim garantir a manutenção da ordem e do interesse público.

Já assinaei que a sanção administrativa tem, em essência, a mesma natureza da sanção de caráter penal. Pune o mal com o mal, com o objetivo de proteger o interesse público, atingir as finalidades eleitas como consentâneas a esse interesse (por exemplo, prestar um serviço público de qualidade). Procura inibir novas infrações, punir aquele que desobedece aos preceitos legais e às obrigações que assumiu e servir de exemplo para desencorajar outros eventuais infratores.

38. Consoante esclarecimentos que nos foram trazidos, as sanções impostas às concessionárias que não logrem cumprir as obrigações a elas atribuídas por força do contrato de concessão derivam, não apenas das disposições contratuais, mas da frustração de interesse público. Pressupõe-se que, ao contratar, a Administração, como em todos os seus atos, visa à consecução deste interesse, sobretudo em se tratando de delegação da execução de serviço público. A partir deste momento, o inadimplemento contratual deixa a esfera estritamente privada dos contratantes e adquire relevo de ordem pública. A sanção administrativa será, nesse passo, a concretização negativa deste interesse.

1 V. Maria Sylvia Di Pietro, *op. cit.*, p. 361.

39. Ainda assim, a sanção administrativa inscreve-se no estrito âmbito da relação existente entre o órgão regulador (tutor dos interesses da coletividade) e a concessionária, relação esta pautada pelo contrato de concessão. Delimitado o seu campo de abrangência, torna-se evidente que *a aplicação desta sanção não interfere* — nem poderia interferir — *na responsabilidade da concessionária em face de outros danos causados pelo mesmo comportamento.*

Régis Fernandes de Oliveira define a questão afirmando que *“Um só comportamento pode infringir normas de diversos conteúdos. Pode tipificar conduta criminosa e também caracterizar uma infração administrativa ou civil. Os textos legais são fartos a respeito do assunto (...) O que se pretende dizer é que a aplicação de sanção administrativa não implica isenção de outras obrigações decorrentes do comportamento antijurídico, pois infringiu ele outras normas que prevêm outras penas. O que não se aceita é a possibilidade de nova sanção, da mesma natureza, para o mesmo fato.”*¹

40. Assim, o fato da concessionária responder administrativamente pela inadimplência de suas obrigações em nada interfere quanto às demais responsabilidades que possam vir a suscitar com seus atos faltosos.

A questão se coloca, especificamente, quanto à responsabilidade da concessionária junto aos usuários dos serviços de que é delegatória. Com efeito, o descumprimento das obrigações contratuais acarreta, na grande maioria dos casos, interrupção ou mau funcionamento do serviço prestado ao consumidor. Coloca-

das as premissas acima, é evidente que a punição administrativa da concessionária não impede a sua responsabilização junto aos consumidores pelos danos que tiver causado.

A responsabilidade, neste caso, advém *não mais do contrato de concessão* celebrado com o Poder Concedente, *mas do contrato de fornecimento que a concessionária tiver ajustado com o particular.* As regras que disciplinam o referido contrato, assim como os seus pressupostos de aplicação e o seu regime jurídico serão radicalmente diversos do contrato de concessão que lhe permitiu executar o serviço, inexistindo razão para que as duas responsabilidades sejam associadas.

41. Deveras. Por executar serviço público, a concessionária responderá objetivamente pelos danos ocasionados aos seus usuários, nos termos previstos no art. 37, parágrafo 6º da Constituição Federal:

“Art. 37. (...)

§ 6º — As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos, responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Igualmente, aplicam-se às concessionárias as disposições do Código de Defesa do Consumidor, consubstanciado na Lei nº 8.078/90. Notadamente, seu art. 14 dispõe que *“o fornecedor de serviços responde, independente da existência da culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”*.²

1 *Op. cit.*, p. 62.

2 Neste passo registre-se nosso entendimento no sentido de ser totalmente descabida a tese ventilada aqui ou acolá de que haveria, no setor elétrico, a diferença entre consumidor e *insumidor*. Os primeiros — que contariam com a proteção do CDC — seriam apenas os contratantes de energia para uso doméstico. Os segundos seriam todos aqueles que adquirissem energia elétrica para uso em qualquer tipo de atividade produtiva. A tese é completamente esdrúxula. À luz do CDC, o que caracteriza o consumidor é a aquisição de um bem ou serviço como *usuário final*. Neste sentido estariam excluídos os revendedores de energia elétrica. Porém, pretender afastar da proteção da legislação do consumidor a costureira ou o borracheiro que consomem eletricidade para exercer seu ofício é absolutamente despropositado. Mesmo uma indústria siderúrgica pode ser considerada consumidora nas relações que trava com seu fornecedor de café ou com a revendedora de automóveis que lhe vende veículos para integrar sua frota. Este parecerista, ninguém

42. Portanto, a responsabilidade do concessionário de serviço público por deficiência do serviço é extracontratual e objetiva, isto é, prescinde da demonstração de culpa. A demonstração da relação de causalidade entre o dano sofrido pelo particular em razão do serviço e a conduta da concessionária será suficiente para que surja o dever de indenizar, independentemente da apuração de dolo ou culpa na atividade da concessionária.

43. Ainda neste caso, no entanto, serão aplicáveis as excludentes gerais de punibilidade acima aventadas, quais sejam, caso fortuito e força maior. Também no caso de culpa exclusiva da vítima, ou fato de terceiro, estará excluída a responsabilidade da concessionária.

A responsabilidade da concessionária em face dos usuários de seu serviço é única e estritamente patrimonial. O descumprimento dos termos do contrato de fornecimento celebrado com os consumidores acarretará dever de indenizá-los por todos os danos causados por este descumprimento. A responsabilidade da concessionária junto ao Poder Concedente, diversamente, consiste em responsabilidade de caráter nitidamente penal. Neste sentido, a sanção patrimonial é apenas um dos mecanismos possíveis de repressão da transgressão da concessionária. A advertência, a suspensão temporária do direito de participar em licitações ou mesmo a cassação da concessão poderão igualmente ser aplicados.

44. Desta simples constatação pode-se inferir a principal distinção entre estas duas relações, que decorrem de um mesmo ato transgressor cometido pela concessionária. Junto ao órgão regulador, o descumprimento do contrato gerará responsabilidade de caráter eminentemente penal (sancionatório). Junto aos consumidores, o descumprimento do contrato gerará responsabilidade de caráter eminentemente civil.

Esta dualidade de responsabilidades é análoga à responsabilidade civil e penal que de-

correm de ato ilícito. Com efeito, ao cometer um delito, o infrator estará sujeito não apenas ao *jus puniendi* estatal, mas igualmente à indenização das vítimas e demais prejudicados com seus atos. Ao Estado deverá responder não só com seu patrimônio, mas com a sua esfera de liberdades e direitos individuais, podendo ser-lhe aplicada pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos. Aos prejudicados, deverá responder patrimonialmente pelos danos originados de seus atos. Com a sanção administrativa e a responsabilidade objetiva da concessionária por suas transgressões ocorre o mesmo.

45. Dessa diversidade ontológica entre as duas responsabilidades acima descritas decorre a *independência entre ambas*. Assim, a responsabilização civil da concessionária junto aos seus consumidores não terá relação com a isenção ou, ao contrário, com a obrigatoriedade de punição administrativa. A interrupção ou o mau funcionamento do serviço poderão, por exemplo, estar incluídos nas margens de tolerância admitidas pelos indicadores de qualidade estabelecidos pelo Poder Concedente. Neste caso, por óbvio inexistirá sanção administrativa. Porém, a interrupção escoteira, que afete apenas alguns poucos usuários poderá trazer a obrigação de reparar estes consumidores que não tiveram acesso ao serviço durante a interrupção.

46. Por outro lado, a aplicação de sanção administrativa não terá o condão de tornar automática a responsabilidade civil da concessionária, ainda que este caso seja menos provável. Assim é que, se por algum motivo a concessionária estiver escusada de sua responsabilidade civil, nem por isto estará isenta da obrigação de responder administrativamente por suas falhas junto ao poder concedente.

47. Há que se admitir, no entanto, que a prática administrativista moderna tem promovido uma aproximação entre as duas respon-

há de negar, é consumidor da empresa de informática que lhe vendeu o *software* edição de textos, inobstante utilizar-se desta ferramenta para o seu ganha-pão. Portanto, embora o tema merecesse um estudo jurídico mais detido e aprofundado, incabível no âmbito deste trabalho, irresistível a tentação de espancar tal tese, tão criativa quanto estapafúrdia.

sabilidades acima descritas. E esta aproximação decorre do fato de que as finalidades de um e outro instrumento jurídico são semelhantes (a proteção do usuário, do consumidor, da coletividade de fruir da utilidade pública), divergindo apenas no ângulo protetivo (a reparação visa ao indivíduo — interesse concreto e individual —, enquanto a sanção visa à coletividade — interesse difuso, metaindividual). Tal aproximação ilustra uma perceptível tendência contemporânea de superar a vetusta dicotomia interesse público *versus* interesses privados¹

Com efeito, os diplomas legais de cunho administrativo mais recentes têm admitido a conversão das multas aplicadas pelo Poder Concedente em benefício direto dos usuários dos serviços². Ainda assim, permanecem distintas a *ratio* e a função de ambas as responsabilidades.

VI — A transação penal e a alternatividade punitiva

48. Exatamente pela crescente aproximação do exercício da função sancionadora do poder público com suas finalidades maiores (tutela dos interesses da coletividade especialmente dos interesses hiposuficientes) é que vimos assistindo (fortemente no direito penal, mas também no exercício sancionador do poder regulatório) crescentemente a utilização de modernos instrumentos de transação penal e de alternatividade punitiva. Tais tendências decorrem justamente da percepção da vinculação da atividade penal ao caráter menos punitivo e mais finalístico da atividade sancionatória. Afinal, como vimos, o Estado não exerce seu poder extroverso de punir pautado

pela sanha punitiva, mas para fazer valer pautas e finalidades de interesse coletivo. Reprimem-se condutas desviadas apenas para que a conduta reta continue a ser perseguida pelos atores sociais e econômicos.

Diante desta realidade, muita vez atinge-se a função regulatória transgindo a aplicação de uma pena em prol de compromissos do transgressor de i) reparar o dano; ii) adotar condutas efetivamente aptas a impedir a repetição da violação; iii) oferecer um plus à coletividade como compensação pela transgressão. Claro está que tal transação (que integra o movimento mais geral que os penalistas designam por “*Justiça penal consensual*”) nunca poderá se traduzir na mera opção do regulador em não aplicar uma penalidade.

Ao revés, consiste ela em substituir a punição pela imposição de ônus ao infrator, ônus estes que representem, para a coletividade e para os prejudicados pela conduta típica³, proveito muito maior que a mera reclusão do réu ou o recolhimento de alguns dinheiros ao erário (na hipótese de sanções pecuniárias como a ora vertente).

49. Existem duas linhas de instrumentos de alternatividade penal de que se pode cogitar.

A primeira, genericamente designada por *suspensão condicional do processo*, tem lugar quando instaurado um processo tendente à condenação penal de alguém, é o mesmo interrompido (suspensão) por determinado período de tempo em que o infrator deverá demonstrar conduta exemplar e não mais violar a norma que daria origem à sanção. A suspensão condicional do processo poderá ser acompanhada de compromisso, pelo réu, de uma série de ônus, como reparar o dano, prestar serviços comunitários, adotar providências prospectivas para evitar novas transgressões,

1 Ver meu “*Republicação do Estado e Interesses Públicos*”, cit., especialmente pp. 210 e ss.

2 Neste sentido, ver em especial os contratos de concessão do serviço telefônico fixo comutado editados pela Agência Nacional de Telecomunicações.

3 Comentando a Lei n° 9.099/95 (que introduziu na seara penal estes instrumentos), Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes asseveram que “*a preocupação com a vítima é postura que se reflete em toda a lei, que se ocupa da transação civil e da reparação dos danos na suspensão condicional do processo*”. (In “*Juizados Especiais Criminais*”, São Paulo, RT, 3ª ed., 1999, p. 35).

etc. Não honrando seus compromissos, o processo punitivo retomaria seu curso, podendo aí então chegar à condenação. Neste caso, a suspensão condicional do processo adquire feições negociais, vez que é travado verdadeiro contrato entre a autoridade punitiva e o infrator, em que substitui-se a pena por medidas mais eficazes à reabilitação do réu. É o que se convencionou chamar, no âmbito do direito penal, de transação penal, ou seja, “*o novo instrumento de política criminal! (...) para, entendendo conveniente ou oportuna a resolução rápida do litígio penal, propor ao autor da infração de menor potencial ofensivo a aplicação, sem denúncia e instauração de processo, de pena não privativa de liberdade*”¹.

A segunda linha refere-se à introdução de *penas alternativas* consistente na punição do infrator com ônus que não sejam exatamente aqueles previstos na legislação penal, mas que correspondam à condenação em obrigações de maior valia para a coletividade (prestação de serviços comunitários, abstenção de práticas lícitas mas desinteressantes à sociedade, ressarcimento ou compensação às vítimas, reparação de algo de interesse coletivo, etc.). Mais interessante que privar o pequeno violador ambiental de sua liberdade é obrigá-lo a reflorestar porção de terra maior do que aquela por ele devastada.

50. Assim, cremos ser perfeitamente possível a introdução de mecanismos de alternatividade punitiva semelhantes àqueles hoje vivenciados no direito penal. Dentre os mecanismos de que se pode cogitar o principal talvez seja a *comutação da pena em função da assunção, pelo concessionário, de um Termo de Ajustamento de Conduta*. Verificada a transgressão, a CSPE editaria o competente Auto de Infração. Em sede de apreciação da Defesa, daria provimento parcial ao recurso no sentido de suspender a aplicação da penalidade sob condição do concessionário cumprir metas específicas com relação ao indicador aferido.

50. Tal procedimento não é novidadeiro no Direito.

Repise-se que a Lei federal nº 9.099/95 instituiu, no âmbito das chamadas infrações penais de baixo potencial ofensivo, a possibilidade de transação e de suspensão condicional do processo em matéria penal. Em linhas gerais, prevê tal Lei que em algumas hipóteses haverá a possibilidade de ressarcimento pelo réu dos danos civis decorrentes de sua conduta punível ou de aplicação de pena alternativa. Prevê, ainda, a suspensão do processo penal, por período definido na lei, em que o comportamento do réu é vigiado, deixando-se de aplicar a pena caso o réu não volte a delinquir. Em suma, verificada a ocorrência de um crime, permitiu o legislador ao juiz substituir a pena prevista por outras menos drásticas. Contudo, não sendo cumprida a pena alternativa, fica o réu sujeito à conversão da pena em privativa de liberdade ou de direitos (art. 85). Da mesma forma, voltando o réu a violar a lei, o processo suspenso retoma seu curso normal.

Semelhante precedente vamos encontrar na Lei Orgânica do Ministério Público paulista (Lei Complementar nº 734/93). Sabe-se que a Constituição Federal deu ao Ministério Público funções quase de um órgão regulador da cidadania, meio ambiente etc. Para exercício destas funções, previu-se que os Promotores poderiam instaurar Inquérito Civil Público para apurar supostas violações aos direitos tutelados pelo MP. Pois bem, o art. 112 da citada LC prevê que o MP “*nos inquéritos civis que tenha instaurado e desde que o fato esteja devidamente esclarecido, poderá formalizar, mediante termo nos autos, compromisso do responsável quanto ao cumprimento das obrigações necessárias à integral reparação do dano.*” Diz ainda que a eficácia deste termo estará condicionada à homologação do arquivamento do inquérito pelo órgão competente. Ora, se o fato está esclarecido, é porque alguma irregularidade foi verificada. E se o termo de ajustamento tem o condão de

1 Marino Pazzaglini Filho, Alexandre de Moraes, Gianpaolo Poggio Smanio e Luiz Fernando Vaggione, “*Juizado Especial Criminal*”, São Paulo, Atlas, 1996, p. 45.

arquivar o inquérito, é porque sua assinatura elidirá a adoção dos procedimentos legais para punição do responsável.

51. Em suma, entendemos cabível a introdução de mecanismos que substituam, num primeiro momento, a aplicação das penalidades mediante a lavratura de termo de ajustamento de conduta como condição suspensiva de eficácia de multa aplicável em virtude do descumprimento de algum parâmetro específico. Ressalte-se que disposição em sentido semelhante já consta dos Anexos que integram os contratos da espécie, ainda que não tão ampla de forma a abarcar todas as situações ora ventiladas. Com efeito, nesses Anexos vemos registrado que “*as penalidades do Grupo 1, especificamente, deixarão de ser aplicadas no caso de acordo formal celebrado entre a (Concessionária) e o consumidor, em que se estabeleçam padrões de qualidade de serviço, produto ou atendimento comercial melhores que os fixados neste documento*”. Logo, ainda que numa interpretação um pouco lassa, pode-se sustentar que se a Concessionária assumir metas mais ambiciosas para o futuro, poderá ser relevada, condicionalmente, a infração hoje constatada.

52. De outro lado, se conveniente a aplicação das penalidades, do mesmo modo entendemos possível que a pena, malgrado aplicável, seja comutada na imposição de ônus para a concessionária. Como nos ensinam renomados autores versando sobre a lei penal, mas em escólio perfeitamente amoldável ao caso presente, “*a transação penal, por sua própria natureza jurídica, como já foi dito, consiste na discricionariedade do Ministério Público de transacionar a pena a ser aplicada ao autor do fato*”¹. *Estes ônus deverão corresponder a obrigações que guardem relação com a falta punível e que, em última instância, corresponda à finalidade última da aplicação da pena.*

Assim, se a penalidade se volta a coibir ações ou omissões comprometedoras dos padrões de qualidade ou continuidade dos serviços concedidos, certo deverá ser que as obrigações assumidas pelo concessionário faltoso

deverão apontar para o aprimoramento destas qualidade e continuidade. Deverão ser suficientes para indicar melhoras nos indicadores que o contrato alvitra obter.

Por derradeiro, os compromissos assumidos pelo concessionário faltoso deverão ser extraordinários (não no sentido de desconunais, mas na acepção de transcendente das lindes ordinárias). Dito de outro modo, seria verdadeiro desvio de finalidade impor ao agente punível obrigações que já lhe incumbiam pelo contrato. Assim, tanto os compromissos objeto de termo de ajustamento de conduta (suspensão condicional do processo) quanto a eventual *pena alternativa* (obrigação vinculada à comutação da sanção) deverão ser mais onerosos do que as obrigações que deveriam ter sido cumpridas pela concessionária antes da verificação da falta punível (ou seja, antes da desconformidade dos seus indicadores de qualidade e continuidade).

VII — Conclusão e resposta às questões

53. Postas as bases jurídicas do nosso entendimento acerca dos problemas colocados, cremos ser possível passar a responder as questões no início formuladas. Fazemos da seguinte forma.

1. *Podem alegações de inconfiabilidade nos índices adotados como parâmetros de qualidade impedir ou invalidar a aplicação das penalidades previstas nos contratos?*

Não. Os indicadores de qualidade estão previstos no contrato que foi livremente assinado pelas concessionárias. Ainda que estes índices se mostrem aqui ou ali equivocados, sua validade é incontestável pois foram eles assumidos como certos e seguros quando da assinatura do contrato. Nada vale argumentar que se tratam de cláusulas regulamentares que, como tais, teriam caráter impositivo. No caso em tela tal argumento cai por terra, pois no processo de privatização, deveriam ter sido avaliados tais indicadores para aferição do preço a ser pago pelos adquirentes do controle. Ademais, não foi demonstrado que os ín-

1 Marino Pazzagli Filho e outros, cit., p. 51.

dices sejam de atingimento impossível, mas apenas que a sua observância envolve investimentos elevados. Tais investimentos deveriam ser sidos sopesados anteriormente, não podendo agora ser objeto de questionamento. Isso não impede que o órgão regulador repac-tue estes indicadores, fazendo incidir, na hipótese, o reequilíbrio contratual em favor do poder concedente.

2. *À luz da sistemática prevista nos contratos, são admissíveis alegações de defesa sustentadas em eventos de força maior, caso fortuito ou atos de terceiros? Se positivo, quais os critérios para análise de tais alegações?*

Sim. Estas alegações (cláusulas gerais de exclusão de punibilidade) são possíveis desde que demonstrada a imprevisibilidade dos eventos alegados. Não se pode admitir, contudo, que as concessionárias se esquivem de suas obrigações alegando eventos da natureza ou fatos de terceiro que se revistam de contumácia ou previsibilidade.

3. *O fato da CSPE aplicar ou não aplicar uma penalidade altera a responsabilidade da concessionária perante eventuais consumidores afetados por interrupções ou má prestação dos serviços concedidos?*

Não. Como visto acima, sanção e responsabilidade não se confundem, podendo uma e outra medida jurídica ser adotadas independentemente. A sanção visa a resguardar interesses gerais da coletividade (metaindividuais e abstratos), enquanto a responsabilidade civil se volta a reparar danos dos consumidores (individuais e concretos).

4. *À luz da legislação aplicável, pode a CSPE substituir a aplicação de penalidades*

previstas no contrato pela assunção pelo concessionário de compromissos onerosos de atendimento de metas de qualidade ou de benefícios ao usuário relacionados com a falta supostamente cometida?

Sim. É plenamente possível a adoção destes expedientes. Aliás, tais providências estão absolutamente consentâneas com o que mais hodiernamente se tem feito em termos de penas. Não é função primaz do órgão regulador sancionar por sancionar. Muito mais aderente ao interesse público do que arrecadar multas é compelir a concessionária a melhorar a qualidade do serviço prestado, inclusive antes e para além do previsto no contrato.

5. *Quais são as estratégias possíveis e recomendáveis para o exercício futuro das competências sancionatórias por parte da Comissão?*

Dois caminhos podem ser trilhados. O primeiro, que entendemos preferível, cuida de impor um Termo de Ajustamento de Conduta antes mesmo da aplicação da pena, suspendendo-se o processo condicionalmente ao cumprimento das obrigações extraordinárias ajustadas. O outro caminho seria a aplicação das multas previstas no contrato com a conversão destas penalidades em penas alternativas, consistentes no cumprimento de obrigações de interesse dos usuários.

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO — Advogado, Professor da Faculdade de Direito da PUC-SP. Doutor em Direito Público pela Universidade de São Paulo.