



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/003.098/2017

Data 21/01/2017 Fls.: 249

Rubrica: ID: 5003824-8 UMS

Processo nº.: E-12/003.098/2017
Autuação: 27/01/2017
Concessionária: CEG
Assunto: Comprovação de regularidade fiscal. RECURSO.
Sessão: 28/03/2018

RELATÓRIO

Cuida-se de processo instaurado com vistas a apurar a regularidade fiscal da concessionária, relativa ao ano de 2017, atendendo às orientações constantes na Resolução AGENERSA n.º 004/2011.

Para fins de comprovação de sua regularidade, anexo a correspondência DIJUR-E-0273/17 (fls. 33), a concessionária encaminhou os documentos de fls. 34-123.

Às fls. 132-133, através do parecer n.º 26/2017-JVG, a Procuradoria desta Casa entendeu que a concessionária apresentou todos os documentos necessários a comprovação de sua regularidade. Entretanto, destacou a existência de certidão positiva da dívida ativa municipal, caracterizando inobservância ao art. 1º, IV, da Resolução AGENERSA CODIR n.º 004/2011, motivo porque opinou pela "aplicação de penalidade e fixação de prazo para a apresentação da regularização fiscal, nos termos do art. 4º - A da Resolução AGENERSA CODIR n.º 004/2011".

Aberto prazo de 30 (trinta) dias para regularização da situação¹, a concessionária esclareceu que a situação de irregularidade perante a esfera municipal já se fazia presente desde a época da licitação e que vem tentando alterá-la junto ao município do Rio de Janeiro. Entretanto, ante a demora nos trâmites, informou sobre a necessidade de lhe ser

¹ Of. AGENERSA/SECEX n.º 484/2017 (fls. 134).



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Serviço Público Estadual
Processo nº E-12/003-098/2017
Data 24/01/2017 Fls.: 250
Rubrica: ID: 3023824-8 Cms.

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL
EMENDA CARMIM
Processo nº E-12/003-098/2017
Data: 24/01/2017 Fls. 250
Data de Retificação: 05/04/2017
Responsável: ID: FUNCIONAL 554235

concedido prazo de, aproximadamente, 2 (dois) meses para apresentar um posicionamento sobre o assunto.

A Procuradoria apresentou nova promoção às fls. 142/143, ressaltando que a Lei 8.987/95 prevê, inclusive, a caducidade da concessão nos casos de identificação de irregularidade fiscal. Em razão disso, sugere que a concessionária fique obrigada a apresentar estudo pormenorizado, inclusive com a fixação de calendário a ser aprovado por esta Agência - medida que permitirá um acompanhamento mais próximo da situação.

Aberto prazo para manifestação em forma de alegações finais, a concessionária solicitou a retirada, do presente processo, da pauta do julgamento na sessão regulatória ordinária, ocorrida no dia 21 de setembro de 2017, sob o argumento de que se fazia necessário o prévio agendamento de reunião para esclarecimentos das dificuldades de regularização da situação fiscal.

Levado à julgamento na data supracitada (fls. 160-172), o Conselho Diretor, através da deliberação AGENERSA n.º 3.233/2017, publicada no DOERJ em 06 de outubro de 2017, por unanimidade, assim decidiu:

"Art. 1º Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no valor equivalente a 0,002% (dois milésimos por cento) sobre o valor do faturamento da Concessionária, correspondente aos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração (01/04/2017), com base na Cláusula Quarta, §1º, item 11 do Contrato de Concessão, no art. 19, IV da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2017 e na Resolução AGENERSA nº 004/2011, em razão dos fatos apurados no presente processo.

Art. 2º Determinar à Secretaria executiva, em conjunto com as Câmaras Técnicas CAENE e CAPET, a lavratura do Auto de Infração correspondente, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD Nº 001/2007.

Art. 3º Determinar à CEG que apresente no prazo de 60 (sessenta dias) a documentação necessária à comprovação da regularidade



fiscal, observado o disposto no art. 4º-A da Resolução AGENERSA/CD nº 004/2011."

Às fls. 178-181, a concessionária opôs Embargos de Declaração alegando a existência de omissão e contradição na decisão embargada. A primeira, segundo a concessionária, evidenciada pela ausência de indicação do dispositivo infringido e do rol de documentos que necessita ser apresentado. A segunda, referente ao prazo para apresentação de dita documentação.

A Procuradoria, no parecer acostado às fls. 184-186, opinou pelo parcial provimento aos embargos, por entender presente a contradição alegada, na medida em que o Conselho Diretor concedeu à embargante o prazo de 60 (sessenta) dias para a regularização, enquanto a Instrução Normativa nº 004/2011 permite que essa regularização ocorra até 1º de abril de 2018.

Em alegações finais, a concessionária reiterou os termos da peça de Embargos e acrescentou que as omissões suscitadas comprometem o contraditório e ampla defesa ante as incertezas que causam (fls. 192-193).

Às fls. 195-203, foram acostados relatório e voto do julgamento dos embargos, ocorrido em 18 de dezembro de 2017, onde o relator, o I. Conselheiro José Bismarck, votou pelo desprovimento dos embargos ante a inexistência de omissão ou contradição a ser sanada. Este entendimento foi acompanhado pelos demais Conselheiros, culminando na Deliberação AGENERSA n.º 3310/2017 (fls. 204).

Às fls. 215-226, a concessionária interpôs Recurso Administrativo aduzindo, em síntese, que a Resolução AGENERSA n.º 04/2011 viola a garantia constitucional da inafastabilidade da prestação jurisdicional do Judiciário e o Princípio da Razoabilidade, na medida em que lhe obriga a comprovar regularidade fiscal nos âmbitos municipais e federais, mesmo em áreas que não tenham relação com a atividade desenvolvida.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Serviço Público Estadual

Processo nº E-121003 008/2017

Data 27/01/2017 Fls.: 232

Rubrica: ID: 5023824-8 (mms)

Na mesma peça, alegou desproporcionalidade da sanção, que deveria ser mais branda, já que apenas um dos documentos apresentados estava irregular, e questionou a exigência de apresentação de certidão negativa neste momento, tendo em vista que, à época da licitação, foi exigida a regularidade fiscal apenas da Gas Natural SDG S.A., mas não da concessionária CEG.

Instada a se manifestar, a Procuradoria Geral da AGENERSA (fls. 233-239) defendeu, inicialmente, a tempestividade do recurso. Sobre o mérito, pontuou que não houve a imposição de excessivos encargos à concessionária. Ao contrário, o que se verificou foi a utilização das prerrogativas de Agência Reguladora. Ressaltou que a concessionária permanece podendo se valer do Judiciário da forma que julgar necessário, uma vez que a atuação desta autarquia está restrita a esfera administrativa.

Acerca da dosimetria da penalidade, a Procuradoria entendeu que:

"Ora, a multa guerreada pelo recurso da Concessionária foi aplicada conforme dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, obedecendo à adequação e/ou proporcionalidade entre o motivo e a finalidade do ato, levando em consideração critérios como: a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica da penalizada."

Assim, encerrou opinando pelo desprovimento do recurso, ante a ausência de vício de legalidade na deliberação recorrida.

Por meio do Of. AGENERSA/ASSESS/JCSA nº 13/2018 foi concedido prazo para a concessionária se manifestar em forma de alegações finais, o qual se encerrará no dia 23.03.2018.

É o relatório.

José Carlos dos Santos Araújo
Conselheiro Relator



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Processo nº: E-12/003.098/2017
Autuação: 27/01/2017
Concessionária: CEG
Assunto: Comprovação de regularidade fiscal. RECURSO.
Sessão: 28/03/2018

VOTO

Cuida-se de Recurso Administrativo interposto pela concessionária em face da Deliberação AGENERSA n.º 3.233/2017¹, publicada no DOERJ

¹ DELIBERAÇÃO AGENERSA N.º 3233 DE 21 DE SETEMBRO DE 2017

CONCESSIONÁRIA CEG - COMPROVAÇÃO DE REGULARIDADE FISCAL

O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, e tendo em vista o que consta no Processo Regulatório n.º E-12/003/98/2017, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no valor equivalente a 0,002% (dois milésimos por cento) sobre o valor do faturamento da Concessionária; correspondente aos último 12 (doze) meses anteriores à prática da infração (01/04/2017), com base na Cláusula Quarta, §1º, item 11 do Contrato de Concessão, no art. 19, IV da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2017 e na Resolução AGENERSA nº 004/2011, em razão dos fatos apurados no presente processo.

Art. 2º Determinar à Secretaria executiva, em conjunto com as Câmaras Técnicas CAENE e CAPET, a lavratura do Auto de Infração correspondente, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007.

Art. 3º Determinar à CEG que apresente no prazo de 60 (sessenta dias) a documentação necessária à comprovação da regularidade fiscal, observado o disposto no art. 4º-A da Resolução AGENERSA/CD nº 004/2011.

Art. 4º A presente deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 21 de setembro de 2017.

José Bismarck Vianna de Souza

Conselheiro-Presidente-Relator

Luidgi Eduardo Trosi

Conselheiro

Moacyr Almeida Fonseca

Conselheiro

Silvio Carlos Santos Ferreira

Conselheiro

Tiago Mohamed

Conselheiro



em 06 de outubro de 2017, por intermédio da qual o Conselho Diretor, por unanimidade, decidiu pela aplicação de penalidade de multa, no valor equivalente a 0,002% (dois milésimos por cento) sobre o valor do faturamento da Concessionária, correspondente aos último 12 (doze) meses anteriores à prática da infração (01/04/2017), com base na Cláusula Quarta, §1º, item 11 do Contrato de Concessão, no art. 19, IV da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2017 e na Resolução AGENERSA nº 004/2011, em razão dos fatos apurados no presente processo.

Isso, por entender que as normas que estabelecem a necessidade da concessionária estar em dia com suas responsabilidades fiscais, constantemente, vêm sendo descumpridas por parte da delegatária do serviço. Assim, julgou que não são mais suficientes as alegações por ela proferidas de que adotará providências no sentido de regularizar a situação.

A concessionária opôs Embargos de Declaração ao argumento de existência de omissão e contradição na deliberação suso.

Em 18 de dezembro de 2017, o Conselho Diretor negou provimento ao recurso, uma vez a decisão embargada não se encontrava eivada de qualquer vício, originando a Deliberação AGENERSA nº 3310/2017², publicada no DOERJ em 22 de dezembro de 2017.

² DELIBERAÇÃO AGENERSA N.º 3310 DE 18 DE DEZEMBRO DE 2017

CONCESSIONÁRIA CEG - COMPROVAÇÃO DE REGULARIDADE FISCAL PELA CONCESSIONÁRIA CEG

O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, e tendo em vista o que consta no Processo Regulatório n.º E-12/003/98/2017, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer dos embargos declaratórios, posto que tempestivos para, no mérito, negar-lhes provimento, eis que inexistente omissão ou contradição a ser sanada na Deliberação AGENERSA/CD n.º 3233/2017;

Art. 2º A presente deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 18 de dezembro de 2017.

José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente-Relator



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/003-098/2017

Data 27/01/2017 Fls.: 255

Rubrica: UMS- 5023824-8

Irresignada, a concessionária interpôs Recurso Administrativo em 04 de janeiro de 2018, alegando, em síntese, que:

(i) a Resolução AGENERSA n.º 04/2011 viola a garantia constitucional da inafastabilidade da prestação jurisdicional do Judiciário, que assegura o acesso ao Judiciário para a discussão dos débitos inscritos em dívida ativa municipal;

(ii) mencionada Resolução também viola o Princípio da Razoabilidade, na medida em que lhe obriga a comprovar regularidade fiscal nos âmbitos municipais e federais, mesmo em áreas que não tenham relação com a atividade desenvolvida;

(iii) é uma empresa com capacidade econômica de arcar com suas responsabilidades financeiras;

(iv) a sanção aplicada se mostrou desproporcional, uma vez que apenas 1 (um) dos documentos apresentados estava irregular;

(v) à época da licitação, exigia-se a regularidade fiscal da Gas Natural SDG S.A., mas não da concessionária CEG, que já se encontrava com débitos inscritos em dívida ativa municipal.

Ao fim, pugnou pelo provimento do recurso para anular a Deliberação AGENERSA n.º 3.233/2017.

Luidgi eduardo Trosi

Conselheiro

Moacyr Almeida Fonseca

Conselheiro

Silvio Carlos Santos Ferreira

Conselheiro

Tiago Mohamed

Conselheiro



Após o parecer da Procuradoria, a concessionária foi convocada a se manifestar em forma de alegações finais, através as quais reitera os termos do recurso, ressaltando que o dispositivo que fala sobre a obrigatoriedade de apresentação das certidões não inclui as certidões de dívida municipal. (fls. 247-248).

De pronto merecem ser afastados os argumentos utilizados pela concessionária para embasar a peça recursal ora analisada, posto que insubsistentes, senão vejamos:

Muito antes da Resolução AGENERSA n.º 04/2011 ser editada e passar a vigorar, a concessionária, em razão da Lei 8.666/93 e da Lei 8.987/95, em seus artigos 29, inciso III³, e 18, inciso V⁴, respectivamente, já se encontrava obrigada a fornecer provas de regularidade fiscal. Inclusive, na lei estadual que dispõe sobre o regime de concessão e permissão do serviço público, consta a previsão de sanção específica para os casos em que a concessionária, apesar de intimada, permanecer sem comprovar sua regularidade⁵.

³ Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:
(...)

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

⁴ Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente:
(...)

V - os critérios e a relação dos documentos exigidos para a aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica e fiscal;

⁵ Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.

§ 1º A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando:
(...)

VII - a concessionária não atender a intimação do poder concedente para, em 180 (cento e oitenta) dias, apresentar a documentação relativa a regularidade fiscal, no curso da concessão, na forma do art. 29 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.



Governo do Estado do Rio de Janeiro

Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico

Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Nota-se, portanto, que dito ato normativo tão somente veio para disciplinar os citados dispositivos, não criando qualquer nova obrigação. E mais, nenhuma destas normas vedam o acesso da concessionária ao Judiciário, sendo, portanto, incoerente a afirmação de violação a garantia constitucional de inafastabilidade da prestação jurisdicional formulada pela concessionária.

Ora, a delegatária pode se insurgir da forma que melhor lhe convier contra a imposição de débitos na esfera administrativa, usando todos os recursos legais e constitucionalmente garantidos e esse ponto não foi sequer tratado na Resolução AGENERSA n.º 04/2011.

Nesse sentido, inclusive, é o parecer da Procuradoria Geral da AGENERSA⁶ às fls. 233-239.

Neste espeque, afasta-se, também, as alegações de que fere o Princípio da Razoabilidade a obrigação de comprovação de regularidade fiscal em áreas que não tenham relação com a atividade desempenhada pela concessionária, uma vez que, pelo teor dos dispositivos, aliado a interpretação lógica e sistemática a eles conferida, pode-se afirmar que o legislador não tinha interesse em restringir a necessidade de regularidade fiscal às áreas de atuação da concessionária. Se essa fosse sua intenção, estaria reduzida a termo naqueles diplomas legais, fato que não se verificou.

E mais, a norma não limita a necessária conformidade das concessionárias no âmbito fiscal apenas àquelas empresas com pouca ou reduzida capacidade econômica. Todas devem preencher essa condição, sem a qual não se é permitido nem prorrogar a concessão em

⁶ "Assim, resta claro que esta Autarquia, ao editar a Resolução AGENERSA n.º 004/2011, não impôs encargos excessivos ou criou obrigações onerosas à Concessionária, pelo contrário, apenas usou suas prerrogativas enquanto AGÊNCIA REGULADORA, regulando os artigos acima citados, no exercício do poder normativo legalmente conferido, buscando assegurar a qualidade e atualidade do serviço prestado e a observância dos princípios da ordem econômica."



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

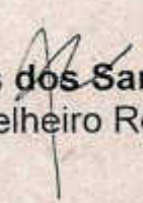
Serviço Público Estadual
Processo nº E-12/003.098/2017
Data 27/10/2017 Fls.: 250
Rubrica: www.5023024-8

vigor, consoante disposto na Cláusula Terceira, §2º, do Contrato de Concessão.

No que tange a proporcionalidade da penalidade aplicada, sua dosimetria foi definida não somente em razão dos critérios de gravidade da infração, vantagem auferida e condição econômica da penalizada, como também ante a reiteração da irregularidade da concessionária, já observada em outros processos regulatórios, obedecendo aos critérios trazidos pelas Instruções Normativas n.º 01 e 02.

Ante o exposto, **VOTO por** receber o recurso, eis que tempestivo, para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo integralmente a Deliberação AGENERSA n.º 3.233/2017 por seus próprios fundamentos.

É como voto.


José Carlos dos Santos Araújo
Conselheiro Relator



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

DELIBERAÇÃO AGENERSA N.º 3331 DE 28 DE MARÇO DE 2018

**CEG - COMPROVAÇÃO DE
REGULARIDADE FISCAL -
RECURSO - PROVIMENTO
NEGADO.**

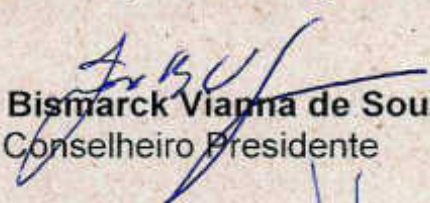
O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, e tendo em vista o que consta no Processo Regulatório n.º E-12/003/098/2017, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Receber o recurso, eis que tempestivo, para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo integralmente a Deliberação AGENERSA n.º 3.233/2017 por seus próprios fundamentos

Art. 2º - A presente deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

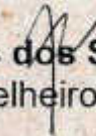
Rio de Janeiro, 28 de março de 2018.


José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro Presidente


Luidgi Eduardo Troisi
Conselheiro


Silvio Carlos Santos Ferreira
Conselheiro


Tiago Mohamed
Conselheiro


José Carlos dos Santos Araújo
Conselheiro Relator