

Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Processo nº: E-12/003/161/2018
Data de Autuação: 12/03/2018
Concessionária: CEG
Assunto: Comprovação de Regularidade Fiscal.
Sessão Regulatória: 27 de agosto de 2019

RELATÓRIO

Trata-se de analisar Recurso¹ interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº 3.826/2019², de 30/04/2019.

De início, a Concessionária sustenta, preliminarmente, a tempestividade da peça recursal, considerando que a Deliberação em comento foi publicada no Órgão Oficial em 14/05/2019, e que o prazo findaria em 24/05/2019. Assim, indiscutível a tempestividade do mesmo.

Em seguida, no tópico que intitula como **III.1 - DA INAFASTABILIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**, a Concessionária afirmou que:

"tem-se a Resolução AGENERSA 004/2011 fere o direito constitucional da CEG de ação e sua garantia à inafastabilidade da prestação jurisdicional do Poder Judiciário, previstos no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, posto que a Concessionária pode e deve recorrer ao Poder Judiciário para discussão dos débitos inscritos em dívida ativa municipal, in verbis:

¹ Fls. 78 à 85.

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 3.826

DE 30 DE ABRIL DE 2019

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, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº E-12/003/161/2018, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa de 0,002% (dois milésimos por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração (01/04/2018), com base na Cláusula Quarta, Parágrafo 1º, item 11 do Contrato de Concessão, combinado com o artigo 19, inciso IV da Instrução Normativa CODIR nº 001/2007, e Resolução AGENERSA nº 004/2011 (integrada pela Resolução AGENERSA nº 473/2014 e 583/2017), em razão dos fatos apurados neste processo;

Art. 2º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 30 de abril de 2019.

JOSÉ BISMARK VIANNA DE SOUZA - Conselheiro-Presidente; LUIGI EDUARDO TROISI - Conselheiro; SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA - Conselheiro; TIAGO MOHAMED MONTEIRO - Conselheiro - Relator; JOSÉ CARLOS DOS SANTOS ARAÚJO - Conselheiro.

Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

'Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder judiciário lesão ou ameaça a direito'. (g.n.)

(...)

A Resolução AGENERSA 004/2011 ainda viola o princípio da razoabilidade, na medida em que a CEG é empresa de notória solidez financeira, com inquestionável capacidade econômica de quitar os débitos existentes em seu nome, circunstância que é de pleno conhecimento da AGENERSA, posto que, nos termos do artigo 2º, inciso I, da Instrução Normativa CODER 010/2010, a CEG fornece mensalmente à AGENERSA o seu balancete, para a conferência do cálculo para o pagamento da taxa de regulação.

Seguindo esta ordem de convicções, tem-se que igualmente macula o princípio da razoabilidade e determinação de que a CEG tenha que comprovar a sua regularidade fiscal nos âmbitos federal e municipal, perante a AGENERSA, autarquia especial, vinculada ao Estado do rio de Janeiro e com atuação que abrange somente a esfera estadual.

De fato, a exigência da prova de regularidade fiscal perante as Fazendas federal e municipal, para o exercício da atividade desempenhada pela CEG em âmbito estadual, em nada se coaduna com o objeto do Contrato de Concessão firmado pela CEG, de modo que não há qualquer justificativa para a demanda da AGENERSA.

(...)

O princípio da proporcionalidade também é atingido pela determinação constante da Resolução AGENERSA nº 04/2011, uma vez que o não cumprimento da obrigação ali imposta quanto à comprovação da sua

Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

regularidade fiscal, sujeita a CEG à imposição de novas penalidades de gravíssimas consequências não só para a CEG, mas para toda a coletividade.

Com efeito, consoante as Cláusulas Dez e Doze do Contrato de Concessão firmado com a CEG, o descumprimento do disposto na Resolução nº 04/2011 pode ensejar até mesmo a declaração de inidoneidade da CEG para licitar e contratar com a administração pública, o que importa na caducidade do próprio Contrato de Concessão que, ressalte-se, tem por objetivo o fornecimento de serviço de caráter essencial a toda a população do Estado do Rio de Janeiro, devendo observar o princípio da continuidade, decorrente do princípio da eficiência previsto no artigo 37, da Constituição Federal.

Veja-se, o absurdo a que a CEG se encontra submetida, tornando evidente, pois mais esse aspecto, a flagrante violação ao princípio da proporcionalidade.

(...)

Diante do exposto, resta evidenciada, além de tudo, a ilegalidade e a inconstitucionalidade da exigência, pela AGENERSA, de certidão negativa ou positiva com efeitos de negativa de dívida ativa municipal, levando-se em conta que:

- (i) a CEG é empresa de notória solidez financeira, com inquestionável capacidade econômica de quitar os débitos existentes, o que é de conhecimento da AGENERSA; e*
- (ii) A exigência de que a CEG comprove sua regularidade fiscal nos âmbitos federal e municipal, em nada se coaduna com o objeto do contrato de concessão firmado pela CEG.*

É evidente, portanto, a necessidade de que se declare nula a Deliberação em enfoque e garanta à CEG a possibilidade de discutir administrativamente e/ou judicialmente as penalidades que lhe são impostas, especificamente, neste caso, as inscritas dívida ativa municipal, ainda que a Concessionária não tenha logrado êxito na efetiva suspensão formal da exigibilidade do débito, sem que isso caracterize ausência de comprovação de sua regularidade fiscal e a sujeite

Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

à imposição de novas penalidades de multa, sob pena de se ferir a Lei e Constituição Federal."

No tópico seguinte, **III.2 - DA SUSPENSÃO DO PROCESSO REGULATÓRIO - POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO**, a Concessionária asseverou que:

"No que se refere à certidão de dívida ativa municipal da CEG, a Concessionária reitera que se encontra em processo de análise a possibilidade de compensar com os apontamentos da certidão juntamente com dívidas do Município do Rio de Janeiro para com a CEG, especialmente da realização de obras das Olimpíadas.

Desta forma, requer-se a suspensão do processo por tempo necessário para a deslinde da questão, destacando que todas as demais certidões foram tempestivamente apresentadas pela Concessionária."

No tópico **III.3 - SUBSIDIARIAMENTE - CONVERSÃO DA MULTA EM ADVERTÊNCIA** a Concessionária afiançou que:

"Em homenagem ao princípio da eventualidade, caso se entenda não ser o caso de suspensão do processo - o que se admite apenas por hipótese -, cumpre destacar que a aplicação de multa não se mostra razoável ou proporcional.

Com o advento da nova ordem constitucional, o instituto do devido processo legal - e, em seu bojo, o da razoabilidade e da proporcionalidade dos atos do Poder Público - deve ser fielmente observado. Sendo assim, são inválidos os atos dos agentes estatais revestidos de irrazoabilidade ou desproporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade tem como fundamento o excesso de poder, tendo como objetivo conter atos, decisões e conduta de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados..

(...)

É cediço também que o princípio da proporcionalidade pode ser subdividido em três submáximas, quais sejam: (i) adequação, (ii) necessidade, (iii)

Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

proporcionalidade em sentido estrito. Sobre as submáximas, explica José dos Santos Carvalho Filho que:

'Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de se revestir-se de triplice fundamento;

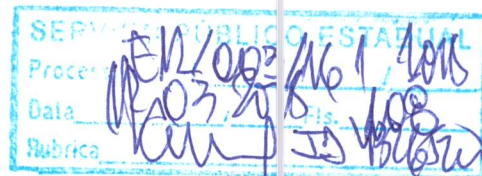
- 1) Adequação, significando que o meio em pregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado;*
- 2) exigibilidade, porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravosos ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo para os indivíduos;*
- 3) proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superam as desvantagens'. (Manual de Direito Administrativo, 13ª edição, p. 23)*

Assim, constata-se que a aplicação de multa não se revela cabível, vez que a penalidade de advertência alcançaria o mesmo resultado de forma menos onerosa. Ou seja, o ato da Agência carece de exigibilidade/necessidade e, portanto, devida a conversão da multa em advertência."

Com relação ao tópico **III.4 - SUBSIDIARIAMENTE - REDUÇÃO SUBSTANCIAL DO VALOR DA MULTA** a Concessionária avalizou que:

*"Caso não se entenda desta forma, o que se admite apenas por hipótese, tem-se que o valor da multa não se revela proporcional ou razoável, vez que estabelecido em patamares elevados com relação ao suposto descumprimento contratual da Concessionária. Reforça-se que todas as certidões foram apresentadas e que a certidão do município do Rio de Janeiro só não foi entregue, **pois há análise em curso para a compensação dos valores reciprocamente devidos por cada parte.***

Ademais, mesmo que assim não fosse, insta consignar que, a CEG somente teria deixado de apresentar as Certidões de Dívida Ativa Municipal. Ocorre que tal



Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

fato foi ignorado pelo Conselho Diretor quando da edição da Deliberação e dosimetria da penalidade aplicada.

Assim, evidente que, se considerarmos que de 12 (doze) itens exigidos pela Resolução, a CEG somente não teria apresentado 1 (um), e, ainda que se pudesse presumir cabível a aplicação de penalidade, o que não é o caso, diante dos argumentos já apontados, verifica-se que a penalidade deveria corresponder a cerca de 8% da que foi aplicada.

Cumprе pontuar, desde logo, que a aplicação do princípio da proporcionalidade no exercício das atividades administrativas não possui um viés discricionário, mas sim vinculativo, sob pena, inclusive, de nulidade do ato. (...)."

Em suas conclusões, ponderou:

"1 - Seja dado provimento ao Presente Recurso, para anular a multa imposta na Deliberação em comento;

2 - caso não se entenda pela anulação da multa - o que se admite somente por amor ao debate -, seja determinada a suspensão do processo em análise até o final do ano de 2019, tempo suficiente para que haja negociação da Concessionária com o ente federativo;

3 - Subsidiariamente, caso não se entenda ser o caso de anulação da multa ou suspensão do processo - o que se admite apenas por hipótese -, seja convertida a sanção de multa em advertência;

4 - Caso o item acima não seja acolhido - o que se admite apenas pelo princípio da eventualidade -, requer-se a redução substancial do valor da multa, tendo em vista os princípios da proporcionalidade e razoabilidade."

Em seu Parecer³, a Procuradoria fez a seguinte análise:

*"Inicialmente, cumpre ressaltar que a Companhia interpôs Recurso, eis que **tempestivo**, nos termos do artigo 79 do Regimento Interno desta Agência*

³ Fls. 90 à 95, PARECER Nº 12/2019/RLC – PROCURADORIA DA AGENERSA, de 10/07/2019.

Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Reguladora, sendo estipulado o prazo de 10 (dez) dias, para o mesmo, uma vez que a publicação no Diário Oficial da Deliberação atacada se deu no dia 14.05.2019 (terça-feira), iniciando a contagem do prazo em 15.05.2019 (quarta-feira) e findado em 24.05.2019 (sexta-feira), data de protocolização do Recurso em tela, conforme fl. 78.

No que concerne ao mérito do recurso ora analisado, manifesta a CEG seu inconformismo alegando que a Resolução AGENERSA nº. 004/2011 fere seu direito de ação e sua garantia à inafastabilidade da prestação jurisdicional, vez que a mesma pode recorrer ao Judiciário para discutir os débitos inscritos em dívida ativa.

Nessa linha de raciocínio, cabe lembrar que as obrigações impostas na Resolução AGENERSA nº. 004/2011 encontram respaldo na Lei 8666/93 e na Lei nº. 8987/95, que tratam, respectivamente, das normas para licitações e contratos da Administração Pública e do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto artigo 175 da CRFB/88. Verbis:

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

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

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;

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

V - prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº. 5.452, de 1 de maio de 1943".

Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

"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.

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".

Assim, resta claro que esta AGENERSA, ao editar a Resolução nº. 004/2011 não impôs encargos excessivos ou criou obrigações onerosas à Concessionária, pelo contrário, apenas regulamentou os artigos acima citados, no exercício do poder normativo legalmente conferido, buscando assegurar a qualidade do serviço prestado e a observância dos princípios da ordem econômica.

Cabe ressaltar a importância da apresentação dos documentos listados pela Lei nº. 8666/93, cuja inobservância pode acarretar, inclusive, na caducidade da Concessão - Lei 8987/95 -, valendo sublinhar que as certidões comprobatórias da regularidade fiscal da Concessionária possibilitam a aferição de sua situação financeira garantindo, por consequência, que o serviço seja prestado com qualidade e eficiência, nos termos da Cláusula Primeira, § 3º e Quarta, caput, do Contrato de Concessão.

Outrossim, não há que se falar, igualmente, em ferimento da garantia da inafastabilidade da prestação jurisdicional, tendo em vista que a atuação desta Reguladora está restrita à esfera administrativa, podendo a Concessionária - como, aliás, já feito outras ocasiões -, apresentar certidões positivas com efeitos negativos, o que demonstra que o direito de petição da Recorrente permanece inviolado.

No que tange à não observância dos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade na multa aplicada, cumpre lembrar que a mesma teve

Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

como fundamento legal o artigo 19, IV da IN AGENERSA nº 001/2007, que prevê as penalidades de advertência ou multa do Grupo IV.

Para a dosimetria da penalidade a ser aplicada, o CODIR deve levar em considerações diversos fatores da conduta da Concessionária, como, por exemplo, a gravidade da infração, se a obrigação imposta foi ou não cumprida pela Empresa e o tempo que a mesma levou para cumpri-la, inclusive o fato da reincidência.

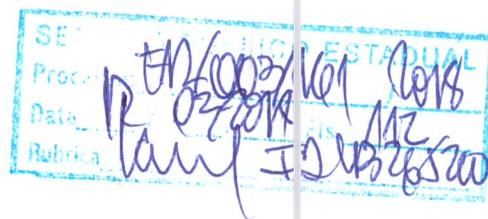
Na hipótese em análise, a Concessionária não logrou êxito em demonstrar a sua regularidade fiscal junto ao Município do Rio de Janeiro, como bem salientado pelo Voto do Ilmo. Relator, não obstante as inúmeras dilações de prazo a ela concedidas para tanto.

Ademais, como anteriormente salientado, a apresentação dos comprovantes de regularidade fiscal da Concessionária são de expressiva importância, eis que sua situação econômica pode impactar diretamente na qualidade do serviço prestado.

Tanto o é, que trata-se de obrigação prevista em dois diplomas legal; assim, a sua não apresentação acarreta relevante descumprimento por parte da Concessionária, não só às determinações legais, mas também, às normas desta AGENERSA, as quais aceitou e comprometer-se a observar, quando celebrou o Contrato de Concessão.

Demais disso, o montante eleito pelo CODIR - 0,002% (dois milésimo por cento) -, encontra-se abaixo do máximo permitido pelo dispositivo normativo utilizado para fundamentar a penalidade, o que por si só, já demonstraria razoabilidade e proporcionalidade na sua dosimetria, levando em consideração que não se trata do primeiro ato de descumprimento ocasionado pela Concessionária, conforme se observa através das Deliberações exaradas em outros processos regulatórios.

Nesse espeque, cabe lembrar, como acima citado, que as obrigações impostas à Recorrente são decorrente de lei, que determinam que a Concessionária mantenha, durante toda a execução do contrato, todas as



Página 10 de 10

Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Processo nº: E-12/003/161/2018
Data de Autuação: 12/03/2018
Concessionária: CEG
Assunto: Comprovação de Regularidade Fiscal.
Sessão Regulatória: 27 de agosto de 2019

VOTO

Cuida-se de analisar Recurso¹ interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº 3.826/2019², de 30/04/2019, que aplicou à Concessionária CEG, a penalidade de multa no importe de 0,002% (dois milésimos por cento) sobre o faturamento dos 12 (doze) meses anteriores ao fato, com fulcro na Cláusula Quarta, Parágrafo 1º, item 11 do Contrato de Concessão, combinado com o artigo 19, inciso IV da Instrução Normativa CODIR nº 001/2007 e Resolução AGENERSA nº 004/2011 (integrada pela Resolução AGENERSA nº 473/2014 e 583/2017) em função dos fatos apurados neste processo.

Preliminarmente, em sua peça de inconformismo, a Concessionária CEG demonstrou a tempestividade da peça recursal. No mérito, acentua que "*tem-se que a **Resolução AGENERSA 004/2011 fere o direito constitucional da CEG de ação e sua garantia à inafastabilidade da prestação jurisdicional do Poder Judiciário**, previstos no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, posto*

¹ Fls. 78 a 85.

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 3.826

DE 30 DE ABRIL DE 2019

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, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº E-12/003/161/2018, por unanimidade,

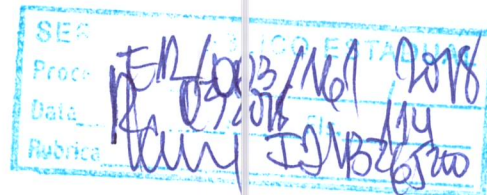
DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa de 0,002% (dois milésimos por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração (01/04/2018), com base na Cláusula Quarta, Parágrafo 1º, item 11 do Contrato de Concessão, combinado com o artigo 19, inciso IV da Instrução Normativa CODIR nº 001/2007, e Resolução AGENERSA nº 004/2011 (integrada pela Resolução AGENERSA nº 473/2014 e 583/2017), em razão dos fatos apurados neste processo;

Art. 2º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 30 de abril de 2019.

JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA - Conselheiro-Presidente; LUIGI EDUARDO TROISI - Conselheiro; SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA - Conselheiro; TIAGO MOHAMED MONTEIRO - Conselheiro - Relator; JOSÉ CARLOS DOS SANTOS ARAÚJO - Conselheiro.



Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

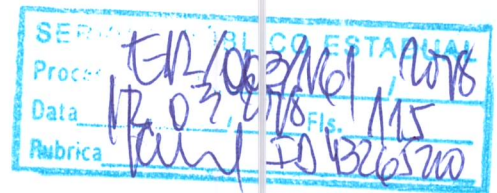
que a Concessionária pode e deve recorrer ao Poder Judiciário para discussão dos débitos inscritos em dívida ativa municipal,"

Ainda sobre a Resolução AGENERSA 004/2011, a Concessionária cita que **"viola o princípio da razoabilidade, na medida em que a CEG é empresa de notória solidez financeira, com inquestionável capacidade econômica de quitar os débitos existentes em seu nome, circunstância que é de pleno conhecimento da AGENERSA, posto que, nos termos do artigo 2º, inciso I, da Instrução Normativa CODIR 010/2010, a CEG fornece mensalmente à AGENERSA o seu balancete, para a conferência do cálculo para o pagamento da taxa de regulação. Seguindo esta ordem de convicções, tem-se que igualmente macula o princípio da razoabilidade e determinação de que a CEG tenha que comprovar a sua regularidade fiscal nos âmbitos federal e municipal, perante a AGENERSA, autarquia especial, vinculada ao Estado do rio de Janeiro e com atuação que abrange somente a esfera estadual."**

E prossegue, **"De fato, a exigência da prova de regularidade fiscal perante as Fazendas federal e municipal, para o exercício da atividade desempenhada pela CEG em âmbito estadual, em nada se coaduna com o objeto do Contrato de Concessão firmado pela CEG, de modo que não há qualquer justificativa para a demanda da AGENERSA."**

E que **"O princípio da proporcionalidade também é atingido pela determinação constante da Resolução AGENERSA nº 04/2011, uma vez que o não cumprimento da obrigação ali imposta quanto à comprovação da sua regularidade fiscal, sujeita a CEG à imposição de novas penalidades de gravíssimas consequências não só para a CEG, mas para toda a coletividade. Com efeito, consoante as Cláusulas Dez e Doze do Contrato de Concessão firmado com a CEG, o descumprimento do disposto na Resolução nº 04/2011 pode ensejar até mesmo a declaração de inidoneidade da CEG para licitar e contratar com a administração pública, o que importa na caducidade do próprio Contrato de Concessão que, ressalte-se, tem por objetivo o fornecimento de serviço de caráter essencial a toda a população do Estado do Rio de Janeiro, devendo observar o princípio da continuidade, decorrente do princípio da eficiência previsto no artigo 37, da Constituição Federal."**

Argumentou que: **"Diante do exposto, resta evidenciada, além de tudo, a ilegalidade e a inconstitucionalidade da exigência, pela AGENERSA, de certidão negativa ou positiva com efeitos de negativa de dívida ativa municipal, levando-se em conta que: (i) a CEG é empresa de notória solidez financeira, com inquestionável capacidade econômica de quitar os débitos existentes, o que é de**



Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

conhecimento da AGENERSA; e (ii) A exigência de que a CEG comprove sua regularidade fiscal nos âmbitos federal e municipal, em nada se coaduna com o objeto do contrato de concessão firmado pela CEG."

A Concessionária evidenciou que: *"a necessidade de que se declare nula a Deliberação em enfoque e garanta à CEG a possibilidade de discutir administrativamente e/ou judicialmente as penalidades que lhe são impostas, especificamente, neste caso, as inscritas dívida ativa municipal, ainda que a Concessionária não tenha logrado êxito na efetiva suspensão formal da exigibilidade do débito, sem que isso caracterize ausência de comprovação de sua regularidade fiscal e a sujeite à imposição de novas penalidades de multa, sob pena de se ferir a Lei e Constituição Federal."*

No que se refere à certidão de dívida ativa municipal da CEG, *"a Concessionária reitera que se encontra em processo de análise e possibilidade de compensar com os apontamentos da certidão juntamente com dívidas do Município do Rio de Janeiro para com a CEG, especialmente da realização de obras das Olimpíadas. Desta forma, requer-se a suspensão do processo por tempo necessário para a deslinde da questão, destacando que todas as demais certidões foram tempestivamente apresentadas pela Concessionária."*

Com relação à conversão da Multa em Advertência, a Concessionária argumentou que: *"Em homenagem ao princípio da eventualidade, caso se entenda não ser o caso de suspensão do processo - o que se admite apenas por hipótese -, cumpre destacar que a aplicação de multa não se mostra razoável ou proporcional. Com o advento da nova ordem constitucional, o instituto do devido processo legal - e, em seu bojo, o da razoabilidade e da proporcionalidade dos atos do Poder Público - deve ser fielmente observado. Sendo assim, são inválidos os atos dos agentes estatais revestidos de irrazoabilidade ou desproporcionalidade. O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade tem como fundamento o excesso de poder, tendo como objetivo conter atos, decisões e conduta de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados. Assim, constata-se que a aplicação de multa não se revela cabível, vez que a penalidade de advertência alcançaria o mesmo resultado de forma menos onerosa. Ou seja, o ato da Agência carece de exigibilidade/necessidade e, portanto, devida a conversão da multa em advertência."*

Sobre a redução substancial do valor da multa, a Concessionária asseverou que: *"Caso não se entenda desta forma, o que se admite apenas por hipótese, tem-se que o valor da multa não se revela proporcional ou razoável, vez que estabelecido em patamares elevados com relação ao suposto*

Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

descumprimento contratual da Concessionária. Reforça-se que todas as certidões foram apresentadas e que a certidão do município do Rio de Janeiro só não foi entregue, pois há análise em curso para a compensação dos valores reciprocamente devidos por cada parte. Ademais, mesmo que assim não fosse, insta consignar que, a CEG somente teria deixado de apresentar as Certidões de Dívida Ativa Municipal. Ocorre que tal fato foi ignorado pelo Conselho Diretor quando da edição da Deliberação e dosimetria da penalidade aplicada. Assim, evidente que, se considerarmos que de 12 (doze) itens exigidos pela Resolução, a CEG somente não teria apresentado 1 (um), e, ainda que se pudesse presumir cabível a aplicação de penalidade, o que não é o caso, diante dos argumentos já apontados, verifica-se que a penalidade deveria corresponder a cerca de 8% da que foi aplicada. Cumpre pontuar, desde logo, que a aplicação do princípio da proporcionalidade no exercício das atividades administrativas não possui um viés discricionário, mas sim vinculativo, sob pena, inclusive, de nulidade do ato.

E concluiu, requerendo que "1. seja dado provimento ao Presente Recurso, para anular a multa imposta na Deliberação (...), 2. caso não se entenda pela anulação da multa (...), seja determinada a suspensão do processo em análise até o final do ano de 2019, tempo suficiente para que haja negociação da Concessionária com o ente federativo; 3. (...) caso não se entenda ser o caso de anulação da multa ou suspensão do processo (...), seja convertida a sanção de multa em advertência; 4 - Caso o item acima não seja acolhido (...), requer-se a redução substancial do valor da multa, tendo em vista os princípios da proporcionalidade e razoabilidade."

Em parecer da Procuradoria³ desta AGENERSA, a respeito da alegação recursal da Concessionária, esta certifica a tempestividade do Recurso interposto. No mérito, no que tange às alegações DA INAFSTABILIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL, " manifesta a CEG seu inconformismo alegando que a Resolução AGENERSA nº. 004/2011 fere seu direito de ação e sua garantia à inafastabilidade da prestação jurisdicional, vez que a mesma pode recorrer ao Judiciário para discutir os débitos inscritos em dívida ativa. Nessa linha de raciocínio, cabe lembrar que as obrigações impostas na Resolução AGENERSA nº. 004/2011 encontram respaldo na Lei 8666/93 e na Lei nº. 8987/95, que tratam, respectivamente, das normas para licitações e contratos da Administração Pública e do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto artigo 175 da CRFB/88. Verbis:

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

³ Fls. 181 a 184.

Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

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;

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

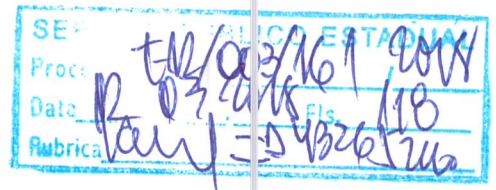
V - prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº. 5.452, de 1 de maio de 1943".

"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.

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".

Prosseguiu o jurídico "Assim, resta claro que esta AGENERSA, ao editar a Resolução nº. 004/2011 não impôs encargos excessivos ou criou obrigações onerosas à Concessionária, pelo contrário, apenas regulamentou os artigos acima citados, no exercício do poder normativo legalmente conferido, buscando assegurar a qualidade do serviço prestado e a observância dos princípios da ordem econômica."

Ressaltou que "a importância da apresentação dos documentos listados pela Lei nº. 8666/93, cuja inobservância pode acarretar, inclusive, na caducidade da Concessão - Lei 8987/95 - , valendo sublinhar que as certidões comprobatórias da regularidade fiscal da Concessionária possibilitam a aferição de sua situação financeira garantindo, por consequência, que o serviço seja prestado com qualidade e eficiência, nos termos da Cláusula Primeira, § 3º e Quarta, caput, do Contrato de Concessão."



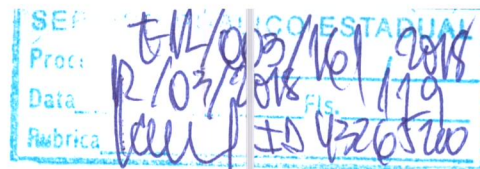
Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Outrossim *"não há que se falar, igualmente, em ferimento da garantia da inafastabilidade da prestação jurisdicional, tendo em vista que a atuação desta Reguladora está restrita à esfera administrativa, podendo a Concessionária - como, aliás, já feito outras ocasiões -, apresentar certidões positivas com efeitos negativos, o que demonstra que o direito de petição da Recorrente permanece inviolado."*

No que tange à não observância dos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade na multa aplicada, *"cumpre lembrar que a mesma teve como fundamento legal o artigo 19, IV da IN AGENERSA nº. 001/2007, que prevê as penalidades de advertência ou multa do Grupo IV. Para a dosimetria da penalidade a ser aplicada, o CODIR deve levar em considerações diversos fatores da conduta da Concessionária, como, por exemplo, a gravidade da infração, se a obrigação imposta foi ou não cumprida pela Empresa e o tempo que a mesma levou para cumpri-la, inclusive o fato da reincidência. Na hipótese em análise, a Concessionária não logrou êxito em demonstrar a sua regularidade fiscal junto ao Município do Rio de Janeiro, como bem salientado pelo Voto do Ilmo. Relator, não obstante as inúmeras dilações de prazo a ela concedidas para tanto."*

Pode se afirmar que *"como anteriormente salientado, a apresentação dos comprovantes de regularidade fiscal da Concessionária são de expressiva importância, eis que sua situação econômica pode impactar diretamente na qualidade do serviço prestado. Tanto o é, que trata-se de obrigação prevista em dois diplomas legal; assim, a sua não apresentação acarreta relevante descumprimento por parte da Concessionária, não só às determinações legais, mas também, às normas desta AGENERSA, as quais aceitou e comprometeu-se a observar, quando celebrou o Contrato de Concessão."*

Demais disso, *"o montante eleito pelo CODIR - 0,002% (dois milésimo por cento) -, encontra-se abaixo do máximo permitido pelo dispositivo normativo utilizado para fundamentar a penalidade, o que por si só, já demonstraria razoabilidade e proporcionalidade na sua dosimetria, levando em consideração que não se trata do primeiro ato de descumprimento ocasionado pela Concessionária, conforme se observa através das Deliberações exaradas em outros processos regulatórios. Nesse espeque, cabe relembrar, como acima citado, que as obrigações impostas à Recorrente são decorrente de lei, que determinam que a Concessionária mantenha, durante toda a execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, conforme artigo 55, XIII da Lei nº. 8666/93. Vale dizer que, o intuito do legislador ao elaborar essa determinação é que a empresa contratada se mantenha apta - técnica e financeiramente - ao*



Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

cumprimento do contrato, durante todo o seu período de duração. Outrossim, o rol de documentos exigidos da Concessionária também são provenientes de determinação legal, não havendo que se falar em equívoco quanto a exigência de regularidade fiscal perante a Fazenda Municipal, conforme se verifica no inciso III do artigo 29, da Lei nº. 8666/93:"

Diante do exposto, a Procuradoria opinou pelo conhecimento do recurso interposto, vez que tempestivo e, no mérito, pela negativa de provimento ao mesmo, por inexistir vício de legalidade na deliberação recorrida, que deve ser mantida em sua integralidade.

Em sede de Razões Finais, a Concessionária ratifica todos os fundamentos e pedidos feitos em sede Recursal, apresentando sua discordância do Parecer nº 12/2019/RLC da Procuradoria desta AGENERSA.

E concluiu, requerendo o que já havia solicitado no Recurso Interposto.

Em análise do mérito recursal e considerando o acima exposto, entendo que a Concessionária não obtiveram êxito em apresentar razões para que a decisão do CODIR da AGENERSA seja reformada, visto que restou comprovada nos autos a prestação inadequada do serviço público exercido pela Concessionária CEG..

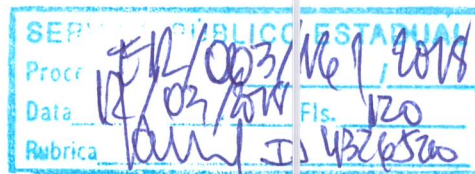
Concluo ainda que na aplicação da penalidade de multa de 0,002% (dois milésimos por cento), foi obedecida e guardada a devida proporção entre a penalidade imposta e a gravidade da infração, sendo levadas em consideração todas as particularidades do processo, segundo resta claro no voto motivador. Desse modo, entendo que não houve violação Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade.

Isso posto, acompanho o entendimento da douta Procuradoria deste Órgão e proponho ao Conselho Diretor:

Art. 1º. Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº 3.826/2019, porque tempestivo, para no mérito, negar-lhe provimento.

É o voto.


Silvio Carlos Santos Ferreira
Conselheiro - Relator



Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 3928

, DE 27 DE AGOSTO DE 2019.

**CONCESSIONÁRIA CEG – COMPROVAÇÃO DE
REGULARIDADE FISCAL.**

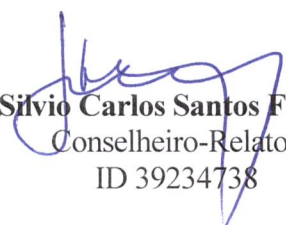
**O CONSELHO - DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGENERSA**, no uso de suas atribuições legais e
regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº. E-12/003/161/2018, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação
AGENERSA nº. 3.826/2019, porque tempestivo, para no mérito, negar-lhe provimento;

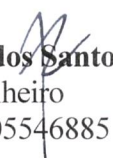
Art. 2º - Esta Deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 27 de agosto de 2019.


Silvio Carlos Santos Ferreira
Conselheiro-Relator
ID 39234738


Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro-Presidente
ID 44299605


Tiago Mohamed Monteiro
Conselheiro
ID 50894617


José Carlos dos Santos Araújo
Conselheiro
ID 05546885