



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil

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

Processo nº: E-12/003.259/2013
Data de autuação: 02/04/2013
Concessionária: CEG
Assunto: Prova de Regularidade Fiscal.
Sessão Regulatória: 26 de maio de 2014.

RELATÓRIO

Trata-se da análise de recurso interposto em face da Deliberação AGENERSA nº1760/2013¹ exarada no presente processo, instaurado para analisar o cumprimento da Resolução AGENERSA nº 004/2011² que regulamenta a comprovação da regularidade fiscal das Concessionárias.

¹ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1760 DE 29 DE AGOSTO DE 2013. 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-12/003.259/2013, por unanimidade, DELIBERA:

Art. 1º - Determinar que a Concessionária CEG encaminhe no prazo máximo de 30 (trinta) dias, os seguintes documentos:

- Certidões de dívida ativa estadual e municipal;
- Prova de inscrição no CNPJ;
- Inscrição cadastro de contribuintes estadual;
- Inscrição cadastro de contribuintes municipal;
- Certidão Negativa de Débitos Federal;
- Certidão Negativa de Débitos Estadual;
- Certidão Negativa de Débitos Municipal;
- Certidão Negativa de Débitos da Dívida Ativa Federal;
- Certidão Negativa de Débitos da Dívida Ativa Estadual;
- Certidão Negativa de Débitos da Dívida Ativa Municipal;
- Certidão Negativa de Débitos relativos à Contribuições Previdenciárias;
- Certidão de Regularidade junto ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS.

Art. 2º - Aplicar à Concessionária CEG, penalidade de multa no valor de 0,01% (um centésimo por cento), do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima do inciso I e IV do Contrato de Concessão e no art. 19, inciso IV, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007;

Art. 3º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAPET, a lavratura do correspondente Auto de Infração, com base na Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, e da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 014/2010;

Art. 4º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 29 de agosto de 2013.

José Bismarck V. de Souza - Conselheiro-Presidente; Silvio Carlos Santos Ferreira - Conselheiro; Luigi Eduardo Troisi - Conselheiro; Roosevelt Brasil Fonseca - Conselheiro.

² RESOLUÇÃO AGENERSA Nº. 004, DE 13 DE SETEMBRO DE 2011. REGULAMENTA A COMPROVAÇÃO DE REGULARIDADE FISCAL DAS CONCESSIONÁRIAS DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO, REGULADAS PELA AGENERSA. O CONSELHEIRO-PRESIDENTE DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO — AGENERSA, no uso de suas atribuições, tendo em vista o disposto no processo E-12/020.045/2011;

CONSIDERANDO que as concessionárias deverão manter a Regularidade Fiscal durante todo o período da Concessão, sob pena de abertura de processo administrativo para adoção de medidas cabíveis, com amparo no artigo 55, XIII da Lei nº. 8.666 de 1993, RESOLVE:

Art. 1º. Considerar, para efeito de prova de Regularidade Fiscal perante a AGENERSA, a apresentação da seguinte documentação, em original, ou cópia autenticada:

I – prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ;

II – prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual e municipal do domicílio ou sede da concessionária;

Conselheiro Luigi Eduardo Troisi - Processo nº E-12/003.259/2013

Página 1 de 6

Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil

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

Na peça recursal³, protocolizada em 23/09/2013, preliminarmente, abordou sua tempestividade, mencionando que a Deliberação recorrida foi publicada no Diário Oficial em 11 de setembro de 2013.

No mérito, após breve relato dos fatos, alega a violação ao princípio constitucional da Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional, argumentando que todas "as multas da AGENERSA que não são quitadas, são discutidas judicialmente"; entende que "É preciso salientar que nessas ações, a CEG requer a concessão de provimento liminar ou antecipatório da tutela a fim de que reste suspensa a exigibilidade dos débitos exigidos pela AGENERSA, enquanto perdurar a discussão judicial, chegando, inclusive, a oferecer garantia ao débito em liça, mediante depósito ou fiança"; pondera que "Contudo, em virtude do caráter administrativo, e não tributário da multa, a CEG enfrenta grande dificuldade em obter a tutela requerida em caráter de urgência, mesmo quando efetua o depósito judicial, em dinheiro, do valor integral da multa, não restando ao seu alcance qualquer meio para obter a suspensão da exigibilidade do débito enquanto perdurar a discussão judicial"; afirma que "Vê-se, desde já, que a exigência imposta pela AGENERSA por meio da Resolução nº 004/2011 se trata, a bem da verdade, de meio coercitivo de exigir, por vias transversas, o efetivo pagamento da multa aplicada pelo próprio Órgão"

III – Certidão Negativa ou Certidão Positiva com Efeito de Negativa de Débitos para com a Fazenda Pública Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede da concessionária;

IV – Certidão Negativa ou Positiva com Efeito de Negativa de Débitos da Dívida Ativa da Procuradoria Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede da concessionária;

V – Certidão Negativa ou Certidão Positiva com Efeito de Negativa de Débitos relativos às Contribuições Previdenciárias;

VI – Certificado de Regularidade junto ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS.

Art. 2º. As concessionárias deverão encaminhar à AGENERSA, até o dia 1º de abril de cada ano, toda a documentação relacionada no art. 1º.

§ 1º. As certidões, certificados e outros documentos comprobatórios da Regularidade Fiscal deverão possuir validade posterior à data estabelecida para seu encaminhamento;

§ 2º. Findo o prazo estabelecido no caput deste artigo e não sendo encaminhada a documentação relacionada no art. 1º a concessionária será considerada em situação irregular quanto à comprovação de sua Regularidade Fiscal, ficando sujeita, a critério do Conselho Diretor em reunião interna, à abertura de processo administrativo para adoção de medidas legais cabíveis.

§ 3º. Havendo pedido justificado da Concessionária, o Conselho Diretor, poderá, prorrogar por 60 (sessenta) dias o prazo estabelecido no caput deste artigo.

Art. 3º. Comprovada a Regularidade Fiscal, a situação da concessionária será considerada regular, nos termos do caput do art. 1º, até o dia 31 de março do ano subsequente, sem prejuízo de eventual fiscalização.

Art. 4º. Para o regular e correto acompanhamento da presente Resolução, a Secretaria Executiva oficiará as Concessionárias, comunicando a abertura de processo administrativo, sob o título "Prova de Regularidade Fiscal", para cada concessionária sob regulação da AGENERSA.

§ 1º. Constatada a regularidade, os processos serão conhecidos e apreciados pelo Conselho Diretor em reunião interna;

§ 2º. Em caso de irregularidade ou descumprimento de prazos os processos serão devolvidos à Secretaria Executiva, que posteriormente encaminhará à Procuradoria desta AGENERSA para as providências cabíveis, observadas as garantias constitucionais da ampla defesa e contraditório.

Art. 5º. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 13 de setembro de 2011.

José Bismarck Vianna de Souza - Conselheiro-Presidente

³ Fls. 93/110 - documentos anexados às fls. 111/274.

Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil

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

Regulador (...)"; assinala que "(...) os únicos óbices hoje existentes para a expedição de Certidão Positiva com efeitos de Negativa junto à Dívida Ativa Estadual em favor da CEG são os débitos decorrentes de multas que lhe foram impostas pela AGENERSA"; e que "(...) resta evidente e incontestável, desde já, a insustentável situação em que a CEG se encontra, demandando, assim, a revisão ad Deliberação nº 1760/13, de modo que lhe seja assegurada a possibilidade de discutir administrativa e/ou judicialmente as penalidades que são impostas pela AGENERSA contra si, ainda que 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 a Constituição Federal" (grifos como no original).

A Concessionária alega, ainda, a vedação de meio coercitivo de cobrança de penalidade, salientando que a AGENERSA se utiliza da Resolução nº 004/2011 para compelir a CEG a pagar as multas que lhe são aplicadas pelo próprio Órgão; menciona que o ordenamento jurídico pátrio rechaça a adoção de meio coercitivo para cobrança de tributo; sublinha as súmulas 70, 323 e 547 do Supremo Tribunal Federal e a súmula 127 do Superior Tribunal de Justiça; sustenta que "(...) a partir do que já foi até aqui exposto, é de irrefreável constatação o fato de que a Resolução AGENERSA nº 004/2011 configura prática ilegal e abusiva, que não pode ser cancelada pelo Poder Judiciário"; defende que "A Resolução AGENERSA nº 004/2011 ainda viola frontalmente 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"; e que "(...) igualmente macula o princípio da razoabilidade a 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"; ilumina a doutrina de Marçal Justen Filho sobre o tema; analisa que "(...) a aplicação das sanções estabelecidas nas (...) Cláusulas Dez e Doze do Contrato de Concessão, tais como a aplicação de nova multa à CEG em razão do descumprimento da obrigação imposta pela Resolução nº 004/2011 (multa esta que, consoante assinalado, já foi imposta à CEG nos autos

Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil

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

do processo E-12/003.259/2013, através da Deliberação 1760/2013, e ainda está na iminência de ser majorada em proporção 50% por cento superior ao montante que já lhe foi aplicado), representa verdadeiro bis in idem, uma vez que a CEG estará sendo penalizada com a aplicação de multa pelo não pagamento de multas anteriormente impostas, em razão de ter optado por discuti-las judicialmente"; relembra que "(...) consoante se infere da tabela apresentada no Anexo III, os únicos óbices à expedição da Certidão de Regularidade Fiscal em favor da CEG são as multas da AGENERSA, sendo certo que os demais débitos existentes em nome da CEG são de natureza tributária e se encontram, todos, com sua exigibilidade suspensa, não constituindo qualquer empecilho para a expedição da Certidão Positiva com Efeitos de Negativa em nome da CEG"; e defende "(...) a necessidade de que o CODIR declare nula a Deliberação em enfoque e garanta à ACEG a possibilidade de discutir administrativa e/ou judicialmente as penalidades que são impostas pela AGENERSA contra a Concessionária, ainda que 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 a Constituição" (grifos como no original).

Por fim, defende a vinculação à proporcionalidade quando da aplicação da penalidade, argumentando que "para aplicação da penalidade e da Deliberação em enfoque, a AGENERSA partiu do pressuposto de que a Concessionária não teria apresentado nenhuma das certidões requeridas por intermédio da Resolução AGENERSA nº 004/2011 o que, frise-se, não procede de modo que, desde já, por vício de motivação, deveria a multa aplicada ser anulada"; ilumina que "Conforme exarado pela própria Procuradoria da AGENERSA às fls. 52/53, a CEG somente teria deixado de apresentar as Certidões de Dívida Ativa Estadual e Municipal"; evidencia que "(...) se considerarmos que de 12 (doze) itens exigidos pela Resolução, a CEG somente não teria apresentado 2 (dois), 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 16% da que foi aplicada, remontando ao montante de aproximadamente R\$ 48.000,00"; ilumina as doutrinas de Celso Antônio Bandeira de Mello e Juarez Freitas sobre o Princípio da Proporcionalidade; e requer provimento ao presente Recurso, anulando-se a multa imposta através da Deliberação 1760/2013.



Na Reunião Interna realizada em 24 de setembro de 2012, o presente processo é distribuído à minha relatoria e encaminhado à Procuradoria desta Agência para análise e manifestações.

O Órgão Jurídico, em seu parecer⁴, certifica, inicialmente, a tempestividade do recurso. Adentrando ao mérito, a respeito do argumento de *"Violação ao Princípio Constitucional da Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional"*, entende que não merece amparo pois a prova de regularidade fiscal *"é uma das condições que comprova o adimplemento da Delegatária às cláusulas contratuais ou normas legais e regulamentares referentes à prestação do serviço público. Não é preciso muito esforço para se comprovar a presente assertiva, notadamente porque a Lei nº 8987 de 13 de fevereiro de 1995, expressamente dispõe (art. 38§1º, VII), como uma das causas a ensejar a caducidade da concessão (...)"*

Já quanto à alegação de *"Vedação de Meio Coercitivo de Cobrança de Penalidade"* argumenta que a Constituição Federal adota como princípio a inafastabilidade do controle jurisdicional que garante que todos os atos administrativos possam ser discutidos em sede judicial, cujo controle incidirá na verificação de sua legalidade. Assim, os princípios da legalidade e da inafastabilidade não se confundem. Por outro lado, salienta que a alegação da Concessionária *"nega os efeitos práticos da característica da autoexecutoriedade conferida aos atos administrativos (...), reforçando assim as características da imperatividade e legitimidade, igualmente inerentes aos atos administrativos"*

A respeito da *"vinculação à proporcionalidade quando da aplicação de penalidade"*, a Procuradoria ressalta que apenas 2 (dois) dos documentos exigidos pela Resolução AGENERSA nº 004/2011, quais sejam, certidões de dívida ativa estadual e municipal, sendo que a Deliberação listou como faltantes todos os doze documentos e penalizou a recorrente no valor de 0,01% (um centésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze meses) anteriores à prática da infração.

⁴ Fls. 295/305



Serviço Público Estadual

Processo nº 6-12/003.259/2013

Data 02/04/2013 Fls.: 320

Assinatura: 10:44354787

Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil

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

Ainda que a Concessionária encontre-se em mora com as determinações desta Autarquia, o Órgão Jurídico entende pelo acolhimento parcial do recurso para reduzir o patamar da penalidade pecuniária em atenção ao princípio da proporcionalidade.

Mediante o ofício de fls. 308, a assessoria de meu Gabinete encaminha à Concessionária cópia integral do presente feito, comunica a conclusão de sua instrução e assina o prazo de 05 (cinco) dias para a apresentação de razões finais.

Às fls. 310/314, consta a DIJUR-E-2107/2013, pela qual a CEG reitera suas razões recursais e apresenta documento que *“comprova que todas as CDAs com exigibilidade plena, na Procuradoria do Estado, são referentes a multa da AGENERSA, bem assim como, certidão negativa de débitos federais e de contribuições previdenciárias”*.

É o relatório.


Luigi Troisi

Conselheiro-Relator



Governo do Estado do Rio de Janeiro

Secretaria de Estado da Casa Civil

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

Processo nº.: E-12/003.259/2013
Data de autuação: 02/04/2013
Concessionária: CEG
Assunto: Prova de Regularidade Fiscal.
Sessão Regulatória: 26/05/2014.

VOTO

Trata-se de apreciar o Recurso interposto tempestivamente¹ pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº. 1760/2013².

Como primeiro argumento de sua peça recursal, a Delegatária defende a inafastabilidade da tutela jurisdicional, afirmando que todas as multas aplicadas e não quitadas pela Companhia, são

¹ Protocolizado nesta AGENERSA em 23/09/2013, observou o prazo de 10 (dez) dias estabelecido no art. 77 do respectivo Regimento Interno - conforme consta às fls. 91, a Deliberação AGENERSA nº. 1760/2013 foi publicada na Imprensa Oficial em 11/09/2013, de maneira que o prazo para protocolização do Recurso ora apreciado encerrou em 21/09/2013 (sábado), sendo estendido para o primeiro dia útil seguinte, 23/09/2013 (segunda-feira).

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1760 DE 29 DE AGOSTO DE 2013. CONCESSIONÁRIA CEG – PROVA 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-12/003.259/2013, por unanimidade, DELIBERA:

Art. 1º - Determinar que a Concessionária CEG encaminhe no prazo máximo de 30 (trinta) dias, os seguintes documentos:

- Certidões de dívida ativa estadual e municipal;
- Prova de inscrição do CNPJ;
- Inscrição cadastro de contribuintes estadual;
- Inscrição cadastro de contribuintes municipal;
- Certidão Negativa de Débitos Federal;
- Certidão Negativa de Débitos Estadual;
- Certidão Negativa de Débitos Municipal;
- Certidão Negativa de Débitos da Dívida Ativa Federal;
- Certidão Negativa de Débitos da Dívida Ativa Estadual;
- Certidão Negativa de Débitos da Dívida Ativa Municipal;
- Certidão Negativa de Débitos relativos às Contribuições Previdenciárias;
- Certidão de Regularidade junto ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS.

Art. 2º - Aplicar à Concessionária CEG, penalidade de Multa no valor de 0,01% (um centésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima do Inciso I e IV do Contrato de Concessão e no art. 19, inciso IV, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007;

Art. 3º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAPET, a lavratura do correspondente Auto de Infração, com base na Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, e da Instrução Normativa AGENERSA nº. 014/2010.

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

Rio de Janeiro, 29 de agosto de 2013.

José Bismarck V. de Souza - Conselheiro-Presidente; Silvio Carlos Santos Ferreira - Conselheiro-Relator; Luigi Eduardo Troisi - Conselheiro; Roosevelt Brasil Fonseca - Conselheiro.



Governo do Estado do Rio de Janeiro

Secretaria de Estado da Casa Civil

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

discutidas através de ações judiciais nas quais requer liminares ou antecipações de tutela para a suspensão da exigibilidade do débito, sem resultado positivo, permanecendo os valores inscritos em dívida ativa, o que impossibilita a obtenção das certidões de regularidade fiscal junto à Procuradoria da Dívida Ativa do Estado do Rio de Janeiro. Por essa razão, defende que a Resolução AGENERSA nº. 004/2011 é "meio coercitivo de exigir, por vias transversas, o efetivo pagamento da multa aplicada pelo próprio Órgão Regulador" (grifos como no original).

No que se refere à apresentação das certidões que atestem a regularidade fiscal da concessionária, vale informar que tal exigência encontra-se disposta no Edital³, na Lei nº. 8666/1993 - Lei de Licitações⁴ e na Lei 8987/1995, que "*Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal*".

Portanto, trata-se de exigência que se encontra prevista nos ordenamentos jurídicos essenciais à Concessão de Serviços Públicos.

Demais disso, o Contrato de Concessão é taxativo ao exigir que a Concessionária cumpra não só seus termos, mas também todo regramento jurídico afeto à prestação do serviço concedido, tal qual preceitua a Cláusula Quarta, § 1º, item 11, a qual transcrevo:

"(...)

§ 1º Obriga-se, ainda, a CONCESSIONÁRIA, sem prejuízo das demais obrigações assumidas neste instrumento, a:

(...)

³ "CAPÍTULO 3 - PROCEDIMENTOS GERAIS DO LEILÃO.

(...)

3.2. DA HABILITAÇÃO DOS PARTICIPANTES

3.2.1. PRÉ-IDENTIFICAÇÃO

Para a participação na OFERTA AO NOVO GRUPO DE CONTROLE, que se dará em processo sumário, é obrigatória a pré-identificação dos participantes incluindo o eventual veículo de investimento do PARTICIPANTE TÉCNICO, nos termos do item 3.3.7. do EDITAL. A PRÉ-IDENTIFICAÇÃO se destina à verificação dos seguintes aspectos:

(a) capacidade de liquidar financeiramente a operação; e

(b) regularidade da situação fiscal".

⁴ Artigos 29 e 54, inciso XIII.



Governo do Estado do Rio de Janeiro

Secretaria de Estado da Casa Civil

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

11 – cumprir e fazer cumprir as normas legais e regulamentares do serviço, inclusive as normas da ASEP-RJ, respondendo perante o ESTADO, a ASEP-RJ, os consumidores e terceiros pelas eventuais consequências danosas da exploração dos serviços” (grifo nosso).

Aqui, vale lembrar que esta Agência Reguladora tem o dever de atuar em observância ao Princípio da Legalidade - *diretriz básica das condutas dos Agentes da Administração* -, cujo descumprimento implica, dentre outras consequências, na nulidade do ato praticado contrariamente à lei.

Assim, tendo em vista tratar-se de obrigação legal e contratual, não há que se falar em irregularidade na exigência das citadas certidões.

Nesse sentido, opina a Procuradoria da AGENERSA, apontando que "(...) a prova de regularidade fiscal é uma das condições que comprova o adimplemento da delegatária às cláusulas contratuais ou normas legais e regulamentares referentes à prestação do serviço público".

Argumenta, ainda, a Concessionária, que "(...) os únicos óbices hoje existentes para a expedição de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa junto à Dívida Ativa Estadual em favor da CEG são os débitos decorrentes de multas que lhe foram impostas pela AGENERSA". Para embasar suas alegações, acosta aos autos os documentos de fls. 112/203, que classifica como "Certidão da Dívida Ativa Estadual de julho de 2013".

Inicialmente, aponto que os documentos apresentados pela CEG não são as Certidões da Dívida Ativa, mas apenas históricos das dívidas da Concessionária obtidos junto à Procuradoria da Dívida Ativa do Estado do Rio de Janeiro, o que se confirma pela simples leitura do material acostado aos autos.



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

Tais documentos, apenas demonstram (i) algumas anotações em nome da Concessionária junto àquela Procuradoria; (ii) a situação das mesmas (ex: "exigibilidade suspensa - total"; "exigibilidade suspensa - certidão"; "exigibilidade restabelecida"; "com justificativa"; "sem justificativa"); e (iii) se há processo judicial ajuizado ou se as cobranças estão sendo feitas de forma amigável. Contudo, não suprem a necessidade de apresentação das certidões exigidas, porque apenas demonstram alguns débitos inscritos em nome da Concessionária - a totalidade de anotações em desfavor da mesma só pode ser verificada através da competente certidão.

Demais disso, diferente do que afirma a Delegatária, as anotações dispostas no citado histórico demonstram débitos não só relativos à multas, mas também à taxa de regulação. As anotações referentes ao ICMS (fls. 112/118), segundo afirma a Concessionária, encontram-se com a exigibilidade suspensa, em parcelamento amigável ou "(...) já se encontra garantido, nos autos dos Embargos à Execução nº. 0208843-50.2009.8.19.0001".

Prosseguindo na análise dos argumentos apresentados no Recurso, defende a Concessionária que a Resolução AGENERSA nº. 004/2011 viola o Princípio da Razoabilidade, a uma porque "(...) a CEG é empresa de notória solidez financeira, com inquestionável capacidade econômica de quitar os débitos existentes em seu nome (...)"; a duas, porque "(...) 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 objetivo do contrato de concessão (...)" (grifos como no original).

Mais uma vez desassiste razão à Concessionária, tendo em vista que, conforme anteriormente salientado no presente Voto, a Resolução AGENERSA nº. 004/2011 foi editada em atenção ao disposto na Lei, no Edital e no Contrato de Concessão.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil

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

Ademais, o rol de certidões exigido no artigo 1º, da Resolução AGENERSA nº. 004/2011, está amparado na Lei nº. 8666, de 21/06/1993, notadamente em seu artigo 29 e incisos⁵, sendo descabida a alegação da CEG quanto à exigência de apresentação das certidões de regularidade fiscal nos âmbitos Federal e Municipal.

Outrossim, enfraquecendo ainda mais a argumentação da Delegatária, vale salientar que os processos para a Prova de Regularidade Fiscal da Concessionária são instaurados anualmente, conforme Resolução AGENERSA nº. 004/2011, sendo certo que, nos autos instaurados para o ano de 2012 (E-12/020.207/2012) a Concessionária apresentou toda documentação exigida, sem maiores questionamentos, não sendo compreensível seu inconformismo para tal diligência no ano de 2013.

Prossegue a Recorrente, defendendo a violação ao Princípio da Proporcionalidade, pois o descumprimento da Resolução AGENERSA nº. 004/2011 implicaria na aplicação de novas penalidades e poderia ensejar a declaração de inidoneidade da empresa junto a Administração Pública, bem como na caducidade da Concessão.

Vale destacar que a penalidade aplicada por meio da Deliberação AGENERSA nº. 1760/2013, se deu em razão da não apresentação de todas as certidões exigidas na Resolução AGENERSA nº. 004/2011. Isso porque, o não cumprimento da citada Resolução caracteriza evidente descumprimento de comando legal e normativo, sendo essa, inclusive, a fundamentação utilizada na citada deliberação.

Demais disso, a prova de regularidade fiscal da empresa é obrigação legal da Concessionária e a sua inobservância pode acarretar em sérias consequências à Concessão. Tal é a importância, que trata-se de comando disposto em todos os diplomas afetos a Concessão - Lei, Edital e Contrato de Concessão, como anteriormente afirmado.

⁵ Cujas redações foram modificadas pela Lei nº. 12.440/2011.



A argumentação acima apresentada se presta, igualmente, para refutar a alegação da Delegatária quanto a ocorrência de "bis in idem".

Isso porque, diferente do que afirma, a mesma não está sendo "(...) penalizada com a aplicação de multa pelo não pagamento de multas anteriormente impostas, em razão de ter optado por discuti-las judicialmente"⁶. Ao contrário, conforme já defendido acima, a multa aplicada pela Deliberação AGENERSA nº. 1763/2013 teve por fundamento a não apresentação das certidões exigidas.

Ressalte-se que a Resolução AGENERSA nº. 004/2011, em nenhum momento aponta a sanção a ser aplicada à Concessionária no caso de ser constatada a situação irregular da Companhia. Tal comando normativo apenas determina a devolução dos autos à Secretaria-Executiva, para posterior encaminhamento à Procuradoria da AGENERSA, "para as providências cabíveis", conforme se depreende do artigo 4º, § 2º.

Assim, todo o inconformismo da Concessionária cai por terra, restando injustificada a não apresentação da documentação exigida.

Entretanto, se a Concessionária insistir em não apresentar as certidões cabíveis, negando-se a cumprir comando desta Agência Reguladora, sujeita-se à majoração da multa anteriormente imposta, por enquadrar-se na hipótese de reincidência prevista no artigo 20, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007.

Desta forma, descabidos os argumentos da Delegatária.

⁶ Grifos como no original.



Governo do Estado do Rio de Janeiro

Secretaria de Estado da Casa Civil

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

Por fim, insurge-se a Concessionária quanto ao valor da multa aplicada por meio da Deliberação AGENERSA nº. 1760/2013, alegando que "(...) a AGENERSA partiu do pressuposto de que a Concessionária não teria apresentado nenhuma das certidões requeridas por intermédio da Resolução AGENERSA nº. 004/2011 (...)", quando na verdade somente não teria apresentado as certidões da Dívida Ativa Estadual e Municipal, razão pela qual requer a redução da penalidade para o valor correspondente de 16% (dezesesseis por cento) do montante total.

Em verdade, é a Concessionária que parte da premissa equivocada ao tentar dividir o valor da penalidade aplicada pelo número de certidões exigidas. Esse, certamente não foi o critério adotado pelo Conselho-Diretor ao eleger o valor da multa aplicada por meio da citada deliberação.

Isso porque, é impossível valorar um documento desta natureza. A dosimetria da penalidade a ser aplicada leva em conta a gravidade da conduta, não o número de documentos a serem apresentados.

Até porque, como inúmeras vezes salientado no presente Voto, a Concessionária foi penalizada pelo não atendimento de um comando desta Agência Reguladora, fato grave que deve ser severamente repreendido.

Contudo, objetivando adequar a vertente hipótese às recentes penalidades aplicadas por este Conselho-Diretor em face de situações de semelhante natureza - descumprimento de comando normativo da AGENERSA -, entendo, por bem, reduzir a penalidade aplicada para o importe de 0,003% (três milésimos por cento) de seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração.

Entendo necessário, também, a assinatura de novo prazo para a Concessionária apresentar as certidões exigidas por meio da Resolução AGENERSA nº. 004/2011, razão pela qual sugiro a



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil

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

revogação da determinação disposta no artigo 1º da Deliberação AGENERSA nº. 1760, de 29/08/2013.

Pelo exposto, sugiro ao Conselho Diretor:

- Conhecer do Recurso em face da Deliberação AGENERSA nº 1760, de 29/08/2013, porque tempestivo, para no mérito, negar-lhe provimento.
- Por autotutela, reformar o artigo 1º da Deliberação AGENERSA nº. 1760, de 29/08/2013, pra determinar que a Concessionária CEG encaminhe, no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da publicação da presente deliberação, as certidões elencadas no artigo 1º da Resolução AGENERSA nº. 004, de 13/09/2011.
- Por autotutela, reformar a penalidade aplicada por meio do artigo 2º Deliberação AGENERSA nº. 1760, de 29/08/2013, para o valor de 0,003% (três milésimos por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão e no arts. 19, inciso IV da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007, devido aos fatos narrados no presente processo.
- Determinar à SECEX, juntamente com a CAPET e a CAENE, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007.

É o voto.


Luigi Troisi

Conselheiro Relator



Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/003.259/2013

Data 02/04/2013 Fls.: 329

Rubrica: 100 10 44304787

Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro
Conselho-Diretor

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 2068
DE 26 DE MAIO DE 2014

CONCESSIONÁRIA CEG - PROVA 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-12/003.259/2013, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer do Recurso em face da Deliberação AGENERSA nº 1760, de 29/08/2013, porque tempestivo, para no mérito, negar-lhe provimento.

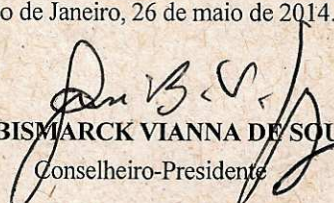
Art. 2º - Por autotutela, reformar o artigo 1º da Deliberação AGENERSA nº. 1760, de 29/08/2013, para determinar que a Concessionária CEG encaminhe, no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da publicação da presente deliberação, as certidões elencadas no artigo 1º da Resolução AGENERSA nº. 004, de 13/09/2011.

Art. 3º - Por autotutela, reformar a penalidade aplicada por meio do artigo 2º, da Deliberação AGENERSA nº. 1760, de 29/08/2013, para o valor de 0,003% (três milésimos por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão e no art. 19, inciso IV da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007, devido aos fatos narrados no presente processo.

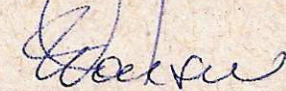
Art. 4º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAENE e CAPET, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007.

Art. 5º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 26 de maio de 2014.


JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA
Conselheiro-Presidente


LUIGI TROISI
Conselheiro-Relator


MOACYR ALMEIDA FONSECA
Conselheiro


ROOSEVELT BRASIL FONSECA
Conselheiro


SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA
Conselheiro